

Врховни касациони суд

БИЛТЕН

бр. 2/2020



БИЛТЕН ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА

ПРИРЕЂИВАЧ: **Врховни касациони суд**
За приређивача: Драгомир Милојевић, председник суда

ИЗДАВАЧ: **Intermex**, Београд, Др Милутина Ивковића 9а
За издавача: Љиљана Миланковић-Васовић, директор

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ
УРЕДНИК: Бранислава Апостоловић, судија Врховног касационог суда

ЗАМЕНИК ГЛАВНОГ
И ОДГОВОРНОГ УРЕДНИКА: Јасминка Станојевић, судија Врховног касационог суда

РЕДАКЦИЈА: Бранислава Апостоловић, Јасминка Станојевић,
др Драгиша Б. Слијепчевић, Веско Крстајић, Весна Поповић,
Радослав Петровић и Катарина Манојловић-Андрић,
судије Врховног касационог суда

СЕКРЕТАР
РЕДАКЦИЈЕ: Оливера Новаковић,
судијски помоћник Врховног касационог суда

РЕДАКЦИЈСКА
ПРИПРЕМА: Андријана Недовић, редакцијски сарадник

ПРЕЛОМ, КОРЕКТУРА
И ДИЗАЈН: **Intermex**, Београд

ШТАМПАРИЈА: "CICERO", Београд

Свако копирање, умножавање, објављивање и дистрибуирање целине или делова текста из ове публикације представља повреду ауторског права и кривично дело.

Коришћење делова текста из овог Билтена дозвољено је сходно ауторском праву и уз сагласност издавача.

САДРЖАЈ

РЕЧ РЕДАКЦИЈЕ	5
---------------------	---

КРИВИЧНА МАТЕРИЈА

1. <i>Веско Крстајић, судија Врховног касационог суда</i> АКТИВНОСТИ КРИВИЧНОГ ОДЕЉЕЊА ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА НА УЈЕДНАЧАВАЊУ СУДСКЕ ПРАКСЕ	9
2. <i>Јасмина Васовић, судија Врховног касационог суда</i> КРИВИЧНА ОДГОВОРНОСТ ЗА КРИВИЧНО ДЕЛО ИЗ ЧЛАНА 348. КЗ УЧИЊЕНО У ВРЕМЕ РОКА ЗА ЛЕГАЛИЗАЦИЈУ	47
3. <i>Драган Јоцић, судија Врховног касационог суда</i> <i>и председник Апелационог суда у Нишу</i> ЗЛОУПОТРЕБА ПОВЕРЕЊА У ОБАВЉАЊУ ПРИВРЕДНЕ ДЕЛАТНОСТИ - КРИВИЧНО ДЕЛО И КАДА ПОВЕРЕЊА НЕМА	53
4. <i>Др Дијана Јанковић, судија Апелационог суда у Нишу</i> КРИВИЧНО ДЕЛО ПРАЊЕ НОВЦА – ЗАКОНСКА РЕШЕЊА И ПИТАЊА ИЗ СУДСКЕ ПРАКСЕ	73
5. <i>Сњежана Лековић, судија Апелационог суда у Новом Саду</i> ОДНОС КРИВИЧНИХ ДЕЛА ПОРЕСКЕ УТАЈЕ И НЕУПЛАЋИВАЊА ПОРЕЗА ПО ОДБИТКУ У КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	113
6. <i>Радоман Спарић, судија Апелационог суда у Крагујевцу</i> ВРЕМЕНСКО ВАЖЕЊЕ КРИВИЧНОГ ЗАКОНОДАВСТВА И ПРИМЕНА БЛАЖЕГ ЗАКОНА – СПОРНА ПИТАЊА И АКТУЕЛНА СУДСКА ПРАКСА	147

Поштовани,

Врховни касациони суд је ове године одустао од организације традиционалног саветовања судија Републике Србије у Врњачкој Бањи, због постојеће епидемиолошке ситуације у нашој земљи и свету и утврђених мера.

Врховни касациони суд је закључио да то није препрека да се објави посебан број Билтена који је посвећен овом саветовању. Билтен садржи низ стручних радова који се баве појединим спорним питањима из области кривичне, грађанске, привредне и прекршајне материје.

Међутим, изнети ставови у публикованим стручним радовима представљају искључиво лично виђење могућих решења обрађених спорних правних питања са становишта уважене аргументације њихових аутора.

Заузети ауторски ставови биће предмет расправе посебних одељења Врховног касационог суда, која ће усвојеним правним схватањима о истим извршити уједначавање судске праксе и тако допринети остварењу законске функције Врховног касационог суда у вршењу судске власти.

Редакција

КРИВИЧНА МАТЕРИЈА

Веско Крстајић

судија Врховног касационог суда

АКТИВНОСТИ КРИВИЧНОГ ОДЕЉЕЊА ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА НА УЈЕДНАЧАВАЊУ СУДСКЕ ПРАКСЕ

Уводне напомене

Уједначавање судске праксе односно обезбеђивање јединствене судске примене права је законска обавеза Врховног касационог суда¹. Ову своју обавезу у кривичној материји, суд остварује на више начина. Пре свега то чини поступањем у предметима из своје надлежности и доношењем одлука по поднетим захтевима или предлозима. У претежном броју случајева то су одлуке (пресуде) по поднетим захтевима за заштиту законитости као једином ванредном правног леку због повреде закона али и друге одлуке из своје надлежности. Надаље, суд на седницама одељења заузима правне ставове, схватања и закључке као и сентенце из појединих одлука те заузима ставове у вези правних питања која су кандидована на седницама представника кривичних одељења апелационих судова (на којима учествују и представници КО ВКС) а пре свега око оних питања у вези којих се представници судова нису могли усагласити.

Своје одлуке, заузете ставове и схватања ВКС објављује на својој интернет страници такође у циљу уједначавања судске праксе али одељење судске праксе у Кривичном одељењу Врховног касационог суда (КО ВКС) од уназад неколико година и на овај начин упознаје судије у Републици Србији па и ширу стручну јавност, са најновијим ставовима и схватањима већа и кривичног одељења а који су од значаја за јединствену примену права па ту праксу настављамо и ове године али само у виду реферата који ће бити публикован у "Билтену судске праксе" али не и на саветовању свих судија Републике Србије у Врњачкој Бањи "Судијски

¹ Члан 31. Закона о уређењу судова ("Службени гласник РС" бр. 116/2008...113/2017)

дани") које, због општепознатих околности (пандемије новог корона вируса), ове године неће бити одржано.

Стога ће се у овом реферату представити заузети правни ставови на седницама КО, неки ставови изражени у одлукама донетим по захтевима за заштиту законитости, ставови на заједничким састанцима са представницима КО апелационих судова а који су од значаја за уједначавање судске праксе као и сентенце из појединих одлука које су утврђене на седницама нашег одељења а све у периоду након саветовања у Врњачкој Бањи 2019. године.

ПРАВНИ СТАВОВИ, СХВАТАЊА И ЗАКЉУЧЦИ УСВОЈЕНИ НА СЕДНИЦАМА КРИВИЧНОГ ОДЕЉЕЊА

На седници КО од 28.2.2020. године усвојен је правни

З А К Љ У Ч А К

Трошкове поступка на име ангажовања браниоца по службеној дужности, сноси и исплаћује на захтев браниоца из буџетских средстава, орган (полиција, ЈТ или суд) који га је поставио односно пред којим су предузете радње браниоца.

Орган поступка нужне издатке исплаћује унапред док награду браниоцу за обављене радње у поступку мора исплатити након њиховог предузимања, а најкасније окончањем фазе поступка пред тим органом или разрешењем браниоца те исте уноси у попис који се прилаже спису.

У свакој пресуди или решењу које одговара пресуди мора се одлучити о томе ко сноси трошкове поступка (члан 262. ЗКП).

О б р а з л о ж е њ е

Обзиром да је у поступању како нижестепених судова, тако и органа поступка, дошло до неједнакости у погледу одлучивања о исплати трошкова одбране по службеној дужности, то је ВКС на седници одељења донео закључке усмерене да судовима и органима који одлучују послуже инструктивно, а све у циљу уједначавања поступања.

Најчешће питање које је изазвало одређене недоумице јесте питање обавезе исплате трошкова бранилаца по службеној дужности који су поступали у току кривичног поступка у разним његовим фазама.

Када је реч о поступању у предистражном поступку законодавац је јасно прописао чланом 261. став 6. ЗКП-а да трошкове предистражног поступка који се односе на награду и нужне издатке браниоца кога је одредила полиција исплаћује тај орган, па у том смислу сваког браниоца који би се евентуално обратио тужилаштву у истражном поступку, односно суду у даљем току поступка, треба упутити на орган полиције ради исплате трошкова, који орган је, иако то није стриктно прописано, у смислу члана 261. став 4. дужан затим да доказ о томе проложи списима предмета.

Када је реч о поступању у даљем току поступка, уз чињеницу да је истражни поступак из надлежности суда прешао у руке тужиоца, који се у овој фази појављује као орган поступка, а касније након потврђивања оптужнице као странка, законодавац је остао недоречен.

Наиме, чланом 261. став 4. ЗКП-а прописано је коју врсту трошкова је орган поступка дужан да исплати унапред, уз обавезу органа поступка да унапред исплаћене трошкове унесе у попис који ће приложити списима. Наведена одредба односи се на све фазе поступка, без обзира ко је у којој фази орган поступка, а када је реч о врсти трошкова који се предујмљују, везано за браниоце по службеној дужности, предвиђено је да се унапред исплаћују само нужни издаци постављених бранилаца.

Стога се као појавила дилема око исплате награде за браниоце по службеној дужности. Из наведене одредбе јасно произилази да се награда не исплаћује унапред. Међутим, у пракси ни не постоје случајеви захтева за исплатом награде унапред, већ се ради о захтевима бранилаца по службеној дужности за исплату накнада и награда накнадно, односно након што су извршили радње због којих су били постављени.

Имајући то у виду, закључак је да је орган поступка тај који доноси решење о исплати трошкова браниоца по службеној дужности на његов захтев, без обзира на фазу поступка, те да је иако то није стриктно прописано, у смислу члана 261. став 4. ЗКП-а дужан затим да доказ о томе проложи списима предмета. То може бити како суд у фази након потврђивања оптужнице, тако и тужилац у фази истраге. Ово тим пре ако се има у виду да се неретко поступак окончава управо у фази истраге, наредбом о

обустави, закључењем споразума и др., где суд или уопште није укључен или је његова улога кроз поступање судије за претходни поступак минимална, као и да окривљени често ангажују браниоца чиме улога браниоца по службеној дужности престаје те се исти пред судом ни не појављује.

Посебно је потребно нагласити да решење о исплати браниоца по службеној дужности није одлука о трошковима поступка за коју је једино и искључиво надлежан суд, те да следствено томе не постоје законске препреке за доношење таквог решења. У том смислу сваког браниоца који би се евентуално обратио суду за трошкове настале у фази истраге, треба упутити на орган истраге ради исплате трошкова.

Везано за трећи став овог закључка, а како се у пракси често могу видети пресуде (или решења која одговарају пресуди) које уопште не садрже одлуку о трошковима поступка, потребно је нагласити да је чланом 262. став 1. ЗКП-а прописана обавеза суда да у одлуци којом окончава кривични поступак одлучи и о основу односно о томе ко ће сносити трошкове поступка, те да је накнадно решење о трошковима могуће донети само у погледу висине трошкова о чијем је основу већ одлучено.

НЕКИ СТАВОВИ ИЗ ОДЛУКА ВКС ОД ЗНАЧАЈА ЗА СУДСКУ ПРАКСУ

И у претходном периоду значајан део активности КО ВКС се одвијао у поступку испитивања судских одлука које су донели нижестепени судови. Реч је о активностима "у суђењу" односно пре свега, о поступању по захтевима за заштиту законитости као једином ванредном правном леку који због повреде закона, могу уложити само РЈТ, окривљени и његов бранилац.

Неопходно је истаћи да се ВКС, имајући у виду одредбе члана 485. став 4. ЗКП², могао бавити само повредама одредби члана 74, члана 438. став 1. тач. 1) и 4) и тач. 7) до 10) и став 2. тачка 1), члана 439. тач. 1) до 3) и члана 441. ст. 3. и 4. (учињених у првостепеном и поступку пред апелационим судом), уколико је захтев поднет од стране окривљеног и

² Законик о кривичном поступку ("Службени гласник РС" бр. 72/11... 55/2014)

његовог браниоца³ но без обзира на то ово је и најделотворнији начин уједначавања судске праксе. Наиме, суд на овај начин својим одлукама отклања из правног поретка одлуке које су обухваћене повредама закона или, уколико то није могуће, да укажу на чињеницу повреде. Из ових разлога се на ставове ВКС које је изразио у својим одлукама све чешће позивају не само нижестепени судови (у својим одлукама) него и странке у поступку и подносиоци захтева.

Стога ћу у наставку овог реферата указати на неке ставове из наших одлука у протеклом периоду које су од значаја за уједначену и правилну примену права а заинтересовани детаљно образложење тих ставова могу потражити у самим одлукама које се јавности доступне на сајту ВКС⁴.

Обавезна одбрана (члан 74)

Одредбом члана 74. предвиђено је девет процесних ситуација у којима окривљени мора имати браниоца и иста се по правилу поштује од органа поступка. Међутим, одбрана окривљеног у поднетим захтевима често (неосновано) истиче постојање ове повреде те ценим да је за праксу наших судова интересантно указати на две процесне ситуације у којима нисмо нашли постојање ове повреде.

