

Др Ненад Тешић*

ДА ЛИ ЈЕ ПРАВО СЛЕДОВАЊА УСТАВОМ
ЗАШТИЋЕНИ ИМОВИНСКИ ИНТЕРЕС И
У ОДНОСУ НА РЕПУБЛИКУ СРБИЈУ**

II део

*Nullum commodum capere potest
de sua propria iniuria.*¹

Аутор у овом раду истражује оне кривичноправне мере које нису усмерене на личност учиниоца већ непосредно утичу на његову имовинску позицију: одузимање предмета извршења кривичног дела, одузимање имовинске користи стечене кривичним делом, одузимање имовине проистекле из кривичног дела.

*У том контексту се поставља питање какав је однос тих мера и права трећих лица на одузетим добрима. Ако се основни правнополитички циљ свеобухватног одузимања имовине огледа у спречавању богаћења криминалних организација, а суштина хипотеке је у заштити права њеног имаоца *erga omnes*, онда није тешко замислити ситуацију у којој се право следовања хипотекарног повериоца сучељава са том кривичноправном мером изреченом хипотекарном дужнику. Управо ту ситуацију аутор сматра адекватним тестом*

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, nenad.tesic@ius.bg.ac.rs.

** Чланак је настао као резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду *Идентитетски преображај Србије* за 2018. годину и представља наставак чланка под називом „Да ли је право следовања уставом заштићени имовински интерес и у односу на Републику Србију – I део“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2018, 159–179. Аутор дугује нарочиту захвалност професору кривичног права Игору Вуковићу, за пријатељско читање овог рада и указивање на језичке и друге мањкавости.

¹ Нико не може имати користи од сопственог злодела. Jon R. Stone, *The Routledge Dictionary of Latin Quotations: The Illiterati's Guide to Latin Maxims, Mottoes, Proverbs, and Sayings*, Routledge, New York – London 2005, 80.

за разрешење дилеме о томе да ли је право следовања имовински интерес који ужива пуну уставноправну заштиту.

Аутор покушава да пронађе „Аријаднину нит“ која би нас извела из „правног лавиринта“, онога што је оправдана реакција државе у борби против организованог криминала и онога што се сматра примереном заштитом субјективних права обезбеђених поверилаца. У раду се истиче да се у одговору на питање има ли хипотекарни поверилац право следовања у односу на државу, ако се мера свеобухватног одузимања односи на хипотековану непокретности, пре свега мора водити рачуна о савесности хипотекарног повериоца. Притом тај субјективни елемент судови морају да оцењују узимајући у обзир све околности конкретног случаја, а нарочито: време настанка хипотеке (у односу на иницирање поступка одузимања), укупне пословне и друге односе хипотекарног повериоца и дужника, као и објективне промене у њиховим имовинским приликама пре и после заснивања хипотеке.

Кључне речи: *Проширено одузимање имовине (криминалне стечевине). – Уставноправна заштита имовине. – Хипотека. – Право следовања.*

3.7. Положај осталих лица „погођених“ одузимањем

Према Закону о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, „у поступку по захтеву за привремено одузимање имовине проистекле из кривичног дела, суд мора на законом предвиђен начин омогућити лицима које ова мера погађа да се изјасне о чињеницама и доказима важним за одлуку“.² У ту групу лица свакако спадају и хипотекарни повериоци. Овде се овлашћење државе за одузимање криминалне стечевине сукобљава са правом следовања хипотекарног повериоца. У том смислу је важно уочити аргументе који говоре у прилог „претежнијег интереса“ једне или друге стране.

3.7.1. Криминална стечевина није подобна за залагање

Присталице свеобухватног (проширеног) одузимања имовине прибављене криминалном делатношћу полазе од следећег једноставног примера: ако неко лице продаје дрогу за новац, онда тај новац као последица илегалне активности и не припада њему већ држави. Ако је то лице тим новцем купило непокретност, она од почетка није његова него државна.³ Другим речима, титулар имовине која је у несразмери са његовим легалним приходима није савестан, отуда његова стечевина такве природе никада не може постати мир-

² Решење Апелационог суда у Београду, Кж2. 66/2011 од 22. марта 2011, *Paragraf Lex*.

³ Caleb Nelson, „The Constitutionality of Civil Forfeiture“, *Yale Law Journal* 125(8)/2016, 2480–2481.

на.⁴ Сходно тој концепцији, криминална стечевина је посебна имовина у склопу опште имовине лица против кога се води поступак одузимања.⁵ На ту посебну имовину (фонд) примењују се правила о реалној суброгацији. Заговорници екстензивности у одузимању истичу да само на тај начин држава може доказати да се бављење криминалом не исплати, те да се свеобухватно одузимање не сматра санкцијом јер му недостаје репресија. Сходно овом приступу, хипотека заснована на неком добру из криминалне стечевине од почетка није ваљана, па се хипотекарни поверилац и не може позивати на своје право у односу на државу која је запленила такав предмет хипотеке.⁶

3.7.2. Одузимање криминалне стечевине у уставом зацртаним оквирима

Заговорници умереног приступа одузимању истичу да се чак ни приликом примене тако радикалне мере кривичноправне политике као што је одузимање криминалне стечевине не могу занемарити она средства заштите људских права која су међународни стандард у кривичним поступцима, на пример, правило о претпоставци невиности.⁷ С обзиром на то да су циљеви који се желе постићи тим поступком по својој суштини кривичноправни (енг. *criminal law ob-*

⁴ Према мишљењу неких аутора, овде и није реч о власнику имовине него о њеном противправном држаоцу. Упор. Јелена Глушчевић, *Одузимање имовине стечене кривичним делом*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета „Унион“ у Београду, Београд 2015, 27. Слично резонујући, немачки Уставни суд је у једној одлуци заузео став да приходи који имају свој извор у криминалној активности у принципу не подлежу уставноправној заштити имовине. BVerfG, 14. јануар 2004, 2 BvR 564/95, <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=14.01.2004&Aktenzeichen=2%20BvR%20564%2F95>, 28. јун 2017.

