ЗЛОУПОТРЕБА НА СЛУЖБЕНАТА ПОЛОЖБА И ОВЛАСТУВАЊЕ И КОФИСКАЦИЈА НА ИМОТ НИЗ ПРАКСАТА НА ЕСЧП

д-р ГАБРИЕЛА ГАЈДОВА
СУДИЈА
АПЕЛАЦИОНЕН СУД
СКОПЈЕ

ЗНАЧЕЊЕТО НА СУДСКАТА ПРАКСА

БАЧИЌ: „Улогата на судската пракса е да ги ублажува противречностите кои настануваат од статиката на законскиот текст и динамиката на животот"

Совршен закон нема. Нема закон без нејасни одредби. Останува на судот тоа да го корегира и пополни во границите на дозволеното толкување.

ЗЛОУПОТРЕБА НА СЛУЖБЕНАТА ПОЛОЖБА И ОВЛАСТУВАЊЕ

- Кривичното дело Злоупотреба на службената положба и овластување од чл. 353 од КЗ има општ и супсидијарен карактер.
- За ова кривично дело ќе се работи, доколку не се исполнети елементите на битието на некое друго специјално кривично дело, со кое делото од чл.353 ќе биде во привиден стек.
- Исклучен е стек помеѓу кривичното дело од чл.353 од КЗ како општо дело и некој негов специјален облик.
- Ова не значи дека не е возможен стек на ова кривично дело со други кривични дела

СВОЈСТВО НА СТОРИТЕЛОТ

ДИЛЕМА:

- Кога едно лице има својство на службено или одговорно лице?
- Својството на лицето мора да произлегува од нормативни акти или овластувања кои лицето фактички ги имало, од причина што поимот на службено или одговорно лице не се определува само со раководната функција на лицето во правното лице, туку и со фактот дали на тоа лице му се доверени определени овластувања или должности.

ОД СУДСКАТА ПРАКСА

При одлучувањето дали едно лице ќе се смета за службено или одговорно лице како извршител на кривичното дело Злупотреба на службената положба и овластување од чл.353 од КЗ,, како критериум треба да се земе самостојноста на тоа лице во определен круг службени работи поврзани со овластувањето да управува или да работи.

Природата на функцијата, должностите и работите кои ги врши и за правилна оцена на кривичната одговорност одлучувачка околност е исклучивото постапување на сторителот како лице кое било овластено да управува со тоа друштво, па во врска со тоа и неговото својство на одговорно лице, што значи дека е **релевантно дали сторителот „de facto“, реално, вршело дејност на одговорно лице.**

Врховен суд на РМ, пресуда КВП бр.63/97 од 9.09.1997 година

ОД СУДСКАТА ПРАКСА

Иако осудениот бил доминантен сопственик на друштвото, висината на уделот во друштвото не им дава множност на сопствениците без основ да ги одлеваат средствата на друштвото, што влијае на целокупното работење на друштвото. Дотолку повеќе што со овие средства се намируваат обврски на друштвото. Во оваа смисла неспорно е дека во дејствијата на осудениот се содржани законските елементи на кривичното дело искористување на службената положба од чл.353 од КЗ, во поглед на прибавување за себе или за друг имотна корист и нанесување на штета на друг.

Врховен суд на РСМ Кзз.бр.145/2012 од 11.12.2012 година.

ОД СУДСКАТА ПРАКСА

Кога од кривичниот предмет се утврдува дека веќе била поведена граѓанска постапка и се очекува, или е веќе донесена пресуда за имотноправното побарување, кривичниот суд не сторил повреда на законот кога го задолжил обвинетиот со имотно – правно побарување, со оглед дека штетата е квалификаторен елемент на законското битие на кривичното дело од член 353 од Кривичниот законик, при што не постои можност за двојно намирување.

Заклучок на оддел за казниви дела при ВСРСМ од 7.12.2021 година

СУБЈЕКТИВНА КОМПОНЕНТА

- Според субјективната страна, делото е умислено, но пред донесување на ЗИД на КЗ од 7.09.2023 година, не се бараше намера како посебна компонента на делото.

