

Др Снежана Бркић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ТЕРЕТ ДОКАЗИВАЊА У КРИВИЧНОМ И ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

Сажетак: *Задаћа је овог рада да испражи еволуцију терета доказивања у кривичном и у парничном поступку, да укаже на различита схватања тог појма и успостави одговарајуће релације на линији: римско право – савремено право; англосаксонско право – континентално право, кривични поступак – парнични поступак. Указује се на разлику између терета доказивања у субјективном и објективном смислу, која се прави у теорији грађанског процесног права, са једне стране и на разлику између формалног и материјалног терета доказивања, која се прави у теорији кривичног процесног права. Ради се о специфичној радној методи, којој прибегава суд кад не може са сигурношћу да утврди истинитост чињеничних тврдњи странака. Посебна пажња је посвећена принципу *in dubio pro reo* и његовој разлици од објективног терета доказивања у парничном поступку.*

Кључне речи: *субјективни терет доказивања, објективни терет доказивања, формални терет доказивања, материјални терет доказивања, кривични поступак, парнични поступак, *in dubio pro reo**

1. Уводна разматрања

Логика нас учи да су елементи процеса мишљења појмови, судови и закључци.¹ Ако бисмо делатност суда хтели посматрати као мисаони процес, онда би, крајње поједностављено, одлучивање суда у судском поступку претпостављало примену једне врсте силогистичког закључка, при чему

¹ G. Petrović, *Školska knjiga, Zagreb*, 1989, str. 20 i dalje.

се подвођењем доње премисе (утврђено чињенично стање) под горњу премису (материјалноправну одредбу) изводи конклузија (судска одлука). Да би суд до краја могао да обави свој посао, њему морају бити познате и горња и доња премиса. Може се поставити питање како ће суд обавити свој задатак ако му из одређених разлога остане непозната једна од премиса. У једном периоду развоја римског процесног права била су предвиђена решења, која су омогућавала суду да у таквим случајевима одбије да донесе одлуку. Наиме, у периоду формуларног поступка, магистрат је могао да одбије да да формулу у конкретном случају (*denegatio actionis*) ако није постојало изричито материјалноправно правило у *ius civile*, које регулише одређени друштвени однос и за који није била изричито предвиђена одређена акција (тужба).² То је значило да странке пред судом нису могле добити правну заштиту у таквом случају. Исто тако, судија је могао да одбије доношење одлуке у предмету расправљања уколико га ниједна странка није могла убедити у тачност спорних чињеница. Тада је изрицао *non liquet* (није јасно). У том периоду држава још није била преузела на себе обавезу пружања правне заштите. Тек када је сазрела свест да држава треба да преузме на себе ту обавезу ради спречавања самовлашћа, суд више није могао одбити да донесе одлуку ни у случају непостојања правних правила, ни у случају недоказаности тврдњи странака. Таква решења су постала недопустива. Први проблем је у почетку решаван тако што је претор почео да врши функцију ствараоца права, тако што му је изузетно било допуштено да у друштвеним односима који нису били изричито предвиђени правом и који нису супротни начелу „*bona fides et aequitas*“, ипак да акцију, прилагођавајући формулу постојећим формулама предвиђеним у *ius civile*. То је чинио примењујући *actionem in factum*. Други проблем је решаван нарочито у периоду принципата, када су донесени Августови закони, познати као *Lex Julia* и *Decretum divi Marci*, који су изричито истакли недопустивост примене самопомоћи као облика заштите субјективних грађанских права. У том раздобљу уведена је искључивост екстраординарног поступка, којим започиње организација правосуђа и пружање правне заштите у данашњем смислу речи. То је утицало и на стварање нових метода превладавања кризе спознаје суда о садржају горње и доње премисе. Утемељен је принцип *iura novit curia* (суд познаје право) и установљена су одређена правила о терету доказивања. Ми ћемо се у даљем раду бавити само овом последњом установом.

Правила о терету доказивања постоје и у савременим правима. Њихово постојање јесте последица обавезе државе да грађанима пружи правну

² Б. Благојевић, *Грађански њосџујуак у римском њраву*, Научна књига, Београд, 1959, стр. 31.

заштиту у случају повреде субјективних права и тако обезбеди ефикасност правног система. Пошто је самопомоћ забрањена, суд не може да одбије пружање правне заштите. Уставна обавеза пресуђења у нашем праву изводи се из одредбе члана 21, става 2 и члана 32 Устава Републике Србије.³ Сви наши досадашњи закони о парничном поступку имају одредбу о томе да суд не може одбити да одлучује о захтеву за који је надлежан.⁴ Такође, у искључивој надлежности суда је да води кривични поступак. То се изражава одредбом члана 2 важећег ЗКП,⁵ по којој кривичну санкцију учиниоцу кривичног дела може изрећи само надлежни суд у поступку који је покренут и спроведен по том закону. Изрицање *non liquet* или нечег сличног у кривичном поступку било би још погубније него у парничном поступку. То би значило увести четврту врсту пресуде, која окривљеног жигоше као сумњивог, што је социјалнополитички неприхватљиво.⁶ Дакле, суд мора по захтеву овлашћеног тужиоца да суди и да пресуди, а да би то могао да учини морају му бити познате и горња и доња премиса правног силогизма. Правила о терету доказивања представљају својеврсну „радну методу“⁷, односно „методички редослед установљења истине“⁸, којој суд прибегава уколико није у стању да формулише доњу премису, тј. ако и поред свих напора у доказном поступку није успео са сигурношћу да утврди чињенично стање, односно (не)истинитост чињеничних тврдњи странака. Правила о терету доказивања јављају се као неизбежно средство превладавања могуће кризе спознаје суда о истинитости чињеничних тврдњи странака.⁹

2. Терет доказивања у историјском развоју законодавства

2.1. Римско њраво

У развоју римског грађанског поступка обично се разликују три периода:¹⁰

³ Сл. гласник РС 98/2006.

⁴ Тако, на пример, члан 2, став 2 новог ЗПП из 2011. године (Сл. гласник РС 72/2011)

⁵ Сл. лист СРЈ 70/2001, 68/2002 и Сл. гласник РС 58/2004, 85/2005, 115/2005, 49/2007, 20/2009, 72/2009 и 76/2010.

⁶ То би подсећало на злогласну установу инквизиторског поступка *absolutio ab instantia* (отпуштање испод суђења), која је омогућавала да над главом окривљеног вечито висе мач кривичног поступка, који се увек могао отворити.

⁷ Тако, Г. Станковић, Терет доказивања, Зборник радова Правног факултета у Нишу, XLVI, 2006, стр. 8.

⁸ V. Bayer, *Kazneno postupovno pravo – poviestni razvoj*, Zagreb, 1943, str. 355.

⁹ D. Cini, *Teze teoretičara građanskog procesnog prava o teretu dokazivanja*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 1990/2, str. 181.

¹⁰ Више о томе видети код Б. Благојевић, *Грађански њосѝуѝак у римском њраву*, Научна књига, Београд, 1959.

а) период легисакционог поступка који траје од оснивања Рима, односно од најстаријег доба за које постоје писани документи, до средине II века п.н.е. Овај период карактерише строга формалност поступка, принципијелна везаност органа за унапред постављене конкретне свечане форме, подела поступка на два дела: *in iure* и *apud iudicem*, усменост и једностепеност поступка.

б) период формуларног поступка, који траје од средине II века п.н.е. до III века наше ере. Овај поступак уведен је са *Leges Juliae* а одликује се мањом формалношћу поступка, слободом надлежног магистрата да саставља формуле правног тражења у циљу заштите права, као и доминацијом писмености на рачун усмености. Задржана је подела поступка на два дела.

в) период екстраординарног поступка, који траје од почетка III века наше ере, надживљава пропаст Западног Римског царства и преноси се у Источно Римско царство, па и у канонско право. Одликује се јединственошћу поступка, постојањем установе правних лекова, писменошћу и проширеним дејством јавних органа на сам ток поступка.

Прва правила о терету доказивања настала су у периоду важења екстраординарног поступка, који је био у знаку чисто расправног начела. Иницијатива у прикупљању елемената процесне грађе (чињеница и доказа) налазила се у рукама странака. Странке су једине овлашћене и дужне да износе тврдње о чињеницама на којима заснивају свој захтев, као и да подносе доказе с циљем уверавања суда у истинитост њихових тврдњи. Суд може донети мериторну одлуку само на основу навода и доказа које су пред њега изнеле странке. Говорило се: *Da mihi factum, dabo tibi ius* (дај ми чињеницу, даћу ти право)¹¹, као и *Iudex secundum allegata et probata iudicare debet* (судија треба да пресуди на основу оног што су странке предложиле и што је доказано).¹² Ако суд на основу изведених доказа не стекне уверење о истинитости изнесених тврдњи, он ће тврдње на које се у своју корист позвала странка сматрати неистинитим. Последице недоказаности истинитости тврдњи странака о релевантним чињеницама изражаваале су се максимом: *Idem est non probari et non esse; non deficit ius, sed probatio* (што није доказано, исто је као и да не постоји; то не значи да не постоји право, него само да оно није доказано).¹³

Код правила о терету доказивања битна су два питања: ко треба да доказује садржај одређене тврдње и ко сноси ризик недоказаности (неуспеха). Због тога су установљена одређена правила о терету доказивања:

¹¹ D. Стојчевић, A. Ромач, *Dicta et regulae iuris*, Savremena administracija, Beograd, 1971, str. 62.

¹² Ibidem, str. 164.

¹³ Ibidem, str. 128.

а) Још је Паулус, римски правник класичног периода поставио правило: *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat. Factum negantis probatio nulla est* (Терет доказивања лежи на ономе ко нешто тврди, а не на ономе који пориче. Негативне чињенице се не доказују).¹⁴ Ово правило оправдавало се схватањем да су за доказивање подесне само позитивне, али не и негативне чињенице. Многи аутори указују да ово правило не може безусловно да важи, јер негативне чињенице не само да могу, већ некад и морају да се доказују. Тако, ако странка изводи неко своје право из одређене негативне чињенице, мораће да доказује и ту негативну чињеницу.¹⁵ С обзиром на неодрживост ове првобитне тезе, појавила су се и друга схватања која оправдавају ово правило. Тако, према мишљењу француског романисте Акаријаса, идејни основ наведеног начела налази се у мотивационој претпоставци о очуваности, нормалности и потпуности правног поретка: ко тврди да постоји нешто што је у супротности са том претпоставком, треба то и да докаже.¹⁶

б) Друго правило гласи: *Actori incumbit probatio* (на тужиоцу је да докаже).¹⁷ Ово правило је у складу са претходно наведеним тумачењем првог правила: тужиоци износе позитивне тврдње које су у супротности са уверењем да су правни односи у датом случају регуларни и својим тужбама обзнањују да је повређен правни поредак. С обзиром на потребу да доказује наводе своје тужбе, говорило се да тужилац треба да дође на суд спремнији од туженика (*Actor venire debet instructor quam reus*).¹⁸ Ако тужилац не успе да докаже своју оптужбу, тужени се ослобађа (*Actore non probante, reus absolvitur*).¹⁹ Међутим, још су римски правници увидели да ово правило важи само у најпростијим случајевима, у којима се тужени брани простим порицањем. Због тога је уведено и треће правило, које важи у случајевима у којима се тужени активно брани приговорима (*exceptio*).

