



HUMAN RIGHTS ACTION | AKCIJA ZA LJUDSKA PRAVA

Skupština Crne Gore

Odbor za politički sistem, pravosuđe i upravu

G. Momo Koprivica, predsjednik

Podgorica, 27. 02. 2023.

Predmet: Stručno mišljenje o Predlogu zakona o izmjenama i dopunama Zakona o oduzimanju imovinsko-pravne koristi stečene krivičnom djelatnošću

Poštovani gospodine Koprivica,

u cilju doprinosa vladavini prava i opštem interesu za kvalitetnim zakonskim okvirom u Crnoj Gori, Akcija za ljudska prava je o Predlogu zakona o izmjenama i dopunama Zakona o oduzimanju imovinsko-pravne koristi stečene krivičnom djelatnošću, obezbijedila mišljenje pravnog stručnjaka, nekadašnjeg sudije Evropskog suda za ljudska prava i profesora Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, dr Dragoljuba Popovića, koje Vam dostavljamo u prilogu.

Mišljenje je obezbijeđeno zahvaljujući institucionalnoj podršci Fondacije Sigrid Rausing (*Sigrid Rausing Trust*) radu Akcije za ljudska prava.

Ovo mišljenje ćemo naravno objaviti na našoj internet stranici, nadajući se da će isto tako biti objavljena i mišljenja drugih inostranih ili domaćih stručnjaka koja o ovom zakonu posjeduju Skupština i Vlada Crne Gore.

S poštovanjem,

Tea Gorjanc Prelević,
Izvršna direktorica

PRAVNO MIŠLJENJE

Usklađenost predloga za izmjenu crnogorskog Zakona o oduzimanju imovinske koristi stečene kriminalnom djelatnošću s praksom Evropskog suda za ljudska prava

1. Osnovni pristup

Oduzimanje imovinske koristi stečene krivičnim djelom je važan element borbe protiv organizovanog kriminala. Takvo oduzimanje predstavlja konfiskaciju, što je izraz kojim pribjegava Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: Evropski sud). Taj izraz će se u ovom tekstu koristiti radi lakšeg izražavanja.

Načelno bi se moglo reći kako se predlaže *izmjena sistema* postupanja u materiji konfiskacije. Ovo je jasno ako se ima u vidu da član 22 Predloga Zakona o izmjenama i dopuna Zakona o oduzimanju imovinske koristi stečene kriminalnom djelatnošću Crne Gore (u daljem tekstu: Predlog, odnosno Zakon) predviđa izmjenu člana 35 Zakona.

Prema postojećoj zakonskoj odredbi *državni tužilac* u zakonskom roku po pravosnažnosti krivične presude podnosi zahtjev za oduzimanje imovinske koristi. Predlog izmjene predviđa da će *Zaštitnik imovinsko-pravnih interesa* (u daljem tekstu: Zaštitnik) biti ovlašćen da u određenom roku podnese tužbu za oduzimanje imovinske koristi "u skladu sa Zakonom o parničnom postupku".

Odredbe koje za ovom dolaze unose izmjene u članove 35 do 41 Zakona, povodeći se za osnovnom idejom upravo navedenog člana Predloga. Ta ideja se sastoji u primjeni parničnog postupka na oduzimanje imovinske koristi, odnosno konfiskaciju. Umjesto državnog tužioca nadležnost za postupanje prelazi na Zaštitnika.

Pored trajnog oduzimanja imovinske koristi, postojeći Zakon poznaje i privremene mjere, o kojima u prvom stepenu odlučuje sudija za istragu, a u drugom sud (članovi 19-34 Zakona). Te mjere se izriču radi očuvanja imovinske koristi stečene kriminalnom djelatnošću i eventualnog naknadnog trajnog oduzimanja.

2. Ocjena Evropske komisije

Ovdje posebno treba ukazati na činjenicu da je u primjedbama eksperta Evropske komisije na pomenuti Predlog izričito navedeno kako konfiskacija van krivičnog postupka može postojati samo kao dopuna (*complement*) krivičnoj konfiskaciji. Široka primjena tog oblika konfiskacije podložna je kritici među stručnjacima.¹ Konfiskacija izvan krivičnog postupka mora

¹ cf. Th. Byl, *Law on Seizure and Confiscation of Material Benefit Derived from Criminal Activity*, report submitted to the EU Commission 13.11.2022. p. 5.

se, načelno posmatrano, primjenjivati restriktivno, što znači samo onda kada je apsolutno neophodna i proporcionalna svrsi.²

Još jedna okolnost govori u prilog kritičkog stava prema Predlogu. Riječ je o tehnicima pribavljanja i izvođenja dokaza. Najvećim dijelom to je posao policije, koja s državnim tužiocem surađuje u borbi protiv kriminala po uhdanom i razrađenom postupku.³ Ta dva organa - državno tužilaštvo i policija - su po pravilu u dobroj koordinaciji. Ako se postojeći sistem postupanja promjeni, dokaze će pred sudom umjesto državnog tužioca ubuduće podnositi Zaštitnik.

