

Professor Dr. jur. habil. Dr. jur. h. c. mult.

BERND SCHÜNEMANN

Em. Ordinarius für Straf- und Strafprozessrecht,
Rechtsphilosophie und -soziologie der LMU München
Ordentliches Mitglied der Bayerischen Akademie der
Wissenschaften (Phil.-hist. Klasse)
Direktor des Instituts für Anwaltsrecht
an der LMU München

82279 Eching a. A.
Kaagangerstraße 22
Telefon (08143) 7402
Telefax (08143) 8508

Dr. h.c. Mongolische
Staatsuniversität Ulan Bator

Dr. h.c. Universität
Saragossa (Spanien)

Dr. h.c. Universität Carlos
Mariátegui Moquegua (Peru)

Dr. h.c. Georgische
Staatsuniversität Tiflis

Dr. h.c. Staatliche
Chengchi-Universität Taipei
(Taiwan)

Dr. h.c. Nationale
Universität Athen
(Griechenland)

Dr. h.c. Dongguk-
Universität Seoul (Korea)

Dr. h.c. Staatliche
Universität Huánuco (Perú)

Honorarprofessor Staatliche
Universität San Agustín,
Arequipa, Universität San
Martín de Porres, Lima
(Perú), Univ. de Sinú
(Kolumbien)

Socrates-Professor
Universität de los Andes,
Bogotá (Kolumbien)

Chair-Professor Staatl.
Chengchi-Universität Taipei
(Taiwan)

Visiting Professor Peking
Univ., Beijing Normal Univ.
u. Renmin-Universität von
China

Pravno mišljenje

**u korist Miroslava MIŠKOVIĆA,
državljanina Srbije**

Pravna pitanja

- A. Optužnica protiv Miroslava MIŠKOVIĆA zbog zloupotrebe službenog položaja: kršenje osnovnih i suštinskih principa vladavine prava?
- B. Optužnica protiv Miroslava MIŠKOVIĆA zbog utaje poreza: Da li je „autentično tumačenje“ člana 229 Krivičnog zakonika od strane Skupštine Srbije obavezujuće za sudsko veće?
- C. Spajanje krivičnih postupaka kao kršenje pravilnog procesuiranja, pravičnog suđenja i garancije o zakonski imenovanom sudiji?
- D. Kršenje osnovnih načela pravičnog suđenja od strane nezavisnog suda i kršenje pretpostavke nevinosti zbog mešanja vlasti u postupak?

Rezime

1. Član 359 Krivičnog zakonika (sa drugom alternativom nezvaničnih lica u pitanju), kao i zamena člana 234 Krivičnog zakonika, predstavljaju kršenje principa sigurnosti i principa društveno štetnog ponašanja. Očigledan je sukob sa evropskom vladavinom prava i garancijama Evropskog suda za ljudska prava. Osuđujuća presuda protiv MM predstavljala bi kršenje garancije *nulla poena sine lege*.
2. Prema evropskoj vladavini prava i Evropskoj konvenciji, nema sumnje da bi to bilo kršenje principa ne-retroaktivnosti ukoliko sudsko veće bude postupalo u skladu sa autentičnim tumačenjem člana 229 Krivičnog zakonika *ex post facto* od strane Skupštine Srbije.
3. Odluka o spajanju postupaka je uskratila MM sudije koje su mu dodeljene u skladu sa zakonom, a istovremeno je i prekršila zagarantovano pravično suđenje. Posledica toga je da je (drugo!) sudsko veće sudije Ilić, u konkretnom slučaju MM, nije „zakonski ustanovljen sud“ u smislu člana 6 § 1 Evropske konvencije.
4. Izjave ministra pravde i sadašnjeg premijera (prethodno prvog predsednika Vlade) prekršile su pretpostavku nevinosti i garanciju nezavisnog suda (član 6, stavovi 1 i 2 Evropske konvencije).

Jedina ispravka koja je prikladna i dovoljna da bi se ispravilo ovo kršenje prava zagarantovanih Konvencijom na nacionalnom nivou jeste da se smesta obustavi sudski postupak koji sudsko veće sudije Ilić vodi protiv MM.

A. Optužnica protiv Miroslava MIŠKOVIĆA zbog zloupotrebe službenog položanja: kršenje osnovnih i suštinskih principa vladavine prava?

I. Proceduralne činjenice

1. Miroslav MISKOVIĆ (u daljem tekstu "MM"), državljanin Srbije, predsednik kompanije «DELTA» sa sedištem u Beogradu, optužen je na osnovu Optužnice Specijalnog odeljenja Višeg suda u Beogradu od 9. maja 2013. zbog poslovnih aktivnosti između 2005. i 2010. godine. Krivični postupak je u toku.

2. Dana 12. decembra 2012. Uprava policije Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srbije izdala je krivičnu prijavu protiv MM, njegovog sina Marka MISKOVIĆA i još osam osoba, tereteći ih za zloupotrebu službenog položaja u skladu sa članom 359 Krivičnog zakonika Srbije (u daljem tekstu: KZ). Dana 12. aprila 2013. tužilac je prekvalifikovao predmet MM prema članu 234 KZ na osnovu istih činjenica. Tužilaštvo za organizovani kriminal je 9. maja 2013. podiglo optužnicu KTO br. 6/13 protiv MM i još 10 osoba. Navodi u optužnici dati su u skladu sa članom 234 KZ.

3. Suština optužnice (str. 10) je sledeća:

"Osumnjičeni su... stekli protivpravnu materijalnu korist za sledeća privredna društva:

"Mera Invest" doo u iznosu od 2.277.028.616,51 dinara ... putem prodaje 262.016 obezvređenih akcija PZP "Niš" "Nibens korporaciji", [koja je obavljena u oktobru 2008. i novembru 2010, str. 7]

"Hemslade Trading Limited" u iznosu od 217.064,45 evra, što predstavlja razliku između plaćanja na osnovu zajma u iznosu od 23.000.000 EUR i plaćanja na osnovu otplate državnog zajma plus 3% na godišnjoj osnovi, i u iznosu od 26.283.275,08 EUR, koji je po tom osnovu vratio PZP "Niš" u skladu

sa obračunom koji je dostavio "Hemslade Trading Limited", [transakcija izvršena do. aprila 2008, str. 5)

"Šer korporacija" u iznosu od 829.270.448,44 dinara, što predstavlja razliku u ceni između cene od 49.500.000,00 dinara po kojoj je Milo Đurašković kupio 49.008 akcija emitenta "Nemetali" doo kao ulog u "Šer korporaciji" i cene od 878.830.426,89 dinara po kojoj je "Šer korporacija" prodala te akcije u okviru udela od 100% u preduzeću "Nemetali" doo pravnim licima "Kappa holding", "THV AG" i "Sher house". [transakcija izvršena u decembru 2009, str. 7)

- i istovremeno obzirom da je nakon zaključenja Ugovora o dugoročnom investicionom kreditu br. R3499/08 sa UniCredit bankom dana 01.10.2008. na iznos od 25.000.000,00 evra "Nibens korporacija" tokom grejs perioda kamate na glavnice otplaćivala iz pozajmica uzetih od PZP-ova, a da je u toku 2011. godine deo glavnice kredita u iznosu od 679.137.794,18 dinara otplatila iz novčanih sredstava obezbeđenih kroz prinudnu naplatu od "Šer korporacija" u iznosu od 320.236.105,97 dinara, kao i iz aktiviranih jemstava i kroz pozajmice od PZP "Kragujevac", PZP "Beograd", "Nibens grupe", "ZGOP", Fabrike maziva "FAM" i "Sremput" u ukupnom iznosu od 339.001.688,21 dinara, što je uzrokovalo da je 07.10.2009. godine nastupila trajna blokada računa PZP "Niš", a u toku 2010. godine i blokada računa ostalih PZP-ova, što je imalo za posledicu otvaranje stečajnih postupaka nad PZP "Niš", PZP "Vranje" i PZP "Kragujevac", kao i raskidanje ugovora o privatizacijama PZP "Beograd", "Vojvodina put - Bačka put", Fabrikom maziva "FAM" i "Partizanski Put" na koji način su okrivljeni svojim radnjama oštetili preduzeća za puteve, kao i njihove poverioce za ukupan iznos od 16.950.571.881,69 dinara koliko iznosi razlika između likvidacione vrednosti njihove imovine i vrednosti njihovih obaveza.

- čime su okrivljeni Miroslav Mišković, Milo Đurašković i Marko Mišković kao saizvršioци počinili krivično delo zloupotreba položaja odgovornog lica iz člana 234. stav 3 u vezi stava 1 KZ u vezi člana 33 KZ, a Risto Ristić, Milutin Gašević, Zoran Mihailović i Dejan Jevtić, Rašo Zdravko i Predrag Filipović krivično celo zloupotreba položaja odgovornog lica pomaganjem iz člana 234, stav 3 u vezi stava 1 KZ u vezi člana 35 KZ.

II. Relevantno srpsko zakonodavstvo

Godine 2005. član 359 je glasio:

Glava trideset treća KRIVIČNA DELA PROTIV SLUŽBENE DUŽNOSTI Član 359 (Zloupotreba službenog položaja):

(1) Službeno lice koje iskorišćavanjem svog službenog položaja ili ovlašćenja, prekoračenjem granice svog službenog ovlašćenja ili nevršenjem svoje službene dužnosti pribavi sebi ili nekom drugom licu kakvu korist, drugom nanese kakvu štetu ili teže povredi prava drugog, kazniće se zatvorom od šest meseci do pet godina.

(4) Odgovorno lice u preduzeću, instituciji ili drugom subjektu koje počini radnju navedenu u stavovima od 1 do 3 ovog člana kazniće se zakonski propisanom kaznom za počinjeno krivično delo.

Član 112, stav 3 je glasio:

Službenim licem smatra se: 1) lice koje u državnom organu vrši službene dužnosti; 2)-4) ostala lica koja u državnim organizma vrše službene dužnosti ili funkcije.

Stav 5 ovog člana glasio je:

Odgovornim licem smatra se vlasnik preduzeća ili drugog subjekta privrednog poslovanja ili lice u preduzeću itd.

Godine 2009. član 161 Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika objavljenog u „Službenom glasniku Republike Srbije“ br. 72/09, dodao je u članu 359, stav 1, posle reči: „službeno“ reči „ili odgovorno lice“, a posle reči „sebi ili nekom drugom licu“ reči „sebi ili drugom fizičkom licu“, a takođe je izbrisan stav 4.

Izmenama od 24. decembra 2012 (koje su stupile na snagu 1.. aprilaa 2013) zamenile su nekadašnji stav 4 Zakonika iz 2005, kao i izmenu člana 359 iz 2009, novim članom u glavi 22: KRIVIČNA DELA PROTIV PRIVREDE.

Ovaj novi član 234 (Zloupotreba položaja odgovornog lica) glasi:

„Odgovorno lice koje iskorišćavanjem svog položaja ili ovlašćenja, prekoračenjem granica svog ovlašćenja ili nevršenjem svoje dužnosti pribavi sebi ili drugom fizičkom ili pravnom licu protivpravnu imovinsku korist ili drugom nanese imovinsku štetu, kazniće se zatvorom...“

Član 112, stav 5 Krivičnog zakonika Srbije sada glasi:

„Odgovornim licem u pravnom licu smatra se lice koje na osnovu zakona, propisa ili ovlašćenja vrši određene poslove upravljanja, nadzora ili druge poslove iz delatnosti pravnog lica, kao i lice kome je faktički povereno obavljanje tih poslova. Odgovornim licem smatra se i službeno lice kad su u pitanju krivična dela kod kojih

je kao izvršilac označeno odgovorno lice, a u ovom zakoniku nisu predviđena u glavi o krivičnim delima protiv službene dužnosti, odnosno kao krivična dela službenog lica.“

III. Primedbe i kritika Evropske unije na račun relevantnih članova Krivičnog zakonika Srbije.

Pošto se 22. decembra 2009. Srbija kandidovala za članstvo u Evropskoj uniji i posle odluke Saveta EU da Srbiji dodeli status kandidata 1. marta 2012, institucije i tela EU nastavila su da izražavaju velike rezerve, kritiku i primedbe, naročito u pogledu usaglašenosti nekadašnjeg člana 359 i sadašnjeg člana 234 KZ sa vladavinom prava.

U Odluci Evropskog parlamenta od 29. marta 2012 o procesu evro-integracija u Srbiji (2011/2886(RSP)) br. 18 stoji:

“Evropski parlament je ozbiljno zabrinut zbog ponovljenih navoda o pogrešnoj primeni člana 359 Krivičnog zakonika o zloupotrebi službenog položaja, koja je praćena navodnim rasprostranjenim i neopravdanim zamrzavanjem imovine kompanija, kao i privatne imovine; podvučeno je da ovakvi navodi podrivaju poverenje u vladavinu prava u državi; pozivaju se vlasti da brzo sprovedu reviziju Krivičnog zakonika da bi on bio u skladu sa evropskim standardima i da smesta prekinu da podnose tužbe za zloupotrebu službenog položaja u privatnim preduzećima i preduzećima s većinskim privatnim vlasništvom, te da obustave krivične postupke koji su u toku po tim osnovima; naglašava se da u predmetima gde se optuženi terete prema članu 359 i postoji sumnja da period njihovog pritvora ili vrednost zamrznute imovine nisu proporcionalni njihovim navodnim prestupima, trebalo bi da imaju pravo na što skoriju obnovu postupaka protiv njih i na povraćaj privatne imovine i pravednu nadoknadu.“

U Izveštaju o napretku Srbije za 2013. od 16.10.2013 (COM(2013) 700 final) stoji:

„Sprovedenje nedavnih promena u zakonodavstvu u vezi sa „zloupotrebom službenog položaja“ treba pažljivo da se prati s obzirom na sveobuhvatnu reviziju kriminala u privredi (str. 9). Kršenje „zloupotrebe službenog položaja“ takođe je izmenjeno da bi se ponovo definisao način na koji se ono odnosi na privatne preduzetnike. Vršiti se ponovno razmatranje predmeta koji su pokrenuti na osnovu člana 359 Krivičnog zakonika, i to svakog predmeta pojedinačbr. Većina onih koji su ponovo razmotreni je prekvalifikovana u skladu sa novim krivičnim delom „zloupotreba položaja od strane odgovornog lica“ (novi član 234 Krivičnog zakonika). Do sada je odbačen veoma mali broj predmeta u nadležnosti relevantnih tužilaštava. Primenu ove nove odredbe koja se odnosi na privatne preduzetnike trebalo bi pažljivo pratiti, imajući u vidu i kako se ona posmatra u pogledu

sveobuhvatne revizije privrednog kriminala.”

U Izveštaju o napretku Srbije za 2014 od 8.10.2014 (COM(2014) 700 final) stoji:

„Potrebno je održivo rešenje koje bi se pozabavilo preteranom primenom zakonske odredbe iz Krivičnog zakonika o zloupotrebi službenog položaja u privatnom sektoru (str. 12). Većina predmeta koji su ranije bili zasnovani na članu 359 (zloupotreba službenog položaja) Krivičnog zakonika prekvalifikovani su prema novom članu 234 (zloupotreba službenog položaja odgovornog lica) koji se odnosi na privatne preduzetnike: od 2411 predmeta (odnosno 4455 osobe) koji su vođeni prema nekadašnjem članu 359 i zatim bili prekvalifikovani, 2202 predmeta (odnosno 4168 osobe) je prekvalifikovani prema novom članu 234. Ovo ilustruje stalnu tendenciju preterane primene ovih krivičnih prestupa u kontekstu poslovnih sporova, što ugrožava poslovnu atmosferu i pravnu sigurnost. Sveobuhvatna revizija Krivičnog zakonika koja se sprovodi da bi se obezbedilo precizno definisanje privrednog kriminala... treba da se završi bez odlaganja (str. 45). Hitno je potrebno održivo rešenje za preteranu primenu podizanja tužbi na osnovu zloupotrebe službenog položaja” u privatnom sektoru tako što će se sprovesti revizija dela Krivičnog zakonika koji se odnosi na privredu (str. 51).”

U Rezoluciji Evropskog parlamenta od 11. marta 2015. o Izveštaju o napretku Srbije (2014/2949(RSP)) br.37 stoji:

„Međutim, Evropski parlament primećuje da se pravna nesigurnost u pravnom sektoru zadržala i posle usvojenih izmena; Evropski parlament ponavlja da je zabrinut zbog novog člana 234 o zloupotrebi službenog položaja odgovornog lica jer on i dalje ostavlja prostora za proizvoljno tumačenje; primećuje se da je većina nekadašnjih predmeta koji su se odnosili na zloupotrebu položaja bila masovno prekvalifikovana bez odgovarajuće revizije kao „zloupotreba položaja službenog lica”, pa se zato zahteva nezavisna i temeljna revizija prekvalifikovanih predmeta kako bi prestalo dugotrajno i nepravedno pravno gonjenje.”

U Izveštaju o napretku Srbije za 2015. od 10.11.2015 (COM(2015) 611 final) stoji:

„U vezi sa nedostacima koji će biti navedeni u tekstu ispod: u predstojećoj godini Srbija bi trebalo da obrati posebnu pažnju na sledeće: ... hitne izmene i primenu dela Krivičnog zakonika koji se odnosi na privredni kriminal i korupciju (naročito na član 234 o zloupotrebi položaja odgovornog lica) u cilju obezbeđivanja kredibilnog i predvidivog okvira krivičnog prava (str. 13). Preterano pribegavanje optužbama zbog zloupotrebe položaja iz Krivičnog zakonika u privatnom sektoru narušava poslovnu atmosferu i pravnu sigurnost (str. 14 i 53).”