в) Треће правило сазнајемо од Улпијана, који на неколико места понавља мисао: *Reus excipiendo fit actor* (стављајући приговор, тужени постаје тужилац), односно *Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est* (сматра се да тужи и онај који се користи приговором,

¹⁴ Ibidem, str. 83.

¹⁵ Ако се нпр. некоме остави легат под негативним одгодним условом, да до своје тридесете године не окуси вино, он ће морати да доказује и ту негативну чињеницу (С. Цуља, *Грађанско процесно право Краљевине Југославије*, Геца Кон, Београд, 1936, стр. 554).

¹⁶ С. Accarias, *Preces de droit romain*, Paris, 1882, t. II, p. 905-906; наведено према D. Radoman, *Onus probandi – teret dokazivanja*, Odvjetnik 1974/5-6, str. 204.

¹⁷ D. Стојчевић, А. Ромас, *Dicta et regulae iuris*, Savremena administracija, Beograd, 1971, str. 9.

¹⁸ Ibidem, str. 8.

¹⁹ Ibidem, str. 9.

јер у погледу приговора тужени је тужилац).²⁰ Приговорима се користио тужени који у принципу није негирао постојање тужиочевог правног захтева, али је истицао нове чињенице, којима се у целости или делимично потиरे, укида, ограничава или одлаже правни учинак тужиочевих захтева.²¹ Тако се постепено дошло до схватања да свака странка треба да докаже чињенице које њој иду у прилог.

2.2. Средњовековно право

Како се дуго није правила разлика између грађанског и кривичног поступка, све напред речено односило се и на кривични поступак. То стапање кривичног и парничног поступка присутно је и кроз читав средњи век.²² Може се рећи да до њиховог коначног раздвајања долази тек крајем XVIII века. Све до пред крај XIII века, то је био поступак акузаторског типа, који карактерише раздвајање основних процесних функција (оптужбе, одбране и пресуђења) и њихово поверавање различитим процесним субјектима. Кривични поступак је покретало оштећено лице, што је одговарало тадашњем поимању кривичног дела као приватне ствари појединца.²³ У литератури се редовно наводи да је и у акузаторском кривичном поступку важило правило да терет доказивања пада на тужиоца. При томе се заборавља на чињеницу да та тврдња не важи безусловно за сваку врсту акузаторског поступка, већ само на поступак заснован на рационалној основи. Рационалан је онај поступак који је организован по захтевима разума, за разлику од ирационалног кривичног поступка, који се темељи на религиозним преоцбама до којих људи нису дошли разумним схватањем искустава добијених властитим чулима.²⁴ Ирационалне кривичне поступке имају готово сви народи на примитивним ступњевима културног развоја. Тако су и стари Словени и Германи донели у своју но-

²⁰ Ibidem, str. 349 и 16.

²¹ Б. Благојевић, *op. cit.*, str. 33.

²² Тако С. Шаркић, *Средњовековно српско право*, Матица Српска, Нови Сад, 1995, стр. 118; Т. Тарановски, *Историја српског права у Немањинској држави IV део*, Геца Кон, Београд, 1931, стр. 179.

²³ Такво стање ствари карактерисало је и средњовековна права. Међутим, треба имати у виду да се у многим средњовековним државама почињу јављати и први облици инквизиторских поступака, који се покрећу од стране јавних органа по службеној дужности. У средњовековној Србији то су поступци појачаног гоњења тата и гусара, при чему су све локалне општине биле дужне да периодично спроводе генералну истрагу тих крадљиваца и разбојника (члан 145 – 147 Душановог законика; Т. Тарановски, *op. cit.*, стр. 180). У средњовековном немачком праву такав поступак је био познат као Rügeverfahren (поступак прекорвања); више о томе код V. Bayer, *op. cit.*, str. 97.

²⁴ V. Bayer, *Jugoslavensko krivično procesno pravo, knjiga prva*, Zagreb, 1982, str. 12.

ву постојбину, Европу, ирационални кривични поступак, који се код њих још дуго задржао, док га није заменио рационални поступак створен на основама римског и канонског права. У том ирационалном поступку примењивала су се доказна средства као што су судски двобој, суд вреле воде, суд хладне воде, итд.²⁵ Полазна тачка словенско-германског доказног права била је мисао да су спорне чињенице најбоље познате окривљеном. Сматрало се да постоје средства којима се окривљени може довести у таквав положај да говори истину. Најважније од тих средстава била је заклетва. Заклетва се употребљавала како у грађанским, тако и у кривичним парницама.²⁶ Заклетву је полагао тужилац или тужени кад није било других доказа, те се истина ни на који други начин није могла пронаћи. Изјава, на којој се странка имала да закуне, унапред се формулисала у одређеном тексту, који је странка морала да научи, а затим напамет изговори савршено тачно. Свака, чак и најмања погрешка, омашка или просто заплитање у изговарању формуле заклетве, чинило је заклетву неисправном и ништавном. У основи тога лежало је схватање заклетве као једне врсте божјег суда. Веровало се да Бог не допушта да исправно изговори заклетву онај, чија би изјава била лажна. Зато, ако странка није хтела да се на своју изјаву закуне или није положила заклетву исправно, суд њеној изјави није веровао. Заклетву су могле полагати обе странке, али се највише употребљавала заклетва туженика.²⁷ Ако је била потпуно исправна, заклетва туженог је служила као оправдање или очишћење од „потвора“ (тужбе).²⁸ Заклетва странака у нашем старом праву била је прећутно укинута Расписом Попечитељства правосудија од 11.2.1842, а изричито наредбом бр. 1278 од 16.9.1844. године.

У средњовековним словенским правима, користила се и установа клеветника (помагача, душевника, поротника). То нису били сведоци, јер ни су суду саопштавали своја чулна опажања, нити су морали знати нешто о самој ствари, већ су била лица која изјављују да верују у истинитост исказа на који се странка заклела. То су могли бити само честити, непорочни

²⁵ С. Шаркић, *Средњовековно српско право*, Матица Српска, Нови Сад, 1995, стр. 119.

²⁶ Тако судски протокол из Сребрнице, који се односи на један кривични предмет, помиње као пресудни доказ заклетву тужиоца „само-седам“, Богом и душом својом и заклетву оптуженог „само-шест“ (А. Соловјев, *Историја словенских права – Законодавство Свјетлана Душана Цара Срба и Грка*, Сл. лист СРЈ, Београд, 1998, стр. 520; Б. Марковић, *О доказима у кривичном процесу*, Геца Кон, Београд, 1921, стр.51).

²⁷ Т. Тарановски, *Историја српског права у Немањинској држави IV део*, Геца Кон, Београд, 1931, стр.199.

²⁸ Видети један пример ослобођења на основу заклетве окривљеног код С. Максимовића, *Суђења у кнежевини Србији пре хришћанских законика из архиве Пожаревачкој мајсторији*, Пожаревац, 1898, стр. 123.

људи којима се могло веровати, који су под заклетвом потврђивали пред суд изнесене битне чињенице, а чијим је исказима суд имао да поклони веру. Редовно су се тражили клетвеници да потврде изјаву туженог који пориче тужбу и тврди да није крив.²⁹ Клетвеници или поротници помињу се и у Душановом законнику. О правној природи те установе постоје опречна мишљења. У српској историјској литератури једно време је преовладавало мишљење да она има карактер поротног суда, на основу чега је Авакумовић закључио да је стара Србија колевка пресудне пороте.³⁰ Међутим, други аутори су указивали на то да су поротници из Душановог законика имали карактер доказне а не пресудне пороте.³¹

Установа заклетве странака и клетвеника у старом словенском и германском праву, говори нам да је у ирационалним акузаторским поступцима терет доказа у правилу сносио тужени,³² што је било дијаметрално супротно основном принципу римског права. Међутим, треба напоменути да је и у старом германском праву било неких случајева у којима је терет доказивања сносио тужилац. Такав је, на пример, био случај у поступку против учиниоца затеченог на делу. Оптужени се уопште није сматрао странком, па на суду није ни долазио до речи. Тужилац је био дужан да својом заклетвом и заклетвом људи који су на његову вику дошли на лице места, докаже чињеницу да је оптужени затечен на делу. Ако му је то успело, оптужени је био одмах осуђен.³³ Такође, тужилац је имао право да доказује у неким случајевима када се у доказ тужбених навода могао позвати на сведоке.³⁴ Оптужени се тада није могао опрати заклетвом очишћења.

Често се указује на то да такав терет доказа није постојао у чистом инквизиторском поступку, јер је тамо суд утврђивао чињенично стање по службеној дужности. Ова констатација је тачна, али не и њено образложење. Прави разлог непостојања потребе за посебним правилима о подели терета доказивања у инквизиторском поступку крио се у тзв. законској оцени доказа. У складу са таквом оценом доказа, законска доказна правила или постоје или не постоје. У том смислу и чињенице могу постојати или не постојати; двојбених случајева у том погледу не може бити, па нема ни потребе за њиховим решавањем.

²⁹ Т. Тарановски, *op. cit.*, стр. 200, 202; Д. Јанковић, *Историја државе и њрава феудалне Србије (XII _ XV век)*, Научна књига, Београд, 1957, стр. 115.

³⁰ Ј. Авакумовић, *Стара српска њоротиа њоређена са енглеском њоротиом, њрисијуина беседа*, Српска Краљевска Академија, Београд, 1894, стр. 8.

³¹ Тако Б. Марковић, *op. cit.*, стр. 53-56.

³² Тако V. Bayer, *Kazneno postupovno pravo – poviestni razvoj*, Zagreb, 1943, стр. 83; С. Максимовић, *op. cit.*, стр. XI.

