

ГЛАСНИК

АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ ВОЈВОДИНЕ
ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

Година LXVI

Нови Сад, април 1994
Број 4

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ И РАСПРАВЕ

- Mr Снежана Циглер Однос начела легалитета и опортунитета кривичног
гоњења према другим правним начелима
- Доротеја Мушички,
Станислав Новаковић,
Чила Хањко-Месарош Оспоравање брачног очинства

КРИТИКА ПРАВНЕ ПРАКСЕ

- Mr Саво Теофиловић Нужно саучесништво

ИЗ АДВОКАТСКОГ ДОСИЈЕА

- Dr Светислав Мариновић Убиство конзула

ПОГЛЕДИ И МИШЉЕЊА

- Проф. др Мирослав Шовљански Стручни помагач или контролно вештачење

ПРАВНА ПРАКСА

- Кривично право – Грађанско право

САОПШТЕЊА

- Са седнице Управног одбора АКВ



Указом Председништва СФРЈ бр. 64 од 12. јула 1988,
поводом 60-годишњице излажења,
„ГЛАСНИК“ Адвокатске коморе Војводине
О Д Л И К О В А Н
Ордеиом заслуга за народ са сребрном звездом

CONTENTS

ARTICLES AND DISCUSSIONS

- Snežana Čigler, LL. M. Relationship between the principles of legality and opportuneness of criminal prosecution and other legal principles
- Doroteja Mušicki, Svetislav Novaković, Čila Hancko-Mesaroć Disavowal of marital paternity

CRITIQUE OF LEGAL PRACTICE

- Savo Teofilović, LL. M. Necessary complicity

FROM THE ATTORNEY'S FILES

- Svetislav Marinović, Ph. D. Murder of a consul

HISTORY OF LAW

- Ljubomirka Krkljuš, Ph. D. Passing of the Civil Code of the Principality of Serbia

VIEWS AND OPINIONS

- Prof. Miroslav Šovljanski, Ph. D. Expert assistant or a repeated expertise

CASE LAW

Criminal Law – Civil Law

NOTICES

From the meeting of the Management Board of the Vojvodina Bar Association

АДВОКАТСКА КОМОРА ВОЈВОДИНЕ



Основана 1921. у Новом Саду

ГЛАСНИК
АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ ВОЈВОДИНЕ

Покренут 1. јуна 1928.

Главни и одговорни уредници

Др Коста Мајински (1928–1932), др Никола Николић (1933–1936), др Василије Станковић (1936), др Славко М. Ђирић (1937), Владимир К. Хаџи (1937–1941), Милорад Ботић (1952–1972), Сава Савић (1973–1987)

Уређивачки одбор

МИРОСЛАВ ЗДЈЕЛАР

главни и одговорни уредник
адвокат у Новом Саду

Др Александар Маркићевић, адвокат у Новом Саду, Миливој Милић, адвокат у Сремској Митровици, Имре Варади, адвокат у Зрењанину, Александар Воргић, адвокат у Новом Саду, Марија Милорадов, адвокат у Новом Саду, мр Жељко Томић, адвокат у Новом Саду

Технички уредник

Мирјана Јовановић

Адреса Уредништва

21000 Нови Сад, Змај Јовина 20/Л. Телефон: 021/29-459

Рукописи се не враћају

ЧЛАНЦИ И РАСПРАВЕ

Мр Снежана Циглер

асистент Правног факултета у Н. Саду

ОДНОС НАЧЕЛА ЛЕГАЛИТЕТА И ОПОРТУНИТЕТА КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА ПРЕМА ДРУГИМ ПРАВНИМ НАЧЕЛИМА

I. ОДНОС ПРЕМА УСТАВНОПРАВНОМ НАЧЕЛУ ЛЕГАЛИТЕТА

Уставноправно начело легалитета спада у ред темељних и општепризнатих правних начела, о чијем значају сведочи и обимна литература. Ипак се не би могло рећи да су резултати његове теоријске проблематизације сасвим неспорни. Постоји минимум сагласности када се каже да оно подразумева усклађеност одређеног понашања са правном нормом. Остаје отворено питање његове дефиниције, круга адресата, садржине и вредносног карактера.

Начело легалитета захваљује свој опстанак хијерархијском карактеру правног система, при чему није битна хијерархија извора права већ правних норми. То подразумева да је виша норма не само граница него и основ ниже норми, да детерминише њену садржину, и у том смислу се говори о принципу „придржаја закона”.¹ Закључује се да начело законитости влада у мери у којој важи придржај закона односно у мери у којој је закон услов и основ државне делатности.

Наведено схватање уставноправног начела легалитета је идеолошки неутрално, јер може послужити као полазиште у било којој расправи о моделима законитости примереним појединим правним системима. Британска концепција *владавине права*, америчка *доктрина о влади потчињеној праву*, немачки концепт *правне државе*, совјетски концепт *социјалистичке зако-*

¹ Милан Петровић: *Правна везаност и оцена целисходности у теорији јавног права*, необјављена докторска теза, Београд, 1979, стр. 225–226.

нитости представљају покушаје конструкције таквих модела у којима начело законитости бива и материјално фундирано.

Ми се овом приликом не можемо упуштати у сва сложена и спорна питања ове проблематике. Покушаћемо само да одредимо начелан однос принципа легалитета и опортунитета кривичног гоњења² према концепту правне државе. У кривичноправним наукама иначе нема озбиљнијих разматрања на релацији криминална политика – правна држава, што се може објаснити некомпромитованошћу већине начела, која представљају опште усвојене цивилизацијске тековине.³ Нама се правнодржавни приступ у овом контексту ипак чини умесним ради демистификације начела опортунитета кривичног гоњења, према коме се теорија не ретко потцењивачки односи.

Свака дискусија о усклађености неке установе са постулатима правне државе, нужно води питању шта је правна држава. Тако се већ на самом старту суочавамо са тешкоћама. Иако се ради о једном од најексплоатисанијих појмова, његова садржина није једнозначно одређена. Схватања се крећу од негације смисла појма, будући да се атрибут правни приписује свакој држави, до представљања једног утопијског модела и „до сада непревазиђене цивилизацијске тековине“ којој стреме и више-мање се приближавају савремене државе.

Број и врста конститутивних елемената тога модела остају спорни. Правна држава се најчешће конципира као дијалектичко јединство материје и форме, чији универзални супстрат чине елементи вредности и елементи институционално-формалне реализације вредности.⁴ Као покушај давања легитимног и законитог облика друштвеним сукобима, подвођења државног апарата под право, те свођења на најмању меру злоупотреба власти,⁵ концепт правне државе неодољиво подсећа на англосаксонски појам владавине права. Но, разлике између њих нису само термилошке природе.⁶

² Начело легалитета обухвата обавезу органа кривичног гоњења да врши функцију кривичног гоњења чим су испуњени законом предвиђени услови, за разлику од начела опортунитета које подразумева и претходну оцену целисходности гоњења у конкретном случају. Ради се о контрарним појмовима из чијег одређења произилазе три заједничка (обавеза кривичног гоњења, носилац обавезе кривичног гоњења и услови наступања обавезе кривичног гоњења) и један демаркациони елемент (исходиште обавезе кривичног гоњења). Неки свде овај појмовни пар на разлику: обавеза – право кривичног гоњења. Не бисмо се могли са тим сложити. Наиме, оба ова начела установљавају обавезу кривичног гоњења за надлежне државне органе: код начела легалитета она извире директно из закона, док се код опортунитета изводи из назирања самог органа. Разлика између њих се најсажетије може изразити помоћу појма дискреционе оцене, која чини језгро начела опортунитета.

³ Тако и Зоран Стојановић: *Југословенска криминална политика и кривично законодавство као потврда и негација правне државе*, реферат на саветовању „О путевима успостављања правне државе“, одржаном у Будви, 17–19. маја 1990, стр. 3.

⁴ Един Шарчевић: *Ка систематизацији теорије правне државе*, Зборник Правног факултета у Загребу 1990/4, стр. 424.

Према Милану Петровићу, концепт правне државе има три непосредна корена: природноправну доктрину о људским правима, демократски принцип народног суверенитета и идеју поделе власти. (*Правна везаност и оцена целисходности у теорији јавног права*, необј. докторска теза, Београд, 1979, стр. 227.)

Мил. Ч. Марковић истиче две одлике по којима се правна држава разликује од полицијске: карактер правних правила која вежу и саме управљаче и статус појединца као грађанина а не поданика (*Правна држава*, Београд, 1939, стр. 6–7).

⁵ Драган Митровић: *Правни облици државе*, Правни живот 1989/6–7, стр. 1102.

⁶ Концепт владавине права је у суштини антипозитивистички утемељен за разлику од све израженије супротне оријентације концепта правне државе (Лидија Баста: *Политика у границама права*, Београд, 1984, стр. 115; видети и Војислав Коштуница: *Англоамеричка правна традиција и идеја владавине права*, Архив 1981/2, стр. 251–267).

Понекад се једнострана разматрања начела легалитета и опортунитета кривичног гоњења завршавају констатацијом о примату начела легалитета као једино легалног и легитимног, за разлику од начела опортунитета као негације законитости и правне државности. Намера нам је да докажемо неопортуност ове тезе, у светлу минималних неспорних елемената концепта правне државе.

а) Ни начело легалитета ни начело опортунитета кривичног гоњења нису неспојиви са *формалним сегментима правне државе*. Ту спадају она теоријска решења којима се заговара институционализација начела поделе власти и примата законодавства, законитост управе и судства, представничка парламентарна демократија, политички плурализам и рационални закон.⁷ Задржаћемо се само на прва два, најспорнија елемента. Показује се да оба начела удовољавају свим њиховим претпоставкама:

1) *Делатност извршних органа (управе, судства) је дозвољена само онда када закон заснива њихову компетенцију.*

Оба начела претпостављају постојање посебног државног органа коме је законом поверена функција кривичног гоњења.

2) *Делатност извршних органа треба да буде уређена законом.*

Оба начела испуњавају овај услов. Чињеница да орган кривичног гоњења ужива нешто већу слободу при начелу опортунитета, није доказ незаконитости његовог поступања. Његова слобода није апсолутна и не може се поистоветити са самовољом. Он је вишеструко везан:

– у погледу овлашћења на опортунирање које мора бити законом установљено (по могућности изричито, а у најгорем случају прећутно);

– у погледу граница тог овлашћења, које су такође повучене у закону; у том смислу, он се слободно креће само између законом понуђених алтернатива; пре свега, с обзиром на питање *да ли* (гоњење – негоњење), а евентуално и с обзиром на питање *како* (услован – безуслован одустанак од гоњења);

– у погледу минималних услова (основана сумња, елементи кривичног дела које се гони по службеној дужности, процесне претпоставке) који чине доњу границу испод које опортунирања не може бити;

– у погледу утврђивања чињеничног стања и правног квалификовања дела;

– у погледу правила поступка;

– у погледу самог начина опортунирања, које додуше није ограничено правним, али јесте ванправним обзирима. У том смислу треба подвући да начело опортунитета не значи право на произвољан избор између гоњења или негоњења, већ с обзиром на јавни интерес.

б) До сличног закључка доведше нас и *материјални приступ концепту правне државе*, иза којег стоји друштвени консенсус о хијерархији социјалних вредности. Само на први поглед се правнодржавни систем вредности може учинити неспојив са начелом опортунитета. Њихово помирење омогућиће извесна апстрактност иманентна прокламованим вредностима, које не само да могу бити заогрнуте различитом формом, већ и под које се могу подвести различити садржаји.

(1) Тако се нпр. не би могло рећи да *начело једнакости* искључује начело опортунитета. Овде имамо у виду само један сегмент шире идеје једнакости – правну једнакост (једнакост грађана пред законом), коју везујемо искључиво за процес стварања, а не и примене закона. Наиме, логички

⁷ Един Шарчевић: *Ка систематизацији теорије правне државе*, Зборник радова Правног факултета у Загребу 1990/4, стр. 425.

захтев за једнаком или коректном применом закона садржан је у самом његовом појму, па се његова неједнака примена има сматрати повредом самог закона а не повредом начела једнакости. Ако се, дакле, једнакост при примени закона сама по себи разуме, онда начело једнакости добија пун смисао тек онда када важи и за законодавца.

Покушај одгонетања садржине тако схваћеног начела једнакости навешће нас на закључак о његовој релативности. Правна једнакост, као дедукција опште идеје једнакости, подразумева такав однос у коме су две стране једнаке, с обзиром на исти одредбени разлог. По свему судећи, теорији до данас није пошло за руком да на неспоран начин одредели, па чак и само уочи, све битне елементе тога односа. Наиме, дух једнакости лежи у оном мерилу које мора бити једнако за све и које је основ забране дискриминације или привилеговања неких субјеката. У потрази за тим мерилом наћи ћемо се на размеђи између два схватања: умереног, које истиче личну једнакост, одбацујући разлике у правима и дужностима појединаца с обзиром на њихово порекло и припадност социјалној групи⁸; и другог, ширег, коме је примарна стварна једнакост, чија се мерила налазе у објективним друштвеним вредностима.⁹ Но, било којим путем да кренемо, садржина начела једнакости се не може унапред и једном за свагда одредити.¹⁰ Проблем је у томе што је неједнакост елементарна чињеница, која се не може сасвим заобићи. Свака једнакост је то само са одређеног аспекта, а неједнакост у свим осталим погледима. Формално поимање једнакости иде за императивом једнаког поступања, губећи при том из вида да његово апсолутно остварење, у стварно неједнаким условима, води стварној неједнакости. Стварна једнакост подразумева једнако поступање с једнаким, а неједнако са неједнаким чињеницама. „Једнакост чињеница треба да се узме као дата већ у оном случају, када се у стварним односима не садржи ниједно обележје које би изгледало довољно значајно, да би се могло оправдати једно друкчије регулисање. На ово питање се пак добија одговор из основних идеја садржаних у правном поретку, прво у уставу али такође и у неписаним народним назорима и на послетку у непроменљивим основним идејама самог правног поретка као израз идеје правичности.”¹¹ Свођење начела једнакости на захтев за разумношћу произилази и из уставне праксе неких земаља, која из постулата једнакости изводи забрану самовоље, санкционишући, ипак, само оне неједнакости које су учињене на неразуман начин.¹²

По некима, иза једнакости стоји захтев за стручношћу законских решења. Законодавац вређа начело једнакости, ако оно што је стварно исто неједнако третира, или обрнуто, не могући то стручно да образложи.¹³ То другим

⁸ При томе се упориште налази у самим уставним одредбама. Тако нпр. чл. 13. Устава Србије прокламује једнакост грађана у правима и дужностима као и у заштити пред државним и другим органима „без обзира на расу, пол, рођење, језик, националну припадност, вероисповест, политичко или друго уверење, образовање, социјално порекло, имовно стање или које лично својство”.

⁹ Борђе Тасић: *О начелу једнакости грађана пред законом*, Архив 1930/6, стр. 337–346.

¹⁰ Стога га Тасић назива „начелом које постаје”, тј. које се према искуству налази и попуњује у току времена и остаје увек отворено (Тасић, *ibidem*, стр. 427).

¹¹ Aldag: *Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung*, 1905, стр. 51; навод према Тасићу, Архив 1930/5, стр. 341.

¹² Тако нпр. швајцарски Савезни суд, који је потврђивао могућност привилеговања, заснованих на озбиљним разлозима или јавном интересу.

¹³ Wilhelm Rosenzweig: *Значење основних права*, национални реферат за Аустрију на IV Конференцији европских уставних судова, одржаној у Бечу, 1978, Београд, 1979, стр. 96.

речима значи да се круг лица подвргнут неком закону или подручје његовог важења не сме безразложно и неосновано утврдити.¹⁴

Ако нас оваква размишљања прате и на релацији начело опортунитета – начело једнакости, онда морамо оповрћи став о њиховој узајамној нетрпељивости.¹⁵ Иако начело опортунитета омогућава да се по испуњењу законских услова нека лица гоне а нека не, тиме се не вређа уставно начело једнакости, јер разлике које се овде чине односно могу чинити, претпостављају и различита чињенична стања. Подразумева се да разлике немају покрића у личним својствима наведеним у чл. 13 Устава Србије, да нису неосноване, неразумне и нестручне, него руковођене што потпунијом заштитом јавног интереса. А ако дамо за право Тасићу када каже да је појму једнакости иманентан појам јавног интереса,¹⁶ и ако знамо да је *ratio legis* установе опортунитета управо прилагођавање правних последица особеностима конкретног случаја, онда више не можемо тврдити да је једино начело легалитета кривичног гоњења уважава захтеве једнакости.

Могућност неоснованог одрицања од гоњења и тиме дискриминисања односно привилеговања појединаца или група, је већ нешто друго. Искуство нас учи да нема те установе која се не би могла злоупотребити. Нешто већа опасност која у том смислу постоји код начела опортунитета, намеће потребу за адекватним моделима и контролним механизмима овог начела, којима би се то могло сузити. Уосталом, пракса показује да ни начело легалитета није имуно од сличног изрођавања.

Поменимо у овом контексту и својеврсну еволуцију која је доживео концепт владавине права у односу на схватање једнакости. Његовом родоначелнику, Дајсију, је свако дискреционо овлашћење необориви доказ институционализоване правне неједнакости.¹⁷ Но, Дајсијева теорија ни у његово време није имала пуно покриће у стварности, а данас је углавном напуштена. У последње време ставља се нагласак на процедуралну димензију владавине права. Истиче се да дискрециона власт није неспојива са идејом о владавини права, под условом да се врши у складу са општим процедуралним правним принципима као што су: генералност, публикација, проспективност, јасноћа, конзистентност, спроведивост, стабилност и конгруентност.¹⁸

(2) Примат начелу легалитета кривичног гоњења се даје и с обзиром на идеју праведности, која почива на формалној једнакости.¹⁹ Не може се, додуше, спорити да је праведност од самих својих почетака у људској свести повезана с једнакошћу, која је и остала њена срж.²⁰ Но, уколико једнако поступање у неједнаким условима значи стварну неједнакост, утолико оно постаје и неправедно. Може се рећи да је начело опортунитета на својеврстан начин у служби праведности, будући да омогућава различито третирање различитих случајева, што је законодавцу доступно само у ограниченој ме-

¹⁴ S. O. Welding: *Die normativen Grundlagen des Gleichheitsprinzips*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1986/1, стр. 56.

¹⁵ Став који деле нпр. Max Weiblinger: *Zur Frage der Vereinheitlichung des Schweizerischen Strafprozessrechtes*, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 1952/2, стр. 229; Gunther Willms: *Offenkundigkeit und Legalitätsprinzip*, Juristen Zeitung 1957/15, стр. 465.

¹⁶ Ђорђе Тасић: *О начелу једнакости грађана пред законом*, Архив 1930/6, стр. 430.

¹⁷ Лидија Баџа: *Политика у границама права*, Београд, 1984, стр. 94.

¹⁸ Lon L. Fuller: *The Morality of Law*, New York, 1964.

¹⁹ Тако Walter Rothenfluh: *Die Dauer des Strafprozesses*, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1983/4, стр. 379.

²⁰ Еуген Пусић: *Друштвена регулација*, Загреб, 1989, стр. 217.

ри. Можемо, дакле, праведности као једнакости супротставити праведност као неједнакост.

Праведност као врховни вредносни принцип „расподјеле моћи, добара и терета у људским (ширим и ужим) скупинама” подразумева три појмовне операције: утврђивање *неједнакости* или дискриминације субјеката међу којима се обавља деоба; утврђивање одређених *пропорција* у тој деоби и утврђивање *једнакости* субјеката међу којима се деоба обавља.²¹ У разматрањима о праведности, обично се пренебрегава први а наглашава последњи елемент, одакле и погрешна идентификација праведности и једнакости, праведности и закона односно опште правне норме.

У теорији се и на друге начине покушава доказати да различито третирање учинилаца истих кривичних дела у смислу начела опортунитета није неправедно. Тако се истиче да су сви учиниоци *ex ante* у истом положају, јер се сви суочавају са ризиком неједнаког поступања.²²

(3) И приговор да начело опортунитета не обезбеђује *правну сигурност* грађана, може бити пољуљан. Изворни циљ сваке регулације у друштву је неутрализација неизвесности, која у најопштијем смислу представља страх од непознатог и помањкање критеријума оријентације властитог понашања пред непознатим.²³ Вредност правне сигурности, која иде за отклањањем те неизвесности у правној сфери, подразумева предвиђање понашања других и с тим у вези, поузданост у функционисању институција. Оба чине стање које се означава као мир, ред, поредак, и сматра се једним од циљева права. Идеја мира односно правне сигурности се налази у сталној напетости са двема другим правним вредностима – правдом и сврсисходношћу, услед чега равнотежа међу њима може бити нарушена.²⁴ Па ипак је за опстанак права потребан минимум правне сигурности који се огледа у његовом важењу. Ради се, дакле, о могућности степеновања правне сигурности, о већој или мањој потреби устукнућа пред другим вредностима, или о већој или мањој вештини законодавца да је обезбеди.

