

*Др Ранко И. Кеча, редовни професор  
Универзитета у Новом Саду  
Правни факултет у Новом Саду  
r.kesa@pf.uns.ac.rs*

*Др Марко С. Кнежевић, доцент  
Универзитета у Новом Саду  
Правни факултет у Новом Саду  
m.knezevic@pf.uns.ac.rs*

## ДОЗВОЉЕНОСТ РЕВИЗИЈЕ У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ ЗБОГ ПРЕИНАЧУЈУЋЕ ЖАЛБЕНЕ ПРЕСУДЕ: ПОСЛЕДИЦА УСТАВНЕ ГАРАНТИЈЕ ПРАВА НА ПРАВНО СРЕДСТВО ИЛИ САМО ПРАВНОПОЛИТИЧКО ПИТАЊЕ?

– уједно и прилог учењу о контролном концепту  
поступка по правним лековима –

**Сажетак:** Новела ЗПП из 2014. године донела је крућу промену у систему правних лекова, ишме шћо је уведена дозвољеност ревизије збоћ преиначујуће жалбене пресуде. Она је дирекћна последица нове доктрине Уставноћ суда, по којој је шаква пресуда увек „сушћински првосћейена“, па је сћранци која је ошћећена преиначењем нужно да се обезбеди правно средсћво, зарад остваривања уставноћ права на правно средсћво прошћив сваке првосћейене пресуде. У раду се ишћиује основаност ове доктрине, шак шћо се полази од природе оваквоћ друћосћейеноћ пресућења у свим случајевима у којима је оно могуће. Резулћати рада показују да је доктрина Уставноћ суда поћрећна, јер се преиначењем жалбеноћ суда не преузима функција првосћейеноћ. Увоћење ове измене није доћмаићка последица уставноћ права на правно средсћво, осим једноћ изузећка (преиначење збоћ оцене доказа које првосћейени суд није извео), већ је чистћо правнополитићко ишћање, које је решено шак да се Врховни касациони суд додаћно ошћерећује сћварима у којима није извесно да ће се остварити нећова самосвојна улоћа уједначавања судске праксе и унапрећења, односно развоја права.

**Кључне речи:** ревизија у парничном процесу, уставно право на правно средство, преиначење пресуде у жалбеном процесу, контролни концентрални жалбени процес, Уставни суд, Врховни касациони суд.

## 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

### 1.1. Једно од вечитих питања уређења парничног поступка: избор начина ограничења приступа највишем суду

Може се слободно рећи да парнични поступак има пар вечитих неуралгичних тачака. Поред оних које су догматичке природе, и које тешко да могу да се уреде прецизније законом (пре свега разликовање правних и чињеничних питања), то је свакако и уређење начина ограничења приступа највишем суду путем правних лекова. Одавно је постало јасно да највиша инстанца државе не може да буде увек доступна уколико се претендује на остваривање њене улоге – уједначавање судске праксе и развој права. Јер, ако се и претендује на то, уз повећану доступност, онда је свакако нужно да се највиша инстанца учини енормном у персоналном супстрату. Но, тада се угрожава не само јединство њене судске праксе (што више већа, више и ризика дивергенције), већ и сам квалитет – у свакој држави постоји ипак само мали број најквалификованијих судија, па би стога у једном глобализованом врховном суду морале да суде све више и само просечне судије.<sup>1</sup>

Ситуација у домаћем праву се у том смислу не разликује. Историја мењања послератног парничног права је, пре свега, историја мењања концепата ограничења дозвољености ревизије – правног лека против другостепених пресуда о којем одлучује највиши суд.<sup>2</sup>

### 1.2. Изворна концепција ЗПП о дозвољености ревизије

У изворној концепцији Закона о парничном поступку<sup>3</sup> био је преузет дотадашњи модел успостављен његовим (новелираним) претходником (ЗПП из 2004) – дозвољеност ревизије у одређеним врстама спорова без изузетка, вредносна ревизија у имовинским споровима, и то уз задржавање енормног, у науци и јавности озлоглашеног цензуса од 100.000, односно 300.000 евра

<sup>1</sup> Hans Fasching, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*, Wien 1990<sup>2</sup>, 930 (марг. бр. 1848).

<sup>2</sup> О променама концепта ревизије од 1945. до 2010. године вид. Анђелија Адамовић, „Тенденције у развоју ревизије у српском грађанском процесном праву“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* LV1 (2010), 253 и даље.

<sup>3</sup> ЗПП, *Службени гласник РС (СГ РС)* 72/11, 73.

у привредним споровима (изворни чл. 403 ст. 3),<sup>4</sup> и посебна ревизија онда када није дозвољена једна од претходно две наведене (изворни чл. 404).

### 1.3. Новела 2014

Доста тешко подношљиво стање доступности *ВКС* у парничном поступку темељно је промењено Законом о изменама и допунама Закона о парничном поступку<sup>5</sup> (у даљем тексту: Новела 2014). Не само да је прилично неприкладан ревизијски цензус за имовинскоправне спорове спуштен, већ су уведена и два засебна разлога за дозвољеност ревизије. Она је сада увек допуштена и у случају да је жалбени суд преиначио првостепену пресуду (чл. 403 ст. 2 т. 2 ЗПП), односно онда када је жалбени суд укинуо првостепену пресуду и одлучио о захтевима странака (чл. 403 ст. 2 т. 3 ЗПП), што се дешава када се одржава обавезна другостепена расправа. Уз то, задржана је, уз одређене пре техничке него суштинске измене, посебна ревизија (нови чл. 404 ЗПП).

Када се наведено стање теоријски уобличи, може се говорити о једном мање-више компликованом систему доступности *ВКС* у парничном поступку. Иако се појмовно још увек говори о редовној ревизији и посебној ревизији, чини се да је оправдано да се успостави трихотомија – општа, вредносна и посебна ревизија.<sup>6</sup>

Општа ревизија је она која је увек допуштена, и то да ли због природе спора (чл. 403 ст. 1. т. 1 ЗПП), да ли због одређеног пресуђења жалбеног суда (чл. 403 ст. 2 т. 2 и 3 ЗПП). У њој се, што је заједничка карактеристика сва три основа дозвољености, може истицати, барем према редакцији законских одредаба, и неправилно утврђено чињенично стање (чл. 407 ст. 2 у вези са чл. 403 ст. 2 ЗПП; чл. 416 ст. 3 у вези чл. 403 ст. 2 ЗПП). Ипак, ово питање је веома спорно у теорији и нарочито у судској пракси *ВКС*.

Вредносна ревизија је дозвољена против одлука у имовинским споровима, и то онда када није дозвољена општа. То је, дакле, случај нападања потврђујућих пресуда у тим споровима, односно делова пресуда које су по-

<sup>4</sup> О критици висине цензуса вид. Весна Ракић-Водинелић, „Закон о парничном поступку Републике Србије 2011“, *Правни записи* 2/2011, 551 и даље; Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд 2012<sup>6</sup>, 633 (т. 3379 и даље). УС је ипак сматрао да такво уређење није неуставно, с обзиром на то да је легитимно с једне стране, а с друге стране постоје други механизми поред ревизије да се уједначи пракса – решавање спорног правног питања (чл. 180-185 ЗПП); уз то, постоји и посебна ревизија; 14.3.2013 – IУз 2/10, *СГ РС* 55/13, 128 и даље. Ипак, две судије су издвојиле негативно мишљење (Ненадић, Манојловић Андрић), *СГ РС* 55/13, 134 и даље.

<sup>5</sup> *СГ РС* 55/14, 53.

<sup>6</sup> Слично, али без термиолошког одвајања, Боривоје Познић, Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд 2015<sup>17</sup>, 501 и даље.

тврђујућег карактера, када вредност побијаног дела прелази 40.000 евра, односно 100.000 евра у привредним споровима.

На крају, посебна ревизија је дозвољена онда када није дозвољена ни редовна, ни вредносна, ако су испуњени услови из чл. 404 ст. 1 ЗПП.<sup>7</sup> Ближе, то је случај са потврђујућим пресудама у неимовинским споровима, као и потврђујућим пресудама у имовинским споровима када побијани део не досеже ревизијски цензус.

С обзиром да се овај рад бави само ревизијом због преиначујуће жалбене пресуде, која спада у општу ревизију, треба само истаћи две ствари. Прво, овај разлог дозвољености ревизије није новост у домаћем праву. То је био општи услов дозвољености ревизије у предатном праву, а тако нешто је преузето из новелираног аустријског права.<sup>8</sup> Друго, судска пракса се изјаснила о опсегу дозвољености ревизије по овом основу. У том смислу, *Грађанско одељење ВКС (ГО ВКС)* се изјаснило да ревизија због тог основа није дозвољена у споровима мале вредности (багателни спорови), споровима ради заштите државине (државински спорови), као ни у другим споровима у којима је ревизија посебним законом искључена,<sup>9</sup> што пракса већа ВКС следи.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> То су: потреба разматрања правних питања од општег интереса или правних питања у интересу равноправности грађана, потреба уједначавања судске праксе или давање новог тумачења права.

<sup>8</sup> Изворна верзија тог закона (*Клајнова* верзија) није тако нешто предвиђала, већ је, за разлику од немачког права које је послужило *Клајну* у низу ствари као узор, предвиђала општу дозвољеност ревизије – против сваке другостепене пресуде (изворни § 502 ст. 1), осим у багателним споровима. Ограничење на дозвољеност због преиначујуће пресуде, уз новчани цензус за ревизије против потврђујућих, следи 1. Новелом о растерећењу судова из 1915, укида се 1921. 3. Новелом о растерећењу судова, а поново се уводи 1922. 4. Новелом о растерећењу судова; вид. Franz Klein, Friedrich Engel, *Der Zivilprozeß Oesterreichs*, Mannheim–Berlin–Leipzig 1927, 424 и даље. Међутим, у Аустрији је још 80тих година прошлог века напуштен овај концепт, и прешло се на искључиви модел тзв. начелне ревизије, односно ревизије по допуштењу (*Grundsatz- bzw. Zulassungrevision*), који би одговарао у основној карактеристици нашој посебној – ревизија је било ком случају дозвољена само онда када је решавање једног значајног правног питања, каузалног за решење спора, потребно ради уједначавања судске праксе, правне сигурности или развоја права (§ 502 ст. 1); о томе вид. Andreas Geroldinger, „Der Zugang zum OGH in Zivilsachen“, у: Kodek (Hrsg.), *Zugang zum OGH – Vorträge des Symposiums „Zugang zum OGH in Zivil- und Strafsachen“*, Wien 2012, 68 и даље. Ипак, део домаће теорије и судије УС извештавају да је у Аустрији још увек на снази систем вредносне ревизије; тако В. Ракић-Водинелић, *Ревизија њроиив ѡресуде*, Нови Сад 1995, 78; В. Ракић-Водинелић (2011), 551; Б. Познић, В. Ракић-Водинелић (2015), 504; Боса Ненадић, Катарина Манојловић Андрић, у Издвојеном мишљењу у односу на одлуку од 14.3.2013 – IУз 2/10, *СГ* 53/13, 135.

<sup>9</sup> *Билѡен ВКС* 1/2015, 335.

<sup>10</sup> За багателни спор: 7. веће, 1.6.2017 – Рев 944/17; 3. веће, 17.3.2016 – Прев 195/15; 10.9.2015 – Рев 1613/15; 18.12.2015 – Рев 2194/15; за државински спор: 3. веће, 28.12.2016 – Рев 2321/16. Међутим, иако се у овом спору радило о ревизији против преиначујућег, мериторног

## 2. ПОРЕКЛО НОВЕЛЕ: ДОКТРИНА УСТАВНОГ СУДА О ПРЕИНАЧУЈУЋОЈ ЖАЛБЕНОЈ ПРЕСУДИ КАО СУШТИНСКИ НОВОЈ ПРЕСУДИ И ПОСЛЕДИЧНА НЕОБХОДНОСТ ОБЕЗБЕЂИВАЊА ПРАВНОГ СРЕДСТВА

### 2.1. Раније схватање УС

*Уставни суд (УС)* је у више наврата имао повод да се изјашњава о уставном праву на правно средство (чл. 36 ст. 2 Устава), и то баш у контексту доступности правног лека против другостепене пресуде у парничном поступку. Устаљено је било схватање да уставна гаранција подразумева гаранцију двостепености, тако да је питање даљих правних лекова ствар законодавне политике.<sup>11</sup> Штавише, поводом аргумената да се против преиначујуће другостепене пресуде странци која је тиме оштећена ускраћује уставно право на жалбу или друго правно средство – јер она ни није изјавила жалбу зато што није имала правног интереса – односно да то подразумева повреду једнакости, у ситуацији када ревизија није дозвољена, УС је изричито истакао, додуше без даљих аргумената, да то није проблематично у уставноправном аспекту.<sup>12</sup> Иако није спомињао садржину уставног права на правни лек, сигурно је пошао од до тада неупитног става да оно подразумева гаранцију двостепености, а да преиначујућа пресуда жалбеног суда није по својој природи „првостепена“.

