

Sadržaj:

1. Uvod	56	3.3. Dokazni standard u postupku oduzimanja imovine i karakter postupka	60
2. Pravni osnov i motivi uvođenja instituta oduzimanja imovine	57	3.4. Pravna priroda oduzimanja imovine	62
3. Koncept i pravna priroda oduzimanja imovine		4. Ustavopravni aspekt oduzimanja imovine	
3.1. Oduzimanje imovine u pravu RS	59	4.1. Pravo na imovinu	63
3.2. Razlike između rešenja u novom i starom zakonu	60	4.2. Pravo na pravično suđenje	65
		4.3. Zabrana retroaktivne primene kazne	65
		5. Zaključna razmatranja	65

1. Uvod

Oduzimanje imovine koja je pribavljena konkretnim krivičnim delom od lica koje je za to isto krivično delo osuđeno nije sporno. Radi se o klasičnom pravnom načelu da se iz protivpravnog ponašanja ne može izvući korist (*ex injuria ius non oritur*), pa samim tim “niko ne može zadržati imovinsku korist pribavljenu krivičnim delom” (čl. 91 st. 1 Krivičnog zakonika — dalje u radu: KZ). Zbog toga se navedena korist oduzima sudskom odlukom kojom je utvrđeno krivično delo (čl. 91 st. 2 KZ). Iz navedenih zakonskih odredbi nesumnjivo proizlazi da se oduzima svaka, dakle, čak i manja imovinska korist, pa “i ona koja je neznatnog karaktera”¹.

Predmet ovog rada je institut oduzimanja imovine iz važećeg (novog) Zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela² (dalje u radu nZOI), kojim se omogućava da se licu koje učini određeno krivično delo (iz inventara najozbiljnijih krivičnih dela) oduzme imovina za koju se pretpostavlja da potiče iz kriminalnih aktivnosti. Stoga celokupna imovina počinioca krivičnog dela, osim one za koju počinioc dokaže da je stekao legalnim putem, može biti predmet oduzimanja. Dakle, teret dokazivanja se prebacuje na počinioca.

Zakonodavac koristi termin “oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela” čime se želela istaći razlika u odnosu na “institut oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim delom” (čl. 91 KZ). Razlikovanje nije naročito uspešno učinjeno, pre svega zbog poj-

movne sličnosti termina “imovina” — “imovinska korist”, odnosno izraza “proističe” — “pribavljena”. Iako “imovina“ predstavlja širi pojam od “imovinske koristi” u oba slučaja se navodi da ona potiče iz krivičnog dela. A upravo je tu ključna razlika, jer je imovina iz čl. 91 KZ koja se oduzima direktno vezana za krivično delo utvrđeno sudskom odlukom, dok se za imovinu koja se oduzima prema nZOI pretpostavlja da potiče iz krivičnog dela koje nije utvrđeno sudskom odlukom. Imajući u vidu navedeno, kao i radi lakšeg razlikovanja ovih instituta, terminološki je ispravnije koristiti oduzimanje imovine pribavljene “kriminalnom aktivnošću”, “kriminalnom delatnošću”, “kriminalom” ili govoriti o “proširenom oduzimanju imovine”³. Uporedno pravno se uvrežio termin “konfiskacija imovine”. Ovaj termin je u srpskom pravnom sistemu označavao meru potpuno drugačijeg karaktera. Tako je u čl. 28 tač. 6 Krivičnog zakonika iz 1947. godine⁴ bila predviđena konfiskacija imovine kao jedna od kazni koja se može izreći učiniocu krivičnog dela. Odredbama člana 36 istog zakonika bilo propisano da se kazna konfiskacije sastoji u oduzimanju, bez naknade, u korist države celokupne imovine (potpuna konfiskacija) ili tačno određenog dela imovine (delimična konfiskacija) fizičkog ili pravnog lica i da, ako u zakonu nije izričito određeno kakva će se konfiskacija izreći, sud može, s obzirom na prirodu i društvenu opasnost dela i učinioca, izreći potpunu ili delimičnu konfiskaciju.

Iako će se u radu koristiti termin “oduzimanje imovine proistekle iz kriminalne aktivnosti”, bilo kakvo po-

* Autor je MA i mlađi savjetnik u Ustavnom sudu Republike Srbije. E-mail: savomanojlovic@yahoo.com.

¹ Z. Stojanović, *Krivično pravo (opšti deo)*, Beograd 2005, s. 325.

² *Sl. gl. RS* 32/03.

³ Slično O. Lajić, *Institut oduzimanja imovinske koristi stečene krivičnim delom*, Novi Sad 2011, ss. 276-278. Up. i T. Lukić, *Oduzimanje imovine kriminalcima*, Beograd 2009, ss. 32-33.

⁴ *Sl. list FNRJ* 106/47.

minjanje oduzimanja imovine, osim ako drugačije nije naznačeno, podrazumevaće institut oduzimanja predviđen nZOI.

Ovaj institut predstavlja raskrnicu na kojoj se susreću izuzetno kontroverzna pitanja krivičnog materijalnog i procesnog prava. Međutim, fokus ovog rada je na ustavnopravnom aspektu ovog instituta — (in)kompatibilnosti sa Ustavom zajemčenim (osnovnim) pravima. S obzirom da su navedena osnovna prava iz Ustava sadržana i u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima (u daljem radu: EKLJP ili Konvencija), kao i da navedeni institut egzistira i u drugim uporednim pravima, u radu se institut oduzimanja imovine razmatra kroz optiku uporednopravne teorije i prakse, stanovišta Evropskog suda za ljudska prava (u daljem radu: ESLJP) i stavova Ustavnog suda RS izraženih u Rešenju IUZ 117/09 od 30. juna 2011. godine (dalje u radu: Rešenje), u kome je cenjena saglasnost instituta oduzimanja imovine stečene krivičnim delom sa Ustavom RS i potvrđenim međunarodnim ugovorom.

Institut oduzimanja imovine stečene krivičnim delom se može raščlaniti, pa se određeni njegovi pojavni oblici, odnosno mere u cilju obezbeđivanja njegovog sprovođenja, mogu do izvesnog stepena autonomno, ali ne i potpuno separatno, ceniti sa ustavnopravnog aspekta. To su oduzimanje imovine naslednika i trećih lica; privremeno oduzimanje imovine; kao i prodaja privremeno oduzete imovine.

Pitanja od ustavnopravnog značaja obrađena u analizi su: 1) da li je oduzimanje imovine opravdano sa aspekta prava na mirno uživanje svojine; 2) kakav je postupak oduzimanja imovine u odnosu na pravo na pravično suđenje; i 3) da li kod oduzimanja imovine može doći do retroaktivne primene krivičnog zakona?

Ostala razmatranja u analizi su u meri potrebnoj za pružanje odgovora na ova tri pitanja. Otuda su pre prelaska na njih izloženi pravni osnov i motivi uvođenja ovog instituta u pravni sistem RS; upoređena zakonska rešenja važećeg i prethodnog zakona; izloženi stavovi o konceptu i pravnoj prirodi oduzimanja imovine.

2. Pravni osnov i motivi uvođenja instituta oduzimanja imovine

Za razumevanje navedenog instituta korisno je osvrnuti se na motive i — uslovno rečeno — “pravni osnov” instituta oduzimanja imovine koji se nalazi u međunarodnim ugovorima koji se bave ovim pitanjem. *Ratio* uvođenja ovog instituta u značajnoj meri utiče na poimanje pravne prirode instituta oduzimanja imovine (usp. pod 3.4).