Правна сигурност има три димензије: временску, садржајну и друштвену. Под првом се разуме стабилност правних прописа у времену, под другом, стабилност садржајне усмерености без обзира на различите ситуације у којима се садржај појављује, и под трећом, протегнутост регулације на све истоврсне односе унутар заједнице.²⁵

Код начела опортунитета се доводи у питање једино садржајни аспект правне сигурности, и то само у случајевима претходне испуњености законских услова за гоњење. У том смислу интересантна је једна одлука Савезног уставног суда Немачке, која на захтеве државноправности редуцира на могућност појединца да предвиди *обим* могућег правног захватања, али не и конкретне стварне услове за изрицање санкција од стране државног органа.²⁶

²¹ Никола Висковић: *О праведности*, Погледи, 1983/2, стр. 38.

²² F. N. Easterbrook: *Criminal procedure as a Market System*; навод према Ксенији Турковић: *The Official Discretion and the Principle of Legality*, Зборник Правног факултета у Загребу, 1990/5–6, стр. 720.

²³ Еуген Пусић: *Друштвена регулација*, Загреб, 1989, стр. 206.

²⁴ Густав Радбрух: *Филозофија права*, Београд, 1980, стр. 95; Алберт Вајс: *Неке специфичне законитости у историјском развоју права*, Зборник радова из правне историје посвећен А. Вајсу, 1966, стр. 29–31; Heinrich Henkel: *Recht und Individualität*, Berlin, 1958, стр. 16.

²⁵ Еуген Пусић, *ibidem*, стр. 208.

²⁶ Навод према Weigend Thomas: *Anklagepflicht und Ermessen*, Baden-Baden, 1978, стр.

Да се на овој вредности не може градити оштра супротност начела легалитета и опортунитета кривичног гоњења, сведоче још две појаве: с једне стране, тенденција уједначавања праксе гоњења у „опортунитетским” земљама, која сама по себи ублажава поменути недостатак начела опортунитета, а нарочито ако се врши посредством обавезних генералних инструкција, доступних и широј јавности; с друге стране, предвидивост као елемент правне сигурности подразумева јасност и разумљивост правних прописа. Уколико то није случај, аутоматизам начела легалитета неће много помоћи. Тиме се, у условима инвазије генералних каузула и каучук-појмова на бића кривичних дела, степен правне (не)сигурности грађана приближава, независно од владавине важећег начела.

(4) Најзад, својеврсну подршку начелу опортунитета даје и вредност слободе, схваћене пре свега као слободе грађана од неоснованих захвата државе. Пројектована на кривичноправној равни, ова идеја добија специфично значење у захтеву за ограничењем кривичноправне репресије. Иако је природно да се бројни нивои и форме сужавања кривичноправне заштите концентришу у материјалноправној сфери (декриминализација, депенализација), из те мисије не треба сасвим искључити ни процесно право. У том смислу, начело опортунитета није ништа друго него израз сулсидијарног и фрагментарног карактера кривичног права.

II. ОДНОС ПРЕМА КРИВИЧНОПРАВНОМ НАЧЕЛУ ЛЕГАЛИТЕТА

Кривичноправно начело легалитета, познатије као *nullum crimen, nulla poena sine lege*, је једна од цивилизацијских тековина савременог кривичног права. Његов продор у континентално право везује се за последње деценије XVIII века и потребу ограничавања средњовековне самовоље. Данас најчешће ужива ранг уставног начела, а прокламују га и сви важнији међународни документи.²⁷

Кривичноправно начело легалитета установљава забрану кажњавања за дело које пре него што је учињено није било предвиђено законом као кривично, и забрану изрицања казне која за то дело није била предвиђена. Оно очигледно изражава гарантивну функцију кривичног права. Лист га је својевремено окарактерисао као *Magna charta delinquenata*. Нама изгледа у праву Schunemann, који у томе види логичку грешку и исправљајући Листа, говори о *Magna charta graђана*.²⁸

Ово је начело дуалитетне природе: обухвата како легалитет кривичног дела тако и легалитет казне, поред правног има и политичко значење.²⁹ Поставља се питање да ли је тај дуализам подржан на још један начин: по неким, наиме, ово начело поред већ поменутих изричите прохибитивне норме, која изражава гарантивну функцију кривичног права, садржи и прећутну императивну норму, која изражава његову заштитну функцију. У том смислу, кривичноправно начело легалитета би не само овлашћивало на примену

²⁷ Чл. 23. Устава Србије; чл. 11. Опште декларације о правима човека из 1947; чл. 7. Европске конвенције о заштити права човека и основних слобода из 1950; чл. 15. Међународног пакта о грађанским и политичким правима из 1966.

²⁸ Bernd Schunemann: *Nulla poena sine lege?*, Berlin, New York, 1978, стр. 1.

²⁹ Срзентић, Стајић, Лазаревић: *Кривично право – општи део*, Београд, 1978, стр. 155; Станко Франк: *Значење начела законитости у Кривичном законик*у, Зборник Правног факултета у Загребу 1948, стр. 245.

репресије по испуњењу законских услова, већ и обавезивало на њу.³⁰ Одатле па до проглашења неопходности начела легалитета кривичног гоњења, требао је само један корак. Отуда је један део теорије склон да легитимитет начела легалитета кривичног гоњења извлачи из кривичноправног начела легалитета, односно из њему иманентне дужности кажњавања.

Не би се, међутим, могло рећи да је начело легалитета кривичног гоњења прост израз кривичноправног начела легалитета:

а) оба начела кривичног гоњења су у складу са гарантивном функцијом коју изражава кривичноправно начело легалитета: оба претпостављају примену само важећих закона, а таквима се не могу сматрати они за чију примену нису испуњени услови.³¹

б) начело опортунитета кривичног гоњења, додуше, не би било у складу са дужношћу државе на кажњавање сваког учиниоца кривичног дела. Та се дужност, међутим, не може извести из законске формулације кривичноправног начела легалитета.³²

с) о заштитној функцији кривичноправног начела легалитета могли бисмо говорити из једног другог угла: у смислу прожетости сваке кривичноправне установе идејом ефикасности са којом начело опортунитета не мора бити неспојиво. Ефикасно може бити и оно важеће право које се не примењује у сваком случају, а управо на томе почива начело опортунитета.

д) еволуција кривичноправног начела легалитета сведочи о његовој трансформацији од првобитног крутог, формалистичког и ортодоксног у еластично и разумно начело, које све више мора да се мири и са дискреционим овлашћенима.³³ То са своје стране погодује уклапању и начела опортунитета.

е) својеврсну потврду могућности помирења кривичноправног начела легалитета и начела опортунитета кривичног гоњења пружа англосаксонско право,³⁴ које се чак сматра колевком првог начела.³⁵

³⁰ Тако нпр. Ђорђе А. Клајн: *Принцип легалитета у кривичном праву*, Правосуђе 1938/7, стр. 539; Исмет Салиху: *Начело легалитета у материјалном кривичном праву*, ЈРКК 1988/3, стр. 68.

³¹ Тако Станко Пихлер: *Нека питања у вези са начелом легалитета у кривичном праву*, Зборник Правног факултета у Новом Саду 1989/1–3, стр. 237.

³² Неки је изводе из категоричке одредбе кривичног закона, чија формула „казниће се“ не дозвољава да се путем процесног права мења материјално право.

³³ Станко Франк, *ibidem*, стр. 243.

³⁴ Материјалноправни легалитет ту није сасвим укинут, као што тврде неки, него се остварује на начин примерен бити common law система, сводећи се углавном на ex post facto клаузулу и забрану неодређених појмова (Миланка Вешовић: *Начело легалитета у америчком кривичном праву*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право (ЈРКК), 1991/2, стр. 59–66.

³⁵ По једнима, оно потиче још од Magne charte libertatum из 1215. (Булатовић Жарко: *Начело легалитета у кривичном праву*, Правни зборник 1969/1–2, стр. 36); по другима, идеја је преузета из устава неких северноамеричких држава пре Француске револуције (Станко Франк: *Значење начела законитости у Кривичном законнику*, Зборник Правног факултета у Загребу 1948, стр. 242; Жељко Хорватић: *Принципи легалитета и индивидуализације казне у југословенском кривичном праву прије и након доношења нових кривичних закона*, ЈРКК 1979/1, стр. 21).

III. ОДНОС ПРЕМА ДРУГИМ НАЧЕЛИМА КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА

1. Однос према начелу официјелности

По начелу официјелности, функција кривичног гоњења се врши у државном интересу тј. по службеној дужности од стране надлежног органа, без обзира да ли то жели лице оштећено кривичним делом.³⁶ То значи да кривично гоњење у начелу припада држави а не појединцу, и у том смислу се говори о државном отпужном монополу.³⁷

За разлику од начела легалитета и опортунитета, који решавају питање зависности кривичног гоњења од воље органа кривичног гоњења, начело официјелности решава питање зависности кривичног гоњења од воље оштећеног лица. Инертност теорије која не иде за оваквим разграничењима, најчешће резултира поистовећењем начела легалитета и начела официјелности,³⁸ или дедукцијом начела легалитета из начела официјелности, што нам се подједнако чини неприхватљивим.

1) *Начело легалитета се разликује од начела официјелности, по историјским околностима настанка и по садржини.*

а) Иако су оба начела везана за придавање јавноправног карактера кривичном делу и систематску бригу о њиховом гоњењу, начело официјелности је претходило начелу легалитета. Оно је инквизиторски производ, док се о начелу легалитета може говорити тек касније, са изградњом засебног државног органа коме је поверена функција кривичног гоњења.³⁹

б) Док начело легалитета установљава обавезу реализације кривичноправног захтева државе, начело официјелности овлашћује државу на то, без за и против воље оштећеног. Начело официјелности дакле, заснива власт државних органа прогона, а начело опортунитета ограничава власт.

в) Различит смисао начела легалитета и начела официјелности произилази и из круга њихових изузетака, који изражавају потребу искључења кривичноправног захтева у појединим случајевима, када то налаже признати интерес. Код изузетака од начела официјелности (приватна тужба, предлог, одобрење), те интересе цени оштећено лице, а код изузетака од начела легалитета, сам орган кривичног гоњења.

Дијалектичка веза између официјелности и легалитета се огледа управо у томе што се установљавањем већег броја изузетака од једног принципа, може одрећи „омекшавања” другог принципа. Ако је *ratio legis* сваког изузетка од важећег начела потреба одступања од крутости законског става у појединим случајевима, онда се флексибилност система кривичног гоњења може обезбедити ширењем круга изузетака на једној или на другој страни. Наравно, правац наших размишљања у том смислу определиће криминал-

³⁶ Ради се о уобичајеном одређењу овог начела. Вид. нпр. Чедомир Стевановић: *Кривично процесно право*, Београд, 1982, стр. 52; Загорка Симић-Јекић: *Кривично процесно право СФРЈ*, Београд, 1982, стр. 184; Vladimir Bayer: *Југославенско кривично процесно право*, књ. I, Загреб, 1982, стр. 155.

³⁷ Kleinknecht/Meyer: *StPO*, München, 1985, стр. 523; Winfried Platzgummer: *Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens*, Wien—New York, 1984, стр. 12; Christian Bertel: *Grundriss des österreichischen Strafprozessrechts*, Wien, 1984, стр. 14.

³⁸ Погрешно утабаним стазама теорије понекад се креће и законодавац када прописује обавезу кривичног гоњења под насловом „поступање по службеној дужности”. Видети нпр. пар. 33. XIII законског чланка из 1896, који се примењивао у Војводини, и коментар Милорада Јоџића, Нови Сад, 1925, стр. 32.

³⁹ Супротно Момчило Грубач, који сматра да су настали у исто време (*Начело легалитета у кривичном процесном праву СФРЈ*, ЈРКК, 1988/3, стр. 76).

нополитички разлози, али је очигледно да се у условима значајног ограничења начела официјелности може очувати строго начело легалитета, и обрнуто. Најбољи доказ за то су скандинавске земље. Доследно начело легалитета у Финској корелира са широким кругом кривичних дела која се гоне на иницијативу оштећеног. Недавна преоријентација у Шведској у правцу ширења круга изузетака од начела легалитета,⁴⁰ праћена је јачањем официјелности гоњења. Својевремено је и парламентарна дискусија у Немачкој била управо у знаку дилеме: увођење начела опортунитета или ширење круга кривичних дела која се гоне по приватној тужби. С друге стране, одређење Данске и Норвешке за начело опортунитета, може се довести у везу са веома малим бројем кривичних дела која се гоне на иницијативу оштећеног.⁴¹

2) *Начело легалитета није нужни „нузпроизвод“ начела официјелности.*

Начело официјелности одређује само који су интереси меродавни за решење питања да ли ће се поступак водити или не, али ништа не каже о томе да ли се и мора водити у сваком случају.⁴² Но, у једном делу теорије се начело легалитета редовно изводи из оптужног монопола јавног тужиоца: држава која је присвојила за себе тзв. казненоправни захтев, искључујући или тек спорадично дозвољавајући интервенцију приватних лица, мора обезбедити његову реализацију у сваком случају повреде права. Дакле, право државе на кажњавање је истовремено и њена дужност, а њој је примеренији принцип легалитета него принцип опортунитета.

Нама се овакве корелације ипак чине произвољним. Оповргава их пре свега, амерички систем кривичног гоњења, који се не би могао оценити неефикасним иако у њему коегзистирају неокрњени оптужни монопол државе и неограничено начело опортунитета. Прописивањем безусловне дужности кажњавања не гарантује се и успешно вршење државног права на казну. Ако право на казну није само себи сврха, онда се ефикасност кривичноправног система може обезбедити и на друге начине. Својеврсну потврду видимо и у нашем малолетничком поступку, који признаје опортунирање у условима постојања апсолутног монопола јавног тужиоца.

Могли бисмо, дакле, закључити да је начело официјелности претпоставка како начела легалитета тако и начела опортунитета кривичног гоњења.⁴³ Јавноправни карактер који извире из његовог бића, код начела легалитета и опортунитета се манифестује у захтеву за посебним државним органом као носиоцем функције кривичног гоњења и његовим ограничењем на кривична дела која се гоне по службеној дужности. Питање легалитета и опортунитета кривичног гоњења се не поставља у условима неофицијелног гоњења, које подлеже режиму начела диспозитивности.

⁴⁰ Peter Tak: *Trends in the scope of non-prosecution*, HEUNI 1986/9, стр. 84.

⁴¹ Видети национални извештај за Данску, стр. 164-165, и за Норвешку, стр. 261, HEUNI 1986/9.

⁴² Vladimir Bayer: *Југославенско кривично процесно право*, I књига, Загреб, 1982, стр. 156.

⁴³ Тако и Станко Пихлер: *Нека питања у вези са начелом легалитета у кривичном праву*, Зборник Правног факултета у Новом Саду 1989/1-3, стр. 234.

2. Однос према начелу (и) мутабилитета

Начелом (и) мутабилитета решава се питање располагања кривично-процесним захтевом у току поступка.⁴⁴ Као самостално процесно начело разматрају га они који начело легалитета и опортунитета ограничавају само на покретање кривичног поступка.⁴⁵ Други им поричу тај значај, помињући само (не)могућност одустанка од већ започетог гоњења, које је у целини под режимом начела легалитета или опортунитета кривичног гоњења.⁴⁶ Но, суштинске разлике заправо и нема, јер оно што први називају начелом мутабилитета није ништа друго него доследно примењено начело легалитета и на случај одустанка од гоњења.⁴⁷

Начело имутабилитета не дозвољава да се од већ покренутог поступка одустане и тиме онемогући доношење мериторне судске одлуке. Иако се не пориче могућност јавног тужиоца да током поступка чини предлоге у корист окривљеног, он не може од суда одузети и саму ствар. У том смислу, понекад се говори о праву окривљеног на материјалну пресуду.⁴⁸

Чини нам се да су поборници начела имутабилитета неубедљиви и да оно има много више мана него предности. Оно има за последицу два зла: или спутавање јавног тужиоца који мора гонити и мимо свог уверења, или кршење оптужног начела уколико се дозволи повлачење тужиоца и настављање поступка од стране суда. Одбрана имутабилитета често се позива на начело легалитета. Каже се да би било бесмислено обавезивати јавног тужиоца на покретање поступка, ако у току поступка може одустати од гоњења. Но, истим аргументом се користе и његови противници који истичу да би било бесмислено захтевати од јавног тужиоца да не покреће поступак ако нису испуњени законски услови и истовремено захтевати да се поступак одржи и кад се покаже да ти услови не стоје. Имутабилитет би, дакле, био у супротности са *ratio legis* начела легалитета, јер га крњи и даје му само формални значај.

Даље се истиче да одустанак омогућава осујећење дефинитивног ослобођења или дефинитивне осуде, услед чега би окривљени остао у стању продужене неизвесности а оштећени без намирења имовинскоправног захтева. Непријатности према окривљеном би се могле избећи дозвољавањем новог поступка само са новим доказним материјалом, а незадовољство оштећеног установљењем супсидијарне тужбе.

⁴⁴ Орган кривичног гоњења не може располагати материјалноправним захтевом, који припада искључиво држави која га се може одрећи преко других органа и других аката (нпр. амнестија, помиловање, застарелост).

⁴⁵ Тома Живановић: *Основни проблеми кривичног и грађанског процесног права*, Београд, 1941, стр. 126; Тихомир Васиљевић: *Систем кривичног процесног права*, Београд, 1981, стр. 127.

⁴⁶ Vladimir Bayer: *Југославенско кривично процесно право*, књига прва, Загреб, 1982, стр. 158; Драгољуб Димитријевић: *Кривично процесно право*, Београд, 1982, стр. 150; Winfried Platzgummer: *Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens*, Wien—New York, 1984, стр. 11.

⁴⁷ Иако смо се интегралном дефиницијом начела легалитета и опортунитета аутоматски ставили на страну ових других, задржавамо овај наслов не само из разлога систематичности. У прилог самосталности поменутих начела могли би говорити и неки други разлози, нпр. различит став појединих законодавстава о могућности одустанка независно од владавине легалитета или опортунитета гоњења. Неки размишљају о могућности проширења овог начела и на друге процесне субјекте, нпр. окривљеног и оштећеног и њихове радње. Тако Birkmeyer и Gerlaud: навод према Томи Живановић, *ibidem*, стр. 127.

⁴⁸ Тако нпр. Robert Hauser: *Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, Basel, Frankfurt/M, 1984, стр. 133.

Из прилично шароликог стања које у погледу ових начела пружају позитивна законодавства, не могу се наслутити неке правилности или тенденције.⁴⁹ Највише што бисмо могли закључити је да су оба начела спојива и са легалитетом и са опортунитетом гоњења. Мутабилитет ипак сматрамо бољим решењем, које се подједнако добро може уклопити и у начело легалитета и у начело опортунитета. У првом случају одустанак би био диктиран искључиво престанком постојања законских услова за гоњење,⁵⁰ а у другом би се могао руководити и разлозима целисходности. Овом приликом бисмо истакли и потребу образлагања тужиочевих одлука, која за сада није наглашена код одустанка од гоњења, а која је утолико потребнија у режиму начела опортунитета. Ово не због могућности суда да настави поступак по службеној дужности у случају неоснованог одустанка, што би се косило са оптужном начелом, него због ефикаснијег деловања већ постојећег контролног механизма (унутрашња или спољња контрола, супсидијарна тужба). Подсетимо да је наше предратно право обавезивало државног тужиоца да у случају одустанка од оптужбе на главном претресу поднесе вишем државном тужиоцу образложени извештај о томе.⁵¹

Начело мутабилитета доживљава својеврсне трансформације. О томе сведоче најновији потези неких законодаваца на Континенту, који се приближавају до сада толико оспораваној, англосаксонској установи *plea bargaining*. Ради се о разним облицима условног одустанка од гоњења, који су најчешће везани за пристанак окривљеног и одређене чинидбе са његове стране. Сетимо се, међутим, да је још пре пола века Тома Живановић писао о немогућности располагања јавном тужбом на основу споразума јавног тужиоца са окривљеним.⁵² Очигледно да класични облици процесних начела нису увек примерени савременим условима сузбијања криминалитета, и да су прилагођавања неизбежна.

3. Однос према оптужном начелу

Оптужно начело подразумева раздеоу основних процесних функција оптужбе, одбране и пресуђења на засебне процесне субјекте: тужиоца, окривљеног и суд. Основна је његова последица немогућност вођења поступка од стране суда без захтева овлашћеног тужиоца, па према томе, обавеза суда да формалном одлуком оконча поступак у случају тужиоцевог повлачења. Насупрот томе, истражно начело почива на концентрацији свих процесних функција у рукама суда.

Како нам је један од елемената дефиниције начела легалитета и опортунитета носилац обавезе кривичног гоњења, кога смо идентификовали са посебним државним органом, произилази да је оптужно начело претпоставка постојања и начела легалитета и начела опортунитета кривичног гоњења.

⁴⁹ Тако се имутабилитет може срести и у „легалитетским“ земљама (нпр. Југославија, Немачка, Италија) и у „опортунитетским“ земљама (нпр. Француска).

⁵⁰ Тако је својевремено Шифман писао о дужности совјетског прокурора да одустане од оптужбе ако кривица није доказана (*Руководна начела делатности совјетске прокуратуре у суду*, Народни правник 1948/1, стр. 67 и 69).

⁵¹ Пар. 21. Уредбе о пословном реду за државна тужиоштва из 1929.