### 2.2. Обрт у пракси: успостављање нове доктрине у одлуци од 30. јуна 2011 и писмо Народној скупштини

До промене схватања УС долази у одлуци из 2011. поводом иницијативе за оцену уставности у којој је поново нападано ограничење ревизије. Изнова се истакао аргумент да је странци која губи спор преиначујућом жалбеном пресудом ускраћено уставно право на правно средство, у ситуацији када ревизија према законским критеријумима није дозвољена. УС је негирао неуставност тадашње одредбе о дозвољености ревизије, али је уједно и одлучио да обавести Народну скупштину у смислу чл. 105 Закона о

---

решења жалбеног суда, она је била изјављена као посебна, а веће је и такву ревизију оценило као недозвољену, јер по њему ни посебна ревизија није дозвољена у тој врсти спора, с обзиром на изричиту одредбу ЗПП о искључењу ревизије (чл. 452 ст. 5 ЗПП). Тај став је очито супротан још увек „важећем“ ставу *ГО ВКС* о могућности посебне ревизије „и онда када ревизија није дозвољена по посебном пропису или по Закону о парничном поступку“ (*Билтен ВКС* 1/2015, 318), који је прихваћен у пракси других већа и поводом посебне ревизије у државинском спору; упор. 2. веће, 24.11.2016 – Рев 2122/16; 4.2.2016 – Рев 1363/15.

<sup>11</sup> 30.4.2009 – IY 28/05, *Билтен УС* 1/2009, 192.

<sup>12</sup> 19.2.2009 – IY 38/07, *Билтен УС* 1/2009, 142.

Уставном суду о нужности увођења ревизије у случају преиначујуће жалбене пресуде.<sup>13</sup> Своје схватање је, полазећи од тога да уставна гаранција подразумева нужност постојања правног средства против сваке првостепене одлуке, аргументовао на следећи начин:

Уставни суд указује да је неспорно и то да је преиначујућа одлука другостепеног суда, у материјалноправном смислу, нова одлука којом се одлучује о правима и обавезама странака у поступку и то на начин који је мање или више различит од начина на које је спорни однос био разрешен првостепеном пресудом. [...] Суд истиче да важећа законска решења имају за последицу да се странка која због исхода спора није имала разлога да изјављује жалбу против првостепене судске одлуке донете у парничном поступку, може наћи у ситуацији да буде ускраћена у остваривању зајемченог права на правно средство ако првостепена одлука на њену штету буде преиначена у поступку по жалби противне странке, а нису испуњени законски услови у погледу врсте и вредности предмета спора за изјављивање ревизије, иако се новом одлуком по први пут на преиначени начин одлучује о њеним правима и обавезама [...]. [П]ропуштање да се законски уреди ситуација која се односи на право странке на изјављивање ревизије против сваке преиначујуће другостепене одлуке, независно од тога да ли су испуњени општи законски услови за подношење овог ванредног правног лека, може да доведе у питање остваривање права на једнаку заштиту права.<sup>14</sup>

Тако је на основу ове одлуке дошло до увођења ревизије због преиначујуће жалбене пресуде. У образложењу Новеле 2014 се не упућује изричито на одлуку УС као разлог за увођење ревизије због преиначујуће жалбене пресуде, али недвосмислено је да она то јесте.<sup>15</sup>

Након Новеле 2014 УС је кроз *obiter dicta* изјашњења у одлукама о уставним жалбама потврдио наведено схватање. Прво је изричито поновио тезу да се приликом преиначења жалбени суд „фактички ставља у положај првостепеног суда, јер тада он суд заузима сасвим другачије (ново) правно становиште у односу на првостепени суд“.<sup>16</sup> Потом је на подлози истог става навео да је садашње стање у ЗПП управо спровођење уставног права на

<sup>13</sup> Билтен УС 1/2011, 645.

<sup>14</sup> 30.6.2011 – УЗ 1242/10, Билтен УС 1/2011, 292/293.

<sup>15</sup> Нажалост, уопште није ни дат разлог за ову промену, што се враћа на садашњи владајући приступ у законодавном поступку, који подразумева да предлагач закона изгледа да ни не треба да даје разлоге и објашњења предложених одредаба. Примера ради, сам ЗПП – нов закон од 508 чланова – је 2011. пратило свега 11 страна образложења, које се махом своди на општа места.

<sup>16</sup> 6.10.2016 – Уж 1281/14 (т. 5 образложења).

правни лек, чини се изражавајући задовољство учињеним променама које су инициране његовом одлуком. Како је истакао, у случају преиначења жалбеног пресудом, странци које је успела у првом степену се кроз дозвољеност ревизије омогућава право на правно средство, „што кореспондира и са одредбом чл. 36 ст. 2 Устава“.<sup>17</sup>

### 3. ПОСТАВЉАЊЕ ПРОБЛЕМА

#### 3.1. Суштина нове доктрине УС

Јасно је да УС у својој новој доктрини не схвата другачије уставну гаранцију права на правно средство, тако да он сада резонује да је то гаранција тростепености.<sup>18</sup> Он јасно остаје на линији двостепености као уставног минимума, али кроз другачије схватање једног догматичког питања процесног права, он изводи свој закључак о нужности дозвољености ревизије против преиначујуће жалбене пресуде. За њега је, како јасно истиче, она „суштински првостепена“, и то да ли због тога што је у њој садржано „ново правно схватање“, да ли због тога што она гласи (њена изрека) другачије него првостепена.

#### 3.2. План излагања

Да би се испитала основаност нове доктрине УС, нужно је да се претходно изложи концепт уставног права на правно средство (4), као и случајеви у којима жалбени суд својом пресудом преиначава побијану првостепену пресуду (5). Потом ће се прећи на меритум, и то тако што ће се, најпре, показати последице доследног схватања доктрине УС (6). Даље ће се, што је и централни део, испитати основаност тезе о преиначујућој пресуди жалбеног суда као увек „суштински новој, првостепеној“, и у складу са тим заузети став о нужности ревизије у том случају у смислу уставне гаранције (7). Сажетак укупног резултата (8) прати оцена стања које је проузроковао УС, с обзиром да је он својим Писмом Народној скупштини довео до Новеле 2014 (9).

### 4. УСТАВНА ГАРАНЦИЈА ПРАВА НА ПРАВНО СРЕДСТВО

У каталогу људских процесних права у домаћем систему одавно постоји и право на правно средство против сваке првостепене одлуке којом се

<sup>17</sup> 7.9.2017 – Уж 4320/15 (т. 5 образложења).

<sup>18</sup> То и потврђује у одлуци од 14.3.2013 – IУз 1/10, СГ 53/13, 131: „При томе, за разлику од жалбе која је уставна категорија и која је свакоме зајемчена чланом 36. став 2. Устава, обавеза прописивања тростепеног поступка не проистиче из Устава.“

одлучује о нечијем праву или обавези. Ова гаранција се уводи 1963. и до данас је опстала, и то не само у Србији, већ и у већини држава насталих распадом СФРЈ.<sup>19</sup> Конципирана је тако да се недвосмислено јемчи двостепеност свих судских поступака у којима се одлучује о правима и обавезама – зајемчен је инстанциони пут који води макар до још једне инстанце.<sup>20</sup>

Данас је ова гаранција због сада већ дугог присуства код нас готово неупитна, саморазумљива, чак толико да се понегде тврди да је он иманентна савременом концепту људских права.<sup>21</sup> То међутим уопште није тако. Ради се о аутономном југословенском концепту који нема свој пандан у упоредном праву, па ни у социјалистичком праву совјетског типа.<sup>22</sup> Традиционални упоредноправни узор нашег права не познају такво људско право.<sup>23</sup> На крају, не ради се ни људском праву које је апсолутно загарантовано у међународним конвенцијама чија је Србија чланица (Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Европска Конвенција за заштиту људских права и основних слобода), а најважније – у контексту предмета овог рада – у њима се не гарантује право на правно средство у грађанским судским поступцима.<sup>24</sup> Став *ЕСЉП* о том питању је јасан,<sup>25</sup> иако у домаћој доктрини има схватања да је право на правно средство интегрални део права на правично суђење.<sup>26</sup>

Смисао уставне гаранције је свакако идеја о обезбеђивању правилности одлучивања, с обзиром да се јемчи могућност да се преиспита правилност првостепене одлуке. Независно од правих разлога њеног увођења и оправданости даљег задржавања,<sup>27</sup> јасно је да је она интегрални део садашњег правног

<sup>19</sup> Колико је познато, само Федерација БиХ не познаје ово уставно право.

<sup>20</sup> Део уставноправне теорије, међутим, заступа тезу да је ово уставно право везано за кривични поступак, с тим да не нуди аргументе; тако Драган Батављевић, *Уставно љавро Рейублике Србије II*, Крагујевац 2007, 97/98; слично Маријана Пајванчић, *Коменћар Устава Рейублике Србије*, Београд 2009, 50.

<sup>21</sup> Тако Синиша Трива, Михајло Дика, *Грађанско њарнично ѡроцесно ѡраво*, Загреб 2004<sup>7</sup>, 659 истичу да је у „сувременим правним системима право на жалбу против одлука судова и других тела нераздвојан елемент основних права човека и грађанина“.

<sup>22</sup> О томе опширно вид. Алан Узелац, „Уставно право на жалбу у грађанским стварима: јамство исправног пресуђења или реликт прошлости?“, у: Алан Узелац et. alt. (ур.), *Дјелотворна ѡравна зашћићија у ѡравичном ѡосћујуку*, Загреб 2013, 227 и даље.

<sup>23</sup> За Немачку вид. само одлуку Савезног уставног суда (*Bundesverfassungsgericht*) од 30.4.2003 – 1 РВvU 1/02, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* 107, 402 са даљим упућивањима; за Аустрију вид. само Н. Fasching, 930 (марг. бр. 1849).

<sup>24</sup> Гаранција, подложна ограничењу, постоји за кривичне поступке; о томе, у смислу чл. 2 Протокола 7 ЕКЉП вид. Александар Јакшић, *Евројска конвенција о ѡудским ѡравима*, Београд 2006, 241 и даље; Горан П. Илић, у: Виолета Беширевић et. alt., *Коменћар Конвенције за зашћићију ѡудских ѡрава и основних слобода*, Београд 2017, 710 и даље.

<sup>25</sup> Вид. само пресуду *Dunn v. United Kingdom* од 23.10.2012 – 62793/10, § 29 са упућивањем на ранију праксу.

<sup>26</sup> Тако Д. Батављевић, 97.

<sup>27</sup> О томе вид. А. Узелац, 227 и даље.

система, па је зато кључно питање одређивање њене садржине. Може се рећи да је одавно предмет интересовања, што потврђује управо нова доктрина УС, одређивање када је једна одлука инстанционог суда заиста инстанциона, односно обрнуто, када је суштински, функционално првостепена. То питање зависи од конкретног уређења инстанционог поступка, што је заправо и предмет овог рада. Међутим, на маргини је остао проблем садржине овог уставног права, на шта је указивао још *Трива*, а што је у скорашњим истраживањима изричито акцентовано. Наиме, уставна гаранција значи и то да се обезбеђује не само могућност нападања првостепених одлука тако да се омогући њихово преиспитивање, већ и могућност нападања из свих разлога који представљају грешку првостепеног суда, а не искључиво странке.<sup>28</sup> Због тога је традиционална одлика домаћег парничног поступка у виду ограничене жалбе у багателном спору (немогућност истицања погрешно утврђеног чињеничног стања, чл. 479 ст. 1 и 2 ЗПП), у ЗПП уведена и на потрошачке спорове (чл. 493 ст. 1), крајње уставноправно спорна.<sup>29</sup> Јер, иако се предвиђа жалба, она није „пуна“ жалба, јер се искључује могућност испитивања грешака првостепеног суда у оцени доказа.