Visoka profitabilnost organizovanog kriminala u globalnom društvu učinila je da kriminalne organizacije postaju jedni od centara finansijske moći⁵. U literaturi se otuda navodi da finansijska moć “najuspešnijih” kriminalnih organizacija često premašuje budžete pojedinih država⁶. Pravna država i organizovani kriminal se nalaze u permanentnom sukobu. Članovi mafijaške organizacije u toj borbi kada su u situaciji da brane svoje živote, slobodu i bogatstvo, spremni su da sve svoje ekonomske kapacitete ulože u opstanak svoje kriminalne aktivnosti ili ih investiraju u razvoj novih. Predstavnici organizovanog kriminala, kako navodi *Laudati*, ogromnim količinama novca ulaze u institucije sistema (kupuju medije, potplaćuju javne službenike, utiču na izborne procese...), “ugrožavajući sam opstanak demokratije”⁷. Kriminalne organizacije postaju paradržavne strukture koje mogu voditi prave ratove protiv državnih struktura. Nastanku instituta oduzimanja imovine je neretko prethodio otvoreni sukob države i kriminalnih organizacija u kome nije izostala ni egzekucija najeksponiranih boraca protiv kriminala i najviših državnih funkcionera⁸. U Srbiji se npr. ubistvo premijera Zorana Đinđića navodi kao inicijalna kapisla za uvođenje novih mehanizama u borbi protiv organizovanog kriminala⁹. Zato bi se kao osnovni motiv uvođenja instituta oduzimanja imovine mogao smatrati njegov *preventivni karakter* kojim se kriminalne organizacije lišavaju sredstava koja će koristiti u daljem razvoju kriminalnih aktivnosti i borbi protiv države. Zasnovanost ovog stava potkrepljen je i time što je zakonskim odredbama (čl. 43 st. 3 nZOI) predviđeno oduzimanje imovine od trećih lica i pravnih sledbenika na koje je imovina prenetna “u cilju osujećenja oduzimanja”, čime je jasno ucrtan preventivni karakter ovog instituta.

⁵ G. Ilić/M. Majić/B. Nikolić/Đ. Melilio, *Komentar Zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela (sa pregledom relevantnih međunarodnih dokumenata, uporednopravnih rešenja i prakse Evropskog suda za ljudska prava)*, Beograd 2009, s. 5.

⁶ Takođe se navodi da je prema istraživanju časopisa *Economy* krajem 2003. godine prihod italijanske mafije iznosio 85 milijardi evra, a imovina mafije 1000 milijardi evra. Reč je o sumi koja je predstavljala 7% ukupnog bruto društvenog proizvoda Italije. *Ibid.*, s. 5.

⁷ A. Laudati, *Il sistema di contrasto alla ricchezza illecita leislazione europea*, Beograd 2009, s. 28.

⁸ U Italiji je 1982. ubijen političar La Torea, a 1992. tužilac Borsellini i sudija Falcone. U obe navedene godine zakonodavstvo je reagovalo uvođenjem mehanizama koji su se ticali instituta oduzimanja imovine. U literaturi se navodi da je član 416 bis koji je donet 1982. poznat kao La Tore akt. (O. Lajić [bel. 3], s. 73). U Irskoj je institut oduzimanja uveden nakon ubistva policijskog istražitelja *Gerryja McCabela* i novinark *Veronice Guerin*. (B. Vettori, *Tough on Criminal Wealth — Exploring the Practice of Proceeds from Crime Confiscation in the EU*, Berlin 2006, s. 70).

⁹ Ilić/Majić/Nikolić/Melilio (bel. 5), s. 7.

Restorativni karakter se u literaturi vrlo često ističe kao dominirajući¹⁰ ili kao značajan, gotovo ravnopravan sa preventivnim karakterom¹¹, a njegovo opravdanje se vrši ukazivanjem na “moralno-pravednu” komponentu da niko ne može izvući korist iz nepravog činjena. Iako veoma prisutna, restorativna komponenta nije bila odlučujući motiv za nastanak ovog instituta.

Retributivnost navedenog instituta¹², o čemu će biti više reči kasnije (pod 3.4), takođe nije bila primaran motiv za nastanak ovog instituta, iako lica kojima se imovina oduzima sigurno osećaju oštricu ove mere, koja ih mnogo više zaseca nego određene novčane kazne. Nesumnjivo je da navedeni institut — zbog svog retributivnog karaktera — ima i snažno demotivirajuće dejstvo na kriminalne aktivnosti (čime ostvaruje preventivne efekte), jer se udara u temelje finansijske isplativosti. Tako se kriminalci više ne mogu rukovoditi principom da se zatvorska kazna za jedno od mnogobrojnih krivičnih dela isplati, ukoliko ih nakon izlaska iz zatvora čekaju milioni koje su stekli iz krivičnih dela koja nisu utvrđena sudskim odlukama. Zato se ukazuje da se oduzimanjem imovine kriminalcima udara u najbolnju tačku¹³.

Protivnici instituta oduzimanja imovine ukazivali su da navedeni propisi imaju prikriveni fiskalni karakter¹⁴, i da se često mogu zloupotrebljavati od strane političara, naročito ako se ima u vidu da državnih para nikad dosta¹⁵. Takođe, navodi se da se navedeni institut u praksi može izvitoperiti populističkim pristupom u dnevno-političke ili lično-promotivne svrhe¹⁶.

Osnovni razlog nastanka ovog instituta je — načelno gledano — prevencija u borbi protiv organizovanog kriminala, dok su sporedni efekti, zavisni od svakog sistema pojedinačno, retributivni i restorativni efekti. Dnevno politička zloupotreba instituta predstavlja potencijalnu opasnost u konkretnoj primeni, koja može obesmisлити ovaj institut i izložiti građane plaćanju visokih odštetnih zahteva¹⁷, ali takvoj vrsti zloupotrebe podležu i drugi tradicionalni, nesporni instituti (krivičnog) prava.

Od izuzetnog značaja za legitimizaciju oduzimanja imovine su ratifikovani međunarodni ugovori. Odredbe ovih ugovora se mogu podeliti na one kojima se predviđaju obaveze inkriminisanja pranja kriminalne dobiti, odnosno pretvaranja ili prenosa imovine proistekle iz kriminalne delatnosti, a u cilju skrivanja ili prikrivanja nezakonitog porekla. Takve su recimo sadržane u Krivičnompravnoj konvenciji o korupciji¹⁸ i Konvenciji Ujedinjenih nacija o korupciji¹⁹. Drugu grupu bi predstavljale odredbe kojima se propisuju značenja određenih pojmova karakterističnih za institut oduzimanja imovine. Tu su najznačajnije one koje definišu najbitnije institute oduzimanja imovine. Tako, pojmovi “zamrzavanja” (“privremeno oduzimanje”) i “konfiskacije” (trajno oduzimanje) su predmet člana 2 tač. f Konvencije Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala sa dopunskim protokolima²⁰ i člana 1 tač. g Konvencije Saveta Evrope o pranju, traženju, zapleni i oduzimanju prihoda stečenih kriminalom i o finansiranju terorizma²¹. Prvom grupom se legitimizacija instituta oduzimanja vrši tezom da se njime ispunjavaju međunarodne obaveze. Kako je reč o šire postavljanim obavezama ova teza se svodi na vrednosno afirmativan doživljaj instituta oduzimanja kao efektivnog sredstva u ostvarivanju kriminalno-političkih ciljeva. Druga grupa predstavlja neku vrstu direktnog (konkretnijeg) pravnog osnova za uvođenje ovog instituta²². Tako je Ustavni sud ukazao da osporeni nZOI “predstavlja novinu u našem pravnom sistemu kojom Republika Srbija ujedno ispunjava i obaveze proistekle iz potvrđenih međunarodnih ugovora koji su, saglasno čl. 194 st. 4 Ustava, sastavni deo našeg pravnog poretka”²³. Međutim, iako navedeni akti legitimiziraju, oni ne konstitucionaliziraju navedeni institut, imajući u vidu da su ustavne odredbe hijerarhijski superiorne u odnosu na međunarodne ugovore (čl. 167 st. 1 tač. 2 Ustava RS)²⁴.