⁵² Тома Живановић: *Основни проблеми грађанског и кривичног процесног права*, Београд, 1941, стр. 129.

Ипак се противници начела опортунитета понекад позивају на његову неспојивост са оптужним начелом. Тврди се да сваким опортунирањем које резултира неизношењем предмета пред суд, тужилац узурпира судску функцију.⁵³ Но, ако у опортунитетским овлашћењима органа кривичног гоњења и има нечег квази-судског, не треба заборавити да он никада не може у потпуности присвојити компетенције суда, јер му недостаје и одговарајуће позитивно овлашћење – изрицање кривичне санкције. Смисао оптужног поступка и раздвајања процесних функција је била управо заштита окривљеног, коме је претила опасност необјективног суђења од стране оног ко га је у исто време и гонио. Овде нема те опасности. Управо уважавањем неких других вредности које претежу над интересом кривичног гоњења, јавни тужилац показује да може остати чувар јавног интереса и онда када улогу „свесрдног прогонитеља” замени улогом нешто флексибилнијег, али објективног државног органа. Осим тога, савремена законодавства су већ дала печат амфибијском карактеру јавног тужиоца обавезујући га да води рачуна и о интересима окривљеног.⁵⁴ Ако се то на први поглед и коси са његовом страначком улогом, сасвим је разумљиво са његових позиција као државног органа, па нико разуман неће пледирати против тога у име јачања оптужног начела. Уосталом, сведоци смо једне све истанчаније поделе процесних функција која није мотивисана узајамном контролом (јер је она већ обезбеђена) него правичношћу или потребом заштите неких других вредности.

С друге стране, растуће изједначавање судске и јавнотужилачке функције има покрића у јачању тужиоцевог положаја као самосталног, објективног и одговорног органа, што је обезбеђено пре свега изборним и организационим прописима. Истина, наше је право тек недавно ослободило јавног тужиоца из окова политике, његовим подвргавањем само Уставу и закону, а не и политици одговарајуће скупштине.⁵⁵ Тиме се, као и идентичним условима за избор, сталношћу мандата и изборно-финансијском везаношћу за Народну скупштину, стварају услови за његову не мању подобност од судијске.⁵⁶ У таквим условима, хијерархијска организација јавног тужилаштва једва да би представљала неку препреку.

Каже се, надаље, да „инквизиторство” нарочито долази до изражаја у неким савременим моделима опортунирања који су повезани са наметањем одређених терета окривљеном. Иако ово последње одудара од традиционалне улоге јавног тужиоца, не би се могло рећи да вређа оптужно начело, јер се у рукама тужиоца не налазе праве кривичне санкције већ „етички неутрална плаћања”, добровољно прихваћена од стране окривљеног.

Најзад, у одбрани од напада на начело опортунитета са позиција оптужног начела, не можемо а да се не позовемо на англосаксонски поступак, који ужива глас чистог акузаторства а ипак се није одрекао идеје опортунитета.

⁵³ Тако нпр. Frank Heyden: *Begriff, Grundlagen und Verwirklichung des Legalitäts und Opportunitätsprinzips*, Zürich, 1951, стр. 99.

⁵⁴ Код нас то прилази из дужности свих државних органа који учествују у кривичном поступку „да с једнаком пажњом испитују и утврде како чињенице које терете окривљеног, тако и оне које му иду у корист” (чл. 15. ст. 2. ЗКП), а експлицитно је изражено у чл. 360. ст. 3, који овлашћује јавног тужиоца да изјави жалбу како на терет тако и у корист окривљеног.

⁵⁵ Вид. чл. 103. ст. 2. Устава Србије и чл. 2. ст. 1. Закона о јавном тужилаштву Србије.

⁵⁶ Напоменимо да се одавно чују захтеви и за њиховим регрутовањем искључиво из реда судија (Андраш Јеглић: *Државни тужилац*, Архив 1922/3, стр. 221; Душан Пеић: *О положају државног тужиоца*, Правосуђе 1932/5, стр. 283).

Горња разматрања су показала да са аспекта правне државности оба начела имају подједнако право на опстанак и да нису неспојива са неким другим, општеприхваћеним начелима материјалног и процесног права. Из тога следи и неодрживост потцењивачког односа према начелу опортунитета и његовог третирања као другоразредног. Како је институционализација ових начела повезана са мноштвом фактора, који нису могли бити истражени у раду овог обима, нисмо имали амбицију категоричког изјашњавања у прилог било ког од њих. Њихов легитимитет би требало даље просуђувати и у криминалнополитичком смислу. Појемо ли од битно аксиолошког својства легитимности,⁵⁷ прихватљивост једног или другог начела морамо ценити кроз призму оних, њима иманентних вредности које су подесне за остваривање одређених циљева. У том смислу, поново се актуализује стара идеја о постојању и сталној напетости вредности правне сигурности, правде и сврсисходности. На овом плану она отвара питање колизије неких других интереса са интересом кривичног гоњења и могућности њеног решавања *in abstracto* од стране законодавца или *in concreto* од стране примењивача права. Но, одређење за овај други пут као бољи, још увек не значи и дефинитивну афирмацију начела опортунитета. Предстоји нам још један корак у потрази за субјектом који би био најкомпетентнији да цени претежност интереса. Тако се вредновање може наћи у рукама суда, органа кривичног гоњења, политичког органа или оштећеног лица. То питање, међутим, заслужује да буде предмет посебне расправе.

⁵⁷ Видети Никола Висковић: *О легитимности – тезе*, Зборник Правног факултета у Мостару 1980/81, стр. 254; Павле Јовановић: *Легитимност и право*, Архив 1983/4, стр. 341; Ремон Полен (*Филозофска анализа појма легитимности*, Гледишта 1984/5–6, стр. 19).

Доротеја Мушицки
адвокат у Новом Саду

Станислав Новаковић
адвокатски приправник у Новом Саду

Чила Ханцко-Месарош
апсолвент Медицинског факултета у Новом Саду

ОСПОРАВАЊЕ БРАЧНОГ ОЧИНСТВА

Уместо увода

Тема *Оспоравање брачног очинства* спада у онај ред правних института, који да би се успешно решили траже укључивање и знања која даје медицина. Због тога у овим парницама обавезно је вештачење лекара, јер, практично од резултата вештачења зависи и правилна одлука суда.

Аутори овог рада су покушали да на сажет и јасан начин приближе ову проблематику сваком читаоцу. Због тога рад је подељен у практично три целине. *Прва целина* представља теоријску обраду института оспоравање очинства, са позитивно-правним решењима у нас, као и упоредно-правним приказом, а такође и решењима које предлагемо. *Друга целина* рада приказује како овај правни институт функционише у пракси кроз рад и одлуке судова. *Трећа целина* јесте доказни поступак, и овај део рада садржи знања из медицине која се примењују у овој проблематици.

Аутори, због техничких ограничења штампе нису могли раду да прикључе и прилоге (скице, графиконе и фотографије), те је изостала илустрација рада.

Утврђивање (признавање или оспоравање) очинства односно материнства у судском поступку је релативно новијег датума. У Француској, на пример, дуго није било дозвољено утврђивање очинства све до 1912. године. Овај став је оправдан путем квалификације да се ради о деликтима који су настали из недозвољених односа, а што је још интересантније, француско право уопште није дозвољавало утврђивање очинства. После поменуте го-

дине долази до измена става судске праксе у Француској, тако да се прихватају захтеви за утврђивање очинства. Такође треба напоменути да данас има још увек земаља које не дозвољавају утврђивање очинства, или то допуштају, али у ограниченим случајевима.

Приликом разматрања проблематике оспоравања брачног очинства полази се од правне претпоставке да је муж мајке отац детета које је она родила у браку са њим. С обзиром да ова правна претпоставка спада у ред оборивих правних претпоставки, поменуто се сматра тачним све док се супротно не докаже. Оспоравање брачног очинства, дакле, представља побигање законом установљене правне претпоставке.

Доказивање се врши на основу тужбе коју могу да поднесу наводни отац детета, мајка детета, као и само дете. У патријархалном правном систему само је муж мајке имао право да оспорава очинство. Савремена законодавства у које спада и југословенско ово право проширују као што је и наведено и на мајку и на дете.

Закон о браку и породичним односима Републике Србије предвиђа да муж може да оспори очинство детета које је родила његова жена у току брака, или пре истека 300 дана од престанка брака, ако сматра да детету није отац. Тужба ради оспоравања очинства може се поднети у *субјективном року који износи шест месеци од дана сазнања за чињеницу која доводи у сумњу његово очинство*, а најкасније у објективном року који износи десет година од рођења детета. Федерални Основни закон о односима родитеља и деце (чл. 28) стављао је у друкчији положај мужа мајке у погледу чињенице од када се рачуна субјективни рок за подизање тужбе. По Основном закону дужина субјективног рока била је иста као и по садашњем републичком Закону о браку и породичним односима, али *релевантна чињеница је било сазнање за рођење детета*.

Уколико је муж мајке детета потпуно лишен пословне способности, тада тужбу ради оспоравања његовог очинства може да подигне његов старалац, уз одобрење органа старатељства.

Закон о односима родитеља и деце Републике Црне Горе предвиђа да муж мајке може тужбу подићи у року од шест месеци од дана сазнања за чињеницу да он није отац, с тим да се тужба не може поднети по протеку рока од пет година од дана сазнања за рођење детета.

Мајка детета, као следећи субјект који може да подигне тужбу за оспоравање очинства, може оспорити да је отац њеног детета лице које се по закону сматра дететовим оцем. Она ову тужбу може поднети у року од шест месеци од рођења детета.

Тужбу ради оспоравања очинства може по Закону о браку и породичним односима Р. Србије *поднети дете, али до навршене 25. године живота*. Дете овом тужбом оспорава да му је отац лице које се по закону сматра његовим оцем. Сматрамо да није потребно лимитирање година старости за коришћење ове могућности, јер дете може и после навршених 25 година живота имати правни интерес, или сазнати за неке чињенице које би представљале подлогу да оспорава очинство лицу које се по закону сматра његовим оцем. Због тога би по нашем мишљењу у Закону о браку и породичним односима Републике Србије требало прихватити формулацију коју садржи *Италијански грађански законик, по коме дете може поднети тужбу за оспоравање очинства у року од годину дана од стицања пунолетства или од тренутка у коме је сазнало за чињенице које доводе у сумњу очинство (члан 244. ст. 3)*. Уколико је дете малолетно, или је пословно неспособно тада тужбу у његово

име може поднети његова мајка. Уколико мајка није жива, или је којим случајем непознатог боравишта, или је лишена пословне способности, или је лишена родитељског права, тада тужбу може да поднесе старалац са одобрењем органа старатељства.

Оспоравање очинства у упоредном законодавству

Као што је речено на почетку чланка већина развијених законодавстава у свету дозвољава оспоравање брачног очинства. Изложићемо неке карактеристике које садрже грађански законици у овој материји (Француски грађански законик, Италијански грађански законик, Немачки грађански законик, Чехословачки закон о породици и Пољски законик о породици и старатељству).

Сви цитирани законици и закони полазе од претпоставке да је отац детета зачетог у браку муж мајке. Навешћемо само неке карактеристичне одредбе како би потпуније илустровали и приказали материју оспоравања очинства.

Муж мајке би по Француском грађанском законнику могао оспоравати очинство на основу самог датума порођаја, уколико му није била позната трудноћа пре брака или ако се није после рођења понашао као отац (члан 314. ст. 2). Набрајајући случајеве кад је тужба за оспоравање очинства детета зачетог у браку допуштена Италијански грађански законик садржи интересантну и корисну формулацију по којој је тужба дозвољена и ако је у у току наведеног периода муж мајке боловао од импотенције, чак и ако је стечена (члан 235. ст. 1. тач. 2).

Чехословачки закон о породици предвиђа да муж има право да оспорава очинство према детету и мајци, ако су обоје у животу, а ако једно од њих није у животу, према другоме. Ако нису у животу ни дете, ни мајка, муж нема то право (параграф 59). Пољски закон о породици и старатељству изричито наводи да оспоравање очинства после смрти детета није допуштено (члан 71).

У нашој правној теорији појавила су се разна схватања о томе да ли тужбу за оспоравање очинства могу подићи наследници. Овде су се у виду имали само наследници наводног оца, док се наследници мајке нису имали у виду, а поготово не наследници детета, јер у пракси скоро да и не долази до случајева да би наследници мајке или самог детета оспоравали очинство.

Као полазни став овим схватањима послужиле су законске одредбе по коме је допуштено наследницима тужитеља да продуже већ започети поступак ради проглашења брака непостојећим, или поступак ради поништења брака, односно одредба закона којом је допуштено наследницима тужитеља да продуже већ започети поступак ради доказивања основаности тужбе ради развода брака. Сматрало се да уколико је овлашћена особа за подизање тужбе за оспоравање очинства већ користила своје лично право, тада се наследницима не би могло оспорити право да продуже започети поступак, што би било у складу са полазним основама оваквог схватања.

Такође се сматра да би наследницима наводног оца трабало признати право на подизање тужбе за оспоравање очинства, уколико је 1. наводни отац у време рођења детета био непознатог боравишта, 2. односно уколико је нестао, јер се сматра да се наводни отац не би супротставио оваквим решењима, а с друге стране то би доводило до неправедних решења ако би се дете које изван сваке сумње није његово, ипак сматрало његовим дететом.

Следеће схватање о улози наследника за подизање тужбе за оспоравање очинства наводи да уколико би наводни отац сазнавши за рођење детета умро у отвореном року (року предвиђеном за подизање тужбе), а дете евидентно не потиче од њега, и да би недозвољавање оспоравања очинства значило очиту неправду, условљава се право наследника на подизање тужбе за оспоравање очинства ако је наводни отац *на несумњив начин манифестовао своју вољу за оспоравањем очинства*. Треба приметити да се недостатак овог схватања изражава у *несигурности манифестације воље наводног оца*, јер се не могу утврдити критеријуми манифестовања воље, осим уколико је наводни отац заиста подигао тужбу за оспоравање очинства.

У већини законодавстава европских земаља овлашћење на тужбу за оспоравање очинства дато је не само мужу мајке, него и његовим наследницима, само под различитим условима.

Тако је по *Code Civil (Француски грађански законик)* предвиђено да ако је муж мајке умро пре истека рока за оспоравање очинства, наследници мужа могу оспоравати очинство у року од два месеца од улажења детета у посед имовине мужа, или од момента кад су наследници узнемирани у овој државини од стране детета.

Немачки грађански законик даје наследницима ово право уколико је муж мајке умро пре истека рока за оспоравање очинства који износи једну годину.

Нацрт Грађанског законика за Краљевину Југославију такође је предвиђао, по угледу на Аустријски грађански законик, да ако је муж мајке умро пре протеча рока за побијање (оспоравање) очинства, а брачност рођеног детета није признао, могу и наследници, којима би се крњила њихова права у року од 6 месеци по смрти мужа из наведених разлога побијати брачност детета.

Што се тиче судске праксе она је у свом раду била еластичнија од закона, а полазећи од тога да је претпоставка очинства нужна мера заштите деце и породице, признавала је наследницима право на подизање тужбе за оспоравање очинства. Значи, и наследницима се има обезбедити заштита њиховог правног интереса, али не треба заборавити да је оспоравање очинства по нашем праву *лично право*. У питању је *једно изузетно лично право, које је законом признато одређеним лицима*. Зато треба поћи од општег правила да се личним правима не могу користити друга лица, осим оних којима су она призната. Наследници у том случају тада могу имати *само изведено право*, тј. право да већ покренути спор наставе. Сходно томе, уколико овлашћено лице из било којих разлога није покренуло спор, наследници то не би могли учинити.

Парнични поступак за оспоравање очинства води се у Р. Србији пред надлежним Општинским судом (Закон о судовима). У поступку је дозвољена употреба свих дозвољених доказних средстава, како би дошао до изражања принцип—начело материјалне истине. Најчешће се користе два начина:

1. доказивање да муж мајке није могао имати нити је имао однос са мајком детета у периоду зачећа, тј. у периоду од 120 дана, који се налази између 180 дана, што је по схватањима медицинске праксе и науке просечно најкраћи период трудноће који омогућава рађање живог детета, и 300 дана, као законом установљеног најдужег трајања трудноће,

2. судско-медицинским вештачењем, најчешће судско-медицинском експертизом крви, и осталим средствима, о чему ће бити детаљније речи у другом делу овог рада.

Суд може користити и друга доказна средства. Он је овлашћен да по службеној дужности утврђује и оне чињенице које нису међу странкама спорне, а све у циљу установљавања материјалне истине. Такође треба поменути да је у споровима ове врсте искључена јавност.

Ако буде доказано да муж мајке није отац детета које је његова жена родила у браку са њим, Суд тада доноси пресуду којом се оспорава брачност детета. Дете постаје ванбрачно од тренутка правоснажности пресуде са свим последицама статуса ванбрачног детета. Брачно очинство мужа мајке престаје, и он постаје детету очух. Такође и сва права детета везана за брачно очинство престају. Дете добија породично име мајке које је она имала пре заснивања брака. Настаје могућност да се утврђује ванбрачно очинство детета, признањем или истраживањем

Поред теоријске обраде питања која су предмет овог рада, значајно је дати и краћи приказ начина на који ови правни институти функционишу у пракси кроз рад судова и њихових одлука.

ОДЛУКА ВРХОВНОГ СУДА ВОЈВОДИНЕ

(Решење Гж 198/82 од 17. 06. 1982)

Одређујући вештачење анализом крвних група и фактора, у поступцима који настају поводом захтева за оспоравање очинства, суд се опредељује за поуздано и релевантно доказно средство.

Наиме, уколико се поред свих употребљених доказних средстава, резултатима вештачења путем анализе крвних група и фактора искључи очинство, тада се несумњиво и поуздано закључује да је захтев за оспоравање очинства ОСНОВАН чиме се са сигурношћу отклањају заблуде о очинству.

Првостепеном Пресудом је у целости усвојен тужбени захтев тужиоца Г. М. те је утврђено да он није природни отац тужене мал. Г. Ј. коју је њена мајка – тужена Г. Г. родила 22. 08. 1981. год. Истом Пресудом наложено је матичару, да по правоснажности Одлуке ову чињеницу упише у матичне књиге рођених.

Тужена, мал. Г. Ј. је против наведене Пресуде уложила жалбу због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања. Врховни суд је жалбу усвојио, а предмет вратио на поновно суђење образлажући своју Одлуку на следећи начин:

– Тужилац Г. М. је оспорио очинство тужене млдб. Г. Ј. која је рођена дана 22. 08. 1981. год. од мајке–тужене Г. Г.

– У току првостепеног поступка Суд је утврдио да је тужилац за време одслужења војног рока у Сплиту, користио одсуство и то у периоду од 20. 10. до 05. 11. 1980. год. Суд је утврдио да је тужилац у периоду одсуства, дакле у периоду од 20. 10. па до 05. 11. имао полни сношај са мајком млдб. Г. Ј.

– Суд је такође утврдио да је млдб. Г. Ј. рођена на време, односно да није пренешена, па из свега утврдио да тужилац није природни отац млдб. тужене Г. Ј. јер се у критично време њеног зачећа налазио на одслужењу војног рока.

Приликом утврђивања описаног чињеничног стања Суд је као релевантан доказ у целости прихватио исказ тужиоца, те налаз и мишљење вештака–гинеколога.

Наиме, вештак–гинеколог је свој налаз и мишљење засновао на историји болести тужене мајке млдб. Г. Ј., те закључио да је критично време зачећа млдб. Г. Ј. између 28. 11. и 02. 12. 1980. године.

Сагласно исказу тужиоца и налазу вештака, Суд је констатовао да тужилац није природни отац млдб. Г. Ј., јер се у критично време њеног зачећа налазио на одслужењу војног рока.

Пропуст првостепеног суда је у томе што се пре усвајања тужбеног захтева морало одредити и вештачење анализом крвних група и фактора (посебно имајући у виду чињеницу да је критично време зачећа по мишљењу вештака).

Неопходност оваквог доказног средства посебно је условљена чињеницом да је по налазу вештака у питању временска разлика од само 24 дана, па сходно томе Суд није смео доказни поступак ограничити само на исказ тужиоца и мишљење вештака.

У конкретном поступку било је неопходно одредити вештачење анализом крвних група и фактора.

Само уколико би се оваким вештачењем утврдило да тужилац није природни отац млдб. Г. Ј. – не би било даљих дилема већ би овај закључак био **НЕСУМЊИВ И ПОУЗДАН** обзиром да се искључивањем очинства путем овог доказног средства **ДОЛАЗИ ДО ПОУЗДАНОГ** решења.

ПРЕСУДА ВРХОВНОГ СУДА ВОЈВОДИНЕ

(Гж 189/82 од 25. 06. 1982)

Право на оспоравање очинства детета рођеног у браку је строго лично право које припада само и искључиво родитељима и детету, а не њиховим законским наследницима те сагласно томе активну легитимацију за оспоравање очинства детета рођеног у браку имају само родитељи и дете.

У првостепеном поступку је одбијен захтев тужитељица за оспоравање очинства мал. Ј. Ј. рођеног 19. 08. 1981. у браку тужене А. и покојног М. Ј., сина, односно брата тужитељица.