- Со ЗИД на КЗ од 7.09.2023 година за постоење на субјективната компонента на делото потребно е кај сторителот да постои намера на друг да му се нанесе штета……

ОД СУДСКАТА ПРАКСА

„... Во изреката на пресудата недостасува посебниот субјективен елемент – намерата на друг да му се нанесе штета, а тоа што во изреката се наведува дека ..... И′ нанел штета на...., не е одраз на субјективниот елемент на предметното кривично дело, во кое намерата согласно ЗИД на КЗ од 7.09.2023 година е појдовна точка за преземање на дејствијата и претставува посебен субјективен елемент на предметното кривично дело“

Решение КЖ.бр.432/23 од 31.10.2023 година на АС Скопје.

ОД СУДСКАТА ПРАКСА

„... Во светлината на законскиот опис на кривичното дело согласно ЗИД на КЗ од 7.09.2023 година произлегува дека во конкрениот случај дејствието на извршување - **со искористување на својата службена положба и овластување**, не е инкриминирано како незаконито во материјална смисла..., па откако јавниот обвинител на главната расправа ќе ја изнесе содржината на обвинението во чиј фактичи опис правилно ќе треба да бидат наведени фактите и околностите кои претставуваат обележје на кривичното дело од чл.353 усогласени со законскиот опис кој произлегува од ЗИД на КЗ од 7.09.2023 година....“

Решение КЖ.бр.432/23 од 31.10.2023 година на АС Скопје.

Чл.1 протокол 1 кон ЕКЧП – структура на членот

Заштита на сопственоста

Секое физичко или правно лице има право на мирно уживање на својот имот. Никој не може да биде лишен од својот имот, освен во јавен интерес и под услови предвидени со закон и со општите принципи на меѓународното право.

Претходните одредби не навлегуваат во правото на државите да донесуваат закони кои ги сметаат за неопходни за регулирање на користењето на имотот согласно општиот интерес или заради сигурно плаќање на данокот, другите придонеси и парични казни.

Чл.1 од Протокол 1 кон ЕКЧП

- Не се работи за апсолутно право.
- Исклучок - втора реченица од прв став - го опфаќа лишувањето на „сопственоста“ под определени услови: кога мешањето е во јавен интерес и под услови предвидени со закон и со општите принципи на меѓународното право.
- Исклучок - втор став кој препознава дека државите имаат право, inter alia, да ја контролираат употребата на сопственоста во согласност со општиот интерес.

Мешањето на Државата во правото на сопственост мора да исполнува одредени критериуми:

- мора да биде во согласност со начелото на законитост
- да стреми кон легитимна цел
- на начин на кој е разумно пропорционален на целта која се сака да се оствари. (Beyeler v. Italy [VV], st. 108. - 114.).

НАЧЕЛО НА ЗАКОНИТОСТ

- Дозволено е лишување од сопственост исклучиво од „причини утврдени со закон“,
- Државите имаат право на контрола на остварување на правото на сопственост извршувајки ги законите.
- Владеењето на правото, едно од темелните начела на демократското оштество, е дел од сите членови на конвенцијата.

ЈАВЕН ИЛИ ОПШТ ИНТЕРЕС

Секое мешање на јавните власти во мирното уживање на сопственоста може да биде оправдано само ако е во легитимен јавен или општ интерес (Béláné Nagy v. Hungary [VV], st. 113.).

ПРОПОРЦИОНАЛНОСТ И ПОВРЗАНИ ПРАШАЊА (праведна рамнотежа, надомест, слобода на проценка)

За да биде во согласност со општото правило утврдено во чл.1 од Протокол 1, мешањето во правото на мирната сопственост освен што мора да е предвидено со закон и да биде во јавен интерес, има обврска да постигне и правична рамнотежа помеѓу барањето на општиот интерес на заедницата и условите за заштита на темелните права на пединецот. (Beyeler v Italy, stav 107.; Ališić i drugi protiv Bosne i Hercegovine, Hrvatske, Srbije, Slovenije i BJRM, stav 108.).