¹⁰ M. Levi/L. Osofsky, *Investigating, seizing and confiscating the proceeds of crime*, London 1995, s. 12.

¹¹ Ilić/Majić/Nikolić/Melilio (bel. 5), ss. 38-59 i dalje.

¹² Videti: Lajić (bel. 3), ss. 30-31.

¹³ H. Nelsen, *Hit them where it hurts most? — The proceeds of crime approach in the Netherlands*, *Crime, Law & Social Change*, 41 (5), 2004. preuzeto iz: Lajić (bel. 3), s. 317.

¹⁴ Nelsen (bel. 13), preuzeto iz: Lajić, (bel. 3), s. 31.

¹⁵ W. Buggish, *Confiscation of profits and the fight against money laundering. Critical remarks on two financial-oriented crime fighting tools*, http://www.cross-border-crime.net/freecopy/CCC_freecopy_2003b_ConfiscationOfProfits.pdf (očitanje 15. 6. 2013).

¹⁶ Ilić/Majić/Nikolić/Melilio, (bel. 5), s. 33.

¹⁷ *Ibid.*, s. 33.

¹⁸ *Sl. list SRJ* — Međ. ugovori 2/02 i *Službeni list SCG* — Međ. ugovori 18/05.

¹⁹ *Sl. list SCG* — Međ. ugovori 12/05.

²⁰ *Sl. list SRJ* — Međ. ugovori 6/01.

²¹ *Sl. gl. RS* — Međ. ugovori 20/09.

²² Spisak i drugih međunarodnih ugovora koji se tiču instituta oduzimanja videti u: Rešenje Ustavnog sud RS, Ilić/Majić/Nikolić/Melilio (bel. 5), s. 14 i Lajić (bel. 3), ss. 59-68.

²³ Slično se ističe i da “hrvatski zakonodavac ima međunarodno uporište u uvođenju mogućnosti oduzimanja imovinske koristi”. E. Ivičević Karas, *Kaznenopravno oduzimanje nezakonito stečene imovinske koristi*, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb 2/2007, s. 684.

²⁴ *Ibid.*, ss. 683-684.

3. Koncept i pravna priroda oduzimanja imovine

3.1. Oduzimanje imovine u pravu RS

Oduzimanje imovine proistekle iz kriminalnih aktivnosti uvedeno je u pravni sistem RS Zakonom o oduzimanju imovine proistekle iz Krivičnog dela²⁵ iz 2008. (dalje u radu: sZOI), da bi trenutno pozitivno-pravno egzistiralo kroz zakon istog imena — nZOI iz 2013.

Uslov da bi se institut (trajnog) oduzimanja imovine (član 38 nZOI) primenio jeste postojanje pravnosnažne presude kojom je utvrđeno da je učinjeno krivično delo sa liste sadržane u čl. 2 nZOI. Pravna kontroverznost navedenog instituta se ogleda u tome što će, ukoliko javni tužilac na osnovu podataka prikupljenih u finansijskoj istrazi dokaže da je imovina vlasnika čija se oduzimanje imovine traži u nesrazmeri sa zakonitim prihodima vlasnika, a vlasnik ne dokaže njeno legalno sticanje, ta imovina biti oduzeta. Time se konstruiše pretpostavka da je imovina koja se oduzima stečena kriminalnim aktivnostima, iako za njen — najčešće veći deo — nije pravnosnažnom presudom utvrđeno iz kog kriminalnog dela potiče. Lista krivičnih dela (čl. 2 nZOI), za koje je potrebna pravnosnažna presuda data je *numerus clausus*. Na toj listi su dela organizovanog kriminala, krivična dela u vezi sa trgovinom drogom, dela kojima se nesumnjivo stiče znatna imovinska korist (prema čl. 2 nZOI od milion i petsto hiljada dinara), kao i druga dela kod kojih je “društvena opasnost nesumnjivo izražena”²⁶. Nakon što se pravnosnažnom presudom utvrdi postojanje krivičnih dela sa liste, dolazi do proširenog oduzimanja. Primenjuje se pretpostavka da je i ostala imovina stečena kriminalnim aktivnostima, što je u stvari eufemizam za krivična dela koja nisu utvrđena sudskom odlukom. Samim tim može doći i do oduzimanja imovine stečene krivičnim delima van liste. Krivično delo sa liste je otuda kvalifikacioni uslov, nakon koga cela imovine potpada pod proveru gde se kao osnovni kriterijum uspostavlja

²⁵ *Sl. gl. RS 97/08.*

²⁶ Lajić (bel. 3), s. 274. To su krivična dela: 1) organizovanog kriminala; prikazivanje pornografskog materijala i iskorišćavanje dece za pornografiju (čl. 185. st. 2 i 3 KZ); 2) protiv privrede (član 223. st. 3, čl. 224 st. 2, čl. 225 st. 3, čl. 226 st. 2, čl. 229. st. 2. i 3, čl. 230. st. 2. i čl. 231. st. 2. KZ); 3) neovlašćena proizvodnja, držanje i stavljanje u promet opojnih droga (čl. 246. st. 1. i 2. KZ); 4) protiv javnog reda i mira (čl. 348. st. 3. i čl. 350. st. 2 i 3 KZ); 5) protiv službene dužnosti (čl. 359 st. 3, čl. 363 st. 3, čl. 364 st. 3, čl. 366 st. 5, član 367 st. 1 do 3, 5 i 6 i član 368 st. 1 do 3 i 5 KZ); 6) protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom (čl. 372 st. 1, čl. 377, čl. 378 st. 3, čl. 379 stav 3, čl. 388 do 390 i čl. 393 KZ).

zakonitost stečene imovine. Teret dokazivanja — što je tačka koja otvara pitanje pretpostavke nevinosti — se zatim prebacuje na vlasnika imovine koji ukoliko želi da zadrži imovinu ne može nastupati iz pasivno-defanzivne pozicije, već sam mora dokazivati zakonitost sopstvene imovine. To ne znači da je sav teret dokazivanja prebačen na njega, jer tužilaštvo u svome zahtevu (čl. 38 st. 2 tač. 5 nZOI) i na glavnom ročištu (čl. 43 st. 2 nZOI) navodi, odnosno iznosi dokaze o razlici između imovine koju je vlasnik posedovao i zakonitih prihoda. Navedeni dokazi — što je ključno za razumevanje instituta — moraju ukazivati na *očiglednu nesrazmeru* između imovine i zakonitih prihoda. “Zakonodavac je korišćenjem termina ‘očigledno’ isključio mogućnost da svaka nesrazmera sa zakonitim prihodima proizvodi pretpostavku kriminalnog porekla imovine, već se mora raditi o visokom stepenu nesrazmere, tj. o takvoj nesrazmeri koja upadljivo ili višestruko prevazilazi zakonite prihode”²⁷. Imovina se oduzima okrivljenima, pravnim sledbenicima, kao i trećim lica koja su imovinu stekla bez naknade, odnosno uz naknadu koja ne odgovara stvarnoj imovini, s tim što se od trećih lica oduzima ako je na njih preneti *u cilju osujećenja oduzimanja* (čl. 43 st. 3).