⁵ Зависно од контекста, у римском праву се користило неколико назива за имовину, пре свих *patrimonium* и *bona* уз нешто учесталије појављивање појма добро (*bona*). Saša Nikšić, „Imovina u građanskom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 62(5–6)/2012, 1602. Осим општег појма имовине, римско право је у каснијем раздобљу прихватило и посебне имовине – *peculium*, *terx* и *dos*. У модерном праву се као пример имовинских целина у оквиру опште имовине углавном наводе посебна и заједничка имовина супружника. Опширније вид. Слободан Панов, „О заједничкој својини у браку“, *Анали Правног факултета у Београду* 1–3/98; Ненад Тешић, „О заједничкој имовини супружника“, *Правни живот* 10/2006, 259–277; Дарко Радић, *Имовински односи у браку*, Бања Лука 2016.

⁶ Том питању се може приступити на нешто другачији начин, али са сличним расплетом. Може се, наиме, тврдити да окривљени или треће лице до одузимања можда јесте било ималац права, али да одлуком суда о одузимању држава прибавља предмет одузимања као оригинарни стичалац који не изводи своје право из права претходника.

⁷ У једној одлуци немачки Уставни суд је оценио потпуну конфискацију, пре свега због њене свеобухватности, као арбитарну и супротну начелу о претпоставци невиности и начелу законитости. BVerfG, 20. март 2002, 2 BvR 794/9, <https://dejure.org>.

jectives), законодавац не сме заобилазити уставне гаранције на којим почива кривични поступак обичном тврдњом да код одузимања имовине и није реч о кривичном поступку и (правим) кривичним санкцијама.⁸ Чини се да оно што је овде истакнуто о неопходности заштите људских права у кривичноправној сфери једнако важи и за заштиту права на имовину које је гарантовано уставом и Европском конвенцијом о људским правима (ЕКЉП).

3.7.3. Савесни стицалац хипотеке ужива заштиту и у односу на државу

Ако се још једном укрсте аргументи наведених концепција постаје јасно да су убедљивији разлози прве концепције, по којој је свеобухватно (проширено) одузимање неопходно код „хватања у коштац“ са најтежим облицима криминала. Сложеност утврђивања криминалног порекла одређених добара и њихових стварних власника, а нарочито код кривичних дела везаних за дрогу (енг. *drug-related crimes*),⁹ праће новца (енг. *money laundering*) и високотехнолошки криминал (енг. *modern high-tech criminal activities*) намећу потребу за драконским мерама за заштиту виталних друштвених интереса.¹⁰ Иако снажно утемељени, ти разлози се могу усвојити само уз одређене ограде. Они су без изузетка прихватљиви за одузимање криминалне стечевине у ужем смислу, дакле у ситуацији када је доказана каузална веза конкретног кривичног дела и стицања. Тако се на неким добрима по самој њиховој природи не може стећи својина нити она могу бити предмет стварноправног обезбеђења (на пример, опојна

org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=20.03.2002&Aktenzeichen=2%20BvR%20794%2F95, 28. јун 2017.

⁸ С. Nelson, 2487. Према мишљењу тог аутора, треба припазити да се ова мера не претвори у свој антипод, односно начин издашног финансирања владиних тела, али без наплате пореза. На тај ризик указује и Leonard W. Levy, *A License to Steal: The Forfeiture of Property*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill 1996, 161–166. На сличне странпутице указује и анализа „How Civil Asset Forfeiture Turns Police into Profiteers, Heritage Found“, <http://www.heritage.org/ForfeitureReform>, 28. јун 2017.

⁹ Неки аутори аргументовано указују на опасност да се кружењем новца преко више банкарских рачуна новац криминалних група легализује. Sayaka Fukumi, *Cocaine Trafficking in Latin America: EU and US Policy Responses*, Ashgate Publishing, Aldershot – Burlington 2008, 57. Додатно се може приметити да приступ који се заснива на праћењу токова новца (енг. *follow-the-money*) подразумева померање тежишта истраге са националног на наднационални ниво, што је на неки начин последица околности да се у модерном друштву међународни криминал сматра највећом претњом. Colin King, Clive Walker (eds.), *Dirty Assets: Emerging Issues in the Regulation of Criminal and Terrorist Assets*, Routledge, Abingdon – New York 2014, 4.

¹⁰ Опширније вид. Ernesto Savona (ed.), *Responding to Money Laundering: International Perspectives*, Amsterdam 1997.

дрога).¹¹ Међутим, на другој врсти добара као што су непокретности, без обзира на то да ли су купљене од новца стеченог криминалом, може постојати својина која у случају одузимања судском одлуком прелази на државу. Другим речима, одлука суда о одузимању није декларативна већ конститутивна. Својина на одузетим добрима са незаконитог власника на државу прелази за убудуће (*ex nunc*). Ако је треће лице савесно, сва права заснована у његову корист опстају.