Тако, налазимо да нема ове повреде у ситуацији када је седници већа другостепеног суда уместо браниоца по службеној дужности окривљеног, присуствовао адвокат који је одређен за преузиматеља његове адвокатске канцеларије (јер је на свој захтев брисан из Именика адвоката) будући да је окривљени имао браниоца и на исто је без утицаја чињеница што са њим никада није разговарао.⁵

Такође, ове повреде закона нема у ситуацији када се према окривљеном води посебан поступак изрицања јединствене казне (члан 552. - 556. ЗКП) по захтеву ЈТ, то у истом окривљени који није доступан не мора имати браниоца па ни по службеној дужности јер се не ради ни о

³ У највећем броју случајева и у претходном периоду, захтев су подносили окривљени и његов бранилац

⁴ <https://www.vk.sud.rs/sr>

⁵ Кзз 766/2019 од 11.9.2019. године

суђењу у одсуству нити о било којој другој процесној ситуацији из члана 74. ЗКП.⁶

**Околности које трајно искључују кривично гоњење
(члан 438. став 1. тачка 1 ЗКП)**

Као околности које трајно искључују кривично гоњење, овом одредбом је предвиђено наступање застарелости кривичног гоњења, искључење гоњења услед амнестије или помиловања или је ствар већ правноснажно пресуђена, или постојање других околности које трајно искључују кривично гоњење.

И у претходном периоду, као најчешћи разлог постојања ове повреде у поднетим захтевима се истицало да је "ствар већ правноснажно пресуђена" те да је наступила застарелост кривичног гоњења.

Ценим да је овом приликом интересантно указати на неке одлуке и ставове који су у њима изражени. ВКС је нашао да је почињена ова повреда:

-у корист окривљеног према коме је одбијена оптужба због к.д. тешко дело против безбедности јавног саобраћаја из члана 297. став 2. у вези са чланом 289. став. 1. КЗ (саобраћајка у стању тешке алкохолисаности са смртном последицом) јер је претходно обустављен прекршајни поступак из овог догађаја због наступања апсолутне застарелости прекршајног гоњења – будући да радњама прекршаја нису исцрпљене радње к.д. нити је последица смрти обележје прекршаја без обзира што је суд узгредно констатује;⁷

-начело "*ne bis in idem*" повређено је у ситуацији када је окривљени претходно у прекршајном поступку ослобођен због прекршаја из члана 6. став 3. ЗЈРМ а потом у кривичном поступку оглашен кривим због к.д. тешка телесна повреда из члана 121. став 1. КЗ јер последица повређивања и није елеменат прекршаја па и не мора бити у његовом опису али је радња (ударац шаком у пределу носа) потпуно идентична, па је ВКС одбио оптужбу;⁸

⁶ Кзз 1081/2019 од 6.11.2019. године

⁷ Кзз 1524/2018 од 21.3.2019. године

⁸ Кзз 393/2019 од 18.4.2019. године

- кривично гоњење власника оружја је искључено у периоду важења наредбе о легализацији и исто значи трајно искључење гоњења у том периоду. Циљ легализације је да се омогући лицима да легалним путем предају оружје у назначеном периоду а што је окривљеном онемогућено одузимањем оружја у критично време, па смо одбили оптужбу за ово к.д.;⁹

- како је окривљени екстрадиран ради извршења казни по правноснажним пресудама а није се одрекао начела специјалитета, то је околност која искључује његово гоњење те је повређен закон доношењем решења којим је одбијен предлог браниоца за укидање притвора и за обуставу поступка па смо укинули пресуде и вратили на поновно одлучивање;¹⁰

Да нема ове повреде ВКС је нашао:

јер наредба ЈТ о обустави истраге не представља одлуку о правноснажном обустављању поступка имајући у виду фазу поступка у којој поступа ЈТ који одлучује и када је истрага у потпуности завршена те да и након обуставе истраге ЈТ може поново да је покрене без опасности да је повредио ово начело;¹¹

- када апелациони суд у односу на исту првостепену одлуку, одлучујући по више жалби донесе две одлуке (по различитим жалбама) поступио је у складу са одредбом члана 455. став 3. ЗКП те се не ради о пресуђеној ствари;¹²

- доношењем решења о одбачају оптужнице (члан 333. став 3. ЗКП) не ствара се процесна ситуација правноснажно пресуђене ствари јер се ради о процесној одлуци а ЈТ може оптужницу поднети поново;¹³

- ствар није правноснажно пресуђена тиме што је ЈТ одлучио да нема места кривичном гоњењу а потом поново покренуо кривични поступак подношењем оптужног предлога.¹⁴

Да нема ове повреде а у вези примене Наредбе о легализацији оружја нашли смо у предмету Кзз 877/2019 јер је, по ставу ВКС, смисао

⁹ Кзз 581/2019 од 26.6.2019. године; исто и у Кзз 594/2019 од 19.6.2019. године; Кзз 270/2020 од 16.6.2020. године

¹⁰ Кзз 623/2019 од 25.6.2019. године

¹¹ Кзз 1285/2019 од 28.1.2019. године

¹² Кзз 43/2020 од 19.2.2020. године

¹³ Кзз 764/2019 од 3.9.2019. године

¹⁴ Кзз 740/2019 од 10.9.2019. године

ове наредбе односно њен дух иде ка томе да је држава имала потребу да из кривичног прогона искључи само лица која већ држе и носе оружје и муницију те да им омогући да предају захтев за издавање одговарајуће исправе, односно да предају такво оружје, без правних последица (а у периоду легализације) ... те се Наредба не може применити на лица која продају, набављају, купују или радњом помагања посредују при куповини оружја (окривљени су у периоду легализације, неовлашћено набавили а потом и продали оружје).¹⁵

Изузеће (члан 438. став 1. тачка 4 ЗКП)

Судови се у битном доследно придржавају забрана из члана 37. став 1. ЗКП али и у овом периоду у пракси смо имали (релативно мали број) предмета у којима смо утврдили постојање ове повреде. Тако, постојање ове повреде смо нашли:

- када у већу другостепеног суда као судија поступа З.М. који је супруг пуномоћника оштећеног, повређена је одредба члана 37. став 1. тачка 2) ЗКП;¹⁶

- када је у другостепеном већу АП суда које је одлучивало о жалби осуђеног на решење којим је одбијена његова молба за условни отпуст, учествовала судија која је оштећена кривичним делом повређена је одредба члана 37. став 1. тачка 1) ЗКП;¹⁷

- када је у другостепеном већу које одлучује по жалби учествује као члан већа судија који је донео првостепено решење против кога је изјављена жалба, поступљено је противно одредби члана 37. став 1. тачка 4) ЗКП;¹⁸

- када је у трећестепеном већу (КжЗ) које одлучује по жалби на другостепену пресуду учествује као члан већа судија који је у претходном делу поступка учествовао у већу другостепеног суда које је укинуло прву ослобађајућу пресуду па "разматрање и оцењивање суштине ствари, у два степена одлучивања у јединственом поступку представља разлог за обаве-

¹⁵ Кзз 877/2019 од 24.10.2019. године

¹⁶ Кзз 739/2019 од 5.9.2019. године

¹⁷ Кзз 1367/2019 од 30.1.2020. године

¹⁸ Кзз 263/2020 од 20.5.2020. године

зно изузеће сходно члану 37. став 1. тачка 4) ЗКП, без обзира што оваква процесна ситуација није изричито прописана том одредбом";¹⁹

- када је у ванпретресном већу суда које је потврђивало оптужницу, учествовала судија која је као судија за претходни поступак донела решење о одређивању притвора окривљеном.²⁰

Постојање оптужбе односно одобрења (члан 438. став 1. тачка 7 ЗКП)

И у претходном периоду, ова повреда поступка је релативно ретко истицана у поднетим захтевима за заштиту законитости а само у једном предмету смо утврдили да је истицана основано. Реч је о ситуацији да је поступак вођен по приватној кривичној тужби те су основани наводи у захтеву да је за доношење Наредбе о издавању потернице а сходно члану 598. став 1. ЗКП неопходан услов да се кривични поступак води по службеној дужности те смо нашли да овај услов у конкретном није испуњен па је ВКС укинуо наредбу.²¹

Да је постојање ове повреде неосновано нашли смо у више предмета. Тако:

- повреде ове одредбе нема у ситуацији када је оптужена гоњена од стране ЈТ за к.д. насиље у породици из члана 194. став 1. КЗ а осуђена због к.д. лака телесна повреда из члана 122. став 1. КЗ, јер је оштећени кривичну пријаву против окривљене због предметног догађаја поднео одмах сутрадан ПУ дакле у року од три месеца, а све то имајући у виду одредбе члана 65. став 3. ЗКП;²²

- приватни тужилац (који је иначе благовремено, у року од три месеца, поднео приватну кривичну тужбу) овлашћен је одредбом члана 409. став 1. ЗКП да измени оптужбу након извођења доказа на претресу, те тиме не чини ову повреду;²³

¹⁹ Кзз 781/2019 од 27.2.2020. године. Овом одлуком ВКС је одступио од раније праксе о истом. Види Кзз 606/2019 од 20.6.2019. године

²⁰ Кзз 324/2020 од 20.5.2020. године

²¹ Кзз 947/2019 од 24.9.2019. године

²² Кзз 910/2019 од 26.9.2019. године

²³ Кзз 932/2019 од 3.10.2019. године

- како се сходно члану 53. став 3. ЗКП сматра да је оштећени поднео предлог за гоњење уколико је поднео кривичну пријаву (а што је овде случај) то нема ове повреде.²⁴

**Нерешен предмет оптужбе
(члан 438. став 1. тачка 8 ЗКП)**

Ова повреда поступка је такође релативно ретко истицана у поднетим захтевима па и у претходном периоду али смо њено постојање констатовали у предмету Кзз 696/2019. Наиме, нашли смо да када суд након одређивања главног претреса донесе решење о обустави поступка у односу на једно кривично дело а на основу члана 352. став 1. тачка 1) ЗКП повредио је ту одредбу будући да у овој фази поступка може донети само одбијајућу пресуду па је ВКС усвојио захтев за заштиту законитости поднет од РЈТ и утврдио повреду (која није ни у корист ни на штету окривљених). Истовремено суд је починио и повреду из члана 438. став 1. тачка 8) ЗКП у корист оптужених јер није решио предмет оптужбе доношењем неке од пресуда у вези тог к.д. за које су, поред осталих дела, били оптужени.²⁵

Да нема ове повреде нашли смо у ситуацији када суд из чињеничног описа изостави као недоказану радњу к.д. превара која је ушла у састав продуженог дела решио је предмет оптужбе те није правилно да у односу на ту радњу доноси ослобађајућу пресуду а на чему се неосновано у захтеву браниоца потенцира²⁶ те да се не може починити решењем другостепеног суда којим се одбацује жалба пуномоћника браниоца окривљеног на решење којим је тај бранилац новчано кажњен (и одбија жалба браниоца окривљеног на исто решење), јер је поступак још у току и пресуда још и није донета.²⁷

**Прекорачење оптужбе
(члан 438. став 1. тачка 9 ЗКП)**

Поведа ове одредбе је и у претходном периоду једна од најчешће истицаних повреда у захтевима за заштиту законитости поднетим од стра-

²⁴ Кзз 979/2019 од 8.10.2019. године

²⁵ Кзз 696/2019 од 2.7.2019. године

²⁶ Кзз 999/2019 од 17.10.2019. године

²⁷ Кзз ОК 24/2019 од 18.9.2019. године

не окривљеног и његовог браниоца. Повреда се састоји у чињеничним интервенцијама суда у односу на битне елементе дела описане у поднетом оптужном акту овлашћеног тужиоца а пре свега у томе што се додају битни елементи којих није било или се повећава количина криминалне активности окривљеног.

У више предмета смо констатовали постојање ове повреде али указујем само на неке:

- како је субјективни опис дела окривљених С.Н. С.Б. и П.Д описан у оптужници да су били "способни да схвате значаја свог дела и да управљају својим поступцима, у групи ради повремених вршења кривичних дела, према унапред постигнутом договору, свесни свога дела и хтели његово извршење, којом приликом су били свесни и да је њихово дело забрањено" , суд прекорачује оптужбу када у односу на оптуженог С.Н. додаје: " а оптужени С.Н. свестан да приликом извршења кривичног дела тешке крађе може доћи до примене силе, па је на то пристао", јер додаје битне чињенице које нису биле садржане у оптужном акту;²⁸

- када суд у опис дела увреда из члана 170. став 1. КЗ дода радњу дела тј. да је окр. "увредио прив тужиоца тако што је..";²⁹

- наводима да је окр. к.д. извршила у дужем временском периоду него је то наведено у опт. предлогу те да је једну радњу к.д. извршила дана 16.01.2018. год. која уопште није означена у опт. предлогу.³⁰

Забрана преиначења на горе (члан 438. став 1. тачка 10 ЗКП)

Само су правна оцена дела и одлука о кривичној санкцији предметом забране из члана 453. ЗКП (тзв. забрана *reformatio in peius*) која забрањује како другостепеном суду да у случају постојања само жалбе у корист окривљеног измени пресуду на његову штету у погледу правне квалификације и одлуке о кривичној санкцији, тако и осталим судовима који након установљења ове забране поступају у конкретном предмету.