Тужбени захтев је одбијен услед недостатка активне легитимације на страни тужитеља.

Тужитељице, улажући жалбу на првостепену пресуду истичу да је покојни М. Ј., њихов син, односно брат умро 27. 04. 1981. год. и да због здравственог стања објективно није био у могућности да одржава полне односе са туженом у време зачећа мал. Ј. Ј.

Истовремено истичу да су активно легитимисане за вођење ове парнице јер њихов син, односно брат више није жив – па и не може да оспори очинство, а оне као законски наследници пок. М. Ј. имају правни интерес да воде ову парницу и оспоре очинство мал. Ј. Ј.

Сви наводи жалбе су неосновани, те је иста и одбијена.

Тужитељице нису активно легитимисане за вођење ове парнице јер је круг лица која имају право на оспоравање очинства детета рођеног у браку децидирано одређен у Закону.

Право на оспоравање очинства детета рођеног у браку је **СТРОГО ЛИЧНО ПРАВО** које се не преноси и не наслеђује.

Све остале наводе у жалби Врховни суд оцењује као ирелевантне сходно наведеним прописима, па закључује да у конкретном случају право на покретање и вођење ове парнице као лично а не имовинско право не даје тужитељицама активну легитимацију, односно да су сви наводи из жалбе неосновани.

Наследници претпостављеног оца могу оспорити његово очинство само под условом:

- да Законом претпостављени отац није ни сазнао за зачеће,
- да није сазнао за рођење детета,
- да у време зачећа није живео у заједници са мајком детета.

Наведени услови, законом прописани, морају бити кумулативно испуњени, јер само у том случају се признаје наследницима претпостављеног оца право на оспоравање његовог очинства.

Брат покојног Н. је покренуо парницу са захтевом да се туженицима оспори очинство претпостављеног оца – покојног Н. Првостепени суд је тужбени захтев усвојио и утврдио да покојни Н. није отац мал. туженика, јер су покојни Н. и мајка мал. туженика фактички раскинули брачну заједницу јуна 1970. године и од тада нису имали никакве односе.

Преиспитујући првостепену Одлуку Врховни суд Србије је утврдио:

– Изузетно од правила којим је утврђен круг лица са правом на оспоравање очинства детета рођеног у браку (родитељи и дете), Закон о браку и породичним односима признаје ово право и наследницима претпостављеног оца, уз ограничење да сви услови које закон предвиђа морају бити кумулативно испуњени, како би се ово право и реализовало.

У конкретном случају тужбени захтев је усвојен иако је поуздано утврђено само да покојни Н. и мајка мал. туженика нису у време зачећа фактички живели у заједници.

Међутим, првостепени суд је практично доказивање ограничио и свео само на утврђивање постојања односно непостојања ове заједнице.

Да ли је покојни Н. знао за зачеће или не, и да ли му је позната чињеница рођења мал. туженика суд није утврдио, иако је ово релевантно за пресуђење.

Наиме, уколико је покојном Н. била позната чињеница зачећа, односно уколико је пок. Н. знао за рођење мал. туженика, а није покренуо поступак за оспоравање свог очинства, закључује се да такву жељу није ни имао, па сагласно томе ни његов брат–наследник–тужилац у овој парници не би био активно легитимисан за вођење овог поступка јер је у питању ЛИЧНО, а не имовинско право.

ДОКАЗНИ ПОСТУПАК

У нашој судској пракси постоји више доказних средстава која се могу користити за утврђивање релевантних чињеница у материји оспоравања очинства. *Управо у доказном поступку долази до примене медицинских метода и односа између права и медицине.*

Доказивање правно и судско-акушерски важних чињеница за утврђивање и оспоравање очинства и материнства обухвата:

– доказивање оплођења које се по правилу своди на доказивање чињенице постојања или непостојања полних односа у критично време зачећа детета,

– утврђивање оплодне моћи (*potentio generandi*) претпостављеног (пресумптивног) или законитог оца,

- утврђивање времена зачећа – критичног времена, момента зачећа детета,
- испитивања антрополошко-генетских сличности.

Методe за доказивање и оспоравање очинства

То су:

1. Серолошка испитивања крвних антигена АВО система уз испитивање MN фактора, Rh фактора и Daffi-Kell и P фактора,
2. Дерматоглифска, индивидуална, квантитативна својства,
3. Испитивање особина варијације, облика и пропорције – антропометријска истраживања,
4. Спермиограм,
5. Испитивање функционалних особина РТС тестом (испитивање осетљивости укуса на супстанцу P – athoxyphenylthiocarbamid),
6. Испитивање HLA комплекса.

1. Серолошка испитивања примењују се од 1926. године у искључивању очинства, уз испитивање MN фактора, Rh фактора, као и Daffi-Kell и P фактора. Они дозвољавају могућност да се овом методом искључи око 60% пресумптивних очева. Електрофоретским испитивањем хаптоглобина овај постотак се може и значајно повећати. Значајно је одредити наведене елементе код сваког живог или мртворођеног новорођенчета, као и код фетуса у случајевима спонтаних или индукваних побачаја (легалних или илегалних), јер они могу допринети решавању одређених правно важних питања која се накнадно могу појавити.

2. У случајевима кад се пресумптивни отац не може искључити на основу серолошких испитивања крви и фактора треба испитати и дерматоглифска индивидуална квантитативна својства испитивањем папиларних линија прстију, дланова и табана мајке.

3. Антропометријска истраживања настоје да се узме у обзир што више особина и варијација, нарочито испитивањем главе, јер се у току развоја квалитет особина много мање мења него у осталих делова тела. Антрополошко испитивање обухвата у себи испитивање морфолошких карактеристика шака, стопала, ушних шкољки, носдрва, усана и орбиталног предела, као и облик браде.

4. Спермиограмом се утврђује квантитет покретљивости сперматозоида, морфолошке особине, леуцити и биохемијска испитивања.

5. Испитивањем функционалних особина РТС тестом је испитивање осетљивости укуса на супстанцу где већи број особа осећа нешто горко и ово се наслеђује доминантно, док мањи број особа исту супстанцу не осећа. Основне супстанце крвне групе А и В неке особе секреторе могу излучивати у пљувачи, мокраћи и зноју. Ову особину има 85% људи и наслеђују се доминантно, а несекретори се наслеђују рецесивно.

6. За сада најсавременија метода која може дати сигурне и непогрешне информације у питању родитељског односа свакако је анализа тзв. куманог леукоцитног антигена (HLA Ag) која се базира на анализама крвних и ткивних елемената.

То су биохемијски спојеви којих има у свим станицама тела, а у лабораторијама се откривају помоћу тзв. лимфотоксичних серума и њиховом деловању на лимфоците.

Генски продукти HLA комплекса утврђени су на скоро свакој хелији организма. HLA је врло сложен комплекс – 5 локуса–мета.

Ови комплекси се преносе на потомство хаплотиповима, што значи може да се пренесе само свих 5 заједно, комбиновањем по Менделовим правилима. Тако се одређују антигени сродности. Што су две особе сродније то су и HLA комплекси сличнији.

Ткива се типизују на основу познавања свих алела и хистокомпатибилних антигена, који се налазе на површини хелија, а разликују се од човека до човека. То су ткивни антигени чија је улога да одреде међусобну подношљивост хелија и ткива. При трансплантацији стимулишу примаочев имунолошки састав изазивајући имунослакцију и одбацивање. На тај начин представљају препреку за трансплантацију.

HA – скраћеница је за хистокомпатибилне антигене који су кодирани генима–локусима. Сврставају се према поступцима којима се могу одредити на SD и LD (серолошка детекција и детекција лимфоцита). Сваки локус има алтернативне гене – алеле.

За типизацију код људи примењују се антисеруми од особа које су примале неколико трансфузија крви и при томе се сензибилисале на HA садржане у њој. Такође и жене са већим бројем трудноћа могу бити сензибилисане на HA које је фетус наследио од оца, те им серум садржи антитела.

Наслеђивање HLA Ag

Један се хаплотип (хромозом) наслеђује од оца, а други од мајке. Типизирањем лимфоцита са површинским антигенима мајке и оца, могу се предвидети које ће антигене имати деца. Исто тако, одређивањем Ag мајке, детета и оца може се искључити односно потврдити очинство.

За право и судске поступке у овој материји је врло интересантно што се овим методом дају и подаци у ком постотку вероватности је тужени биолошки отац детета. Посебно је интересантно што ти подаци достижу и до 99,89%, с тиме да од 90% па надаље већ постоји велика вероватност да је испитивана особа биолошки отац детета. Наравно, могући су и други налази – супротни, тј. да се апсолутно искључује одређена особа као отац. Све се базира на строгој научној основи анализом ткивних gena системом HLA.

Треба напоменути да се вештачења на основу трансплантационих група могу практично обављати одмах по рођењу детета. Ово је неупоредиво повољније од других врста вештачења која се могу обављати тек после одређених година старости детета, с тим да има случајева да се код вештачења антропогенетском методом тражи да дете не буде млађе од 7 година живота.

Техничка страна вештачења је врло једноставна, јер се све своди само на вађење крви.

При оцени оспоравања очинства користе се евентуално и постојеће патолошке особине, чији је модус наслеђивања познат.

Будући да свака биолошка метода има свој коефицијент грешке, који се не може смањити, али се никада не може ни сасвим уклонити, није добро да се коначни закључак доноси само на бази једне методе, него је боље да се употребе барем две методе и да се гледа да се резултати барем слажу. Чим се добије већи степен вероватности очинства, или пак искључења од очинства, тим је вероватност таквих случајних абериција мања или обратно.

Вештак зато мора настојати да Суду пружи елаборат који пружа што сигурнију помоћ при доношењу коначне одлуке.

И на крају, аутори овог рада би истакли речи прим. др Милана Гјукића који каже да велики успеси једне нове методе (HLA) не смеју нас навести на помисао да сада имамо у рукама камен мудраца – који ће без грешке решити све проблеме с којима се у овом раду сусрећемо.

ЛИТЕРАТУРА

1. БАКИЋ др В., *Оспоравање очинства од стране наследника*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 3–4/1953.
2. БАЗАЛА др Б., *Оспоравање очинства*, Гласник Адвокатске коморе АП Војводине, бр. 3/1960.
3. ДРАШКИЋ др М., *Практиким за породично право*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1989.
4. КАРАКАШЕВИЋ др Б., *Микробиологија и паразитологија*, Медицинска књига, Београд–Загреб, 1987.
5. КАШТЕЛАН др А., *Вјештачење очинства на темељу трансплантацијских група*, Одвјетник, бр. 1–2/1983.
6. КОНСТАНТИНОВИЋ Н., *О неким спорним питањима у споровима за утврђивање и оспоравање очинства*, Гласник Адвокатске коморе АП Војводине, бр. 4/1955.
7. МИЛОШЕВИЋ др Б. и остали, *Породиљство*, Медицинска књига, Београд–Загреб, 1988.
8. МИШИЋ Д., *Почетак рока за побијање очинства*, Гласник Адвокатске коморе АП Војводине, бр. 10/1955.
9. ГЈУКИЋ др М., *Даљни развој биолошких метода код одређивања очинства, њихова поузданост и њихова употребљивост*, Наша законитост, Загреб, бр. 10/1980.
10. РАДОМАН др Д., *Тужени у парници за оспоравање очинства*, Гласник Адвокатске коморе АП Војводине, бр. 4/1958.
11. *Закон о браку и породичним односима Републике Србије*, Службени гласник СР Србије, бр. 22/1980.
12. *Правна енциклопедија*, Савремена администрација, Београд, 1985.

Мр Саво Теофиловић

председник Окружног суда у Новом Саду

НУЖНО САУЧЕСНИШТВО

Кривично дело може бити остварено радњом једног лица или заједничким деловањем више лица. Кад је извршење кривичног дела резултат деловања више лица онда постоји саучесништво. Лица чијим је деловањем остварено кривично дело називају се саучесници. За постојање саучесништва потребно је да постоји одређена објективна и субјективна веза између делатности саучесника, али учествовање више лица у извршењу кривичног дела представља основни, иако не једини елемент у појму саучесништва.

Саучесништво представља посебан институт кривичног права који се одређује сагласно основним принципима казнене политике и задатака кривичног законодавства одређене државе. У нашем законодавству саучесништво представља институт који је регулисан у Општем делу Кривичног закона Савезне Републике Југославије (члан 22–26).

Учествовање више лица у извршењу кривичног дела представља посебан облик криминалитета који је за друштво опаснији од криминалитета који се остварује деловањем једног лица.

Савремена кривична законодавства данас пажљиво регулишу ову материју постављајући правила која ће одговарати казненој политици одређене државе у одређено време. Саучесништво у савременом законодавству не представља неки самостални основ кривичне одговорности, али је оно ипак посебан облик извршења кривичног дела и с тим у вези, код саучесништва се може говорити о специфичностима кривичне одговорности.

Кад више лица учествује у извршењу кривичног дела, тада говоримо о добровољном саучесништву. Добровољно саучесништво се појављује као нешто што се додаје кривичном делу које је предвиђено у закону.

Због тога добровољно саучесништво остаје изван законског описа кривичног дела, које обухвата само делатност појединца.

Међутим, у кривичном законодавству има дела која претпостављају учешће више лица без којих се кривично дело уопште не може остварити. Овде је учешће више лица нужно да би уопште постојало кривично дело.

Према томе, нужно саучесништво као правни појам значи укупност свих кривичних дела, која представљају учешће и допринос више појединаца да би кривично дело било остварено.

Из тога произилази да случајеве нужног саучесништва морамо тражити у посебном делу Кривичног закона, јер оно произилази из саме дефиниције или описа одређеног криминалног понашања.

С тим у вези поставља се питање: да ли такви случајеви подлежу општим правилима која важе за добровољно саучесништво или одступају од тих правила. Другим речима, поставља се питање у којој мери нужно саучесништво дерогира општа правила добровољног саучесништва?

Одговор на такво питање није једноставан, јер нужно саучесништво обухвата кривична дела различите природе.

Случајеве нужног саучесништва можемо поделити на унилатерална и мултилатерална кривична дела.

Карактеристика унилатералних кривичних дела је да под удар Кривичног закона долази само један учесник, док други остаје некажњен.

Као пример наводимо кривично дело уговарања несрезмерне имовинске користи. Нема сумње да је за постојање овог кривичног дела потребно да буде закључен уговор, односно потребно је учешће више лица. Из смисла овог законског прописа произилази да је законодавац хтео заштитити оног другог, а да под удар закона долази само онај први. Међутим, учешће и друге стране је нужно да би кривично дело уопште било остварено.

Из тога произилази да се друга страна не може сматрати учиниоцем тога кривичног дела. Будући да је она искључена из улоге извршиоца, не може се појавити ни у улози саучесника, па према томе ни за подстрекавање иако је она навела главног извршиоца да такво дело учини.

Није кажњиво бекство затвореника из затвора, ако је то учињено без насиља и употребе силе. Међутим, кажњиво је помагати или олакшати такво бекство. То је предвиђено код нас као самостално кривично дело. Пошто бегунац у таквом случају не одговара за само бекство, ако није употребио насиље (он може бити само дисциплински кажњен), он не може бити одговоран нити као подстрекач.

Унилатералне инкриминације модификују примену одредаба о саучесништву, јер погађају само једног од учесника, док други учесник није кривично одговоран без обзира на својство у извршењу кривичног дела, јер би то било противно смислу Закона.

Код мултилатералних инкриминација Закон кажњава све учеснике. Овде се сви учесници сматрају извршиоцима једног кривичног дела код кога је нужно учешће више лица.

Међутим, и овде долази до одређених одступања од Општих правила, која важе за добровољно саучесништво.

Мултилатералне инкриминације можемо разврстати у неколико група.

У прву групу улазе инкриминације сусретања. Овде се интереси учесника подударују. Као пример наводимо случајеве родоскрнављења и случајеве противприродног блуда између лица мушког пола на добровољној основи. Овде сваки од учесника одговара као извршилац тога кривичног дела. Треће лице које је узело учешћа у оваквим кривичним делима може одговорати као подстрекач или као помагач. Међутим, оно није нужни учесник.

Има инкриминација из ове групе где постоје одређена одступања од општих правила о добровољном саучесништву. Наводимо као пример случајеве подмићивања. Познато је да постоји активно и пасивно подмићивање. Примање мита је пасивно дело, а давање мита је активно подмићивање. Онај који даје мито често тиме подстрекава онога који прима мито да то мито прими. Дакле, подстрекава га на кривично дело примања мита. Из смисла

законске одредбе произилази да такво лице одговара само као давалац мита, а не још и као подстрекач на кривично дело примања мита, које је теже дело од кривичног дела давања мита.

У другу групу мултилатералних инкриминација улазе конвергентна кривична дела, где је делатност сваког учесника усмерена на заједнички циљ. У ову групу кривичних дела долазе нпр. договор за извршење кривичног дела, злочиначко удруживање, оружана побуна итд. Код ових кривичних дела сваки од учесника ће одговарати као извршилац тога кривичног дела под условом да су остварени сви услови из законског описа. Општа правила о саучесништву се овде не примењују, јер је сама ситуација покривена описом кривичног дела.

Трећу групу сачињавају дивергентне инкриминације где се интереси учесника налазе у сукобу. Типичан пример у нашем законодавству је кривично дело учествовања у тучи. Таква инкриминација има предност пред правилима о саучесништву.

Као посебан облик нужног саучесништва појављују се нека кривична дела препреке. То су инкриминације одређених припремних радњи. Циљ ових инкриминација је да се у ранијем стадијуму спречи каснији даљи развој криминалне ситуације и прелаз на неко теже кривично дело. У таквим случајевима говоримо о деликтима – препрекама. Тиме се жели једна криминална ситуација зауставити још у току, односно у стадијуму у коме још није дошло до повреде заштићених добара, нити је проузрокована штета.

Тако законодавце инкриминише већ одређени споразум или договор за извршење кривичног дела. То се некад назива комплот или завера. По правилу се тражи да се такав договор односи на извршење неког тежег кривичног дела. О комплоту се обично говори када се два или више лица договоре да ће извршити неко политичко кривично дело. Међутим, у кривичном закону је инкриминисан и договор на вршење и кривичних дела из осталог криминала за које се може изрећи казна затвора у трајању од 5 година или тежа казна.

ЛИТЕРАТУРА

1. Н. Срзентић – А. Стајић: *Кривично право*, Општи део, Београд, 1955, 2. Ј. Таховић: *Кривично право*, Посебни део, Београд, 1955, 3. Ј. Таховић: *Коментар Кривичног законика*, Београд, 1962, 4. Б. Златарић: *Кривични законик у практичној примени*, Загреб, 1957. и 1959, 5. М. Петровић – И. Симић: *Кривични закон Србије*, Практична примена, Београд, 1991, 6. Б. Чејовић: *Кривично право у судској пракси*, Општи део, Београд, 1985.

Др Светислав Мариновић

адвокат из Подгорице

УБИСТВО КОНЗУЛА

На цијелој првој страни пресуде Окружног суда у Титограду (К. број 72/89), као у неком мрачном времеплову, судећи судија је набројао сва кривична дјела за која је Томислав Томовски био осуђиван и за која је већ издржао затворске казне. Резултат је био импресиван – више од десет година робије за мање од 30 година живота. Међу њима је било и злочина за које Закон предвиђа и смртну казну.

Одмах након што је издржао казне, ваљда жељан чари слободе и живота ван бодљикаве жице и стражарских кула, долази на црногорско приморје и ноћу 18. маја 1988. године проваљује у једну викендицу у Сутомору одакле одузима један двоглед и ловачку пушку марке „Збројовка“ са 17 патрона. Онај ко је познавао Томовског одмах би схватио да су он и оружје опасна симбиоза и да их се ваља клонити. То, на жалост нити су знали нити су могли да знају супружници Василије и Нада Делибашић. Док су наредне вечери мирно шетали поред мора, из мрака је са упереном пушком искочио њима непознати човјек и одлучно затражио од конзула Делибашића новац. Да би својим ријечима дао одговарајуће значење испалио је један патрон у ваздух, а када је Делибашић казао да нема новаца, непознати је спустио цијев пушке и новим хицем просто разнио утробу несрећника који ће од задобијених повреда преминути у Медицинском центру у Подгорици.

Одмах након испалења смртоносног хица на Делибашића, непознати пуни пушку са два нова патрона и пријети конзуловој супрузи да ће и њу убити ако му не да новац. Истрауматизирана и уплашена жена вади новчаник са 1.000.000 динара из своје ташне и предаје га разбојнику који попут утваре нестаје у мраку, свом једином савезнику.

Свега пар дана касније, разбојник је ухваћен. Већ ментално начет, није могао психолошки издржати страшни терет свога злочина, па је у једној полицијској рацији своју главу понудио као на тањиру. Био је то Томислав Томовски. Одмах је одведен у Титоград и предат истражном судији Окружног суда.

Цијела југословенска јавност је била запрепаћена и озлојеђена због бестијалног злочина над недужним човјеком који је словио као часна и

скромна личност, независно од положаја који је заузимао у дипломатској служби. Дневна и ревијална штампа је до детаља описивала догађај, сатанизирајући извршиоца који је представљен као монструм без милости и срца. Радило се о типичном примјеру када медији разјаре јавност, позову је на линч а она безпоговорно тражи главу грешника. У том моменту, како се то у народу каже, живот Томислава Томовског није вредно ни луле дувана.