3.7.3.1. Право следовања

Право следовања уз право намирења представља један од два главна стуба на којима почива хипотека. „Поверитељ може да прати ствар без обзира у чијим рукама се она налазила. Дакле не само спрам дужника, него и спрам трећих лица.“¹² Према Закону о хипотеци, право следовања улази у саму дефиницију хипотеке. „Хипотека је заложно право на непокретности, које овлашћује повериоца да, ако дужник не исплати дуг о доспелости, захтева наплату потраживања обезбеђеног хипотеком из вредности непокретности, пре обичних поверилаца и пре доцнијих хипотекарних поверилаца, *без обзира у чијој својини се непокретност налази*.“¹³ Другим речима, ако је непокретност оптерећена хипотеком, прибавилац стиче ту непокретност заједно са хипотеком.¹⁴

¹¹ Тако у једној одлуци Апелациони суд у Београду констатује да је држање опојне дроге у залогу радња извршења кривичног дела. Суд налази да, „чак и у случају да се прихвати теза одбране окривљеног да је наведену дрогу држао у залогу, то не утиче на квалификацију радњи окривљеног онако како му је то оптужницом стављено на терет, јер залога, као средство обезбеђења претпоставља, како у смислу одредби Закона о облигационим односима, тако и у фактичком поступању физичких лица, да се залогопримац, ако му потраживање не буде исплаћено о доспелости, наплати из вредности покретне ствари на којој постоји залога, у конкретном случају опојне дроге.“ Решење Апелационог суда у Београду, Кж1. 474/2011 од 18. маја 2011, *Paragraf Lex*.

¹² Ђорђе Павловић, *Хипотекарно право у Кнежевини Србији*, Београд 1868, 41.

¹³ Закон о хипотеци – ЗОХ, *Службени гласник РС*, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 – одлука УС и 83/2015, чл. 2. Сличну дефиницију којом се истиче право следовања садржи и Нацрт закона о својини и другим стварним правима. „Право хипотеке је право повериоца хипотекара чије је право залоге непокретне ствари уписано у јавном регистру да своје довољно одређено доспело потраживање намири из вредности те ствари, без обзира на промену њеног власника (залогодавца) и без обзира на то код кога је ствар.“ Нацрт закона о својини и другим стварним правима, 2012, чл. 556. Опширније о праву следовања у правној теорији и судској пракси вид. Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд 2015, 225.

¹⁴ Meliha Povlakić, „Stvarnopravno osiguranje kredita u Bosni i Hercegovini“, *Stvarnopravno uređenje u tranzicijskim zemljama, Stanje i perspektive* (red. Tatjana Josipović), Zagreb 2009, 237.

Иако начелно неприкосновено, право следовања се у практичној примени може „сударити са зидом“ (свеобухватног) одузимања криминалне стечевине. То је у нашој правосудној пракси и учинило актуелним следеће питање: *да ли се у случају одузимања у корист Републике Србије хипотековане непокретности у погледу које се води извршни поступак може, с позивом на право следовања, наставити спровођење извршења и у односу на Републику Србију, као новог власника хипотековане непокретности?*

Чини се да би у трагању за одговором на то питање ваљало најпре погледати како Европски суд за људска права гледа на потраживање и стварноправно обезбеђење, да ли су они уопште обухваћени појмом имовине, а потом и какав је њихов статус у случају евентуалног одузимања.

3.7.3.2. *Пракса Европског суда за људска права*

Према ЕКЉП, појам мирно уживање имовине има самостално (аутономно) значење.¹⁵ Он обухвата покретне и непокретне ствари, али није ограничен на материјална добра.¹⁶ Отуда Европски суд за људска права (ЕСЉП) широко тумачи термин имање (енг. *possession*). Када су у питању нематеријална добра, Суд нарочито узима у обзир да ли одређена правна позиција подразумева финансијски интерес њеног имаоца па стога за њега има економску вредност.¹⁷ Предмет заштите је постојећа имовина или добро, што укључује и захтеве у погледу којих постоји макар легитимно очекивање да ће се приступити њиховом ефективном уживању.¹⁸

¹⁵ „Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.“ ЕКЉП, Протокол 1, чл. 1.

¹⁶ Вид. Christophe Golay, Ioana Cismas, „Legal Opinion: The Right to Property from a Human Rights Perspective“, 2010, 12, www.geneva-academy.ch/docs/.../ESCR/humanright-en.pdf, 28. јун 2017.

¹⁷ Вид. Council of Europe, European Court of Human Rights, *Practical Guide on Admissibility Criteria*, Strasbourg 2014, 78. Различити економски интереси (енг. *range of economic interests*) улазе у оквир права на имовину. Monica Carss-Frisk, *The right to property, A guide to the implementation of Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Human rights handbooks, No. 4*, Council of Europe, Strasbourg 2001, 6. Како тај концепт изгледа у судској пракси, вид. *Iatridis v. Greece*, Application no. 31107/96, Judgment of 25 March 1999, para 54; *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Judgment of 31 August 2001, para 146.

¹⁸ „The ECtHR has given the term ‘possessions’ a wide interpretation... may refer to ‘existing possessions’ or assets, including claims in respect of which the applicant can argue that he or she has at least a ‘legitimate expectation’ of obtaining effective enjoyment of a property right.“ Вид. *Maltzan and others v. Germany*, Applications nos.

У том контексту је пред ЕСЉП постављено и питање: да ли је интерес обезбеђеног повериоца имовина подобна за мирно уживање и у случају принудног одузимања обезбеђеног добра?

У случају *AGOSI v. the United Kingdom*¹⁹ услед извршења кривичног дела дошло је до принудног одузимања имовине на којој је претходно установљено стварноправно обезбеђење. Надлежни органи су одузели новчиће који су кријумчарени у Енглеску, с тим што њихов прави власник није имао ништа са покушајем тог криминалног чина (енг. *the owner was innocent*). Уговор о продаји је имао одредбу да продавац остаје власник новчића, све док њихова цена не буде потпуно исплаћена (*pactum reservati domini*). У међувремену је купац покушао да у Велику Британију унесе златнике скривене у резервном точку аутомобила. Ипак, златници су откривени и заплени од царинских органа Британије. Због таквих околности конкретног случаја, ЕСЉП је сматрао да је задржавање златника од стране јавног ауторитета ван сумње супротно начелу мирног уживања имовине.²⁰

Из угла ЕКЉП, обезбеђено потраживање²¹ и хипотека која га обезбеђује несумњиво представљају имовинско добро.²² „Хипотека је везана за ствар, а не за личност, па хипотекарни поверилац

71916/01, 71917/01 and 10260/02, *Decision of 2 March 2005, para 74 (c)*; *Kopecký v. Slovakia, Application No. 44912/98, Judgment of 28 September 2004, 35(c)*.