Predlog rezolucije koja bi u skladu sa pravilom 123(2) Poslovnika okončala raspravu o izjavama Saveta i Komisije o Izveštaju za Srbiju za 2015. godinu (2015/2892(RSP)) od 28.1.2016 (autor Dejvid Mekalister u ime Komisije za spoljne poslove) glasi:

“2. Evropski parlament pozdravlja to što se Srbija priprema za početak pregovora o pristupanju EU zaključivanjem procesa skrininga, kako i pripremom i podnošenjem sveobuhvatnih akcionih planova za poglavlja 23 (Pravosuđe i osnovna prava) i 24 (Pravda, sloboda i bezbednost); izražena je nada da će ova poglavlja biti otvorena početkom 2016. godine; ističe se su temeljni pregovori o poglavljima 23 i 24 neophodni da bi se utvrdile reforme koje je neophodno sprovesti i realizovati u oblastima pravosuđa i osnovnih prava i o pravdi, slobodi i bezbednosti; Evropski parlament podseća da je napredak u ovim oblastima neophodan paralelno sa napretkom u ukupnim pregovorima;

11. Evropski parlament poziva srpske vlasti na izmene i primenu dela Krivičnog zakonika koji se odnosi na korupciju u cilju obezbeđivanja kredibilnog i predvidivog okvira krivičnog prava; još jednom izražava svoju duboku zabrinutost zbog odredaba i primene člana 234 Krivičnog zakonika o zloupotrebi službenog položaja; ponovo traži nezavisnu i detaljnu reviziju prekvalifikovanih predmeta koji se odnose na zloupotrebu službenog kako bi prestalo dugotrajno i nepravedno pravno gonjenje.”

Rezolucija Evropskog parlamenta od 4. februara 2016. o Izveštaju o Srbiji za 2015. godinu uključila je prethodni tekst doslovno, tj. od reči do reči (P8_TA-PROV(2016)0046).

IV. Reagovanje srpskih vlasti

1. Radna grupa koju je još u junu 2014. osnovao srpski ministar pravde završila je 2015. nacrt izmena Krivičnog zakonika, uključujući i novi član 229 „Zloupotreba položaja odgovornog lica“. Tekst ovog člana gotovo je identičan tekstu člana 234 važećeg Zakonika osim dodatnog dela rečenice „ukoliko time nisu ostvarena obeležja nekog drugog krivičnog dela“.

Ovaj član postaće deo novog dvadeset drugog poglavlja Krivičnog zakonika: „Krivična dela protiv privrede“, pored nekoliko novih definicija krivičnih dela kao što su član 223 (Prevara u obavljanju privredne delatnosti), član 224 (Pronevera u obavljanju privredne delatnosti), član 226 (Zloupotreba zastupanja u obavljanju privredne delatnosti), član 227 (Zloupotreba poslova upravljanja i nadzora u

obavljanju privredne delatnosti), član 228 (Zloupotreba ovlašćenja u privredi) i član 230a (Zloupotreba u postupku privatizacije).

2. Razlozi za donošenje zakona su sledeći:

“II.

... Iako je Krivični zakonik u velikoj meri već usklađen sa standardima i aktima Evropske unije, Saveta Evrope i Ujedinjenih nacija, određena dokumenta Evropske unije i Saveta Evrope, kao i pravne tekovine država-članica EU treba dalje da se usklađuju. Usklađivanje treba da se sprovede ne samo u vezi sa određenim dokumentima već i u vezi sa zajedničkim standardima koji se primenjuju u određenim oblastima krivičnih zakonika u evropskim državama. U tom pogledu bi trebalo obratiti posebnu pažnju na jednu grupu krivičnih dela, a to su krivična dela protiv privrede, odnosno ekonomskih interesa. U ovoj oblasti, iako je ona znatno izmenjena prilikom usvajanja postojećeg Krivičnog zakonika, i dalje postoje neka zastarela rešenja kojima sudska praksa ne može da se bavi sama i bez intervencije zakonodavaca, niti da ih prilagodi novonastalim okolnostima u oblasti privrednih odnosa. ...

III.

... Odvojeno poglavlje Krivičnog zakonika ...

1. ...

Iako su izmene Krivičnog zakonika stupile na snagu 1. aprila 2013. unoseći novo krivično delo, odnosno zloupotrebu položaja odgovornog lica (član 234), i dalje su se zadržale određene dvosmislenosti i praktična pitanja. Stoga je neophodno da ovaj Zakonik izričito predvidi da je ovo krivično delo sporedno, tj. manje značajno (član 229). Na taj način, primena ovog krivičnog dela bila bi ograničena samo na one predmete u kojima je zaista neophodna, tj. samo ako krivični obim nekog drugog krivičnog dela ne može da zaštiti ekonomski sistem.

...

Pored razmatranja postojećih krivičnih dela, potrebno je uvesti i neka nova krivična dela protiv privrede. Shodno tome, neophodno je predvideti krivično delo pronevere u obavljanju privredne delatnosti..., krivično delo zloupotrebe zastupanja u obavljanju privredne delatnosti..., i krivično delo zloupotrebe u postupku privatizacije... Dok su prva dva krivična dela poznata kao opšta krivična dela protiv imovine, ali se gotovo uopšte nisu primenjivala u oblasti ekonomskih odnosa, treće krivično delo je sasvim novo i ono reflektuje potrebu da se krivično goni zloupotreba u procesu privatizacije koja je utvrđena do sada. Zbog toga je opravdano napraviti određenu specijalizaciju krivičnih dela pronevere i zloupotrebe poverenja (Nacrt zakona – zloupotreba

zastupanja u obavljanju privredne delatnosti). To će naše krivične zakone približiti krivičnom delu „Untreue“ koje, uz izvesne razlike, postoji u nemačkom, švajcarskom i austrijskom krivičnom pravu.“

3. Dana 21. jula 2015. član Evropskog parlamenta Eduard Kukan (PPE) postavio je sledeće „Pitanje za pisani odgovor Komisije“, Pravilo 130 (E-011799-15):

“Predmet: reforma Krivičnog zakonika Srbije i člana 234

U kontekstu sadašnjih pregovora o pristupanju Srbije, EU je ponovo potvrdila svoju čvrstu posvećenost bavljenjem pitanja vladavine prava, pravosuđem i osnovnim pravima u ranoj fazi pregovora. Izveštaj komisije o skrinigu za poglavlje 23 pregovora predlaže reviziciju dela Krivičnog zakonika Srbije koji se odnosi na privredni kriminal kako bi se pronašle kredibilne alternative za postojeće krivično delo zloupotrebe položaja, s posebnim osvrtom na član 234 Zakonika.

Ministarstvo pravde Republike Srbije je u procesu predlaganja nacрта izmena Zakonika, uključujući novi član 229. Nacrt ovog člana gotovo je identičan tekstu postojećeg člana 234, uključujući potvrdu njegove sveobuhvatne prirode. ...

Da li Komisija smatra da nacrt članova... 229 u njihovom postojećem obliku predstavlja verodostojnu alternativu krivičnom delu zloupotrebe položaja u skladu sa postojećim članom 234?

Odgovor koji je g-din Han dao u ime Komisije glasi:

„Komisija pridaje veliki značaj predvidivom pravnom i poslovnom okruženju u Srbiji. Trenutno se sprovodi sveobuhvatna revizija Krivičnog zakonika Srbije u cilju obezbeđivanja jasne definicije korupcije i privrednog kriminala kako bi mogli da budu efikasno istraženi i izneti pred sud. Konkretna primena člana 234 Krivičnog zakonika (zloupotreba službenog položaja) u postupcima protiv privatnih privrednika škodi poslovnom okruženju i pravnoj sigurnosti. Komisija je srpskim vlastima naglasila da je revizija privrednog dela Krivičnog zakonika neophodna da bi se pozabavilo ovim pitanjem. Komisija će nastaviti da pažljivo prati reviziju Krivičnog zakonika Srbije u okviru pregovora o pristupanju, kao i u svom godišnjem izveštaju o napretku i u okviru Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju.“

V. Usklađenost člana 234 Krivičnog zakonika sa vladavinom prava?

1. Kao što je već napomenuto, Komisija i Parlament Evropske unije su oštro kritikovali pređašnji član 359, kao i postojeći član 234 Krivičnog zakonika Srbije, počev od marta 2012. sve do danas. Iz analitičke perspektive, ova kritika zasnovana je na tri nezavisna, ali međusobno povezana zahteva za krivičnim zakonikom i njegovom primenom koji će poštovati osnove vladavine prava: princip neretroaktivnosti, princip *lex certa* i princip društvene štetnosti.

a) Član 7 Evropske konvencije i član 49 CFR, kao rezultat višegodišnje tradicije u razvoju i uspostavljanju vladavine prava, pretpostavljaju i izražavaju princip neretroaktivnosti krivičnog zakonika. Nem anikakve sumnje da ova garancija o primeni zakona važi za konkretno pitanje.

b) Princip *lex certa*, odnosno zahteva za pravnom određenošću, tj. sigurnošću, nesumnjivo je implicitna suštinska poruka oba ova člana, člana 7 Evropske konvencije i člana 49 CFR. Ovo se može zaključiti ne samo iz sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava, već i iz razvoja vladavine prava koji traje 200 godina.

aa) Osnovni principi izraženi u sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava u skladu sa članom 7 Konvencije, naročito u presudama za predmet S.W. protiv Velike Britanije i predmet C.R. protiv Velike Britanije od 22. novembra 1995. i presuda u predmetu K.-H. W. protiv Nemačke od 22. marta 2001 (§§ 34-36, §§ 32-34 i § 45,) su:

„Garancija data u članu 7, a koja je osnovni elemenat vladavine prava, zauzima istaknuto mesto u sistemu zaštite u Konvenciji, što je naglašeno činjenicom da nije dozvoljeno nikakvo odstupanje od nje prema članu 15 u vreme ratnog stanja ili druge javne vanredne situacije. Ova garancija treba da se tumači i primenjuje, u skladu s njenim predmetom i svrhom, na takav način da može da obezbedi efikasnu zaštitu od proizvoljnog krivičnog gonjenja, presude i kazne.

Shodno tome, kao što je Evropski sud zaključio u presudi u predmetu Kokkinakis protiv Grčke od 25. maja 1993 (serija A br. 260-A, str. 22, § 52), član 7 nije ograničen samo na zabranu retrospektivne primene krivičnog zakonika na štetu optuženog: on takođe obuhvata i uopšteniji princip da samo zakon može da definiše krivično delo i da odredi kaznu (*nullum crimen, nulla*

poena sine lege), kao i princip da krivični zakonik ne mora da se tumači suviše duboko na štetu optuženog, na primer putem analogije. Iz tih principa sledi da svako krivično delo mora biti jasno definisano u zakonu. U gorepomenutoj presudi Evropski sud dodaje da je ovaj zahtev ispunjen kada pojedinac može iz teksta relevantne odredbe da zna, a po potrebi uz pomoć sudskog prevodioca, zbog kojih je dela i prestupa krivično odgovoran.“

bb) Sveobuhvatni princip *nullum crimen, nulla poena sine lege* ima dvostruke korene u tradiciji, a potiče nekoliko vekova unazad i priznat je kako u teorijama ustavnog, tako i krivičnog prava. Sa ustavnog stanovišta, on predstavlja sastavni deo osnovnog principa podele vlasti, tako da je zakonodavna vlast morala da donosi zakone, a pravosuđe je moralo da ih primenjuje (ovo je prvo istakao Francuz Monteskje, a u praksi je primenjeno u francuskom Ustavu iz 1791, Naslovi 1 i 3, Poglavlje 5, članovi 1 i 3). Sa stanovišta krivičnog prava, teorija sprečavanja u posebnoj verziji opšte prevencije pretpostavlja postojanje norme zabrane pre krivičnog ponašanja (ovo je prvi zapisao Nemačkin Fojerbah, a kasnije je prihvaćeno širom sveta). Ova stanovišta zahtevaju da zabrane budu dovoljno precizne kako bi bile razumljive prosečnom čoveku, ali ne daju određene ruke pravosuđu (videti Šuneman, *Nulla poena sine lege?*, 1979). Zato je čak i u oblasti opšteg prava, uprkos tradicionalnoj slobodi i neograničenosti u zakonodavstvu, parlament mora da u međuvremenu poštuje ove principe (videti Peristeridou, in: Klip (ed.), *Materijalno krivično pravo Evropske unije*, 2011, str. 69, 73 ss., 76 ss.).

cc). Bez obzira na to, princip sigurnosti ne zahteva matematičku preciznost, koja ne bi ni bila moguća zbog strukture običnog jezika, niti izvodljiva zbog toga što je zadatak zakonski odredbi da regulišu višestruku raznovrsnost ljudskog života apstraktnim terminima. Zbog toga sudovi mogu i moraju da tumače statutarno pravo, ali ne proizvoljno, već u skladu sa osnovnom odlukom zakonodavca, čije su postojanje i mogućnost praćenja minimalni zahtevi principa sigurnosti (Evropski sud od 22. marta 2001, gore; detaljno za Federalni ustavni sud Nemačke, BVerfGE 126, 130 Br. 68 ss.; Peristeridou, ostr. cit.).

c) aa) Princip društvene štetnosti građanskog ponašanja (ili princip društveno štetnog ponašanja) kao preduslov za njegovo krivično gonjenje potiče iz vremena nastanka modernog krivičnog prava zasnovanog u teoriji o vladavini prava, tj. značajnog dela Italijana Bekarije „O prestupima i kaznama“ („*Dei delitti e delle*

pene") iz 1764, gde se tvrdi da je kazna pravična samo ako je neophodna za čuvanje javne bezbednosti (poglavlje 2). Francuski ustav iz 1791. je primenio ovaj zahtev u praksi, i to rečima da „zakon može da odredi kazne za dela koja, samim tim što ugrožavaju javnu bezbednost ili prava drugih, mogu biti štetna i za društvo (Naslov 1, osnovne odredbe zagarantovane Ustavom). U Nemačkoj je princip društvene štetnosti unapređen u doktrinu „neophodne zaštite zakonitih dobara“ kao osnove za kriminalizaciju. Bez obzira na to što su reči ove doktrine i dalje kontroverzne, Federalni ustavni sud Nemačke zahteva da krivično pravo bude „ultima ratio“ (poslednje прибежиште) u sprovođenju zaštitnih namera zakonodavca, u skladu sa važećom sudskom praksom (videti BVerfGE 90, 15 Br. 198; 96, 10 Br. 165; 96, 245 Br. 10; 110, 224 Br. 35). Ključni primer jeste krivično delo „kršenja poverenja“ („Untreue“, član 266 Krivičnog zakonika Nemačke), koje pretpostavlja kršenje poverenikove dužnosti i nanošenje materijalne štete prenosiocu, pri čemu nanošenje štete novčanim interesima kao takvih ne pripada krivičnom već građanskom pravu.

bb) U oblasti opšteg prava, common law, postoji paralelan razvoj doktrine (videti Husak, *Overcriminalization*, 2009; Dworkin, *The Limits of the Criminal Law*, in: Deigh/Dolinko (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, 2001; Robinson (ed.), *The Structure and Limits of Criminal Law*, deo II, str. 235 ss.; von Hirsch/Simester, *Incivilities*, 2006; ---, *Crimes, Harms, and Wrongs*, 2011) i, slično tome, u jurisprudenciji Vrhovnog suda SAD u vezi sa pravom na privatnost (videti Eisenstadt protiv Baird, 405 U.S. 438, 453 (1972); Griswold protiv Konektikata, 381 U.S. 479 (1965); Roe protiv Wade, 410 U.S. 113 (1973); Planned Parenthood of jugoistočne Pensilvanije protiv Casey, 505 U.S. 833 (1992); Lawrence protiv Teksasa, 539 U.S. 558 (2003)).

d) Sumirajući sadašnji nivo u Evropi, uključujući posebne tradicije i razvoj opšteg prava, vladavina prava za poseban obim krivičnog prava obuhvata tri garancije, od kojih su dve formalnije, a jedna je osnovna: veoma strog princip neretroaktivnosti; nešto fleksibilniji princip sigurnosti, i princip ograničene kriminalizacije, koji se onekad naziva „neophodna zaštita zakonitih dobara“ ili „ultima ratio“ ili „pravo na privatnost“, pa je uglavnom prihvaćeno u suštini, a ne u detaljima.

2. Primena ovih principa u konkretnom pitanju vodi do sledećih zaključaka:

a) Za vremenski period od aprila 2008. do novembra 2010, kada su se navodno dogodila krivična dela, prema Optužnici, važio je jednim delom Krivični zakonik u verziji iz 2005, a jednim delom u izmenjenoj i dopunjenoj verziji od 2009. godine. Da su izmene i dopune iz 2012. godine uvele prošireni opseg kažnjivosti, to bi moralo da budu odbačeno zbog principa neretroaktivnosti. Opseg kažnjivosti se nije promenio, ali su promenjeni tekst i brojke članova, pa takozvana prekvalifikacija prema članu 234 Krivičnog zakonika u verziji izmenjenog zakonika iz 2012. godine ne predstavlja kršenje principa neretroaktivnosti.

Međutim, da je član 359 Krivičnog zakonika, glava 4 u verziji iz 2005. godine priznao alternativu „ili odgovorno lice“ u verziji iz 2009. bio bi nevažeći zbog kršenja principa sigurnosti ili principa društveno štetnog ponašanja, a član 234 Krivičnog zakonika ne bi mogao da se primeni na postupanje pre 2012. godine zato što bi to bila retroaktivna primena moguća zbog rupe u zakonu.