³³ V. Bayer, *op. cit.*, стр. 88.

³⁴ *Ibidem*.

2.3. Англосаксонско право

Правни систем држава *common law* утемељен је на готово чистом расправном начелу (парнични поступак), односно акузаторском начелу (кривични поступак). У том погледу постоји готово невероватна сличност са римским процесним правом пред крај републике. Тако, на пример, у оба случаја имамо систем популарне тужбе, пасивну улогу суда и доказну иницијативу странака. Битно сличан је и положај оптуженог: он се не сме испитивати, а његово признање нужно доводи до осуде. То је помало чудно, ако се узме у обзир општеприхваћено мишљење да римско право није имало готово никаквог утицаја на постанак установа англосаксонског права.³⁵ Неки ове сличности објашњавају законитошћу да у сличним друштвеним приликама и под владавином сличних основних политичких и правних назора морају настати слична процесна права.³⁶ У англосаксонском праву је подела на терет тврдњи и терет доказивања изведена до краја и врло консеквентно. Ова разлика објашњава се специфичностима поротног система који постоји у правима ових земаља. Прво, на странкама лежи терет презентирања доказа у мери која је потребна да се предмет изнесе пред пороту (*burden of producing or going forward*) а потом следи терет убеђивања пороте (*burden of persuasion*).³⁷ Судија самостално расподељује на странке дужност презентирања доказа у зависности од врсте предмета спора и унапред одређује која ће странка сносити ризик неуспелог уверавања пороте у истинитост одређених тврдњи. За странке је веома важна прерасподела овог терета, јер оне не могу нудити један по један доказ, већ морају одмах означити све расположиве доказе. Свака странка може тражити од суда да својом одлуком потврди да ли је супротна странка удовољила терету презентирања довољних доказа. Тек пошто је удовољено терету презентирања доказа, долази на ред терет убеђивања пороте у истинитост спорних чињеница. Судија прерасподељује и терет убеђивања пороте, тако да ће ризик недоказаности сносити она странка која из тих чињеничних тврдњи изводи неко своје право по одредбама материјалног права. Дакле, доказни поступак је у рукама странака а суд има позицију неутралног арбитра. Евентуална активност судије управљена на испитивање чињеница које странке нису изнеле, а поготово на прибављање доказа о спорним чињеницама, тумачи се као недопуштена заинтересованост судије у спору у прилог једне или друге странке и тиме као по-

³⁵ D. Krapac, *Engleski kazneni postupak*, Zagreb, 1995, str. 3.

³⁶ V. Bayer, op. cit., str. 275.

³⁷ Наведено према В. Ћалија, *Funkcija i pravna priroda pravila o tereetu dokazivanja*, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu* br. XXXIII, 1985, str. 11; D. Krapac, *Engleski kazneni postupak*, Zagreb, 1995, str. 75-76.

вреда принципа неутралности судије. Осим тога, таквом уређењу поступка доприноси и схватање да се парница води због заштите приватних субјективних права, због чега странке треба одлучујуће да утичу и на ток самог поступка, у складу са начелом диспозиције и расправном максимумом. Надаље, тај систем почива на доследној подели делокруга рада између основних парничних субјеката: странке су дужне да изнесу чињенице и прикупе доказе; порота закључује о успешности доказивања а судија доноси мериторну одлуку. Отуда коначан исход поступка зависи од тога да ли је странка доказала своје тврдње, па ако у томе није успела, њен захтев треба да буде одбијен јер није доказан.

3. Терет доказивања у савременом грађанском процесном праву

Домаћа теорија грађанског процесног права није се пуно бавила проблематиком терета доказивања. Па, ипак постоје различита схватања о појму терета доказивања, његовим врстама, правној природи и о његовом значају у различитим периодима развоја нашег процесног права. Старија процесна теорија је правила дистинкцију између терета тврдње (*onus proferendi*) и терета доказивања (*onus probandi*). Тако је, на пример, Јухарт истицао да терет тврдње може бити објективни и субјективни. Основни критеријум њиховог разликовања је у томе да ли се поставља питање које чињенице морају бити наведене (објективни терет тврдње) или ко их мора навести (субјективни терет тврдње).³⁸ Учење о терету доказивања такође често почива на дистинкцији између субјективног и објективног терета доказивања. Субјективни терет доказивања даје одговор на питање која странка је дужна да суду пружи доказе о истинитости чињеничних тврдњи, док терет доказивања у објективном смислу одговара на питање ко сноси ризик недоказаности.³⁹ Већина савремених аутора изједначава појам терета тврдњи и терета доказивања у субјективном смислу.⁴⁰ Често је, међутим, у оптицају само израз терет доказивања, при чему се под њиме подразумева оно што други аутори називају објективним теретом доказивања.⁴¹ Иначе, сматра се да дужност изношења чињеничних тврдњи и предлагања доказа ни-

³⁸ Тако Јухарт, *Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije*, Univerzitetna založba, Ljubljana, 1961, стр. 351.

³⁹ Тако, на пример, В. Познић, *Građansko procesno pravo*, Savremena administracija, Београд, 1982, стр. 242.

⁴⁰ Тако, на пример, В. Познић, *Građansko procesno pravo*, Savremena administracija, Београд, 1982, стр. 242.

⁴¹ Такав закључак произлази из разматрања ове проблематике код О. Станковића, *Лексикон грађанској ѡрава*, Номос, Београд, 1996, стр. 727 и Р. Богдановића (прир.), *Речник ѡравних речи и израза – ѡривајно (грађанско) ѡраво*, Номос, Београд, 2000, стр. 214.

је обавеза странке према противној странци нити према суду, већ у својој бити специфична обавеза према самој себи.⁴² Навођењем релевантних чињеница и предлагањем доказа странка остварује повољније изгледе за свој успех у парници. Због тога се у теорији процесног права та „дужност“ радије назива теретом него обавезом. Посебна карактеристика тих дужности је немогућност правног присиљавања странака да их предузму.⁴³ Иначе, већина правних теоретичара сматра да није могуће постојање правних обавеза без одговарајућих субјективних права.⁴⁴ Чини нам се да термин терет доказивања потиче још од Rosenberga, који је извршио снажан утицај на остале ауторе. То је последица његовог општег учења о грађанском поступку као правном односу у коме странке немају ни једна према другој, ни према суду, никакве дужности, већ само терете.⁴⁵

3.1. Јуџословенско ѓправо у ѓериоду доминације истѓражноѓ ѓринциѓа

У каснијем развоју континенталних парничних поступака долази до напуштања класичног римског модела расправног принципа, који бива знатно редуциран у корист тзв. истражног начела. До тога долази под утицајем схватања да, без обзира на приватноправни карактер субјективних права која су предмет парничних поступака, сама парница има и јавноправну природу. Због тога се одговорност у погледу утврђеног чињеничног стања са странака преноси на суд, који више није везан доказним предлозима странака, већ може изводити и друге доказе по службеној дужности. Тако се и у нашем праву, све до 2004. године, активна улога суда кретала од иницирања и подстицања странака, до прикупљања процесне грађе по службеној дужности. Према члану 7 ЗПП из 1977. године,⁴⁶ суд је био дужан да потпуно и истинито утврди спорне чињенице од којих је зависила основаност захтева. Странке су биле дужне да изнесу све чињенице на којима оснивају своје захтеве и да предложе доказе којима се утврђују те чињенице. Суд је био овлашћен да изведе и доказе које странке нису предложиле ако су ти докази били од значаја за одлучивање. Суд је био овлашћен да утврди и чињенице

⁴² S. Triva, M. Dika, *Грађанско парнично процесно право*, Народне новине, Zagreb, 2004, str. 498.

⁴³ D. Cini, *Sistematika učenja o teretu dokazivanja u jugoslavenskoj nauci građanskog procesnog prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 1990/3, str. 295.

⁴⁴ М. Поповић, *Elementi teorije prava*, Savremena administracija, Beograd, 1980, str. 162.

⁴⁵ Наведено према Т. Живановић, *Основни ѓпроблеми кривичноѓ и ѓрађанскоѓ ѓроцесноѓ ѓправа*, Српска Краљевска Академија, Београд, 1941, стр. 35. То мишљење је, иначе, било предмет критике, јер је неспојиво са појмом правног односа и појмом странке.

⁴⁶ Сл. лист СФРЈ 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 72/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91 и Сл. лист СРЈ 27/92, 31/93, 24/94, 12/98, 15/98 и 3/02

које странке нису изнеле ако је из резултата расправе и доказивања произлазило да странке иду за тим да располажу захтевима којима не могу располагати (члан 3, става 3), али своју одлуку није могао засновати на чињеницама о којима странкама није дата могућност да се изјасне. Према члану 298 истог ЗПП, председник већа је био дужан да се постављањем питања и на други целисходан начин стара да се у току расправе изнесу све одлучне чињенице, да се допуне непотпуни наводи странака о важним чињеницама, да се означе или допуне доказна средства која се односе на наводе странака и, уопште, да се пруже сва разјашњења потребна да би се утврдило чињенично стање важно за одлуку. Према члану 220, доказивање је обухватало све чињенице које су важне за доношење одлуке. Који ће се докази извести ради утврђивања одлучних чињеница решавао је суд. Такође, треба имати у виду одредбу члана 9 истог ЗПП, по којој су странке дужне да пред судом говоре истину и да савесно користе права која су им призната тим законом. Из наведеног произлази да је странка била дужна да изнесе не само чињенице које јој иду у прилог, већ све што јој је о одређеној ствари познато, па чак и када би јој то ишло на штету. Са становишта овакве позиције странака у поступку, сасвим је ирелевантно да ли је доказ који је суд одлучио да изведе понудила странка која је била дужна да га понуди или га је понудила супротна странка.⁴⁷

У тексту нашег ЗПП из 1955. године, као и у првобитном тексту ЗПП из 1977. године, није била садржана одредба о примени правила о терету доказивања. До измена ЗПП из 1990. године, примена правила о терету доказивања је у теорији и пракси била до извесне мере спорна. Судови су се дуго опирали таквом начину размишљања, по коме би примена правила о терету доказивања диктирала исход спора. У образложењима одлука којима се одбија тужбени захтев због тога што није утврђено да су истините тврдње о релевантним чињеницама на којима тужилац заснива свој захтев, судови се нису позивали на правила о терету доказивања, већ су тврдили да су на темељу слободне оцене доказа дошли до уверења да тврдње о релевантним чињеницама нису истините.⁴⁸ Дакле, судови своје одлуке нису оправдавали правим разлозима. Судови су се само изузетно позивали на правила о подели терета доказивања, уколико су таква правила била изричито предвиђена материјалноправним одредбама.⁴⁹

⁴⁷ Сличне одредбе су постојале и у нашем ЗПП из 1955. године.