¹⁹ *AGOSI v. United Kingdom, Allgemeine Gold und Silberscheideanstalt AG v. United Kingdom, Merits, App. No. 9118/80, [1986] ECHR 13, (1987) 9 EHRR 1, IHRL 62 (ECHR 1986), 24th October 1986, European Court of Human Rights [ECtHR]*.

²⁰ *M. Carss-Frisk, 32*. Слично питање расправљано је и у случају *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v. Netherlands, Merits, App. No. 15375/89, A/306-B, [1995] ECHR 7, (1995) 20 EHRR 403, IHRL 3433 (ECHR 1995), 23rd February 1995, European Court of Human Rights [ECtHR]*, с тим што је суд у том случају закључио да право на имовину лица које је задржало својину на предмету одузимања није повређено у ситуацији заплене машине (енг. *concrete-mixer*) од холандских пореских органа (енг. *Dutch tax bailiff*) ради намирења пореског дуга лица у чијим је просторијама машина нађена.

²¹ *Agneensens v. Belgium (1998) 58 DR 63*. Вид и *M. Carss-Frisk, 13*.

²² Према становишту Уставног суда Републике Србије, „неспровођењем извршења судске одлуке којом је утврђено неко потраживање, у трајању дужем од две године, и то без оправданог разлога, подносиоцу уставне жалбе је повређено право на мирно уживање имовине. Пропуст државе да изврши правноснажну пресуду, изречену у корист подносиоца, према ставу Европског суда за људска права, представља мешање у његово право на мирно уживање имовине“. Одлука Уставног суда, Уж број 1046/2010 од 5. децембра 2012, објављена у *Службеном гласнику РС*, бр. 123/2012 од 28. децембра 2012. И хрватски Уставни суд сматра да се појам власништва „мора врло широко тумачити“ јер обухвата „начелно сва имовинска права“. Одлуке Уставног суда Републике Хрватске бр. У-III-72/1995 од 11. априла 2000, бр. У-III-476/2000 од 14. јуна 2000, бр. У-III-1425/2006 од 10. септембра 2009, бр. У-I-2643/2007 од 2. децембра 2009, бр. У-III-689/2008 од 27. октобра 2010, бр. У-III-3871/2009 од 13. маја 2010. итд.

по правном принципу следовања има право да се намири из заложене непокретности, без обзира на промену власника.“²³ Супротан приступ ограничавао би обезбеђеног повериоца у мирном уживању његове имовине.²⁴

Одузимање криминалне стечевине је легитиман циљ у јавном интересу који оправдава принудни пренос својине са хипотекарног дужника на Републику Србију. Међутим, такав јавни интерес не постоји у односу на обезбеђено потраживање и хипотеку.²⁵ Другим речима, било какво ограничење легитимног очекивања хипотекарног повериоца да своје потраживање наплати из вредности предмета хипотеке, без обзира на промену власника, у реалности би представљало „*de facto* експропријацију“²⁶, без одговарајуће тржишне надокнаде.²⁷

²³ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж 48/2012 од 18. јануара 2012, *Paragraf Lex*. „Када је непокретност оптерећена хипотеком ради намирења потраживања због кога се извршење спроводи, онда се дозвољено извршење не може прогласити недопуштеним због промене власника јер је хипотека везана за непокретност, а не за личност.“ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 230/2003 од 5. марта 2003, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 2/2003, 49, *Paragraf Lex*. Ово осим ако предмет одузимања није непокретност у јавној својини коју, у целини или делимично, користе органи Републике Србије, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе за остваривање њихових права и дужности у погледу које би се могло спровести принудно извршење. Закон о јавној својини, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 88/2013 и 105/2014, чл. 16.

²⁴ У другој реченици члана 1 Протокола 1 установљена је кључна заштита лица од неоправданог мешања државе у мирно уживање имовине (енг. *negative obligation*). Та негативна облигација се пре свега односи на експропријацију и друга слична задирања у имовину (енг. *expropriation or destruction of property as well as planning restrictions, rent controls and temporary seizure of property*). Aida Grgić *et al.*, *The right to property under the European Convention on Human Rights, A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights and its protocols, Human rights handbooks, No. 10*, Council of Europe, Strasbourg 2007, 9.

²⁵ На могућност опстанка права хипотекарног повериоца и поред „замрзавања“ имовине благонаклоно гледа и аустралијски закон који регулише ту област. *Criminal Property Confiscation Act 2000*, чл. 52, http://www.austlii.edu.au/au/legis/wa/consol_act/cpca2000333/s52.html, 28. јун 2017.

²⁶ Иако није реч о формалној експропријацији, одлагање намирења „у недоглед“ је *de facto* одузимање. М. Carss-Frisk, 21.

²⁷ Сличну забринутост исказују неки аутори у праву САД. У случају цивилног одузимања (енг. *civil asset forfeiture*), Влада САД плени приватну имовину и може одбити њено враћање или правичну накнаду њеном власнику, што се чини као јасна повреда Петог амандмана (Устава САД)... (енг. *a clear violation of the Fifth Amendment also includes a „Takings Clause“... nor shall private property be taken for public use, without just compensation*). Merrill Matthews, „Civil Asset Forfeiture and the Constitution“, *Institute for Policy Innovation Ideas* 70/2016, 1, http://www.ipi.org/docLib/20160218_CivilAssetForfeitureFinal.pdf, 28. јун 2017.