Zbog toga je usklađenost člana 359 Krivičnog zakonika, glava 4, Krivičnog zakonika iz 2005, sa principima sigurnosti i društvene štetnosti, ključno pitanje.

b) Ako se glava 4 ubaci u glavu 1, ova alternativa člana 359 Krivičnog zakonika glasi ovako:

„Odgovorno lice u preduzeću, instituciji ili drugom subjektu koje iskorišćavanjem svog položaja ili ovlašćenja, prekoračenjem granica svog ovlašćenja ili nevršenjem svoje dužnosti pribavi sebi ili drugom licu protivpravnu imovinsku korist ili drugom nanese imovinsku štetu ili ozbiljno ugrozi prava drugog, kazniće se zatvorom.“

Ova definicija krivičnog dela „zloupotrebe službenog položaja“ sastoji se od 3 elementa: pozicije počinioca u preduzeću, njegovog postupanja i posledica tog postupanja.

aa) Za bolje razumevanje strukture, korisno je uporediti je sa tradicionalnom verzijom člana 359 Krivičnog zakonika iz vremena socijalističke ekonomije, koja je zadržana u prvoj verziji člana. U toj verziji je počinilac *funkcioner* koji kršeći svoj službeni položaj pribavlja korist sebi ili drugima nanosi štetu. Ovo krivično delo

pripada sferi državnih preduzeća, ali i tu postoje dve alternative. Druga mogućnost liči na član 302 Krivičnog zakonika Austrije koji definiše „zloupotrebu položaja“, a obe alternative imaju analogiju sa članom 165 („zloupotreba poverenja“) Krivičnog zakonika Nemačke Demokratske Republike (GDR), posebni deo, glava 2: „Krivična dela protiv državne privrede“. Položaj počinioca je službeni, i to je važno u dva aspekta, kako za poštovanje principa sigurnosti, tako i za poštovanje principa društvene štetnosti:

(1) Zbog moći države koju predstavlja funkcioner, nanošenje štete drugima ili kršenje njihovih prava prestavlja zadiranje u osnovna prava građanina i to na silu (tj. neprikosnovena autoritativna vlast), a druga štetna nus-pojava jeste podrivanje autoriteta države i vladavine prava. Shodno tome, u drugoh alternativni je bez ikakve sumnje ispunjen preduslov društveno štetnog ponašanja. Isto se odnosi i na prvu alternativu zato što funkcionera plaća država, pa zato nema pravo da iskoristi svoj položaj u lične svrhe. U socijalističkoj ekonomiji, njegova korist je *ipso facto* jednaka šteti koja se nanosi državnoj ekonomiji kao društvena šteta.

(2) Kao posledica toga, definicija krivičnog dela „zloupotreba (službenog) položaja“ vrlo dobro ispunjava preduslov sigurnosti. Svako kršenje službene dužnosti, svaka lična korist i svaka šteta naneta drugima predstavlja osnov za krivičnu odgovornost. Stoga primena zakona neće izazvati nikakve sumnje.

bb) Kada se perspektiva funkcionera kao počinioca u socijalističkoj ekonomiji zameni perspektivom odgovornih službenika u preduzećima u tržišnoj ekonomiji, sve se menja. Očigledno kompletna definicija krivičnog dela više ne podrazumeva društvenu štetnost, a pokušaj da se ograniči opseg krivičnog dela koji je kontradiktoran samom tekstu, ostavlja neograničeni prostor za proizvoljno tumačenje i samim tim krši princip sigurnosti. Sadaćemo pobliže razmotriti tri elementa definicije krivičnog dela, počev od posledica ponašanja:

(1) Kriterijum „nanošenja štete“ više nije primenljiv. U tržišnoj ekonomiji princip slobodne konkurencije stvara pojavu dobitka i gubitka: „U kapitalističkom sistemu ekonomske organizacije društva preduzetnici određuju tok proizvodnje. Ako ne proizvedu na najjeftiniji i najbolji mogući način robu koju potrošači najviše traže, oni će pretrpeti gubitke i na kraju će biti sklonjeni sa

preduzetničkog položaja. Zameniće ih oni koji umeju bolje da ispunjavaju potrebe potrošača." (videti Mises, *Planning for Freedom*, 1952). Zbog toga je sticanje profita na račun drugih uobičajena pojava u tržišnoj ekonomiji. Bez obzira na to, tržišna ekonomija mora da bude zasnovana na pravilima fer konkurencije i mora da razvije diferencirani sistem instrumenata da bi se obezbedilo poštovanje zakona, uključujući krivični zakonik, pravo konkurencije i tržišta kapitala. Centralna maksima za primenu krivičnog prava bio bi kriterijum *ultima ratio* koga zastupa the Federalni ustavni sud Nemačke i/ili kriterijum društvene štetnosti. Uprkos tome, ovo je pitanje predviđanja i diskrecionog prava koje u velikoj meri prevazilazi granice tumačenja. Kao posledica toga, kažnjavanje bilo kojeg čina nanošenja štete drugima u slobodnoj tržišnoj ekonomiji bilo bi suprotno pravnom sistemu kao celini, a samim tim i besmisleno. Ako se sudovima prepusti da odrede pravila koja prave razliku između zakonitog i nezakonitog izazivanja gubitaka ostalim akterima na tržištu učinilo bi da pravosuđe postupa kao zakonodavac, što bi predstavljalo kršenje ne samo principa sigurnosti nego čak i podele vlasti u celini.

(2) Kriterijum pribavljanja „koristi“ je još manje prihvatljiv. Korist (=profit) je prirodna posledica u tržišnoj ekonomiji. Zbog toga je nemoguće uspostaviti društvenu štetnost kao posledicu ponašanja kao takvog (kao kod drugih krivičnih dela, na primer nanošenja telesnih povreda).

(3) Ograničenje zakonom kvalifikovanih počinitelaca na „odgovorna lica“ proizvodi više sumnje nego što daje smernice, a isto tako proizvodi unutrašnje protivrečnosti. U strogom smislu, „odgovorno lice“ je predstavnik drugog subjekta, nalik šemi „agent – principal“ u modernoj teoriji ekonomije. Pod uslovom da je dato ponašanje kažnjivo, zašto je onda kažnjivo samo ponašanje agenta, a ne principala? S obe tačke gledišta, ima smisla što je prvobitna definicija u članu 112, stav 5 glasila: „Odgovornim licem smatra se vlasnik preduzeća ili drugog subjekta privrednog poslovanja ili lice u preduzeću itd.“ Tako i principal i agent mogu da budu počinioci, ali se ovaj privremeni rezultat ponovo dovodi u pitanje kada se uzmu u obzir krivični elementi ponašanja i posledice, kao i izmena iz 2012. godine: Kada „vlasnik preduzeća pribavi za sebe korist“, onda je takvo ponašanje ne samo prirodna pojava nego čak i dobra stvar u tržišnoj ekonomiji, pa zvuči besmisleno da se takvo ponašanje kriminalizuje. Izmenama i dopunama iz 2012. ponovo je izmenjen član 112, stav 5 Krivičnog

zakonika tako što se eliminiše „vlasnik preduzeća“ kao zakonski kvalifikovan počinitelj, a ponovo se postavlja paradoksalno pitanje zašto bi samo agent, a ne i principal, trebalo da snosi krivičnu odgovornost.

(4) Izgleda da je poslednje sredstvo za rešavanje ovih unutrašnjih kontradiktornosti autentična karakterizacija ponašanja odgovornog lica „putem zloupotrebe njegovog položaja ili ovlašćenja, prekoračenjem granice svog službenog ovlašćenja ili nevršenjem svoje službene dužnosti“. Međutim, ovaj preduslov uverljiv je samo ako je šteta naneta kompaniji itd. koju ovo lice predstavlja, pa postoji unutrašnja povezanost između dužnosti poverenika i štete nanete prenosiocu.

(5) Ovo očigledno odgovara proceni radne grupe koju je osnovao srpski Ministar pravde 2014. godine, koja je, u cilju „približavanja naših krivičnih zakona krivičnom delu 'Untreue' koje, s izvesnim razlikama, postoji u nemačkom, švajcarskom i austrijskom krivičnom pravu“, predložila dva nova krivična dela: „Zloupotreba zastupanja u obavljanju privredne delatnosti“ (član 226 Krivičnog zakonika) i „Zloupotreba poslova upravljanja i nadzora u obavljanju privredne delatnosti“ (član 227 Krivičnog zakonika) čiji je sadržaj sledeći:

Član 226: Ko zastupajući imovinske interese subjekta privrednog poslovanja, zloupotrebi data mu ovlašćenja i time sebi ili drugom pribavi protivpravnu imovinsku korist ili nanese imovinsku štetu subjektu privrednog poslovanja čije imovinske interese zastupa, kazniće se zatvorom.

Član 227: Ko vršeci poslove upravljanja, nadzora ili druge poverene mu poslove iz delatnosti subjekta privrednog poslovanja, zloupotrebi svoj položaj ili ovlašćenje i time sebi ili drugom fizičkom ili pravnom licu pribavi protivpravnu imovinsku korist ili drugom nanese imovinsku štetu, kazniće se zatvorom.

Radna grupa je priznala da „i dalje postoje zastarela rešenja s kojima ne može uspešno da se izbori sama sudska praksa bez intervencije zakonodavaca“. Zato je radna grupa pokušala da kombinuje ubacivanje gorepomenutih članova u Zakonik s dodatnom klauzulom o supsidijarnosti u član 234, dajući sledeće obrazloženje:

„lako su izmene i dopune Krivičnog zakonika stupile na snagu 1. aprila 2013,

kada je uvedeno novo krivično delo zloupotrebe položaja odgovornog lica u članu 234, i dalje su se zadržale izvesne dvosmislenosti i praktična pitanja. Stoga je neophodno da Zakonik izričito previdi da je ovo krivično delo supsidijarno (član 229). Na taj način bi primena ovog krivičnog dela bila ograničena samo na one slučajeve u kojima je ona zaista neophodna, tj. samo ukoliko krivični obim bilo kojeg drugog krivičnog dela ne može da zaštiti ekonomski sistem.“

Međutim, upravo suprotno, ovaj pokušaj ispravke potvrđuje nedostatke datog zakonika sa aspekta vladavine prava. Prvo, pogrešna je tvrdnja da je izmenama i dopunama iz 2012. godine „uvedeno novo krivično delo zloupotrebe položaja odgovornog lica “introduced a new criminal offence of abuse of a position by a u članu 234“ zato što je ovo bila samo tehnička promena, bez ikakve izmene sadržaja (ako ne računamo izostavljanje „vlasnika preduzeća“, što bi imalo smisla samo u krivičnom konceptu kao što je „Untreue“ u nemačkom zakonu). Drugo, priznanje da „i dalje postoje zastarela rešenja s kojima ne može uspešno da se izbori sama sudska praksa bez intervencije zakonodavaca“ je priznanje o nemogućnosti ovog Zakonika da ispuni uslove vladavine prava. Treće, kada „Zakon izričito predviđa da je ovo krivično delo supsidijarno (član 229)... Na taj način bi primena ovog krivičnog dela bila ograničena samo na one slučajeve u kojima je ona zaista neophodna, tj. samo ukoliko krivični obim bilo kojeg drugog krivičnog dela ne može da zaštiti ekonomski sistem“, priznaje se da je obim primene člana 234 Krivičnog zakonika, kao i raznih verzija člana 359 Krivičnog zakonika mnogo širi, iako u nepoznatoj meri, od novih predloga zasnovanih po uzoru na nemačko krivično delo poznato kao „Untreue“. U ovom kontekstu važno je znati da je nemačka doktrina pokrenula ozbiljnu zabrinutost u pogledu usklađenosti ovog krivičnog dela sa principom sigurnosti; da nemačko krivično delo that the German crime of “Untreue“ daleko prevazilazi krivično pravo ne samo u Francuskoj i Velikoj Britaniji nego i u većini evropskih zemalja; i da je Federalni ustavni sud Nemačke potvrdio kompatibilnost samo sa ozbiljnim ograničenjima (videti BVerfGE 126, 130; Schunemann: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. ed., § 266 Br. 24 ss.).

3. Na kraju krajeva, koncept člana 359 Krivičnog zakonika bio je, strogo govoreći, „ne-koncept“, što je priznala čak i radna grupa Ministarstva pravde Republike Srbije; obuhvatio je jedini sadržaj

da bi održao širi opseg od promišljenih evropskih koncepata koji iscrpljuju, pa čak i preterano, zakonski opseg krivičnog prava, pa ga stoga može ograničiti samo Ustavni sud; nije dato nikakvo uputstvo za tumačenje ove izuzetno neodređene oblasti kažnjavanja, pa niko ne zna u kojoj meri i zbog čega. Očigledno ne postoji predstava o kriterijumima društvene štetnosti na ovoj nepoznatoj teritoriji, kao ni o datom opsegu.

4. Posledica u pogledu vladavine prava je nedvosmislena i bez ikakve sumnje: član 359 Krivičnog zakonika (sa drugom alternativom nezvaničnih lica u pitanju), kao i zamena člana 234 Krivičnog zakonika, prekršio je kako princip sigurnosti, tako i princip društveno štetnog ponašanja. Konflikt sa evropskom vladavinom prava i garancijama Evropske konvencije za ljudska prava je očigledna. Presuda protiv MM prekršila bi garanciju *nulla poena sine lege*.

B. Optužnica protiv Miroslava MIŠKOVIĆA zbog utaje poreza": da li je "autentično tumačenje" člana 229 Krivičnog zakonika od strane Narodne skupštine Srbije obavezujuće za sudsko veće?

I. Činjenice

1. Druga tačka Optužnice tereti MM i Marka Miškovića, Živojina Petrovića i Jadranku Bardić na osnovu člana 229 Krivičnog zakonika, stav 3, u vezi sa članom 35 (utaja poreza, odnosno pomaganje u utaji poreza). Marko Mišković kao osnivač i vlasnik privrednog društva „Mera Invest“ doo trebalo je da izbegne plaćanje poreza po odbitku za kapitalnu dobit nerezidentnog poreskog obveznika „Mera Investment Fund B.V.“ u iznosu od 320.272.803.34 dinara zbog sledeće transakcije:

Dana 23. septembra 2008, u skladu sa osnivačevom odlukom da poveća kapital „Mera Investment Fund B.V.“, 225.736 akcija Preduzeća za puteve „Niš“ vredne 632.286.536,00 po ceni od 110,8072 evra po akciji, unete su u „Mera Invest“ i upisane kao

nenovčani kapital u vrednosti od 25.013.174,09 evra (Optužnica, str. 12).

2. U ovom predmetu postoji mnogo ozbiljnih i kontroverznih pitanja u vezi sa primenljivošću oporezivanja i sa preduslovima člana 229 Krivičnog zakonika koja nisu razjašnjena u stručnom mišljenju. U nekoliko stručnih mišljenja o pitanju oporezivanja, koja su dali KPMG Beograd, „Privredni savetnik – Revizija“ Doo, Beograd, magistar Svetislav V. Kostić i „FASCINO“ doo, Beograd, stoji da nije postojao nikakav događaj koji je bio podložan oporezivanju, naročito u pogledu prethodnih izjava srpskog Ministarstva finansija i Izveštaja terenske kontrole srpskog Ministarstva finansija, Poreska uprava, Regionalni centar Beograd, broj: 47-00212/2010-0016-000, broj predmeta: 520954909, od 7. maja 2010. godine.

3. Na glavnom pretresu održanom 17. jula 2015, predsednik sudskog veća sudija Maja Ilić je najavila da će sudsko veće poslati dopis relevantnom odboru Narodne skupštine Republike Srbije i Ministarstvu finansija i privrede, zahtevajući njihove komentare o postojanju poreske obaveze u spornom periodu, a imajući u vidu činjenični opis u optužnici. Dopis kojim je zahtevano autentično tumačenje spornih članova Zakona o porezu na dobit preduzeća i Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji poslat je zakonodavnom odboru Narodne skupštine Republike Srbije i Sektoru za fiskalni sistem u Ministarstvu finansija i privrede 21. avgusta 2015. i glasio je:

REPUBLIKA SRBIJA
VIŠI SUD U BEOGRADU
POSEBNO ODELJENJE
ZA ORGANIZOVANI KRIMINAL
K. Po1 70/11
Dana: 21.08.2015.
Ul. Ustanička br. 29
BEOGRAD

SKUPŠTINA REPUBLIKE SRBIJE
- Zakonodavnom odboru -

BEOGRAD

Molimo Vas za autentično tumačenje odredbi člana 27, člana 28, člana 40 i člana 71 Zakona o porezu na dobit preduzeća („Službeni glasnik Republike Srbije br. 25/01... i 84/04) kao i člana 41, stav 3 Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji („Službeni glasnik Republike Srbije br. 80/02, 84/02... i 61/07):

Šta se u smislu napred navedenih zakonskih propisa ima smatrati kapitalnim dobitkom (prema zakonu važećem u periodu od avgusta 2006 do oktobra 2008. godine)?

Ukoliko preduzeće (ili pak fizičko lice) kupi akcije po određenoj ceni, a zatim te akcije čiji je vlasnik unese u drugo preduzeće, čiji je osnovač i jedini vlasnik, i upiše iste kao nenovčani kapital u znatno većoj vrednosti od one po kojoj je akcije kupio (prema urađenoj proceni vrednosti akcija), na osnovu odluke o povećanju osnovnog kapitala, da li se shodno napred navedenim zakonskim propisima u posmatranom vremenskom periodu radi o prenosu imovine uz naknadu (u smislu člana 27 Zakona o porezu na dobit preduzeća), tj. razmeni prava svojine na akcijama za pravo svojine na 100% udela u pravnom licu u koje su akcije unete i da li su to činjenice od uticaja na utvrđivanje obaveze plaćanja poreza na prihod po osnovu ostvarene kapitalne dobiti?

Ko podleže obavezi plaćanja poreza po odbitku na prihod po osnovu kapitalnog dobitka i po kojoj stopi u smislu navedenih zakonskih propisa čije se autentično tumačenje traži (prema zakonu važećem u vremenskom periodu između avgusta 2006. i oktobra 2008. godine)?

Da li je uredbom, obaveznim uputstvom ili kakvim podzakonskim aktom (obavezujućeg karaktera) Skupštine Republike Srbije ili Vlade Republike Srbije, dato drugačije tumačenje članova 27, 28, 40 i 71 Zakona o porezu na dobit preduzeća (posmatrano u vremenskom periodu između avgusta 2006. i oktobra 2008. godine) i ako jeste, molimo Vas da nas uputite na istu.

Shodno napred navedenom, potrebno je da nam se, a u smislu autentičnog tumačenja napred citiranih zakonskih propisa, izjasnite za konkretnu situaciju:

Ukoliko je nerezidentno pravno lice registrovano na Holandskim Antilima (kao privatno preduzeće sa ograničenom odgovornošću čiji je osnivač u Panami) u avgustu 2006. godine kupilo 225.736 akcija od akcionarskog društva koje je registrovano u Republici Srbiji, po ukupnoj ceni od 632.286.536 dinara (po emisionoj vrednosti od 2.801,00 dinara), a zatim u septembru 2008. godine (nakon urađene procene i utvrđene prosečne ponderisane cene ovih akcija u iznosu od 8.780,543 dinara, odnosno 110,8072 evra po akciji) unelo kao

nenovčani kapital u vidu 225.736 akcija, kroz povećanje osnovnog kapitala u iznosu od 25.013.174,09 evra (u protivvrednosti od 1.913.377.749,37 dinara) u domaće rezidentno pravno lice (čiji je osnivač i jedini vlasnik nerezidentno pravno lice registrovano na Holandskim Antilima) a na osnovu odluke o povećanju kapitala.