⁴⁸ Наведено према S. Triva, M. Dika, *Грађанско парнично процесно право*, Народне новине, Загреб, 2004, стр. 500. Тако и Г. Станковић, *Терети доказивања*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, XLVI, 2006, стр. 6.

⁴⁹ Тако одлука Савезног суда Грс 41/77 – ЗСО 1/78 – 172; наведено према S. Triva, M. Dika, op. cit., стр. 500; B. Poznić, V. Rakić, Vodinelić, *Грађанско процесно право*, Savremena administracija, Beograd, 2010, стр. 318.

Теорија грађанског процесног права која је обележила поменућу фазу у развоју нашег законодавства; није била јединствена по питању значаја ове установе. Неки аутори су у новим условима одрицали било какав практични значај правилу о терету доказивања. Тврдило се да доказивање није ни дужност, ни терет странке. О дужности доказивања могло би се говорити само ако би према странци стајао неко ко би имао право да то доказивање захтева. Појам терета доказивања сматран је реликтом буржоаског процесног права, које, негирајући дужност доказивања, није могло на други начин да објасни последице пропуста странке да докаже своје тврдње. Могућност странке да наводи доказе у одређеним фазама поступка представља законско овлашћење које свака странка у сопственом интересу може и треба да користи. Суд је тај који је дужан да утврди стање ствари у парници, а како се до тога долази доказивањем, онда се не може закључити друго него да је доказивање дужност суда која се простире на сва доказна средства подобна за коришћење у парници. У парници се не сме доносити пресуда која је резултат успеха или неуспеха странке у доказивању, јер се тиме заклања улога суда и чињеница које суд утврђује слободном оценом доказа.⁵⁰ Сличног мишљења су и неки други аутори, који оспоравају значај правила о терету доказивања позивом на принцип тзв. „материјалне истине“.⁵¹ Најзад, неки аутори сматрају да примени правила о терету доказивања нема места због начела слободне оцене доказа. И таква схватања су погрешна, јер поменуто начело, као један од могућих метода оцене доказа, само по себи не искључује примену правила о терету доказивања.⁵² Други аутори су признавали ограничено дејство правилу о терету доказивања. Тако је, на пример, Juhart разликујући терет тврдње од терета доказивања, закључио да је у тадашњем нашем грађанском процесном праву важнији објективни терет тврдње, јер није нужно да одређена тврдња потиче од странке која у односу на њу сноси терет. Juhart је сматрао да правила о објективном терету тврдње важе нарочито у случају када суд, користећи се својим истражним и подстрекачким овлашћењима, не добије од странака затражену тврдњу о правнорелевантним чињеницама. Суд ће одлучити на штету странке која је сносила терет за њу повољне тврдње.⁵³ Juhart такође указује да су неопходна и правила о терету доказивања, зато што нам она дају одговор на питање како ће суд поступити кад не може да докаже

⁵⁰ Тако, на пример, Б. Грађански, *Терет доказивања у парници и наш Закон о парничном процесу*, Гласник Адвокатске коморе Војводине 1964/1, стр. 11.

⁵¹ Тако, Б. Базала, *Терет доказивања с посебним освртом на доказивање у споровима осигурања*, Осигурање и привреда 1962/11, стр. 29.

⁵² Тако и В. Poznić, V. Rakić-Vodinić, op. cit., стр. 319.

⁵³ J. Juhart, *Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije*, Univerzitetna založba, Ljubljana, 1961, str. 351.

истинитост истакнутих тврдњи странака. Суд не може да одбије да одлучује о тужбеном захтеву ни због недоказаности чињеничних тврдњи, ни због непостојања одговарајућих правних правила. Тада на сцену ступају правила о терету доказивања, која одређују да ће суд одлучити на штету оне странке која се позвала на недоказану тврдњу и која је сносила терет доказивања у погледу њене истинитости. При томе није пресудно ко мора доказивати (субјективни терет доказивања), већ је тежиште на томе шта се мора доказивати (објективни терет доказивања).⁵⁴

Познић сматра да због крупних ограничења расправног начела, терет тврдње губи свој значај. Странци која има активно држање у парници закон налаже да изнесе сву процесну грађу. То значи да је странка дужна да чињенично стање прикаже потпуно, а не да износи само оне околности које њој иду у прилог. Тиме отпада и строга подела на чињенице које говоре за основаност тужбеног захтева и на оне које имају супротан значај. Дакле, сасвим је свеједно да ли једна тврдња потиче од тужиоца или туженог. Осим тога, суд узима у обзир све чињенице у процесној грађи коју има пред собом. То важи и за оне чињенице у којима странка није видела своје средство напада или одбране. Најзад, упућивањем питања у циљу расветљавања стања ствари, суд даје подстицај странкама да изнесу своје тврдње. Он се при томе не мора обратити оној странци која у погледу нејасне чињенице сноси терет доказивања, него може да тражи разјашњење од оне за коју верује да је боље обавештена. Он, надаље, пориче значај субјективног терета доказивања, али указује на то да објективни терет доказивања има исти значај као и при неограниченом важењу расправне максиме. Он истиче да су нам правила о објективном терету доказивања потребна јер дају одговор на питање која ће странка сносити ризик недоказаности, односно која ће странка изгубити парницу ако суд није дошао до одређеног закључка о постојању спорне чињенице.⁵⁵

Милисав Чизмовић, размишљајући слично Познићу, одриче сваки значај правилима о терету тврдње. При томе се позива на дужност тужиоца да чињенично стање из кога је дошло до спора прикаже потпуно, што подразумева и околности које му не иду у прилог. Насупрот томе, правила о терету доказивања су важна. Странка која тврди да једно право постоји, сноси терет доказивања оних чињеница које материјално право предвиђа као претпоставке за његов постанак и обрнуто, странка која пориче постојање једног права сноси терет доказивања чињенице која спречава његов постанак или услед којих се оно угасило. Ако је чињеница остала недоказана, терет доказивања пада на ону странку која ју је предложила. Надаље,

⁵⁴ Ibidem, str. 351-352.

⁵⁵ В. Познић, *op. cit.*, 242.

по његовом схватању, треба разликовати проблем тактике од правног питања. Као проблем тактике, терет доказивања своди се на оно што представља материјални терет доказивања у току поступка, док се терет доказивања као правно питање своди на одлуку о трошковима.⁵⁶

Као што смо видели, у теорији је спорно питање значаја дистинкције између терета тврдње и терета доказивања. Доминира схватање да то разликовање има значаја само у оним процесним системима који се заснивају на чистом расправном принципу. Међутим, има мишљења у италијанској и француској литератури да је ова подела ирелевантна чак и у чисто правним системима.⁵⁷ Бранко Чалија наводи да се терет тврдње и терет доказивања у субјективном смислу подударају и у предмету и у обиму.⁵⁸ Самосталност терета тврдње у односу на терет доказивања долази до изражаја само онда када одређена правнорелевантна чињеница (тврдња) није изнесена. Негативне последице падају на ону странку чија процесна тражења не могу произвести последице без изнесених чињеница. Иако сматра да је прерасподела терета изношења доказа без значаја за оцену доказа, он истиче да је у интересу странака да удовоље тој дужности и понуде све доказе потребне за утврђење својих навода, јер тако избегавају негативне последице примене правила о терету доказивања. До примене тих правила долази тек после оцене доказа, кад резултати изведених доказа не омогућавају суду да стекне уверење о тачности спорних чињеница, а то је степен сазнања који не допушта оправдану сумњу у супротно. Дакле, примена правила о терету доказивања није непосредно последица немогућности или пропуштања странака да удовоље дужности презентирања доказа за чињенице на којима заснивају свој захтев, јер суд закључак о истинитости спорних тврдњи доноси на основу укупних резултата делатности доказивања у којој учествују сви процесни субјекти.⁵⁹

Најзад, треба указати и на оне ауторе, који су у овом периоду признали веома ограничени дomet правила о терету доказивања, посматрајући их само кроз призму одредаба о претходном сношењу трошкова парничног поступка.⁶⁰

Дилема о постојању или непостојању терета доказивања у нашем парничном поступку решена је 1990. године, када је у ЗПП унета одредба

⁵⁶ М. Чизмовић, *Грађанско њроцесно њраво*, НИО Универзитетска ријеч, Титоград, 1988, стр. 177.

⁵⁷ Тако, на пример, М. Cappelletti, J. Perillo, *Civil procedure in Italy*, The Hague, 1965, str. 185; наведено према В. Чалија, *op. cit.*, str. 11.

⁵⁸ В. Чалија, *op. cit.*, str. 10.

⁵⁹ *Ibidem*, str. 13.

⁶⁰ Тако, на пример, S. Kamhi, *Грађански судски поступак*, Veselin Masleša, Sarajevo, 1957, str. 301; S. Zuglia, *Грађански парнични поступак FNRJ*, Skolska knjiga, Zagreb, 1957, str. 316.

члана 221а, која је гласила: Ако суд на основу изведених доказа (члан 8) не може са сигурношћу да утврди неку чињеницу, о постојању чињенице закључиће применом правила о терету доказивања.⁶¹ Од тог момента процесна теорија више није могла да игнорише ову установу. Јављале су се само извесне разлике приликом дефинисања терета доказивања, одређивања значаја субјективног терета доказивања, начина оправдавања ове установе, итд. Тако се, на пример, истиче да правила о терету доказивања показују која странка треба да пружи доказе суду да се не би изложила ризику да суд одлучи на њену штету и како суд закључује о постојању одређене чињенице.⁶² Веома је важно нагласити да правила о терету доказивања ступају на сцену тек онда кад суд не може са сигурношћу да утврди истинитост спорних чињеничних тврдњи на којима странке заснивају своје захтеве. То подразумева да су изведени сви докази које су странке предложиле, као и сви докази које је предузео суд по службеној дужности и да су они били недовољни или неверодостојни. Ипак, ма колико се у нашој судској пракси екстензивно схватала истражна максима, питање је колико је суд уопште могао да изводи доказе које странке нису предложиле да би дошао до сазнања о постојању одређене битне чињенице, јер суду, по правилу, нису позната друга доказна средства, нити може да изводи доказе да би дошао до сазнања да постоје и други докази о спорној чињеници.⁶³ Стога неки аутори констатују да суд заправо није имао адекватних инструменталних могућности да оствари задатак који му је истражна максима наметала.⁶⁴ Када је наступило стање недоказаности, фактичко је питање које суд цени у сваком конкретном случају. То је онај моменат у поступку када суд, након свих могућих доказних средстава закључи да нема онај степен сазнања који не допушта оправдану сумњу у супротно.⁶⁵ При томе, неки аутори упозоравају да се не сме узети да нема доказних средстава ако је странка саопштила да за доказ њених тврдњи једино преостаје саслушање странака.⁶⁶ Недоказаност се појављује у релацији према скупини чињеница битних за досуђење захтева одређене странке. Изражава се као недостатак уверења о истинитости чињеничних тврдњи једне странке о постојању одлучних чињеница из којих странка изводи право на досуду тужбеног или приговорног захтева. Зато, уверење да су неистините тврдње једне странке о одлучним чиње-

⁶¹ Сл. лист СРЈ 27/90

⁶² Г. Станковић, *Грађанско ѡроцесно ѡраво*, ИП Јустинијан, Београд, 2004, стр. 401.