²⁸ Кзз 794/2019 од 12.9.2019. године

²⁹ Кзз 1193/2019 од 28.11.2019. године

³⁰ Кзз 122/2020 од 5.2.2020. године

Постојање ове повреде смо нашли у ситуацији када другостепени суд, мимо предлога ЈТ у жалби, окривљеном изрекне казну затвора у трајању од 1 године и 2 месеца уместо казну затвора у трајању од једне године колико је ЈТ у жалби тражио и на тај начин, иако је у обавези да пресуду, у смислу члана 451. став 1. ЗКП, испитује само у границама изјављене жалбе те је тако повредио одредбу члана 453. ЗКП па је ВКС усвојио захтев браниоца и преиначио пресуду само у погледу одлуке о казни.³¹

Ценим да је за праксу судова интересантно указати и на неке ситуације у којима смо нашли да није почињена ова повреда. Тако:

- када суд окр. ослободи од оптужбе па се на пресуду жали ЈТ због погрешно утврђеног чињеничног стања и због повреде одредаба поступка, тиме се, по ставу ВКС, жали и на повреду закона те нема ове повреде у томе што у поновљеном поступку суд окр. огласи кривим за исто дело за које је ранијом пресудом ослобођен од оптужбе;³²

- ова повреда се не односи на одредбе о ублажавању казне јер је чињенично питање како ће суд ценити поједине околности при одмеравању казне;³³

- нема повреде одредбе члана 453. ЗКП у ситуацији када ЈТ након укидања првостепене пресуде само по жалби браниоца окривљеног, у новом поступку, измени оптужни акт и дода неке субјективне елементе к.д. на што је овлашћен по члану 43. став 2. тачка 5) у вези са чланом 409. став 1. ЗКП јер пресуда није измењена ни у погледу правне квалификације нити одлуке о казни.³⁴

Недозвољени докази (члан 438. став 2. тачка 1 ЗКП)

И у захтевима за заштиту законитости о којима смо одлучивали у претходном периоду, ово је вероватно најчешће истицана повреда поступка. У више предмета ВКС је нашао да се ради о незаконитом доказу па смо укидали нижестепене пресуде или смо, констатујући постојање повреде, захтеве одбијали имајући у виду њену "релативност", односно

³¹ Кзз 367/2019 од 18.4.2019. године; слично и у Кзз 1239/2019 од 28.11.2019. године

³² Кзз 603/2019 од 19.6.2019. године

³³ Кзз 1411/2019 од 29.1.2020. године

³⁴ Кзз 87/2020 од 3.3.2020. године

налазећи да је "очигледно да би и без тог доказа била донесена иста пресуда".

Указујем на неке од ситуација у којима смо нашли да постоји ова повреда. Тако:

- признање окривљеног као саставни и неопходни део споразума о признању крив. дела између њега и тужиоца, сагласно одредбама чланова 313. до 319. ЗКП, нема ни форму ни карактер исказа у смислу одредаба ЗКП о испитивању окривљеног у истрази и на главном претресу (који би стога био подобан да се чита по члану 406. став 1. тачка 5. ЗКП) већ је то њихова воља о окончању поступка. Стога, по члану 406. став 1. тачка 5) ЗКП суд није могао да се упозна са садржином записника о рочишту за споразум о признању к.д.;³⁵

- како ни у једном од записника о саслушању окривљених у полицији није унето да су се изричито изјаснили да ли ће узети браниоца по свом избору то су исти записници супротни одредби члана 85. став 3. ЗКП и представљају незаконит доказ сходно члану 85. став 5. ЗКП;³⁶

- незаконито је вештачење извршено од стране Л.М. дипломира-ног биолога, (на околност злостављања и мучења животиња) будући да се именовани не налази у регистру сталних судских вештака МП РС а у конкретном не постоје друге околности које оправдавају ангажовање других вештака мимо списка а сходно члану 114. став 3. ЗКП.³⁷

За поступање наших судова и праксу у вези са овом повредом, сигурно ће бити интересантно указати и на ситуације у којим смо нашли да није почињена ова повреда. Тако:

- не ради се о незаконитом доказу када суд саслуша као сведока радника полиције који у свом исказу сведочи само о чињеницама које је запазио својим чулима а не о ономе што му је рекао окривљени, нити извештај лекара коме се јавио оштећени а лекар унео као анамнестичке податке о начину повређивања;³⁸

³⁵ Кзз ОК 19/2019 од 3.9.2019. године; исто и у Кзз 1433/2017 од 21.12.2017. године

³⁶ Кзз 791/2019 од 12.9.2019. године

³⁷ Кзз 322/2020 од 26.5.2020. године

³⁸ Кзз 462/2019 од 9.5.2019. године

- одредба члана 406. став 1. тачка 1) ЗКП по основу које је суд прочитао ранији исказ саокривљеног (који је у међувремену преминуо) не ограничава суд да не може, уопште или "у одлучујућој мери", на овом доказу засновати своју пресуду;³⁹

- одредба члана 92. став 1. ЗКП се односи на општу способност да се буде сведок те не постоје сметње да се као сведок испита и лице које има одређене физичке или душевне недостатке а одредба члана 131. став 2. ЗКП предвиђа само могућност а не и обавезу суда да одреди психијатријско вештачење уколико се појави сумња у способности сведока;⁴⁰

- службена белешка коју сачини судија, ван главног претреса о томе да је извршио увид у курсну листу НБС за званични средњи курс евра на одређени дан представља законит доказ и по својој садржини и по начину прибављања јер за утврђивање ових чињеница није неопходно стручно знање а курсна листа је јавни и свима доступни податак;⁴¹

- како је потврда о привремено одузетим предметима од окривљеног резултат прегледа возила окривљеног предузетог у склопу овлашћења полиције из члана 286. став 1. и 2. ЗКП (на основу којих одредби је потврда и сачињена) а о чему је све обавештен и надлежни тужилац, то се не ради о незаконитом доказу нити се стога може говорити о незаконитом вештачењу пронађених предмета опојне дроге;⁴²

- овлашћена службена лица су, у смислу члана 286. став 1. ЗКП и члана 147. став 1. ЗКП, могла да предузимају наведене мере (увиђај места догађаја, преглед возила и одузимање предмета) без наредбе судије за претходни поступак.⁴³

Повреда кривичног закона (члан 439. тачка 1 ЗКП)

Мериторну оцену постојања повреде одредбе члана 439. тачка 1) ЗКП (тј. да ли је суд повредио кривични закон, односно материјалноправ-

³⁹ Кзз ОК 13/2019 од 25.6.2019. године

⁴⁰ Кзз 540/2019 од 6.6.2019. године

⁴¹ Кзз 551/2019 од 3.7.2019. године

⁴² Кзз 706/2019 од 3.10.2019. године; Кзз 793/2019 од 24.10.2019. године; Кзз 1205/2019 од 21.11.2019. године

⁴³ Кзз 793/2019 од 24.10.2019. године; Кзз 1424/2019 од 27.2.2020. године

не одредбе, по питању да ли је дело за које је окривљени оптужен кривично дело или не) ВКС је давао када се у захтевима за заштиту законитости указивало да у изреци пресуде и опису кривичног дела недостају неки његови законом прописани елементи или пак да опис садржи основе који искључују противправност те тиме и постојање кривичног дела. Ова повреда је релативно често истицана у поднетим захтевима и указују на неке одлуке у којима смо нашли да је почињена ова повреда. Тако:

-к.д. угрожавање сигурности из члана 138. КЗ врши се претњом да ће се угрозити живот или тело, а у конкретном окр. је оштећеној слао поруке вулгарне садржине исказујући своје сексуалне жеље те нема елемената овог к.д. него к.д. полно узнемиравање из члана 182а КЗ које није било инкриминисано у време догађаја па је ВКС ослободио окривљеног;⁴⁴

-како из законског описа произилази да се к.д. превара из члана 208. КЗ може извршити само са умишљајем (дело спада у тзв. к.д. са субјективним бићем код којих је намера конститутивни елемент кривичног дела дакле његово битно обележје) у чињенични опис дела није неопходно унети опис директног умишљаја па ВКС налази да је погрешан став другостепеног суда да нема дела јер је у опису наведено (само) "да је окривљени био свестан забрањености свог дела чије извршење је и хтео", па је усвојен захтев РЈТ и утврђено постојање ове повреде у корист окривљеног;⁴⁵

- када је суд огласио кривим привилегованог сведока да је дао лажан исказ у поступку пред ЈТ иако је тај сведок касније изјавио да жели да се користи привилегијом несведочења, тада се тај његов исказ не може користити ни на који начин у кривичном поступку те тај исказ није "пуноважан (валидан) и не може бити основ оптужења – конкретно радња или предмет кривичног дела за које су оптужене оглашене кривим" па је ВКС ослободио окривљене од оптужбе јер нема дела;⁴⁶

- када у опису дела недавање издржавања из члана 195. став 1. КЗ није наведено да је (и када) одлука којом је утврђена обавеза издржавања постала "извршна", тада недостаје битно законско обележје овог к.д;⁴⁷

⁴⁴ Кзз 921/2019 од 3.10.2019. године

⁴⁵ Кзз 1013/2019 од 8.10.2019. године; исто и у Кзз 1153/2019 од 12.11.2019. године; исто али у односу на к.д. крађа из члана 203. КЗ у Кзз 105/2020 од 4.2.2020. године

⁴⁶ Кзз 1078/2019 од 24.12.2019. године

⁴⁷ Кзз 1126/2019 од 10.12.2019. године

- окривљени је био дужан и могао је да зна да чини кажњиво дело ступањем у полне односе са дететом (лицем које није напунило 14 година) и погрешан је став Апелационог суда да је окривљени поступао у неотклоњивој правној заблуди (члан 29. ст. 1. и 2. КЗ) те је ВКС уважио захтев РЈТ и утврдио повреду у корист окривљеног;⁴⁸

- покушај квалификованих облика кривичног дела злоупотреба службеног положаја из члана 359. став 2. или 3. КЗ није могућ ако није остварена тим ставовима прописана висина имовинске користи јер постигнута имовинска корист не представља последицу дела него квалификаторну околност па ако није постигнута нема ни дела.⁴⁹

Налазим да је за праксу значајно указати и на неке одлуке у којима смо нашли да није почињена ова повреда. Тако:

- лекар је одговорно лице и извршилац дела из члана 367. КЗ;⁵⁰

- к.д. злоупотреба овлашћења у привреди из члана 238. став 1. тачка 2) КЗ није изменама КЗ из 2016. године декриминализовано, обзиром да су и поред разлика у законском опису, битна обележја овог к.д., у конкретном случају, садржана у к.д. превара у обављању привредне делатности из члана 223. КЗ будући да су и даље кажњиве радње извршења "лица које у обављању привредне делатности у намери" но како је по окривљеног блажи ранији закон то је исти и примењен;⁵¹

- неосновано је указивање у зз да је суд требао "комбиновати" два закона и то одредбе о кривици из члана 14. и 22. – општег дела КЗ те одредбе о делу из члана 142. КЗ СРЈ – посебног дела јер се код примене кривичног закона па тиме и одредаба о блажем закону, одредбе општег и посебног дела примењују у оквиру истог временског важења закона а не комбиновањем законских одредби из више различитих закона који су важили у различитим периодима;⁵²

⁴⁸ Кзз 1345/2019 од 30.1.2020. године

⁴⁹ Кзз 40/2020 од 18.2.2020. године

⁵⁰ Кзз 485/2019 од 16.5.2019. године

⁵¹ Кзз 1001/2019 од 8.10.2019. године; Кзз 1149/2019 од 14.11.2019. године

⁵² Кзз РЗ 1/2020 од 23.6.2020. године

**Повреда кривичног закона
(члан 439. тачка 2 ЗКП)**

У поднетим захтевима за заштиту законитости у претходном периоду, ово је повреда закона која је релативно често истицана па и у погледу погрешне примене процесног закона иако је реч о повредама материјално-правних одредби будући да је повреда јасно дефинисана одредбом члана 439. тачка 2) односно "да ли је у погледу кривичног дела које је предмет оптужбе примењен закон који се не може применити". У супротном под ову повреду би се могле применити све повреде процесног закона које су иначе обухваћене повредом из члана 438. став 2. тачка 3) ЗКП која би у том случају била потпуно непотребна.

Указаћу само на неке ситуације у којима смо утврдили постојање ове повреде:

- како је к.д. проневера извршено 2012. године то се на радње окривљеног има применити одредба члана 364. став 2. у вези са ставом 1. КЗ (закон у време извршења дела) а не к.д. проневера у обављању привредне делатности из члана 224. став 2. у вези става 1. КЗ јер ово дело није постојало у време извршења а нови закон није ни блажи по окривљеног;⁵³

- имајући у виду да из изреке пресуде произилази да је за оба к.д. (угрожавање сигурности из члана 138. став 1. и насилничко понашање из члана 344. став 1. КЗ) дат јединствени чињенични опис, ВКС налази да је радња к.д. угрожавање сигурности "јебаћу ти мајку, ја ћу те убити", конзумирана (привидни идеални стицај по основу консумпције) у радњама насилничко понашање које чине грубо вређање и дрско и безобзирно понашање а описане у преосталом делу изреке пресуде па се у конкретном ради о једном к.д. и то из члана 344. став 1. КЗ,⁵⁴

и неке у којима смо нашли да ове повреде нема:

- примена одредбе члана 5. КЗ (примена блажег закона) могућа је само до правноснажног окончања предметног кривичног поступка а приликом одлучивања о испуњености услова за условно отпуштање примењују се одредбе закона који те услове прописује и важи у време извршења

⁵³ Кзз 580/2019 од 12.6.2019. године

⁵⁴ Кзз 316/2020 од 21.5.2020. године

казне и доношења одлуке о условном отпусту (те нема ретроактивне примене Закона о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима који је ступио на снагу 16.04.2013. године);⁵⁵

- израз "кријумчарење" односи се на све облике извршења тежег облика кривичног дела недозвољен прелаз државне границе и кријумчарење људи из члана 350. став 2. КЗ и обухвата радње омогућавања другом да недозвољено пређе државну границу Србије, омогућавање за недозвољен боравак или омогућавање транзита преко територије Републике Србије;⁵⁶

- "када се врши спајање казни од којих су неке окривљеном изречене по различитим кривичним законима, као у конкретном по Кривичном закону СРЈ и Кривичном законнику, у поступку се примењује закон који је важио у време подношења захтева за изрицање јединствене казне а уколико је након подношења захтева дошло до измене кривичног закона, примењује се закон који је најблажи за окривљеног у смислу члана 5. КЗ".⁵⁷

Повреда кривичног закона (члан 439. тачка 3 ЗКП)

У односу на ову повреду закона, у поднетим захтевима за заштиту законитости, често се истицало да суд није уопште или у довољној мери ценио неке олакшавајуће околности или пак да је преценио неке отежавајуће околности а све приликом одмеравања казне, међутим, ВКС је у бројним одлукама изразио став да се у том случају истиче повреда одредби члана 441. став 1. ЗКП која не може бити предметом испитивања по захтевима за заштиту законитости који подносе окривљени и његов бранилац па смо такве захтеве одбацивали. Ову повреду суд је у меритуму испитивао у складу са њеним опсегом дефинисаним одредбом члана 439. тачка 3) ЗКП односно "да ли је приликом доношења одлуке о кривичној санкцији или о одузимању имовинске користи или о опозивању условног отпуста повређен закон односно, да ли је суд прекорачио овлашћења која има по закону".