ПРОПОРЦИОНАЛНОСТ

- Најчесто е пресудно прашање за да се утврди дали дошло до повреда на правото од чл.1 Протокол 1 кон ЕКЧП.

- ТЕСТ ЗА ПРОПОРЦИОНАЛНОСТ:

1. како и во која мерка било ограничено остварувањето на правото на подносителот на барањето;
2. на кое право влијаело мешањето на кое се приговара;
3. кои се штетните последици од ограничувањето во остварување на правото на сопственост на апликантот.

Потоа, тоа влијание се споредува со важноста на јавниот интерес поради кој дошло до мешање.

- При испитувањето, судот зема предвид многу фактори, кои се разликуваат од еден до друг предмет

- Еден од елементите е дали властите испитале можност за примена на помалку инвазивни мерки. (OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v Rusia, stav 651. - 654.; Vaskrsić v. Slovenia, stav 83.).

- Фактор на рамнотежа е и можноста за надомест за мешањето на властите во правото на сопственост.

ОДЗЕМАЊЕ И КОНФИСКАЦИЈА НА ИМОТ И ИМОТНА КОРИСТ ОСТВАРЕНА СО КАЗНЕНО ДЕЛО

- Конвенција на Обединетите нации против незаконската трговија со наркотични дроги и психотропни супстанции (Виенска конвенција)
- Конвенција на Обединетите нации против транснационалниот организиран криминал (Палермо конвенција)
- Конвенција на Обединетите нации против корупцијата
- Конвенција на Советот на Европа против перење пари, потрага, одземање и конфискација на приноси од кривични дела (Стразбуршка конвенција)
- Конвенција на Советот на Европа против перење пари, потрага, одземање и конфискација на приноси од кривични дела и финансирање на тероризам (Варшавска конвенција)
- Казнена конвенција за корупција
- ЕСЧП
- Препораки на Совет на Европа

ОДЗЕМАЊЕ И КОНФИСКАЦИЈА НА ИМОТ И ИМОТНА КОРИСТ ОСТВАРЕНА СО КАЗНЕНО ДЕЛО

- Државите имаат широка слобода на проценка при спроведувње на политиката за борба против организиран криминал, вклучувајки и одземање на незаконски стекнат имот. (Raimondo v. Italy, stav 30.)
- Слобода на властите да применат мерки на одземање не само од лицата кои се директно обвинети за казненото дело, туку и на членовите на нивните семејства и други блиски роднини за кои се претпоставува дека поседуваат нечесно стекнат имот и со него управуваат во име на осомничените сторители, или кои инаку немаат потребен bona fide статус (Silickienė v Litvania, stav 65.
- Корисно и потребно оружје во борбата против организираниот криминал

ПОВРЕДА НА чл.6 од ЕКЧП?

- Во постапките кои се однесуваат на различните облици на одземање или репресивни фискални мерки во однос на имотот во кој јавните власти постапуваат на основа на соборлива претпоставка дека имотот е незаконито стекнат, членот 6 од Конвенцијата општо не ги спречува државите да прибегнуваат кон претпоставки. (Salabiaku v. France, stav 28.)

- Доколку на странката и е дадена можност да ги побие тие соборливи претпоставки дека имотот не е легално стекнат, користењето на тие соборливи претпоставки, е во согласност е со пресумпцијата за невиност.