3.7.3.3. Претходна пракса српских судова

У једној одлуци српски суд исправно истиче да стандарди који се примењују у случају одузимања имовине од трећих лица морају бити знатно виши него кад су у питању окривљена лица која су и формални власници имовине која је предмет поступка одузимања. „Када је у питању одузимање имовине од трећих лица тужилац пре свега мора да докаже да се ради о имовини окривљеног која је проистекла из кривичног дела²⁸, а коју је окривљени пренео на треће лице.“²⁹ Додатно, у одређеним одлукама суд правилно запажа да непокретности продате трећим савесним лицима од ових не могу бити одузете.³⁰ Ако суд приликом таквог одузимања нарочито оцењује савесност купца, онда се мора водити рачуна и о савесности хипотекарног повериоца.³¹ Ипак, терет доказивања његове несавесности је на тужиоцу. Тужилац би могао да доказује да је хипотекована непокретност криминална стечевина и да је заснивањем хипотеке један сегмент права својине на тој непокретности пренет на несавесног хипотекарног повериоца.

Сматрамо да би приликом оцене савесности хипотекарног повериоца судови морали пре свега да воде рачуна о томе: да ли је

²⁸ Таква формулација суда може непажљивог читаоца навести на помисао да се мора доказати да је та имовина проистекла из конкретног кривичног дела, а у ствари је у питању имовина окривљеног која је у очигледној несразмери за његовим законитим приходима.

²⁹ Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 По1 428/2012 од 31. октобра 2012, *Paragraf Lex*. „Неправилна је одлука суда којом се од трећег лица одузима имовина за коју постоји основана сумња да је проистекла из кривичног дела, уколико не постоје докази да је спорна имовина пренета на то лице.“ Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 По1 38/2012(2) од 10. фебруара 2012, *Paragraf Lex*.

³⁰ Приликом оцењивања да ли постоји очигледна несразмера између законитих прихода и вредности имовине окривљеног, суд је дужан да процени вредност не само имовине окривљеног која је предмет захтева за одузимање, већ и вредност имовине која је у међувремену продата савесним купцима од којих не може бити одузета. „Наиме, околност да је окривљени одређене стамбено-пословне јединице продао савесним купцима не искључује право суда да цени да је и та имовина несразмерна приходима и стечена на незаконит начин у смислу овог Закона без обзира што таква имовина не може бити одузета од савесних купаца.“ Решење Апелационог суда у Београду, Кж2. По1 18/2014(2) од 24. јануара 2014, *Paragraf Lex*.

³¹ У директиви ЕУ која се односи на ову област такође се води рачуна о савесности трећег лица и указује да је одузимање од трећег лица могуће ако је то лице знало или је требало да зна да је сврха преноса имовине избегавање одузимања, на основу конкретних чињеница и околности, које укључују и то да ли је пренос извршен без накнаде или уз накнаду која је очигледно мања од тржишне вредности. Из тога произилази да се на тај начин не могу лишити права трећа савесна лица. *Directive 2014/42/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime in the European Union* – Директива 2014/42/ЕУ, *Official Journal of the European Union*, L 127/39, чл. 6.

хипотека заснована пре одлуке о забрани располагања; да ли је хипотекарни поверилац повезано лице за хипотекарним дужником; да ли је обезбеђено потраживање стварно или симуловано; да ли је вредност таквог потраживања заиста ушла у имовину окривљеног, те да ли га је овај као хипотекарни дужник у претходном периоду уопште отплаћивао.

Одузимање криминалне стечевине се од осталих реститутивних кривичноправних мера, одузимања предмета и одузимања имовинске користи прибављене кривичним делом, суштински разликује по ширини захвата у имање лица које та мера погађа. Тежиште самог поступка одузимања се овде са персоналног (*ad personam*) преноси на реални супстрат (*in rem*), са учиниоца на добит (ћар) која нема законито порекло.³² Тако у једној одлуци суд наглашава да је „институт одузимања имовине проистекле из кривичног дела, регулисан Законом о одузимању имовине, усмерен ка имовини, а не на окривљеног, односно да се у конкретном случају ради о одузимању имовине која је превентивног карактера, а не казненог“.³³

Из напред описане одлике одузимања криминалне стечевине произилази и друга специфичност те кривичноправне мере. Одговорност лица коме се имовина одузима објективизује се у смислу да се не доказује веза онога што се одузима са конкретним кривичним делом које се учиниоцу ставља на терет. Притом се не тражи ни да је та веза посредна, односно да је имовина која се одузима настала коришћењем имовинске користи остварене криминалом.³⁴ Поједностављено, одузима се онај имовински фонд који је у

³² Barbara Vettori, *Tough on Criminal Wealth – Exploring the Practice of Proceeds from Crime Confiscation in the EU*, Dordrecht 2006, 9. Нарочито је то случај у англосаксонском праву где се јавља и тзв. цивилно одузимање. Опширније о природи и разлозима за увођење цивилног одузимања које делује *in rem*, дакле у односу на имовину учиниоца (енг. „offender’s property“): Simon N. M. Young (ed.), *Civil Forfeiture of Criminal Property: Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crime*, Cheltenham – Northampton 2009, 3.

³³ Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 По2 31/2012 од 12. јула 2012, *Paragraf Lex*.

³⁴ С обзиром на то да је ова мера превентивна и да је њен циљ да искључи из легалних токова капитал за који се сумња да припада криминалним удружењима, како овај не би наставио да служи истој криминалној сврси, довољно је утврдити квалификовану друштвену опасност осумњиченог. Тако за право Италије: Милимир Говедарица, Драгана Вујић, „Упоредноправни системи одузимања незаконите имовине сагледани кроз одлуке Европског суда за људска права“, *Правна ријеч* 33/2012, 395–398. С друге стране, има аутора код којих таква кривичноправна мера изазива озбиљне сумње у погледу поштовања неких основних принципа државе. Зоран Стојановић, Драгана Коларић, *Кривичноправно сузбијање организованог криминалитета, тероризма и корупције*, Београд 2014, 99.