Тезу о могућности редукције уставног права на правно средство као *lex lata*, заступа *Узелац*. Он полази од свакако оправдане тезе да тотално, апсолутно право на правно средство доводи до угрожавања других уставних вредновања, пре свега права на суђење у разумном року. У том смислу редукција уставне гаранције правног средства подразумева да се она може у законима сузити, али само онда када је то пропорционално. Стога, ограничење правног средства само на неке разлоге, уз искључивање нападања оцене доказа, могло би да буде уставно прихватљиво.<sup>30</sup>

Схватање *Узелца* је без сумње пионирски потез у схватању уставне гаранције правног средства на целокупном бившем југословенском простору, а резултат је намењен и отклањању дефеката у парничном поступку који су настали као последица строгог спровођења уставног права у парничном систему. Као такво, оно је, што се тиче Србије, само правнополитички оправдано. Наиме, *Узелац* своје схватање заузима поводом хрватског права, у којем би, спрам тамошњег Устава, и дошла у обзир таква редукција. Тамо је дозвољено законско сужавање уставом загарантованих права ако је то пропорционално циљу (чл. 16 ст. 2 у вези ст. 1 хрватског Устава). Супротно, домаћи Устав много уже дозвољава законско ограничење уставом загаран-

<sup>28</sup> Упор. Синиша Трива, Велимир Белајец, Михајло Дика, *Грађанско парнично процесно право*, Загреб 1986<sup>2</sup>, 576; Марко Кнежевић, „О жалби против пресуде у поступку у спору мале вредности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (ЗбоНС)* 4/2012, 393 и даље; А. Узелац, 222.

<sup>29</sup> М. Кнежевић (2012), 396 и даље.

<sup>30</sup> А. Узелац, 236 и даље.

тованих људских права – само онда када уставна одредба тако нешто дозвољава (чл. 20 ст. 1). С обзиром да не постоји уставна клаузула о могућности законског ограничења права на правно средство, закључак би био да је оно заиста апсолутно.<sup>31</sup> Околност да је то можда правнополитички погрешно, никако није разлог да се врши корекција кроз методолошки захват, с обзиром да је то супротно концепту правне државе.<sup>32</sup>

Према томе, уставно право на правно средство подразумева могућност да се преиспита нападнута одлука спрам свих замисливих грешака у одлучивању. Загарантовано је „пуно“ правно средство, а гаранција двостепености значи гарантију „пуне“ контроле, где спада и контрола оцене доказа.

## 5. О МОГУЋНОСТИ ДОНОШЕЊА ПРЕИНАЧУЈУЋЕ ЖАЛБЕНЕ ПРЕСУДЕ ПРЕМА ЗПП

### 5.1. Догматика преиначујуће одлуке инстанционог суда

Преиначујућа одлука инстанционог суда представља увек одлуку дво-струке садржине, иако се то никада не види из њене изреке. Она нужно подразумева претходно укидање побијане одлуке, и доношење нове, садржински другачије, макар и делимично.<sup>33</sup> То се чини *uno actu* – преиначујућом одлуком се уједно и укида побијана. Према томе, нема претходног укидања, па спровођења поступка, макар и у седници већа, па потом преиначења.

### 5.2. Када се доноси преиначујућа жалбена пресуда?

Изоловано, само на основу матичне законске одредбе (чл. 394 ЗПП), до преиначујуће жалбене пресуде долази у следећим случајевима: ако се на основу другостепене расправе утврди другачије чињенично стање него што је оно у првостепеној пресуди (т. 1); ако је првостепени суд погрешно оценио исправе или посредно изведене доказе, а одлука првостепеног суда је заснована искључиво на тим доказима (т. 2); ако је првостепени суд из чињеница које је утврдио извео неправилан закључак о постојању других чињеница

<sup>31</sup> Вид. већ М. Кнежевић (2012), 397.

<sup>32</sup> Овде нарочито долази до изражаја темељна поставка правне државе, да се правнополитичке грешке доносиоца једног акта санирају само кроз измену акта, не и креативном судском праксом, макар она била уставносудска; упор. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin–Heidelberg–New York 1979<sup>4</sup>, 419.

<sup>33</sup> Боривоје Познић, *Коментар Закона о њарничном њосћујуку*, Београд 2009, 937; Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, 493; Leo Rosenberg, Karl-Heinz Schwab, Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, München 2010<sup>17</sup>, 813 (§ 139 бр. 18).

на којима је заснована пресуда (т. 3); ако је чињенично стање у првостепеној пресуди правилно утврђено, али је првостепени суд погрешно применио материјално право (т. 4).

Чл. 394 ЗПП мора ипак системски да се повеже, па да се дође до јасног и прецизног одређења, што је важно и за дозвољеност ревизије. Јер, установа „обавезне другостепене расправе“ у потпуности мења концепт преиначења, па тако, системским повезивањем се долази до праве садржине важећег права.

### *5.2.1. Погрешна примена материјалног права (чл. 394 тл. 4 ЗПП)*

Преиначење због погрешне примене материјалног права подразумева да је и спрам правне оцене жалбеног суда чињенично стање потпуно. У овом случају се коригује грешка у закључивању, а узрок је погрешна правна оцена, која се само на феноменолошком плану дели на праву супсумпциону и интерпретативну грешку. Но, нема разлике између случаја да је првостепени суд применио релевантну норму, али погрешно,<sup>34</sup> и случаја да није применио релевантну норму, али да је и за примену релевантне норме чињенично стање довољно.<sup>35</sup> Битно је једино да је чињенично стање „потпуно“, или како се још каже, да је ствар зрела за пресуђење, а да је према оцени жалбеног суда изрека побијане пресуде погрешна.

До преиначења због погрешне примене материјалног права долази не само када се пресуда побија први пут, већ и онда када је претходно већ једном била укинута.

### *5.2.2 Мењање чињеничног стања: другачија оцена доказа и индиција о чињеницама које је утврдио првостепени суд (чл. 394 тл. 1-3 ЗПП)*

У чл. 394 т. 1-3 ЗПП су садржани разни случајеви у којима је могуће доношење преиначујуће пресуде, а који се свode на заједнички именитељ, а то је да је жалбени суд променио чињенично стање у односу на првостепену пресуду. Међутим, до преиначења не долази аутоматски, већ само ако из измењеног чињеничног стања следи, због погрешне изреке пресуде, потреба

<sup>34</sup> Најчешће је то случај погрешног закључка да су испуњени услови правног стандарда; упор. Апелациони суд у Новом Саду, 11.7.2014 – Гж2 356, *Билићен АС у Новом Саду* 7 (2016), 138 (преиначење због тога што је погрешно закључено да тужилац није на „редовном школовању“ у смислу захтева за издржавање из чл. 155 ст. 2 Породичног закона).

<sup>35</sup> Према ради, усвојен је тужбени захтев, јер је првостепени суд сматрао да је приговор застарелости неоснован – сматра да се ради о привилегованом, дужем року застарелости за одштетни захтев (чл. 377 ЗОО). Другостепени суд сматра да је приговор основан, јер сматра да се ради о општем застарелом року из чл. 376 ЗОО за такве захтеве, и зато доноси преиначавајући пресуду којом одбија тужбени захтев.

за преиначењем.<sup>36</sup> Према томе, ако жалбени суд заиста промени чињенично стање, али и на основу њега закључи да је првостепена пресуда исправна, онда нема преиначења, већ се нападнута пресуда потврђује.<sup>37</sup>

Ова опција подразумева неизоставно да се као жалбени разлог истиче погрешно утврђено чињенично стање. Ипак, до преиначења због промене чињеничног стања долази само ако претходно пресуда није већ једном била укинута. Ако јесте, те ако у седници већа жалбени суд оцени жалбени разлог као основан, он мора да усвоји жалбу и укине пресуду, закаже другостепену расправу, спроведе је, и пресуди (чл. 383 ст. 4 ЗПП).

Промена чињеничног стања је типолошки, спрам очувања начела непосредности, подељена на промену која се врши на другостепеној расправи (поновно извођење непосредно изведених доказа, али и извођење доказа које је првостепени суд одбио [чл. 394 т. 1]), и на промену која се врши у седници већа (другачија оцена писаних доказа и посредно изведених [чл. 394 т. 2]), као и другачије закључивање путем индиција [чл. 394 т. 3]).<sup>38</sup> У свим варијантама се мења чињенично стање у погледу оцене истинитости чињеничних тврдњи које су већ оцењене у чињеничном стању првостепене пресуде. Искључено је мењање чињеничног стања које би подразумевало његову допуну тако да су у њему садржане правнорелевантне чињенице које нису биле утврђене у првостепеној пресуди (вид. доле 5.2.3).

Могућност да се не укине пресуда и врати предмет на поновно суђење због погрешне оцене непосредно изведених доказа, већ да се они понове на расправи пред жалбеним судом, одавно је редигована као факултативна. У том смислу владајуће схватање полази од тога да је то ствар оцене другостепеног суда (може и не мора),<sup>39</sup> што је довело последично до тога да је тако

<sup>36</sup> Тако већ Фрањо Бачић, у: Боривоје Познић, Михаило Вражалић, Фрањо Бачић, *Закон о њарничном њосћуйку са коменћаром*, Београд 1957, 332; исто и Б. Познић (2009), 938 и даље; супротно А. Јакшић (2017), 686 (т. 3591).

<sup>37</sup> То ће бити увек случај када је првостепени суд закључио да постоји *non liquet*, а жалбени суд на основу поновљеног доказивања утврди неистинитост чињеничне тврдње. Пример: првостепени суд није могао са сигурношћу да утврди чињеницу од које зависи престанак потраживања, па је применом правила о расподели терета доказивања усвојио захтев за исплату (чл. 231 ст. 3 ЗПП). Његово чињенично утврђење је, дакле, *non liquet*. Поводом истакнутог погрешно утврђеног чињеничног стања као жалбеног разлога, другостепени суд понавља извођење доказа, па утврђује да је неистинита тврдња о тим чињеницама – са сигурношћу потврђује чињенице. Чињенично стање јесте промењено – уместо *non liquet*, уверење о неистинитости чињеничне тврдње. У резултату, потврђује се пресуда. Да је прелазак са *non liquet* закључка о чињеничној тврдњи на закључак о њеној (не)истинитости промена чињеничног стања, и *vice versa* доста јасно УС (23.6.2016 – Уж 2747/14 [т. 5 образложења]). То је и владајуће схватање у теорији, упор. само Erich Kodek, у: Walter Rechberger (Hrsg.), *Kommentar zur ZPO*, Wien 2006<sup>3</sup>, 1582 (§ 498 марг. бр. 2).

<sup>38</sup> Опширније вид. А. Јакшић (2017), 686 и даље (т. 3591 и даље).

<sup>39</sup> Уместо свих Б. Познић (2009), 922/923.

нешто још од времена ЗПП 56 реткост у правном животу. Супротно, део савремене литературе под очигледним утицајем аустријског права сматра да жалбени суд у овом случају не може да оптира, већ да је дужан да сам поново изведе доказе.<sup>40</sup> Колико год ово схватање изгледало као неутемељено због тога што не одговара редакцији законског теста, оно би могло да се брани укупним вредновањем. Дужност је суда да економично и ефикасно спроведе поступак (чл. 10 ст. 2 ЗПП), а враћање предмета првостепеном суду је готово увек скупља и спорија опција од другостепене расправе, с обзиром да након новог првостепеног пресуђења предстоји нов инстанциони пут који не искључује ни ревизију.<sup>41</sup> Тако је ово схватање много више у складу и са правом на суђење у разумном року. Ипак, с обзиром на давно утемељено схватање, као и неспремност судске праксе да креативније а још увек у границама *lex lata* схвати законски текст, тешко је да ће се без законодавне интервенције променити ово опште место.