Od značaja je i institut privremenog oduzimanja imovine, kada se imovina “zamrzava”. S obzirom da do privremenog oduzimanja dolazi “kada postoji opasnost da bi kasnije (trajno, S. M.) oduzimanje imovine (...) bilo otežano ili onemogućeno” (čl. 23 st. 1), reč je o meri koja služi kao sredstvo obezbeđenja. Radi očuvanja vrednosti privremeno oduzete imovine Direkcija za upravljenje imovinom (u daljem radu: Direkcija) može radi očuvanja privremeno oduzete imovine prodati *pokretnu* imovinu (čl. 55 st. 1). Vlasniku privremeno oduzete imovine za koju je utvrđeno da ne potiče iz krivičnog dela (kriminalnih aktivnosti) vraćaju se novčana sredstva dobijena prodajom imovine, uvećana za prosečnu kamatu (čl. 60 st 1).

U slučaju kada Direkcija nije upravljala privremeno oduzetom imovinom kao dobar domaćin, vlasnik kome su vraćena — u nZOI (čl. 61 st. 1) se navodi samo (*sic!*) — *novčana* sredstva, može u roku od 30 dana podneti Direkciji zahtev za naknadu štete prouzrokovane privremenim oduzimanjem, a u slučaju neusvajanja zahteva, tužbu sudu za naknadu štete. Takođe, zakonskim odredbama nije predviđena nadoknada pokretnih stvari koja su — u slučaju da nisu mogla biti prodana — poklonjena u humanitarne svrhe ili uništena (čl. 58 st. 1 nZOI). Jedino ustavnopravno prihvatljivo tumačenje navedenih odredbi u praksi je da se za slu-

²⁷ N. Vazić, *Deileme u praktičnoj primeni Zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela*, Bilten Vrhovnog kasacionog suda, Beograd 2/2011, s. 38.

čajeve neadekvatnog upravljanja privremeno oduzeto imovinom koja se vraća (a nisu novčana sredstva) i u slučaju poklanjanja u humanitarne svrhe ili uništavanja privremeno oduzete imovine za koju se utvrdi da ne potiče iz kriminalnih aktivnosti, primeni redovan obligacionopravni put naknada štete.

3.2. Razlike između rešenja u novom i starom zakonu

U pojmovnom i konceptualnom smislu instituta oduzimanja imovine, novi zakon nije doneo značajnije promene. Mnoge odredbe sadrže identične formulacije. Razlike, međutim, postoje i one nisu zanemarljive. Ključna promena ogleda se u tome što saglasno čl. 38 st. 1 nZOI javni tužilac zahtev za trajno oduzimanje imovine podnosi u roku od tri meseca od dana dostavljanja pravnosnažne presude kojom je utvrđeno da je učinjeno krivično delo sa liste (čl. 2). Prema prethodnom rešenju (čl. 28 sZOI), zahtev se podnosio nakon stupanja optužnice na pravnu snagu, a najkasnije u roku od godinu dana po pravosnažnom okončanju krivičnog postupka, ali je i tada donošenje odluke o trajnom oduzimanju takođe bilo vezano za donošenje pravnosnažne presude (čl. 29 st. 2 sZOI). U praksi RS, tužilaštvo uopšte nije podnosilo zahtev za trajno oduzimanje imovine pre pravosnažnog okončanja krivičnog postupka rukovodeći se praktičnim razlozima²⁸. Stoga je usvojena promena bila ozakonjenje postojeće prakse. Ovom promenom se odbijaju eventualni prigovori da je sud “motivisan” da utvrdi postojanje krivičnog dela imajući u vidu da je sudbina zahteva za oduzimanje imovine vezana za njegovu odluku o krivičnom delu. Skraćivanje roka — u odnosu na pravosnažno okončanje krivičnog postupka — sa godinu dana na tri meseca je u funkciji ojačavanja standarda pravne sigurnosti, ali imajući u vidu svrhu instituta oduzimanja imovine, ni rok od godinu dana ne bi se mogao smatrati nerazumno dugim.

Kritički osvrt zaslužuje promena ranijeg rešenja da direktor Direkcije ne može biti član političke stranke (čl. 11 st. 4 sZOI), već — prema novom rešenju (čl. 11 st. 4) — član *organa* političke stranke. Iako olako proklamovanje političke nezavisnosti i inkompatibilnosti određenih javnih funkcija sa stranačkom pripadnošću u (post)tranzicionim sistemima vrlo retko nosi iskren otklon od strančarenja, već ga najčešće samo prikriva, ovo svedeno vraćanje stranačkog uticaja ukazuje na ružan manir odavno prisutan u legislativnoj praksi, gde se zakonska rešenja i određeni standardi, koji su u pojedinim zemljama stvar političke ili ustavne konvencije, menjaju i prilagođavaju trenutnoj političkoj potrebi.

²⁸ *Ibid.*, s. 280.

3.3. Dokazni standard u postupku oduzimanja imovine i pravni karakter postupka

Institut oduzimanje imovine koja proističe iz kriminalnih aktivnosti potiče iz — kako se često navodi — pragmatičnog anglosaksonskog prava²⁹. Od kraja prošlog veka, on pravno egzistira i u zemljama kontinentalnog pravnog sistema. Uporednopravno gledano, oduzimanje imovine se sprovodi u sudskom parničnom i krivičnom postupku, dok postoji i oduzimanje u nesudskom — upravnom (administrativnom) postupku. Najčešće se navodi da je parnični postupak *ad rem* uperen protiv stvari i može biti sproveden paralelno ili nezavisno od krivičnog postupka. Takođe se ističe da oduzimanje imovine stečene kriminalom u krivičnom postupku karakteriše *in personam* pristup³⁰. No klasični *ad rem* postupak je samo jedan vid građansko pravnog oduzimanja imovine koji je u svom tradicionalnom, “čistom” vidu usmeren direktno prema stvarima i primenjuje se kada je, primera radi, vlasnik nepoznat ili nedostupan državnim organima³¹. Postoji i građanskopravni, *in personam*, postupak koji je usmeren prema vlasniku imovine, ali se dokazivanje vrši u skladu sa građanskopravnim standardima³². Oduzimanje imovine u RS je usmereno ka stvari, iako se sprovodi pred krivičnim sudom. Ono se sprovodi nakon odlučivanja o krivičnom delu i nije vezano direktno za učiniooca krivičnog dela, već se vezuje za imovinu.

Administrativno oduzimanje imovine vrše organi uprave. Tako se u SAD, npr., prisvaja imovina u slučaju da lice kod koga je pronađen novac ili neka vredna imovina negira vlasništvo. Time se razrešava pat pozicija u slučaju da vlasnik ne može da dokaže zakonski osnov sticanja imovine, koja je najčešće stečena upravo kriminalnom aktivnošću, a državni organi nemaju dovoljno dokaza za krivično gonjenje. Sličan je model “oporezivanja kriminalne dobiti”³³ koji karakteriše Severnu Irsku. Takvim oporezivanjem se suštinski oduzima veći deo imovine, ponekad i celokupna, koja nije bila predmet redovnog poreskog postupka, a koja najčešće potiče upravo iz kriminalnih aktivnosti³⁴. Ovakvi vidovi oduzimanja primenljivi su

²⁹ Ilić/Majić/Nikolić/Melilio (bel. 5), s. 8.

³⁰ *Ibid.*, s. 8 i Lajić (bel. 3, Rešenje Ustavnog suda RS), ss. 258 i dalje..

³¹ Lajić (bel. 3), s. 258.

³² *Ibid.*, ss. 260-262.