1) Da li se ovaj unos akcija u cilju povećanja osnovnog kapitala u sopstveno rezidentno pravno lice ima smatrati kao drugi prenos uz naknadu, odnosno izvršena razmena prava svojine stranog rezidentnog pravnog lica (registrovanog na Holandskim Antilima) za pravo svojine na 100% udela u domaćem rezidentnom pravnom licu (čiji je inače 100% vlasnik) i

2) Da li je u konkretnom slučaju, a u smislu napred navedenih zakonskih propisa nerezidentno pravno lice (registrovano na Holandskim Antilima) ostvarilo kapitalnu dobit na razlici između cene po kojoj je kupilo predmetne akcije i procenjene vrednosti akcija unetih u sopstveno domaće rezidentno pravno lice (registrovano u Republici Srbiji) kroz povećanje osnovnog kapitala?

3) Da li je nerezidentno pravno lice (registrovano na Holandskim Antilima) u datoj situaciji bilo u obavezi da obračuna i plati porez po odbitku na prihod po osnovu kapitalnog dobitka nerezidentnog obveznika i po kojoj stopi?

S poštovanjem,

PREDSIEDNIK VEĆA-SUDIJA

Maja Ilić

4. Autentično tumačenje Narodne skupštine (prema zvaničnoj internet stranici Skupštine, a na predlog koji je dostavio narodni poslanik Dragan Nikolić) glasi:

U skladu sa članom 8, stav 1 Zakona o narodnoj skupštini („Službeni glasnik RS“, br. 9/10) i članom 194, stav 2 Poslovnika Narodne skupštine („Službeni glasnik RS“, br. 20/12 – konsolidovani tekst)

Narodna skupština Republike Srbije, u drugom delu Drugog redovnog zasedanja 2015. godine, održanog 3. novembra 2015, donela je

AUTENTIČNO TUMAČENJE

članova 27, 28, 40 i 71 Zakona o porezu na dobit preduzeća („Službeni glasnik RS“, br. 25/01, 80/02, 80/02 – drugi zakon, 43/03, 84/04 i 18/10) i člana 41, stav 3 Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji („Službeni glasnik RS“, br. 80/02, 84/02 – ispravljeno, 23/03 – ispravljeno, 70/03,55/04, 61/05, 85/05 – drugi zakon, 62/06 – drugi zakon i 61/07)

Prema Zakonu o porezu na dobit preduzeća („Službeni glasnik RS“, br. 25/01, 80/02, 80/02 – drugi zakon, 43/03, 84/04 i 18/10), i njegovih članova 27, 28, 40 i 71, Kapitalnim dobitkom smatra se prihod koji obveznik ostvari prodajom, odnosno drugim prenosom uz naknadu: nepokretnosti; prava industrijske svojine; udela u imovini pravnih lica i akcija i ostalih hartija od vrednosti koje, u skladu sa MRS, odnosno MSFI i MSFI za MSP, predstavljaju predstavljaju dugoročne finansijske plasmane, osim obveznica izdatih u skladu sa propisima kojima se uređuje izmirenje obaveze Republike po osnovu zajma za privredni razvoj, devizne štednje građana i dužničkih hartija od vrednosti čiji je izdavalac, u skladu sa zakonom, Republika, autonomna pokrajina, jedinica lokalne samouprave ili Narodna banka Srbije.

Kapitalnim dobitkom smatra se i prihod koji ostvari nerezidentni obveznik od prodaje imovine iz stava 1. tač. 1), 3) i 4) ovog člana, kao i od prodaje nepokretnosti na teritoriji Republike koju nije koristio za obavljanje delatnosti.

Kapitalni dobitak predstavlja razliku između prodajne cene imovine iz st. 1. i 2. ovog člana i njene nabavne cene, utvrđene prema odredbama ovog zakona. (član 27, stavovi 1 i 2 ovog Zakona).

Kod hartija od vrednosti kojima se trguje na organizovanom tržištu, u smislu zakona kojim se uređuje tržište hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata, nabavna cena jeste cena koju obveznik dokumentuje kao stvarno plaćenu, a ako ne poseduje odgovarajuću dokumentaciju - najniža tržišna cena ostvarena na organizovanom tržištu u periodu od godinu dana koji prethodi prodaji te hartije od vrednosti ili u periodu trgovanja, ukoliko se trgovalo kraće od godinu dana.

Kod hartija od vrednosti pribavljenih putem osnivačkog uloga ili povećanjem osnivačkog uloga, nabavnu cenu čini tržišna cena koja je važila na organizovanom tržištu na dan unosa uloga ili ukoliko takva cena nije bila formirana, nominalna vrednost hartije od vrednosti na dan unosa uloga.

Nabavna cena udela u kapitalu pravnih lica i prava industrijske svojine jeste cena koju obveznik dokumentuje kao stvarno plaćenu. Nabavna cena udela u

kapitalu pravnih lica i prava industrijske svojine, stečenih putem osnivačkog uloga ili povećanjem osnivačkog uloga jeste tržišna cena na dan unosa uloga.

Kapitalni dobitak uključuje se u oporezivu dobit u iznosu određenom na način iz članova 27–29 ovog Zakona.

Na prihode koje ostvari nerezidentno pravno lice od rezidentnog pravnog lica, drugog nerezidentnog pravnog lica, fizičkog lica, nerezidentnog ili rezidentnog ili od otvorenog investicionog fonda, na teritoriji Republike, po osnovu kapitalnih dobitaka nastalih u skladu sa odredbama čl. 27. do 29. ovog zakona, obračunava se i plaća porez po rešenju po stopi od 20% ako međunarodnim ugovorom o izbegavanju dvostrukog oporezivanja nije drukčije uređeno.

Kod obračuna poreza po odbitku na prihode nerezidenta, isplatilac prihoda primenjuje odredbe ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, pod uslovom da nerezident dokaže status rezidenta države sa kojom je Republika zaključila ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja i da je nerezident stvarni vlasnik prihoda.

Porez po odbitku na prihode iz člana 40. st. 1, 2, 3. i 14. ovog Zakona za svakog obveznika i za svaki pojedinačno ostvareni, odnosno isplaćeni prihod isplatilac obračunava, obustavlja i uplaćuje na propisane račune na dan kada je prihod ostvaren, odnosno isplaćen.

Kada pravno lice (rezidentno ili nerezidentno) unese imovinu kao doprinos u naturi (npr. akcije) i sprovede povećanje kapitala u svom povezano pravnom licu, i poveća vrednost akcija u tom pravnom licu, odredbe člana 27 ovog Zakona biće shvaćene tako da je u ovom slučaju obavljeno prenos imovine uz naknadu. U slučaju razlike između vrednosti po kojoj je poreski obveznik kupio datu imovinu i vrednosti po kojoj je ta imovina uneta u poslovne knjige povezanog pravnog lica, smatraće se da je ostvarena kapitalna dobit u skladu sa odredbama člana 27 ovog Zakona.

U skladu sa članom 40, stav 1 ovog Zakona, isplatilac poreza po odbitku je nerezidentno pravno lice, dok će u skladu sa odredbama člana 71, stav 1 ovog Zakona, rezidentno pravno lice obračunati i platiti dati porez (u ime i za račun nerezidentnog poreskog obveznika) po stopi od 20%, % ako međunarodnim ugovorom o izbegavanju dvostrukog oporezivanja nije drukčije uređeno nerezidentno strano pravno lice registrovano je kao privatna kompanija s ograničenom odgovornošću na Holandskim Antilima).

Ovo autentično tumačenje biće objavljeno u „Službenom glasniku Republike Srbije”.

II. Relevantno srpsko zakonodavstvo

1. Kao što je već ranije naglašeno, Optužnica je zasnovana na optužbi za utaju poreza u skladu sa članom 229 Krivičnog zakonika, a ne za „neplaćanje poreza po odbitku“ u skladu sa članom 229a Krivičnog zakonika koji je izmenjen Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika Srbije 2009. godine (objavljenom u „Službenom glasniku Republike Srbije“ br. 72/09).

Član 229 glasi:

Utaja poreza

(1) Ko u nameri da potpuno ili delimično izbegne plaćanje poreza, doprinosa ili drugih propisanih dažbina, daje lažne podatke o zakonito stečenim prihodima, o predmetima ili drugim činjenicama koje su od uticaja na utvrđivanje ovakvih obaveza ili ko u istoj nameri, u slučaju obavezne prijave, ne prijavi zakonito stečeni prihod, odnosno predmete ili druge činjenice koje su od uticaja na utvrđivanje ovakvih obaveza ili ko u istoj nameri na drugi način prikriva podatke koji se odnose na utvrđivanje navedenih obaveza, a iznos obaveze čije se plaćanje izbegava prelazi stope deset hiljada dinara, kazniće se zatvorom od šest meseci do pet godina i novčanom kaznom.

...

(3) Ako iznos obaveze iz stava 1. ovog člana čije se plaćanje izbegava prelazi sedam miliona i petsto hiljada dinara, učinilac će se kazniti zatvorom od dve do deset godina i novčanom kaznom.

2. Član 8, stav 1 Zakona o Narodnoj skupštini Republike Srbije glasi:

Narodna skupština donosi: zakon, budžet, završni račun, plan razvoja, prostorni plan, poslovnik, strategiju, deklaraciju, rezoluciju, preporuku, odluku, zaključak i autentično tumačenje zakona.

3. Relevantni članovi Poslovnika Narodne skupštine Republike Srbije glase:

10. Postupak autentičnog tumačenja zakona

Član 194

Predlog za donošenje autentičnog tumačenja zakona može da podnese Ustavom ovlašćeni predlagač zakona.

Ako nadležni odbor oceni da je predlog iz stava 1. ovog člana opravdan, priprema predlog autentičnog tumačenja i dostavlja ga podnosiocu predloga i Narodnoj skupštini, koja o njemu odlučuje.

Ako nadležni odbor oceni da predlog iz stava 1. ovog člana nije opravdan, o tome obaveštava podnosioca predloga i podnosi izveštaj Narodnoj skupštini. U tom slučaju, Narodna skupština odlučuje o predlogu iz stava 1. ovog člana.

Ako Narodna skupština prihvati predlog iz stava 1. ovog člana, zadužiće nadležni odbor da sačini predlog autentičnog tumačenja.

Član 195

Na postupak za autentično tumačenje shodno se primenjuju odredbe ovog poslovnika o postupku za donošenje zakona, ako ovim poslovníkom nije drukčije određeno.

III. Da li je autentično tumačenje poreskih zakona od strane Narodne skupštine Srbije obavezujuće za presudu krivičnog suda u krivičnom predmetu vezanom za optužbu za utaju poreza koja je počinjena ranije?

Odgovor na ovo pitanje zavisi od tri potpitanja: Da li je statutarно krivično delo utaje poreza tazkovani „Blankettstrafgesetz“ (blanko čin)? Koje su posledice principa neretroaktivnosti u vezi sa zakonodavnim promenama nakon konkretnog ponašanja? Koji je odnos između zakonodavne promene i autentičnog tumačenja Narodne skupštine?

1. a) Zakonodavna tehnika „inkorporacije pomoću reference“ podrazumeva navođenje u zakonodavnom tekstu da je materijal izražen negde drugo u tekstu, iako nije reprodukovан u samom tekstu (videti Keyes, Statute Law Rev (2004) 25 (3) 180 ss.; Peristeridou: Klip, ostr. cit. str. 87). Brojni problemi u vezi sa

ovom tehnikom sa ustavnih aspekata (podela vlasti, principi sigurnosti i retroaktivnosti itd.) detaljno su razmatrani u nemačkoj doktrini decenijama bez adekvatnog „duplikata“, odnosno paralelnog elementa. Što se tiče primene ove tehnike u krivičnom zakonodavstvu, tehnički termin „Blankettstrafgesetz“, tj. da se krivični zakon odnosi na ostala pravila, inkorporišući ih tako u pravnu definiciju krivičnog dela.

b) Za krivično delo utaje poreza u nemačkom zakonu, nema sumnje da je ono po prirodi For „Blankettstrafgesetz“ (videti Dannecker, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. ed., § 1 Br. 156). Kada se razmotri član 229 Krivičnog zakonika, očigledan je isti rezultat. Kažnjivo ponašanje davanja pogrešnih informacija itd. pretpostavlja nameru kako bi se izbeglo plaćanje poreza, a posledica je izbegavanje određenog „iznosa poreske obaveze“ koji se implicitno odnosi na određene poreske zakone koji utvrđuju poresku obavezu i njihov iznos.

c) Zbog toga je i član 229 Krivičnog zakonika takođe „Blankettstrafgesetz“.

2. a) Sasvim je logično što je neizbežna posledica da se garancije *nulla poena sine lege* u potpunosti odnose na „Blankettstrafgesetzen“ zato što pravila van krivičnog prava koja su inkorporisana u definiciju krivičnog dela predstavljaju sastavni deo krivičnog zakonika. I ova posledica je jednoglasno priznata u nemačkoj jursprudenciji i doktrini (videti Dannecker, ostr. cit. Br. 151).

b) Takva potpuna primena obuhvata, sasvim prirodno, princip neretroaktivnosti (jednoglasno mišljenje, videti Dannecker, ostr. cit. Br. 395). Zbog toga je zakonodavna promena u pogledu inkorporisane norme u krivičnom pravu dozvoljena samo u slučaju olakšavajućih, a ne otežavajućih okolnosti. Ako je takvo retroaktivno otežavanje dozvoljeno van krivičnog prava, posledica je tzv. „Normspaltung“ (deljenje normi), tako da se otežavajuće okolnosti iz jednog zakona mogu retroaktivno primeniti izvan krivičnog prava (npr. u administrativnom zakonu), ali ne u okviru krivičnog prava (videti Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht I, 4. ed. 2014, str. 94).

3. a) U okviru *nulla poena sine lege* i principa sigurnosti i neretroaktivnosti koji su izvedeni iz opšteg koncepta, pravosuđe ima ustavni zadatak da tumači zakone koje su doneli zakonodavci. Sudovi moraju da primene pravila krivičnog zakonika na događaje iz prošlosti, što znači da je retroaktivnost njihovo ekskluzivno pravo. Za razliku od toga, zakonodavstvo u krivičnom pravu je ograničeno na uspostavljanje pravila koja su usmerena na budućnost zato što bi donošenje retroaktivnih zakona bilo zadiranje u nadležnost pravosuđa i uzimanje u obzir događaja iz prošlosti (videti Schuenemann, *nulla poena sine lege?*, ostr. cit. str. 24).

b) Zbog toga je autentično tumačenje krivičnog zakonika od strane Narodne skupštine obavezujuće za sudove samo ako se odnosi na budućnost. Retroaktivno tumačenje bi uzurpiralo pravosudna ovlašćenja i na taj način prekršilo osnovne principe *nulla poena sine lege* i podele vlasti.

c) Usklađivanje člana 8, stav 1 Zakona o Narodnoj skupštini Republike Srbije sa gorepomenutim opštim principima evropske vladavine prava je vrlo lako, ako je uopšte potrebno. Član 8 Zakona o Narodnoj skupštini ne predviđa da autentično tumačenje bude primenjeno na krivična dela iz prošlosti, pa ima mnogo slobode u tumačenju člana 8 Zakona o Narodnoj skupštini u skladu sa *nulla poena sine lege*. Osim toga, član 194 Poslovnika Narodne skupštine Republike Srbije predviđa da predlog za usvajanje autentičnog tumačenja zakona može dostaviti samo predlagač zakona sa ustavnim ovlašćenjima (videti član 150 Poslovnika i član 170 Ustava Republike Srbije), a ne sud u postupku koji je u toku. To ima smisla uz preduslov da član 8 Zakona o Narodnoj skupštini nikada ne može da ovlasti Skupštinu da se meša u suđenje koje je u toku.

4. Zašto je sudija Ilić uprkos tome tražila od Narodne skupštine autentično tumačenje i zbog čega je poslanik Nikolić prihvatio njen zahtev – to nisu teme za ovu pravnu ekspertizu. Bez obzira na to, prema evropskoj vladavini prava tema sumnje da bi došlo do kršenja principa neretroaktivnosti kada bi autentično tumačenje člana 229 Krivičnog zakonika *ex post facto* od strane Narodne skupštine bilo obavezujuće za sudsko veće.

C. Spajanje krivičnih postupaka kao povreda prava na propisan postupak, pravično suđenje i garanciju zakonski određenog sudije

I. Činjenice: postupak protiv MM

1. Dana 12. decembra 2012. godine, Policijska uprava za grad Beograd podnela je krivičnu prijavu protiv MM i još devet lica. U optužnici se navodi da postoji osnovana sumnja da je 10 imenovanih lica postupalo u suprotnosti sa čl. 359., 33. KZRS. Dana 12. aprila 2013. godine, tužilac je prekvalifikovao postupak protiv MM po članu 234. a na osnovu istih činjenica. Dana 9. maja 2013. godine, podignuta je optužnica Tužilaštva za organizovani kriminal (KTO br. 6/13) protiv MM i još 8 lica imenovanih u krivičnoj prijavi, kao i protiv još 2 lica (Mila Đuraškovića, sina MM - Marka Miškovića, Riste Ristića, Milutina Gaševića, Zorana Mihailovića, Dejana Jevtića, Zdravka Rašoa i Predraga Filipovića). Optužnica je podignuta po osnovu člana 234., dok su MM i još 3 lica (Marko Mišković, Živojin Petrović i Jadranka Bardic) takođe optuženi i po osnovu člana 229. (utaja poreza).

Istražni postupak otpočeo je 12. decembra 2012. godine, a okončan je kada je Viši sud u Beogradu formalno potvrdio optužnicu, dana 6. juna 2013. godine. Sudski postupak MM i njegovim saoptuženima (u daljem tekstu: Suđenje MM) zvanično je otpočeo 14. novembra 2013. pred Posebnim odeljenjem Višeg suda u Beogradu (K-Po1 br. 57/13). Sudsko veće činile su sudije Vladimir Vučinić (predsednik), Siniša Petrović i Aleksandar Trešnjev.