⁶³ Тако и Г. Станковић, *Терет доказивања*, стр. 6.

⁶⁴ S. Triva, M. Dika, op. cit., str. 176.

⁶⁵ В. Ђалија, op. cit., str. 13.

⁶⁶ Р. Кеча, Б. Старовић, *Грађанско ѡроцесно ѡраво*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2004, стр. 290.

ницама није недоказаност у овом смислу. Ту је, напротив, доказано да је нетачна тврдња о важним чињеницама и да нема основа да се странци досуди захтевано. Такође, ни уверење о истинитости тврдњи једне странке, из чега се изводи закључак да нису тачне опречне тврдње друге странке, није недоказаност. Тиме је доказано да су неистините чињеничне тврдње те странке и да њено тражење није основано.⁶⁷ Дакле, на појам недоказаности треба гледати рестриктивно. Неки аутори указују на тананост ситуације у којој се налазе тужилац и тужени, с обзиром на њихово субјективно виђење стања доказаности чињеничних тврдњи. Тако је могуће да тужени остане пасиван у поступку и тужби не супротставља никакве доказе, само зато што сматра да тужилац није успео да докаже оно што тврди. И док он очекује да суд одбије тужбени захтев, може да изгуби спор, ако суд закључи да је истинитост тужиоачеве тврдње доказана.⁶⁸

По неким, правила о терету доказивања представљају одступања од принципа слободне оцене доказа.⁶⁹ Наиме, када суд не може са сигурношћу да утврди постојање одређене чињенице, он примењује правило о терету доказивања, као једно правило из законског доказног система, које му налаже да закључи да не постоје оне чињенице које странка коју погађа терет доказивања није успела да докаже. Ово мишљење је погрешно, јер се правила о терету доказивања примењују тек после завршеног доказног поступка и после дате оцене доказа, тако да само по себи не значи ни слободну ни законску оцену доказа, већ просто примену једне правне установе која разрешава проблем кризе спознаје суда.

3.2. *Српско њраво у њериоду јачања расњравној њринција*

Следећи помак у законском дефинисању терета доказивања учинио је ЗПП из 2004. године,⁷⁰ који је афирмисао терет доказивања у субјективном смислу и конкретизовао терет доказивања у објективном смислу.⁷¹ Осим понављања одредбе из бившег члана 221а старог ЗПП, нови ЗПП у члану 223 садржи следећа општа правила: странка која тврди да има неко право, сноси терет доказивања чињенице која је битна за настапак или остваривање права, ако законом није друкчије одређено; странка која оспорава постојање неког права, сноси терет доказивања чињенице

⁶⁷ Ibidem, стр. 291.

⁶⁸ Тако, В. Рајовић и др., *Грађанско њроцесно њраво*, Правни факултет Бања Лука, Бања Лука, 2001, стр. 87.

⁶⁹ Г. Станковић, *Грађанско њроцесно њраво*, стр. 401.

⁷⁰ Сл. гласник РС 125/04. Сличне промене десиле су се и у хрватском праву

⁷¹ Г. Станковић, *Терет доказивања*, Зборник радова Правног факултета у Нишу XLVI, 2006, стр. 2. Слично и А. Јакшић, *Грађанско њроцесно њраво*, Службени гласник, Београд, 2007, стр. 399.

која је спречила настанак или остваривање права или услед које је право престало да постоји, ако законом није друкчије одређено. Оваква законска формулација је у складу са једним схватањем које је одавно било заступљено у теорији грађанског процесног права. Наиме, у теорији се одавно увидело да је проблематика терета доказивања у парничном поступку сложена и да би због тога требало извршити категоризацију чињеница у четири групе: а) чињенице за које се веже настанак одређеног права; б) чињенице које преображавају одређено право; в) чињенице које гасе одређено право и г) чињенице које спречавају настанак одређеног права.⁷² Међутим, проблем може настати онда када је спорно да ли је постојање одређене чињенице услов за настанак одређеног права или непостојање такве чињенице спречава настанак тог права. Од тога како се таква чињеница квалификује, зависиће и одговор на којој од странака лежи терет доказивања.⁷³ Осим тога, нови ЗПП јача расправно начело на штету истражне максиме.⁷⁴ Процесну грађу на основу које суд треба да донесе своју одлуку, сада обликују искључиво странке, осим када из резултата доказивања произлази да странке располажу захтевима којима не могу располагати или кад је то посебним прописима предвиђено (члан 7). Само у тим случајевима суд је овлашћен да изводи и доказе које странке нису предложиле. Иначе, суд је задржао право да одлучује о релевантности понуђених доказа за утврђивање чињеничног стања. Примећујемо да је из законског текста изостала одредба члана 7 ЗПП из 1977. године о дужности суда да потпуно и истинито утврди спорне чињенице од којих зависи основаност тужбеног захтева, из које је произлазио тзв. принцип „материјалне истине“. Јачање расправне максиме уз доследну примену правила о подели терета доказивања требало би да допринесе ефикасности парничног поступка и очувању права на суђење у разумном року. Наиме, треба имати у виду да је дотадашња пракса судова била заснована на широко заступљеном поступању суда по службеној дужности, „па су парнични поступци били својеврсна деценијска истрага за утврђивање материјалне истине, уз толерисање пасивности странака и њиховог максимално опуштеног понашања које је ишло дотле да су поједине парнице водиле странке а не суд, бескрајним одлагањима и стављањем доказних предлога или пропуштањем достављања доказа без икаквих последи-

⁷² M. Cappelletti, J. Perillo, *Civil Procedure in Italy*, The Hague, 1965, str.186; наведено према В. Ђалија, *op. cit.*, стр. 15. Слично и Г. Станковић, *Грађанско процесно право*, ИП Јустинијан, Београд, 2004, стр. 402.

⁷³ *Ibidem.*

⁷⁴ Сличне промене десиле су се и у хрватском праву (S. Triva, M. Dika, *Грађанско парнично процесно право*, Narodne novine, Zagreb, 2004, str. 161) и у словеначком праву (L. Ude, *Civilno procesno право*, Uradni list, Ljubljana, 2002, str.256).

ца.⁷⁵ Након поменутих законских интервенција, примећено је да се судови све чешће позивају на правило о терету доказивања, али у појединостављеном облику, што често има за последицу незакониту одлуку. При том се не дају никакви разлози за примену овог правила, суд не образлаже да ли се ради о чињеници важној за доношење одлуке, која странка је имала обавезу доказивања те чињенице и да ли се уопште радило о потреби доказивања те чињенице.⁷⁶

Нови ЗПП из 2011. године⁷⁷ фаворизује она процесна начела која омогућавају концентрацију поступка.⁷⁸ У складу с тим је даље јачање начела диспозиције и расправног начела. Странке су дужне да изнесу све чињенице на којима заснивају своје захтеве и да предложи доказе којима се утврђују те чињенице. При томе су отклоњене неке дилеме које су произлазиле из првобитне редакције ЗПП из 2004. године. Чланом 7, ставом 2 тог закона било је предвиђено да суд утврђује све чињенице од којих зависи одлука о основаности захтева. То је било у колизији са евентуалном ситуацијом у којој странке нису предложиле све чињенице и доказе а суд нема овлашћење да изводи друге доказе осим предложених. У садашњој формулацији члана 7, става 2 новог ЗПП прописано је да ће „суд разматрати и утврдити само чињенице које су странке изнеле и да ће да изведе само доказе које су странке предложиле“. „Овим је законодавац јасно изразио свој став да у парничном поступку суд не утврђује више материјалну истину, него процесну истину, а то значи да је истина за суд оно што је странка доказала, а не оно што се стварно десило.“⁷⁹ Суд је овлашћен да по службеној дужности утврђује спорне правно релевантне чињенице само ако по сумња да се ради о недопуштеним диспозицијама странака из члана 3, става 3. Одредбе о општим правилима о подели терета доказивања су остале исте као и у ЗПП из 2004. године, с тим што се сада налазе у члану 231. Једина новина у вези са теретом доказивања везана је за прецизирање ситуа-

⁷⁵ Љ. Милутиновић, *Примена правила о терету доказивања*, Билтен Врховног суда Србије 2007/3, стр. 329.

⁷⁶ Љ. Милутиновић, *Примена правила о терету доказивања*, Билтен Врховног суда Србије 2007/3, стр. 340. Тако она наводи да је извод из земљишне књиге довољан доказ о постојању права својине. Зато странка која није пружила доказ на основу чега је извршен упис права својине, не може сносити штетне последице због примене правила о терету доказивања, осим ако се ради о недозвољеним располагањима, када ће суд поступати по службеној дужности. Међутим ако супротна странка оспорава ваљаност извршеног уписа, дужна је да пружи доказе за то.

⁷⁷ Сл гласник РС 72/2011

⁷⁸ Г. Станковић, *Прејед основних процесних начела парничне процедуре*, Правни информатор 2012/2, стр. 13.

⁷⁹ А. Радованов, *Битне карактеристике новог закона о парничном поступку*, Гласник Адвокатске коморе Војводине 2012/1, стр. 5.

ѡије у вези са вештачењем. Наиме, законом је одређено да ће суд да изведе доказ вештачењем ако је ради утврђивања или разјашњења неке чињенице потребно стручно знање којим суд не располаже. Странка која предлаже извођење доказа вештачењем дужна је да у предлогу назначи предмет вештачења, а може да предложи и одређено лице за вештака. Ако ниједна странка не предложи вештачење или у остављеном року не обезбеди трошкове за вештачење или се не подвргне вештачењу, суд ће о тим чињеницама да одлучи применом правила о терету доказивања (члан 260).