Kad državni tužilac više ne bude ovlašten u postupku konfiskacije ustaljeni način postupanja će se sasvim izvjesno poremetiti. Zaštitnik nije organ koji svakodnevno i uspješno djeluje zajedno s policijom, niti mu je borba protiv kriminala prevashodni zadatak. Postupak dokazivanja pred sudom će zbog toga biti otežan u odnosu na sadašnje stanje. Osim toga, način izvođenja dokaza biće svojstven građanskom postupku. Pored svega ovoga promovisanje konfiskacije u građanskom postupku za osnovni oblik je u neskladu s praksom Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: Evropski sud).

3. Pravna priroda konfiskacije u praksi Evropskog suda

Konfiskacija je prema shvatanju Evropskog suda jedna krivičnopravna mjera. Slučajevi konfiskacije privlače prije svega zaštitu člana 6 i člana 7 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava (u daljem tekstu: Konvencija).

Pravna priroda konfiskacije, kao i drugih mjera države nalazi svoje određenje u presudi slučaja *Engel i drugi protiv Holandije*.⁴ Pravilo te presude kaže da se klasifikacija državnih mjera ne može povoditi isključivo za nacionalnim pravom države u pitanju. Evropski sud je razvio sopstvena mjerila za klasifikaciju (tzv. *Engel test*). Prvo mjerilo za ocjenu prirode jedne mjere je kvalifikacija po nacionalnom pravu odgovorne države. Uz ovo je međutim, presuda *Engel* dodala prirodu samoga djela i težinu sankcije koja pogađa učinioca. Evropski sud je na osnovu primjene pomenutih mjerila konfiskaciju svrstao među krivične sankcije.⁵

Krivičnopravnu prirodu mjere konfiskacije Evropski sud je naročito istakao u presudama slučajeva *Sud Fondi protiv Italije* i *G.I.E.M. ogr. i drugi protiv Italije*.⁶ U ovoj drugoj presudi Veliko vijeće Evropskog suda posebno je naglasilo autonomni pojam konfiskacije kao kazne. Odsustvo krivične osude u jednom konkretnom slučaju ne isključuje primjenu člana 7 Konvencije.⁷ Kad se sve ovo ima u vidu postaje očigledno da je primjena odredaba parničnog postupka na jednu mjeru koja je u svojoj suštini kazna, pored toga što je nelogična, u neskladu s praksom Evropskog suda, odnosno s Konvencijom.

4. Konfiskacija i zaštita imovine po Konvenciji

² *ibid.* p. 10.

³ v. član 14 Zakona.

⁴ *Engel and Others v The Netherlands*, Judgments and Decisions A 22 (1976).

⁵ cf. M.Allena, "Anti-Mafia Confiscation Against Corruption: The New Frontier of Human Rights", *Italian Journal of Public Law*, vol. 11, issue 1/2019, p. 205.

⁶ *Sud Fondi v Italy*, 75909/01 (2007); *G.I.E.M. s.r.l. and Others v Italy*, 1828/06... (2018).

⁷ cf. *G.I.E.M. s.r.l. and Others v Italy*, §§ 216 -217.

Pored pitanja koja konfiskacija izaziva u vezi s članovima 6 i 7 Konvencije, primjena te mjere po pravilu dovodi do postavljanja pitanja po članu 1 Prvog dodatnog protokola uz Konvenciju (u daljem tekstu: Prvi protokol). Razmatranje pitanja konfiskacije sa stanovišta člana 1 Prvog protokola od posebnog je značaja za zaštitu ljudskih prava. Zbog toga treba odmah reći kako Evropski sud slučajeve konfiskacije uglavnom tretira kao tzv. kontrolu upotrebe imovine u smislu člana 1 Prvog protokola. Ovo uprkos tome što mjera konfiskacije sopstvenika u krajnjem ishodu suštinski lišava svojine.

Iako Evropski sud poklanja posebnu pažnju konfiskaciji koja je u vezi s krivičnom osudom, ili je u vezi s krivičnim postupkom protiv nekog lica, ipak postoji jedan reklo bi se, administrativni aspekt konfiskacije. Kao primjeri se mogu navesti presude u slučajevima *Gogitidze i drugi protiv Gruzije* ili *Aktiva doo protiv Srbije*.⁸

U slučaju *Gogitidze* prvi podnosilac predstavke bio je raniji visoki funkcioner nekad separatističke Republike Adžarije, koja je deo Gruzije. Odgovorna vlada je tvrdila da je podnosiocu predstavke i njegovim rođacima imovina čije porijeklo nisu mogli dokazati oduzeta u javnom interesu. Evropski sud je utvrdio da se radi o kontroli upotrebe imovine u smislu člana 1 Prvog protokola, da je zadiranje u imovinu bilo zasnovano na zakonu i da je imalo zaštitu javnog interesa kao legitiman cilj. Zbog toga je izreka presude glasila da u ovome slučaju nije bilo povrede člana 1 Prvog protokola.