Tužilac je pročitao optužnicu 14. novembra 2013. godine. Zatim je otpočelo izlaganje odbrane optuženih i njihovo saslušavanje od strane suda, tužioca i branilaca sve do 5. juna 2014. godine, 14. dana ročišta.

2. Kada je pre dve godine pokrenut postupak, pod optužnicom Tužilaštva za organizovani kriminal (1 KT br. 10/11) od 3. novembra 2011. godine i njenom dopunom od 15. aprila 2013., optuženi Milo Đurašković, Dejan Jevtić, Risto Ristić, Bora Jelić, Branislav Jovasović, Ljiljana Kostić i Srđan Filipović, optuženi su za različita krivična dela zloupotrebe položaja odgovornog lica u saizvršilaštvu po osnovu člana 234. u vezi sa članovima 33 i 61 KZRS. Krivični postupak je vođen pred drugim sudskim većem istog suda (K- Po1 70/11, u daljem tekstu: Suđenje MĐ) sa sudijom Majom Ilić kao predsednicom veća i

sudijama Velimirom Lazovićem i Draganom Mirkovićem kao članovima veća.

U oktobru 2013. godine, pre početka glavnog pretresa u suđenju MM, Milo Đurašković i optuženi Jevtić, protiv kojih se vodio postupak pred sudskim većem kojim je predsedavala sudija Ilić, kao i pred većem kojim je predsedavao sudija Vučinić, zatražili su spajanje ovih postupaka sa onima koji su već vodi protiv njih. Sudsko veće sudije Vučinića nije se saglasilo sa ovim zahtevom već je otvorilo raspravu i nastavilo sa radom. Međutim, u julu i novembru 2014. godine, predsednik veća, sudija Vučinić, uputio je dopis predsedavajućoj sudiji Ilić sledeće sadržine:

REPUBLIKA SRBIJA
VIŠI SUD U BEOGRADU
Posebno odeljenje
K-Po1. br.57/13
Dana: 30.07.2014. god.
BEOGRAD
Ustanička br. 29

VIŠI SUD U BEOGRADU
-Posebno odeljenje-
Sudija Maja Ilić

Veza: K-Po1. br.70/11

Pred ovim sudom u toku je krivični postupak K-Po1. br.57/13, protiv optuženog Miroslava Mišković i dr., po optužnici Tužilaštva za organizovani kriminal KTO. br. 6/13 od 09.05.2013. godine.

U vezi sa krivičnim postunkom K-Po1. br.57/13 i predlozima branilaca optuženih za spajanje navedenog postupka sa krivičnim postupkom K-Po1. br.70/11, potrebno je da nam dostavite primerak optužnice Tužilaštva za organizovani kriminal Kt. 10/11 od 03.11.2011. godine, sa eventualnim izmenama

PREDSEDNIK VEĆA – SUDIJA

Vladimir Vučinić, mast.prav.

REPUBLIKA SRBIJA
VIŠI SUD U BEOGRADU
POSEBNO ODELJENJE
K-Po1. br.57/13
Dana: 25.11.2014. god.
BEOGRAD
Ustanička br. 29

Sudija Maja Ilić

Veza: K-Po1. br.70/11

Pred ovim sudom u toku je krivični postupak K-Po1. br.57/13, protiv optuženog Miroslava Miškovića i dr., po optužnici Tužilaštva za organizovani kriminal KTO. br. 6/13 od 09.05.2013. godine.

U vezi sa navedenim krivičnim postupkom i predlogom odbrane optuženih Mila Đuraškovića i dr., za spajanje krivičnog postupka K-Po1. br.57/13, sa krivičnim postupkom K-Po1. br.70/11, potrebno je da nas obavestite u kojoj fazi se trenutno nalazi krivični postupak koji se vodi pred Vašim većem i to konkretno u kojoj fazi je dokazni postupak i koje js sve dokazne radnje prema trenutnom stanju u spisima predmeta potrebno preduzeti do uslaska u fazu završnih reči, odnosno do okončanja dokaznog postupka u predmetu K-Po1. br.70/11.

Navedene informacije su potrebne radi stvaralja preduslova da krivično veće odluči o celishodnosti podnetog predloga za spajanje krivičnih postupaka.

Sa poštovanjem.

PRESEDNIK VEĆA – SUDIJA
Vladimir Vučinić, Mc.

Predsednik veća, sudija Ilić je na to odgovorila:

REPUBLIKA SRBIJA
VIŠI SUD U BEOGRADU
POSEBNO ODELJENJE
K-Po1. br.70/11
Dana: 28.11.2014. god.
Ulica Ustanička br. 29
BEOGRAD

Sudija Vladimir Vučinić, Ms.

Veza: K-Po1. br.57/13

Pred ovim sudom u toku je krivični postupak K-Po1. br.70/11, protiv okrivljenog Mila Đuraškovića i dr. zbog produženog krivičnog dela Zloupotreba položaja odgovornog lica u saizvršilaštvu iz člana 234 stav 3 u vezi stava 1 KZ u vezi člana 33 i člana 61 KZ i dr. po optužnice Tužilaštva za organizovani kriminal (TOK) Kt. br. 10/11 od 03.11.2011. godine, koja je izmenjena aktom TOK Kt. br. 10/11 od 15.04.2013. godine.

Na Vaše traženje, rukovodeći se isključivo razlozima ekonomičnosti postupka i nadam se dobrim poslovnim običajima koje sam usvojila (iako me zakon na to ne obavezuje) a radi donošenja odluke o predlogu za spajanje krivičnih postupaka obaveštavam Vas o sledećem:

Krivični postupak u predmetu K-Po1 70/11 se nalazi u fazi izvođenja dokaznih predloga odbrane okrivljenih, za šta je planirano tri-četiri glavna pretresa, nakon čega bi usledilo ispitivanje sudskog veštaka ekonomsko finansijske struke a zatim, po potrebi, eventualno dopunsko ili novo veštačenje.

PImajuci u vidu da je u toku obustava rada advokata, čije je okončanje neizvesno, nisam u mogućnosti da precizno planiram vremenski period kada bi postupak ušao u fazu završnih reči. Ipak, ukoliko se u skorije vreme nastavi sa radom i ne bude novih dokaznih predloga čije izvođenje ovo veće smatra neophodnim, smatram da bi bilo realno da se ovaj krivični postupak okonča sredinom 2015. godine.

Mišljenja sam takođe, da spajanje navedenih postupaka nije celishodno, obzirom da se Krivični postupak u predmetu po kome postupam kao predsednik veća nalazi u završnoj fazi te da bi spajanje ova dva krivična postupka vodilo samo nepotrebnom odugovlačenju postupka, jer bi promenom veća i otpočinjanjem postupka iznova postupak bio znatno produžen. Posebno naglašavam, da je sudija Velimir Lazović, inače član veća u krivičnom postupku K-Po1. br.70/11 učestvovao u potvrđivanju optužnice kojom je inicirano pokretanje krivičnog postupka u predmetu K-Po1. br.57/13 sa kojih razloga ni formalno nisu ispunjeni uslovi za spajanje, osim ukoliko Vi smatrate da je celishodno da se krivični postupak u predmetu K-Po1 70/11 spoji na Vaš predmet

Sa poštovanjem,
Predsednik veća-sudija
Maja Ilić

3. Međutim, 10. decembra 2014. godine Viši sud u Beogradu, Posebno odeljenje, odnosno panel sudija sačinjen od predsednika sudskog veća, sudije Zorana Drecuna i članova veća Dejana Terzića i Bojana Mišića (prema medijskim izvještajima pretpretresno veće), donelo je sledeću odluku :

REPUBLIKA SRBIJA
VIŠI SUD U BEOGRADU
POSEBNO ODELJENJE
K Po1 No 57/13
KV Po1 No 644/14
10.12.2014.

VIŠI SUD U BEOGRADU, Posebno odeljenje, u veću sastavljenom od predsednika veća sudije Zorana Drecuna i članova veća sudija Dejana Terzića i Bojana Mišića, uz učešće sudijskog pomoćnika Božidara Mitkovića kao zapisničara, u krivičnom postupku protiv opt. Miroslava Miškovića i dr., zbog krivičnog dela zloupotreba položaja odgovornog lica iz člana 234 stav 3 u vezi stava 1 KZ, u vezi člana 33 KZ KZ i dr., po optužnici Tužilaštva za organizovani kriminal KTO br. 6/13 od 09.05.2013. godine, odlučujući o spajanju krivičnih postupaka K-Po1 br. 57/13 i K-PO1 br. 70/11 u smislu odredbe člana 30 Zakonika o krivičnom postupku (u daljem tekstu: ZKP), dana 10.12.2014. godine, doneo je:

REŠENJE

SPAJA se krivični postupak Višeg suda u Beogradu - Posebnog odeljenja, koji se vodi pod poslovnim brojem K.Po1 br.57/13 po optužnici Tužilaštva za organizovani kriminal KTO br. 6/13 od 09.05.2013. godine, sa krivičnim postupkom Višeg suda u Beogradu - Posebnog odeljenja. koji se vodi pod poslovnim brojem K.Po1 br.70/11 po optužnici Tužilaštva za organizovani kriminal KT.br.10/11 od 03.11.2011. godine, izmenjena dana 15.04.2013. godine, s tim da će se jedinstveni predmet ubuduće voditi pod poslovnim brojem K.Po1 br.70/11.

Obrazloženje

Optužnicom tužilaštva za organizovani kriminal KTO. br. 6/13 od 09.05.2013. godine, opt. Miroslavu Miškoviću stavljen je na teret izvršenje krivičnog dela zloupotreba položaja odgovornog lica, u saizvršilaštvu, iz člana 234. stav 3. u vezi stava 1. KZ u vezi člana 33. KZ i krivičnog dela poreska utaja u pomaganju iz člana 229. stav 3. u vezi stava 1. KZ u vezi člana 35. KZ, opt. Marku Miškoviću sgavljeno je na teret krivično delo zloupotreba položaja odgovornog lica, u saizvršilaštvu, iz člana 234 stav 3 u vezi stava 1 KZ, u vezi člana 33 KZ i krivično delo poreske utaje iz člana 229 stav 3 u vezi stava 1 KZ KZ, opt. Milu Đuraškoviću stavljen je na teret da je izvršio krivično delo zloupotreba položaja odgovornog lica iz člana 234. stav 3. u vezi stava 1. KZ u vezi člana 33. KZ, i krivično delo poreske utaje iz člana 229. stav 3. u vezi stava 1. KZ, opt. Risti Ristiću, opt. Milutinu Gašević, opt. Zoranu Mihailoviću, opt. Dejanu Jevtiću, opt. Zdravku Rašu i opt. Predragu Filipoviću stavljen je na teret da su izvršili krivično delo zloupotreba položaja odgovornog lica iz člana 234. stav 3. u vezi stava 1. KZ u pomaganju u vezi člana 35. KZ. dok je opt. Živojinu Petroviću i opt. Jadranki Bardić stavljen na teret izvršenje krivičnog dela poreska utaja iz člana 229. stav 3. u vezi stava 1. KZ u pomaganju u vezi čl. 135. KZ.

Optužnicom tužilaštva za organizovani kriminal K***10/11 od 03.11.2011. godine, koja je izmenjena dana 15.04.2013. godine, optužen*** Milu Ćuraškoviću, Dejanu Jevtiću, Risti Ristiću, Bori Jeliću, Branislavu ***anoviću, Ljiljani Kostić i Srđanu Filipoviću, stavljen je na teret ***eno krivično delo

zloupotreba položaja odgovornog lica u saizvršilaštvu iz člana 234 stav 3 u vezi stava 1. KZ u vezi člana ZZ. i 61. KZ.

Postupajući predsednik veća dostavio je dana 10.12.2014. godine, spise predmeta krivičnom veću iz člana 21. stav 4. ZKP, radi donošenja odluke po predlozima odbrane za spajanje krivičnih postupaka K-Po1 br. 57/13 i K-Po1br. 70/11.

Krivično veće iz člana 21. stav 4. ZKP, uvidom u spise predmeta K-Po1 br. 57/13 utvrdilo je da u spisima figurira više predloga za spajanje krivičnih postupaka K-Po1 br. 57/13 i K-Po1 br. 70/11 (predlozi opt. Mila Đuraškovića, opt. Dejana Jevtića, kao i njihovih branilaca adv. Krste Bobota i adv. Jugoslava Tintora).

Članom 30 stav 1 ZKP, propisano je da će se po pravilu jedinstveni krivični postupak sprovesti ako je isto lice okrivljeno za više krivičnih dela. Stavom 2 navedenog člana ZKP-a, propisano je da se jedinstveni krivični postupak može sprovesti i u slučaju kad je više lica okrivljeno za više krivičnih dela, ali samo ako između izvršenih krivičnih dela postoji međusobna veza i ako postoje isti dokazi dok je stavom 4 člana 30 ZKP-a, propisano da o spajanju krivičnog postupka odlučuje sud koji je nadležan za sprovođenje jedinstvenog postupka.

Razmatrajući u kontekstu citiranih zakonskih odredbi podnege predloge za spajanje krivičnih postupaka, krivično veće je uzelo u obzir činjenicu da su Milo Đurašković, Dejan Jevtić i Risto Ristić optuženi po optužnicama Tužilaštva za organizovani kriminal KTO br. 6/13 i KT br. 10/11, te da se prema njima u ovom trenutku pred Posebnim odeljenjem Višeg suda u Beogradu vode dva odvojena krivična postupka. Takođe, krivično veće je imalo u vidu i da se oba krivična postupka vode prema više lica, koja su okrivljena za više krivičnih dela, te da između pojedinih izvršenih krivičnih dela postoje određene veze, kao i jedinstveni dokazi.

Imajući sve navedeno u vidu na osnovu odredbe člana 30 stav 1 tačka 1 i stav 2 u vezi sa stavom 4 ZKP, krivično veće iz člana 21 stav 4 ZKP, donelo je odluku kao u izreci rešenja.

Zapisničar Božidar Mitković

PREDSEDNIK VEĆA – SUDIJA Zoran Drecun
POUKA O PRAVU NA ŽALBU: Protiv ovog rešenja žalba nije dozvoljena.

4. Narednog dana, zahtev sudije Lazovića kao člana sudskog veća, u skladu sa članom 37. stav 1. tačka 4. Zakona o krivičnom postupku, da bude izuzet od daljeg vršenja sudijske funkcije u slučaju Po1 br. 70/2011, usvojen je od strane predsednika Višeg suda u Beogradu (Odluka VII Su br. 39/2014-386). Dana 19. decembra 2014. godine, predsednik veća je zamenio sudiju Dragana Miloševića sledećom odlukom:

REPUBLIKA SRBIJA
VIŠI SUD U BEOGRADU
I Su br.2/14-360
Dana 19.12.2014.godine
Beograd

Predsednik Višeg suda u Beogradu, Sudija Aleksandar Stepanović, na osnovu člana 21, stav 1 tačka 3 Zakonika o krivičnom postupku, a u vezi člana 49 stav 1 Sudskog poslovnika, doneo je dana 19.12.2014.godine

NAREDBU

U predmetu Posebnog odeljenja Višeg suda u Beogradu K-Po1 br.70/2011, umesto dosadašnjeg člana veća sudije Velimira Lazovića, kao član veća postupaće sudija Dragan Milošević.

Obrazloženje

Dana 11.12.2014.godine, predsednik Višeg suda u Beogradu doneo je rešenje VII Su br.39/2014-386, kojim je na osnovu razlga predviđenih odredbom člana 37 stav 1 tačka 4 ZKP, usvojen zahtev za izueće člana veća sudije Velimira Lazovića, pa je isti izuzet od daljeg vršenja sudijske dužnosti u predmetu ovog suda K-Po1 br.70/2011 i određeno da će u navedenom predmetu biti određen drugi član veća iz reda sudija koje postupaju u Posebnom odeljenju Višeg suda u Beogradu.

Imajući u vidu napred izneto, predsednik Višeg suda u Beogradu je na osnovu odredbe člana 21 stav 1 tačka 3 Zakonika o krivičnom postupku, a u vezi člana 49 stav 1 Sudskog poslovnika, vodeći računa o jednakoj opterećenosti sudija Posebnog odeljenja i o efikasnom funkcionisanju suda, odlučio kao u izreci.

PREDSEDNIK
VIŠEG SUDA U BEOGRADU
Sudija Aleksandar Stepanović

5. Objedinjeni sudski postupak otpočeo je dana 10. februara 2015.

a) MM i optužena Jadranka Bardić neuspešno su podnosili zahtev za razdvajanje optužbe za poresku utaju i odvojeni postupak po tom

pitanju, jer je gospođa Bardić jedna od optuženih na suđenju MM, ali i svedok na suđenju MĐ.

Tužilac je naveo da nema promene u optužnicama i da nema potrebe da se ponovo čitaju. Međutim, ona je pročitala uvodni podnesak koji predstavlja rekapitulaciju sadržaja optužnice.

Sudija Ilić je od svakog optuženog zatražila da se izjasni. Nakon toga, ona je navela da će ograničiti sve uvodne izjave svakog od branilaca na maksimalno 20 minuta, a nakon što su dali primedbu na ovaj rok - do jednog sata.

b) Dana 11. februara, narednog dana postupka, tužilac je navela da neće biti izvođeni novi dokazi od strane tužilaštva. Ona je ukazala da je u postupku protiv MĐ, „izvedeno oko 90% dokaza“, dok je postupak protiv MM bio „na početku“. Ona je navela i da je tužilaštvo izvelo sve činjenice i dokaze u toku pripremnog ročišta.

Neki od branilaca izneli su svoje uvodne reči i osporili stav tužilaštva pozivajući se na transkripte sa pripremnog ročišta.

c) Naredno ročište održano je 23. februara, a nastavilo se 2. i 3. marta uvodnim rečima branilaca, pri čemu je svaki od njih predstavio spisak predloženih dokaza. Nakon zaključka, sudija Ilić je najavila otvaranje dokazne faze suđenja.