⁵⁵ Кзз 587/2019 од 13.6.2019. године

⁵⁶ Кзз 172/2020 од 4.3.2020. године

⁵⁷ Кзз 358/2020 од 30.6.2020. године

Најпре ћу указати на неколико ситуација и предмета у којима смо нашли постојање ове повреде:

- апелациони суд је погрешно када је нашао да нема места примени одредбе члана 246. став 5. КЗ из разлога "мале количине опојне дроге" с обзиром да "количина опојне дроге не може искључивати примену бенефиције из наведене законске одредбе";⁵⁸

- уколико осуђени не испуни неку обавезу из члана 65. став 2. КЗ (да оштећеном надокнади штету), суд може, у складу са чланом 70. став 2. КЗ, најдоцније у року од једне године од дана истека времена проверавања, одредити да се изврши казна утврђена у условној осуди (опозив условне осуде) а према ставу ВКС, исто подразумева да поступак опозива условне осуде мора бити и правноснажно окончан у том року;⁵⁹

- када суд нађе да к.д. убиство у покушају из члана 113. КЗ у прерачењу граница нужне одбране из члана 19. став 3. КЗ окривљени није извршио услед јаке раздражености или препасти изазване нападом, тада нема услова да се ослободи од казне те стога ни да му се казна ублажи мимо граница прописаних чланом 57. став 1. тачка 2) КЗ па како је апелациони суд окр. казну ублажио испод тих граница (осудио га је на 2 године и 6 месеци затвора уместо на не мање од три) повредио је закон у његову корист,⁶⁰

те да ове повреде закона нема:

- у поступку изрицања јединствене казне затвора (члан 552. тачка 1 ЗКП) као утврђене узимају се јединствене казне затвора из правноснажних пресуда у којима су већ примењене одредбе о стицају, а не појединачне казне за кривична дела у стицају, јер те казне више не егзистирају самостално а јединствена казна је правилно изречена по члану 60. став 2. тачка 2) КЗ а не по основу члана 48. став 2. тачка 3) Основног кривичног закона;⁶¹

- нема ове повреде а у вези члана 45. став 5. КЗ, када суд у поступку изрицања јединствене казне (спајање казни по одредбама 552.

⁵⁸ Кзз 882/2019 од 17.9.2019. године

⁵⁹ Кзз 817/2019 од 17.12.2019. године

⁶⁰ Кзз 821/2019 од 4.12.2019. године

⁶¹ Кзз 972/2019 од 16.10.2019. године

ЗКП) споји казну затвора у трајању од једне године и казну "кућног" затвора од шест месеци изрицањем јединствене казне затвора јер се "кућни затвор" не може изрећи ако је утврђена казна преко једне године а како је то у конкретном случају.⁶²

**Одузимање имовине проистекле из кривичног дела,
о имовинскоправном захтеву (члан 441. став 3. ЗКП)**

У вези повреде из члана 441. став 3. ЗКП а у односу на поступак одузимања имовине проистекле из кривичног дела, у предмету Кзз ОК 29/2019 усвојили смо захтев браниоца налазећи да се благовременост подношења захтева за трајно одузимање имовине проистекле из к.д. цени у односу на чињеницу када је јавни тужилац примио писмени отправак правноснажне пресуде и да од тада тече рок од шест месеци за подношење захтева (а не од датума њене правноснажности) па смо укинули решења о трајном одузимању и вратили на поновно одлучивање.⁶³

У предмету Кзз 1143/2019 нашли смо да нема повреде ове одредбе а у вези имовинскоправног захтева будући да је окривљени к.д. злоупотреба службеног положаја из члана 359. КЗ извршио на штету буџетских средстава чиме је оштећен буџет РС то је основано да је усвојен имовинскоправни захтев РС коју је заступао њен правобранилац а неосновано се истиче да у конкретном Република Србија нема својство оштећене у кривичном поступку.⁶⁴

**Одлука о трошковима крив. поступка
(члан 441. став 4. ЗКП)**

И у претходном периоду ова повреда закона убедљиво је најчешће истицана у поднетим захтевима за заштиту законитости.

Указаћу само на неке ситуације у којима смо нашли да је закон повређен⁶⁵. Тако:

⁶² Кзз 38/2020 од 13.2.2020. године

⁶³ Кзз ОК 29/2019 од 18.9.2019. године

⁶⁴ Кзз 1143/2019 од 5.11.2019. године

⁶⁵ Са жаљењем се да приметити да се повреде у вези трошкова поступка и поред бројних одлука ВКС претходних година, понављају у одлукама нижестепених судова.

- услов за примену одредбе члана 263. ЗКП (да окривљени сноси трошкове које је проузроковао својом кривицом) јесте да се о томе донесе посебно решење, па смо усвојили зз браниоца и укинули и вратили на поновни поступак решења којим је одбијен захтев окривљеног за накнаду трошкова поступка (који је обустављен услед застарелости);⁶⁶

- када је окривљени обавезан да суду плати таксу на приватну кривичну тужбу и одлуку, јер је таксени обвезник приватни тужилац (који потом може захтевати да се окривљени који буде осуђен, обавезе да му плати и те трошкове);⁶⁷

- када суд пресудом није одлучио, у смислу одредбе члана 262. став 1. ЗКП, ко ће сносити трошкове поступка, него само да ће се о томе одлучити посебним решењем, није могао накнадно посебним решењем обавезати окривљеног да сноси трошкове;⁶⁸

- суд је повредио одредбе члана 261. став 2. тачка 8) и 264. став 1. ЗКП када је обавезао оштећеног да свом пуномоћнику плати (наведене) трошкове поступка јер се трошкови поступка досуђују оштећеном а не његовом пуномоћнику па је ВКС усвојили захтев РЈТ;⁶⁹

- када браниоцу малолетног окривљеног не досуди трошкове одбране пред полицијом повређене су одредбе члана 261. став 2. тачка 7) ЗКП и члана 79. ЗМ јер се у смислу члана 2. став 14. ЗКП под термином "поступак" подразумева и предистражни а закон не прави разлику између изабраног и браниоца по службеној дужности;⁷⁰

- правно дејство које решење о укидању привременог одузимања имовине има у односу на трошкове који су настали у поступку одузимања имовине проистекле из кривичног дела, може се поистоветити са правним дејством које обустава кривичног поступка производи у односу на трошкове кривичног поступка, стога је одлука о трошковима предметног поступка у којем је укинута привремено одузимање имовине од окривље-

⁶⁶ Кзз 449/2019 од 9.5.2019. године; Кзз 757/2019 од 5.9.2019. године; Кзз 244/2020 од 13.5.2020. године

⁶⁷ Кзз 576/2019 од 6.6.2019. године

⁶⁸ Кзз ОК 21/2019 од 3.9.2019. године

⁶⁹ Кзз 673/2019 од 27.6.2019. године

⁷⁰ Кзз 786/2019 од 4.9.2019. године; слично и у Кзз 1414/2019 од 23.1.2020. године

ног морала бити донета сходно члану 265. став 1. ЗКП па је ВКС укинуо решење којим је захтев за накнаду трошкова одбијен;⁷¹

- када се на првостепено решење о трошковима поступка жали само окривљени и тражи да му се досуде и трошкови за још неке радње а другостепени суд укине решење у целости те тиме и у делу који није оспораван и супротно правцу побијања, повредио је одредбу члана 467. став 1. ЗКП што је за последицу имало да се у новом поступку окривљеном досуде трошкови у нижем износу од првобитно досуђених;⁷²

- када је тужилац окривљеног оптужио и поступак је вођен због к.д. превара из члана 208. став 4. у вези са ставом 1. КЗ за које је обавезна одбрана те је окр. постављен и бранилац по службеној дужности а због ког к.д. су вршена и одређена вештачења, у ситуацији када суд окривљеног огласи кривим због сасвим другог к.д. за које није предвиђена обавезна одбрана нити су вештачења вршена у вези тог дела, обавезивањем окривљеног да плати трошкове ангажовања браниоца по службеној дужности и трошкове вештачења, повређен је закон на штету окривљеног;⁷³

- када су се ЈТ и окривљени сагласили и о трошковима кривичног поступка те је пресудом донетом по споразуму о признању кривичног дела окривљени обавезан и да плати тачно дефинисане трошкове (међу којима нису трошкови оштећеног), доношењем посебног решења по члану 262. став 2. ЗКП којим је усвојен захтев оштећеног и окривљени обавезан на накнаду и тих трошкова, повређен је закон па је ВКС уважавањем захтева браниоца одбацио захтев за трошкове поднет од оштећеног;⁷⁴

- захтев за накнаду трошкова спада у остале поднеске у кривичном поступку и за састављање истог браниоцу припада награда у складу са тариф. бр. 4. став 2. АТ.⁷⁵

Указаћу и на две одлуке суда у којима смо нашли да нема повреде закона а за које сматрам да могу бити интересантне за праксу наших судова:

- захтев за накнаду трошкова пред судом правног лека мора бити постављен у поднетом правном леку да би се о истом одлучило у складу

⁷¹ Кзз 943/2019 од 3.10.2019. године

⁷² Кзз 1225/2019 од 21.11.2019. године

⁷³ Кзз 524/2019 од 22.1.2020. године; слично и у Кзз 457/2020 од 18.6.2020. године

⁷⁴ Кзз 279/2020 од 21.5.2020. године

⁷⁵ Кзз 360/2020 од 26.5.2020. године; слично и у Кзз 416/2020 од 3.6.2020. године

са одредбом члана 267. ЗКП а никако посебним решењем из члана 262. став 1. ЗКП;⁷⁶

- нема повреде члана 262. став 2. ЗКП када је суд одбио као неблаговремен захтев оштећеног за накнаду трошкова поступка будући да исти није поднео ни до краја главног претреса ни правноснажног окончања поступка него тек потом, јер се рок из ове одредбе не односи на подношење захтева за накнаду трошкова него само на недостајуће податке и вису трошкова, па смо одбили зз РЈТ (и тиме изменили постојећу праксу).⁷⁷

ОСТАЛО

Ценим да за праксу наших судова могу бити значајни ставови које смо изразили у неким другим одлукама донетим у претходном периоду.

Тако, у више предмета смо нашли да је повређен закон – члан 485. став 1. тачка 1) ЗКП у вези члана 30. Закона о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, тероризма корупције – у ситуацији када је суд према окривљеном решење о спровођењу истраге донео пре почетка примене овог закона (1.11.2012) због к.д. проневера из члана 364. став 2. у вези са ставом 1. КЗ, то је поступак тада и започет и суд се није више могао огласити стварно ненадлежним па смо усвојили захтев РЈТ, укинули решења Оsn суд и Ап. суда којим се тај суд оглашава ненадлежним а предмет уступљен Вишем суду у Београду - одељење за сузбијање корупције и вратили трећем суду на даљи поступак.⁷⁸

Поведа одредбе члана 451. став 2. у вези члана 317. став 1. тачка 4) ЗКП – ВКС је усвојио захтев РЈТ и утврдио повреду у корист окривљеног у ситуацији када је другостепени суд поводом жалбе окривљеног на пресуду донету по споразуму о признању кривичног дела СПК изменио одлуку о казни тако што је са 1 године и 2 месеца затвора казну смањено на 1 годину кућног затвора – јер на ово није овлашћен будући да су се

⁷⁶ Кзз 1390/2019 од 20.1.2020. године НАПОМЕНА: У питању је одлука (решење председника већа) по захтеву браниоца за трошкове на име награде за састављање захтева за заштиту законитости а не одлука по самом том захтеву.

⁷⁷ Кзз 30/2020 од 4.2.2020. године

⁷⁸ Кзз 649/2019 од 27.6.2019. године; исто и у Кзз 723/2019 од 10.7.2019. године и у Кзз 220/2020 од 9.6.2020. године

странке споразумеле о висини казне а иста је "предложена у складу са кривичним законом".⁷⁹

УЈЕДНАЧАВАЊЕ СУДСКЕ ПРАКСЕ АПЕЛАЦИОНИХ СУДОВА

Као и претходних година, значајан део активности ВКС на уједначавању судске праксе судова у Републици Србији, односио се на учешће представника КО ВКС у раду на заједничким седницама представника КО апелационих судова⁸⁰ које се одржавају свака три месеца а на којима се кандидују спорна правна питања око којих је или уочено неуједначено поступање судова или за која је оцењено да су од значаја за судску праксу. Након тих седница, КО ВКС се на својим седницама потом изјашњаваало у вези заузетих ставова (било да су усаглашени на седницама представника апелационих судова било пак да у вези појединих питања није постигнута сагласност).