³³ P. Alldridge, *Money Laundering Law: Forfeiture, Confiscation, Civil Recovery, Criminal Laundering and Taxation of the Proceeds of Crime*, Oxford 2003, s. 247.

³⁴ R. E. Bell, Proving the Criminal Origin of Property in Money-Laundering Prosecutions, *Journal of Money Laundering Control*, Bradford 4/2000, s. 24.

u sistemima gde su ustanovljeni izuzetno efikasni poreski sistemi i vidljivi tokovi novca, što nije karakteristika (post)tranzicionih država poput Srbije. Oni, kao što se može primetiti, nisu direktno vezani za krivična dela koja se utvrđuju sudskim odlukama.

Osnovna karakteristika sistema oduzimanja imovine stečene krivičnim delom, bilo da se sprovodi u građanskom postupku ili, čak, i u slučaju da se sprovodi u krivičnom postupku, jeste snižavanje dokaznog standarda koji je bliži građanskom pravu, nego standardima koji postoje u krivičnom pravu i koji su brana kršenju pretpostavke nevinosti. Tako je u Ujedinjenom Kraljevstvu standard dokaza na nivou građanskopravnog standarda ravnoteže verovatnoće³⁵. Slično se i u Holandiji, prema standardu dovoljnih dokaza, dokazuje da je umešanost u kriminalne akte, koji nisu predmet krivičnog gonjenja, dovela do uvećanja imovine³⁶. U SAD se zahteva pretežnost dokaza³⁷, što je najniži standard dokazivanja, umesto najvišeg krivičnog standarda van razumne sumnje. Inače standard pretežnosti dokaza podrazumeva da je veća verovatnoća da je tvrdnja istinita, nego lažna, te je postojanje činjenice verovatnije od njenog nepostojanja³⁸, dok se kod standarda van razumne sumnje stepen sigurnosti maltene graniči sa izvešnošću. Tako je Vrhovni sud SAD izneo stav da standardi krivičnog postupka podrazumevaju da se optuženi uvek oslobodi ako se elementi krivičnog dela nisu dokazali sa najvišim standardom koji pravo poznaje³⁹. Određeni autori su, želeći da procentualno prikažu dokazne standarde, ukazivali da pretežnost dokaza podrazumeva uverenost veću od 51 %, dok standard van razumne sumnje iznad 90 %⁴⁰. Bajovićeva navodi da bi anglosaksonski standard “van razumne sumnje” trebalo primeniti i u pravu RS, koje poznaje standard “jasnog i uverljivog dokaza”⁴¹.

Problem dokazivanja u postupku oduzimanja imovine jeste što odbrana po pravilu nije dužna da nešto do-

³⁵ Vettori (bel. 8), s. 104.

³⁶ *Ibid.*, s. 104.

³⁷ Ilić/Majić/Nikolić/Melilio (bel. 5), s. 22.

³⁸ Više o dokaznim standardima: M. Graham, Burden of Proof and Presumptions in Criminal Cases, *Criminal Law Bulletin* 1/2009, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1348135 (očitanje 10. 07. 2013), ss. 1-33 i V. Bajović, *Teret dokazivanja u krivičnom postupku* — rad je prihvaćen za objavljivanje u: *Kaznena reakcija u Srbiji*, priredio Đ. Ignjatović, Beograd 2013.

³⁹ In re Winship, 397 U.S. 358 (1970) preuzeto iz: Bajović (bel. 38).

⁴⁰ Iznad ova dva standarda nalazi se i standard jasnog i uverljivog dokaza (*clear and convincing evidence*) koji zahteva uverenost između 70 % i 90 %. Videti: V. C. Ball, The Moment of Truth: Probability Theory and Standards of Proof, *Vanderbilt Law Review*, Nashville 14/1961, ss. 807-830, J. Kaplan, Decision Theory and the factfinding Process, *Stanford Law Review*, Stanford 20/1968, ss. 1065-1080.

⁴¹ Bajović (bel. 38).

kazuje. I u parničnom postupku onaj koji tuži dužan je da to i dokaže. Na tuženom nije teret dokazivanja, “ali pasivnim držanjem rizikuje gubitak spora (...), dok je aktivno držanje i dokazivanje činjenica u njegovom interesu”⁴². U postupku oduzimanja se nesumnjivo remeti klasična simetrija dokaznog standarda koju poznaje krivično pravo. Naime, zakonom je dozvoljeno konstruisanje pretpostavke: ako se utvrdi postojanje krivičnog dela otvara se mogućnost primene instituta oduzimanja imovine. Reč je dakle o mogućnosti, a ne *ex officio* postupanju. Inicijativa tužilaštva ne prebacuje automatski teret dokazivanja na vlasnika imovine čije se oduzimanje traži, već tužilaštvo u svom zahtevu ukazuje na razliku između imovine i zakonitih prihoda. Takođe, iznošenje dokaza podrazumeva dokaze “o okolnostima koje ukazuju na postojanje očigledne neraszmere između imovine i zakonitih prihoda” (čl 43 nZOI), što nesumnjivo ukazuje da je reč o visokom stepenu sumnje u legalnost stečenog dobra. Stoga, u pravu RS ostaje sporno oduzimanje imovine koja je proistekla iz krivičnog dela, a to delo nije sudskom odlukom registrovano. Time se otvara pitanje kršenja pretpostavke nevinosti, ali se taj prigovor otklanja uvođenjem *in rem* pristupa — postupak je usmeren prema stvari. Niko ne odgovara za “krivično delo” koje nije utvrđeno odlukom suda, a svaki vlasnik može u postupku osporavati navode tužilaštva, kako se ispravno ukazuje, dokazivanjem zakonskog sticanja imovine. Princip *in dubio pro reo* koji je ovde najsporniji se u kontinentalnom pravu vezuje samo za činjenice od kojih zavisi odluka o krivici⁴³, a pitanje krivice nije predmet postupka oduzimanja imovine.

Iako je institut oduzimanja imovine u funkciji ostvarivanja kriminalno-političkih ciljeva, usmerenost postupka oduzimanja imovine ka stvari (*in rem*) legitimiše

⁴² *Ibid.*

⁴³ M. Damaska, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2581&context=fss_papers&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com%2Fcustom%3Fclient%3Dpub-3794288947762788%26forid%3D1%26channel%3D5480255188%26ie%3DUTF-8%26oe%3DUTF-8%26safe%3Dactive%26cof%3DGALT%253A%2523008000%253BGL%253A1%253BDIV%253A%2523336699%253BVLC%253A663399%253BAH%253Acenter%253BBGC%253AFFFFFF%253BLBGC%253A336699%253BALC%253A0000FF%253BLC%253A0000FF%253BT%253A000000%253BGFNT%253A0000FF%253BGIMP%253A0000FF%253BFORID%253A1%26hl%3Den%26q%3DEvidentiary%2BBarriers%2Bto%2BConviction%2BAnd%2BTwo%2BModels%2Bof%2BCriminal%2BProcedure%253A%2BA%2BComparative%2BStudy#search=%22Evidentiary%20Barriers%20Conviction%20Two%20Models%20Criminal%20Procedure%3A%20Comparative%20Study%22 (očitanje 15. 06. 2013), ss. 541-542.

ovog instituta. Od značajnog uticaja na teorijsko određivanje pravne prirode je i lično poimanje motiva i svrhe ovog instituta (pod 2). Načelan odgovor — na liniji prakse ESLJP — je da u slučajevima kada je navedeni institut vezan za krivicu osuđenog, kao i kada se može izraziti kao glavna kazna ili biti zamenjen kaznom zatvora, institut “uprkos prividu”, kako je to istakao i ESLJP u Odluci *Welch protiv UK*, kada se “razmotri stvarna situacija”, nesumnjivo ima karakter *kazne*.