MĐ je predstavio svoj slučaj, usvajanjem svih prethodnih izjava (što je sudija Ilić prihvatila jer su ona i njene kolege pročitali transkripte sa prethodnog ročišta), a zatim se izjasnio u vezi sa optužnicom u prethodnom suđenju MĐ.

d) Ročišta 4. i 5. marta su se nastavila usmenim izlaganjem MĐ, kao i Dejana Jevtića, Riste Ristića i Bore Jelića.

e) Ročišta 7., 8. and 9. aprila nastavljena su usmenim izlaganjem Predraga Filipovića, a nakon toga, skoro u potpunosti, izlaganjem MM. Sudija Ilić je čestitala MM na izlaganju i izjavila da je bilo daleko usredsređenije nego što je bilo njegovo prethodno izlaganje pred sudijom Vučinić, koliko je uspela da zaključi uvidom u transkript. Nakon toga, sudija Ilić, postavila je nekoliko pitanja, dok je zamenik tužioca odbio da postavi i jedno jedino pitanje MM, kao i drugim optuženima.

f) Fokus ročišta 18. i 19. maja bio je na izlaganjima tri lica: optužene Jadranke Bardić, Iana Forestera KS, predstavnika kiparske kompanije Hemslade Trading Limited, i Milice Glavaš predstavnika Mera Invest.

Naredno ročište 15., 16, i 17. jula bilo je usmereno prvenstveno na predmet po kome se ranije sudilo na suđenju MĐ.

Tokom sudskog postupka 10. i 11. septembra, ispitano je pet svedoka uglavnom u vezi sa predmetom po kome se ranije sudilo u postupku protiv MĐ.

Sa time se nastavilo na zasedanjima 13, 14, 15, i 16. oktobra , ispitivanjem devet svedoka, delimično u vezi sa slučajem po kome se ranije sudilo u postupku MĐ, a delom u slučaju o prethodno vođenom postupku protiv MM.

II. Zakonske odredbe relevantnog zakonodavstva Srbije

1. Zakon o krivičnom postupku (ZKP) Član 30 (Spajanje krivičnog postupka)

Jedinstveni krivični postupak će se po pravilu sprovesti:

- 1) ako je isto lice okrivljeno za više krivičnih dela;
- 2) ako je više lica okrivljeno za jedno krivično delo;
- 3) prema saučesnicima, prikrivačima, licima koja su pomogla učiniocu posle izvršenja krivičnog dela, kao i licima koja nisu prijavila pripremanje krivičnog dela, izvršenje krivičnog dela ili učinioca;
- 4) ako je oštećeni istovremeno učinio krivično delo prema okrivljenom.

Jedinstveni krivični postupak se može sprovesti i u slučaju kad je više lica okrivljeno za više krivičnih dela, ali samo ako između izvršenih krivičnih dela postoji međusobna veza i ako postoje isti dokazi.

Ako je za neka od krivičnih dela iz st. 1. i 2. ovog člana nadležan niži, a za neka viši sud, za sprovođenje jedinstvenog krivičnog postupka nadležan je viši sud. Ako su nadležni sudovi iste vrste, za sprovođenje jedinstvenog postupka nadležan je sud na čijem području je prvo pokrenut krivični postupak.

O spajanju krivičnog postupka odlučuje sud koji je nadležan za sprovođenje jedinstvenog postupka. Protiv rešenja kojim je određeno spajanje postupka ili kojim je odbijen predlog za spajanje nije dozvoljena žalba.

Član 37. stav 1 tačka. 4 (Razlozi za izuzeće)

Sudija ili sudija-porotnik biće izuzet od sudijske dužnosti u određenom predmetu:

4) ako je u istom predmetu postupao kao sudija za prethodni postupak ili je odlučivao o potvrđivanju optužnice ili je učestvovao u donošenju meritorne odluke o optužbi ...

2. Ustav Republike Srbije 2006

Član 32. (Pravo na pravično suđenje)

Svako ima pravo da nezavisan, nepristrasan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku, javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, kao i o optužbama protiv njega.

Član 33 (Posebna prava okrivljenog)

(stav. 1-5 ...)

Svako kome se sudi za krivično delo ima pravo da mu se sudi bez odugovlačenja.

Član 143 (Vrste sudova)

Sudska vlast u Republici Srbiji pripada sudovima opšte i posebne nadležnosti.

Osnivanje, organizacija, nadležnost, uređenje i sastav sudova uređuju se zakonom.

III. Kriterijumi pravne analize

1. Postupak Višeg suda u Beogradu protiv MM će se u daljem tekstu analizirati iz međunarodne, a posebno evropske perspektive u smislu da li ovaj proces krši opšte principe pravičnog suđenja. Pored toga što je članica Saveta Evrope, Republika Srbija je i ratifikovala Evropsku konvenciju o ljudskim pravima. Osim toga, ona je učestvovala u razvoju vladavine prava kontinentalne Evrope tokom prethodna dva veka, a kandidovala se i za članstvo u Evropskoj uniji, a time i za uspostavljanje zone sistema slobode i pravde (čl. 3 st. 2 Ugovora o EU). Ustav Srbije je nedvosmisleno usvojio opšteprihvaćene garancije u oblasti pravosuđa u članovima 32, 33, i 143. Svaki Izveštaj Evropske komisije o napretku Srbije izražava zabrinutost u pogledu vladavine prava, pa tako i nedavna rezolucija Evropskog parlamenta od 4. februara 2016. godine „naglašava da su temeljni pregovori u vezi sa poglavljima 23 i 24 (pravosuđe i osnovna prava, odnosno, pravda, sloboda i bezbednost) od suštinskog značaja za pristup rešavanju reformi koje treba izvršiti i sprovesti u oblasti pravosuđa i osnovnih prava, kao i pravde, slobode i bezbednosti. Podseća se i da napredak u ovim oblastima treba da teče paralelno sa napretkom celokupnih pregovora“.

Iz tog razloga je svrsishodno uzeti zajedničke evropske kriterijume pravičnog suđenja kao merilo za pravnu procenu slučaja MM.

2. Očigledno da objedinjavanje suđenja MĐ sa suđenjem MM predstavlja do sada najznačajniji incident u protekle tri godine, koliko traje postupak protiv MM. Pitanje od presudnog značaja jeste da li je ovim manevrom prekršena garancija na pravično suđenje u skladu sa čl. 6 stav 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima, odnosno čl. 47 stav 2 Povelje o osnovnim pravima Evropske unije, tj. osnovnih principa u zajedničkoj tradiciji razvoja propisanog zakonskog postupka krivičnog prava u Evropi.

Obzirom da je objedinjavanje dovelo i do zamene sudije u toku suđenja i poništilo više od godinu dana postupka protiv MM u kome je bilo 14 dana prethodno održanih ročišta, čime je suđenje produženo, treba uzeti u obzir i ispitati kršenje pravičnog suđenja po četiri različita aspekta: (1) povreda prava na suđenje od strane zakonski nadležnog sudije; (2) povreda prava na javnu raspravu u razumnom roku; (3) nerazumne neprijatnosti, jer je okrivljeni MM morao da izlaže svoj slučaj dva puta, sa vremenskom distancom od 10 meseci, pod pritiskom suda koji je u početku nastojao da ubrza proces, kao i razmetljivog ali pasivnog tužioca; i (4) reperkusije u vidu ponovnog pokretanja prethodnog sudjenja MĐ, koje je 90% već bilo privedeno kraju, da bi sada takođe sve to bilo poništeno.

IV. Povreda prava na suđenje koje vodi zakonski dodeljeni sudija što za posledicu ima nepravično suđenje?

1. Pravo da sudi zakonom nadležan sudija uspostavljeno je na evropskom kontinentu kao reakcija na sud Zvezdane komore (*Star Chamber justice*) pod tzv. Starim poretkom (*Ancien régime*). Njegova prva eksplicitna deklaracija može se naći u francuskom Ustavu 1791. godine, V Poglavlje „O sudskoj vlasti“, čl. 4: „Građani ne mogu biti lišeni sudija koji su im zakonski dodeljeni od strane komisije, drugim dodeljivanjem ili pokretanjem od onog koje je određeno zakonom“. U 19. veku, ukidanje apsolutne monarhije u nemačkim teritorijama je označilo pobedu ove osnovne garancije sloboda: „Zato borba za vladavinu prava, za nezavisnost sudija, za razdvajanje ovlašćenja i za ustavnost, u isto vreme predstavlja i borbu za zakonski određenog sudiju“ (vidi *Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz I, 2. Aufl. 1964*, str. 307). Čuveni tzv. Frankfurtski Ustav Crkve Svetog Pavla iz 1848.godine, Vajmarski ustav iz 1919.godine, kao i Osnovni zakon iz 1949. (čl. 101 st. 1 izreka 2) ističu ovu garanciju, kao i ustavi Austrije i Švajcarske (čl. 58 Savezni Ustav Švajcarske iz 1874.godine).

Garancija zakonski određenog sudije podrazumeva da sud i sudija pojedinac treba da budu određeni zakonskim odredbama, tako da utvrđivanje nadležnosti za odlučivanje u konkretnom slučaju predstavlja pitanje prava, a ne diskreciono pravo (Saks - Degenhart, *Grundgesetz*, 4. izdanje iz 2007., čl. 101, uvodna izjava 5 sa mnogo pozivanja na sudsku praksu Saveznog ustavnog suda Nemačke).

2. a) Kada je reč o Velikoj Britaniji, ali i svim državama sa sistemom suđenja sa porotom, ova garancija je ispunjena pravilima izbora porote. Kao posledica toga, Evropska konvencija o ljudskim pravima na koju je snažan uticaj imalo običajno pravo i njegov način razmišljanja, nije usvojila tekst francuskog Ustava i kontinentalnih ustava, već je ustanovila manje specifično pravilo u vidu opšte klauzule o „pravičnom suđenju“ (čl. 6 st. 1 EKLJP), koja je dopunjena sa tri posebna zahteva koji se tiču nezavisnog, nepristrasnog i zakonom ustanovljenog suda. Ova tehnika regulacije se ponavlja u čl. 47 st. 2 Povelje o osnovnim pravima EU. Opšti cilj ovih odredbi je da se osigura da krivične prijave sasluša sud koji je unapred ustanovljen i nezavisno od konkretnog slučaja - a ne pred i izričito za dati prekršaj.

b) Kao posledica toga, sudska praksa ESLJP bavi se pitanjima uskraćivanja zakonski dodeljenih sudija u okviru pravičnog suđenja,

nezavisnosti i nepristrasnosti suda i njegovog uspostavljanja u skladu sa zakonom (vidi Evropski sud-Veliko veće-, slučaj Ocalan protiv Turske (Predstavka br. 46221/99) presuda od 12. maja 2005. godine, br.106 ss.; Predmet Barbera i dr. protiv Španije (Predstavka br. 10583/83), presuda od 6. decembra 1988. godine, br. 57, 71 s.).

c) U vezi sa suštinskim kriterijuma koji se primenjuju u praksi ESLJP, oni liče na nemačku sudsku praksu, i čl. 101 Osnovnog zakona: Izraz „tribunal osnovan zakonom“ odražava princip vladavine prava, koji je svojstven u sistemu zaštite utvrđene Konvencijom i njenim protokolima. „Zakon“, u smislu člana 6 stav 1, obuhvata posebno zakonodavstvo o uspostavljanju i nadležnosti pravosudnih organa (vidi između ostalog, Lavents protiv Letonije, br. 58442/00, § 114, 28. novembar 2002. godine). U skladu sa tim, ako sud nema nadležnost da sudi optuženom u skladu sa odredbama domaćeg važećeg zakonodavstva, nije „osnovan zakonom“ u smislu člana 6. stav 1 (uporedi Coëme i drugi protiv Belgije, br. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 i 33210/96, §§ 99 kao i 107-08, ESLJP 2000-VII). Cilj termina „utvrđen zakonom“ u članu 6 Konvencije je da osigura da sudsko organizovanje u demokratskom društvu ne zavisi od diskrecionog prava izvršne vlasti, već da je regulisano zakonom koji dolazi iz parlamenta (vidi gore pomenuti slučaj Coëme i drugi, stav 98, i Gurov protiv Moldavije, br. 36455/02, stav 34, od 11. jula 2006. godine). Fraza „osnovan zakonom“ obuhvata ne samo pravni osnov za samo postojanje „suda“, već i za sastav sudija u svakom slučaju (vidi Buscarini protiv San Marino (odl.) br. 31657/96, 4. maj 2000, i Posokhov protiv Rusije, br. 63486/00, stav 39, ESLJP 2003-IV). Sud osnovan po zakonu treba da zadovolji niz uslova kao što su nezavisnost svojih članova i dužinu njihovog mandata, nepristrasnost i postojanje proceduralnih garancija (vidi gore pominjani slučaj Coeme i drugi, stav 99). Cilj je da se spreči manipulisanje sastavom sudija na bilo koji način (vidi slučaj Richert protiv Poljske (Predstavka br. 54809/07), Presuda od 25. oktobra 2011.god. br. 41 ss.).

d) S obzirom na to da procena pravičnosti ili nepravičnosti postupka uvek uzima u obzir ceo postupak, treba obuhvatiti i gore navedene stavke br. 3 i 4.

3. Od početka suđenja protiv MM, članovi sudskog veća kojim je predsedavao sudija Vučinić jesu sudije koje su zakonski imenovane za slučaj MM. Dakle, ključno pitanje je da li je njihova zamena sudskim većem kojim predsedava sudija Ilić bilo rezultat valjanog sprovođenja srpskog procesnog prava ili pak svojevoljnosti, ako ne i ciljano razrešenje sudija koje su donele privremene odluke koje se nisu dopale vladi.

a) Odluka o objedinjavanju doneta je „u skladu sa čl. 30 ZKP“ odnosno, na osnovu odredaba člana 30. stav 1. tačka 1 i stav 2 u vezi sa stavom 4. ZKP“. Međutim, stav 1, tačka 1, kao naveni osnov jeste pogrešan, što postaje evidentno upoređujući ga sa stavom 4, zaključujući suprotno (*a contrario*): Stav 1 je primenjiv samo u slučaju kada postoji samo jedan optuženi koji se tereti za više krivičnih dela, dok se međutim u konkretnoj situaciji radi o mnogo optuženih (ne manje od 15!), odnosno o „više lica optuženih za više krivičnih dela“, što kao posledicu ima osnovni slučaj naveden u stavu 4.

b) Prema ovom stavu, jedinstveni krivični postupak „može se“ sprovesti pod dva uslova: mora da postoji veza između krivičnih dela i „istih dokaza“. Još jednom, navodna ispunjenost drugog uslova nije tačna. Kao predsedavajuća, u svom zvaničnom odgovoru od 28. novembra 2014. godine, sudija Ilić je izjavila da je suđenje MĐ bilo „u završnoj fazi... izvođenja predloga dokaza od strane advokata odbrane“, a 11. februara, na suđenju MĐ da „je obavljeno 90% izvođenja dokaza“, dok „je postupak protiv MM bio na početku“.

Zbog toga preduslov u vezi sa „istim dokazima“ očigledno nije ispunjen, ni prema formulaciji iz st. 4 niti prema nameri i cilju zakona. Kada je jedan postupak na početku, a drugi skoro pri kraju, dokazi koje treba izvoditi nikako nisu isti, već naprotiv, potpuno drugačiji, bez obzira na to što su mogli da budu isti da su oba postupka objedinjena od početka. A što se tiče cilja iz st. 4, („kako bi postupak bio što ekonomičniji“ prema formulaciji sudije Ilić), potpuno je besmisleno da se objedine suđenja koje je u završnoj fazi sa suđenjem koje je na početku, posebno u datim okolnostima kada je jedan sudija morao da bude zamenjen, a ceo postupak morao da počne sa nulte tačke. Pošto je obavezno za suđenje MĐ kao i za suđenje MM, rezultat nije samo prosta i jednostavna, već dupla besmislica. Iskreno govoreći, suština ove odluke nije bio objedinjavanje dva postupka već potpuno uništenje oba postupka, kao i uvođenje potpuno novog postupka. Zbog toga, čl. 30. ZKP kao navodni osnov, uopšte nije ni bio nikakv osnov, jer nema zakonske odredbe koja se može primeniti na ovaj slučaj, već ništa drugo do tobožnje pokriće za pogrešne i proizvoljne loše procene.

c) Osim toga, ove apsurdne posledice odluke o spajanju optužnica već je ranije istakla sudija Ilić u svom zvaničnom odgovoru od 28. novembra 2014. godine, međutim, one su potpuno zanemarene u samoj odluci. Kao posledica toga, odlukom o objedinjavanju postupaka ne samo što je zakon prekršen na objektivnom nivou, već

je spajanje podrazumevalo i subjektivnost i proizvoljnost. Kada je reč o MM, spajanje je značilo njegovo namerno lišavanje sudija koji su mu zakonski dodeljeni. Zbog toga ne treba ni odlučivati da li je sudsko veće koje je donelo odluku o objedinjavanju (*nedostaje završetak rečenice u originalu*)

d) Čak i pored dodatnog odlaganja postupka koji je tema sledećeg poglavlja, MM je učinjena značajna nepravda zbog odluke o objedinjavanju postupaka. Kada je neko primoran da izlaže slučaj dva puta, to utiče na povećanje stresa, čak i kada je u pitanju okrivljeni koji je dobrog zdravstvenog stanja. Dalji razvoj zdravstvenog stanja MM u 2015. godini je pokazao da se njegovo fizičko stanje pogoršalo intenziviranjem njegovog ličnog stresa izazvanog ponovljenim postupkom. Osim toga, stres se neminovno povećava i intenzivira pokušajem predsedavajućeg sudije da ubrza ponovljeni postupak, pokušajima tužioca da upropasti fazu uzimanja dokaza i dolaženja do istine, kao i njen razmetljiv nedostatak interesovanja na izlaganje slučaja od strane optuženih. Iako ovakvi stavovi suda i tužioca nemaju opravdanje u zakonu, oni su, ako ništa drugo, ono bar razumljivi nakon što su sud i tužilac bili primorani na takvo besmisleno ponavljanje suđenja donošenjem odluke o objedinjavanju, kojom je paralisana cela atmosfera uzimanja dokaza.

e) A maksimalno povećanje bilo je uzrokovano kombinacijom komentara predstavnika Vlade Srbije, čiji će se uticaj na uništenje pravičnosti suđenja analizirati odvojeno, a čiji eskalirajući efekat u kombinaciji sa proizvoljnim odlukama o objedinjavanju optužnica i njihove posledice zahtevaju posebnu pažnju. Retke privremene odluke u korist MM donete od strane sudskog veća kojim je predsedavao sudija Vučinić, izazvale su brojne pokušaje članova Vlade Srbije da javno unište pretpostavku nevinosti, kao i nedoličan pritisak na sudije suđenja, da bi i njihova nezakonita zamena neminovno izazvala ozbiljnu zabrinutost u vezi sa upornim tihim ali приметnim pritiskom na ponovljeni postupak na štetu optuženih.