У претходном периоду одржани су састанци са представницима КО Апелационих судова и то у Нишу дана 30.09.2019. године, Крагујевцу 09.12.2019. године и Новом Саду 29.06.2020. године⁸¹. У наставку овог прегледа активности ће бити представљени ставови КО ВКС у вези спорних правних питања која су кандидована на ове три седнице.

Ниш, 30.9.2019. године

1. У процесној ситуацији, када не прихвати предлог браниоца за укидање притвора или блаже мере за обезбеђење присуства окривљеног, забране напуштања стана, боравишта или забране састајања или комуницирања са одређеним лицима или посећивања одређених места, судија за претходни поступак или судеће веће не сачињава посебан писани

⁷⁹ Кзз 2/2020 од 6.2.2020. године

⁸⁰ Члан 24. став 3. Закона о уређењу судова ("Службени гласник РС" бр. 116/2008... 113/2017)

⁸¹ Због општепознате ситуације у вези пандемије CORONA вируса и проглашеног ванредног стања у Републици Србији почев од 15.03.2020. године, седница у Новом Саду која је планирана за 6.4.2020. године је оказана и одржана је 29.06.2020. године а седница у Београду по плану биће одржана крајем септембра па због тога овај преглед активности обухвата "само" три седнице.

отправак одлуке и самим тим се не поставља питање о могућности улагања жалбе.

У другој процесној ситуацији, уколико се прихвати предлог одбране за укидање притвора и наведених мера, тада се о донетој одлуци израђује писани отправак, против које одлуке је дозвољена жалба.

У трећој процесној ситуацији, након подизања оптужнице, против решења о одређивању, продужењу или укидању притвора, као и наведених мера, која се доносе по службеној дужности или на предлог странака, странке и бранилац, могу изјавити жалбу, а јавни тужилац и против решења којим је одбијен његов предлог за одређивање притвора или наведених мера.

У четвртој процесној ситуацији, када КВ веће приликом преиспитивања нађе да нема услова за укидање притвора или наведених мера, у том случају ће у образложењу одлуке ценити и разлог из предлога који претходно није прихваћен у погледу укидања ових мера.

Р а з л о з и

Одредбама ЗКП-а није прописана обавеза суда да одлучи о сваком предлогу за укидање притвора и да о томе донесе посебно решење⁸² те се стога и не поставља питање о могућности улагања жалбе⁸³.

Могућност улагања жалбе је предвиђена у осталим процесним ситуацијама а у складу са одредбама члана 214. став 3. и члана 216. став 5. ЗКП а када веће из члана 21. став 4. ЗКП приликом преиспитивања нађе да нема услова за укидање притвора или наведених мера, у том случају ће у образложењу одлуке оценити и разлоге из предлога који претходно није прихваћен у погледу укидања ових мера чиме би се испоштовао и правни стандард да се одговори на обраћање странака и браниоца суду, јер сваки захтев подразумева и неки одговор суда. То би била добра прилика, код преиспитивања притвора или наведених мера, да суд у образложењу има у виду и разлоге одбране из предлога за укидање и да тада изнесе став о томе зашто предлог и изнете разлоге није прихватио.

⁸² За супротно, замислива је својеврсна опструкција поступка у ситуацији када одбрана стално и изнова подноси предлоге за укидање притвора (или друге мере) о чему суд доноси решење о одбијању предлога на које потом одбрана улаже жалбу о којој одлучује суд другог степена ... и тако у недоглед)

⁸³ У вези истог види и ставове КО ВКС са седнице одржане 31.3.2017. године

2. У случају замене казном затвора новчане казне у већем износу, код које је неприменљив законски еквивалент један дан казне затвора за сваких започетих 1.000,00 динара новчане казне, с обзиром на ограничење прописано у члану 51. став 1. КЗ, према коме казна затвора не може бити дужа од шест месеци, замена новчане казне казном затвора врши се применом одредбе члана 51. став 2. КЗ у данима.

Р а з л о з и

Одредбом члана 45. став 2. КЗ прописано је да се казна затвора изриче на пуне године и месеце, а до шест месеци и на дане, а одредбом члана 51. став 2. КЗ пак да ако осуђени не плати новчану казну у одређеном року, суд ће новчану казну заменити казном затвора, тако што ће за сваких започетих хиљаду динара новчане казне одредити један дан казне затвора, с тим да казна затвора не може бити дужа од шест месеци, а ако је изречена новчана казна у износу већем од седамсто хиљада динара, казна затвора не може бити дужа од једне године.

У складу са тиме, по ставу КО ВКС, правилно је замену вршити у данима будући да је то изричито и прописано одредбом члана 51. став 2. КЗ а на исто указују и разлози правичности будући да 90.000,00 динара новчане казне јесте једнако 90 дана затвора али не и три месеца затвора (будући да се може десити, приликом извршења казне затвора, да окривљени издржава три месеца са укупно 92 дана па тако и два дана више).

3. Када другостепени суд одлучује о жалби против решења из члана 25. Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела не може донети одлуку којом ће укинути првостепено решење.

Р а з л о з и

Одредба члана 25. Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, прописује да првостепени суд одлучује на основу писане документације достављене од стране јавног тужиоца и власника ствари. Фактички ово је на одређен начин административни поступак, где суд одлучује по принципу шта је њему вероватније, да ли оно што је јавни тужилац предложио или евентуално што је одбрана приложила од документације и суд нема могућност да држи рочиште, изводи доказе и проверава те чињенице, што је на неки начин надлежност другостепеног суда.

Неопходно је имати у виду одредбу члана 32. истог закона, која изричито и таксативно прописује надлежност и овлашћење другостепеног суда по жалби и том одредбом није предвиђена могућност укидања првостепеног решења. При том КО ВКС има у виду да сходна примена ЗКП (члан 4. став 4. Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела) у конкретном није могућа из разлога што ова одредба прописује да ако овим законом није другачије одређено, сходно се примењују одредбе ЗКП. Међутим, Законом о одузимању имовине проистекле из кривичног дела је изричито прописано која су овлашћења другостепеног суда и које одлуке може донети, тако да је фактички то законско решење потпуно другачије од оног прописаног ЗКП. Одредба члана 33. овог закона, је по ставу КО ВКС, последица пропуста законодавца да ову одредбу избрише а на што је у јавној расправи о Закону и указивано (као уосталом и на неке друге одредбе и неусаглашености).

4. Када другостепени суд одлучује о жалби против решења о привременом одузимању имовине из члана 25. Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, не може привремено одузимање имовине заменити мером забране располагања привремено одузетом имовином.

Р а з л о з и

И код одговора на ово питање неопходно је имати у виду одредбу члана 32. Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, у коме су таксативно наведене одлуке другостепеног суда и међу њима није предвиђена могућност преиначења забране о привременом одузимању имовине мером забране располагања привремено одузетом имовином. Ова мера се први пут појављује тек у члану 34. став 1. тачка 3) Закона, која прописује престанак привременог одузимања имовине, уколико буде замењена забраном располагања привремено одузетом имовином. Дакле, мера забране располагања привремено одузетом имовином, подразумева претходно донету правноснажну одлуку. Чланом 34. став 3. Закона прописана је обавеза суда да једном годишње преиспитује оправданост одлуке о привременом одузимању имовине и могућност да се иста замени мером забране располагања привремено одузетом имовином.

Стога, ни у овој ситуацији не може доћи до сходне примене ЗКП, из разлога који су изнети поводом претходног питања.

Неопходно је имати у виду када се још јавља могућност примене мере забране располагања а то је у смислу одредбе члана 24. став 1. овог Закона, којом је предвиђена могућност јавног тужиоца да донесе наредбу о забрани располагања имовином, пре него што се одлучи о захтеву, а што може трајати до доношења одлуке, а највише три месеца. Стога, примена забране располагања привремено одузетом имовином подразумева претходно правноснажно доношење одлуке у погледу привременог одузимања, па тек након тога евентуално расправу у погледу замене.

5. Осуђени и његов бранилац могу одустати од захтева за изрицање јединствене казне који су поднели у смислу члана 552. тачка 1) ЗКП све до правноснажног окончања поступка, у ком случају ће суд поднети захтев одбацити, а уколико се од поднетог захтева одустало у жалби на првостепену пресуду, другостепени суд ће усвајањем жалбе преиначити одлуку и одбацити захтев за изрицање јединствене казне.

Р а з л о з и

Одредбама ЗКП није изричито прописана предметна ситуација, но нема дилеме да окривљени од свог захтева може увек одустати те је дилема да ли поднети захтев треба одбацити или пак одбити. КО ВКС је на ставу да би поднети захтев требало одбацити. Наиме, у тренутку одустанка од захтева, више нема овлашћеног подносиоца захтева, те би најадекватније било донети одлуку о одбачају, имајући у виду аналогију а сходно члану 456. став 2. ЗКП о одбачају жалбе у случају одустанка. Стога, како више не постоји овлашћени подносилац захтева тада не постоји ни могућност мериторног одлучивања.

6. У ситуацији када је осуђени радњу извршења једног кривичног дела предузео у време важења Кривичног закона Савезне Републике Југославије ("Службени лист СФРЈ" бр. 44/75, 34/84, 74/87... и "Службени лист СРЈ" бр. 35/92...61/01), за које је правноснажно осуђен на казну затвора од 15 година, а другог кривичног дела у време важења Кривичног законика ("Службени гласник РС" бр. 85/05...94/16), за које је такође правноснажно осуђен на казну затвора у краћем трајању, на изрицање јединствене казне примењује се закон који је важио у време подношења захтева за изрицање јединствене казне, а уколико је након тога дошло до

измене кривичног закона, онда се примењује закон који је евентуално најблажи за окривљеног.

Р а з л о з и

Код одговора на ово питање КО ВКС полази од чињенице да су ранији поступци правноснажно окончани и у тим поступцима је примењен или закон важећи у време извршења дела или пак неки каснији уколико је блажи те тако правноснажним окончањем поступка престаје могућност примене члана 5. став 2. КЗ.

У ситуацији када се покреће поступак за изрицање јединствене казне тада се примењује закон који важи у тренутку подношења тог захтева а принцип примене блажег закона се примењује уколико након подношења тог захтева до коначне одлуке суда по њему дође до измене КЗ, па се онда само у том делу на поступак примењује евентуално закон који је блажи.

КО ВКС је, уз допуну, прихватило усаглашен став на седници у Београду од 5.7.2019. године и то:

"Када се, на рочишту, на коме се одлучује о жалби против решења из чл. 25 Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, пружи докази о законитим приходима власника или трећег лица, а нису прикупљени финансијском истрагом и за које је требало извршити одређене провере пред надлежним органом, на пример да ли су плаћени порези на остварени приход и сл., или су таквих бројчаних износа за које суд нема знања да их сам обрачунава другостепени суд, у жалбеном поступку се може обратити јединици финансијске истраге ради провере одређених података" уз следећу допуну од стране КО ВКС да то не би требало чинити обичним дописом, него у форми наредбе у којој ће се прецизно определити захтев као и рок у коме би требало да се поступи по наредби.

Крагујевац, 9.12.2020. године

1. Власници оружја из категорије А, Б и Ц Закона о оружју и муницији, у начелу, не могу одговорати за неовлашћено држање и ношење оружја у периоду рока за легализацију који је одређен наредбом министра унутрашњих послова за легализацију оружја.

Р а з л о з и

Врховни касациони суд у погледу наведеног питања остаје при досадашњој судској пракси, због чега није заузет посебан став, већ је став кривичног одељења Врховног касационог суда онај који је до сада изражен у бројим одлукама како Врховног суда Србије тако и Врховног касационог суда, јер у погледу наведеног правног питања постоји судска пракса у Врховном касационом суду која је преузела ранију праксу Врховног суда Србије а која је потпуно јединствена у смислу да постојање ове наредбе искључује кривично гоњење што се тиче неовлашћеног држања и ношења оружја, са посебном напоменом да се то односи само на наведена два алтернативна облика извршења овог кривичног дела. Ни Наредба о легализацији се није мењала, односно садржи исти текст и суштина наведених одлука а самим тим и судске праксе јесте да код неовлашћеног држања и ношења оружја у периоду важења Наредбе о легализацији, наредбом се фактички искључује гоњење власника оружја, уз напомену да наредба говори само о неовлашћеном држању и ношењу оружја. Дакле, ово је одговор у начелу односно јер се не може предвидети, поготово код ношења оружја шта све може у конкретном случају бити предмет оцене, у смислу постојања овог кривичног дела или не. У пракси Врховног касационог суда је евидентиран један предмет у коме је у периоду важења наредбе један окривљени неовлашћено набављао, односно куповао на црно оружје, а други окривљени је неовлашћено продавао, па је у том предмету и у тој ситуацији Врховни касациони суд изразио став да наредба не искључује гоњење, зато што неовлашћено набављање и продаја оружја није наредбом предвиђена, а поред тога те радње су фактички супротне духу легализације оружја, која има за циљ да се од грађана оружје које се затекло, без икаквог кривичног прогона прикупи, односно да га грађани добровољно предају.

2. Имајући у виду да повреда одредбе члана 73. став 3. тачка 3) ЗКП, представља обавезан разлог за разрешење браниоца у смислу члана

80. став 1. тачка 1) ЗКП против које одлуке жалба није дозвољена, у датој процесној ситуацији (када је жалбу на првостепену пресуду изјавио изабрани бранилац који је у истом предмету поступао као судија у другостепеном поступку поводом жалбе на решење о потврђивању оптужнице, бранилац је ангажован након доношења првостепене пресуде, тако да је једина процесна радња коју је предузео- изјављивање жалбе у корист окривљеног) суд ће у смислу цитираног члана покренути по службеној дужности поступак за разрешење браниоца, позвати окривљеног да се у смислу члана 81. став 2. ЗКП изјасни о разлозима за разрешење и на околност да ли прихвата изјављену жалбу браниоца и да ли се има иста сматрати жалбом окривљеног, па уколико окривљени то прихвати сматраће се да је жалба поднета од окривљеног као овлашћеног лица, а уколико се окривљени изјасни да жалбу не прихвата као своју у том случају жалбу ће суд одбацити као поднету од неовлашћеног лица. Уколико је стављен предлог за присуство седници већа или уколико суд одлучи да држи претрес пред другостепеним судом, суд ће код изјашњења упозорити окривљеног да може ангажовати браниоца, па уколико се окривљени изјасни да браниоца неће ангажовати, а ради се о обавезној одбрани, суд ће окривљеном поставити браниоца по службеној дужности.