### 5.2.3. Немогућности преиначења у случају нејошћуног чињеничног стања

У било којој варијанти до преиначења не долази ако је чињенично стање непотпуно.<sup>42</sup> Ако пресуда није раније укинута, она се мора укинути – жалбени суд не сме да на другостепеној расправи утврђује нове, дефицитарне чињенице (*arg.* чл. 392 ЗПП). Но, ако је претходно пресуда била укинута једном, жалбени суд мора да допуни поступак (*arg.* чл. 383 ст. 4 ЗПП). Он то чини тако што претходно у седници већа усваја жалбу и укида пресуду,<sup>43</sup> спроводи главну расправу и на основу њених резултата пресуђује – одлучује о захтевима странака (*arg.* чл. 387 ст. 1 т. 6 у вези чл. 383 ст. 4 ЗПП).<sup>44</sup> Чак и да његова пресуда гласи исто као и првостепена,<sup>45</sup> то није потврђивање,

<sup>40</sup> А. Јакшић (2017), 682 и даље (т. 3569 и даље).

<sup>41</sup> О томе да начелно увек целисходније да жалбени суд понови доказе уместо да враћа предмет првостепеном суду Е. Kodek, у: W. Rechberger (Hrsg.), 1579 (§ 496 марг. бр. 6); исто већ Srećko Zuglia, у: Srećko Zuglia, Siniša Triva, *Komentar Zakona o parničnom postupku II*, Zagreb 1957, 228/229.

<sup>42</sup> О појму непотпуно утврђеног чињеничног стања и класификовању као разлога правног лека исцрпно Марко Кнежевић, *Расправно начело у српском парничном посудику*, Београд 2016, 546 и даље (§ 28 т. 7 и даље).

<sup>43</sup> Тако и А. Јакшић (2017), 678 (т. 3539).

<sup>44</sup> О оправдању важећег концепта да непотпуно чињенично стање никада не сме аутоматски да води „пресуђењу на основу терета доказивања“, исправније „на основу терета тврдње“, што се дешава у судској пракси (тако Апелациони суд у Београду, 9.7.2010 – Гж 7774/10, *Билтен Апелационог суда у Београду* 1 [2010], 154 и даље), вид. М. Кнежевић (2016), 556 и даље (§ 28 т. 61 и даље).

<sup>45</sup> Супротно А. Јакшић (2017), 678 (т. 3540), сматра да се у случају обавезне другостепене расправе пресуда увек укида и „преиначује се“. Овакво схватање не одговара тексту

јер нема шта да се потврди – пресуда је претходно већ укинута. И обратно, ако не гласи као и првостепена, то није преиначење, јер опет нема шта да се преиначи. У оба случаја ревизија је дозвољена на основу другог разлога – зато што је одржана обавезна другостепена расправа (чл. 403 ст. 2 т. 3 у вези чл. 387 ст. 1 т. 6, 383 ст. 4 ЗПП) – а не зато што је другачије пресуђено у односу на првостепени поступак.

## 6. ПРИНЦИПИЈЕЛНИ НИВО: ПОСЛЕДИЦА ДОСЛЕДНОСТИ ДОКТРИНЕ УС

Две основне тезе УС, и без залажења у испитивање основаности, воде претходно потреби приказивању, може се рећи, неслућених последица њиховог доследног схватања.

### 6.1. Последица тезе о преиначујућој пресуди као новој због „новог правног становишта“

Ако је смисао уставног права на правно средство контрола „новог правног становишта“ које је увек садржано у преиначујућој жалбеној пресуди, како то УС у одлуци од 23.6.2016. истиче,<sup>46</sup> онда доследност захтева и да се против неких потврђујућих жалбених пресуда такође обезбеди даље правно средство. Ради се о случајевима у којима се жалба одбија и потврђује се пресуда, иако је првостепени суд погрешно применио материјално право. То ће бити онда када је и при правилној примени материјалног права резултат пресуђења (изрека, односно закључак главног силогизма) исти, а чињенично стање је и за потребе правилне примене потпуно. Јер, погрешна примена материјалног права уопште није увек разлог да се пресуда укине или преиначи, већ само онда када је последица тога непотпуно чињенично стање или погрешна изрека.<sup>47</sup> Другим речима када је она каузална за резултат пресуђења.<sup>48</sup> То је иманентно садашњем систему, иако нема изричите одредбе да ће се правни лек одбити чак и да постоји погрешна примена материјалног права,

---

закона (чл. 387 ст. 1 т. 6 ЗПП), ни схватању теорије, да када се врши „допуна“ поступка, пресуда се укида, расправља се, и пресуђује се. Уопште није незамисливо да и након допуне поступка другостепени суд пресуди на исти начин као и првостепени, на шта и текст закона рачуна када се предвиђа да се „пресуђује“.

<sup>46</sup> Уж 1281/14.

<sup>47</sup> О томе исцрпно М. Кнежевић (2016), 546 и даље (§ 28 т. 7 и даље).

<sup>48</sup> У истом смислу А. Јакшић (2017), 681 (т. 3562); Б. Познић, В. Ракић-Водинелић (2015), 492; упор. већ Б. Познић (2009), 930/931, 939. Супротно, део немачке доктрине види у таквој пресуди суштински преиначујућу пресуду; тако L. Rosenberg, K.-H. Schwab, P. Gottwald, 843 са даљим упућивањима (§ 145 бр. 3).

али да је у резултату (изреци) исправна.<sup>49</sup> Судска пракса одавно потврђује такво схватање.<sup>50</sup>

На основу реченог, ново правно схватање изражено у потврђујућој жалбеној пресуди би морало да буде, следећи доследно тезу УС, неизоставно доступно испитивању кроз даљи правни лек. Оно је заиста нешто „ново“ у односу на првостепену пресуду, па тако и то мора да буде контролисано. Основано се може рећи да УС није рачунао на такву конструкцију, иако је то доследно спровођење његовог става, нарочито имају у виду вредновање које је имао.

## 6.2. Последица теза о преиначујућој пресуди као „новој, суштинској првостепеној пресуди“

Да је доктрина УС као таква крајње упитна, јасно показује пример далеко најчешћег случаја преиначујуће жалбене пресуде – потпуно (и правилно) утврђено чињенично стање, уз погрешну примену материјалног права – и последично преношење вредновања на ревизијски поступак. Наиме, и ревизијски суд такође има исто овлашћење као и жалбени – он мора да преиначи побијану пресуду онда када је чињенично стање потпуно, али је погрешна примена материјалног права довела до погрешног пресуђења (чл. 416 ст. 1 у вези ст. 2 ЗПП). То подразумева и не тако ретку ситуацију, а свакако могућу, да се преиначује другостепена пресуда којом се потврдила првостепена. У том смислу, преиначујућа пресуда ревизијског суда је, ако се доследно прихвати схватање УС, такође „материјалноправно првостепена“. Јер, по први пут се пресуђује на тај начин. Следствено томе, према доктрини УС, то би значило да се странци која је успела у претходне две инстанце, мора обезбедити правни лек против ревизијске пресуде, јер је она у супротном „оне-могућена да оствари своје уставно право на правно средство против првостепене пресуде“. Као резултат, морао би да се зарад уставности успостави нови правни лек, некаква суперревизија, надревизија. Не мења ништа околност да би се нападала одлука највишег суда у држави. То што нема инстанце изнад ВКС није сметња да се успостави правни лек који ће према самој пракси УС бити у складу са уставном гаранцијом. Наиме, УС сматра да је правно средство из чл. 36 ст. 2 Устава нужно деволутивно, али појам деволутивности

<sup>49</sup> Супротно Невена Петрушић, „Ревизиона овлашћења другостепеног суда у новом парничном процесном систему Републике Србије“, *Правни живот* 12/2005, 64 фн. 17, сматра да дефицит такве одредбе значи да жалбени суд у том случају не сме да потврди пресуду, већ мора да је укине.

<sup>50</sup> Репрезентативно Врховни суд Србије, 10.11.1999 – Рев 5233/99, *Збирка судских одлука (ЗСО)* XXVII, 2001, бр. одлуке 108: „Ако виши суд, ради правилне примене материјалног права, може преиначити побијану одлуку, може је и потврдити уз корекције у погледу тачног навођења извора материјалног права“.

није за њега, као што није ни за владајући домаћу доктрину, ограничен на одлучивање о правном средству од стране вишег, надређеног суда. За дево-лутивност је довољно да о њему одлучује друго судеће тело суда чија се одлука побија.<sup>51</sup> Управо на тој идеји је функционисао ревизијски систем до 2010, када је о ревизијама против жалбених пресуда највише инстанце, од-лучивало његово друго судеће тело, наравно без учешћа чланова жалбеног већа.<sup>52</sup> Већина домаће теорије је сматрала да је на тај начин обезбеђена де-волутивност,<sup>53</sup> иако је то итекако било упитно.<sup>54</sup>

С друге стране, доследно примењујући доктрину УС, садашње стање у неким посебним парничним поступцима је дефицитарно у смислу обезбе-ђивања уставног права на правно средство. Ради се о посебним случајевима када је законом у потпуности искључена ревизија: багателни и државински спорови,<sup>55</sup> спорови поводом извршних тужби (опозиционе, односно излучне [чл. чл. 81 ст. 4, 111 ст. 4 у вези чл. 81 ст. 4 ЗИО]), брачни спорови у делу дру-гостепене пресуде којом је одлучено о разводу или поништају брака (чл. 227 ст. 2 Породичног закона),<sup>56</sup> поједини медијски спорови (чл. 122 Закона о јавном информисању и медијима), итд. Дакле, у тим случајевима још увек

---

<sup>51</sup> 17.6.2004 – 74/04, *Билтен УС* 1/2004, 38, 40 са упућивањем на ранију праксу. Ипак, у скорој пракси, и то у *obiter dictum* изјашњењима, истиче се да уставно право на правно средство подразумева да о њему одлучује „орган више инстанце“, вид. само одлуку од од 18.5.2017 – Уж 7451/15. Питање је да ли је то свесно напуштање ранијег схватања, будући да УС није имао замерке на ранији систем у ЗИО који је предвиђао приговор као искључиво правно средство.

<sup>52</sup> Они су били, због непристрасности, искључени; изричито Савезни суд, 10.11.1994 – Гзс 15/94, *ЗСО XIX* (1994), одлука бр. 153 = *Избор судске љаксе* 3/1996, одлука бр. 72.

<sup>53</sup> С. Трива, В. Белајец, М. Дика (1986), 543 и даље; Боривоје Познић, Весна Ракић-Во-динелић, *Грађанско љроцесно љраво*, Београд 1999<sup>15</sup>, 311 (т. 584); упор. и В. Ракић-Водинелић (1995), 65; Александар Јакшић, *Грађанско љроцесно љправо*, Београд 2007<sup>2</sup>, 562 (т. 2996). Ово је владајуће схватање и у садашњој хрватској теорији: вид. Михајло Дика, *Грађанско љарнич-но љправо*, Х. књиџа, *Правни лијекови*, Загреб 2010, 10; упор. А. Узелац, 221/222.

<sup>54</sup> Мењањем судећег тела истог суда се тешко може обезбедити деволутивност, већ је нужно да то заиста буде други суд, и то надређен суду чија се одлука побија; упор. Ранко Кеча, у: Боривоје Старовић, Ранко Кеча, *Грађанско љроцесно љправо*, Нови Сад 2004<sup>3</sup>, 428.

<sup>55</sup> То је изричит став и ВКС, вид. горе 1.3.

<sup>56</sup> Неспорно је да против жалбене пресуде којом се разводи или поништава брак ре-визија није дозвољена, али је спорно да ли је дозвољена против жалбене пресуде којом се одбија тужбени захтева за развод или поништај брака. Теорија је јединствена да је тада она дозвољена; вид. Боривоје Познић, Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско љроцесно љправо*, Београд 2010<sup>16</sup>, 417; Марија Драшкић, *Коменљар Породичноџ закона*, Београд 2016, 548 и даље; Зоран Поњавић, *Породично љправо*, Београд 2017<sup>5</sup>, 191/192; Гордана Ковачек Станић, *Породично љправо*, Нови Сад 2014<sup>5</sup>, 172/173; Олга Цвејић-Јанчић, *Породично љправо*, Нови Сад 2009, 190. Супротно, устаљена пракса ВКС негира дозвољеност и тада: *ГО ВКС* у вези од-луке од 2.9.2010 – Рев 3149/10, *Билтен ВКС* 1/2011, 99 = *Билтен ВКС* 2/2014, 217; 7.9.2017 – [5] Рев 1899/17; 13.7.2017 – [3] Рев 1377/17; 21.12.2016 – [1] Рев 2238/16; 27.10.2016 – [4] Рев 1864/16.