очигледној несразмери са законитим приходима лица на које се поступак односи.³⁵

У упоредном праву се с разлогом истиче да одузимање криминалне стечевине допуњава, али не може заменити кривични поступак.³⁶ Отуда сматрамо да се у правном поретку Републике Србије у случају одузимања због несразмере више мора водити рачуна о интересима трећих лица која законодавац не сматра повезаним.³⁷ У том смислу треба ускладити витални друштвени интерес да се „стане ногом за врат“ организованом криминалу са сазнањем да је одузимање због несразмере кривичноправна мера чије изрицање оставља последице и на савесна трећа лица (енг. *unfair effects on innocent property owners*).³⁸ У недостатку ове равнотеже одузимање имовине без адекватне надокнаде савесним трећим лицима је неуставно и незаконито (енг. *unconstitutional and invalid in the absence of fair compensation*).³⁹ Правни поредак дакле мора пронаћи примерен однос између гаранција својине и њених ограничења, између суверености појединаца и суверености државе, индивидуалности и јавног интереса.⁴⁰ Иако су у одређеним случајевима неопходна⁴¹, наметнута

³⁵ У актима Европске уније се користи фраза вредност имовине која није у складу са законитим приходима (енг. *„value of the property is disproportionate to the lawful income“*). Директива 2014/42/ЕУ, чл. 5, ст. 1.

³⁶ Joshua Alan Krane, *Civil Forfeiture and the Canadian Constitution*, University of Toronto, Toronto 2010, 138.

³⁷ Неадекватна заштита савесних трећих лица: сувласника и хипотекарних поверилаца (енг. *„innocent third parties, such as lenders, co-owners, mortgagees and creditors“*) у упоредном праву се истиче као главни недостатак система „проширеног“ одузимања. А. Ј. Van Der Walt, *„Civil forfeiture of instrumentalities and proceeds of crime and the constitutional property clause“*, *South African Journal on Human Rights* 16(1)/2000, 6.

³⁸ У немачком праву се наводи да су у случају конфискације права трећих на предметима одузимања задржана. Нав. према: Жан Прадел, *Компаративно кривично право, Санкције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 26.

³⁹ Тако и у актима Европске уније, начин на који је уређена област свеобухватног одузимања не сме утицати или мењати обавезу поштовања основних права и правних принципа као што је претпоставка невиности. *Council Framework Decision 2005/212/JHA of 24 February 2005 on Confiscation of Crime-Related Proceeds, Instrumentalities and Property* – Одлука Савета 2005/212/ПУП, *Official Journal of the European Union*, L 68/49, чл. 5.

⁴⁰ Johan Boucht, *„Extended Confiscation and the Proposed Directive on Freezing and Confiscation of Criminal Proceeds in the EU: On Striking a Balance between Efficiency, Fairness and Legal Certainty“*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 21(2)/2013, 127–162.

⁴¹ *„Interference with the right to peaceful enjoyment of possessions shall be allowed only if: it is prescribed by law, if it is in the public interest, and if it is necessary in a democratic society.“* А. Grgić *et al.*, 12. Питања о томе у којој мери је из разлога националне сигурности, јавне безбедности, реда, здравља и морала (енг. *na-*

ограничења не могу задирати у саму суштину одређеног имовинског права.⁴² Негирање права следовања хипотекарном повериоцу у односу на Републику Србију супротно је принципу правне сигурности (енг. *legal certainty*) и гаранцијама мирног уживања имовине (енг. *the principle of peaceful enjoyment of property*).

4. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

У одговору на питање има ли хипотекарни поверилац право следовања у односу на Републику Србију ако је хипотекована непокретност одузета као криминална стечевина може се поћи од тезе да је суштина те кривичноправне мере у „поткрађивању крила“ организованом криминалу, те да је такав оправдани интерес сам по себи довољан „правни разлог“ (енг. *reason of law*).⁴³ Иако је доктрина по којој „норме јавног права не могу бити измењене приватним споразумима“ заводљива као израз реалног приступа правној политици, чини се да и у таквом резонувању ваља непрестано трагати за „правом мером“. Сматрамо да је мера свеобухватне (проширене) конфискације криминалне стечевине, на неки начин, одраз „немоћи“ савремене државе у борби против организованог криминала и да је као таква у оштрој супротности са уставним гаранцијама о мирном уживању имовине, али и готово свим принципима на којима почива кривичноправно санкционисање. Међутим, треба нагласити да су меру свеобухватног одузимања криминалне стечевине, уз бројне примедбе, и Европска унија⁴⁴ и Европски суд за људска права⁴⁵ прихватили као неку врсту „нежног права“.

tional security, public safety, order, health, or morals) у демократском друштву могуће одступити од уставне имовине постављају се и у сфери заштите животне средине (енг. *environmental concerns*), природних богатстава (енг. *natural resources*) и заштите културног блага (енг. *protection of the common heritage*). A. J. Van Der Walt, 2.

⁴² Ипак, ниједно ограничење имовине не може ићи тако далеко да наруши саму суштину овог права (енг. *essence of the right*). Donald Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, II edition, Duke University Press, London 1997, 257.

⁴³ D. 2,14,38 (*Papinianus*) *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*.

⁴⁴ Одлука Савета 2005/212/PUP; Директива 2014/42/EУ.