4. Sumirajući gore navedeno, odluka o objedinjavanju ne samo da je lišila MM zakonski određenog sudije, već predstavlja i povredu garancije na pravično suđenje. Zbog toga, (drugo!) veće kojim predsedava sudija Ilić, nije „sud obrazovan po zakonu“, kada je reč o slučaju MM .

V. Povreda prava na suđenje u razumnom roku?

1. U skladu sa navedenim činjenicama, osam meseci suđenja sa 14 dana zasedanja je poništeno zbog odluke o objedinjavanju postupaka.

Osim toga, ovo odlaganje je rezultat odluke „zbog ozbiljne proceduralne greške“ (u vezi sa ovim kriterijumom vidi presudu Evropskog suda od 6. novembra 2014. godine, Ereren protiv Nemačke (67522/09), br 61) kako je ranije istaknuto.

2. Zbog toga, pravo MM na suđenje u razumnom roku prekršeno je i odlukom o spajanju optužnica.

VI. Pravne posledice

Postupak suda koji nije zakonski dodeljen optuženom je po rečima Evropskog suda za ljudska prava „ništav“ (videti Richert protiv Poljske, gore, br. 47). Zbog toga, (drugo!) veće sudije Ilić, nema legitimitet niti da osudi niti da oslobodi MM. Ovaj ishod ne zavisi od pitanja da li je odluka o objedinjavanju samo „ozbiljna proceduralna greška“ ili čak pravno ništavna zbog osnovnog nedostatka nadležnosti sudija koji odlučuju. Ako „Viši sud u Beogradu, Posebno odeljenje, u veću koje čine predsednik veća, sudija Zoran Drecun i članovi Dejan Terzić i Bojan Mišić“ - prema izveštajima medija predstavlja predpretresno veće, onda je nedostatak nadležnosti za odlučivanje tokom glavnog pretresa očigledan. U samoj odluci, nadležnost se zasniva na članu 21., st. 4 ZKP, međutim, ova odredba samo reguliše sastav sudskih veća, a ne i njihovu nadležnost. Prema čl. 30 st. 4 (u direktnoj ili analognoj primeni, videti u vezi sa datim pitanjem nemački zakon, *Meyer-Goßner, NStZ 2004, 353 ss.*), (Prvo) veće predsedavajuće sudije Ilić, trebalo bi da bude nadležno, osim u posebnom slučaju u skladu sa Zakonom o krivičnom postupku Republike Srbije.

Na kraju krajeva, dostupna dokumentacija ne dozvoljava definitivnu izjavu u vezi sa kompetencijom sudskog veća kojeg čine sudije Drecun (predsedavajući), Terzić i Mišić. Nesumnjivo je da razlozi same odluke nisu ubedljivi u tom pogledu. Međutim o ovom pitanju i ne treba donositi definitivnu odluku obzirom da (drugo!) veće kojim predsedava sudija Ilić, nije „osnovano zakonom“, u smislu čl. 6 § 1 EKLJP.

D. Povreda osnovnih principa na pravično suđenje od strane nezavisnog suda i na pretpostavku nevinosti zbog javnog uplitanja države u sudski postupak?

I. Činjenice

1. Nakon što je MM uhapšen i pritvoren 12. decembra 2012. godine, potpredsednik Vlade Vučić je izjavio novinaru na političkom sastanku 29. decembra 2012. godine u vezi sa potencijalnom odlukom nadležnog sudije da oslobodi podnosioca zahteva iz pritvora: „Kad bi se to desilo, smatrao bih to svojim ličnim neuspehom.“

2. Nakon odluke Ustavnog suda Srbije od 5. novembra 2013. godine zaključujući da je rešenjima Apelacionog suda u Beogradu itd. u martu 2013. godine povređeno pravo podnosioca predstavke na ograničeno trajanja pritvora, potpredsednik Vlade Vučić je naveo:

„Ponovo se ujedinjuju kriminalci i tajkuni i pojedini političari. Nemam nameru da se mešam u odluke Ustavnog suda....Ali moram vam reci ovo: Ustavni sud ima 13.000 ustavnih žalbi i da ih nije rešio, a da Miškovićevu od pre par meseci jeste, po hitnom postupku. On je zapitao i da li je to slučajno. Ovo vam pričam jer želim da pokažem kolika je njihova moć u institucijama i van institucija i zato što hoće državu da bace na kolena“.

3. Sledeću izjavu od 16. novembra 2013. Nebojše Stefanovića, predsednika Skupštine Republike Srbije, preneli su B 92 i Tanjug:

„Videli ste da se obistinjavaju reči Aleksandra Vučića kada je rekao da će se svi ujediniti da zaustave borbu protiv kriminala i korupcije, kako bi sačuvali ono što su stekli u prethodnom periodu.“

4. Dana 13. septembra 2014. godine, Skupština Advokatske komore Srbije izdala je zvaničnu odluku najavljujući početak štrajka za 17. septembar 2014, navodeći razloge i motive. Svi oni upućivali su na zakone koji ograničavaju advokatsku profesiju, a posebno na koliziju sa profesijom javnih beležnika koja je ozvačičena 01. septembra 2014. godine .

a) Dana 29. oktobra 2014., *Informer* je citirao sledeću izjavu ministra pravde, Nikolu Selakovića:

Ministar pravde Nikola Selaković je izjavio da štrajk advokata više nema nikakve veze s profesijom, već da je to "sprega politikanata i tajkuna koji žele blokadu

pravosudja! On navodi i da je "sasvim indikativno" da je Specijalni sud Miroslavu Miškoviću u jeku protesta pravnika trajno vratio pasoš!

„Sad je jasno da ovo nema više nikakve veze s profesijom. Reč je o sprezi politikanata i tajkuna koji za cilj imaju uvođenje haosa u državu. Haos koji oni žele blokira celokupno pravosuđe kao granu vlasti, što dovodi do toga da niko, a naročito Miroslav Mišković, nikako ne može da bude osuđen - naglašava Selaković, dodajući da će se država ipak postarati da do toga ne dodje" naglasio je Stefanović dodajući da će se država postarati da to ne dozvoli.¹

b) Ministar Selaković je dana 29. Oktobra u jutarnjem programu TV Pink „Dobro jutro“ izjavio:

Bojim se da su interesi daleko od profesije i daleko od pravne prakse i sada je to sasvim jasno svima u Srbiji nakon ovih događaja u protekla dva dana. Postoji ta veza između kvazi-političara i tajkuna. Postoji taj slučaj Srbija protiv Miroslava Miškovića i drugih, to je predmet koji se vodi sa ciljem da se nikada ne završi. Pre nego što je štrajk počeo, ročišta su zakazivana na mesec i po ili dva meseca. Tokom štrajka, zakazivana su na skoro svakih sedam dana. Šest ročišta nije održano zbog toga. Zatim, tu je i odluka sudije da vrati pasoše i ukine zabranu napuštanja boravišta i obavezno javljanje u policijsku stanicu zbog štrajka... Tu je ta veza između kvazi-političara i tajkuna. Nečiji cilj je da Miroslav Mišković ne bude osuđen i oni će učiniti sve što je u njihovoj moći da se postupak odloži što je više moguće... Ovih dana javnost u Srbiji ima priliku da vidi odakle se ovaj štrajk diktira i odakle sve potiče. Javnost u Srbiji može da bude svesna činjenice da neko smatra da je nedodirljiv za njene institucije, da neko smatra da ne mora da poštuje zakon, da neko može da opljačka državu za 10, 20 ili 17 milijardi dinara i da za to prođe nekažnjeno. Međutim, javnost u Srbiji, treba da zna da tako nešto neće proći nekažnjeno.²

c) A 31. oktobra 2014. godine:

Miroslav Mišković, pre nekoliko dana, na svojoj latifundiji u Čelarevu, okupio je desetine ambasadora uticajnih zemalja. Šta mislite zašto? Da bi otišli na berbu jabuka? Njegov cilj je da ne bude osuđen i to tako što će da destabilizuje državu, dovede do ustavnog haosa i napadne na Vladu, koja je prva, posle više od dve decenije, počela dubinske reforme i uvođenje reda.³

d) Ministar Selaković je u istoj televizijskoj emisiji izjavio:

...Postaviću građanima jedno vrlo jednostavno pitanje. Imate slučaj Miroslava Miškovića, koji je decenijama radio šta god je hteo u Srbiji i neko je trebalo da ga uhapsi. Mišković je uhapšen ne samo zato što je nekom baš došlo da ga uhapsi, već zbog osnovane sumnje da je on bio jedan od počinitelja teških dela organizovanog kriminala. On je uhapšen, a istraga je završena. Optužnica nije podignuta, a sudski

¹ Ministar pravde o pokušaju da blokiranja države. Selaković: Advokati svojim štrajkom štite tajkune. *Informer*, 29. oktobar, 2014

² „Dobro jutro“, 31. oktobar 2014.

³ *Večernje novosti*, 31. oktobar, 2014.

postupak je počeo. I šta se onda dešava? Neko počinje da vodi postupak na takav način da se njegov kraj ne može očekivati, a što takođe potvrđuju činjenice.⁴

e) Citira se i sledeća izjava ministra Selakovića poslanicima Skupštine:

Da li sam pomenuo Miroslava Miškovića? Da, jesam i nemam problem sa time da pomenem njegovo ime. A zašto sam ga spomenuo? Ako se sutra desi da Miroslav Mišković bude oslobođen, cela Srbija bi skočila na ministra pravde i rekla da je to njegova krivica⁵

f) 30. novembra 2015.godine, premijer Vučić u pojavljivanju na nacionalnoj televiziji opisuje gospodina Miškovića kao „*simbol i paradigmu parazitske Srbije*“.⁶

5. Među advokatima Srbije, zanimanje za profesionalni razvoj sudije Vučinića, predsednika prvobitnog sudskog veća u suđenju MM, izazvalo je veliku pažnju. Bilo je dva postupka u vezi sa sudijom Vučinićem, koji su proistekli iz njegove odluke iz decembra 2013. da na kratko odobri vraćanje pasoša gospodinu Miškoviću u svrhe poslovnog putovanja u London (tzv. problem u vezi sa pasošem).

a) Prvi postupak se odnosi na žalbu sudije Vučinića na navodni nezakoniti pritisak vršioca dužnosti predsednika Višeg suda, sudije Aleksandra Stepanovića, da preinači svoju odluku u vezi sa pasošem. Sudija Vučinić tvrdi da ga je u subotu uveče, nakon što je doneo prvu odluku o vraćanju pasoša, pozvao sudija Stepanović „tražeći objašnjenje za odluku i zašto ga nije konsultovao pre donošenja te odluke, tražeći od njega da poništi tu odluku“. Žalba sudije Vučinića Visokom savetu sudstva (VSS) je odbačena, ali je on tu odluku osporio pred Ustavnim sudom. Odluka Ustavnog suda o tome se još uvek očekuje.

⁴ Studio B Panorama, 1. novembar, 2014.

⁵ Zasedanje Skupštine Republike Srbije od 3. novembra 2014.

⁶ <http://www.tanjug.rs/full-view.aspx?izb=216894>.

b) Drugi niz postupaka se sastoji od disciplinskog postupka protiv sudije Vučinića. Ovaj postupak je reakcija na izjave sudije Vučinića u medijima u vezi sa njegovom komunikacijom sa sudijom Stepanovićem, koji je tražio njegovu smenu u kontekstu pitanja povratka pasoša. Ova žalba je odbačena od strane Disciplinske komisije VSS, ali je tužilac uložio žalbu na ovakvu odluku koja je usvojena. U odluci VSS navodi se da je sudija Vučinić, „počinio disciplinski prekršaj komentarišući sudske odluke, postupke ili predmete u sredstvima javnog informisanja“ suprotno zakonu, i s tim u vezi izrekao „disciplinsku meru“ u vidu javne opomene. U svojoj Odluci, VSS jedva da se bavio pitanjem sudske nezavisnosti koje predstavlja samu srž žalbe sudije Vučinića. Umesto toga, bez rasprave je odbacio sve navode o pritisku ne na osnovu toga da je iskaz sudije Vučinića bio neistin, već da on nije „dokazan“.

c) Dana 30. novembra, 2015. sudija Stepanović je doneo odluku da u potpunosti udalji sudiju Vučinića iz Specijalnog suda i da ga vrati u Viši sud, što su mnogi shvatili kao degradaciju. Dana 21. decembra 2015. na portalu Balkanska tranziciona pravda (*Balkan Transitional Justice*)⁷ objavljena je analiza čiji se delovi navode u nastavku:

Udaljenje Vučinića “pretnja nezavisnom sudstvu”

Udaljenje sudije Vladimira Vučinića iz Specijalnog suda je politički potez u cilju stavljanja pod kontrolu nezavisnog pravosuđa i može predstavljati vraćanje na početak važnih sudskih procesa koji se vode protiv pripadnika Ministarstva unutrašnjih poslova (MUP), smatraju pravni stručnjaci.

...Posledica ove odluke, koju je 30. novembra 2015. doneo predsednik ovog suda Aleksandar Stepanović, može predstavljati vraćanje na početak nekoliko sudskih procesa u kojim Vučinić učestvuje, jer srpski zakon propisuje da suđenje mora da se ponovi kada se promeni predsednik veća. ...Nekadašnji zamenik predsednika Vrhovnog suda Srbije dr Zoran Ivošević smatra da se slučaj sudije Vučinića ne može objasniti pravnim razlozima. “Ako je sudija Vučinić bio uspešan sudija, u šta ne sumnjam, onda se njegov raspored u nevreme, pred donošenje presude, jedino može objasniti političkim razlozima. Tačnije, političkim uticajem, kojeg se sudstvo još uvek nije oslobodilo”, ističe dr Ivošević - ...

⁷ “ Udaljenje Vučinića “pretnja nezavisnom sudstvu”, *Balkanska tranziciona pravda*, 21. decembar 2015.,: <http://www.balkaninsight.com/rs/article/udaljenje-vu%C4%8Dini%C4%87a-pretnja-nezavisnom-sudstvu--12-21-2015#sthash.PiDjoKZI.dpuf>. alkanska tranziciona pravda je regionalna inicijativa koju finansira Evropska komisija (2012-2014), Federalno odeljenje spoljnih poslova Švajcarske, Britansko Ministarstvo spoljnih poslova i Komonvelta (FCO) i Fondacija Robert Boš koja ima za cilj da se lakše razume tranziciona pravda među najširoim publikom u bivšim jugoslovenskim zemljama (Bosna i Hercegovina, Hrvatska, Kosovo, Makedonija, Crna Gora i Srbija)” <http://www.balkaninsight.com/rs/balkanska-tranziciona-pravda/o-projektu>.

Vučinić je tokom suđenja vratio Miškoviću pasoš, što je zakonski bila ispravna odluka, ali je prouzrokovala nezadovoljstvo Vučićeve administracije, jer je on pokazao da je spreman da ide protiv želja vlade u ovom slučaju, tvrde stručnjaci. "Moje je uverenje da je Vučinić premešten zato što se nekome nije dopalo što sa sigurnošću ne može da zna ishod krivičnog postupka, odnosno da li će izvesno biti doneta osuđujuća presuda u predmetu protiv okrivljenog Miškovića", kaže Dragana Boljević, predsednica Društva sudija Srbije. Prelević kaže da je Vučinić premešten jer je poštovao zakon i ignorisao politički značaj predmeta, koji je vlada htela da završi osuđujućom presudom. "Novim političkim miljenicima nije se svidelo kada je sudija preko medija odgovorio da je postupao po zakonu", naglašava Prelević.