стоји замерка УС о ускраћивању уставне гаранције странци која је оштећена другостепеним преиначењем.<sup>57</sup>

На крају, доследност доктрине УС би подразумевала да се и стање у извршном поступку и у низу ванпарничних оцени као уставноправно дефицитарно. Прво, у извршном поступку се делимично одлучује о „правима и обавезама“, пре свега онда када се одлучује о предлогу за извршење. У случају да се, примера ради, по жалби против решења о извршењу оно преиначи, па се предлог за извршење одбије, извршном повериоцу је, следећи доктрину УС, ускраћено уставно право на правно средство, јер је ревизија недозвољена (чл. 27 ст. 3 ЗИО), а према пракси ВКС, није дозвољена ни као посебна.<sup>58</sup> Друго, у низу ванпарничних поступака ревизија није дозвољена, па чак и када су статусне природе. Примера ради, у поступку рехабилитације у којем је ревизија изричито недозвољена (чл. 18 ст. 3 Закона о рехабилитацији),<sup>59</sup> када се против решења о рехабилитацији изјави жалба, па се оно преиначи и предлог за рехабилитацију одбије, доследно развијање доктрине УС води закључку да је ускраћено уставно право на правно средство лицу које тражи сопствену рехабилитацију.

Све речено говори да је зарад доследне примене доктрине УС, законодавац обавезан да уведе читав низ нових правних лекова – или да дозволи ревизију, или да успостави надревизију, или да успостави жалбу против другостепених одлука о којима би одлучивали жалбени судови у другом саставу, што није непознато у садашњем правном систему.<sup>60</sup> Такав потез би изазвао, може се слободно рећи, потрес у правосуђу и паралисање система. Садашњи систем судова спрам броја судија и предмета у раду је ноторно већ преоптерећен. На крају, доследно спровођење доктрине УС значи и то да све странке које су на приказане начине ускраћене за право на правно средство због недозвољености ревизије, легитимно могу да очекују успех по уставној жалби против решења о одбацивању ревизије. Јер, по овој доктрини таквим поступањем је повређен чл. 36 ст. 2 Устава, без обзира што

<sup>57</sup> УС недвосмислено сматра да се и у државинском спору „одлучује о правима и обавезама“, с обзиром да према његовој пракси и тај поступак потпада под поље примене права на правично суђење; вид. 16.6.2016 – Уж 4870/14. Отуда би доследност налагала и став да се гаранција правног средства односи на ове спорове.

<sup>58</sup> 6. веће, 27.9.2017 – Рев 1812/17; 3. веће, 16.3.2017 – Прев 67/17.

<sup>59</sup> Према схватању УС и у овом поступку се „одлучује о правима и обавезама“, па зато он потпада под поље примене чл. 32 ст. 1 Устава (право на правично суђење); вид. само одлуку од 12.10.2017 – Уж 1948/14, *СГ РС* 119/17, 34. Штавише, УС тако сматра и када се поступак рехабилитације води на предлог наследника, а не лица чија се рехабилитација захтева; вид. одлуку од 21.12.2017 – Уж 1671/14, *СГ РС* 7/18.

<sup>60</sup> Тако функционише жалба против другостепене пресуде апелационог суда у кривичном поступку (чл. 464 ЗКП), односно жалба против решења апелационих судова у парничном поступку (чл. 399 ст. 4 у вези ст. 3 ЗПП).

закон сам не дозвољава ревизију, односно даље правно средство. Чини се да УС уопште није имао на уму приказане последице када је олако направио ко-перникански обрт у процесној догматици, последично у схватању уставне гаранције.

## 7. ПРИРОДА ПРЕИНАЧУЈУЋЕ ПРЕСУДЕ И ПИТАЊЕ УСТАВНЕ ГАРАНТИЈЕ

### 7.1. Схватање доктрине и судске праксе

Овде ће се изложити концепти домаће и аустријске теорије о природи преинчујуће пресуде, и то спрам услова за преиначење сходно садашњем праву – узимају се, дакле, у обзир и ранији теоријски концепти, и стављају се у контекст садашњег стања ствари. Потом, они се доводе у везу са основим питањем рада, а то је последица на питање дозвољености ревизије у смислу уставног права на правно средство.

#### *7.1.1. Преиначење због њодрешне љримене љправа (данашњи чл. 394 љ. 4 ЗПП)*

Далеко најчешћи случај преиначења жалбеном пресудом је онај из чл. 394 т. 4 ЗПП – погрешна примена права уз потпуно чињенично утврђење. О природи такве пресуде у теорији до сада није примећен став да се ради о „суштински првостепеној“. Иако се наглашава реформаторно овлашћење у виду преиначења побијане пресуде, нема сумње да се ради о вршењу контролне улоге жалбеног суда.<sup>61</sup> Сходно томе, до сада се није заступао став да је зарад уставне гаранције нужно обезбеђивање даљег правног средства којим би се нападала таква пресуда.

#### *7.1.2. Преиначење због измењеног чињеничног стања (данашњи чл. 394 љ. 1-3 ЗПП)*

##### 7.1.2.1. Уже предратно схватање; аустријско схватање

По узору на аустријску доктрину и судску праксу, предратна теорија је заступала једно крајње уско схватање. Стављено у контекст садашњег система, жалбени суд када мења чињенично стање на основу истих доказа, индиција, као и на основу доказа које је првостепени суд одбио, али који се односе на чињенице које је он утврдио у нападнутој пресуди, врши контролну делатност. То се види из контекста целокупног излагања о природи тадашњег

<sup>61</sup> Упор. само Р. Кеча, у: Б. Старовић, Р. Кеча, 419.

другостепеног поступка, који у тим случајевима није наставак расправљања, већ наставак суђења, тако што се контролишу и санирају грешке првостепеног суда. Обрнуто, само ако жалбени суд на својој расправи утврђује и чињенице које није утврдио првостепени суд због своје погрешне правне оцене – тзв. допуна расправе – онда он преузима улогу првостепеног, па је расправа према природи првостепена.<sup>62</sup> Но, данас то ни не води пренаучујућој жалбеној пресуди, већ укидању пресуде, спровођењу расправљања и пресуђењу.

Како је речено, ова доктрина је преузета из Аустрије, с обзиром да се она артикулисала већ на почетку важења аустријског закона (почетак XX века).<sup>63</sup> Она је и данас у потпуности владајућа.<sup>64</sup> Мисао о контролној улози жалбеног суда се даље манифестује на решавање практичних проблема у аустријском праву. Тако, ако се ради о функционално првостепеној расправи (допуна расправе), онда на жалбеној расправи не важи забрана новота, а временска граница правноснажности се одређује према времену њеног закључења.

Ово схватање би подразумевало да ревизија због преинаучујуће жалбене пресуде у овим случајевима није нужна последица уставног права на правно средство.

### 7.1.2.2. Шире послератно схватање

Схватање које у било којој промени чињеничног стања у другостепеном поступку и следећућем преиначењу види уједно и негацију контролне улоге жалбеног суда, односно „суштинско првостепено пресуђење“ потиче из времена важења ЗПП 56. То се види из образлагања тадашње дозвољености ревизије због промене чињеничног стања, када се истиче да је њен смисао „обезбеђивање пуне двостепености“.<sup>65</sup>

<sup>62</sup> Упор. Драгољуб Аранђеловић, *Грађанско процесно право Краљевине Југославије III*, Београд 1933, 72; Фрања Горшић, *Комененџар Грађанског парничног посудија II*, Београд 1933, 369; Ante Verona, Srećko Zuglia, *Zakonik o sudskom postupku i građanskim parnicama (Građanski parnički postupak)*, Zagreb s.a. [око 1930], 726/727.

<sup>63</sup> Вид. већ аустријски Врховни суд (*Oberster Gerichtshof*), 1.12.1903 – 16.501, *Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen (AmtlSlg)* V, бр. одлуке 745; 12.3.1902 – 2.504, *AmtlSlg* IV, бр. одлуке 547;

<sup>64</sup> Вид. аустријски Врховни суд, 14.7.1986 – 1 Ob 623/86, *Juristische Blätter* 1987, 189; H. Fasching, 918 (марг. бр. 1820); Walter Rechberger, Daphne-Ariane Simotta, *Zivilprozessrecht*, Wien 2009<sup>7</sup>, 531 (марг. бр. 1008); Andreas Konecny, „Die Berufung im österreichischen Recht und ihre Bewährung“, *Zeitschrift für Zivilprozess* 107 (1994), 490; E. Kodek, у: W. Rechberger (Hrsg.), 1557 (§ 482 марг. бр. 5), 1579/1580 (§ 496 марг. бр. 6).

<sup>65</sup> Тако Самуел Камхи, *Грађански судски посудијак*, Сарајево 1961<sup>3</sup>, 443; Синша Трива, *Грађанско процесно право I*, Загреб 1972<sup>2</sup>, 601; упор. и Srećko Zuglia, *Građanski parnični postupak FNRJ*, Zagreb 1957, 555, по коме је тако нешто зарад пуне двостепености нужно

Поред доктрине, и судска пракса је заступала такво схватање. Према *Врховном суду Југославије*, смисао тадашње дозвољености ревизије због измене чињеничног стања, које је било могуће под истим условима као и данас, јесте „обезбеђивање двостепености“: када постоји измењено чињенично стање, ради се „у суштини о једностепеном пресуђењу у погледу одлучних чињеница, а то је управо и мотив и разлог допустивости правног лека (ревизије) донете у другом степену“.<sup>66</sup> Дакле, било која промена чињеничног стања значила је уједно и да је другостепени суд преузео функцију првостепеног.

Последица овог приступа, у контексту уставне гаранције, јесте концепт по којем је ревизија увек дозвољена ако је другостепени суд променио чињенично стање.

### 7.1.2.3. Уже послератно схватање

Супротно од приказаног ширег схватања, у доктрини се уочи, а нарочито након доношења ЗПП 76, успоставља уже схватање, по којем мењање чињеничног стања и слеђујуће преиначење првостепене пресуде није уједно увек и суштински првостепено пресуђење. Ово схватање је дато у контексту тада успостављеног модела жалбеног поступка као „искључиво контролног“, који је према тој концепцији онемогућавао да жалбени суд мења чињенично стање тако што би изводио нове доказе о истим чињеницама, а свакако тако што би утврђивао нове чињенице. Обрнуто, мењање чињеничног стања на основу другачије оцене истих доказа, није уједно и негација контролне улоге, па следствено томе недозвољеност ревизије против преиначујуће пресуде не угрожава уставно право на правно средство.<sup>67</sup> Том схватању се приклонио, чини се, и *Трива*,<sup>68</sup> чиме је заправо напустио своје раније. Дакле, по овом концепту, све док жалбени суд ради што и првостепени, он врши контролну улогу, па макар и променио чињенично стање. Али, ако изводи и оцењује доказе које првостепени суд није извео, већ их је одбио, он преузима његову улогу. Дакле, само у тој варијанти из чл. 394 ст. 1 ЗПП преиначујућа пресуда би била „суштински првостепена“.

само ако је жалбени суд променио чињенично стање на основу расправе, не и онда када у седници већа другачије оценио индиције, исправе, и посредно изведене доказе у првостепеном поступку.

<sup>66</sup> 29.7.1966 – Рев 184/66, ЗСО Х/2 (1966), одлука бр. 118.

<sup>67</sup> Александар Маркићевић, *Закон о парничном процесу са коментаром*, Београд 1977, 164; Михајло Дика, у: Синиша Трива, Велимир Белајец, Михајло Дика, *Ново грађанско парнично процесно право*, Загреб 1978, 109/110 (§ 30 т. 26); Б. Познић (2009), 923; Р. Кеча, у: Б. Старовић, Р. Кеча, 422; упор. и Ранко Кеча, „О другостепеној расправи у парничном поступку“, *ЗбоНС* 2/2006, 209.

<sup>68</sup> Упор. Синиша Трива, у: С. Трива, В. Белајец, М. Дика (1978), 122 (§ 33 т. 2); С. Трива, В. Белајец, М. Дика (1986), 576, 581.