Р а з л о з и

Повреда одредбе члана 73. став 3. тачка 3) ЗКП не представља сама по себи разлог за аутоматско разрешење браниоца, јер члан 81. ЗКП прописује посебан поступак за разрешење браниоца, који поред осталог предвиђа и изјашњење окривљеног у погледу разлога за разрешење те да ову одредбу у том делу треба шире посматрати и тумачити, тј. одредбу члана 81. став 2. ЗКП која прописује изјашњење окривљеног у смислу да се окривљени изјасни и на околност да ли прихвата поднету жалбу као своју, будући да је и бранилац ту жалбу поднео у корист окривљеног. Надаље, одредбама ЗКП није предвиђена могућност продужења рока за жалбу, тако да би у процедури разрешења браниоца на неки начин и ово питање било решено. Ради се о специфичној процесној ситуацији коју законодавац није предвидео, те да када не постоји изричито законско решење, тада се поједине одредбе морају шире тумачити, а све у складу са принципима и начелима ЗКП. Стога би наведено решење, са једне стране сачувало процесни положај и права окривљеног у жалбеном поступку, да

не буде оштећен, а с друге стране и дало могућност да у складу са осталим одредбама ЗКП суд превазиђе ову специфичну ситуацију.

3. За време које осуђени проводи на издржавању казне затвора по пресуди која је раније достављена на извршење, не теку рокови релативне застарелости извршења казне затвора по пресуди која је касније достављена на извршење од стране суда извршења, установи у којој казна треба да се изврши.

Р а з л о з и

Кривични законик не регулише изричито ову ситуацију, али је став КО ВКС да је неопходно шире тумачити одредбу члана 107. став 3. КЗ, а којом је прописано да застарелост не тече за време за које се по закону извршење казне не може предузети, те да с обзиром да се према Закону о извршењу кривичних санкција не могу извршавати две пресуде упоредо, дакле у односу на једну се извршење не може предузети те је то разлог због кога релативни рокови застарелости у том периоду не теку, јер ЗиКС не дозвољава да се две пресуде одједном извршавају.

Врховни касациони суд прихватио усаглашене ставове апелационих судова како су формулисани у погледу наведених питања а са седнице одржане у Нишу 30.9.2020. године и то:

1. У ситуацији када је доказана квалификаторна околност која се односи на начин извршења кривичног дела тешка крађа, а кривично дело је остало у покушају из разлога што је оптужени напустио лице места услед наилазак оштећеног, чињеница да оптужени није започео радњу притежања на туђој покретној ствари, не искључује његову кривицу за кривично дело тешка крађа у покушају, уз напомену да је потребно да постоје и други докази који указују на ту његову намеру, односно да се из чињеничног стања може извести такав закључак.

2. Како ни одредбама Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера, нити одредбама других закона, није прописана другостепена стварна надлежност за одлучивање о жалби против решења судије појединца основног суда донетог у смислу члана 29. став 2. Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера, то сходно општим одредбама из члана 23. став 2. тачка 2) и члана 24. став 1. тачка 2) Закона о уређењу судова, стварна надлежност другостепеног (вишег и апелационог) суда, зависи

од тога да ли је реч о кривичном делу за које је запређена казна затвора до пет или преко пет година.

Нови Сад, 29.6.2020. године

1. У случају када су истовремено испуњени услови за примену како одредбе о специјалном поврату из члана 57. став 3. КЗ тако и одредбе о обичном поврату из члана 55. КЗ, суд ће применити одредбе члана 57. став 3. Кривичног законика.

Разлози

Одредбом члана 55. КЗ одређен је поврат и прописано је да ако је учинилац кривичног дела учињеног са умишљајем раније осуђен за умишљајно кривично дело, суд ће ту околност ценити као отежавајућу уколико од раније осуде није протекло дуже од пет година а учиниоцу не може изрећи казну испод границе прописане законом или блажу врсту казне, изузев ако закон предвиђа да се казна може ублажити или ако закон предвиђа да се учинилац може ослободити од казне, а суд га не ослободи од казне.

Одредбом члана 57. КЗ предвиђене су границе ублажавања казне а став 3. је предвиђен специјални поврат на начин да је одређено да се не може ублажити казна учиниоцу који је раније осуђиван за исто или истоврсно кривично дело.

КО ВКС полази од тога да је у конкретном извесно реч о конкуренцији опште и посебне, те да нема специјалног поврата уколико претходно нема поврата уопште па када је то тако а јесте, тада нема никакве дилеме да може само да се примени ова посебна одредба јер онда она циља услове који су прописани чланом 57. став 3. Кривичног законика.

2. О продужењу и укидању притвора код споразума о признању кривичног дела након изрицања и по објављивању пресуде уколико не постоји сагласност странака о продужењу или укидању притвора одлучује веће из члана 21. став 4. ЗКП-а сходно одредби члана 425а ЗКП-а, у супротном одлуку доноси председник већа односно судија за претходни поступак који одлучује и о споразуму о признању кривичног дела и који је и донео пресуду по том споразуму.

Разлози

У вези са наведеним, КО ВКС остаје пре свом ставу из 2014. године заузетом по спорним правним питањима у вези са споразумом о признању кривичног дела па и у вези одлуке о притвору. Наиме, у пракси је евидентно да се странке споразумевају и у вези притвора, иако то чланом 314. ЗКП није предвиђено као битни елеменат споразума те је КО заузело став да уколико споразум садржи и споразум странака о притвору, да ће тада о том притвору одлучити судија за претходни поступак, односно председник већа који одлучује и о самом споразуму и доноси пресуду по том споразуму. Идентична овој је и ситуација када се на самом рочишту поводом тог споразума странке сагласе, (одлука о притвору претходно није садржана у суду поднетом споразуму) око притвора, било око укидања или продужења притвора, да ће дакле пошто је ситуација идентична, тада о тој и таквој сагласној одлуци о притвору одлучити исти тај судија појединац или председник већа. Разумљиво, уколико сагласности нема, које ситуације наравно нису ретке, тада се има применити одредба члана 425а став 3. ЗКП у складу са којом ће након објављивања пресуде, о притвору одлучити ванпретресно веће односно веће из члана 21. став 4 ЗКП.

КО ВКС је у потпуности прихватило усаглашене ставове око спорних питања на седници у Крагујевцу од 9.12.2019. године и то:

1. Чињеница да је судија учествовао у доношењу решења којим је уважена жалба, те укинута решење о потврђивању оптужнице донето од стране првостепеног суда и предмет враћен на поновно одлучивање, јесте разлог за његово изузеће за поступање у том истом предмету поводом жалбе на првостепену пресуду сходно одредби члана 37. став 1. тачка 4) ЗКП јер је том одлуком учествовао у одлучивању о оптужници.

2. У ситуацији када суд оптуженог за чињенични опис дат у диспозитиву оптужног акта као кривично дело из члана 348. КЗ огласи кривим, с тим да унесе у опис дела "бланкетну диспозитиву", исти уношењем наведеног није додао већу количину криминалне делатности већ је дао правну оцјену радње кривичног дела описаног у оптужном акту, што је суд овлашћен да учини, јер тиме не чини прекорачење оптужбе на штету окривљеног.

3. Нису испуњени услови за законску рехабилитацију у смислу члана 98. Кривичног законика, у процесној ситуацији када осуђени након

издржане казне по пресуди домаћег суда, у законском року за брисање те осуде учини ново кривично дело за које буде осуђен пресудом иностраног суда, која није призната од стране домаћег суда, а која је унета у казнену евиденцију надлежног органа Републике Србије на основу података из казног листа које је доставила страна држава након извршене казне.

4. Одредба члана 41а Закона о извршењу кривичних санкција, примењује се и на лица која су правноснажном осуђена на казну затвора до једне године, а нису ступила на издржавање казне до ступања на снагу наведеног члана дана 29.05.2019. године.

СЕНТЕНЦЕ УТВРЂЕНЕ НА СЕДНИЦАМА КРИВИЧНОГ ОДЕЉЕЊА ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА

БИТНА ОБЕЛЕЖЈА КРИВИЧНОГ ДЕЛА ПРОГАЊАЊЕ ИЗ ЧЛАНА 138А СТАВ 1. ТАЧКА 1) КЗ

Противправне радње кривичног дела прогањање из члана 138а став 1. тачка 1) КЗ, које се састоје у неовлашћеном праћењу другог лица или предузимању других радњи у циљу физичког приближавања том лицу противно његовој вољи, морају бити предузете према пасивном субјекту у току одређеног временског периода, морају се понављати и трајати одређено време.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Кзз 70/2019 од 6.2.2019. године, утврђена на седници Кривичног одељења од 2.12.2019. године)

КРИВИЧНО ГОЊЕЊЕ ЗА КРИВИЧНО ДЕЛО ИЗ ЧЛАНА 348. СТАВ 1. КЗ

Наредба о легализацији оружја ("Службени гласник РС" број 53 од 30.5.2017. године) примењује се само на лица која су на дан ступања Наредбе на снагу власници нелегалног оружја.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Кзз 877/2019 од 24.10.2019. године, утврђена на седници Кривичног одељења 2.12.2019. године)

НАРЕДБА ЗА ИЗДАВАЊЕ ПОТЕРНИЦЕ
– ЧЛАН 598. СТАВ 1. ЗКП

Наредба за издавање потернице може се донети само у поступку у коме јавни тужилац гони по службеној дужности.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Кзз 947/2019 од 24.9.2019. године, утврђена на седници Кривичног одељења 2.12.2019. године)

ПОСЕБАН ОБЛИК КРИВИЧНОГ ДЕЛА НАСИЉЕ У ПОРОДИЦИ
– ЧЛАН 194. СТАВ 5. КЗ

Како законски опис радње кривичног дела насиље у породици из члана 194. став 5. КЗ нема заједничких елемената са осталим облицима кривичног дела из члана 194. ст. 1-4. КЗ, то није могућа конструкција продуженог кривичног дела између наведених облика насиља у породици.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Кзз 164/2019 од 27.2.2019. године, утврђена на седници Кривичног одељења од 2.12.2019. године)

ПОСЕБНО РЕШЕЊЕ О ВИСИНИ ТРОШКОВА И РОК
ИЗ ЧЛАНА 262. СТАВ 2. ЗКП

Почетак рока од једне године прописан одредбом члана 262. став 2. ЗКП, везан је за објективну чињеницу – датум правноснажности одлуке о кривично-правној ствари, без обзира да ли одлука садржи и одлуку о трошковима поступка.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Кзз 122/2019 од 5.2.2019. године, утврђене на седници Кривичног одељења од 2.12.2019. године)

ПОВРЕДА ОДРЕДАБА КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА ИЗ ЧЛАНА 438.
СТАВ 2. ТАЧКА 1) ЗКП – НЕЗАКОНИТ ДОКАЗ

Признање окривљеног које је саставни део споразума о признању кривичног дела нема форму ни карактер исказа у смислу одре-

даба чл. 85. и 86. ЗКП и стога се не може извести као доказ у кривичном поступку против другог окривљеног лица.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Кзз 1433/2016 од 21.12.2016. године, утврђена на седници Кривичног одељења 2.12.2019. године)

РОК ЗАСТАРЕЛОСТИ ИЗВРШЕЊА КАЗНЕ

Рок застарелости извршења казне тече од дана када је пресуда којом је окривљени оглашен кривим и осуђен у одсуству постала правноснажна, а не од дана правноснажности пресуде донете у поновљеном поступку.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Кзз 535/2016 од 11.5.2016. године, утврђена на седници Кривичног одељења од 2.12.2019. године)

ТРОШКОВИ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

У процесној ситуацији прописаној у члану 265. став 1. Законика о кривичном поступку, када се трошкови кривичног поступка па и нужни издаци окривљеног и нужни издаци и награда браниоцу исплаћују из буџета суда, окривљени је једини титулар права на накнаду трошкова и они се досуђују окривљеном на његов захтев.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Кзз 965/2018 од 3.10.2018. године, утврђена на седници Кривичног одељења од 2.12.2019. године)

ТРОШКОВИ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

Повреда закона из члана 441. став 4. ЗКП у вези Тарифног броја 79. Тарифе о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката

Прегледање и разматрање списка предмета од стране браниоца окривљеног након правноснажности решења о одбацивању кривичне пријаве је процесна радња предузета ради остваривања права окривљеног да буде информисан о току поступка који је против њега вођен, па окривљени има право на накнаду трошкова одбране брани-

оца који је радњу предузео, на терет органа поступка пред којим је радњу предузео.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Кзз 992/2019 од 01. октобра 2019. године, утврђена на седници Кривичног одељења од 22.6.2020. године)

КРИВИЧНО ДЕЛО ДАВАЊЕ ЛАЖНОГ ИСКАЗА

Члан 335. став 1. Кривичног законика

Раније дат исказ сведока који је касније у кривичном поступку користио право да не сведочи на основу члана 94. став 1. тачка 2) ЗКП, није пуноважан и не може се у кривичном поступку користити на било који начин те стога не може да представља радњу извршења кривичног дела давање лажног исказа из члана 335. став 1. Кривичног законика.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Кзз 1078/2019 од 24.12.2019. године, утврђена на седници Кривичног одељења од 22.6.2020. године)

ОДЛАГАЊЕ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА И ТРОШКОВИ ПОСТУПКА

Члан 283. став 3. у вези ст. 1. и 2. ЗКП

Погодовање осумњиченом применом процесног института одлагања кривичног гоњења не може се проширити у погледу права на накнаду трошкова поступка па се у случају одбачаја кривичне пријаве у смислу члана 283. став 3. ЗКП јер је осумњичени испунио преузете обавезе, не примењује одредба члана 265. став 1. ЗКП, односно трошкови не падају на терет буџетских средстава суда.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Кзз 466/2019 од 8.5.2019. године, утврђена на седници Кривичног одељења од 22.6.2020. године).