4. Терет доказивања у савременом кривичном процесном праву

4.1. Схваћања о формалном и материјалном ѡерету доказивања

У кривичнопроцесној теорији најчешће се полази од разликовања формалног и материјалног терета доказивања. Под формалним теретом доказивања подразумева се искључива правна дужност неког процесног субјекта да докаже неку чињеницу, при чему ниједан други процесни субјект не треба и не сме да је доказује. Уколико је дати процесни субјект не докаже, мора се узети да та чињеница не постоји.⁸⁰ Терет доказивања у том смислу постојао је у чистом акузаторском поступку и лежао је на тужиоцу. Сам суд се није смео упустати у доказивање тих чињеница. Формални терет доказивања не постоји у савременим мешовитим поступцима, јер у њима постоји дужност суда да утврђује тзв. материјалну истину. Руководећи се очигледно само формалним теретом доказивања, читава плејада наших процесуалиста негира било какав значај поделе терета доказивања у кривичном поступку, позивајући се при том на начело судске одговорности за утврђивање чињеничног стања.⁸¹

С друге стране, о терету доказивања може се говорити и онда када постоји правна дужност неког процесног субјекта да доказује извесне чињенице у кривичном поступку, уз упоредо постојање правне дужности и неког другог процесног субјекта да доказује те чињенице.⁸² Терет доказа у том смислу постоји и у мешовитим поступцима. Неки писци под теретом пружања доказа у кривичном поступку подразумевају не само дужност,

⁸⁰ V. Bayer, *Jugoslavensko krivično procesno pravo, knjiga II*, Narodne novine, Zagreb, 1989, str. 68. Слично и D. Крпач, *Kazneno procesno pravo, prva knjiga: institucije*, Informator, Zagreb, 2000, str. 272.

⁸¹ Тако, Т. Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Savremena administracija, Beograd, 1981, str. 311; M. Grubač, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2011, str. 250; M. N. Simović, *Krivično procesno pravo – uvod i opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću, Bihać, 2009, str. 336.

⁸² V. Bayer, *Jugoslavensko krivično procesno pravo, knjiga II*, Narodne novine, Zagreb, 1989, str. 69.

већ и право одређених кривичнопроцесних субјеката да, с циљем расветљења и решења кривичне ствари, предлажу извођење одређених доказа и на тај начин омогуће суду доношење адекватне судске одлуке по тој кривичној ствари.⁸³ Дужност пружања доказа налази се у рукама различитих субјеката у различитим фазама кривичног поступка. У фази истраге, на тужиоцу који захтева спровођење истраге лежи правна дужност да укаже на чињенице и доказе из којих произлази основана сумња да је учињено кривично дело. Без таквих доказа кривични поступак не може да започне. Тужилац може предлагати извођење одређених доказа и у току истраге, али истражни судија није везан тим предлозима, будући да је дужан да по службеној дужности спроводи потребне истражне радње. У фази стављања под оптужбу терет доказивања је поново на тужиоцу, јер његова оптужница мора бити основана да би издржала евентуалну судску контролу и довела до преласка поступка у главни стадијум. На главном претресу, правни терет доказа лежи на тужиоцу и на судећем суду. Формални терет доказивања никад не лежи на окривљеном, јер је он носилац функције одбране, која је његово право али не и дужност. Према члану 89, ставу 2 важећег ЗКП, окривљени ће се поучити да није дужан да изнесе своју одбрану, нити да одговара на постављена питања. Исто важи и на главном претресу: само ако то жели, он ће се изјаснити о оптужби и изнети своју одбрану (члан 320, став 2 ЗКП). У корист окривљеног делује претпоставка невиности, према којој се он мора сматрати невиним све док се његова кривица не утврди правноснажном одлуком надлежног суда (члан 3, став 1 ЗКП). Сходно овој одредби, ако тужилац и суд не докажу његову кривицу, оптужени мора бити ослобођен. При томе, за доношење ослобађајуће пресуде није неопходно да је доказано да оптужени није учинио кривично дело; довољно је да није доказано да је оптужени учинио кривично дело (члан 355 ЗКП). Окривљени се при свему томе може држати пасивно: право од њега не захтева никакву активност у погледу доказивања његове невиности. Ако окривљени ипак износи своју одбрану и доказује је, онда то чини зато што суду, који има правну обавезу да утврђује и чињенице које иду у прилог окривљеном, не могу бити познате све чињенице и докази, па би се могло десити да окривљени буде осуђен зато што суд није знао за све чињенице које говоре у прилог окривљеном. Овај фактички терет доказа који лежи на окривљеном у делу теорије назива се материјалним теретом дока-

⁸³ D. Dimitrijević, *Krivično procesno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1981, str. 188-189; Ć. Stevanović, *Krivično procesno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1982, str. 192-193; Ч. Стевановић, В. Ђурђић, *Кривично процесно право – општи део*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2006, стр. 234-235; С. Бејатовић, *Кривично процесно право*, Службени гласник, Београд, 2008, стр. 282; D. Radulović, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Podgorica, 2009, str.163.

за, чиме се жели изразити разлика према формалном терету доказивања, као правној дужности. По некимa, материјални терет доказивања је неумесно приписивати оним субјектима на којима већ лежи и формални терет доказа. Зато, по Вауегу, материјални терет доказивања може да стоји искључиво на окривљеном, наравно у границама које допушта начело *in dubio pro reo*.⁸⁴ Други аутори указују на то да ту фактичку присилу за доказивањем осећа и тужилац, јер би у случају његове пасивности могла бити донета одлука неповољна по оптужбу.⁸⁵ Према овом схватању, материјални терет доказа у погледу неке чињенице терети ону странку која би претрпела штету у случају да дата чињеница остане неутврђена. У сваком случају, што тужилац више осећа доказивање као своју правну дужност а окривљени као свој фактички интерес, утолико ће поступак бити контрадикторнији а суд објективнији (јер неће морати сам да потенцира ни доказе оптужбе ни доказе одбране). Због тога неки писци говоре о томе да је правна дужност доказивања на страни суда супсидијарног карактера.⁸⁶ Суд долази до изражаја тек кад нека странка затаји са подношењем доказа.

У теорији се могу издвојити три схватања код одређивања које су то чињенице у погледу којих материјални терет доказа лежи на окривљеном. По једном схватању, те чињенице се не могу унапред одредити по неком критеријуму, већ једино према околностима конкретног случаја. По другом схватању, те чињенице се одређују по апстрактном критеријуму, док се по трећем схватању одређују по оба критеријума.

Тако, за разлику од старије совјетске теорије, која је одрицала свако постојање поделе терета доказивања, Строгович и Вишински говоре о могућности преношења терета доказивања са тужиоца на окривљеног, у неким случајевима кад је тужилац доказао своју тезу.⁸⁷ Међутим, они нису могли понудити никакав општи критеријум за одређивање чињеница у погледу којих би терет доказивања лежао на оптуженом, већ су то одређивали према околностима конкретног случаја. Једини општи закључак који је извео Вишински је гласио: а) доказивање околности које потврђују оптужбу спада у дужност тужиоца и б) доказивање околности које оповргавају оптужбу – спада у дужност оптуженог. Вишински наводи неколико таквих примера:⁸⁸

⁸⁴ V. Bayer, *Jugoslavensko krivično procesno pravo, knjiga druga*, Narodne novine, Zagreb, 1989, str. 72.

⁸⁵ Тако, на пример, А. Munda, *op. cit.*, str. 279; Б. Марковић, *О доказима у кривичном њосцџуџку*, Геца Кон, Београд, 1921, стр. 98.

⁸⁶ V. Bayer, *Jugoslavensko krivično procesno pravo, knjiga druga*, Narodne novine, Zagreb, 1989, str. 72.

⁸⁷ М. С. Строгович, *Кривични судски њосцџуџак*, Научна књига, Београд, 1948, стр. 109; А. Ј. Вишински, *Теорија судских доказа у совјетском њраву*, Научна књига, Београд, 1948, стр. 173.

⁸⁸ А. Ј. Вишински, *op. cit.*, стр. 174.

а) Ако је од стране тужиоца доказано разбојништво, а окривљени тврди да је реч о шали, онда је на окривљеном терет да то докаже.

б) Уколико се неко лице оптужује за крађу, терет доказа је на тужиоцу. Али, ако се у току поступка код окривљеног пронађу алат за обијање и украдене ствари, онда са тужиоца на окривљеног прелази терет доказа да те ствари није прибавио кривичним делом.

в) Уколико је окривљени ухваћен у недозвољеном лову, а брани се да има дозволу за лов, на њему је терет доказивања те чињенице.

Изгледа да је на сличним позицијама и Павле Савић, када говори о томе да је разумно и целисходно да се нешто од терета сваљеног на тужиоца, скине и „натовари“ на оптуженог у оним случајевима где то може без осетних тегоба по оптуженог да буде: на пример, у случају одрицања које се квалифицира временом, местом или околностима, које само оптуженом могу бити познате.⁸⁹

Други аутори покушавају да одреде чисто правну класификацију чињеница од које би зависило доношење материјалног терета доказивања: на пример, чињенице које представљају обележја кривичног дела, основи за искључење кривичне одговорности, основи за искључење кажњивости, основи који квалификују или привилегују кривично дело, процесне претпоставке, процесне сметње, итд. Међу њима се налази и Glaser. Он је један од ретких аутора који прави разлику између фактичког и материјалног терета доказивања.⁹⁰ Ако суду, и поред најбрижљивијег истраживања остану непознате неке чињенице, биће у интересу странке да такве чињенице суду предложи а суд ће, ако их сматра релевантним узети за предмет доказивања. Ову дужност предлагања доказа коју налаже интерес странке, Glaser назива фактичким теретом доказивања. Фактички терет доказивања произлази из опасности да суд остане у заблуди у погледу утврђивања чињеничног стања, ако би му неке чињенице остале непознате. Овакво схватање терета доказивања није велики проблем, јер услед његовог постојања нико не трпи. Међутим, до штете може доћи ако нека чињеница и поред најбољег истраживања остане недоказана. Наиме, каже се да недоказивање једне чињенице значи сумњу у њу, а то је исто као и извесност супротног. Дакле, према Glaserу, суштина материјалног терета доказивања огледа се у штети за странку ако одређени предмет доказивања не буде доказан.