Последица овог схватања је нужност дозвољености ревизије само онда када је другостепени суд извео нове доказе, не и ако је променио чињенично стање оценом истих доказа, или закључивањем индицијама на основу већ утврђених чињеница.

## **7.2. Поглед преко границе – стање у постјугословенским земљама**

С обзиром да је уставна гаранција правног средства против сваке првостепене судске одлуке којом се одлучује о правима и обавезама заоставштина југословенског послератног права, те да ју је већина постјугословенских држава преузела (вид. горе 4), треба укратко изнети стање ствари поводом овог питања. Конкретно уређење итекако зависи од теоријских схватања тамошње доктрине.

Пандан данашњем стању у Србији постоји само у Македонији, утолико што је ревизија увек дозвољена против преиначујуће жалбене пресуде. Изворна концепција тамошњег ЗПП је 2010. измењена и уведен је овај посебан основ свакодобне дозвољености ревизије. Ипак, из доступног материјала се не види да је такво решење било последица схватања тамошњег *Уставног суда*.<sup>69</sup>

Средње решење је присутно у Хрватској, у којој је владајуће схватање оно које смо означили „ширим“ (горе 7.1.2.3). Ревизија је дозвољена у било ком случају мењања чињеничног стања у другостепеној пресуди,<sup>70</sup> јер је то нужна последица уставног права на правно средство, чиме се показује нит са ранијим *Тривиним* схватањем.<sup>71</sup> Обрнуто, преиначење због погрешне примене материјалног права не води аутоматски дозвољености ревизије.

На крају, потпуно супротно стање од оног у Србији постоји у Словенији, Црној Гори и Републици Српској. Ревизија уопште није дозвољена због промене чињеничног стања у другостепеном поступку, још мање због преиначујуће жалбене пресуде, иако постоји уставна гаранција права на правно средство. У тим системима жалбени суд преиначава пресуду у идентичним случајевима као у ЗПП, али поврх тога он може и да допуњује поступак када је чињенично стање непотпуно (Словенија).

---

<sup>69</sup> Упор. одлуку од 13.9.2006 – У 35/06, у којој је испитивана уставност изворног концепта вредносне ревизије, када уопште није споменут аспект уставне гаранције у случају преиначујуће жалбене пресуде, већ је без изузетка заузет став да је уставна гаранција ограничена на двостепеност.

<sup>70</sup> Упор. М. Дика, 270 и даље.

<sup>71</sup> Упор. М. Дика, 271.

### **7.3. Контролна делатност жалбеног суда као исходиште проблема**

Чини се да је након излагања стања доктрине и судске праксе, закључно са освртом на стање у аустријској догматици и судској пракси, јасно да је кључни проблем у одређивању природе преиначујуће пресуде жалбеног суда квалификација његове делатности. Супротно, УС, иако сам говори о „материјалном аспекту“ сагледавања, чисто формално приступа проблему. Наиме, неспорно је да је преиначујућа жалбена пресуда „нова“ одлука о предмету спора који је путем жалбе доспео у други степен, и да се разликује од првостепене. Но, то још не значи уједно да је она суштински првостепена пресуда, и да би сходно томе морао да се обезбеди правни лек зарад уставне гаранције странци која је успела у првом степену, а преиначењем је оштећена. Јер, гаранција двостепености од које и сам УС полази, значи да се против сваке првостепене одлуке мора обезбедити правни лек странци, што смислено значи оној која има за то правни интерес. И даље, што је најбитније, двостепеност подразумева гаранцију суђења у (минимум) два степена. Дакле, да још једна инстанца контролише првостепено пресуђење, што не искључује и могућност другачијег пресуђења. Уколико је преиначење првостепене пресуде резултат контролне делатности жалбеног суда, онда оно није никако првостепено пресуђење, већ другостепено. И обрнуто, уколико преиначење првостепене пресуде није последица контролне делатности, већ делатности која је суштински првостепена, онда је то суштински првостепено пресуђење, или како се то још каже „функционално првостепено пресуђење“. Према томе, треба да се испита да ли је уопште пресуђење жалбеног суда, али и ревизијског, израз контролне делатности или не.

### **7.4. Спојивост контролне делатности и пресуђења суда правног лека**

Основна теза УС је несумњиво та да је преиначење жалбеном пресудом увек преузимање функције првостепеног суда. Другим речима, да је преиначење негирање контролне улоге. Отуда се поставља као основно питање колико је уопште пресуђење жалбеног суда спојиво са његовом контролном улогом. Чини се да је у том аспекту делимично корен погрешног схватања УС, а он потиче и од теоријског приступа у домаћој литератури. Ради се о тези која може да се окарактерише као екстремни, радикални појам контролне улоге жалбеног суда, па чак и ревизијског. Узрок је заправо негирање могућности да дође до пресуђења у другостепеном поступку, а да то остане у оквиру контролне улоге жалбеног суда. Једном речју, као да је пресуђење резервисано за првостепени поступак.

У чисто теоријском смислу, само систем несудења повод правног лека – француски систем касације – јесте искључиво контролни, јер у њему не постоји могућност пресудења, и то не само преиначења побијане пресуде, већ и праве потврде. У том моделу суд правног лека или „одообрава“ побијану одлуку, али не пресудом, или је поништава, касира; он никада не суди, и зато је и француски модел правног лека о којем одлучује највиши суд државе, који је постојао у Кнежевини/Краљевини Србији, односно на српском правном подручју до ступања на снагу југословенског Грпп из 1929, значио и то да такав суд, теоријски, не врши судску власт.<sup>72</sup> Обрнуто, чим суд правног лека може да донесе и потврђујућу пресуду, што је одавно код нас случај чак и у ревизијском поступку, он неспорно врши судску власт. Управо због тога је исправно схватање да је реформаторно овлашћење инстанционог суда како преиначење, тако и потврђење нападнуте пресуде пресудом.<sup>73</sup>

С друге стране, чини се да је улога жалбеног суда, али и ревизијског, код нас недовољно јасно одређена, што је последица делом и недовољно изричитог текста закона. Ради се о томе да се у ЗПП, осим за обавезну другостепену расправу, односно преиначење у жалбеном поступку, не спомиње изричито да инстанциони суд одлучује о „захтевима странака“, у смислу предмета спора. Ипак, тај дефицит је привидан, јер се из јасног одређења да инстанциони суд може да донесе пресуду, види да он тада пресудује, тј. да увек у тим случајевима одлучује о предмету спора. Та околност је код *Фашинга* (*Fasching*) јасно теоријски уобличена, у концепту два предмета спора инстанционог поступка: прво, због тога што се пресудује, он има за предмет иницијални предмет спора; друго, пошто је непосредан повод за пресудење

<sup>72</sup> Такав модел је историјски условљен, и то у контексту идеја Француске револуције – Касациони суд је био помоћни орган парламента, који је вршио контролу законитости судских одлука; он је био замишљен као гарант да ће остварити „воља“ законодавног органа, тј. да ће онемогућити судије да пробијају *lex lata* границу. Наравно, данас је такав положај Касационог суда у Француској превазиђен у теоријском смислу, и поред тога што он још увек нема ревизиона, реформаторна овлашћења, већ само касациона. О томе вид. Hein Kötz, „Über den Stil höchstgerichtlicher Entscheidungen“, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 37 (1973), 249 и даље; за историјски контекст вид. и В. Ракић-Водинелић (1995), 19 и даље. О дискусији у српској теорији у Кнежевини/Краљевини Србији о улози Касационог суда вид. Маша Кулаузов, *Посљубак ђред Ајелационим и Касационим судом ђо Законнику о ђрађанском судском ђосљубуку из 1865. ђодине*, Нови Сад 2015, 99 и даље.

<sup>73</sup> Владајуће схватање у Аустрији: W. Rechberger, D.-A. Simotta, 532 (марг. бр. 1011); Oskar Ballon, *Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht*, Graz 2009<sup>12</sup>, 257 (марг. бр. 356); Walter Buchegger, Klaus Markowetz, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, Wien 2016, 384. У немачкој теорији тако Othmar Jauernig, *Zivilprozessrecht*, München 2007<sup>29</sup>, 227 (§ 72 II). У домаћој и постјугословенској литератури о овом питању нема јединственог става. Према једном схватању потврђивање пресуде нема значај реформаторног поступања; тако С. Трива, М. Дика, 671; М. Дика, 103; у истом смислу А. Јакшић (2017), 682 (т. 3564). Према другом, исправном, и то је реформаторно поступање, јер оно подразумева мериторно пресудење о предмету спора; вид. већ Р. Кеча, у: Б. Старовић, Р. Кеча, 418 и даље.

изјављивање правног лека, он има и свој „посебан“ предмет – то је захтев странке из правног лека и разлози правног лека.<sup>74</sup> Тако гледано, инстанциони суд када пресудом одлучује о правном леку, он увек одлучује о предмету спора,<sup>75</sup> без обзира што се у ЗПП не говори о томе.<sup>76</sup> Другачије не може да се објасни чињеница да се доноси пресуда и када се жалба одбија и побијана пресуда потврђује,<sup>77</sup> односно да ревизијски суд доноси потврђујућу пресуду када одбија ревизију против пресуде. На крају, због тога потврђујућа жалбена пресуда постоје правноснажна, а не првостепена.<sup>78</sup>

Из радикалног схватања контролне улоге инстанционог суда би логички следило да је и потврђујућа пресуда жалбеног њена негација. То међутим већинска доктрина с правом не заступа. Једноставно, разлози правне политике захтевају да се смислено успостави систем,<sup>79</sup> што води реалном схватању контролне улоге било ког инстанционог суда, а пре свега жалбеног. Стога, пресуђење у жалбеном поступку не значи нужно да се негира контролна улога жалбеног суда. Исто важи и за ревизијски поступак.

Из наведеног следи да се природа делатност жалбеног суда, од које зависе правне последице, не може квалификовати на основу строге, ригидне теоријске поделе, по којој је контролна делатност само укидање пресуде, а све преко тога је преузимање првостепене функције. Стога, пресуђење суда правног лека није *a priori* неспојиво са његовом контролном функцијом, јер пресуђење очито није самосвојна делатност првостепеног суда. Тиме се показује да је основна теза УС да је преиначујућа пресуда жалбеног суда увек неспојива са његовом контролном улогом неоснована.

---

<sup>74</sup> Вид. Н. Fasching, 880 и даље (марг. бр. 1739 и даље). Наравно, због домаћег система у којем уопште ни не треба да се у жалби или ревизији постави жалбени/ревизијски предлог, односно не треба ни да се изнесу конкретни разлози, речено се релативизује законском фикцијом: у том случају „захтев подносиоца правног лека“ је нападање дела одлуке у којем није успео, а „разлози правног лека“ су они на које суд правног лека пази по службеној дужности.

<sup>75</sup> Тако и Б. Познић (2009), 928, када истиче да одлучивање о жалби пресудом подразумева одлуку о „основаности тужбеног захтева“.

<sup>76</sup> Предратни Грпп је предвиђао, с обзиром да је превод аустријског Грпп, да инстанциони суд „одлучује пресудом о самој ствари“ – у жалбеном (призивном) поступку (§ 591 ст. 1), у ревизијском поступку (§ 604 ст. 1 реч. 1). Још увек је иста редакција у аустријском праву (§§ 497 ст. 1, 510 ст. 1 реч. 1), а тако је и у немачком праву (§§ 538 ст. 1, 563 ст. 3) – „*in der Sache selbst zu entscheiden*“.

<sup>77</sup> Супротно А. Јакшић (2017), 682 (т. 3564), који изричито истиче да се потврђивањем пресуде не одлучује о предмету спора, образлажући став природом другостепеног поступка у смислу да он није когнициони, већ контролни.

<sup>78</sup> О овом проблему вид. Ранко Кеча, Марко Кнежевић, „Парициони рок у српском парничном поступку“, *ЗбоНС* 1/2015, 58; Б. Познић, В. Ракић-Водинелић (2015), 492-493.

<sup>79</sup> Упор. Р. Кеча, у: Б. Старовић, Р. Кеча, 418.

### 7.5. Суштинске карактеристике првостепеног поступка

Закључак да пресуђење као такво није самосвојна карактеристика првостепеног поступка, води даље потреби проналажења таквих карактеристика. О томе шта је суштина првостепеног поступка, односно која је самосвојна улога првостепеног суда, постоје различити ставови, који су видљиви из изјашњавања када жалбени суд преузима улогу првостепеног.