Јасмина Васовић,
судија Врховног касационог суда

КРИВИЧНА ОДГОВОРНОСТ ЗА КРИВИЧНО ДЕЛО ИЗ ЧЛАНА 348. КЗ УЧИЊЕНО У ВРЕМЕ РОКА ЗА ЛЕГАЛИЗАЦИЈУ

У ситуацији када кривично дело недозвољена производња, држање, ношење и промет оружја из члана 348. Кривичног законика буде извршено или откривено у време рока за легализацију одређеног наредбом министра унутрашњих послова о легализацији оружја, у правној пракси судова појавила су се два становишта. Једно које полази од премисе да у том периоду власници оружја не могу одговарати за извршење овог кривичног дела и друго које полази од премисе да кривична одговорност постоји, осим за лица на која се наредба о легализацији може применити, које становиште заступа и аутор овог реферата. Али, кренимо од основних одредби које је потребно размотрити да би смо били ближи одговору на ово питање.

Чланом 348. Кривичног законика прописано је

1. Ко неовлашћено израђује, преправља, продаје, набавља, врши размену или држи ватрено оружје, конвертибилно или онеспособљено оружје, његове делове, муницију, експлозивне материје или минско-експлозивна средства, казниће се затвором од шест месеци до пет година и новчаном казном.

2. Ако је предмет дела из става 1. овог члана ватрено оружје, муниција, експлозивне материје, минско-експлозивна средства или средства на бази експлозивних материја или гасно оружје чија израда, продаја, набавка, размена или држање није дозвољено грађанима, учинилац ће се казнити затвором од једне до осам година и новчаном казном.

3. Ако је предмет дела из ст. 1. и 2. овог члана већа количина оружја, муниције или средстава или је у питању оружје или друга сред-

ства велике разорне моћи или се дело врши противно правилима међународног права, учинилац ће се казнити затвором од две до дванаест година.

4. Ко неовлашћено носи предмете дела из ст. 1. и 2. овог члана, казниће се затвором од две до дванаест година.

5. Ко неовлашћено носи предмете дела из става 1. овог члана за чије набављање и држање има одобрење надлежног органа, казниће се затвором од шест месеци до пет година.

6. Оружје, његови делови, муниција, материје и средства из ст. 1-5. овог члана одузеће се.

Наредбом министра унутрашњих послова о легализацији оружја ("Службени гласник РС", број 53 од 30. маја 2017. године), (у даљем тексту Наредба) прописано је да

1. Власници оружја из категорије Б и Ц, који на дан ступања на снагу ове наредбе немају исправу издату од надлежног органа могу, у року од 1. јуна 2017. године до 1. октобра 2017. године, поднети захтев за издавање одговарајуће исправе.

2. Власници оружја из тачке 1. ове наредбе, укључујући и власнике оружја из категорије А исто могу, у року из те тачке, предати надлежном органу, односно у власништво Републике Србије.

3. У случајевима из тач. 1. и 2. ове наредбе, власници оружја нису дужни да доказују порекло и у прописаном року неће одговарати за неовлашћено држање и ношење оружја

Вратимо се сада теми овог рада и размотримо питање одговорности учинилаца кривичног дела из члана 348. Кривичног законика у време важења Наредбе, а у складу са одредбом члана 14. Кривичног законика, те да ли је Наредба та која у одређеном року искључује противправност или кривицу иако постоје сва обележја кривичног дела одређена законом.

Анализирајмо пре свега сврху прописивања кривичног дела из члана 348. Кривичног законика.

Кривично дело недозвољена производња, држање, ношење и промет оружја и експлозивних материја налази се у Глави тридесет првој Кривичног законика у групи Кривичних дела против јавног реда и мира, што би значило да је заштитни објект овог кривичног дела јавни ред и мир. Јавни ред и мир је према члану 3 Закона о јавном реду и миру ускла-

ђено стање међусобних односа грађана настало њиховим понашањем на јавном месту и деловањем органа и организација у јавном животу ради обезбеђивања једнаких услова за остваривање људских и мањинских права и слобода грађана зајемчених Уставом. Значи, одржавање јавног реда и мира подразумева услове за неометано одвијање свакодневног живота и рада грађана, њихову безбедност на јавним местима, неометано коришћење јавних објеката и служби, једноставно речено друштвену дисциплину која обезбеђује мир грађанима.

Јавни ред и мир јесте друштвена вредност која је веома значајна како са аспекта државе, тако и са аспекта грађана као појединаца, а која вредност се штити санкционисањем делатности које је могу повредити или угрозити, и то пре свега прекршајним, а у малом броју случајева, када је то од значаја за друштвени поредак, и кривичним законодавством, управо на начин како је то и учињено у конкретном случају када је у питању кривично дело недозвољене производње, држања, ношења и промета оружја и експлозивних материја из члана 348. КЗ-а.

Сада када имамо у виду значај заштитног објекта кривичног дела из члана 348. Кривичног законика, размотримо и сврху доношења Наредбе о легализацији оружја.

Као што се може видети из текста Наредбе, легализација подразумева поступак у коме лица пријављују надлежном државном органу да нелегално поседују оружје, чиме сама себе "пријављују" да су извршила кривично дело из члана 348. КЗ, па је циљ Наредбе да управо тим лицима такво њихово поступање у складу са Наредбом послужи као чињеница (околност) за искључење кривичне одговорности, а све да би се остварила сврха Наредбе и смањио број оружја које грађани нелегално поседују, како би се заштитила безбедност грађана и очувао јавни ред и мир, који је заштитни објект и кривичног дела из члана 348. КЗ.

Из напред наведеног произилази закључак да Кривични законик и Наредба о легализацији немају супротне циљеве, већ су оба акта усмерена на заштиту јавног реда и мира.

Вратимо се сада на различита становишта и размотримо их у светлу остварења тог заједничког циља.

Пођимо од становишта које полази од премисе да у време рока за легализацију власници оружја не могу одговарати за извршење овог кривичног дела.

Ово становиште полази од тога да је смисао доношења Наредбе о легализацији оружја да држава није хтела кривични прогон лица која неовлашћено држе и носе оружје и муницију, већ да им легално омогући да у одређеном периоду предају такво оружје надлежним органима. Стога према овом становишту сама Наредба у смислу члана 422. став 1. тачка 3. ЗКП представља другу околност која трајно искључује кривично гоњење за сва лица која у време рока за легализацију нелегално поседују и носе оружје.

Примећујемо да заступање оваквог становишта Наредбу, односно рок који је дат том наредбом сматра околношћу, те да се не бави испуње-ношћу осталих услова прописаних Наредбом.

Када је реч о становишту које полази од премисе да кривична одговорност постоји, осим за лица на која се Наредба о легализацији може применити, оно полази од тога да су сви учиниоци овог кривичног дела у време рока за легализацију одговорни, осим учинилаца на које се може применити искључење одговорности у складу са Наредбом.

Према овом становишту Наредбом није декриминализовано кривично дело из члана 348. КЗ за време рока за легализацију, тако да лица која нелегално поседују или носе оружје у време рока за легализацију чине ово кривично дело и нису аутоматски амнестирани за време њеног важења.

Насупрот томе, њима је Наредбом само дата могућност да избегну кривично гоњење, под условом да сами, добровољно, поднесу захтев за издавање одговарајуће исправе или га предају надлежном државном органу (или бар учине вероватним такву своју намеру у којој су предахитрени поступањем надлежних органа), у одређеном року, а рок за легализацију представља само временски оквир који им омогућава, а не даје право, да предузму радњу која ће од тренутка предузимања произвести правно дејство односно искључити гоњење. Управо то јесу околности које у смислу члана 422. став 1. тачка 3. ЗКП представљају друге околности које трајно искључују гоњење (а не само постојање Наредбе, она је акт а не околност). Ово недвосмислено и јасно произилази из тачке 3 Наредбе, која

искључује кривично гоњење за лица из тач. 1. и 2. Наредбе, а не за сва лица која су држали и носила оружје у року за легализацију.

У пракси се може појавити дилема код случајева када се окривљени брани да је у нелегалном поседовању оружја откривен док је предузимао радње усмерене на подношење захтева за издавање одговарајуће исправе или предају оружја надлежном државном органу. Уколико суд закључи да је таква одбрана доказана, ова чињеница може бити такође околност која трајно искључује гоњење.

Закључићемо да би остајање на становишту да је сама Наредба околност која трајно искључује кривично гоњење у одређеном временском периоду практично значило да је у време рока за легализацију декриминализовано кривично дело из члана 348. Кривичног законика, иако према ставу аутора овог реферата то није сврха доношења Наредбе. Полемишући са оваквим становиштем, примећујемо да би то за последицу имало да је у том року дозвољено држати и носити илегално оружје без одобрења надлежног органа, а што би било супротно како сврси прописивања кривичног дела из члана 348. Кривичног законика, тако и сврси доношења Наредбе и веома би погодовало лицима који никада нису ни имала намеру да оружје легализују или предају. При том, опште је познато да се наредбом не може дерогирати, нити изменити закон, те да и када извршна власт реши да направи изузетак у смислу кривичне одговорности то чини на тај начин што предлаже законодавној власти да измени или донесе закон, јер се и криминализација и декриминализација одређеног понашања као кривичног дела могу установљавати искључиво законима (а не било каквим подзаконским актима).

Ово тим пре ако се има у виду да, као што је већ напред написано, и Наредба и кривично дело прописано чланом 348. КЗ имају за циљ да заштите јавни ред и мир. У прилог ового говори и текст прве Наредбе о легализацији и предаји оружја ("Службени гласник РС" број 31/2003) која је имала шест тачака и била језички прецизнија, па је изричито било прописано да приликом подношења захтева за издавање оружаног листа власници оружја нису дужни да доказују порекло (а не уколико такав захтев нису поднели), као и да власници оружја који су оружје предали (а не уколико га нису предали) неће одговарати за неовлашћено држање и ношење оружја.

Такође у прилог овом становишту можемо навести и пример из земље из окружења. Наиме Врховни суд Републике Хрватске све до 2007. године заступао је становиште да нема противправности за особе затечене са оружјем у време када су то оружје могли предати без санкције у року за добровољну предају оружја, другим речима становиште да у време рока за легализацију власници оружја не могу одговарати за извршење овог кривичног дела. Како је наведено становиште било врло стимулативно за лица која нису ни имала намеру да оружје добровољно предају и служило је за избегавање кривичне одговорности (као и код нас), ово питање је решено изменом закона којим је сада стриктно прописано да лице неће одговарати само уколико је оружје предало пре него што је било затечено са истим, а ишло се и дотле да се законом регулише и начин предаје.

Стога је јасно да и без измена закона код нас, становиште према коме су сви учиниоци овог кривичног дела у време рока за легализацију одговорни, осим учинилаца на које се може применити искључење одговорности у складу са Наредбом управо за циљ има очување јавног реда и мира и безбедност грађана.

Драган Јоцић,
судија Врховног касационог суда
председник Апелационог суда у Нишу

ЗЛОУПОТРЕБА ПОВЕРЕЊА У ОБАВЉАЊУ ПРИВРЕДНЕ ДЕЛАТНОСТИ - КРИВИЧНО ДЕЛО И КАДА ПОВЕРЕЊА НЕМА -

Уводна разматрања

Одредбом члана 224а Кривичног законика (допуна "Службени гласник РС" број 94/16 а примењује се од 1. марта 2018. године) прописано је кривично дело

злоупотреба поверења у обављању привредне делатности:

1. Ко у намери да себи или другом прибави противправну имовинску корист, проузрокује имовинску штету субјекту привредног пословања чије имовинске интересе заступа или о чијој имовини се стара, казниће се затвором до три године.

2. Ако је делом из става 1. овог члана прибављена имовинска корист или проузрокована штета у износу који прелази четиристопедесет хиљада динара, учинилац ће се казнити затвором од једне до осам година.

3. Ако је делом из става 1. овог члана прибављена имовинска корист или проузрокована штета у износу који прелази милион и петсто хиљада динара учинилац ће се казнити затвором од две до десет година.

Као разлог за увођење овог кривичног дела као новог у глави кривичних дела против привреде наводи се да су правна теорија и судска пракса заузели став да се на радње које треба подвести под злоупотребу поверења у обављању привредне делатности не може применити раније, постојеће, кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица јер, за разлику од злоупотребе поверења у обављању привредне делатности, то кривично дело није усмерено против имовине субјекта привредног

пословања.¹ Међутим, чини се да су наведени разлози више у функцији оправдавања прописивања нове норме него што се дотичу суштине. Зато што се и код једног и код другог дела не ради искључиво о имовини субјеката привредног пословања и што свако дело у глави кривичних дела против привреде штити имовину тих субјеката али и правилност привредног пословања. Кривично дело злоупотребе поверења у обављању привредне делатности сврстано је у кривична дела са елементом корупције, па је пре разлог његовог прописивања заокруживање групе ових кривичних дела и надлежности посебних одељења судова за поступање у овим предметима. Уколико ово кривично дело сагледамо у контексту укупних измена у глави кривичних дела против привреде очигледно је настојање законодавца да се уведе што већа специјализација појединих кривичних дела у овој глави.