⁴⁵ У једној одлуци Европски суд истиче да је свестан тешкоћа са којима се сусреће италијанска држава у борби против мафије. „Као резултат незаконите активности, нарочито трговине дрогом, ова организација има огромне приходе које инвестира, између осталог, и у сектор непокретности. Конфискација је стога креирана да ограничи кретање сумњивог капитала (енг. *suspect capital*), као ефикасно и нужно средство у борби против ове пошасте.“ *Raimondo v. Italy, Merits and just satisfaction, App. no 12954/87, Case No. 1/1993/396/474, A/281-A, [1994] ECHR 3,*

Ипак, чини се да смо у ширењу домета те мере, макар у правном поретку Републике Србије, „дотерали цара до дуvara“ и да се више нема куд. Ако се за одузимање криминалне стечевине од актера криминалне активности са којим су изједначени и њихови „помагачи“ у прикривању „сумњивог капитала“ (повезана лица) може пронаћи оправдање у „вишим циљевима“, онда то не може бити случај са негирањем имовинских права савесних трећих лица.⁴⁶ С једне стране, криминалним умовима се мора показати да је државни суверенитет јачи од било каквог криминалног организовања, те да криминална стечевина не може постати „мирна“ њеним уливањем у легалне токове. С друге стране, у погледу савесних учесника на тржишту мора се узети у обзир да поштовање стечених имовинских права није само приватни интерес (*privatum quod ad singulorum utilitatem*), те да је императив правне сигурности утемељен на универзалним правилима праведног поступања.

Имовинска права могу бити одузета у корист државе само ако такво поступање налаже јавни интерес уз одговарајућу тржишну накнаду. Ако одузимање има свој узрок у криминалном чину којим је титулар имовинског права или са њим повезано лице повредило јавни интерес, онда криминална стечевина може бити одузета без накнаде. Ипак, таква кривичноправна реакција не може бити уперена против савесног трећег лица. Ако је хипотека стечена савесно, право следовања које законодавац гарантује хипотекарном повериоцу делује и према држави.⁴⁷

(1994) 18 EHRR 237, IHRL 3439 (ECHR 1994), 22nd February 1994, *European Court of Human Rights* [ECtHR], 11. ЕСЉП се изјаснио у корист (проширеног) одузимања због несразмере и у случају *Салабјаки против Француске* (*Salabiaku v. France* (1988) 13 EHRR 379, 10519/83, [1988] ECHR 19), нагласивши да се у националним законима могу предвидети облици проширеног одузимања, са редукацијом доказног стандарда и инверзијом, односно поделом терета доказивања у погледу сразмере прихода и имовине. На сличан начин, у прилог проширеног одузимања ЕСЉП је одлучио и у случају *Филипс против Уједињеног Краљевства* (*Phillips v. the United Kingdom*, ECHR 5 July 2001... *Times*, 13-Aug-2001, 41087/98, [2001] Crim LR 817, [2001] ECHR 437, (2001) 11 BHRC 280). Опширније вид. М. Говедарица, Д. Вујић, 402–406.

⁴⁶ На значај заштите права трећих савесних лица указују и акти Европске уније. Трећим лицима мора бити омогућено да штите своје право својине и друга имовинска права (енг. *Third parties shall be entitled to claim title of ownership or other property rights*). Директива 2014/42/EУ, чл. 8, ст. 9.

⁴⁷ У немачком Кривичном законнику (нем. *Strafgesetzbuch* – StGB) код ефеката одузимања (нем. *Verfall*) изричито се наглашава да права трећих на објекту остају нетакнута (нем. *Rechte Dritter an dem Gegenstand bleiben bestehen*). Вид. StGB, §73e (1). Исто важи и за конфискацију (нем. *Einziehung*), StGB, §74e (2), с тим што суд може наложити гашење права трећих лица уз исплату њиховом имаоцу одговарајуће надокнаде (нем. *Entschädigung*) из државног трезора (нем. *Staatkasse*). Вид. StGB, 74f (1).

Укратко, у савременим демократијама држава као титулар имовинских права није имуна на стварноправно дејство хипотеке. Суверенитет не доноси привилегију у односу на право следовања хипотекарног повериоца. Императивна норма о *erga omnes* дејству хипотеке долази из сфере *ius privatum*, у којој доминира начело равноправности, тако да држава у том смислу није привилегована у односу на остале приватноправне имаоце. Јавни интерес да се свагда заштите имовинска права савесног стицаоца овде надвладава јавни интерес да се криминална стечевина никада не „огрне плаштом легалности“.⁴⁸

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Boucht, J., „Extended Confiscation and the Proposed Directive on Freezing and Confiscation of Criminal Proceeds in the EU: On Striking a Balance between Efficiency, Fairness and Legal Certainty“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 21(2)/2013.
- Carss-Frisk, M., *The right to property, A guide to the implementation of Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Human rights handbooks, No. 4*, Council of Europe, Strasbourg 2001.
- Council of Europe, European Court of Human Rights, *Practical Guide on Admissibility Criteria*, Strasbourg 2014.
- Fukumi, S., *Cocaine Trafficking in Latin America: EU and US Policy Responses*, Ashgate Publishing, Aldershot – Burlington 2008.
- Глушчевић, Ј., *Одузимање имовине стечене кривичним делом*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета „Унион“ у Београду, Београд 2015. (Glušćević, J., *Oduzimanje imovine stečene krivičnim delom*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta „Union“ u Beogradu, Beograd 2015)
- Golay, Ch., Cismas, I., „Legal Opinion: The Right to Property from a Human Rights Perspective“, 2010, www.geneva-academy.ch/docs/.../ESCR/humanright-en.pdf, 28. јун 2017.
- Говедарица, М., Вујић, Д., „Упоредноправни системи одузимања незаконите имовине сагледани кроз одлуке Европског суда за

⁴⁸ Задатак законодавца је да дефинише имовину на начин који штити индивидуални, али и јавни интерес. Његова одговорност се састоји у томе да креира норме приватног права које уређују заштиту и пренос имовине, с једне стране, и да заштити јавни интерес у коме сваки грађанин има свој удео, по правилу кроз норме јавног права, с друге стране. Вид. 58 BverfG, 300. Нав. према: Donald P. Kommers, Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, III edition, Revised and Expanded, Duke University Press, Durham – London 2012, 642.