За разлику од фактичке класификације чињеница које се чине у зависности од околности конкретног случаја, Glaser је покушао да одреди поједине групе чињеница меродавних за поделу терета доказивања, на један

⁸⁹ П. Савић, *Теорија судских доказа у кривичним делима*, Београд, 1886, стр.106.

⁹⁰ J. Glaser, *Handbuch des Strafprozess*, Leipzig, 1888m str. 365; наведено према D. Atanackoviću, *Teret dokazivanja u krivičnom postupku*, Pravni život 1959/9-10, str. 2.

уопштен начин. Тако, према њему, терет доказивања погађа тужиоца у случају када остану неизвесни елементи општег или посебног бића кривичног дела; када претпоставка осуде не буде доказана, као и када не буду доказане претпоставке за примену строжијег закона. Практично, тужилац је увек дужан да докажује оне чињенице и околности без којих не постоје претпоставке за осуду. Ако постоји сумња да ли је наступила једна чињеница чије остварење не може бити у сагласности са претпоставком за кривицу оптуженог (на пример) неурачунљивост, то је исто што и сумња да ли је он крив. Сумња у тзв. основе искључења кривице чини осуду немогућом; материјални терет доказивања тада погађа оптужбу. Али, ако је кривица оптуженог доказана, материјални терет доказивања чињеница које искључују кажњивост или спречавају гоњење, падао би на терет оптуженог. До оваквог закључка он долази на основу схватања да и у кривичном поступку важи принцип грађанског поступка: *Reus excipiendo fit actor*, према коме странка треба да докаже све своје приговоре. Међутим, ту је запао у противречност, јер је приговорима сматрао и многе чињенице које је неправилно и нелогично ставити у терет доказивања окривљеном. Тако је он морао да коригује свој став у погледу установа као што су нужна одбрана и крајња нужда, које ипак не би требао да доказује оптужени.⁹¹ Према његовом унеколико коригованом ставу, материјални терет доказивања лежи на тужиоцу у погледу чињеница које представљају обележја општег и посебног бића кривичног дела; у погледу основа за искључење кажњивости и у погледу основа који привилегују кривично дело. На оптуженом лежи терет доказивања у погледу основа који укидају кажњивост и у погледу процесних приговора.⁹²

Треће, комбиновано мишљење заступају наши старији писци. Тако, на пример, Божидар Марковић истиче да у кривичном поступку не важи формална подела доказа која је била карактеристична за римски и средњовековни акузаторски поступак, те да се само може говорити о материјалном терету доказа који постиже онога чији су интереси у конкретном предмету скопчани за утврђење одређене чињенице.⁹³ По њему, на тужиоцу је терет да прибави и пружи доказе којим се утврђује биће кривичног дела и кривична

⁹¹ Наведено према D. Atanacković, op. cit., str. 5. Види и M. Grubiša, *Princip in dubio pro reo i materijalni teret dokazivanja*, *Naša zakonitost* 1958, str. 438.

⁹² Наведено према M. Grubiša, *Princip in dubio pro reo i materijalni teret dokazivanja*, *Naša zakonitost* 1958, str. 438.

⁹³ Б. Марковић, *О доказима у кривичном њосћујуку*, Геца Кон, Београд, 1921, стр. 98; Б. Марковић, *Уџбеник српској кривичној њосћујука с обзиром на Пројекат кривичној њосћујука за Краљевину С.Х.С.*, Београд, 1926, стр. 268-269. Слично и Н. Огорелица, *Казнено њроцесуално њраво с особитиим обзиром на јудикаџуру Краљ. сџола седморице и Касацџоној суда бечкој*, Загреб, 1899, стр. 332.

одговорност оптуженог. Међутим, материјални терет доказа постиже оптуженог када тврди да постоје околности које ниште кажњивост или које спречавају кривичну истрагу, на пример у случају застарелости, кајања код покушаја, издржања казне у туђини, итд. Материјални терет доказивања постоји и за процесно важне чињенице, али се не може поставити опште правило, по коме би се унапред знало на кога пада терет доказивања. На пример, дужност је оптуженог да доказује месну ненадлежност, док тужиоца терете докази да је тужба уредно и благовремено поднета. Према Огорелици, окривљени треба да се брине за доказ околности које сасвим или делимично укидају кажњивост, за доказ извесних процесуално важних чињеница, за непосредно или посредно побијање или слабљење главног доказа.

4.2. Начело *in dubio pro reo*

Сва наведена мишљења полазе од тога да материјални терет доказивања у погледу извесних чињеница мора падати на окривљеног. Та мишљења се заснивају на ставу да постојање чињеница које иду у корист оптуженог мора бити доказано, јер самим тим што остаје недоказано оптужени трпи штету, јер принцип материјалне истине не дозвољава да се на таквим чињеницама заснива пресуда. Основна погрешка оваквог схватања је у томе што се сматра да недоказивање једне чињенице, односно сумња у њу значи извесност супротног.⁹⁴ Ако је извесност чињенице остала недоказана, не може се узети да је тиме постигнута извесност супротног. Када је постојање неке чињенице сумњиво, онда не може истовремено бити њено непостојање несумњиво. Само извесност непостојања нечега значи извесног постојања супротног.⁹⁵ У овом смислу, чини се да су правила о подели материјалног терета доказивања нецелисходна. Цео проблем решава принцип *in dubio pro reo*. Уколико се суд нађе у неотклоњивој сумњи о постојању неке чињенице која иде у корист оптужбе, примењујући принцип *in dubio pro reo*, суд не може на штету оптуженог узети да таква чињеница постоји. Ако суд остане у сумњи у погледу постојања неке чињенице која иде у корист оптуженог, онда не може по принципу *in dubio pro reo* узети на штету оптуженог да таква чињеница не постоји. Наиме, кад суд не може са извесношћу утврдити непостојање једне чињенице која иде у корист оптуженог, онда он то непостојање, по принципу *in dubio pro reo* не може узети у обзир и зато мора поступати као да таква чињеница постоји.⁹⁶ Међутим, наша судска пракса није увек била спремна да ствари овако

⁹⁴ Тако, D. Atanacković, op. cit., str. 6.

⁹⁵ Ibidem, str. 5-6.

⁹⁶ Ibidem, str. 8.

тумачи. Најчешће се тражило да кривичноправне приговоре доказује сам оптужени. Ако су ти приговори остали недоказани, узимало се да не постоје и окривљени се осуђивао.⁹⁷ Ово нарочито важи за основе искључења противправности и кривичне одговорности. Тиме је материјални терет доказивања пребачен на оптуженог по правилу *reus excipiendo fit actor*, те је искључена примена правила *in dubio pro reo*. Доследна примена правила *in dubio pro reo* свела би се на следеће: све чињенице које иду на терет оптуженог морају бити са извесношћу утврђене, а ако се тако не утврде узима се да оне не постоје. Обрнуто, за све чињенице које иду у прилог оптуженом, ако се појави сумња да би могле постојати, а не успе се та сумња са извесношћу искључити, има се узети да постоје.

Правила о терету доказивања која важе у грађанском процесном праву не могу се просто пренети на терен кривичног процесног права. То је зато што у кривичном поступку важи принцип *in dubio pro reo*. Неки аутори тврде да од тога како се постави појам материјалног терета доказа, зависи шира или ужа примена принципа *in dubio pro reo*.⁹⁸ Ми бисмо рекли обрнуто: од начина како је формулисано правило *in dubio pro reo*, зависи примена правила о материјалном терету доказивања. Што је шира примена правила *in dubio pro reo*, то је ужа примена материјалног терета доказа. Различите релације у овом погледу су могуће због неусаглашених мишљења у теорији о сфери деловања правила *in dubio pro reo*. По некима, то правило треба примењивати не само у погледу утврђивања чињеница од којих зависи постојање кривичног дела, већ и у погледу утврђивања других материјално и процесноправно релевантних чињеница, па чак и приликом тумачења права.⁹⁹ У последње време ову врсту дилеме искључује савремени законодавац, који почиње да се упушта у законско дефинисање правила *in dubio pro reo*. Тако, према одредби члана 18, става 3 важећег ЗКП, када постоји сумња у погледу одлучних чињеница које чине обележја кривичног дела или од којих зависи примена неке друге одредбе Кривичног законика, суд ће у пресуди или решењу које одговара пресуди одлучити у корист окривљеног.¹⁰⁰ Дакле, у нашем праву правило *in dubio pro reo* производи дејства на подручју свих материјално-правно релевантних чињеница. То значи да окривљени треба доказивањем само да доведе у сумњу постојање чињеница које га терете, да би суд могао узети да те чињенице не постоје, односно окривљени треба само да учини ве-

⁹⁷ Ibidem, стр. 8. Слично и М. Грубиша, *Princip in dubio pro reo i materijalni teret dokazivanja*, *Naša zakonitost* 1958, стр. 440.

⁹⁸ Тако, М. Грубиша, *Ќинјенично станје у кривичном поступку*, Informator, Zagreb, 1980, стр. 59.

⁹⁹ Видети та мишљења код Ђ. Lazina, „*In dubio pro reo*“ у *кривичном поступку*, *Наућна књига*, Beograd, 1985, стр. 90 и др.

¹⁰⁰ Ово решење уведено је изменама и допунама ЗКП из 2009 (Сл. гласник РС 72/09).

роватним да постоје чињенице које му иду у прилог, па ће суд узети као да оне постоје. У теорији је спорно питање који степен сумње је потребан за примену правила *in dubio pro reo*. Према једном схватању, суд примењује правило *in dubio pro reo* уколико се налази у сумњи која произлази из резултата поступка. При томе се не одређује степен ове сумње, па произлази да она може бити било ког степена. Тако, према Грубиши, све оно што по интензитету вероватности стоји ниже од извесности, практично није могуће даље степеновати: постоји или уверење или сумња, трећег нема.¹⁰¹ Недостатак овог схватања је у томе што није ближе одређено када из поступка може произаћи да постоји сумња и што се не зна какав је њен однос према законској градацији сумње. По другом мишљењу, да би суд применио ово правило, мора да постоји најмање основана сумња.¹⁰² Према мишљењу већине, то значи да су аргументи за постојање неке чињенице подједнаки аргументима против њеног постојања. Данас доминира схватање да се правило *in dubio pro reo* односи како на чињенице које иду у корист, тако и на чињенице које иду на штету окривљеног.¹⁰³ Међутим, има аутора који указују да се ово правило не односи на чињенице које иду на штету окривљеног, будући да до истог резултата доводи примена општих правила о доказивању.¹⁰⁴

Изузетно, у савременим правима кривичним законом може бити изричито предвиђена и правна дужност окривљеног да доказује. Тако, на пример, према одредби члана 172, става 4 КЗ,¹⁰⁵ за изношење или доношење личних или породичних прилика које је учињено у вршењу службене дужности, новинарског позива, одбрани неког права или при заштити оправданих интереса, учинилац се неће казнити, ако докаже истинитост свог тврђења или ако докаже да је имао основаног разлога да поверује у истинитост оног што је износио или проносио. Кривично дело изношење личних и породичних прилика постоји у начелу без обзира на то да ли је истинито или неистинито оно што се износи или проноси из нечијег личног или породичног живота. Овде је тужилац, а супсидијарно и суд дужан да докаже да је окривљени нешто износио или проносио из тужиоачевог личног или породичног живота што може шкодити његовој части и угледу.