U pravnom sistemu RS, treba odbaciti stanovište da je reč o pravnoj posledici krivičnog dela. Iako je vezano za odluku krivičnog suda kojom je utvrđeno krivično delo, oduzimanje imovine se sprovodi u posebnom postupku, koji je potencijalno poprište suočavanja argumenta tužilačke strane i lica kojima se oduzima imovina. Odluka suda može biti pozitivna ili negativna. Zatim, iako je odlukom suda utvrđeno krivično delo uslov i osnov pokretanja postupka oduzimanja imovine koja proističe iz kriminalne aktivnosti, institut oduzimanja imovine prevazilazi domete same presude. *Ratio* uvođenja instituta je upravo da se oduzme šira imovina od one koja proističe iz (odlukom suda utvrđenog) krivičnog dela. Za oduzimanje imovinske koristi koja proizilazi iz krivičnog dela utvrđenog sudskom odlukom je dovoljan institut — oduzimanja imovine iz KZ. Kod oduzimanja imovine stečene kriminalnom aktivnošću oduzima se sva imovina za koju vlasnik ne dokaže zakonito sticanje. Hipotetički moguće je da nakon pokretanja postupka za oduzimanje imovine stečene kriminalnom aktivnošću dođe do oduzimanja samo imovine koja proističe iz krivičnog dela utvrđenog sudskom odlukom (vlasnik dokaže da je sva ostala njegova imovina zakonito stečena). No, ni tada oduzimanje imovine nije posledica krivičnog dela, već okolnosti da je sud u određenom, po pravilu, većem delu ocenio neosnovanim zahtev tužilaštva. Nesumljivo je, međutim, da navedeni institut oduzimanja imovine proistekle iz kriminalne aktivnosti korene vuče — i u pravu RS i u uporednopravno gledano — iz navedenog instituta oduzimanja imovinske koristi stečene krivičnim delom (čl. 91 KZ).

Oduzimanje imovine u pozitivnom pravu RS je *sui generis* mera. Ipak, ne bez ikakvih kaznenih efekata, kako proizilazi iz Rešenja Ustavnog suda.

4. Ustavnopravni aspekt oduzimanja imovine

4.1. Pravo na imovinu

Pravo na imovinu zajemčeno je Ustavom RS, dok je istovrsno pravo (na mirno uživanje imovine) garan-

⁵³ Up. čl. 58 Ustava RS i čl. 1 Protokol 1 EKLJP.

tovano i EKLJP. Razlika između ove dve garancije, međutim, postoji⁵³.

Za razliku od EKLJP, koja lišavanje imovine dozvoljava u *javnom interesu i uslovima predviđenim zakonom* (i potvrđenim međunarodnim ugovorima), Ustav RS propisuje još jedan, kumulativni uslov — *naknadu koja ne može biti niža od tržišne*.

ESLJP je u više svojih odluka oduzimanje imovine smatrao opravdanom merom u opštem (javnom interesu), s obzirom da je reč o imovini koja se dalje može upotrebiti na štetu zajednice. Kriterijumima srazmernosti i neophodnosti se, prema praksi ESLJP, uspostavlja pravična ravnoteža između interesa zajednice i zaštite pojedinca⁵⁴. Takođe, ESLJP je istakao da je opšti interes opravdan, naročito ako se ima u vidu opasna ekonomsku moć “organizacije kao što je mafija” (*Raimondo protiv Italije*)⁵⁵, čime je suštinski prihvatio osnovne motive koji legitimizuju ovaj institut.

Institut privremenog oduzimanja je ustanovljen radi ispunjavanja svrhe osnovnog instituta — trajnog oduzimanja. Činjenica da do izvesnog ograničenja imovine dolazi — pre bilo kakve sudske odluke, takođe nije naročito problematična. Brojni su instituti iz krivičnopravnog arsenala koji služe kao mera obezbeđivanja krajnjih ciljeva, a kojima se dotiču određena zajemčena prava, pre donošenja konačnih, utvrđujućih odluka (pritvor, suspenzija sa posla...). “Razlozi kojima se opravdava potreba za privremenim oduzimanje imovine mogu se uporediti sa razlozima za određivanje pritvora prema okrivljenom u krivičnom postupku po osnovu opasnosti od bekstva ili koluzione opasnosti (...), jer i u slučajeva imovine za koju se osnovano sumnja da je kriminalnog porekla, postoji opasnost da će ‘pobeći’, tj. da može biti otuđena, uništena, sakrivena ili na drugi način izmenjena”⁵⁶.

I ESLJP ukazuje da smisao ovog instituta nije lišavanje vlasništva, već sprečavanje upotrebe ove imovine⁵⁷. Privremeno oduzimanje imovine u pravnom sistemu RS je dodatno ojačano time što je propisano, kako ističe i Ustavni sud, da se oduzetom imovinom upravlja sa pažnjom dobrog stručnjaka, odnosno dobrog domaćina. To su najviši standardi pažnje u obligacionim odnosima, te su stoga dodatna garancija da će oduzeta imovina biti očuvana i prodana samo u Zakonom predviđenim slučajevima, uz ispunjenje propisanih uslova⁵⁸.

⁵⁴ K. Rid, *Evropska konvencija o ljudskim pravima (vodič za praktičare)* 2, Beograd 2007, s. 531.

⁵⁵ Presuda ESLJP u predmetu *Raimondo protiv Italije* (App. no 12954/87) od 22. 02. 1994.

⁵⁶ Važić (bel. 27), s. 43.

⁵⁷ *Raimondo protiv Italije* (bel. 55).

⁵⁸ Rešenje Ustavnog suda RS IUz 117/09 od 30. 06. 2011.

Postavlja se, takođe, pitanje osnovanosti prodaje privremeno oduzete imovine. Tako je u jednoj od inicijativa podnetih Ustavnom sudu isticano da je prodaja privremeno oduzete imovine protivustavna, jer dolazi do otuđenja stvari “koje pripadaju nekom drugom u situaciji kada još uvek nema presude, protivno pravnom principu da niko na drugog ne može preneti više prava nego što sam ima”⁵⁹. Ipak, kako ističe Ustavni sud, prodaja pokretne imovine se “vrši u cilju očuvanja vrednosti oduzete imovine, a samim tim i ostvarenja krajnjeg cilja zbog kojeg je i doneto rešenje o privremenom oduzimanju imovine — odlučivanja o ispunjenosti uslova za trajno oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela”. Takođe, reč je o “meri privremenog karaktera kojom se meritorno ne zadire u pitanje prava i obaveza”; a postoji i mogućnost naknade štete (usp. pod 3.1, ss. 59-60). Sve to kvalifikuje ovaj institut kao “srazmerno i dozvoljeno mešanje države”⁶⁰.

Najosetljivije je pitanje zaštite imovine trećih lica. Problemi u zaštiti se prevazilaze *in rem* karakterom postupka, jer se prati stvar, a ne lice. U teoriji se ističe potreba za zaštitom savesnih lica koji su imovinu stekli *bona fide*⁶¹. To bi podrazumevalo neznanje sticoca o poreklu stečene imovine. Ova zaštita u pravu RS je u značajnoj meri ispunjena standardom da će se imovina oduzimati od trećih lica samo u slučaju da je na njih preneti radi “osujećenja oduzimanja” (čl 43 st. 3 nZOI). Veoma je zanimljivo kako će se “osujećenje oduzimanja” dokazivati u praksi. Nesumnjivo je da veći iznosi prebacivanja imovine, osim ako se ne dokaže suprotno, ukazuju da je predata u cilju osujećenja. To znači da bi i ovde trebalo primeniti “dokaznu inverziju”.