- људска права“, *Правна ријеч* 33/2012. (Govedarica, M., Vujić, D., „Urednopravni sistemi oduzimanja nezakonite imovine sagledani kroz odluke Evropskog suda za ljudska prava“, *Правна ријеч* 33/2012)
- Grgić, A. et al., *The right to property under the European Convention on Human Rights, A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights and its protocols, Human rights handbooks, No. 10*, Council of Europe, Strasbourg 2007.
- Хибер, Д., Живковић, М., *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд 2015. (Hiber, D., Živković, M., *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Beograd 2015)
- King, C., Walker, C. (eds.), *Dirty Assets: Emerging Issues in the Regulation of Criminal and Terrorist Assets*, Routledge, Abingdon – New York 2014.
- Kommers, D., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, II edition, Duke University Press, London 1997.
- Kommers, D. P., Miller, R. A., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, III edition, Revised and Expanded, Duke University Press, Durham – London 2012.
- Krane, J. A., *Civil Forfeiture and the Canadian Constitution*, University of Toronto, Toronto 2010.
- Matthews, M., „Civil Asset Forfeiture and the Constitution“, *Institute for Policy Innovation Ideas* 70/2016, http://www.ipi.org/docLib/20160218_CivilAssetForfeitureFinal.pdf, 28. јун 2017.
- Levy, L. W., *A License to Steal: The Forfeiture of Property*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill 1996.
- Nelson, C., „The Constitutionality of Civil Forfeiture“, *Yale Law Journal* 125(8)/2016.
- Nikšić, S., „Imovina u građanskom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 62(5–6)/2012.
- Панов, С., „О заједничкој својини у браку“, *Анали Правног факултета у Београду* 1–3/98. (Panov, S., „O zajedničkoj svojini u braku“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1–3/98)
- Павловић, Ђ., *Хипотекарно право у Кнежевини Србији*, Београд 1868. (Pavlović, Đ., *Hipotekarno pravo u Kneževini Srbiji*, Beograd 1868)
- Povlakić, M., „Stvarnopravno osiguranje kredita u Bosni i Hercegovini“, *Stvarnopravno uređenje u tranzicijskim zemljama, Stanje i perspektive* (red. T. Josipović), Zagreb 2009.

- Прадел, Ж., *Компаративно кривично право, Санкције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009. (Pradel, Ž., *Komparativno krivično pravo, Sankcije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009)
- Радић, Д., *Имовински односи у браку*, Бања Лука 2016. (Radić, D., *Imovinski odnosi u braku*, Banja Luka 2016)
- Savona, E. (ed.), *Responding to Money Laundering: International Perspectives*, Amsterdam 1997.
- Стојановић, З., Коларић, Д., *Кривичноправно сузбијање организованог криминалитета, тероризма и корупције*, Београд 2014. (Stojanović, Z., Kolarić, D., *Krivičnopravno suzbijanje organizovanog kriminaliteta terorizma i korupcije*, Beograd 2014)
- Stone, J. R., *The Routledge Dictionary of Latin Quotations: The Illiterate's Guide to Latin Maxims, Mottoes, Proverbs, and Sayings*, Routledge, New York – London 2005.
- Тешић, Н., „О заједничкој имовини супружника“, *Правни живот* 10/2006. (Tešić, N., „O zajedničkoj imovini supružnika“, *Pravni život* 10/2006)
- Van Der Walt, A. J., „Civil forfeiture of instrumentalities and proceeds of crime and the constitutional property clause“, *South African Journal on Human Rights* 16(1)/2000.
- Vettori, B., *Tough on Criminal Wealth – Exploring the Practice of Proceeds from Crime Confiscation in the EU*, Dordrecht 2006.
- Young, S. N. M. (ed.), *Civil Forfeiture of Criminal Property: Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crime*, Cheltenham – Northampton 2009.

Nenad Tešić, PhD

Assistant Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

WHETHER THE RIGHT OF PURSUIT IS CONSTITUTIONAL PROPERTY INTEREST PROTECTIBLE AGAINST THE STATE

Summary

The author, in this paper, is looking for Ariadne's thread, which would help us to find the way through the legal labyrinth composed of justified reaction of the state in the war against organized crime, from one side and what is considered an appropriate protection of secured creditor's subjective rights, from the other side.

He points out that in resolving a dilemma, does the mortgagee have the right to enforce its debt against the Republic of Serbia (right of pursuit), in case if the extended confiscation of property (proceeds of crime) includes subject-matter of mortgage, the court should take into account does the mortgagee know or should know about criminal origins of encumbered assets.

The court should evaluate a good faith of the mortgagee, bearing in mind all the circumstances of the case, especially:

- 1) The moment of a mortgage establishment, i.e. whether the registration of mortgage is prior in time to the initiation of a property freezing procedure;
- 2) Overall business and other relations between mortgagee and mortgagor, i.e. are these parties associated in any other way?
- 3) Objective changes in the economic position of mortgagee and mortgagor, i.e. is the security agreement true or simulated, in particular, whether the value of the secured claim actually enhanced the property of the mortgagor and at what consideration.

Key words: *Extended confiscation. – Proceeds of crime. – Innocent third parties. – Right of pursuit.*

Article history:
Received: 29. 6. 2017.
Accepted: 4. 9. 2017.