Истрага је, и поред тога што су летње ферије биле у току, експресно завршена. Опет се радило о школском примјеру када држава жури да се што прије домогне главе окривљеног. Све што је било везано за предмет подлезало је строгој контроли полиције и опште јавности. Мрежа у којој је требао скончати Томовски се ефикасно и неумитно стезала. У таквој атмосфери двојица бранилаца су отказала пуномоћ Томовском. Одлука је била сасвим разложна бар из три евидентна разлога. Прво, Томовски није имао новаца да плати браниоце, друго, радило се о класичном случају када се изриче смртна казна а страхан је лични и професионални хендикеп када клијент заврши пред пушчаним цијевима. Многи се од тог дебакла нијесу никада опоравили па су напустали адвокатуру и прихватили се мирнијег позива. Коначно, никада у овој земљи није било препоручљиво бранити убице политичара и дипломата када о свему круже мрачне приче које ће се тек касније показати неоснованим.

Зато ме није обрадовао позив судије Момчила Кнежевића да се прихватим одбране Томовског по службеној дужности. Ово тим прије што смо гајили снажан узјајамни анимозитет, па се чак нијесмо ни куртоазно поздрављали. То је разлог што сам овај гест схватио као врсту интелектуалног цинизма и бачену рукавицу коју сам без поговора и размишљања подигао. Изазов је био исувише јак да бих му одолио. Нијесам смио допустити себи да попут пребијеног пса подвијем реп и демисионирам из предмета. То би било равно мојој професионалној и грађанској смрти а то, без обзира на висину испостављеног рачуна, нијесам смио дозволити. Зато сам озбиљно проучио предмет и отишао на претрес.

У препуној сали Окружног суда нијесам видио ниједно пријатељско лице осим неколико судских приправника и једног новинара који као да ми је очима казао: нека ти је Бог у помоћи.

Када сам сио за бранилачки сто, погледао сам наспрам себе јавног тужиоца поред кога су сједјели сва у црнини супруга покојног Делибашевића и њени пуномоћници адвокати Василије Беговић, а касније, и Душан Кошутих из Београда. Хтио сам их, како је то у професији уобичајено, уљудно поздравити, али су то они вјешто избјегли. Интересантно да им је то полазило за руком и наредних дана, као и комплетном судском вијећу око кога се нијесам превише трудио због његове деликатне позиције у овом тешком предмету. Што се родбине тиче, ту нијесам имао предрасуда, као ни када је била публика у питању. Као да су се такмичили ко ће са више мржње да ме гледа. У тој кошници набијеној нетолеранцијом и сваковрсним негативним емоцијама, било је свега осим љубави. Чак и Томовски, коме сам раније сугерирао како да се понаша, окренуо ми је леђа. Био је агресиван, циничан и неваспитан. Чак се у једном моменту почео смијати. Тада сам добио снажну жељу да му са пар удараца већ једном збришем са лица тај надмоћни израз човјека који је ријешо да изгуби и оно једино што му је остало – живот. Осјетио сам да сам савршено сам.

Ипак, уз снажну срџбу коју сам осјетио према свима, моји борилачки инстинкти су савршено радили и били су у апсолутној функцији одбране.

На свеопшту пресију којој сам стално био изложен одговорио сам сасвим природном реакцијом да јој се супротставим. Зато сам, ваљда, управо тог момента осјетио да ћу успјети али нијесам знао када и како.

У једној паузи првог дана суђења сам оштро упозорио Томовског да ће са таквим понашањем изазвати снажну одбојност судског вијећа што ће му добродоћи да му затегне омчу око врата. Чак сам му запретио и отказивањем пуномоћи. Међутим, Томовски би се само на час примирио, да би инстинктом самоубице, одмах наставио са ранијим поступцима, што ме је доводило до очајања и снажних напада бијеса које сам, ипак, успјешно контролисао. Ваљда свјестан немогућности да се извуче из ступице коју је себи поставио, пуних шест дана је изазивао одијум јавности и мржњу према себи, пркосећи свима. Ни опомене Председника вијећа нијесу имале никаквог учинка јер се овај оборужао стрпљењем иако је често био на ивици експлозије. Повремено, очи би му добиле осветнички израз, што ме је плашило, али не и Томовског. Он је остао доследан у негирању и себе и других.

Смртна казна

Конечно, послје вишедневног тешког и исцрпљујућег суђења, доказни поступак је завршен а странке су позване да дају своје завршне ријечи.

Заступник јавне тужбе, Татјана Марковић, је са прецизношћу савршеног сеизмографа побројала све гријехове Томовског, ваљда од рођења па даље, а било их је доста, да су ови у свом збиру притискивали Томовског као млински камен не пружајући му ни најмању шансу да се извуче. На крају је без устручавања и трунке саучешћа хладно затражила смртну казну док ју је Томовски фиксирао попут отровнице. Очекивао сам, обзиром да је жена, и на ту сам карту играо, да ће показати толико ригидности и ортодоксне тврдоће тражећи тако упорно, попут индијанског ратника, главу Томовског. На жалост, био сам у криву. Интимно и професионално сам се осјетио заскоченим јер се моје предвиђање није обистинило. Било је то први пут у мојој дугој бранилачкој каријери да жена – тужилац преко пута бранилачког стола буде тако оштра и бескомпромисна. Нестало је у трену њеног медитеранског шарма а плаве очи су јој добиле метални одсјај. Тада сам осјетио да су моје шансе да спасим главу свога клијента биле биједне.

Пошто сам издржао и бараж пуномоћника оштећене породице, схватио сам позицију браниоца када ни право ни факта нијесу спорни и када не постоји ниједно упориште на које би се одбрана ослонила. У неблагонаклоној средини и лишен сваке шансе да лавину усмјерим у другом правцу, а без жеље да некога повриједим, ријешо сам да никога и не штедим. Одмах сам у старту изнио своју стрепњу и обесхрабреност због факта што сам током цијелог претреса на лицу Председника вијећа, а повремено и других чланова, видио израз мржње! Потом сам изразио жаљење што је Вијеће одбило да изведе доказе предложене од стране одбране, да бих се одмах потом „обрушио“ на налаз комисије љекара неуропсихијатара и психолога а посебно извијестиоца др Грујића којег је једноставно требало избацити са суђења јер се усудио оптуженога у једном моменту назвати „убицом“ а његовог браниоца малтене његовим помоћником, што је недопуштено и у колизији са финим домаћим одгојем а посебно са начелом непристрасности свих актера кривичног поступања.

Конечно, образложио сам своју тезу да се Томовски и није могао другачије понашати до асоцијално јер је одрастао у криминогеној средини због

чега није могао надрасти свој социјални миље и средину која га је формирала а којој се он само адаптирао. Према томе, а заступајући свој детерминистички став, пледирао сам на закључку да му се не може ставити на терет, јер би то било у колизији са основама правде и правичности, оно за што није крив јер му је наметнуто, а апсолутна слобода воље не постоји.

На крају, затражио сам временску казну, који ниједног тренутка није сам очекивао.

Пошто сам дао свој пледоаје, Вијеће се повукло на вијећање и гласање. Атмосфера болесног исчекивања је као неким мрачним плаштом обухватила све. Очекивала се, ипак, смртна казна. Препуна велика сала Окружног суда је била просто „набијена” тишином и злим слутњама.

Полицајац који је након становитог времена ушао из ходника у судницу сасвим је беспотребно захтијевао тишину јер је она владала као у гробу. Најавио је долазак вијећа на чијем је челу, по устаљеној пракси, био Предсједник. Оптужени Томовски који је предосјетио шта ће се десити, био је попримио земљану боју док су два снажна стражара постављена лијево и десно од оптуженога била блиједа попут зидова у великој дворани. Како сам изгледао ја, не знам, али ми је касније један од чланова вијећа рекао да на себе не треба да будем поносан.

Пажљиво сам посматрао сваког члана Вијећа петорице и на њиховим лицима покушао открити какву су пресуду донијели. Сви су, укључујући и Предсједника, гледали у сто попут дјецe која очекују грдњу родитеља. Иако сам био спреман да чујем и ријеч „смрт”, ово ме погодило попут удараца тољагом.

Дуго се бавећи одбраном оптужених за убиство, створио сам код себе један сасвим специфичан систем детекције који ми је увијек непогријешиво казивао каква ће одлука бити донешена. Још никада до тада нијесам саслушао пресуду којом се изриче смртна казна а да судеће вијеће није претходно гледало у сто умјесто у оптуженога или евентуално у публику у дворани.

Сада сам знао да су сви моји напори пропали. Осјећао сам се биједно попут пребијеног пса и помало уплашено. Захватила ме је депресија и осјећај изгубљености када сам видио Томовског у ставу рањене звијери која очекује завршни ударац. Он је убрзо и услиједио.

Пошто је прочитао опис радње кривичног дјела, Предсједник вијећа је гласом модулираним од снажних емоција, и у примјетну узнемиреност, казао да се оптужени осуђује на казну смрти стријељањем.

Интермеццо

Но, борба за живот Томислава Томовског ће се наставити. Надао сам се успјешније него до тада.

Првостепена пресуда је „експресно” израђена што сам, обзиром на дотадашњи другачији манир Предсједника вијећа, протумачио мање као знак експедитивности првостепеног суда а више као жељу да Томовски што прије сконча са повезом око очију.

Истога дана сам написао и предао жалбу Врховном суду Црне Горе, нападајући пресуду из свих законом дозвољених разлога, тражећи уједно да сједници Вијећа присуствује оптужени и његов бранилац. Врховни суд није хитао као првостепени. Искусни правници су се придржавали старе неписане максиме да треба сачекати да олуја прође а страсти ферментирају и да тек онда, хладно и без емоција, одлуче о судбини оптуженога.

Иако је првостепена пресуда, по мојој оцјени, имала мноштво евидентних процесних и материјалноправних недостатака, на сједницу Вијећа сам отишао непокојан. Предмет ме је оптерећивао а пријетњу смртном казном, која је стално висила на главом Томовског, сам доживљавао као снажан интимни и професионални пораз. Разлог овоме је моје противљење и јак анимозитет који сам осјећао према сваком насиљу а преваходно према смртној казни као државном насиљу *sui generis*.

Судија извјестилац је био Драшко Лекић. Иако сам из претходних искустава знао да судија Лекић бриљантно извјештава, пошто сериозно проучи предмет, стрепња ме ипак није напуштала. Притисак јавног мњења је још увијек био исувише актуелан и снажан да био се осјећао спокојним. Међутим, искусни правник је у парампарчад разбио мој страх. Када сам схватио да је боље упознат са предметом од мене, уз нешто стида, захватио ме је осјећај дубоког поштовања за њега и све његове колеге који поштено проуче судски спис да им ниједна ситница не може промаћи и реферишу часно и поуздано колико човек то, уопште, може.

Моје наде су се обистиниле. Побијана пресуда је укинута и предмет је враћен Вишем суду на поновни поступак и одлучивање.

* * *

Нови поступак су пратиле неке нове и необичне околности које ће га можда сасвим другачије усмјерити него како је то у старту било одређено.

Судија Кнежевић, који је Томовског у првом степену осудио на смрт, и овога пута хитро реагује и одмах заказује претрес али се мени није журило, а по свој прилици, ни Томовском. Користио сам сваку процесну могућност да се претрес не одржи, инсистирајући на овлашћењима која ми је давао Закон о кривичном поступку. Предсједника Кнежевића је већ била почела да хвата нервоза што му се не пружа могућност да оконча предмет, али мене савјест није гризла. Борио сам се за сваки дан и сат живота свога клијента.

И тако, док је трајала та вјечна игра жандара и лопова између адвоката, тужиоца и судског вијећа, судија Кнежевић је изабран за министра правде. Ја сам одахнуо али на кратко. Наиме, предмет је додијељен у рад судији Марку Дакићу, што ме није охрабрило иако сам са тим човјеком био пријатељ. Он је већ изрекао неколико смртних казни, па сам се плашио његовог тврдог и нетолерантног става. Срећом, он је у међувремену постављен за истражног судију а предмет је дат у рад судији Радовану Кривокапићу. Он је за мене био непознаница јер иако сам раније поступао у његовим предметима, нијесам био у прилици да сазнам његов интелектуални, професионални и лични став када је у питању смртна казна. Ипак у једном предмету сам осјетио да није склон репресији по сваку цијену. Истина, његову дилему је разријешила Ранка Половић, заступник јавне тужбе, али ми је овај случај давао основа за наду да ће Томовски свој гријех испаштати у затвору а не на губилишту.

Знајући да је судија Кривокапић разложна и стабилна личност, хтио сам у одбрани искористити то његово својство наступајући савршено отворено и савршено поштено а очекивао сам да ће он то да цијени. Истина, томе је стајала једна запрека на путу. Наиме, људи припадници ове тешке, а некада и узвишене, професије често последије становитог времена престају да вјерују и себи и другима. Много тога прихватају са великим неповјерењем и кроз стотине филтера. Зато, направити брешу, која ће се касније претворити

у мостобран, у њиховом свијету општег скептицизма је врло тешко. Навикли на сталну лаж, превару и хипокризију тешко ће повјеровати саговорнику због чега су некада непријатни, сувопарни и рањиви. Зато сам са судијама увијек био савршено отворен иако ми то најчешће није доносило дивиденде. Никада се нијесам шуњао кроз мрак и измишљао нове лажи да бих прикрио старе. Навикли на чест удварачки став адвоката, судије су некада овакав мој став схватили као континуирану увреду и, наравно, били у криву. Но, ја сам био убијеђен да ће вијеће судије Кривокапића имати сасвим другачији морални суд од свог претходника па сам то хтио да капитализирам. Сходно томе сам и конципирао своју одбрану.

Одбрана

Суђење је и поред једног ружног ексцеса Томислава Томовског, због чега је овај окован и удаљен, протекло мирно и професионално коректно. Предсједник вијећа је поступио по свим налозима Врховног суда и поново извео главне доказе. Хладно је одбио предлоге одбране да се изведу раније предложени докази. Ово сам и очекивао али ми је овакво процесно ријешење било потребно у случају поновне осуде на смртну казну. Храбрило ме је одсуство сваке мржње или најмање дозе анимозитета према оптуженом или његовом браниоцу.

Након завршне ријечи заступника јавне тужбе, госпође Марковић, која није ни за милиметар одступила од свог ранијег става, ево шта сам том приликом, у битном, рекао:

Уважене судије,

Данашњи ексцес мога клијента ме је подсетио на један кривични претрес прије петнаестак година када је оптужени за двоструко убиство, у својој завршној ријечи казао: „Јебем ти тужиоца, јебем ти суд, јебем ти Југославију”. Његов бранилац у лицу Вељка Губерине, адвоката из Београда, је претрнуо од страха и обратио се колеги са којим је бранио, ријечима: „Ово му није требало, сада је готов”. Тако је и било. Само пар мјесеци након тога је стријељан. Иако је објективно направио тежак кривични гријех, можда је ова несувисла и неваспитана реченица била онај тег „правде” која је дијелила живот од смрти.

Ја, поштоване колеге, са правом рачунам на Вашу професионалну част и пун објективизам. Код мене нема ни трага помисли да ћете данашње, а и раније, понашање Томовског, од којег се понекад и ја стидим, инкорпорирати у своју пресуду опредјељујући се поново за смрт. Чак сам убијеђен да ће се са овим постићи контра резултат од очекиваног јер се и са овим поткрепљује теза одбране да судите човјеку који прије заслужује азил него затвор. Све упућује на закључак да овај човјек неће да живи а то није избор ментално здраве личности. Сада се присјећам када је на претходном претресу, док му се омча лелујала око врата са мазохистичком насладом казао: „Хоћу да видим како и то изгледа” мислећи на моменат када ће смртна казна над њиме бити извршена.

Десет година живота проведеног у затвору и то у вријеме када се формира личност и карактер, његова снажно изражена психопатска структура и више од двије године дана за које је вријеме био у неподношљивој сјенци смрти, створили би и од ментално стамене и физички здраве лич-

ности човјека који није подобан за кривичноправни третман а поготово не за смртну казну. Зато Томовског треба лијечити, и помоћи му, а не судити му. Стога, он не заслужује Ваш презир него сажалење. У том смислу не треба акцептирати налаз вјештака јер је он професионално инфериоран, недоречен и фрагментаран. Пошто се и психијатрија као релативно нова научна дисциплина заснива на искуственим а не егзактним показатељима, према њој и њеним интерпретаторима треба бити опрезан и сумњичав. Јер, како иначе тумачити казивање доктора Грујића који је на моје питање: како се усуђује тврдити да је Томовски здрава личност када ни након више од двије године овај није подвргнут неуропсихијатријском прегледу а инсистира се на његовој урачуљивости, управо овако одговорио: „Према начину извршења кривичног дјела!“ Пошто је очито да се ради о логичкој бесмислици и професионалној некомпетенцији, овакав став ваља игнорисати посебно што он може одлучити о животу или смрти.

* * *

Хтио бих да прокоментаришем и једну чињеницу која је промакла пажњи претходног вијећа а односи се на околност да би супруга убијеног могла да спаси убицу. Ради се о неспорном факту који је управо супруга покојног Делибашића изнијела и у истрази и на протеклом главном претресу. Наиме, након испалења другог патрона који је погодио Делибашића, његова супруга Нада је била уплакана и у паници покушавала да помогне умирућем супругу. Тада јој се оптужени обратио ријечима: „Не вичи, зови љекара“, након чега је нестао у мраку.

Приступајући логичком тумачену изговорених ријечи, намеће се једино логички закључак – Томовски, видјевши шта је урадио покушава да макар на тај начин помогне и конвалидира своју претходну радњу и евентуалну смртну последицу на начин што би се позвао љекар да повријеђеном Делибашићу спаси живот. Дакле, језиком права, он није хтио смртну последицу али је пуцајући пристао на њено наступање. Одбрана би хтјела да капитализира управо овај субјективни моменат јер он говори да оптужени није безосјећајна звијер која хоће смрт своје жртве пошто пото, премда на њу пристаје.

Тако би радња извршења кривичног дјела у погледу виности била бенефицирана јер се не ради о директном него о евентуалном умишљају. Истина, овог несрећника и са овом врстом виности можете послати на губилиште, јер законских запрека нема, али сам убијећен да после тога више не бисте могли мирно да спавате.

Била би то морална бласфемија исто као да се изврши смртна казна над битно смањено урачуљивим човјеком иако закон то не брани. Међутим, морални дефицит закона не ескулира од одговорности судије. Ради се о граничним случајевима које цивилизовани народи и хумани људи не санкционишу смрћу, изражавајући тиме свој етички презир према реализацији свега што је несигурно, посебно када је у питању људски живот. In dubio pro geo је стара максима мудрих и часних људи које се беспоговорно држе сви они који хоће да сачувају самопоштовање и углед права и правде. То је онај Рубикон који се не смеје прећи ни због нас, ни због оптуженога, а посебно не због истине. Мислим, уважене судије, да ово треба да буде онај наговјештај наде на теразијама богиње Јустиције која ће Вас одредити да, умјесто Ваших претходника који су гласали за смрт, Ви будете за живот, ма какав он

био, овог несрећника и усамљеника. Он није ђаво и бездушник у мјери на којој инсистира оптужница јер он, у крајњој инстанци, хоће да његова жртва буде спасена. Зато вјерујем да дубоко у њему, ипак, пулсира човјек са свим својим манама и врлинама, и зато молим да му пружите шансу да живи.

* * *

Опет бих се, уз Ваше допуштење, али у другом контексту, вратио налазу експе неуропсихијатара и психолога. Без обзира на крајњи закључак да комуницирате и судите урачуњљивој личности, остале су многе психијатријске, психолошке, социолошке и педолошке дилеме и контрадикторности, што цјелокупном послу експерата не даје право на правну и моралну опстојност.

О чему се ради?

Јуче је вјештак др Грујић на моје питање, слободно интерпретирајући његов одговор отприлике казао: „Оптужени је постао криминалац због криминогене средине у којој је растао, друштвеног окружења, породичне генезе и генетског рејтинга”.

Коначно, јавни тужилац је, али хотећи да издејствује сасвим другачији резултат него ја, казао, а што ја апсолутно и без поговора прихватам, да је порив за вршење кривичних дјела код Томовског „јачи од њега”. Овакав став је акцептирао и вјештак.

Хтио бих, уз Ваше допуштење, да прокоментаришем овај став, на чему је одбрана од почетка инсистирала, на жалост без успјеха.