- Постапување спротивно на ова е повреда на чл.6 ст.2 од ЕКЧП

ГАРАНЦИИ ВО ПОСТАПКАТА

- контрадикторност (Yildirim v. Italija (odl.));
- претходно откривање на аргументите на обвинението (Grayson i Barnham v. UK, st. 45.);
- можност странката да донесе документирани докази и искази (Butler v. UK (odl.)),
- можноста лицето да биде правно застапувано од приватно ангажиран адвокат (Butler v. UK (odl.);
- фактот дека странката може да ја собори претпоставката за казненото потекло и карактер на имотот (Geerings v. Holandija, st. 44.);
- фактот дека судијата има дискреционо овластување да не ја примени претпоставката ако смета дека нејзината примена би довела до сериозен ризик од неправда (Phillips v. UK, st. 43.);
- во целина, прашањето е дали на апликантот му била даден разумна можност да ги изнесе своите аргументи пред домашните судови (Veits v. Estonije, st. 72. i 74.; Jokela v. Finska, st. 45.)

Gogitidze i drugi v. Gruzija

- постојат заеднички европски, а може да се каже дури и универзални правни стандарди кои охрабруваат, на прво место, конфискација на имот поврзан со сериозни кривични дела како што се корупција, перење пари, дрога и така натаму, без претходно постоење на кривична осуда.
- одговорноста за докажување на легалното потекло на имотот за кој се претпоставува дека е неправедно стекнат може легитимно да се префрли на испитаниците во такви не-кривични постапки за конфискација
- може да се применат мерки за конфискација, не само за директни приноси од криминал, но и имот, вклучувајќи ги и сите приходи и други индиректни придобивки, добиени со претворање или трансформирање на директните приноси од криминал или нивно мешање со други, евентуално легални, средства.
- може да се применат мерки за конфискација, не само за лица директно осомничени за кривични дела, но и на било кои трети лица со сопственички права.

КОНФИСКАЦИЈА

- Според праксата на судот, мерките за одземање може да бидат прифатливи доколку се спроведат во согласност со општиот интерес да се обезбеди дека предметот за кој станува збор нема да овозможи добивка за некое лице осудено за кривично дело сторено на штета на заедницата (Улемек против Србија, § 66)
- Што се однесува до имотот за кој се претпоставува дека е стекнат во целост или во дел од трговија со дрога или од криминални организации вклучени во трговија со дрога, Судот прифаќа дека мерките за конфискација биле пропорционални, дури и во отсуство на осуда за утврдување на вината на обвинетиот (Balsamo v. San Marino, § 90).

КОНФИСКАЦИЈА

- Легитимно е релевантните домашни органи да изречат конфискација врз основа на преовладување на докази кои сугерираат дека на лицата легалните приходи не можат да им бидат доволни за да го стекнат предметниот имот.
- Ова, во комбинација со неможноста на сопственикот да го докаже спротивното е доволно за целите на тестот за пропорционалност според член 1 од Протоколот бр. 1 кон ЕКЧП (Balsamo v. San Marino, § 90).

НАЦИОНАЛНО ЗАКОНОДАВСТВО

- Конфискацијата на имот и имотна корист е посебна казнено правна мерка што се состои од одземање на непосредна и посредна имотна корист прибавена со казнено дело.
- Можност постапка за конфискација да се води и кога од фактички или правни пречки не е возможно водење на кривична постапка за утврдување на вина на сторителот.

НАЦИОНАЛНО ЗАКОНОДАВСТВО

- Од сторителот се конфискува како непосредната, така и посредната имотна корист, која се состои во:

1. имотот во кој е трансформирана или претворена користа прибавена од кривично дело;
2. имотот стекнат од законски извори, доколку користа прибавена од кривично дело е помешана, во целост или делумно, со таквиот имот, до проценетата вредност од помешаната корист прибавена од кривично дело и
3. приходот или друга корист што произлегува од користа прибавена од кривично дело, од имот во кој користа прибавена од кривично дело е трансформирана или претворена или од имот во кој е помешана користа прибавена од кривично дело до проценетата вредност на помешаната корист прибавена од кривично дело.

- Ако нивната конфискација не е можна од сторителот ќе се конфискува друг имот што одговара на вредноста на прибавената корист.