Uočeno je da je ESLJP u slučajevima koji su se ticali oduzimanja imovine (konfiskacije) — i to šire gledano, dakle ne samo kod instituta oduzimanja imovine stečene kriminalnom aktivnošću — “pretežno zainteresovan za zaštitu opšteg interesa”⁶², kao i “da su se drakonska ovlašćenja oduzimanja (...), pokazala kao prihvatljiva, ukoliko su poštovani minimalni zahtevi za procesnim garancijama”⁶³. Stoga instituti oduzimanja imovine razrađeni u nZOI ispunjavaju zahteve prava na imovinu garantovanog čl. 1 Protokola 1 Konvencije.

Problem, ipak, postoji u dopunskom uslovu, propisanom čl. 58 st. 2 Ustava, da oduzimanje može biti

učinjeno (pored ispunjenosti javnog interesa utvrđenog na osnovu zakona), samo *uz naknadu koja ne može biti niža od tržišne*, što totalno obesmišljava institut oduzimanja imovine! Spas bi se mogao tražiti u odredbi čl. 58 st. 1 Ustava koja jemči uživanje svojine i drugih imovinskih prava stečenih *na osnovu zakona*. Ukoliko lice za koje je sudskom odlukom utvrđeno da je počinilo krivično delo, u postupku oduzimanja imovine ne dokaže da ju je steklo zakonitim putem, na tu imovinu se ne primenjuju garancije iz čl. 58 Ustava.

Pisci Ustava Srbije su olako, u kvantitativnom i u kvalitativnom smislu, dizali lestvicu zajemčenih ljudskih prava⁶⁴. Tako je Venecijanska komisija u svom mišljenju na Ustav Srbije “izrazila zabrinutost”, kao i u drugim sličnim slučajevima⁶⁵, da olako garantovanje socijalnih i ekonomskih prava može “dovesti do nerealnih očekivanja”⁶⁶. Takođe i vodeći poslenici srpske ustavopravne nauke su nakon donošenja Ustava ukazali da bi prema Ustavu, “ispalo da je Srbija vodeća zemlja u Evropi po broju ljudskih prava i brizi o njihovoj zaštiti”⁶⁷.

Prilikom propisivanja ustavne odredbe kojom se jemči pravo svojine, očigledno su ustavopisci imali na umu pitanje eksproprijacije i nisu shvatali kompleksnost osnovnih ljudskih prava. Nivo zaštite ljudskih prava koju pruža ESLJP, svakako, treba posmatrati kao minimalni standard i poželjno je da države potpisnice Konvencije u svojim sistemima podižu lestvicu zajemčenih ljudskih prava. To je bolje činiti zakonskim razradama i postupanjem u praksi, umesto ustavnim proširivanjem koje dovodi do paralize sistema i onemogućava uvođenje legitimnih pravnih instituta. Takođe je činjenica da iako stavovi ESLJP predstavljaju minimalne standarde, oni su za post-tranziciona društva poput Srbije i dalje *de facto*, u većini slučajeva, cilj kome se teži. Olakim proširivanjem standardnih garancija nastaju sistemski problemi, koji se prevladavaju ili izvesnom pravnom “gimnastikom” ili tumačenjem *contra constitutionem*. U određenim situacijama se valja spustiti sa deklarativnih i dekorativnih

⁶⁴ Isto je, primera radi, učinjeno sa pravom na (delotvorno) pravno sredstvo čija se ostvarljivost u određenim pitanjima takođe čini nemogućom kod rešavanja određenih zakonodavnih pitanja. O tome videti S. Manojlović, Pravo na delotvorne pravno sredstvo i član 9. Zakona o bankama, *Izbor iz sudske prakse* 11/10, ss. 13-17.

⁶⁵ Videti Mišljenja o nacrtu Ustava Ukrajine, CDL-Inf(1996)006, o Ustavu Ukrajine, CDL-Inf(1997)002 i Privremeno mišljenje o ustavnoj reformi u Republici Kirgistan, CDL-AD(2005)022.

⁶⁶ CDL-AD(2007)004.

⁶⁷ R. Marković, Ustavni sud u ustavu Republike Srbije od 2006. godine, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2/2007, s. 11.

⁵⁹ Predmet IUz 117/09.

⁶⁰ Rešenje Ustavnog suda RS IUz 117/09 od 30. 06. 2011.

⁶¹ Tako: Ivičević Karas (bel. 23), s. 691-692 i Alldidge (bel. 33), ss. 62-63.

⁶² Lajić (bel. 3), s. 241.

⁶³ K. Rid (bel. 54), s. 342.

visina u realnost, a ona je takva da su standardi Konvencije i tumačenja još uvek gornja (ciljna) lestvica pravnog sistema RS i da preširoko postavljanje određenih prava onemogućava ostvarivanje legitimnih i legalnih opštih ciljeva jednog društva.

4.2. Pravo na pravično suđenje

Zbog redukovanja dokaznog standarda u postupka oduzimanja imovine, otvara se pitanje kršenje pretpostavke nevinosti. Prema praksi ESLJP od značaja je da pretpostavka nije neoboriva, da ne dolazi do "automatske primene pretpostavke", kao i da sudovi imaju pravo diskrecione ocene (*Salabiaku protiv Francuske*⁶⁸).

Pitanje pretpostavke nevinosti u najvećoj meri zavisi od karaktera postupka oduzimanja imovine, koji je u mnogo čemu određen pravilima nacionalnih zakonodavstava. U predmetu *Phillips protiv UK*⁶⁹, ESLJP je presudio da nije bilo povrede prava na pravično suđenje, jer je okrivljeni propustio da preduzme jednostavne radnje kojima bi pobio navode tužioca i koji bi bili uobičajeni koraci u slučaju da su njegove tvrdnje bile tačne. U literaturi se navodilo da je ESLJP, nakon predmeta *Phillips protiv UK*⁷⁰ i *Van Offeren protiv Holandije*⁷¹, odlučujući u predmetu *Geerings protiv Holandije*⁷², podigao lestvicu primenljivosti pretpostavke nevinosti koja zahteva obavezu nacionalnog suda da adekvatno oceni razloge i dokaze odbrane, kao i da je zahtevao "viši i delotvorniji nivo garancija utvrđenih Konvencijom na polju materijalnog i procesnog prava". Međutim, nova interpretacija je, zapravo, "određena posebnim okolnostima predmeta, a ne različitom evaluacijom apstraktne prirode instituta oduzimanja"⁷³. I sam ESLJP je istakao da slučaj *Geerings protiv*

⁶⁸ Presuda u predmetu *Salabiaku protiv Francuske* od 07. 10. 1988. godine (App. no 12954/87), <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#?{fulltext:Salabiaku}&languageisocode:ENG&respondent:FRA&documentcollectionid2:GRANDCHAMBER,CHAMBER&itemid:001-57570> (očitanje 10. 09. 2013).

⁶⁹ Presuda u predmetu *Phillips protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 05. 06. 2011. (App. no. 41087/98), <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#?{fulltext:Phillips}&languageisocode:ENG&respondent:GBR&documentcollectionid2:GRANDCHAMBER,CHAMBER&itemid:001-59558> (očitanje 10. 09. 2013).

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Odluka u predmetu *Van Offeren protiv Holandije* od 05. 06. 2005. (App. no 19581/04).

⁷² Presuda u predmetu *Gerrings protiv Holandije* od 01. 06. 2007. godine (App. no 30810/03), <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#?{fulltext:Van Offeren}&languageisocode:ENG&respondent:NLD&documentcollectionid2:GRANDCHAMBER,CHAMBER&itemid:001-79657> (očitanje 10. 9. 2013. godine).