Ниједан човјек не живи, па ни Томовски није живио, у некој врсти безваздушног простора, стерилној социјалној средини и окружењу које је лишено присуства других. „Са ким си, онакав си”, давно је казао наш народ и није погријешио. Неспорно је да је цијели живот Томовског био пакао. Родитељи су му се као дјечаку развели а њега без милости препустили ђудима улице и животној вјетрометини која је била опора и очајна. У битном, ту „успијевају” само асоцијални типови од којих једна неоформљена личност, попут сунђера, упија све што не вреди, јер они вредност и немају. То је миље у којему царује деструкција, порок и несрећа. Ту се регрутују затворски абоненти, животни губитници и друштвени талог због којег постоји полиција, тужилаштво и суд. То је средина у којој је само порок врлина. Криминал и опструкција закона су једине вредности које се респектују и дубоко цијене. Ко тако не чини, а чине сви, изложен је подмијењу и прогону јер се написана правила понашања морају поштовати пошто је то основ и услов опстанка и припадности чопору. Понашати се другачије је светогрђе које заслужује прекор и одговарајућу санкцију. И онај ко би, евентуално, хтио да се отргне од криминогене средине, за то нема шансе јер му сасвим објективизиране могућности то не дозвољавају пошто је сиромах и неуча биједа која може опстати само ту, било како и под било каквим условима. И опет ће се старо правило: „с ким си, онакав си” потврдити у својој животној огољености и трагици. Зато, нема бјекства и нема ресоцијализације.

Подсјећам Вас, поштоване судије, да је историја кривичног права пуна података о томе да су стотинама година цијеле генерације неких породица завршавале, као по неком проклетству, на губилиштима. То су људи који никада нијесу имали шансу, исто као што имају шансу синови дипломата или банкара који су захваљујући друштвеној моћи и богатствима својих очева постали уважене личности, као што ће, уосталом, то бити и њихова

дјеца, без обзира на њихову вредност. Како би метафорично казали Американци: „Битно је звати се Гетсби”.

Присјећам се и наше актуелне ситуације када дјеца и пријатељи високих државних и политичких управљача, попут неке природне закономјерности, постају, и ако многи безвриједни и ефемерни, дипломате од каријере, шефови пробитачних фирми, представници у иностранству и све оно што ми Томовском нијесмо омогућили. Њега смо згазили, уништили као личност а онда га бацили на само друштвено дно и зато не можемо од њега, као ни од других, њему сличних, тражити да буду јунаци без мане и страха са којима би се поносили. Ми смо их као друштво створили а сада покварењачки тражимо од Вас да их се лишите.

И потомци људи које, у сленгу, зовемо моћницима када направе неку кажњиву неподопштину или злочин, они неће сјести на оптуженичку клупу јер њихови очеви имају друштвене везе, моћ и новац што их ескулпира од било какве одговорности. Они могу одговарати само Богу али не и Вама. Зато, у име једнакости, бар од Вас могу да затражим, а да ми не замјерите, само дио правде које је Томовски био лишен. Ако већ није имао шансу да живи као други и буде једнак са њима, нека му то право не буде ускраћено у смрти. Мислио сам да Вас замолим да му дозволите да умре природно.

Мој је брањеник, да се метафорички изразим, растао у друштвеном чопору и зато је, чак и да то није хтио, морао прихватити законе и правила чопора. Слобода воље је ту сведена на минимум јер је детерминисана владавином околине. Када се томе дода и породична генеза која је била континуирани пакао и материјална биједа крунисана разводом највољенијих, овакав развој и физиономија његове личности се морала, сасвим разложно, и очекивати. Зато сам увјерен да он не би смио да одговара за оно што није крив.

Без страха тврдим да је Томовски имао другачије друштвене услове и родитеље који би му пружио солидан породични одгој, били бисте лишени данашњег суђења и сасвим људске дилеме како да пресудите. Овако, врућ кромпир, како ми то у народу кажемо, је малициозно гурнут Вама у руке а тиме и потенцијални гријех који би евентуално могли учинити осуђујући изнова овог усамљеника, али и човјека, на смрт.

Коначно би се у овом дијелу осврнуо, накратко, на ријечи вјештака који је, поред осталог, казао да је криминогено понашање оптуженога и последица његовог „генетског рејтинга”. Како сам ја то лаички схватио, вјештак је мислио на психијатријску генезу оптуженикових родитеља и других предака који су, изгледа, по његовој тврдњи, били личности истог или сличног формата као и оптужени. Надам се да не треба објашњавати и одузимати Вам вријеме дешифрујући овакав сасвим разложен закључак, па Томовски није одговоран за оно што је наслиједио у психофизичком смислу од својих предака. Дакле, његов „генетски рејтинг”, како рече вјештак, је у функцији његовог асоцијалног понашања а он за то није крив исто као што није крив што се родио. Убијећен сам да ће Вијеће овој околности дати праву димензију која такође бенефицира кривичноправни статус мога клијента.

Надаље, сасвим је депласирана и сама помисао о ресоцијализацији осуђеника за вријеме издржавања казне, на чему инсистира јавна тужба. Југословенски затвори, као уосталом и сличне институције у неразвијеном свијету, изузев часних преседана у неким цивилизованијим земљама, Скандинавији посебно, нијесу осуђенике учинили човјечнијим и одвикли их од криминала. Наши су затвори, на жалост, сјајне школе криминала где се

„занат“ безакоња усавршава и „бруси“ до перфекције јер криминалци живе са сличнима себи којом приликом сопствена искуства преносе на своју сабраћу у патњи. Пенелоска искуства Југославије и број најтежих повратника упућују на овакву тезу. По мом скромном увјерењу, Томовски би се ресоцијализовао да је робијао са судијама и тужиоцима, и са по којим адвокатом, а не са стандардним осуђеницима, што је наравно само у сфери немогуће претпоставке. Тек онда би постао оно што друштво очекује од сваког свог припадника – непорочна личност, добар комшија и добар отац фамилије, а не човјек који из користољубља атакује на живот часних грађана. Међутим, пошто је и по закону и по социјалној логици осуђен да се дружи и битише са онима који су као он, резултат је поразан по оптуженога, све актере овог поступка и друштва у цјелини. Међутим, кривницу друштва не би било морално преваљивати на оне који су фрустрирани, унесрећени и обележени његовом кривоцом.

* * *

На Ваш упит, поштовани Предсједниче, да ли се Томовски може поправити, ангажовани вјештак није искључио такву могућност рекавши да је то иманентно човјеку. Да је другачије закључио порушио би себе и сваку вјеру у педагошке манире затворских власти и њихову васпитачку терапију, као и вјеру да човјек ипак није дивља животиња јер се и оне дају припитомити ако имају право дресера и васпитача.

Код оваквог стања ствари, остала је могућност да се Томовски може поправити и вратити се у окриље друштва које га је изневјерило а он му је тако страшно узвратио. На жалост на кривом мјесту и на погрешан начин.

Ако постоји и минимална шанса за ресоцијализацију, а постоји, казао је вјештак, смртна казна се не смије ни изрећи а још мање извршити. У противном, она би представљала освету а она је неморална јер као квалификаторну околност узимате је и Ви, судећи убиства мотивисана безобзирном осветом. Зато, свелати се, посебно када то чини држава, је срамно. Тиме она губи иманентно јој достојанство и ауторитет и подаје се пороцима и ниским страстима чиме се спушта на ниво неуротичних, опскурних и фрустрираних појединаца. Држава као носилац империјума то себи не смије дозволити. У противном чини гријех и губи самопоштовање.

На основу изложенога, а пошто није искључена могућност ресоцијализације, чак ни по вјештаку који је несклон моме клијенту, сматрам да му треба омогућити да поправи и исправи, бар дјелимично, тешке гријехе своје младости. Сигуран сам да ће то вријеме бити и дуго и тешко.

* * *

Смртна казна коју је Ваш претходник изрекао мом клијенту није реципрочна злочину који је починио. Она је далеко више, горе и теже од њега.

Мој осјећај праведности, можда, не би тангирала ни освета али да је за почињени злочин Томовски убијен одмах након његовог извршења. Тада би постојао паритет и потпуна једнакост између злочина и казне. Истина, тада би прихватили Закон талиона и старозавјетно начело Мојсијевог закона: око за око, зуб за зуб, глава за главу, ужег за ужег... Међутим, између Мојсијевог закона, као закона освете, и конкретне ситуације мога клијента постоји огромна разлика и дубоки квалитативни јаз који се не може морално прав-

дати и емоционално схватити. Наиме, Томовски већ више од двије године вегетира под моћним манусом целатове сабље очекујући свакога праскозорја да му се пришуњамо, оборимо га, окујемо и одведемо га на губилиште. Тај страх и неизречиве моралне патње којима је подвргнут сваки осуђеник на смрт се не могу компарирати са претходним злочиним и патњама покојног Делибашића. Управо то стално присуство помисли на блиску смрт, тај бесрамни државни ритуал смрти, обеспокојава осуђеника да на крају од њега направи људску крпу и комад фермента који више не можемо назвати човјеком. Како је казао један познати британски целат, који је на десетине несрећника успјешно отпремио на онај свијет, „када ставим руку на њих, они су већ полумртви”. То је резултат стрепње од доласка целата којој подлежу сви осуђеници на смрт исчекујући одлазак на пут без повратка.

Да је Томовски дуготрајно мучио своју жртву предочивши јој да ће, на крају, ипак, умријети, постојао би неки реципроцитет у патњама жртве и злочина. Међутим, свега тога није било јер се све десило у трену, па се све преко онога што је поднијела жртва показује као „вишак” који не би представљао освету него духовно черечење што је посебан квалитет који тангира наш осјећај правде, чак иако смо по свим унутрашњем склопу осветници.

Томовски је протекле двије године, а можда ће и наредне двије, само размишљао и представљао себи како ће једнога праскозорја скончати, ни мало славно, везан за колац на крају необележенога гроба. У истражном затвору се не ради и сви имају времена да размишљају о својој судбини и перспективама а једина перспектива Томовског је смрт коју он замишља, можда, и драматичније него што она стварно јесте. Ужасава се и живи у сталној паници која му убија дух и пустоши душу због предстојеће егзекуције. Осуђеници који су починили капиталне злочине и који су дуго били по затворима, савршено су свјесни специфичне сценографије коју проводе егзекуционе власти прије погубљења. Прво добијете пресуду, па се на њу жалите, па добијете нову којом се прва потврђује, па чекате када ће се смиловати да онако конзилијарно дођу у вашу ћелију и кажу вам да ће вас погубити за 24 сата. И тада избјегавају да вас гледају у очи и изгледају као да су они убили а не ви, па вас поварењачки питају која вам је последња жеља, као да је то све више уопште важно.

Осуђеници на смрт прије погубљења обично хоће да се виде и поздраве са најближима. Међутим, Томовски нема ни блиских ни драгих па ће умријети сам као што је и живио. Родитељи га, и ако су живи, никада нијесу посјетили у затвору, као ни сестра. Што се тиче пријатеља, и они су сви у затвору. Можда неки, као и он, очекују извршење смртне казне. Зато њему нема ко доћи. Са предсједником егзекуционе комисије, осталим званичницима и целатима ће попити боцу коњака, како је то већ једном учињено, а онда ће мирније отићи. Зна да су тада и судије и тужиоци и стрелци великодушнији па и сами потегну по коју не би ли га спријечили да их посјети у сну.

Овим поводом, уважене судије, не бих имао више ништа да кажем али молим да се оптужени осуди на временску казну. Мислим да је то евиваленат почињеном злочину. Био бих срећан када би и Ви тако мислили.

Епилог

Након овога, Суд је закључио главни претрес и саопштио да ће пресуда бити донесена и јавно објављена за један сат.

Све то вријеме сам размишљао да ли је одбрана била дјелотворна или ју је требало конципирати на други начин. Био сам у дилеми да ли је моја повремена опорост у излагању свог става била контрапродуктивна циљу који сам хтио да постигнем и да ли сам добро процијенио судско вијеће, посебно његовог Предсједника, као храбре и искусне људе који познају живот и са оне храпавије стране па их неће озлоједити отвореност браниоца који без кетманске еквилибристике износи своје виђење ствари. Опрезан правни аналитичар би, по свој прилици, нашао доста замјерки мом ангажману у поступку, као и у завршној ријечи, али сам сигуран да би ме поштедио сваке сумње у присуство и најмање дозе личног или професионалног непоштења. Учинио сам све што сам могао, а људи нијесу богови, како је једном приликом, али другим поводом, закључио Бора Чејовић, и тако им треба судити.

Када је судски записничар позвао присутне да саслушају пресуду, хитро сам, и са узбуђењем, похитао у судницу и још са врата погледао у Вијеће. Као и много пута раније, хтио сам са њихових лица прочитати како су пресудили. Овога пута нијесу гледали у плочу стола а Предсједник је помало расијано гледао у Томовског и његово пепељасто лице орошено ситним капљицама зноја. Без размишљања сам оцијенио да је добио 20 година робије. Тако је и било.

Када смо излазили, у ходнику сам се по први пут руковао са Томовским. Његова рука је била хладна попут глечера и врло влажна. Шта му је било у души, нијесам га питао. Више се никада нијесмо видјели. Вјероватно му је доста и адвоката и судија и тужилаца. Сада ратује са озбиљнијим проблемима.

Као што сам и очекивао, јавни тужилац је изјавио жалбу на пресуду на коју сам ја дао свој одговор.

На сједници Вијећа Врховног суда, заступник јавне тужбе у лицу Миодрага Бондовића, иначе замјеника Државног тужиоца Црне Горе, остао је при жалби подређеног колеге. Ипак, на његовог лицу се видјело да није пресрећан због тога. Пожелио сам да то закључи и Вијеће.

Судија Драшко Лекић је и овога пута реферисао прецизно и кратко, не изостављајући ништа битно, али и не бавећи се ефемерним. Када је сједница завршена, мој традиционални скептицизам ме је напустио. По први пут сам био убијеђен да ће Томовски живјети. Када је Врховни суд својом пресудом потврдио мој оптимизам, хтио сам се поштено напити, како сам себи већ био обећао, али сам био потпуно празан. Отишао сам да спавам.

Проф. др Мирослав Шовљански
специјалиста за судску медицину

СТРУЧНИ ПОМАГАЧ ИЛИ КОНТРОЛНО ВЕШТАЧЕЊЕ

У јавној расправи на тему „Вештачење у парничном и кривичном поступку” у АК Војводине поднета су три интересантна излагања на наведену тему, а подстакнут овим, слободан сам да изнесем и своје мишљење и предлоге на ову заиста значајну тематику.

Знање вештака је стручно знање којим суд – судија не располаже. Вештак „позајмљује” (издаје у закуп – *usus fructus*) суду своје стручно знање и служи му као „продужена рука” за разјашњење стручних чињеница.

Овде се сада крије више опасности:

- експертизација поступка,
- опасност да пресуду доносе вештачи,
- како и ко ће вредновати налаз и мишљење вештака, ако је већ унапред утврђено да суд за ово „не располаже потребним стручним знањем”.

У парничном поступку је на неки начин разумљива потреба за институцијом „стручног помагача странке” која институција, како је већ речено, постоји у члану 63 Закона о општем управном поступку. Овај „стручни помагач странке”, дакле „шапуће на ухо” адвокату чињенице из своје стручне области. Он, на неки начин, покушава да обори стручни налаз који изговара други адвокат, којем је такође његов стручни помагач дошаптавао.

И чему то?!

Зашто један стручни помагач странке не напише свој стручни налаз, експертизу, и јавно га не презентује, тако да стручни помагач друге странке може да стави своје стручне примедбе, или чак да изнесе сасвим друго мишљење и други, па и супротни закључак.

А како би то требало да изгледа у кривичном поступку где Суд именује вештака? Да ли ће Суддонети пресуду на основу налаза „свог вештака” у чији налаз и његову потпуност и савршеност нити хоће нити може да посумња. Ово, особито у ситуацији, када иза таквог вештака стоји нека импресивна титула, или још импресивнија званична институција.

Неће ли то значити да вештак заправо доноси пресуду?

Ако вештак, именован од Суда, објективно, потпуно, стручно и истинито изнесе свој налаз и мишљење о предмету који Суд пред њега поставља, он сигурно неће имати ништа против да се суочи и конфронтира са

евентуалним другим стручним мишљењем о истој проблематици. Он ће тада да усагласи свој став и мишљење са другим различитим мишљењем. Уколико се налази и мишљења између оваквих вештака суштински и битно не разликују, тада нема ни потребе да се Суду доставља приватни налаз и мишљење, јер то нема утицаја на даљи поступак.

До сада нема, по мом мишљењу, никаквих проблема.

Проблеми ће настати тек „ако свако остане при свом мишљењу”. Да ли Суд треба да тражи новог вештака, нову установу за вештачење, групу вештака и слично, а све то тако може да иде у недоглед.

Ово мора да се регулише. Како?

По моме мишљењу је могуће да се овај проблем реши и на следећи начин:

Трошкови вештачења и поступка привремено падају на терет Суда. Ако се због овог неслагања вештака трошкови поступка повећавају, а повећаваће се, тада се може ова проблематика решити следећим начином.

Трошкови проистекли из даљих вештачења, са којима ће да се сложе и вештаци, треба да падају на терет оног вештака за којег се утврди да је вештачио непотпуно, нетачно, погрешно или недовољно стручно.

Можда овај предлог треба да буде исказан правном терминологијом, али суштина би требало да остане.

Овакав поступак би недвосмислено „за час” створио јасну ситуацију и код Суда и код одбране и оптужбе, а првенствено код вештака.

То би истог часа довело до селекције вештака и остали би само они вештаци који су сигурни у своје знање и умење.

По данашњем стању ствари, вештак може да да свој налаз и мишљење пред Судом, да то мишљење буде измењено или одбачено, а да он ипак задржи добијену награду за вештачења, независно од тога каква је судбина његовог налаза и мишљења. Он заправо не одговара за тачност свога налаза за који је плаћен од стране Суда или да кажемо наручиоца посла.

У садашњој ситуацији он не даје никакве материјалне гаранције да је његов стручни налаз (испоручена роба) високог квалитета и да је потпуно исправан.

Он се ни на који начин материјално не обавезује за исправност свог налаза и мишљења.

Уколико би од Суда именовани вештак знао да је могуће да његова експертиза буде критички третирана од другог вештака, сигурно би и тај првотни налаз и мишљење добили у свом квалитету.

Сигурно је да ће у овим мишљењима вештака моћи да дође до изражаја и опредељеност вештака за различите приступе, правце и школе, али то се мора на неки начин да усагласи да би се грађанима загарантовала једнакост пред законом.

Исто тако нека вештачења могу да буду егзактна и мерљива, а нека са већом или мањом вероватноћом, али то вештак треба „јасно и гласно” да каже и напише.

Такође у случајевима постојања других школа или праваца за конкретну проблематику, то треба да буде експлиците речено, па би се и вештак „заштитио”, а и Суд би могао да боље вреднује доказе добијене вештачењем.

Не треба наглашавати да би се и вештак могао да „осигура од грешке”, као што би требало да се и лекари терапеути осигуравају, а што је у свету потпуно одомаћено.

Није потребно свако судско медицинско вештачење (и вештачење уопште) да буде подвргнуто контра вештачењу. Оставимо да то одлуче странке у поступку.

Проф. др Мирослав Шовљански
специјалиста за судску медицину

СТРУЧНИ ПОМАГАЧ ИЛИ КОНТРОЛНО ВЕШТАЧЕЊЕ

У јавној расправи на тему „Вештачење у парничном и кривичном поступку” у АК Војводине поднета су три интересантна излагања на наведену тему, а подстакнут овим, слободан сам да изнесем и своје мишљење и предлоге на ову заиста значајну тематику.

Знање вештака је стручно знање којим суд – судија не располаже. Вештак „позајмљује” (издаје у закуп – *usus fructus*) суду своје стручно знање и служи му као „продужена рука” за разјашњење стручних чињеница.

Овде се сада крије више опасности:

- експертизација поступка,
- опасност да пресуду доносе вештаци,
- како и ко ће вредновати налаз и мишљење вештака, ако је већ унапред утврђено да суд за ово „не располаже потребним стручним знањем”.

У парничном поступку је на неки начин разумљива потреба за институцијом „стручног помагача странке” која институција, како је већ речено, постоји у члану 63 Закона о општем управном поступку. Овај „стручни помагач странке”, дакле „шапуће на ухо” адвокату чињенице из своје стручне области. Он, на неки начин, покушава да обори стручни налаз који изговара други адвокат, којем је такође његов стручни помагач дошаптавао.

И чему то?!

Зашто један стручни помагач странке не напише свој стручни налаз, експертизу, и јавно га не презентује, тако да стручни помагач друге странке може да стави своје стручне примедбе, или чак да изнесе сасвим друго мишљење и други, па и супротни закључак.

А како би то требало да изгледа у кривичном поступку где Суд именује вештака? Да ли ће Суддонети пресуду на основу налаза „свог вештака” у чији налаз и његову потпуност и савршеност нити хоће нити може да посумња. Ово, особито у ситуацији, када иза таквог вештака стоји нека импресивна титула, или још импресивнија званична институција.

Неће ли то значити да вештак заправо доноси пресуду?

Ако вештак, именован од Суда, објективно, потпуно, стручно и истинито изнесе свој налаз и мишљење о предмету који Суд пред њега поставља, он сигурно неће имати ништа против да се суочи и конфронтира са

евентуалним другим стручним мишљењем о истој проблематици. Он ће тада да усагласи свој став и мишљење са другим различитим мишљењем. Уколико се налази и мишљења између оваквих вештака суштински и битно не разликују, тада нема ни потребе да се Суду доставља приватни налаз и мишљење, јер то нема утицаја на даљи поступак.

До сада нема, по мом мишљењу, никаквих проблема.