НАЦИОНАЛНО ЗАКОНОДАВСТВО

Можност за конфискација од трети лица:

1. кога за нив е остварена имотната корист со извршување на кривичното дело
2. кога на нив е пренесена имотната корист, ако е очигледно дека не дале надоместок што одговара на вредноста на прибавената имотна корист и ако не докажат дека за предметот или имотот дале противнадоместок што одговара на вредноста на прибавената имотна корист.

ПРОШИРЕНА КОНФИСКАЦИЈА

- Од сторителот на таксативно наброени кривични дела се конфискува имотот стекнат во временски период пред осудата што судот го определува според околностите на случајот, но не подолг од пет години пред сторувањето на делото, доколку судот, врз основа на сите околности, е основано уверен дека имотот ги надминува законските приходи на сторителот и потекнува од такво дело.
- Овој имот ќе се конфискува и од трети лица за кои е остварен со извршување на кривичното дело и од членови на семејството на сторителот на кои е пренесен, кога е очигледно дека не дале противнадоместок што одговара на неговата вредност или од трети лица ако не докажат дека за предметот или имотот дале противнадоместок што одговара на нивната вредност.

КОНФИСКАЦИЈА КАЈ ПРАВНИ ЛИЦА

Се конфискува имотот и имотната корист и ако правното лице престанало да постои пред конфискацијата.

Ако правното лице нема имот се конфискува имотот на правниот следбеник, а ако нема таков, на основачите.

Акционерите или содружниците, кај трговските друштва, солидарно се обврзуваат да платат паричен износ кој одговара на имотната корист.

ПОСТАПКА ЗА КОНФИСКАЦИЈА

- Регулирана со одредбите од чл.530 до чл.541 од ЗКП

- За процесните аспекти на изрекувањето на мерката конфискација во нашето казнено-процесно право е битна разликата меѓу проширената конфискација и „*редовната*” форма на конфискација на имотната корист прибавена со конкретно кривично дело.

- Кај редовната конфискација судот ја утврдува имотната корист по службена должност. Имотната корист во овој случај се појавува како елемент на законското битие на кривичното дело, како елемент на квалификуваниот облик на делото или како околност битна за одредување на степенот на вината на сторителот. Товарот на докажување не паѓа врз обвинетиот, кој може да се брани и со молчење.

ПОСТАПКА ЗА КОНФИСКАЦИЈА

- Кај проширената конфискација со закон се воспоставува соборлива претпоставка (*praesumtio iuris*) дека имотот на сторителот е принос од криминална активност.

- Претпоставката е заснована врз самата природа на таквите криминални активности и како прва непосредна консеквенција го има префрлањето на *товарот на докажување* врз сторителот.

- Судот ќе изрече мерка проширена конфискација под услови ако обвинетиот во рок од една година од денот на започнување на главната расправа не може да докаже дека имотот или имотната корист се законски стекнати.

ЗАКЛУЧОК

Националните законски решенија се во согласност со стандардите на ЕСЧП:

- Постои законска основа за одземање на приносите од казнени дела;
- Постои легитимна цел;
- Постои пропорционалност: законот дава можност на лицата да докажуваат дека имотот го стекнале на легален начин од легални приходи и да ја соборат претпоставката за казненото потекло и карактер на имотот, а судијата има дискреционо овластување да не ја примени претпоставката ако смета дека нејзината примена би довела до сериозен ризик од неправда и при одлучувањето да направи сеопфатнна оценка на сите докази и целата постапка.

ЗАКЛУЧОК

Конфискацијата не е казна, ниту има ретрибутивна природа.

Поткрепа на ова се и самите начела на справедливост и законитост според кои ниту едно право не може да се стекне без законски или друг правен основ, па поради тоа, со конфискувањето на нелегално стекнатиот имот не се посега по ничии права, туку напротив, се врши враќање на претходната состојба што постоела пред сторувањето на кривичното дело, па оттаму, начелата на справедливост и законитост всушност претставуваат и законски основ за изрекување и примена на мерката конфискација.

БЛАГОДАРАМ НА ВНИМАНИЕТО

Судија
д-р Габриела Гајдова
gabigajdova@yahoo.com