Obrnuto, u slučaju *Aktiva doo*, u kojem je preduzeću koje je podnijelo predstavku Evropskom sudu konfiskovana uskladištena roba, Evropski sud je zaključio da je postojala povreda člana 1 Prvog protokola. Razlog za ovakvu odluku Evropski sud je pronašao u načelu proporcionalnosti. Nadležne vlasti odgovorne države mogle su pribjeći alternativnim, manje drastičnim mjerama zaštite javnog interesa u konkretnom slučaju, zato što uskladištena roba nije bila podložna kvarenju.

Podnosioci predstavki su u oba slučaja u odgovornim državama imali nacionalni pravni put da zaštite svoju imovinu i taj su put iskoristili. Na ovome mjestu se mora učiniti napomena s obzirom na crnogorski Predlog zakona, o kojem se sačinjava ovo mišljenje. Naime, iako u domaćem pravu Crne Gore ne postoji poseban zakon o građanskopravnoj ili administrativnoj konfiskaciji, po normama opšteg prava građani i pravna lica uživaju zaštitu svojih imovinskih prava.

5. Zaključak i preporuke

U zaključku bi valjalo istaći da je najvažniji zadatak kojem se crnogorski zakonodavac posvetio borba protiv kriminala. S tog stanovišta bi mogle biti razmotrene neke mjere, drukčije od izmjene zakona, kao preporučljive zbog svoje efikasnosti. Tu prije svega dolazi kadrovsko i materijalno jačanje službe državnog tužilaštva, kao i policije. Saradnju ta dva državna organa trebalo bi kako materijalno, tako i tehnički unaprijediti. Uvođenje novog organa u ustaljeni sistem postupanja teško će donijeti promjene, odnosno poboljšanja, kakvim se teži. Ako ništa drugo, biće neophodan jedan period prilagođavanja novom normativnom okviru i uhodavanja prilikom postupanja sada tri aktera - Zaštitnika, državnog tužioca i policije.

Valja reći i to da postojeći Zakon nije loš. Naprotiv, redigovan je jasno i razumljiv je javnosti, a posebno obrazovanim pravnicima. Umjesto izmjene zakonskih normi reklo bi se da je

⁸ *Gogitidze and Others v Georgia*, 36862/05 (2015); *Aktiva doo v Serbia*, 23079/11 (2021)

bolje unaprijediti praksu primjene postojećeg Zakona. Donošenje novog zakona ne predstavlja samo po sebi rješenje problema koji se javlja u društvu.

Na osnovu ovakvog zaključka mogle bi se učiniti sljedeće sugestije:

(a) Najmanja mjera popravljivanja Predloga sastojala bi se u *izostavljanju* iz njegovog teksta onih odredaba koje se odnose na zasnivanje nadležnosti Zaštitnika za postupanje u materiji konfiskacije.

(b) Posebno valja razmisliti i o potpunom *povlačenju* Predloga iz zakonodavnog postupka, zbog toga što je predlog u sadašnjem obliku *u suprotnosti s Konvencijom* i praksom Evropskog suda.

(c) Predlog sadrži rješenje kakvo se *ne srijeće nigdje* u uporednom pravu, što na svoj način govori u prilog povlačenja iz procedure. Umjesto da jasno izrazi supsidijarni karakter konfiskacije van krivičnog postupka Predlog taj vid konfiskacije uzima za pravilo.

(d) Uporednopravna razmatranja u pripremi svakog zakona, pa tako i ovog o kojem je riječ, mogu biti od ogromne koristi. U tom pogledu valjalo bi se založiti za transparentan i inkluzivan postupak donošenja zakona, u kojem bi se čula različita *obrazložena mišljenja i stavovi*, kako vlade, tako isto i parlamentaraca i predstavnika civilnog društva. Sva do sad sačinjena mišljenja i kritičke stavove trebalo bi *učiniti dostupnim* najširoj javnosti.

(e) Povodom shvatanja koja postoje u uporednom pravu naročito treba istaći *model zakon*, koji u ovoj materiji *potiče od UN*, te bi mogao predstavljati dobru osnovu za početak rada na novom zakonu, ako se usvoji sugestija o povlačenju postojećeg Predloga iz procedure.

dr Dragoljub Popović, advokat,
prethodno profesor Pravnog fakulteta Univerziteta
u Beogradu i sudija Evropskog suda za ljudska prava