Проблеми ће настати тек „ако свако остане при свом мишљењу”. Да ли Суд треба да тражи новог вештака, нову установу за вештачење, групу вештака и слично, а све то тако може да иде у недоглед.

Ово мора да се регулише. Како?

По моме мишљењу је могуће да се овај проблем реши и на следећи начин:

Трошкови вештачења и поступка привремено падају на терет Суда. Ако се због овог неслагања вештака трошкови поступка повећавају, а повећаваће се, тада се може ова проблематика решити следећим начином.

Трошкови проистекли из даљих вештачења, са којима ће да се сложе и вештаци, треба да падају на терет оног вештака за којег се утврди да је вештачио непотпуно, нетачно, погрешно или недовољно стручно.

Можда овај предлог треба да буде исказан правном терминологијом, али суштина би требало да остане.

Овакав поступак би недвосмислено „за час” створио јасну ситуацију и код Суда и код одбране и оптужбе, а првенствено код вештака.

То би истога часа довело до селекције вештака и остали би само они вештаци који су сигурни у своје знање и умење.

По данашњем стању ствари, вештак може да дâ свој налаз и мишљење пред Судом, да то мишљење буде измењено или одбачено, а да он ипак задржи добијену награду за вештачења, независно од тога каква је судбина његовог налаза и мишљења. Он заправо не одговара за тачност свога налаза за који је плаћен од стране Суда или да кажемо наручиоца посла.

У садашњој ситуацији он не даје никакве материјалне гаранције да је његов стручни налаз (испоручена роба) високог квалитета и да је потпуно исправан.

Он се ни на који начин материјално не обавезује за исправност свог налаза и мишљења.

Уколико би од Суда именовани вештак знао да је могуће да његова експертиза буде критички третирана од другог вештака, сигурно би и тај првотни налаз и мишљење добили у свом квалитету.

Сигурно је да ће у овим мишљењима вештака моћи да дође до изражаја и одређеност вештака за различите приступе, правце и школе, али то се мора на неки начин да усагласи да би се грађанима загарантовала једнакост пред законом.

Исто тако нека вештачења могу да буду егзактна и мерљива, а нека са већом или мањом вероватноћом, али то вештак треба „јасно и гласно” да каже и напише.

Такође у случајевима постојања других школа или праваца за конкретну проблематику, то треба да буде експлиците речено, па би се и вештак „заштитио”, а и Суд би могао да боље вреднује доказе добијене вештачењем.

Не треба наглашавати да би се и вештак могао да „осигура од грешке”, као што би требало да се и лекари терапеути осигуравају, а што је у свету потпуно одомаћено.

Није потребно свако судско медицинско вештачење (и вештачење уопште) да буде подвргнуто контра вештачењу. Оставимо да то одлуче странке у поступку.

КРИВИЧНО МАТЕРИЈАЛНО ПРАВО

Нужна одбрана (Члан 9. КЗЈ)

Напад се има сматрати противправним и поред тога што је уследио након прекора који је оптужени упутно оштећеном на његово понашање, па се због тога одбијање таквог напада има оценити као поступање оптуженог у нужној одбрани.

Из образложења:

У кафићу на рођенданској журци нашли су се оптужени са девојком и оштећени са својим друштвом. Седели су независно једни од других. Раније су се само познавали. Нису имали сукоба. У два пута избија туча међу младићима у којој оптужени не учествује, а оштећени их развађа. У тренутку кад се пали светло, оптужени устаје и полази према оштећеном и његовом друштву и говори: „Шта вам је младићи који вам је к...”, на то оштећени почне да туче оптуженог рукама, и када овај пада преко столице удара га два пута пивском флашом по глави (има лаке телесне повреде) и у тренутку кад се оптужени почео да диже, оштећени разбијеном флашом поново полази на њега и кад је био на одстојању од 1–1,2 м оптужени пуца из пиштоља, па једним метком погађа оштећеног у стомак и наноси му тешку и по живот опасну телесну повреду. У пиштољу је било још четири метка.

Како је оптужен за покушај убиства, то је првостепени суд правилно нашао да је оптужени деловао у нужној одбрани, те га

је применом члана 9. став 1. КЗ СРЈ и члана 350. тачка 1. ЗКП, ослободио од оптужбе.

(Врховни суд Србије, Кж. I. 1166/93 од 9. децембра 1993)

Нужна одбрана (Члан 9. КЗЈ)

Оптужени се не може позивати на поступање у нужној одбрани у ситуацији када је прихватио предлог оштећеног да се међусобно физички обрачунају и када је у том обрачунању оштећеном нанео телесне повреде, јер се у таквој ситуацији сваки од њих налази истовремено у улози нападача и нападнутог.

Из образложења:

Неосновано се жалбом првостепена преграда побија због повреде кривичног закона. У вези с тим жалба указује на поступање оптуженог у нужној одбрани. Међутим, постојање нужне одбране не произилази из правилно утврђеног чињеничног стања. Сем тога, оптужени се не може позивати на нужну одбрану, с обзиром на то да је прихватио предлог оштећеног да изађу из собе напоље и да се физички обрачунавају. У таквој ситуацији сваки од њих се налази у улози нападача и нападнутог, па се стога ниједан од њих, па ни оптужени, не може позивати на поступање у нужној одбрани.

(Врховни суд Србије, Кж. I. 1227/93 од 7. децембра 1993)

СВОЈИНСКО-ПРАВНИ ОДНОСИ

Отуђење исте непокретности двојници
стицалаца по два посебна правна посла

Када су два лица закључила посебне правне послове ради стицања права својине на исту непокретност, о јачем праву суд одлучује применом начела савесности и поштења и начела забране злоупотребе права.

Када су оба стицаоца савесни, а ниједном од њих непокретност није предата у државину нити је који исходио упис права својине у земљишту, односно другу јавну књигу, јачи правни основ има ранији стицалац.

Када су оба стицаоца савесна јачи правни основ има онај који је исходио упис у земљишту, односно другу јавну књигу, а ако ниједан од њих није исходио упис у земљишту, односно другу јавну књигу, јачи је у праву онај стицалац коме је непокретност предата у државину.

Ранији савесни стицалац има јачи правни основ у односу на несавесног каснијег стицаоца. Ово и у случају када је отуђивалац непокретност предао у државину каснијем несавесном стицаоцу или је несавесни стицалац исходио упис у земљишту, односно другу јавну књигу.

Из образложења:

У току првостепеног поступка утврђено је да је на основу уговора о поклону Ов. бр. 1991/85 од 20. августа 1985. године отац тужиоца сада пок. С.П. поконио тужиоцу 3/4 куће у селу К. са двориштем и вртом саграђене на кат. парц. бр. 6990, површине 6,52 ара, поседовни лист бр. 1478 КО.К. Такође је утврђено да је уговором о купопродаји Ов. бр. 516/89 од 30. марта 1989. године тај део куће сада пок. отац тужиоца продао туженом.

Погрешно је другостепени суд применио материјално право када је у побијаној другостепеној пресуди закључио да су саме по себи те чињенице довољан разлог за усвајање тужбеног захтева, односно за утврђивање да је тужилац на основу уговора о поклону из 1985. године власник 3/4 дела спорне куће а да уговор о купопродаји из 1989. године не производи правно дејство.

У овој правној ствари, у ситуацији када су два лица закључила посебне правне послове ради стицања права својине на исту непокретност, о јачем праву треба одлучити применом начела поштења и савесности и начела забране злоупотребе права. Због тога, када су оба стицаоца савесна, а ниједном од њих непокретност није предата у државину нити је извршен упис у јавну књигу, јачи правни основ има лице које је раније закључило правни посао. Ако су оба стицаоца савесна, јачи правни основ има стицалац који је исходио упис у јавну књигу, а ако ниједан од њих није исходио упис у земљишту, односно другу јавну књигу, јачи је у праву онај коме је непокретност предата у државину. Ако је стицалац који је раније закључио правни посао ради стицања непокретности савестан, он има јачи правни основ у односу на стицаоца који је несавестан а који је касније закључио правни посао ради стицања те непокретности. Ово и у случају када је ранији власник непокретности предао у државину каснијем несавесном стицаоцу, или је несавесни стицалац који је касније закључио правни посао исходио упис у земљишту, односно другу јавну књигу.

Према томе, како се у овој правној ствари ради о двоструком отуђењу једне исте непокретности, и то први пут по основу уговора о поклону из 1985. године, а други пут по основу уговора о продаји из 1989. године, то је потребно провести додатно доказивање ради утврђивања савесности стицалаца непокретности, овде странака, а то утврђивањем чињеница на основу којих се може ценити савесност странака а пре свега када је и на кога извршен упис спорних непокретности у јавној књизи, када је извршен пренос, односно предаја непокретности у државину стицаоцу и других чињеница од утицаја на закључак о савесности парничних странака у закључивању правних послова.

Како је због погрешне примене материјалног права чињенично стање непотпуно утврђено, то је применом одредбе члана 395. став 2. ЗПП потребно другостепену и првостепену пресуду укинати и предмет вратити првостепеном суду на поновно суђење.

У поновном поступку првостепени суд ће спровести доказивање ради утврђивања изнетих чињеница и околности, те ће након тога, а у зависности од резултата изведених доказа, поново одлучити о тужбеном захтеву тужиоца.

(Врховни суд Србије, Рев. 4559/93 од 15. децембра 1993)

НОВЧАНЕ ОБАВЕЗЕ У УСЛОВИМА ИНФЛАЦИЈЕ

1. Када обавеза има за предмет своту новца, дужник је дужан да исплати онај број новчаних јединица на који обавеза гласи.

Али, ако је дуговани број новчаних јединица знатније обезвређен услед промене вредности динара, суд ће, на захтев повериоца, уколико нађе да околности случаја и правичност то оправдавају, досудити разлику обрачунату по просечној стопи раста цена на мало од настанка обавезе до доспелости, осим ако уговорне стране то нису обезбедиле уговарањем индексне клаузуле или на други начин.

Дужник у доњњи дугује и затезну камату од доспелости до исплате, на износ дуга обрачунат по просечној стопи раста цена на мало од настанка обавезе до доспелости.

2. Поверилац новчаног потраживања изложеног инфлацији има право да од дужника у доњњи поред главнице и затезне камате захтева и разлику до пуне накнаде штете. Штета се може састојати у губитку вредности одређене ствари, у губитку камате на штедњу под најповољнијим условима, или у каквом другом губитку.

3. Ако новчана обавеза сагласно или противно закону гласи на плаћање у некој страниој валути или се исплата по закону може извршити само у динарима, суд ће дужника обавезати на исплату динарске вредности износа стране валуте по најповољнијем курсу на дан исплате, по коме банка у месту плаћања откупљује ефективну страну валуту.

За време од доцње до исплате повериоцу припада домицилна камата у динарској противвредности обрачунатој на начин из претходног става.

Образложење:

1. За новчане обавезе важи правило номиналне вредности новца (монетарни номинализам), које правило је прихваћено у свим савременим правним системима, као и у нашем праву. Према одредби члана 394. Закона о облигационим односима код новчаних обавеза „дужник је дужан исплатити онај број новчаних јединица на који обавеза гласи, изузев кад закон одређује што друго”. У Закону о облигационим односима у више одредаба учињено је одступање од правила монетарног номинализма са циљем да се у условима нестабилног тржишта одржи уговорна равнотежа између права и обавеза. У одредбама 300 у којима је у односу на монетарни номинализам одређено „што друго” долази до афирмације основних начела облигационог права, а пре свега начела равноправности учесника у облигационим односима (члан 11), начела савесности и поштења (члан 12) и начела једнаке вредности давања (члан 15). Од такозваних заштитних монетарних клаузула посебно су од значаја одредбе о клизној скали, тј. о могућности усклађивања износа обавезе у новцу са променама у вредности новчане јединице (члан 397. 300), примена индексне клаузуле код Уговора о грађењу (чл. 636. и 637. 300), право повериоца да поред затезне камате тражи од дужника и разлику до потпуне накнаде штете (члан 278. 300), итд. При томе важно је истаћи да је Законом о изменама и допунама Закона о облигационим односима („Сл. лист СРЈ”, број 31/93) брисан члан 396. који је предвиђао ограничења у уговарању индексне клаузуле.

У условима изузетно високе инфлације, мерене растом цена на мало, долази до депресијације динара, односно до пада његове куповне моћи, а тиме и до правног реалног смањења обима новчане обавезе. Диспропорција између спољне моћи динара (курс) прописане од стране државе и његове унутрашње моћи (куповна моћ) је у последње време таква да је протеклом времена од дана настанка новчане обавезе до дана плаћања, готово немогуће одржати равнотежу између права и обавеза из уговора. Стопа инфлације у последње време

знатно превазилази индекс који се у економској теорији квалификује као суперинфлација. Тако, на пример, у јулу 1993. године месечна стопа раста цена на мало у односу на претходни месец износила је 531/6%, а годишња стопа, од јула 1992. до јула 1993. године, износила је 2,274,347,9%, за август 1993. године у односу на јули, стопа раста цена на мало износила је рекордних 1.980,6%, а у септембру 1993. године стопа инфлације износила је 743,2%, или годишње 150,997,553,20%.

Код овако високе инфлације задржавање номиналистичког начела довело би повериоца новчаног потраживања у апсурдан положај јер би протеком времена обавеза дужника била реално нижа за проценат инфлације, а што би даље изазвало низ других нежељених последица. Приликом доношења Закона о облигационим односима законодавац није имао у виду овакве економске односе и монетарна кретања. Према томе, постоји несклад између нормативног и стварног, па због тога постоји изразита потреба за екстензивнијим тумачењем одредаба које дају предност валоризму у односу на номинализам, а управо такав приступ учињен је у овом правном схватању Грађанског одељења.

Ово правно схватање односи се на могућност валоризма, и то за период од настанка обавезе, до доспећа исте, затим, за период од доспећа обавезе до плаћања (период доцње дужника), и најзад, на потраживање у новцу за обавезе које гласе у инострану валути.

Валоризација потраживања у новцу за време од настанка обавезе до њеног доспећа је најспорније правно питање, а посебно је то спорно код потраживања у новцу која имају свој основ у уговору. У том периоду монетарни номинализам представља правило, док је валоризам изузетак. За валоризам у том периоду није довољан услов да је услед инфлације дуговани број новчаних јединица знатно обезвређен, већ и да валоризацију обавезе захтевају околности случаја и правичност, што се процењује у сваком конкретном случају. Према томе, право на валоризам у том периоду треба рестриктивно примењивати. Ово

правило треба примењивати само ако валоризам странке нису уговориле применом индексне клаузуле. Исто тако, ако је приликом закључења уговора дужник новчног потраживања увећао цену за планирану стопу инфлације од дана настанка обавезе до дана доспећа, и тада би то представљало околности које искључују право повериоца на валоризацију новчаног потраживања, јер би у противном новчана обавеза била два пута валоризована. Постоје и друге околности које би искључивале повериоца новчаног потраживања на валоризацију новчане обавезе од дана настанка обавезе до дана плаћања, као што су посебни интереси странака да цена буде онаква какву су уговорили (интерес трајније пословне сарадње, итд.).

Овако утврђен износ новчане обавезе на дан доспећа представља основицу на коју поверилац новчаног потраживања има право на затезну камату за време доцње.

2. Штета за време доцње код новчаног потраживања надокнађује се, пре свега, преко затезне камате. Уколико затезна камата није довољна да покрије штету коју поверилац новчаног потраживања трпи због доцње дужника, тада поверилац има право на разлику до потпуне накнаде штете, а како је то предвиђено у одредби члана 278. став 2. ЗОО. Када се ради о накнади штете из члана 278. став 2. ЗОО, код утврђивања те штете и њене висине, треба применити општа правила о одговорности за штету. Одговорност штетника (дужника новчаног потраживања) се претпоставља јер она произлази из саме чињенице што је био у доцњи у погледу плаћања новчане обавезе. Ова врста штете се по правилу појављује у виду изгубљене користи, па се при оцени висине штете узима у обзир добитак који је поверилац могао основано очекивати према редовном току ствари или према посебним околностима, а чије је остварење спречено штетниковим пропуштањем да плати новчану обавезу у року (члан 189. став 3. ЗОО). Према томе, код утврђивања висине штете треба узети у обзир до каквог губитка за повериоца је довела дужникова доцња, односно ова штета може се састојати у губитку вред-

ности одређене ствари, у губитку камата на штедњу под најповољнијим условима, или каквом другом губитку. У сваком случају ова штета могла би се израчунавати на основу разлике између висине стопе затезне камате и стопе раста цена на мало од момента доспелости до момента плаћања новчане обавезе.

Код валоризма новчане обавезе за време доцње дужника треба разликовати правну ситуацију која је постојала до 3. јула 1993. године, тј. до дана ступања на снагу Закона о висини стопе затезне камате („Сл. лист СРЈ”, бр. 32/93). До тог дана висина стопе затезне камате одређивана је према висини есконтне стопе Народне банке Југославије увећане за 20%, и по том критеријуму висина стопе затезне камате била је знатно испод висине стопе раста цена на мало, па је редовно поверилац новчаног потраживања имао право да потражује од дужника и разлику до потпуне накнаде штете. Међутим, доношењем Закона о висини стопе затезне камате, тј. почев од 3. јула 1993. године висина стопе затезне камате одређена је према стопи раста цена на мало са увећањем од 12% месечно, па тако израчуната висина стопе затезне камате, дакле, садржи у себи инфлаторни део који је раван висини раста цена на мало и реално позитивни део од 1,2% месечно на стопу раста цена на мало. Због тога, после 3. јула 1993. године практично поверилац новчаног потраживања врло ретко ће бити у ситуацији да остварује штету од дужника која прелази висину стопе затезне камате. Да би имао право на ту штету потребно је да иста буде већа од висине стопе затезне камате, а то су врло ретке ситуације.

3. Најзад, треће питање о којем је заузето правно схватање јесте плаћање у динарима новчане обавезе која гласи у иностраној валути. Због велике разлике између званичног курса стране валуте и реалног курса плаћање у динарима обавезе која гласи на страну валуту по званичном курсу било би крајње неповољно и неправично по повериоца. Према одредби члана 395. ЗОО испуњење новчане обавезе која гласи у иностраној валути може се захтевати у домаћем новцу по курсу који важи у тренутку испу-

њења обавезе. Важно је истаћи да је према овој новелираној одредби код испуњења новчане обавезе која гласи у иностраној валути у динарима небитно да ли је обавеза у иностраној валути била сагласна или противна закону. Познато је да банке, поред званичног курса за откуп девизних средстава, дају и стимулације приликом куповине девиза, па тако откупни курс стране валуте представља званични курс увећан за стимулативни део. Ова стимулација је различита у зависности од пословне политике банке, па правно схватање предвиђа исплату по најповољнијем курсу на дан исплате по коме банка у месту плаћања откупљује ефективну страну валуту. Овај курс у сваком конкретном случају потребно је утврдити и на основу њега утврдити висину новчане обавезе.

ГРАЂАНСКО ПРОЦЕСНО ПРАВО

Спор из међусобног привредног односа

Спор из међусобног привредног односа у смислу члана 15. став 1. тач. а) Закона о судовима, за који је надлежан Привредни суд је спор који је настао између предузећа, или између предузећа и других правних лица, или између других правних лица, који произлази из промета робе и услуга на тржишту, без обзира на регистровану делатност тих лица.

Из образложења:

Привредни суд у Б. се решењем П. 46848/91. од 27. фебруара 1992. године, огласио стварно ненадлежним за суђење у овој правној ствари, те је одредио да се предмет уступи Општинском суду у Б., као стварно и месно надлежном суду.

Општински суд у Б. није прихватио своју стварну надлежност, те је изазвао сукоб надлежности и доставио предмет Врховном суду ради одлучивања о насталом сукобу надлежности.

Одлучујући о насталом сукобу надлежности, а на основу одредбе члана 23. став 2. ЗПП, Врховни суд налази да је за суђење у

овој правној ствари надлежан Привредни суд у Б.

Из садржине предметног списка произлази да тужилац у овој правној ствари, Градски друштвени фонд за грађевинско земљиште и путеве потражује од туженог Д.П. „Аероинжењеринг“ накнаду за уређење грађевинског земљишта за изградњу објекта тржишног центра, а према закљученом уговору странака бр. 688 од 5. децембра 1990. године.

Према томе, спорни однос странака произлази из њиховог међусобног привредног односа који је произашао из закљученог уговора странака, па како се ради о странкама које су правна лица, то је за суђење стварно надлежан Привредни суд, а према одредби члана 15. став 1. под а) Закона о судовима („Сл. гласник РС”, број 46/91).

За постојање међусобног привредног односа у смислу члана 15. став 1. Закона о судовима није битно да ли се промет роба и услуга обавља између предузећа која обављају привредну делатност или између предузећа и других правних лица, односно између других правних лица. Битно је, да спор произлази из промета робе и услуга, а спорни однос у овој правној ствари има такав основ.

(Врховни суд Србије, Р.І. 99/93 од 7. априла 1993)

**Плаћање законског издржавања
(Члан 309. Закона о браку и породичним односима)**

Кад обвезник законског издржавања остварује зараду у иностранству у валути земље у којој ради, прималац издржавања, и кад живи у Југославији, може тражити плаћање издржавања у инострану валути у којој давалац издржавања остварује зараду.