Првостепени поступак несумњиво служи прибављању материјала на основу којег се пресуђује о предмету спора. У том смислу, расправља се о постављеном предмету спора, што подразумева, пре свега изношење чињеничних тврдњи, расправљање о њима, по потреби извођење и оцена доказа ради формирања чињеничног стања. Тек када је ствар зрела за пресуђење, одлучује се пресудом, на подлози спроведене расправе.<sup>80</sup>

Стога, утврђивање чињеничног стања у најчистијем виду – заузимање става поводом постојања чињеница, прецизније заузимање става о истинитости чињеничних тврдњи путем оцене доказа – није нешто што је самосвојно првостепеном поступку. Оно што га издваја код нас, одавно, јесте расправљање о предмету спора, где спада постављање захтева и чињеничних тврдњи и доказних предлога, и на основу тога утврђење чињеничне подлоге. По томе се он јасно одваја од инстанционог поступка, чија је улога, примарно, контролна. Он је успостављен као контролна инстанца, па зато улагање правних лекова, пре свега жалбе, не води увек, а ни по правилу, наставку расправљања.<sup>81</sup> Постојање изузетака, данас неспорно обавезна другостепена расправа, не доводи у питање принципијелни карактер другостепеног поступка.

### 7.6. Право значење „контролног карактера“ поступка по правним лековима

Упоредноправно гледано, основна разлика модела поступака по правним лековима, а који су за домаће стање актуелни, јесте она која постоји између изворног немачког концепта и аустријског. То разликовање је било веома добро објашњено у домаћој предратној литератури, али се временом, може се рећи, вулгаризовало, тако да се створио чак и привид да је карактерисање жалбене инстанце као „чињеничне“ неспојиво са његовом контролном улогом. То је управо схватање које смо назвали ширим у смислу мењања чињеничног стања (горе 7.1.2.2).

<sup>80</sup> О појму зрелости за пресуђење у амбијенту (ублаженог) расправног начела, које је важеће у ЗПП, вид. М. Кнежевић (2016), 378/379 (§ 22 т. 49).

<sup>81</sup> Због тога је разумљиво да се новоте, чак и да су допуштене (чл. 372 ст. 1 ЗПП), ограничавају на *nova reperta* – забрањено је изношење *nova producta*; о томе уместо свих А. Јакшић (2017), 667 и даље (т. 3475 и даље).

Суштина аустријског система, у односу на изворни, али и садашњи немачки је та, како то *Аранђеловић* још истиче, да контролни карактер значи да се жалбом иницира поступак који значи „продужење стадијума пресуђења са закљученом расправом стања и спора“, док негација контролног карактера, немачки концепт, значи „продужење стадијума расправљања“.<sup>82</sup> Тако још увек јасно резонује савремена аустријска доктрина, што на крају има своју потврду при решавању практичних проблема (горе 7.1.2.1).

Корен проблема у делу домаће литературе и у пракси УС је, чини се, поистовећивање, конфудирање квалификације „чињеничне инстанце“ и „првостепене делатности“. Ради се о две сасвим различите ствари. С једне стране је питање која инстанца је чињенична (*Tatsacheninstanz*) – у којој инстанци смеју да се заузимају чињенични закључци, тј. које судије су, како би се то превело са немачког, „чињеничне“ (*Tatrichter*). Сасвим је друго питање који суд спроводи усмену расправу о предмету спора, а који не. Кључна ствар у одређивању овог питања није та да ли смеју да се изводе докази (утврђивање чињеница), већ о чему се изводе докази – које чињенице се утврђују. Ако се они изводе о чињеницама које је већ утврдио првостепени суд, онда то није преузимање функције првостепеног суда. То је чиста контролна делатност, јер се не расправља о новим аспектима спора, већ се испитује да ли су чињенични закључци првостепеног суда у резултату исправни или не.<sup>83</sup> Ако се, међутим, расправља о чињеничним питањима која нису била предмет расправе, онда је то преузимање функције првостепеног суда. Како је речено, његова самосвојна делатност је узимање на знање чињеничних тврдњи, омогућавање расправљања о њима, евентуално извођење доказа, и на основу тога пресуђење. Управо због тога је владајуће схватање у Аустрији да другостепени суд губи контролну улогу онда када сам санира грешке првостепеног суда које се односе на нерасправљање о битним аспектима спора, што је последично водило неутврђивању чињеница у првостепеној пресуди. Како је речено, другостепени суд постаје тада функционално првостепени, па су на другостепеној расправи дозвољене новоте, чак и *nova producta*, а временска граница правноснажности се одређује према закључењу другостепене главне расправе (вид. горе 7.1.2.1). Имајући то у виду, онда је јасно да је садашњи немачки систем, и поред увођења одређених ограничења новота у жалби, и даље увек функционално првостепени, јер се објективне новоте (*nova producta*) без ограничења могу износити,<sup>84</sup> са последицом да се временска

<sup>82</sup> Д. Аранђеловић, 14 фн. 2.

<sup>83</sup> У том смислу већ Р. Кеча, у: Б. Старовић, Р. Кеча, 418.

<sup>84</sup> Види само одлуку немачког Савезног суда (*Bundesgerichtshof*) од 14.7.2016 – V ZR 258/15, *Neue Juristische Wochenschrift* 2017, 736 (маг. бр. 12), као и Rainer Oberheim, у: Hans Prütting, Markus Gehrlein (Hrsg.), *ZPO Kommentar*, Köln 2012<sup>4</sup>, 1366 (§ 531 маг. бр. 12).

граница правноснажности увек одређује према тренутку закључења друго-степене расправе.

Сходно реченом, као даљи закључак, нема ни нужног поистовећивања забране покретања чињеничних питања у ревизији, која је иначе данас итекако олабављена, и контролне улоге ревизијског суда. Он би, наиме, и даље имао контролну улогу и да му се даје могућност да контролише чињеничне закључке из побијаних пресуда, па и да сам поново изводи исте доказе, оцењује их и мења чињенично стање. То би и даље било само контролисање исправности побијане пресуде, не и расправљање о предмету спора. Забрана контролисања чињеничних закључака путем ревизије је само правнополитички оправдана, тј. нема догматичке нужности између ње и контролне улоге ревизијског суда.<sup>85</sup>

Према томе, контролни карактер инстанционог поступка, а пре свега жалбеног, значи да се он ограничава на испитивање исправности побијане пресуде, што не искључује и другачије утврђивање чињеничног стања у погледу чињеница о којима је расправљано и које је првостепени суд већ утврдио. Жалбени суд губи контролну улогу и претвара се у *de facto* првостепени само онда када се пред њим расправља о до тада нерасправљеним чињеничним аспектима предмета спора.

## **7.7. Испитивање контролне улоге жалбеног суда при преиначењу пресуде у појединостима**

### *7.7.1. Преиначење због њодрешне њримене њрава*

У суштинском смислу, овакво преиначење је израз контролне функције, јер је другостепени суд пресудио у потпуности на основу истог процесног материјала као и првостепени. Он уопште није спроводио расправу. То је најчистији вид контролне функције, која иначе према *Фаџинџу* подразумева да се жалбени суд ставља у положај који је имао првостепени, и суди онако како је он требао, да није направио грешку.<sup>86</sup> До данас у теорији тако нешто нико ни није довео у питање, па управо због тога у ранијем систему у којем није било дозвољености ревизије због преиначујуће пресуде, није ни довођена у питање уставност непостојања даљег правног лека у овом случају. Како се види, са разлогом је такво схватање апсолутно владајуће. Према томе, овај вид преиначујуће жалбене пресуде нема значај „суштински

<sup>85</sup> Нужна условљеност забране испитивања чињеничних закључака од стране највишег суда, тиме и свакако немогућности промене чињеничног стања, постојала је у правном систему Краљевине Србије, и то као догматичка последица уставне улоге Касационог суда. Према чл. 150 ст. 2 Устава из 1888, односно чл. 149 ст. 2 Устава из 1903, Касациони суд „не суди о делу него само о праву“.

<sup>86</sup> Н. Fasching, 874 (марг. бр. 1724).

првостепене“, јер жалбени суд никако не преузима функцију првостепеног суда.

### 7.7.2. Преиначење због другачије оцене изведених доказа у ширем смислу

Другачија оцена истих доказа у ширем смислу обухвата не само понављање изведених доказа на другостепеној расправи, већ и другачију оцена исправа и посредно изведених доказа у седници већа, закључно са другачијем закључивањем путем индиција.

И овде је природа делатности контролна, иако се мења чињенично стање. Промена чињеничног стања је у овим случајевима увек *само* другачије утврђење истинитости већ постављених чињеничних тврдњи, које је првостепени суд већ оценио. То никада није допуна поступка у смислу расправљања и утврђивања правнорелевантних чињеница које нису ни споменуте у првостепеној пресуди. Ако је чињенично стање због погрешне правне оцене првостепеног суда непотпуно, онда пресуда по жалби ни не може да се преиначи, већ се укида и враћа првостепеном суду на допуну (чл. 392 ст. 2 ЗПП). Исто и ако првостепени суд погрешном применом чл. 314 ЗПП није узео у обзир чињеничне тврдње странке. Садашњем домаћем праву је страна могућност да жалбени суд и у тим случајевима отвори расправу и сам допуни првостепени поступак тако што ће утврдити дефицитарне чињенице.<sup>87</sup> Односно, таква могућност не постоји када се жалбом пресуда напада први пут, а обавезно је такво поступање ако је пресуда већ била једном укинута (*arg.* чл. 383 ст. 3 ЗПП). Но, како је већ речено, то тада ни није преиначење жалбеном пресудом, јер се првостепена пресуда обавезно укида, спроводи се расправа, и пресуђује се. Тада жалбени суд заиста преузима улогу првостепеног, али то се не односи на проблем овог рада.

Из околности да се долази до другачијег чињеничног стања, али на основу истих доказа, произлази закључак да је то чиста контролна делатност, принципијелно иста као и преиначење због погрешне примене материјалног права. Овде се коригује грешка у оцени доказа, а тамо у правној оцени. Разлике нема, јер и овде жалбени суд долази у позицију у којој је првостепени био и поступа онако како је он требао – како је требао да оцени доказе. Једном

---

<sup>87</sup> Таква могућност, која је постојала у Грпп и ЗПП 56, је укинута у ЗПП 76. Супротно, она постоји у аустријском и немачком праву, штавише то је редовни начин санирања ових грешака, док је укидање пресуде и враћање предмета првостепеном суду изузетак (§ 496 ст. 3 *öZPO*; § 538 ст. 2 *dZPO*). О томе, са даљим упућивањима на судску праксу и теорију, за аустријско право вид. Е. Kodek, у: W. Rechberger (Hrsg.), 1579 (§ 496 марг. бр. 6), односно за немачко Wolfgang Ball, у: Hans-Joachim Musielak (Hrsg.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, München 2013<sup>10</sup>, 1550 и даље (§ 538 марг. бр. 3 и даље)

речју, он отклања грешку, и то не тако да се изнова расправља о предмету спора. Како је речено, зарад решења сасвим другог проблема, и аустријска теорија и судска пракса исто сматра. Због тога се схватање садашње хрватске доктрине, која се базира на ранијем *Тривином* схватању, не може прихватити. Уставна гаранција права на правно средство не води нужности дозвољености ревизије против овакве пресуде, јер она није „суштински првостепена“.

### *7.7.3. Преиначење због мењања чињеничног стања на основу оцене доказа које је првостепен суд одбио*

Извођење ових доказа и њихова оцена, те последично мењање чињеничног стања и по правилу преиначење пресуде, најспорније је у квалификовању улоге жалбеног суда. Догматички гледано, ни овде се жалбени суд не претвара у првостепени, већ он коригује његове грешке у чињеничним закључцима. Овај случај се односи искључиво на ситуацију да се изводе докази који су одбијени у првостепеном поступку, али који се односе на већ утврђене чињенице. О њима је, дакле, расправљано у првостепеном поступку. То није допуна расправљања, већ оно има за циљ да се провери исправност већ заузетог чињеничног закључка првостепеног суда. Чини се да је управо то разлог због чега се у аустријској теорији и судској пракси, као и у домаћој предратној, другостепена расправа у овом случају не квалификује као суштински првостепена.