Balkanska tranziciona pravda takođe navodi da se sudija Vučinić žalio pred Upravnim sudom na disciplinsku meru VSS. U članku se u vezi sa tim citiraju sledeće njegove reči: "Kroz ove postupke pred Upravnim sudom ja samo branim sudijsku nezavisnost i samostalnost, na šta sam, po zakonu, obavezan. Ukoliko Upravni sud a potom i Ustavni sud Srbije ne budu doneli pozitivne odluke, spreman sam da se obratim Evropskom sudu za ljudska prava u Strazburu",

U članku se takođe navodi da će specifično i vrlo dugotrajno suđenje čijim je sudskim većem predsedavao sudija Vučinić, sada morati da se vrati na početak:

„Ovaj visoko profilirani slučaj traje više od četiri godine; do sada su održana 54 ročišta, a predmet je narastao na oko 5.000 stranica. Očekivalo se da će završne reči biti prezentovane sledećeg meseca, ali će, zbog premeštaja Vučinića, najverovatnije sve biti vraćeno na početak.“

II. Pravna analiza

1. a) Pretpostavka nevinosti je kontroverzan deo evropske vladavine prava, i predstavlja sastavni deo kako Evropske konvencije o ljudskim pravima (čl. 6 st. 2), tako i Poglavlja o osnovnim pravima EU (čl. 48 st. 2). Dosledna Praksa ESLJP u vezi sa sadržajem i posledicama ove garancije a u smislu neopoštenog mešanja javnih zvaničnika u krivični postupak, sažeto je izložena i realizovana u presudi Vulakh protiv Rusije (Predstavka br. 33468/03.) od 10. januara 2012:

32. Sud ponavlja da će pretpostavka nevinosti biti povređena ako sudska odluka ili izjava od strane javnog funkcionera koja se tiče lica koje je optuženo za neko krivično delo odražava mišljenje da je kriv pre nego što je u skladu sa zakonom dokazano da jeste kriv. Dovoljno je, čak i u odsustvu bilo kakvih zvaničnih nalaza, da postoji neko obrazloženje koje ukazuje da sud ili taj zvaničnik smatra optuženog krivim. Sud dosledno naglašava važnost izbora reči od strane javnih funkcionera u svojim izjavama pre nego što je neko lice osuđeno i proglašeno krivim za određeno krivično djelo (vidi Khuzhin i drugi protiv Rusije, br. 13470/02, § 94, 23. oktobar 2008; Nešťák protiv Slovačke, br. 65559/01, §§ 88 i 89, 27. februar 2007.; Garycki protiv Poljske, br. 14348/02, § 71, 6. februar 2007.; Capeau protiv Belgije, br. 42914/98, § 22, ESLJP 2005-I; Böhmer protiv Nemačke, br. 37568/97, § 54,

3.oktobar 2002.; i Allenet de Ribemont protiv Francuske, 10. februar 1995. godine, § 35, serija a br.308).

b) Napred navedena izjava ministra pravde Republike Srbije u vezi sa suđenjem MM kulminira u sledećim rečima:

„Tu je ta veza između kvazi-političara i tajkuna. Nečiji cilj je da Miroslav Mišković ne bude osuđen i oni će učiniti sve što je u njihovoj moći da se postupak odloži što je više moguće... Ovih dana javnost u Srbiji ima priliku da vidi odakle se ovaj štrajk diktira i odakle sve potiče. ... Ovih dana javnost u Srbiji ima priliku da vidi odakle se ovaj štrajk diktira i odakle sve potiče. Javnost u Srbiji može da bude svesna činjenice da neko smatra da je nedodirljiv za njene institucije, da neko smatra da ne mora da poštuje zakon, da neko može da opljačka državu za 10, 20 ili 17 milijardi dinara i da za to prođe nekažnjeno. Međutim, javnost u Srbiji, treba da zna da tako nešto neće proći nekažnjeno.“

Ovim rečima, karakteristika kršenja pretpostavke nevinosti od strane javnog službenika prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, da postoji „neko mišljenje koje ukazuje da... zvaničnik smatra optuženog krivim“, ne samo da je ispunjena, već je očigledno premašena: MM je direktno i nedvosmisleno okarakterisan kao „neko (ko) misli da može da opljačka državu za 10, 20 ili 17 milijardi dinara i da prođe nekažnjeno, međutim ... tako nešto neće proći nekažnjeno.“

Očigledno je da sve izjave ministra pravde treba shvatiti u tom kontekstu. Njihovo ponavljanje i zvanična funkcija govornika su naročito otežavajuće okolnosti, jer izjave ministra pravde uživaju najviši mogući kredibilitet u očima naroda.

c) Izjave gospodina Vučića iz decembra 2012. kao potpredsednika Vlade i u novembru 2015.god, kao premijera nisu ništa manjeg značaja, bez obzira na to da se ne bavi osuđivanjem MM tako direktno kao što je to učinio ministar pravde. Kvalifikovanje potencijalnog puštanja MM iz pritvora kao „lični neuspeh“ a samog MM “kao simbol i paradigmatu parazitske Srbije“ treba i mora da se shvati u kontekstu koji je poznat celom srpskom narodu: Parazit je organizam koji živi na ili u domaćinu i hrani se na račun svog domaćina: krivični postupak protiv MM ima za cilj da utvrdi i srpovede u delo njegovu krivičnu odgovornost, dok kvalifikovanje odluke suda o oslobađanju MM iz pritvora ličnim neuspehom, pretpostavlja krivičnu odgovornost MM.

d) U zaključku, izjave ministra pravde i (prethodno potpredsednika Vlade) premijera, predstavljaju povredu pretpostavke nevinosti. Obzirom da se radi o ponovljenim izjavama javnih zvaničnika na najvišem nivou, one moraju da budu okvalifikovane kao veoma teške povrede.

2. Tragajući za pravnim posledicama, nije dovoljno samo uzeti u obzir sudsku praksu ESLJP po pitanju člana 6, stav 2 Evropske konvencije.

a) Presude ESLJP se uglavnom donose mnogo godina nakon datog kršenje zakona, kada su i sami krivični postupci odavno okončani. Jasno je da prvi nivo pravnih lekova predstavlja pravni poredak odgovarajuće države, naročito ako je država (kao što je i Srbija) ratifikovala Evropsku konvenciju o ljudskim pravima. U blažim slučajevima povrede, može da bude dovoljno da se samo podnese tužba upravnom sudu protiv odgovarajućih javnih funkcionera. Međutim, u slučaju ozbiljne povrede, treba uzeti u obzir posledice na krivični postupak koji je još u toku.

b) Ove reprechusije su možda otišle toliko daleko da je nezavisnosti sudova, a naročito u suđenju MM, naneta šteta koja za rezultat ima nepravedno suđenje u celini. Zbog toga, treba ispitati sudsko okruženje izjava ministra pravde i (prethodno potpredsednika Vlade) premijera.

3. a) Pre svega, veza između takozvanog „pitanja vraćanja pasoša“ i profesionalne karijere sudije Vučinića ne sme se prevideti, u toliko što su i ministar pravde i potpredsednik vlade i sami utvrdili povezanost između njihovih povreda pretpostavke nevinosti i sudskih odluka u korist MM: dana 29. oktobra 2014. godine, ministar pravde je izjavio:

“ Postoji taj slučaj Srbija protiv Miroslavam Miškovića i drugih, to je predmet koji se vodi sa ciljem da se nikada ne završi. Pre nego što je štrajk počeo, ročišta su zakazivana na mesec i po ili dva meseca. Tokom štrajka, zakazivana su na skoro svakih sedam dana. Šest ročišta nije održano zbog toga. Zatim, tu je i odluka sudije da vrati pasoše i ukine zabranu napuštanja boravišta i obavezno javljanje u policijsku stanicu zbog štrajka”

Potpredsednik Vlade smatra svojim „ličnim neuspehom“, ukoliko MM bude pušten iz pritvora, i kritikovao je odluku Ustavnog suda o proglašenju pritvora MM neustavnom sledećim rečima:

“Ustavni sud ima 13.000 ustavnih žalbi i da ih nije rešio, a da Miškovićevu od pre par meseci jeste, po hitnom postupku. On je zapitao i da li je to slučajno. Ovo vam pričam jer želim da pokažem kolika je njihova moć u institucijama i van institucija i zato što hoće državu da bace na kolena”.

b) Kao što je napred istaknuto, iskusni srpski advokati razumeli su negativan razvoj karijere sudije Vučinića kao „politički potez u cilju ograničavanja nezavisnosti pravosuđa“. Posledica da je „veliki broj važnih i poznatih slučajeva u kojima je sudio Vučinić vraćen na ponovno suđenje“ podseća na odluku objedinjavanja procesa koju je donelo veće

sudije Drecuna a u vezi sa suđenjem MM, čiji su zakonski nedostaci već analizirani u Odeljku C. Dalje procesne radnje koje dovode u sumnju nezavisnost sudija a koje su uključene u slučaj MM, jesu dopisi sudije Ilića Skupštini i Ministarstvu finansija i ekonomije (vidi npared, deo B.I.3.) u vezi sa tumačenjem važećeg poreskog zakona. Očigledno je da sudija Ilić zabrinut i želi da izbegne sukob sa vladom u slučaju vršenja svog ustavom stečenog prava na tumačenje zakona koji se primenjuju u konkretnom slučaju.

c) Bez obzira iz kojih su razloga i motiva predsednik Višeg suda u Beogradu Stepanović, veće sudije Drecuna i sudije Ilić doneli gore pomenute odluke, zakonski nedostaci i beskorisna ponavljanje suđenja koja iz njih proizilaze, štetne posledice ovih odluka, kao i izrazito negativna reakcija među advokatima u Srbiji, vrlo jasno govore o tome da izjave premijera i ministra pravde predstavljaju ne samo povredu pretpostavke nevinosti, već i da su predstavljale pritisak i uticaj na pravosudni sistem uz ozbiljnu i sve veću zabrinutosti po pitanju nezavisnosti sudija.

Osim toga, navodne aktivnosti predsednika Stepanovića na samom početku razvoja događaja u vezi sa pasošem (vidi gore 5a) izazivaju zabrinutost i po pitanju nezavisnosti sudija, jer je u različitim postupcima odlučivano na osnovu toga da navodi sudije Vučinića protiv predsednika Stepanovića nisu dokazani, što ostavlja kao otvoreno pitanje šta se zaista dogodilo.

4. Pitanje zakona, pod kojim uslovima nedopušteno mešanje državnih službenika (uključujući i naloge ili pritiske kolega sudija ili onih na administrativnim funkcijama u sudu kao što je na primer predsednik suda) u sudski postupak predstavlja povredu garancije na nezavisno i nepristrasno suđenje iz čl.6 st. 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima, godinama je predmet naročite pažnje ESLJP. Najskorija presuda datira od 6. oktobra 2011. (pravosnažna od 08/03/2012) u slučaju Agrokompleks protiv Ukrajine (predstavka br. 23465/03) sa sledećim odlučujućim razlozima:

"1. Sud još jednom ponavlja, da bi se utvrdilo da li se sud može smatrati „nezavisnim“ u smislu člana 6, stav 1 Konvencije, između ostalog, treba uzeti u obzir sledeće kriterijumime: način imenovanja njegovih članova i njihov mandat; postojanje garancija protiv spoljnih pritisaka; kao i da li sud predstavlja pojavu nezavisnosti (vidi među mnogim drugim referencama, Findlay protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 25. februar 1997, §73, Izveštaji 1997-I).

2. Kada je reč o pitanju „nepristrasnosti“, za potrebe člana 6, stav 1, dobro je poznato u sudskoj praksi da postoje dva aspekta ovog zahteva, subjektivan i objektivni. Prvo, sud treba da bude subjektivno nepristrasan, odnosno, nijedan član suda ne bi trebalo da gaji bilo kakve lične predrasude ili pristrasnosti. Lična nepristrasnost se pretpostavlja, osim u

slučaju da postoje dokazi koji govore suprotno. Drugo, sud mora da bude nepristrasan i sa objektivnog stanovišta - odnosno, treba da ponudi dovoljne garancije kojima će se isključiti osnovna sumnja u tom smislu (vidi: Kiiskinen protiv Finske (odl.), br. 26323/95, ESLJP 1999-V (izvodi)). Tačnije, ona mora biti određena, prema testu objektivnosti, da li, potpuno odvojeno od ličnog ponašanja sudija, postoje dokazive činjenice koje mogu da dovedu u sumnju u njihovu nepristrasnost (vidi Kleyn i drugi protiv Holandije [GC], br. 39343/98 i dalje, §191, ESLJP 2003 -VI).

3. Pri odlučivanju da li u datom slučaju postoji legitiman razlog za bojazan da nisu ispunjeni ovi uslovi, stanovište stranke je važno, ali ne i odlučujuće. Ono što je odlučujuće jeste da li ovaj strah može da se smatra objektivno opravdanim (vidi Kleyn i drugi, citiran u gornjem tekstu, § 194).

4. Sud primećuje da su koncepti nezavisnosti i objektivne nepristrasnosti usko povezani (vidi slučaj Findlay, citiran u gornjem tekstu, § 73). Njih je posebno teško razdvojiti, gde se, kao u ovom slučaju, argumenti podnosioca zahteva da ospori i nezavisnost i nepristrasnost suda zasnivaju na istim činjeničnim razlozima (vidi Kleyn i drugi, citiran u gornjem tekstu, § 194, i Salov protiv Ukrajine, br. 65518/01, §82, ESLJP 2005-VIII (izvodi)). Sud će stoga ispitati oba ova pitanja zajedno .

5. Sud primećuje da - kako je i potvrđeno dokumentovanim dokazima - razni državni organi zaista intervenišu u konkretnom sudskom postupku na nekoliko načina. Osim toga, te intervencije su bile dugotrajne i otvorenog karaktera...

6. Sud je već najoštrije osudio pokušaji ne-sudskih vlasti da intervenišu u sudskom postupku, s obzirom na to da je njihovo intervenisanje *ipso facto* nespojivo sa idejom o „nezavisnom i nepristrasnom sudstvu“ u smislu člana 6. §1 Konvencije (vidi Sovtransavto Holding protiv Ukraine, br. 48553/99, § 80, ESLJP 2002-VII, i Agrotehservis protiv Ukraine (odl.), br . 62608/00, 19. oktobar 2004).

7. Slično pristupu koji je naveden u slučaju *Sovtransavto Holding*, citiran u gornjem tekstu (stav 80), Sud smatra da nema značaja da li su sporne intervencije zapravo uticale na tok postupka. One potiču od izvršne i zakonodavne vlasti države, i otkrivaju nedostatak poštovanja prema sudijskoj funkciji i opravdavaju bojazan podnosioca predstavke na nezavisnost i nepristrasnost sudova.

8. Sud naglašava u vezi s tim da obim obaveza države da obezbedi suđenje pred „nezavisnim i nepristrasnim sudom“ u skladu sa članom 6, §1 Konvencije nije ograničena samo na pravosuđe. To takođe podrazumeva obaveze izvršne, zakonodavne i bilo koje druge državne vlasti, bez obzira na nivo, da poštuju i da se pridržavaju presuda i odluka sudova, čak i kada se ne slažu sa njima. Stoga je poštovanje nadležnosti sudova od strane Države neophodan preduslov za poverenje javnosti u sudove, i šire gledano - u vladavinu prava. Da bi se to ispoštovalo, nisu dovoljne samo ustavne mere zaštite nezavisnosti i nepristrasnosti sudstva. Njih treba efikasno uključiti u svakodnevne administrativne stavove i praksu.

9. Sud dalje primećuje da sudska nezavisnost i nepristrasnost, objektivno posmatrano, zahteva da sudije pojedinci budu oslobođeni od neprimerenog uticaja - ne samo van pravosuđa, već i unutar njega. Ova unutrašnja nezavisnost sudstva zahteva da sudije budu oslobođene naloga ili pritisaka kolega sudija ili onih na administrativnim funkcijama u sudu, na primer - predsednika suda. Odsustvo dovoljnih garancija kojima se obezbeđuje nezavisnost sudija u pravosuđu a naročito vis-a-vis njihovih sudskih pretpostavljenih, Sud može dovesti do zaključka da su sumnje podnosioca predstavke u nezavisnost i nepristrasnost suda objektivne i opravdane (vidi Parlov - Tkalčić protiv Hrvatske, br. 24810/06, § 86, 22. decembar 2009., sa daljim referencama).“

5. Poređenje slučajeva MM i Agrokompleks u smislu ugrožavanja nezavisnosti sudstva dovodi do nekih otežavajućih i nekih olakšavajućih nalaza. Broj i intenzitet direktnih akata mešanja je veći u slučaju Agrokompleks. Međutim, agresivnost ispoljavanja protiv optuženog bila

je znatno veća u predmetu MM. Isto se odnosi i na pravne nedostatke odluke o objedinjavanju optužnica, kao što je istaknuto u delu C i na klimu zastrašivanja kao rezultat različitih postupaka Vučinića. Nakon sagledavanja ovih različitih aspekata, tasovi prevagnjuju u korist otežavajućih nalaza, sa dopisima sudije Ilića Skupštini i Ministarstvu finansija kao dokazom za efekat zastrašivanja.

6. Pravne posledice povrede pretpostavke nevinosti i garancije nezavisnog suda predstavljaju i povredu garancije na pravično suđenje. Kada je reč o odgovarajućoj i dovoljnoj pravnoj zaštiti kojom bi se ispravila povreda prava Konvencije na nacionalnom nivou, dobro razvijena sudska praksa generalno smatra da ovo zavisi od svih okolnosti slučaja, naročito uzimajući u obzir prirodu povrede Konvencije u pitanju (vidi br. 63 u presudi Furch protiv Germani, od 23. oktobra 2014. (Predstavka br. 54648/09)). Na primer, u slučajevima policijskog podstrekivanja u suprotnosti sa članom 6. stav 1 Konvencije, Sud je ponovio da bi neko suđenje bilo fer u smislu člana 6. stav 1 Konvencije, sve dokaze dobijene kao rezultat policijskog podstrekivanja treba isključiti ili treba primeniti postupak sa sličnim posledicama (vidi gore pomenutu presudu, br. 64, Lagutin i drugi protiv Rusije, br 6228/09, 19123/09, 19678/07, 52340/08 and 7451/09, br. 117, 24. april 2014. sa još referenci). Nedavno je nemački Savezni sud (2. Senat za krivične predmete) izneo mišljenje da je ovo pravno sredstvo neusaglašeno sa nemačkim zakonom i priznao proceduralnu prepreku zbog koje je sud primoran da odustane od celog slučaja (BGH 2 StR. 97/14, 10. juna 2015, StV 2016, 70 ss.). Bez obzira na navedeno, ovo rešenje je pod velikim znakom pitanja. U slučaju policijskog podstrekivanja na povredu člana 6. §1 Konvencije, to je jedino pravno sredstvo u slučaju povrede člana 6. §1 Konvencije kojim se podriva nezavisnost pravosuđa kroz neprimereno mešanje javnih funkcionera.

7. Kada je reč o suđenju MM koje je u toku, postoji još jedan ubedljiv razlog za ovo pravno sredstvo: Kao što je istaknuto u odeljku C, Sudsko veće sudije Ilić nije ono koje je zakonom određeno. Stoga se čl. 6. st. 1 i 2 Evropske konvencije o ljudskim pravima višestruko krše. Na taj način napušten je opšti koncept evropske vladavine prava u mnogim aspektima. Sudski postupak veća sudije Ilić protiv MM koji je trenutno u toku treba odmah prekinuti kao jedino moguće pravno sredstvo.

E. Potvrda

Ovo pravno mišljenje izrađeno je u skladu sa mojim najboljim saznanjima, a na osnovu informacija koje sam dobio od svog klijenta i naveo u tekstu mišljenja. Podrazumevam da su informacije tačne i iscrpne u pogledu relevantnih činjenica koje nisam lično proveravao.

Eching am Ammersee, 15. marta 2016.



Prof/ Dr. Dr. h.c. mult. Schönemann