Из образложења:

„Предмет одлучивања у овој парници је захтев тужене да се обавезе тужилац да јој као необезбеђеном разведеном брачном другу плаћа на име издржавања по 564 DM

месечно, што чини 1/6 зараде тужиоца на раду у Немачкој.

Побијаном пресудом и поред пристанка тужиоца да плаћа туженој по 200 DM месечно, на име издржавања, туженој је досуђено издржавање у износу од 90.000 динара месечно.

Основно се ревизијом побија другостепена пресуда због погрешне примене материјалног права. Наиме, необезбеђени разведени брачни друг који је неспособан за рад или је незапослен, може да тражи у смислу члана 288. у вези члана 287. став 1. Закона о браку и породичним односима СР Србије да се обавезе други разведени брачни друг да му плаћа допринос за издржавање. Обавеза законског издржавања се утврђује у динарима, средству плаћања у СРЈ.

Међутим, изузетно, када обвезник законског издржавања остварује зараду на раду у иностранству у валути земље у којој ради, онда прималац издржавања може да тражи да му плаћа издржавање у инострану валути у којој давалац издржавања остварује зараду. Ово стога, што се у смислу члана 309. наведеног Закона, висина средстава која су потребна за издржавање тужиоца издржавања, утврђује према могућностима лица које је дужно да даје издржавање, а приликом оцењивања ових могућности за лице које се налази на раду у иностранству, имају се у виду примања која тамо остварује. Оваква обавеза се, на захтев тужиоца издржавања може утврдити и када се давалац издржавања противи захтеву за плаћање у инострану валути, па се тим пре, може утврдити и када давалац издржавања призна захтев за плаћање у инострану валути, јер овакво плаћање није у супротности са императивним прописима.

Како се тужилац сагласио да плаћа туженој на име издржавања по 200 DM месечно, а тај износ представља висину средстава која су туженој потребна за издржавање, Врховни суд је уважавајући као основану ревизију тужене преиначио нижестепене пресуде и обавезао тужиоца да јој плаћа на име издржавања по 200 DM месечно.”

(Врховни суд Србије, Рев. 4456/92 од 18. новембра 1992)

Мотив код уговора о поклону
(Чл. 52. Закона о облигационим односима)

Ништав је уговор о поклону непокретности ако је мотив због кога је поклон учињен отпао или се није остварио.

Из образложења:

„Према утврђеном чињеничном стању, тужила је предметне непокретности пренела на туженог, тако што је, знајући за праву цену непокретности закључила са туженим уговор о продаји непокретности за цену која је осам пута нижа од праве цене. Овако је тужила поступила очекујући да ће тужени са њом закључити брак, како је то и обећао. Очекивано обећано закључење брака са туженим био је тужили мотив за закључење наведеног уговора о преносу непокретности, који је у ствари, уговор о поклону, па зато мотив улази у основ уговора.

Како је мотив, изосталим закључењем брака странака, очигледно отпао, то је спорни уговор (о поклону) остао без основа, па је као такав ништав у смислу члана 52. Закона о облигационим односима, иако су потписи странака на уговору оверени код суда 13. септембра 1993. године.”

(Врховни суд Србије, Рев. 2877/93 од 8. септембра 1993)

Форма уговора

(Члан 4. Закона о промету непокретности, члан 37, 38. и 44. Закона о облигационим односима)

Уговор о поклону испуњава законом прописану форму у смислу одредби члана 4. Закона о промету непокретности и производи правно дејство иако су понуда и прихват понуде дати у два формално одвојена акта, а при томе је прихват понуде учињен по смрти лица које је дало понуду уколико је понуда дата без одређеног рока прихватања.

„Првостепени суд је утврдио да је власник на име накнаде за експроприсано земљиште добио друго земљиште које је путем изјаве оверене код суда пренео на туженог у овом спору. Тужени је у пресуди пред првостепеним судом признао ову изјаву као уговор о поклону. Због овога суд је закључно да непокретност која је предмет овако закљученог уговора о поклону не представља заоставштину покојног поклонодавца, већ овако закључен уговор о поклону испуњава законом прописану форму у смислу одредби члана 4. Закона о промету непокретности, јер је закључен у писменој форми, а потписи уговарача су оверени од стране суда. Наиме, изјава поклонодавца представља понуду, а прихват понуде представља пресуда у којој је тужени изјавио да прихвата поклон.

По оцени Врховног суда суд је правилно применио материјално право а правно схватање изражено о понуди и прихватању понуде је у складу са одредбама члана 37. и 38. Закона о облигационим односима, јер обе изјаве представљају битне елементе уговора о поклону, дате су у законом прописаној форми, а понудилац није одредио ни рок за прихват понуде.

У ревизији тужилаца се, међутим, посебно указује на то да ова два формална акта не могу представљати уговор о поклону, јер између уговарача није постојала сагласност воља, с обзиром да је изјава поклонопримца дата по смрти поклонодавца, Врховни суд је закључио да су ови наводи неосновани, јер је чланом 44. Закона о облигационим односима одређено да понуда не губи дејство ако је смрт наступила пре њеног прихватања, изузев ако нешто друго не произлази из намере странака, обичаја или природе посла. Начелно је, осим предвиђених изузетака, без икаквог значаја постојање једне од странака за закључивање уговора. У конкретном случају ни из обичаја ни из природе посла, не произлази што друго, а намера странака је очигледно била да се закључи уговор о поклону.”

(Врховни суд Србије, Рев. 1970/93 од 16. јуна 1993)

Сметање поседа
(Чл. 75. и 78. Закона о основним
својинско-правним односима)

Евентуална будућа радња не може представљати чин сметања поседа, па је за успех тужиоца у спору за сметање поседа нужно да је сметање већ наступило.

Из образложења:

„Тужени је на делу своје парцеле 2. октобра 1992. године ископао канал ширине 1,2 m, дужине 8 m, а дубине око 80 cm, у намери да подигне породичну стамбену зграду. Овај канал тужени је ископао на једном делу своје парцеле, ван трасе спорног службеног пута, тако да не представља препреку тужиоцу да и даље користи службеност пролаза до своје катастарске парцеле.

Полазећи од утврђеног чињеничног стања, нижестепени судови су утврдили да је тужени сметао тужиоца у мирном коришћењу права службености пролаза преко послужног добра тужиоца тиме што је ископао наведени канал.

Врховни суд налази да се захтевом за заштиту законитости Републичког јавног тужиоца основано побивају нижестепена решења и због погрешне примене материјалног права. Наиме, одредбом члана 75. и 78. Закона о основним својинско-правним односима, будућа радња не може представљати чин сметања поседа, већ је нужно да је сметање већ наступило. Међутим, првостепени суд налази да је тужени ископ земљаних радова вршио у намери да зида породичну зграду и онемогући тужиоцу да користи пролаз преко послужног добра, чиме будућу радњу узима као сметање поседа, што није могућно.”

(Врховни суд Србије, Гзз. 62/93 од 12. марта 1993)

Недозвољеност тужбе у радном спору

Тужба радника који није искористио право приговора је недозвољена па се има одбацити.

Из образложења:

„Тужбени захтев је одбијен зато што тужилац није благовремено поднео приговор против одлуке првостепеног дисциплинског органа.

Овај разлог није могао бити употребљен при мериторном одлучивању које су применили нижестепени судови. Према члану 97. став 2. Закона о радним односима („Службени гласник Републике Србије” бр. 45/91 и 18/92), заштиту права пред надлежним судом радник не може да тражи ако претходно није тражио заштиту права пред надлежним органом у предузећу, осим кад остварује новчано потраживање. Из ове одредбе произлази да о тужби радника који није искористио право приговора није могућно одлучивати мериторно. Таква тужба је недопуштена и суд није надлежан да по њој поступа.

С обзиром на речено, овај суд је у смислу члана 394. став 2. ЗПП укинуо обе пресуде и одбацио тужбу.”

(Врховни суд Србије, Рев. 1124/93 од 8. априла 1993)

**Страначка способност у радном спору и
радни однос у државном органу**

Судови као државни органи немају својство правног лица ни страначку способност па се у радном спору користе правним субјективитетом Републике.

Из образложења:

„Судови су државни органи. Зато немају својство правног лица па не располажу ни страначком способношћу у смислу члана 77. став 1. ЗПП. По члану 7. и 65. Закона о судовима („Службени гласник Републике Србије” бр. 46/91), средства и услуге за рад судова обезбеђује Република. Стога се у споровима лица која раде или су радила у овим органима, као тужени не може појавити суд, већ држава у којој суд врши судску власт. Онај ко нема страначку способност не може имати ни стварну легитимацију. Зато се не може говорити ни о ак-

тивној, односно пасивној легитимацији суда.

Пошто нижестепени судови о овоме нису водили рачуна, учинили су битну повреду поступка из члана 354. став 2. тачка 10. ЗПП, на коју се, по члану 386. ЗПП, пази по службеној дужности. То је и био разлог што су, на основу члана 385. став 1. тачка 1. ЗПП, укинуте обе нижестепене одлуке и предмет, у смислу члана 73. Закона о судо-

вима, упућен Општинском суду у Приштини на поновно суђење.

У поновном поступку првостепени суд ће отклонити недостатке ранијег поступка, тако што ће поступити како налаже члан 83. ЗПП.

(Врховни суд Србије, Рев. 5055/92 од 4. фебруара 1993)

Приредио
Александар Воргих
адвокат у Н. Саду

СА СЕДНИЦЕ УПРАВНОГ ОДБОРА
одржане 25. 03. 1994.

1. Брише се из Именика адвоката Адвокатске коморе Војводине Крстић Драгиња, адвокат у Новом Саду, са даном 24.03.1994, због пензионисања.
2. Брише се из Именика адвоката Адвокатске коморе Војводине Грујић др Сава, адвокат у Новом Саду, са даном 08.04.1994, због пензионисања.
3. Брише се из Именика адвоката Адвокатске коморе Војводине Митровић Радослав, адвокат у Бачу, са даном 24.03.1994, због пензионисања.
4. Брише се из Именика адвоката Адвокатске коморе Војводине Иванчевић Милан, адвокат у Новом Саду, са даном 24.03.1994, због пензионисања.
5. Уписује се Крстић Драгиња, дипломирани правник, рођена 09.08.1932. године, 25.03.1994. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Новом Саду, Трг Републике 15/2.
6. Уписује се Туцаков Ђорђе, дипломирани правник, рођен 28.06.1958. године, 25.03.1994. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Новом Саду, Раваничка 1/244.
7. Уписује се Вулетић Драгомир, дипломирани правник, рођен 17.05.1948. године, 25.03.1994. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Суботици, Максима Горког 6/а.
8. Уписује се Војновић Горан, дипломирани правник, рођен 11.03.1965. године, 25.03.1994. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Оцацима, Маршала Тита 16.
9. Уписује се Варадинац Александар, дипломирани правник, рођен 05.02.1950. године, 25.03.1994. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Кикинди, Милоша Остојина 11.
10. Уписује се Бунчић Мирко, дипломирани правник, рођен 01.10.1950. године, 25.03.1994. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Новом Саду, Католичка порта 1/1.
11. Уписује се Митровић Радослав, дипломирани правник, рођен 02.07.1930. године, 25.03.1994. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Бачу, Војвођанских бригада 10.
12. Уписује се Иванчевић Милан, дипломирани правник, рођен 28.03.1934. године, 25.03.1994. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Новом Саду, Васе Стајића 24.
13. Уписује се у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду Дојчиновић Александар, рођен 05.08.1968. у Београду, са адвокатско-приправничком вежбом код Ковачевић Бошка, адвоката у Новом Саду, дана 25.03.1994.

14. Уписује се у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду Биков Мирјана, рођена 10.08.1961. у Мирковцима, са адвокатско-приправничком вежбом код Ковачевић Љубомира, адвоката у Сремској Митровици, дана 25.03.1994.
15. Уписује се у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду Прица Срђан, рођен 28.08.1968. у Новом Саду, са адвокатско-приправничком вежбом код Милић Томислава, адвоката у Новом Саду, дана 25.03.1994.
16. Уписује се у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду Савић Љубица, рођена 14.09.1969. у Кленку, са адвокатско-приправничком вежбом код Симић Драгана, адвоката у Новом Саду, дана 25.03.1994.
17. Уписује се у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду Рошчић Иван, рођен 06.10.1965. у Кикинди, са адвокатско-приправничком вежбом код Шоћ Слободана, адвоката у Кикинди, дана 25.03.1994.
18. Условно се уписује Стајић Мита, дипломирани правник, рођен 16.05.1948, у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Сремској Митровици, Светог Саве 1, са даном давања свечане изјаве.
19. Условно се уписује Николић Драгослав, дипломирани правник, рођен 02.01.1954, у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Белој Цркви, Доситејева 2, са даном давања свечане изјаве.
20. Условно се уписује Грујић др Сава, дипломирани правник, рођен 08.04.1929, у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Новом Саду, Даничићева 3/1, са даном давања свечане изјаве.
21. Условно се уписује Апро Љубомир, дипломирани правник, рођен 21.11.1955, у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Новом Саду, Железничка 16, са даном давања свечане изјаве.
22. Брише се из Именика адвоката Адвокатске коморе Војводине Војводић Бошко, адвокат у Зрењанину, са даном 28.02.1994, због престанка обављања адвокатске делатности. – Голијанин Војин, адвокат у Зрењанину, именује се за преузиматеља адвокатске канцеларије Војводић Бошка.
23. Брише се из Именика адвоката Адвокатске коморе Војводине Миленковић Зоран, адвокат у Новом Саду, са даном 31.03.1994, због престанка обављања адвокатске делатности. – Крзнарић Миле, адвокат у Новом Саду, именује се за преузиматеља адвокатске канцеларије Миленковић Зорана.
24. Брише се из Именика адвоката Адвокатске коморе Војводине Маришан Мирослав, адвокат у Српској Црњи, са даном 15.03.1994, услед престанка обављања адвокатске делатности. – Вранеш Миленко, адвокат у Новој Црњи, именује се за преузиматеља адвокатске канцеларије Маришан Мирослава.
25. Брише се из Именика адвоката Адвокатске коморе Војводине Нонин Миленко, адвокат у Жабљу, са даном 20.03.1994, због заснивања радног односа. – Тешин Зоран, адвокат у Жабљу, именује се за преузиматеља адвокатске канцеларије Нонин Миленка.
26. Брише се из Именика адвоката Адвокатске коморе Војводине Желем Стеван, адвокат у Сремској Митровици, са даном 25.02.1994, због престанка обављања адвокатске делатности. – Васиљевић Бранко, адвокат у Сремској Митровици, именује се за преузиматеља адвокатске канцеларије Желем Стевана.
27. Брише се из Именика адвоката Адвокатске коморе Војводине Николић Миланка, адвокат у Зрењанину, са даном 28.02.1994, због пензионисања. – Николић Коста, адвокат у Зрењанину, поставља се за преузиматеља адвокатске канцеларије Николић Миланке.
28. Гере Тибор, адвокат у Сенти, именује се за преузиматеља адвокатске канцеларије Борош Јенеа, бившег адвоката из Сенте. – Балинт Антал, адвокат у Сенти, разрешава се дужности преузиматеља адвокатске канцеларије Борош Јенеа.
29. Брише се из Именика адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине Јашћур Драган, адвокатски приправник у Шиду, са адвокатско-приправничком вежбом код Радојевић Миленка, адвоката у Шиду, са даном 06.09.1993, због истека адвокатско-приправничке вежбе.

30. Узима се на знање да Шушук Зорану, адвокату у Зрењанину, мирују сва права и обавезе адвоката, почев од 01.01.1994. (због стручног усавршавања на Правном факултету Универзитета у Отави, Канада). – Секел Јован, адвокат у Зрењанину, одређује се за привременог заменика Шушак Зорану.

31. Узима се на знање да је Целетовић Шербечић Олга, адвокат у Суботици, привремено спречена да обавља адвокатску делатност почев од 15.12.1994, јер се налази на породичком одсуству. – Прић Зоран, адвокат у Суботици, поставља се за привременог заменика Целетовић Шербечић Олги, адвокату у Суботици.

32. Одбија се захтев Зуровац Живане, адвоката у Бачкој Паланци, за привремени прекид вршења адвокатске делатности.

33. Узима се на знање да је Глигор Арсић Бисерка, адвокат у Сефкерину, привремено спречена да обавља адвокатску делатност, почев од 10.02.1994. до 10.08.1994, због болести. – Малешевић Миља, адвокат у Панчеву, одређује се за привременог заменика одсутној Глигор Арсић Бисерки, адвокату у Сефкерину.

34. Узима се на знање да Грдић Весна, адвокат у Новом Саду, наставља са радом након привремене спречености, дана 28. 02. 1994. – Прстојевић Горан, адвокат у Новом Саду, разрешава се дужности привременог заменика Грдић Весне.

35. Јовановић Душан, адвокат у Ковину, именује се за привременог заменика адвокатске канцеларије Јовановић Ђуре, адвоката у Ковину. – Анђелков Јован, адвокат у Ковину, разрешава се дужности привременог заменика Јовановић Ђуре, адвоката у Ковину.

36. Узима се на знање да се Ђерманов Јасна, адвокатски приправник у Новом Саду, налази на породичком одсуству од 01. 02. 1994.

37. Узима се на знање да је Николић Јелена, адвокат у Бегечу, преселила седиште своје адвокатске канцеларије у Нови Сад, Жарка Васиљевића 3/3, почев од 09. 03. 1994.

38. Узима се на знање да је Радоњанин Мирела, адвокат у Новом Саду, преселила своју адвокатску канцеларију на адресу Београдски кеј 5, почев од 01. 03. 1994.

39. Узима се на знање да је Илић Бошко, адвокат у Новом Саду, преселио своју адвокатску канцеларију на адресу Милете Јакшића 14, почев од 08. 03. 1994.

40. Узима се на знање да је Илић Горан, адвокат у Новом Саду, преселио своју адвокатску канцеларију на адресу Милете Јакшића 14, почев од 08. 03. 1994.

41. Узима се на знање да је Граховац Драгомир, адвокат у Бачкој Паланци, преселио своју адвокатску канцеларију на адресу Трг братства и јединства 34, почев од 15. 03. 1994.

42. Узима се на знање да је Прпа Ратко, адвокат у Новом Саду, преселио своју адвокатску канцеларију на адресу Булевар ослобођења 141, почев од 15. 03. 1994.

43. Узима се на знање да је Миковић Ђорђе, адвокат у Новом Саду, преселио своју адвокатску канцеларију на адресу Милетићева 30, почев од 15. 03. 1994.

44. Узима се на знање да је Могоћ Борислав, адвокат у Новом Саду, преселио своју адвокатску канцеларију на адресу Грчкошколска 7, почев од 15. 02. 1994.

45. Узима се на знање да је Гурка Анђелко, адвокат у Сремској Митровици, преселио своју адвокатску канцеларију на адресу Змај Јовина 22, почев од 07. 03. 1994.

46. Узима се на знање да је Николић Жарко, адвокат у Новом Саду, преселио своју адвокатску канцеларију на адресу Жарка Васиљевића 3/3, почев од 09. 03. 1994.

47. Узима се на знање да су Драгин Урош и Драгин Зоран, адвокати у Ковину, основали Заједничку адвокатску канцеларију са седиштем у Ковину, Трг ослобођења 3, почев од 24. 02. 1994.

48. Узима се на знање да су Рајић Јорданка и Балабановић Мирјана, адвокати у Новој Пазови, основале Заједничку адвокатску канцеларију са седиштем у Новој Пазови, Цара Душана 28, почев од 01. 03. 1994.

49. Узима се на знање да су Беде Отилија и Њилаш Михал, адвокати у Кањижи, основали Заједничку адвокатску канцеларију са седиштем у Кањижи, Болничка 2, почев од 04. 01. 1994.

50. Узима се на знање да су Белић Верица, Видић Манастирац Видосава и Богдановић Бранко, адвокати у Сремској Митровици, основали Удружену адвокатску канцеларију са седиштем у Сремској Митровици, Светог Димитрија 21, почев од 01. 04. 1994.

51. Евидентира се уговор о заступању, закључен дана 25. 01. 1994, између ДОО „Југозан-комерц“ из Сремске Митровице, и Главашевић Драга, адвоката у Сремској Митровици.

52. Евидентира се уговор о заступању, закључен дана 01. 02. 1994, између ЈКП „Водовод и канализација“ из Суботице, и Грос Мирјане, адвоката у Суботици.

Управни одбор

ГЛАСНИК
АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ ВОЈВОДИНЕ

излази 12 пута годишње
у месечним свескама

Гласник издаје и власник је Адвокатска комора Војводине.
Претплата за иностранство је 40 USA долара. – Претплата се
може извршити на пошти на рачун број 45700-678-2-2047 са
назнаком „за Гласник“.
Тираж: 1300 примерака

Према мишљењу Секретаријата за информације Републике Србије бр. 413-01-412/91-01 од 11. априла 1991. године на ову публикацију плаћа се основни порез на промет по Тарифном броју 8. став 1, тачка 1. алинеја 10. Тарифе основног пореза на промет.

Штампа: ГРАФО-ОФСЕТ, Нови Сад
Слог: ЛАСЕР студио, Нови Сад