¹⁰¹ М. Грубиша, *Принцип in dubio pro reo у пракси*, ЈПКК 1966/3, стр. 330.

¹⁰² Ђ. Lazin, „*In dubio pro reo*“ у *кривичном поступку*, Народна knjiga, Beograd, 1985, str. 28. Преглед појединих случајева у којима се суд позвао на правило *ne bis in idem* видети код Д. Кгарса, *Neposredni i posredni dokazi u krivičnom postupku*, Informator, Zagreb, 1982, str. 87-90.

¹⁰³ Тако, на пример, М. Grubač, *Krivično procesno pravo*, Službeni glasnik, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, str. 256.

¹⁰⁴ Тако, Т. Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Savremena administracija, Beograd, 1981, str. 315. Видети и критику тог становишта код М. Grubiše, *Činjenično stanje u krivičnom postupku*, Informator, Zagreb, 1980, str. 69.

¹⁰⁵ Сл. гласник РС 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09.

У корист тужиоца стоји претпоставка да је честит и коректан, а окривљени може издејствовати искључење кажњивости уколико докаже да се налазио у некој од наведених ситуација и да је оно што је износио било истинито или барем да је основано веровао у његову истинитост.

Нови ЗКП Србије из 2011. године доноси само једну новину у вези са начелом *in dubio pro reo*: подручје његовог важења сада се шири и на процесно релевантне чињенице (члан 16, став 4). Међутим, треба имати у виду да је и амбијент доказног поступка у коме се примењује правило *in dubio pro reo* у новом ЗКП битно промењен. Потпуно је нова одредба члана 15, става 2 новог ЗКП, која предвиђа да је терет доказивања на тужиоцу. То је у складу са старим начелом римског права: *actori incumbit probatio*. У истом члану налази се и одредба по којој суд изводи доказе на предлог странака. Из ове одредбе следи да се законик одриче начела судске одговорности за наступање доказа. То је праћено изостављањем одредбе члана 17, става 1 важећег законика, по којој су суд и државни органи који учествују у кривичном поступку дужни да истинито и потпуно утврде чињенице које су од важности за доношење законите одлуке. Тако начело истине први пут у развоју нашег процесног законодавства није нашло своје место међу основним процесним начелима. Стављањем доказне иницијативе у руке странака и ослобађањем суда од одговорности за утврђено чињенично стање, суд се од активног актера кривичног поступка претвара у пасивног посматрача и арбитра. Суд је задржао извесне, али сасвим рудиментарне и периферне прерогативе у доказном поступку. Он може дати налог странци да предложи допунске доказе или изузетно сам одредити да се такви докази изведу, ако оцени да су изведени докази противречни или нејасни и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио. Ова начелна, али ограничена могућност суда да се активира у доказном поступку потврђена је и у одредбама члана 356, става 3 и члана 368, става 1, тачке 5. Међутим, из формалне одредбе члана 15, става 3 ЗКП јасно произлази да у фази наступања доказа суд није равноправан са странкама. По његовој одлуци могу се изводити само они докази који су у функцији отклањања противречности или нејасноћа у већ изведеним доказима. Ако се свему томе дода и одредба члана 83, става 3, по којој се не доказују неспорне чињенице, добија се јасна слика о настојању законодавца да учини радикалан заокрет ка адверзарном типу кривичног поступка.

Правило *in dubio pro reo* постало је тековина савремених континенталних права. Треба, међутим, напоменути да оно не постоји у англосаксонском праву. То, наравно, не значи да се тамо сумња у кривичном поступку решава на штету окривљеног. Тамо се слични ефекти постижу на један други начин – кроз давање упутства пороти о доказним правилима. Једно од важних доказних правила које судија може дати пороти након за-

вршетка главног претреса је упутство о количини доказа потребних за осуду. Ако професионални судија посумња да се код поротника може појавити сумња у погледу кривице окривљеног, може им дати упутство да кривично дело мора бити доказано „изнад разумне сумње“ (*beyond a reasonable doubt*).¹⁰⁶ То значи да ако код поротника преостане „разумна сумња“ у погледу кривице окривљеног, да морају донети одлуку да окривљени није крив (*not guilty*). Пошто исту одлуку поротници доносе и у случају кад без икакве сумње утврде да окривљени није крив, та претходна одлука значи фаворизовање окривљеног, а тиме практично и примену правила *in dubio pro reo*.¹⁰⁷ Сматра се да се поменуто доказно правило англосаксонског права појавило крајем XVIII века и да, према томе, временски корелира са настанком континенталног правила *in dubio pro reo*.¹⁰⁸

5. Закључна разматрања

Различите теорије о терету доказивања јављале су се и у оквиру грађанског и у оквиру кривичног процесног права. У оквиру првих, правила се дистинкција између терета тврдњи и терета доказивања, односно између субјективног и објективног терета доказивања. У оквиру других, правила се разлика између формалног и материјалног терета доказивања. Показује се да је и у домену грађанског и у домену кривичног процесног права веома битан тип поступка. У старом чисто расправном парничном поступку био је релевантан терет доказивања у субјективном смислу. У чистом акузаторском кривичном поступку важило је правило о подели формалног терета доказивања међу странкама. Показује се, заправо, да је грађанско-правно учење о субјективном терету доказивања идентично кривично-правном учењу о формалном терету доказивања. То не треба да чуди, јер су се и грађански и кривични поступак дуго времена одвијали по идентичној процедури. Стога су прва правила о терету доказивања, која су настала у римском праву, истовремено карактерисала и парнични и кривични поступак. Терет доказивања је лежао на тужиоцу, с тим што се и тужени у погледу приговора сматрао тужиоцем. Уколико тужилац није доказао истинитост тврдње на којој је заснивао свој захтев, тужени се ослобађао. Такав принцип важио је и у средњовековним акузаторским поступцима рационалног типа. Међутим, у старим словенско-германским кривичним поступцима ирационалног типа, у којима су се као доказна средства употребљавали заклетва туженог и саклетвеници, терет доказивања је био на туженом. У инквизиторском кривичном поступку, проблем терета доказива-

¹⁰⁶ D. Krapac, *Engleski kazneni postupak*, Zagreb, 1995, str. 87.

¹⁰⁷ Тако, Ђ. Lazin, op. cit., str. 80.

¹⁰⁸ О еволуцији ове установе видети детаљније код Ђ. Lazina, op. cit., str. 81-82.

ња није се ни постављао због важења законске оцене доказа, која је сама по себи искључивала двојбене случајеве.

У парничним поступцима у којима доминира истражни метод, може се говорити само о објективном терету доказивања, који је код нас изричито прокламован тек 1990. године. У важећем парничном поступку, који се заснива на расправном начелу, поново је афирмисан субјективни терет доказивања а конкретизован објективни терет доказивања, који је пре тога изазивао разне недоумице у теорији и у пракси.

Учења о материјалном терету доказивања у мешовитим кривичним поступцима покушавала су да докажу да правило парничног поступка *reus excipiendo fit actor* важи у одређеним случајевима и у кривичном поступку. Међутим, такво схватање, на коме се заснивао и добар део стране и домаће судске праксе, постало је неодрживо са прихватањем правила *in dubio pro reo*. Ово, у почетку неписано, правило налаже да суд у случају неотклоњиве сумње има поступити у корист окривљеног, како када су у питању чињенице које иду у корист, тако и када се ради о чињеницама које иду на штету окривљеног. Разлика у односу на грађанскоправна правила огледа се у томе, што окривљени своје материјалноправне или процесне приговоре више не треба у потпуности да докаже, да би успео да издејствује за њега повољну одлуку. Довољно је да у погледу тих чињеница укаже на основану сумњу. Нови ЗКП Србије из 2011. године проширује подручје важења начела *in dubio pro reo* и на процесно релевантне чињенице и истовремено мења концепцију доказног поступка у правцу јачања доказне иницијативе странака и пасивизирања суда.

Терет доказивања и у кривичном и у парничном поступку представља радну методу којом се решава криза спознаје суда приликом утврђивања чињеничног стања. Он претпоставља да је доказни поступак завршен, те да суд није могао са сигурношћу да утврди истинитост одређених чињеничних тврдњи. Он не представља одступање од истине у поступку, али постигнута истина коју он подразумева може носити различите атрибуте у зависности од владајућег концепта доказивања (тзв. материјална истина, процесна истина). Правила о терету доказивања не представљају ни одступање од начела слободне оцене доказа, из простог разлога што та радна метода ступа на сцену тек после завршеног доказног поступка који је изведен у складу са начелом слободне оцене доказа.

Праћење еволуције терета доказивања и преовлађујућег доказног концепта у кривичном и парничном поступку показује својеврсно кружно кретање, у коме се савремени парнични поступци враћају чистим расправним моделима, континентални кривични поступци приближавају англосаксонским моделима и на крају, кривични поступци поново приближавају парничним поступцима.

*Snežana Brkić, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Burden of Proof in Criminal and Civil Procedure

Abstract

In this paper the author presents the evolution of burden of proof in criminal and civil procedure. In civil procedural law there are the differences between the burden of proof in subjective, and that in objective sense. In criminal procedural law there are the differences between the burden of proof in formal, and that in material sense. The burden of proof in objective sense and the burden of proof in material sense is a specific working method available to court after the evidence procedure is carried out, when the use of free assesment of evidence method did not result in its conviction that a certain disputed legally relevant fact is true, which disables the court to form the factual substratum of the judgment. A particular attention is paid to the discussion of the principle in dubio pro reo and its differences from burden of proof in civil procedure.

Key words: subjective burden of proof, objective burden of proof, formal burden in proof, material burden of proof, criminal procedure, civil procedure, in dubio pro reo