Стављено у контекст уставног права на правно средство, међутим, ствар изгледа другачије. Ако је чињенично стање измењено на основу таквих доказа, то значи да је оно резултат и разлога који су заиста нови – они нису били садржани у првостепеној пресуди. Стога, ако се пође од тога да уставно право на правно средство подразумева нужност контроле свих могућих заиста нових разлога на којима се заснива пресуда (вид. горе 4), онда би то значило да је у овом случају дозвољеност ревизије нужна. Дакле, само у овом делу је у резултату схватање УС исправно.

## 8. УКУПАН ЗАКЉУЧАК О ИСПРАВНОСТИ ДОКТРИНЕ УС

Резултати који су изнети могу да се сажму, у контексту провере исправности доктрине УС, на следећи начин: жалбени поступак не губи *a priori* свој контролни карактер тиме што се преиначује пресуда првостепеног суда. Жалбени суд не преузима улогу првостепеног, па следствено томе ни преиначујућа жалбена пресуда није суштински првостепена. Због тога уопште не следи нужност обезбеђивања даљег правног лека против такве пресуде

зарад обезбеђивања уставне гаранције из чл. 36 ст. 2 Устава. Дозвољености ревизије због преиначујуће жалбене пресуде, стога, није догматичка последица постојања уставног права на правно средство. Ради се о чистом правнополитичком питању. Изузетак је само случај промене чињеничног стања на у другостепеном поступку на основу извођења и оцене доказа које првостепени суд одбио, када се само ради обезбеђивања уставне гаранције мора омогућити контрола оцене тих доказа.

## 9. ЕПИЛОГ: ПОСЛЕДИЦЕ ДОЗВОЉЕНОСТИ РЕВИЗИЈЕ ЗБОГ ПРЕИНАЧУЈУЋЕ ПРЕСУДЕ ЖАЛБЕНОГ СУДА – КОЛИКО ЈЕ ТО БИЛО ПРАВНОПОЛИТИЧКИ ОПРАВДАНО?

С обзиром да увођење овог разлога дозвољености ревизије није било нужно у уставноправном смислу, осим једног изузетка, треба се на крају осврнути на правнополитичку оправданост, чиме се враћамо на сам почетак рада, и вечито питање парничног поступка. Шта је добро, а шта лоше донела Новела 2014 у овом делу?

Свако отварање инстанционог пута је једна погодност за странке, јер им се ставља на располагање могућност побијања одлука којима су оштећене. У том смислу, сваки правни лек служи обезбеђивању законитости, или можда боље речено, с обзиром на данас неспоран циљ парничног поступка, он служи обезбеђивању појединачне, материјалне правичности. Ширење доступности *ВКС* у парничном поступку свакако да има такав значај. Међутим, због позиције и улоге највишег суда у држави, такво ширење је увек проблематично. Тиме се враћамо на сам почетак овог рада и једну од „вечитих дилема“ парничног поступка.

И поред дефицита уставне одредбе о улози *ВКС*, нема сумње да је већ због његовог статуса – врховна инстанца – она одређена. То је уједначавање судске праксе и развој права кроз одлучивање о правним лековима, што је данас нарочито потврђено кроз постојање посебне ревизије. Наиме, иако је одавно неспорно у теорији да је улога једног врховног суда да кроз одлучивање уједначава судску праксу и развија право,<sup>88</sup> од увођења посебне ревизије је то заиста и загарантовано. Она постоји искључиво због тога, иако се не може рећи да функционише онако како би требало, односно онако како је то у системима који су нам били узор.<sup>89</sup> Но и поред тога, оптерећивање

<sup>88</sup> Упор. већ Боровоје Познић, *Грађанско процесно право*, Београд 1965<sup>2</sup>, 404.

<sup>89</sup> Том стању је допринело и схватање у теорији, по којем посебна ревизија није право странке, већ ствар дискреционог овлашћења ревизијског суда; тако изричито В. Ракић-Водинелић (2011), 552; Б. Познић, В. Ракић-Водинелић (2015), 505. У издвојеном мишљењу уз одлуку УС, 14.3.2013 – IУз 2/10, судије Б. Ненадић и К. Манојловић Андрић су изричито

*ВКС* са предметима у којима је питање да ли ће се остварити његова самоствајна улога води непропорционалном оптерећењу, последично не само немогућности да „у разумном року суди“, већ, сматрамо много важније, немогућности да одговори изазову своје улоге. Како то *УС*, управо у контексту ограничења дозвољености ревизије истиче, странке у поступку пред највишим судом имају право на поступак „одређеног квалитета“.<sup>90</sup> Заправо, гледано из перспективе улоге *ВКС*, сви грађани имају право да тај поступак буде у резултату квалитетан. Правни ставови које *ВКС* заузима у својим одлукама, имају без сумње значај који превазилази конкретан поступак, без обзира на опште место да домаћи систем није прецедентног карактера.<sup>91</sup> У том смислу *Фаџинџ* напомиње да оптерећење највишег суда онемогућава остварење његовог задатака, а то је темељно и пажљиво решавање правних питања.<sup>92</sup> Да би се одговорило таквом изазову, нужно је да судије врховне инстанце имају довољно времена да темељно и пажљиво припреме предмет, што у поступку пред таквим судом не значи бављење списима предмета, већ истраживање теорије и судске праксе о правним питањима које решава. У садашњим условима судије *ВКС* тешко да имају такву могућност, а узроци су разни – почев од непримерено малог броја судија,<sup>93</sup> преко недостатка

прихватила ту тезу, вид. *СГ РС* 53/13, 135. Супротно, посебна ревизија није дискреционо право *ВКС*, јер он мора да је допусти ако су испуњени услови. Прво, то није тако ни у немачком праву, иако се тако нешто, без упућивања тврди. Друго, „по оцени *ВКС*“ у смислу чл. 404 ст. 1 ЗПП не значи да је то дискрециона оцена, већ има смисла одређивања надлежности, односно искључивог овлашћења *ВКС* да испитује испуњеност услова, а не да то чини првостепени суд преко кога се ревизија изјављује. Треће, сама пракса *УС* показује да он сматра да то није дискреционо овлашћење, јер поништава одлуке о одбацивању ове ревизије ако нису дати разлози за то – да је то дискрециона оцена, онда њу ни *УС* не би смео да контролише. Четврто, уставноправно, доступност правног лека мора да буде предвидљива за странку, јер у супротном она ризикује; изричито немачки Савезни уставни суд, 30.4.2003 – 1 РВvU 1/02, *BVerfGE* 107, 416; упор. и *УС*, 14.3.2013 – IУз 2/10, *СГ* 53/13, 132. То што је дозвољеност одређена у виду правних стандарда не значи да је непредвидљиво, а на ревизијском суду је да кроз своју праксу успостави њихову конкретизацију; тако изричито *ЕСЈП*, *Hajiyev v. Azerbaijan*, 16.11.2007 – 5548/03, § 35 са даљим упућивањем на ранију праксу.

<sup>90</sup> 30.4.2009 – IУ 28/05, *Билџен УС* 1/2009, 192. Ипак, овај аспект је другоразредни у аргументацији *УС*, јер је за њега ограничење ревизије инспирисано пре свега идејом о суђењу у разумном року.

<sup>91</sup> За такав значај праксе врховне инстанце, у једном типичном непрецедентном систему, вид. схватање аустријског Уставног суда (*Verfassungsgerichtshof*) у одлуци од 28.6.1990 – G 315/89, G 67/90, *Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes* 55 (1990), одлука бр. 12409.

<sup>92</sup> Н. Fasching, 930 (марг. бр. 1848).

<sup>93</sup> Паралела може да јасно да се постави са аустријским системом, с обзиром на приближно исти број становника: тамо се грађанима ставља на располагање 40 судија врховног суда који поступају у грађанским стварима, док у Србији тај број износи готово двоструко мање – 21.

ресурса (материјалних<sup>94</sup> и људских – довољан број саветника), закључно са преоптерећености предметима.

Епилог Новеле 2014, као последица успостављене доктрине УС, јесте додатно непропорционално оптерећивање највише инстанце, и спречавање испуњавања његовог задатка. ВКС се још у већој мери бави стварима и онда када је сигурно да се не остварује његова самосвојна улога. Не само да је у прилици да одлучује о ревизијама због преиначујућих жалбених пресуда, у којима је управо слеђена његова пракса, већ уз то, у тим случајевима, мора да се бави и стварима од малог значаја. Јер, чак и побијање преиначујућег дела другостепене пресуде, у вредности од пар десетина хиљада динара, води дозвољености ревизије.<sup>95</sup> Хипотетички је међутим довољно је да се досуђени износ у првостепеној пресуди преиначи макар и за пар динара, па да мора да се ангажује највиши суд државе. Све то зарад непромишљеног излета УС у догматику процесног права.

---

<sup>94</sup> Ту се мисли на одговарајућу библиотеку са редовним приливом периодике и књига, као и на одговарајућу базу података судске праксе и литературе.

<sup>95</sup> Пример из пресуде ВКС, 6. веће, 7.9.2017 – Рев 932/16, када је вредност преиначујућег дела жалбене пресуде, који се побијао, био 63.000 динара, а правна оцена жалбеног суда није била таква да одступа од праксе ВКС, штавише радило се о примени норме која ни не задаје проблеме у тумачењу.

*Dr. Ranko I. Keča, ordentlicher Professor  
Universität Novi Sad  
Juristische Fakultät Novi Sad  
r.keca@pf.uns.ac.rs*

*Dr. Marko S. Knežević, Dozent  
Universität Novi Sad  
Juristische Fakultät Novi Sad  
m.knezevic@pf.uns.ac.rs*

**Die Zulässigkeit der Revision im Zivilprozess wegen abänderndes  
Berufungsurteils: eine Folge von der Verfassungsgarantie des  
Rechtes auf Rechtsmittel oder nur rechtspolitische Frage?**  
– zugleich Beilage zur Lehre vom Kontrollcharakter  
des Rechtsmittelverfahren –

**Zusammenfassung:** Die ZPO-Novelle vom 2014 hat eine wichtige Veränderung im Rechtsmittelsystem gebracht, dadurch dass die Zulässigkeit der Revision wegen abänderndes Berufungsurteils eingeführt wurde. Es ist direkte Folge einer neuen Doktrin des Verfassungsgerichtshofs, die davon ausgeht, dass dieses Urteil immer ein neues Urteil ist, d. h. immer der Natur nach ein erstinstanzliches Urteil ist, sodass der Partei, die beschwert ist, man ein neues Rechtsmittel zur Verfügung stellen müsste, um Verfassungsgarantie des Rechtes auf Rechtsmittel gegen jedes erstinstanzlichen Urteil (Art. 36 Abs. 2 Verfassung) zu gewähren. In der Arbeit wird nach der Richtigkeit dieser Doktrin gesucht, ausgehend von der Rechtsnatur des abändernden Berufungsurteils in allen Fällen, in den es nach ZPO möglich ist. Die Ergebnisse zeigen, dass die Doktrin des Verfassungsgerichtshofs fehlerhaft ist, weil meritorische Entscheidung des Berufungsgerichts über den Streitgegenstand in diesen Fällen gar keine funktionelle erstinstanzliche Entscheidung darstellt. Einführung der Zulässigkeit der Revision deswegen ist dementsprechend keine dogmatische Folge von Verfassungsgarantie des Rechtes auf Rechtsmittel, außer einer Ausnahme (Abänderung des angefochtenen Urteils aufgrund der Aufnahme und Bewertung der Beweise, die in der Erstinstanz abgelehnt wurden), sondern ausschließlich eine rechtspolitische Frage, die beantwortet in der Weise ist, dass der Oberste Kassationsgerichtshof immer mehr mit der Sachen überbelastet wird, in den überhaupt nicht gewiss ist, ob seine eigenständige Funktion – Vereinheitlichung der Rechtsprechung und Rechtsfortbildung bzw. Rechtsentwicklung – verwirklicht wird.

**Schlüsselwörter:** *Revision im Zivilprozess, Verfassungsrecht auf Rechtsmittel, Abänderung des Urteils in der Berufungsverfahren, Kontrollcharakter des Berufungsverfahrens, Verfassungsgerichtshof, Oberster Kassationsgerichtshof*

Датум пријема рада: 06.03.2018.