⁷³ Ilić/Majić/Nikolić/Melilio (bel. 5), s. 38. Takođe za komentare na širu praksu ESLJP videti presudu iz bel. 72, ss. 31-41 i dalje.

Holandije "ima dodatne karakteristike koje ga čine drukčijim od slučajeva *Phillips* i *Van Offeren*"⁷⁴.

Da li primenom instituta oduzimanja imovine dolazi do povrede principa pretpostavke nevinosti iz čl. 6 st. 2 Konvencije? Shodno zakonskim odredbama, oduzima se imovina koja proističe iz "krivičnog dela", "kriminalne aktivnosti", a samo krivično delo, niti bilo kakva kriminalna aktivnost iz koje proističe imovina koja se oduzima, nisu utvrđeni sudskom odlukom. Ovaj problem se prevazilazi *in rem* pristupom, gde se postupak oduzimanja vezuje za imovinu, a ne za utvrđivanje krivice.

Ispunjavanjem osnovnih kriterijuma: jasna odvojenost postupka oduzimanja imovine od odlučivanja o krivici, mogućnost obaranja pretpostavke nevinosti, kao i mogućnost slobodne procene suda, čine institut oduzimanja imovine u pravnom sistemu RS kompatibilnim sa pravom na pravično suđenje, što je stanovište i Ustavnog Suda RS⁷⁵.

4.3. Zabrana retroaktivne primene zakona⁷⁶

Nakon ustanovljavanja instituta oduzimanja imovine može se postaviti pitanje da li se time neko kažnjava sankcijom koja u vreme izvršenja krivičnog dela nije bila predviđena. Dilema o (ne)postojanju (in)kompatibilnosti oduzimanja imovine sa zabranom retroaktivne primene zakona se svodi na pitanje da li je oduzimanje imovine kazna.

Najznačajnija je presuda ESLJP u predmetu *Welch protiv UK* (usp. pod 3.4), gde je, iako je utvrđena povreda Konvencije, jasno ukazano da institut oduzimanja imovine nije *per se* kaznenog karaktera. Da li retributivni tragovi čine oduzimanje imovine inkompatibilnim sa zabranom retroaktivne primene? Imajući u vidu koncept ovog instituta i postupak oduzimanja u pravnom sistemu RS, odgovor na ovo pitanje je negativan. Preventivni karakter je dominirajući, zatim sledi restorativni, dok je retributivni u tragovima. Slično stanovište je zauzeo i Ustavni sud, s tim što je oduzimanje imovine posmatrao kao ravnopravno preventivno-restorativni institut, odričući mu bilo kakve retributivne elemente.

5. Zaključna razmatranja

Institut oduzimanja imovine postao je neophodno sredstvo u borbi protiv organizovanog kriminala. Nje-

⁷⁴ *Geerings protiv Holandije* (bel. 72).

⁷⁵ Rešenje Ustavnog suda RS IUz 117/09 od 30. 06. 2011.

⁷⁶ Ovo pravo je zajemčeno čl. 7 Konvencije i čl. 34 Ustava RS.

ga su kao sredstvo počele da primenjuje zemlje sa izuzetno razvijenim demokratskim institucijama i značajnom finansijskom moći (SAD, Nemačka, Francuska, UK). Njegova uporednopravna egzistencija, kao i legitimizacija kroz međunarodne sporazume, svakako su otvorile put da ovaj institut zaživi i u institucionalno i finansijski manje razvijenim zemljama.

Oduzimanje imovine kojim se slabi moć organizovanog kriminala u daljem vršenju kriminalnih aktivnosti jasno ukazuje na preventivnu svrhu ovog instituta. Ona se u pravnom sistemu RS ostvaruje standardima da se postupak oduzimanja pokreće samo u slučaju “očigledne nesrazmere” između imovine i zakonitih prihoda, kao i da se od trećih lica oduzima samo u slučaju da je preneti radi “onemogućavanja oduzimanja”. Iako to nije bio primarni motiv nastanka ovog instituta, on je poprimio i restorativni karakter. Prema pravnim sledbenicima koji se ne bave kriminalnim aktivnostima, institut nema nikakav preventivni, već samo restorativni karakter. Takođe, ne može se negirati — za razliku od mišljenja Ustavnog suda RS i vodećih stavova u srpskoj teoriji — da institut prema licima koja su imovinu stekla kriminalnom aktivnošću (naročito iz njihove subjektivne perspektive) ima i retributivne efekte.

Koncept oduzimanja imovine u RS uvažava kriterijume ESLJP i uvažava uporednopravne hibridne elemente ovog instituta da se imovinskopравни institut praćenja stvari (*in rem* postupak) primeni u postupku pred krivičnim sudom. Time je legitimizovana i redukcija u klasičnom krivičnom postupku visokog dokaznog standarda. Takođe, u postupku oduzimanja je ostavljeno dovoljno prostora da ne budu povređeni osnovni postulati prava na pravično suđenje.

Zaštita javnog interesa, koju je u više svojih odluka prepoznao ESLJP, trebalo je da bude dovoljan osnov za odbranu ovog instituta od tvrdnji o povredi prava na imovinu. Analiza ukazuje na problem da ustavnim odredbom (čl. 58 Ustava) svako oduzimanje ili ograničenje imovine može biti učinjeno samo u slučaju, pored postojanja javnog interesa utvrđenog zakonom, *uz naknadu koja ne može biti niža od tržišne*. Rešenje problema tumačenjem da se jemči mirno uživanje samo imovine stečene na osnovu zakona (čl. 58 st. 1 Ustava RS), te se st. 2 ne odnosi na lice koje u postupku oduzimanja nije dokazalo da je imovinu steklo zakonitim putem, bilo bi moguće, ali je nategnuto. Ono je izvodljivo i kod oduzimanja imovine trećim licima, jer bi se mogla prihvatiti teza da je imovina preneti zbog “osujećenja oduzimanja” nezakonito stečena. Kod oduzimanja imovine od strane pravnih sledbenika bilo bi potrebno zakonitost sticanja vezati za ostavioca, što je prilično restriktivno tumačenje ustavne formulacije kojom je zajemčeno pravo na imovinu.

Mimo ovog problema, institut oduzimanja imovine, spada u retke institute čije je presađivanje u pravni sistem RS urađeno uz pažljivo odmeravanje javnog interesa koje društvo ima u borbi protiv organizovanog kriminala, s jedne strane, i zaštite osnovnih prava, s druge. Ključnu ulogu u tome svakako su imali zakonopisci, koji su kasnijim komentarom⁷⁷ izvršili uticaj na razumevanje ovog instituta i čiju je argumentaciju prihvatio Ustavni sud baveći se pitanjem ustavnosti instituta oduzimanja imovine.

⁷⁷ Pojedini autori (Ilić/Majić/Nikolić/Melilio [bel. 5]) su učestvovali u pisanju Nacrta sZUI u okviru Radne grupe Ministarstva pravde.

Summary

The paper deals with the confiscation of the property that originates from criminal activities, its legal nature and particularities in evidential procedure. Serbian law allows its confiscation, if the owner does not prove its legality, what is in the line with the solutions in other countries. The purpose of this paper is to examine compatibility of this institute with the basic rights like rights to the fair trial, rights to the property and prohibition of the retroactive application of criminal law. The author used domestic and foreign legal theory and decisions of the European Court for human rights and Constitutional Court of Serbia.

Particular attention is given to the various reflection of the right on the property that is guaranteed by the ECHR and the same, but differently defined right from the Serbian Constitution.