Поверење

Није на одмет вратити се коренима поверења, садржаног у називу кривичног дела, односно краткој семантичко – етимолошкој анализи овог појма. Корен је у појму **вера**, религијски. Вера у Бога. Вера значи уверење у исправност неке тврдње или чињенице без њене провере, односно без логичког расуђивања и закључивања. На појам вера наслања се глагол веровати: веровати у Бога, веровати изворима информацијама... Не морамо знати да нешто постоји да бисмо у то веровали: у биоенергију, загробни живот... Истог етимолошког порекла је изведени појам **поверење**, значајан за разматрања у овом раду. Поверење подразумева да друга особа треба да се понаша на одређен, очекиван, начин. Ипак, немојте да претпоставите да су ваша животна правила и њихова животна правила. "Поверујете ли било коме можда ћете бити повређени"².

Поверење имамо у своје брачне и ванбрачне партнере, у своју децу, кумове и добре (иначе не би били добри) пријатеље, у сараднике на послу и пословне партнере. У свим облицима поверење је засновано на општеусвојеним стандардима. Поверење у партнера, доброг пријатеља, засновано је на моралним односно етичким стандардима. Свако од њих може да злоупотреби наше поверење. Неке злоупотребе поверења изази-

¹ Стојановић, З. Предговор Кривичном законiku, Кривични законик према стању законодавства, Београд, 2016

² Scott Peck, М. Пут којим се ређе иде

вају промене у спољном, реалном, свету а неке не. Свака злоупотреба поверења боли. Оне које не изазивају промену у спољашњем свету чак и више. Посебно партнера, деце, добрих пријатеља. Међутим, управо те злоупотребе остају у зони некажњивости, мада за собом повлаче осуду. Моралну или етичку. Ни свака злоупотреба поверења која се манифестује у спољашњем, реалном, свету не повлачи за собом кажњивост у кривичноправном смислу.

Злоупотреба поверења, да би подлегла било каквој осуди треба да је скривљена. Не треба да постоји ако је пријатељ био у крајњој нужди, или под дејством неодољиве силе..

Поверење као обележје дела

Право и живот појединаца не би смели да се у битноме разиђу. То не значи ни да треба животно механички селити у правне норме, посебно не у кривичноправне. Поверење се стиче у дужем временском периоду, пре свега доследношћу у друштвено прихватљивом понашању. Поверење може бити засновано на угледу другог управо због претходног, доследног понашања.

У пресуди Апелационог суда у Београду Гж 5009/2011 од 30. септембра 2011. године се наводи "Повреда доброг пословног угледа предузећа, као повреда заштићеног нематеријалног добра, сама по себи не може довести до новчане накнаде нематеријалне штете, јер се последице те повреде не манифестују у једном од законом признатих видова нематеријалне штете (физички бол, психички бол, страх) које се везују само за физичко лице". Одлука нас, на први поглед, може одвести у погрешно тумачење: да уколико нема накнаде за повреду доброг пословног угледа онда ни његова повреда није правно релевантна, односно, ни добар пословни углед није правно релевантан. Међутим, исправно тумачење је да накнаде нема зато што је основ накнаде психички бол који привредни субјекат не може да трпи, јер је овај основ признат само физичким лицима. Накнада за нарушен добар пословни углед се може остварити по другим основима а кажњивост применом одредбе члана 239 КЗ. Пресуда прави јасну разлику између атрибута који припадају искључиво физичким лицима и атрибута правних лица, односно субјеката привредног пословања.

Поверење је психички однос два физичка лица. Поверење између два субјекта привредног пословања не може постојати. Може постојати међусобно поверење заступника привредних субјеката, директора једног у директора другог привредног субјекта. Али то није поверење једног привредног субјекта у другог. Зато већ у називу овог кривичног дела имамо проблем. Зато што садржи "поверење у обављању привредне делатности" односно уводи поверење тамо где га нема. Према члану 112 став 21а КЗ привредна делатност је свака делатност производње и промета роба, вршење услуга и обављање других делатности на тржишту, ради стицања добити или остваривања неког другог економског интереса. Обављање делатности на тржишту повезује и оне привредне субјекте (њихове заступнике) који пре тога међусобно нису никада пословали. Не може се говорити о поверењу у привредном пословању када је правни посао закључен само једном интернет конекцијом и уговорен превоз у "повратној тури" само зато што је цена у том случају нижа за 50% јер се превозна средства већ налазе на одредишту, после претходно обављеног превоза.

Држећи се назива дела логично питање је да ли ово кривично дело може извршити учинилац који није ни у каквом претходном односу са субјектом привредног пословања. Другачије речено да ли кривично дело злоупотребе поверења може извршити учинилац који поверење не ужива, није га стекао, или такво поверење није правно релевантно, па га самим тим не може ни злоупотребити. Иако је логички одговор да се не може злоупотребити оно што се нема, у примени ове одредбе одговор је другачији: наравно да може, што ће бити размотрено код радње извршења овог кривичног дела.

Суштина је у непрецизности већ самог назива кривичног дела, као последице механичког преузимања назива већ постојећег дела злоупотребе поверења из члана 216 КЗ. У обављању привредне делатност се не ради о злоупотреби поверења, већ о злоупотреби у обављању поверених послова, злоупотреби повереног (посла), датих му овлашћења. **Дакле исправан назив дела би био злоупотреба повереног у обављању привредне делатности.** Несумњиво да би још адекватнији назив дела био назив ранијег, потом брисаног и вероватно због тога непожељног, **злоупотреба овлашћења у привреди.** Зато што је за радње које представљају привредну делатност неопходно да лице које те радње предузима, буде овлашћено за њихово предузимање. Правни интерес оштећеног субјекта у обављању

привредне делатности није да се кривичним прогоном заштити поверење које је имао у другог, већ штета коју трпи због злоупотребе у повереном правном послу, а учинилац санкционише због злоупотребе овлашћења која су му пренета.

Заштитни објект кривичног дела

Дилема која је стално присутна код кривичних дела против привреде: да ли се појединим кривичним делима штити правилност функционисања привредног система или имовина привредних субјеката постаје беспредметна. Свако дело у овој глави је у функцији заштите правилног функционисања привредног система (са којим је у тесној вези и порески систем). Учесници у том систему су привредна друштва. Привредних друштава без имовине нема, нити без имовине може бити њихове делатности. Зато се сваким кривичним делом у овој глави штити имовина привредних субјеката а тиме и привредни субјекти као чиниоци привредног система. Нема појединачног, једног дела чијим извршењем би се угрозио привредни систем, као целина. Угрожава се вршењем појединих кривичних дела из ове главе. Заштита привредног система или имовине субјеката привредног пословања код појединих кривичних дела може бити само преодминантна.

Повреда правилног функционисања привредног система манифестује се повредом појединих сегмената који га чине укључујући имовину субјеката привредног пословања. Код овог дела је преодминантна заштита имовине привредног субјекта.

Учиниолац кривичног дела

Учиниолац кривичног дела је означен одредницом "ко" што упућује на закључак да извршилац може бити било ко или свако. Међутим, законодавац одређује у којој делатности, на ком пољу, се може злоупотребити поверени посао, наводећи да се то може учинити само:

- у обављању привредне делатности, и то:
- заступањем интереса субјекта привредног пословања, или,
- старањем о његовој имовини

Дакле, круг извршилаца кривичног дела је сужен. Извршилац мора у обављању привредне делатности имати одређена овлашћења што за собом може али и не мора да повлачи и одређен статус. Посебно не статус одговорног лица, иако и ова лица могу бити извршиоци. Статус извршиоца само није конститутивни елеменат дела. Основ на којем извршилац може засновати "статус", иако то није одређено одредбом, је:

- претходни однос извршиоца и привредног субјекта на којем је засновано његово овлашћење (пуномоћје, уговор, одлука органа заступаног субјекта...), или

- декларисаност учиниоца за обављање повереног посла (складиштар, комисионар, превозник ...)

Не може бити извршилац овог кривичног дела лице ван претходно постављених оквира. Сваки од претходно побројаних услова се мора посебно размотрити, као и њихова међусобна повезаност. У поступку утврђивања постојања законских обележја овог дела логичан пут би био да се најпре утврди постојање објективних обележја дела и то тако што би се, прво, утврдило да се ради о привредној делатности, друго, обим овлашћења учиниоца у заступању или старању о имовини субјекта привредног пословања и треће, радње учиниоца којима је поступао супротно овлашћењима, односно својим обавезама. Тек потом би се утврђивале последице радњи учиниоца иако су и оне објективне чињенице а затим субјективни елементи дела.

Детаљније о учиниоцима

Прва група услова се односи на делатност учиниоца кривичног дела а друга на његова овлашћења. Првом групом услова одређене су делатности у којима учинилац може извршити кривично дело. Односно, прво у заступању интереса субјекта привредног пословања, или, друго, старањем о његовој имовини. Стога се може, грубо, и не до краја доследно, поставити критеријум: да заступање интереса субјекта привредног пословања претпоставља закључивање правног посла са трећим лицем а да старање о његовој имовини не укључује трећа лица.

Заступање интереса субјекта привредног пословања претежно постоји када учинилац у име и за рачун заступаног субјекта привредног пословања предузима какав правни посао са трећим лицима, најчешће

другим субјектима привредног пословања. Правни посао је изјава воље, некада и у законом прописаној форми, која производи правно дејство, односно настанак, престанак, пренос или измену постојећих права. Правне и имовинске последице предузетог правног посла делују према заступаном субјекту привредног пословања. Дакле, постоје два правна посла. Први је између заступаног и заступника, онај из кога произлазе овлашћења заступника а други је између два субјекта привредног пословања, онај који је заступник закључио са трећим лицем. Уколико је дело учињено у овој делатности, **првенствено се ради о повреди унутрашњих односа заступника и заступаног**, што не мора да повлачи последице према трећим лицима, нити у односу на ваљаност правног посла. Последице по закључени правни посао наступиће ако се та страна може подвести под "другом" (у одредби: себи или другом) односно ако је заступник треће стране имао заједнички умишљај и намеру, односно претходни договор са учиниоцем. **Претпоставка је да је правни посао дозвољен**, да позитивним прописима није забрањен. Уколико је забрањен позитивним прописима, правни посао је неважећи, неће се сматрати обављањем привредне делатности, па ни дела са овом радњом извршења неће бити. Може се радити о ком другом делу али и о овом делу, али не у заступању интереса субјекта привредног пословања већ ако је повређена обавеза старања о имовини заступаног субјекта привредног пословања.

Овлашћење за заступање мора имати свој основ. Може бити засновано на закону, општем акту заступаног, акту надлежног органа или на пуномоћју.³ Терет доказивања да је учиниоцу дато овлашћење за заступање је на оштећеном субјекту привредног пословања, изузев када је то законом или другим прописом или општим актом одређена обавеза учиниоца дела. Уколико је учинилац поступао без икаквог овлашћења може се радити само о другом кривичном делу (превари у обављању привредне делатности или другом). Према одредбама Закона о привредним друштвима лица овлашћена за заступање су пуномоћници по запослењу, када је учинилац запослен код заступаног привредног субјекта, затим статутарни заступници, односно лица која су одлуком органа друштва одређена и регистрована за заступање, прокуристи, адвокати или друга лица на осно-

³ Закон о изменама и допунама Закона о облигационим односима "Службени гласник РС", број 18/2020

ву посебног пуномоћја. То могу бити и привредна друштва регистрована за заступање, с тим што и у њихово име поступа појединац, физичко лице.

У основу за заступање, пуномоћју или у својој одлуци, заступани може одредити обим овлашћења за заступање. Примера ради, ако се ради о овлашћењу за продају у истоме се може одредити минимална цена за коју ствари или права могу бити продате односно пренете или круг лица којима ствари или права не могу бити продате. Дакле, заступани може ограничити поверени правни посао. Заступник је дужан да поступа у складу са ограничењима својих овлашћења.⁴ Посебно питање које заслужује пажњу је **накнадно одобрење правног посла**, иако је исти закључен прекорачењем овлашћења и заступаном нанета штета. Сматрамо да у овом случају треба тумачити да је накнадним одобрењем проширен почетни опсег овлашћења које је дато, да обухвата и овлашћење за радњу која би, да није дато накнадно одобрење, представљала радњу кривичног дела. Последица погађа субјекта привредног пословања па ако тај субјекат последицу накнадно одобрава, у правном послу нема штете ни оштећеног. Не треба заборавити да се ради, пре свега о грађанскоправним односима, па овакво тумачење има основ још у римском праву као институт *rehabilitio*. Радње учиниоца би, у том случају, биле сагласне датим му овлашћењима.

Старање о имовини субјекта привредног пословања је издвојено из заступања интереса субјекта привредног пословања, иако и заступање његових интереса обухвата старање о његовој имовини. Чини се да је то учињено како би норма обухватила и случајеве када се нанесе имовинска штета субјекту привредног пословања у користољубивој намери а да то није учињено правним послом са трећим лицима. Појам стараоца Закон о привредним друштвима не познаје. Познаје га закон о стечају као обавезу стечајног управника да се стара о започетим а незавршеним пословима стечајног дужника. Било би престрого радњу кривичног дела везати само за овај случај. Напротив мора се широко тумачити, укључујући и фактичко старање.

Код старања о имовини субјекта привредног пословања у првом плану је декларисаност учиниоца за обављање повереног посла. Предаја робе складиштару подразумева да иста буде чувана и сачувана, што под-

⁴ Закон о о изменама и допунама Закона о привредним друштвима "Службени гласник РС", број 91/19

разумева предузимање свих радњи у ту сврху. Исто важи за робу која је поверена хладњачарима или превозницима. Излагањем поверене робе пропадању наноси се штета субјекту привредног пословања и то може бити у намери да други субјект пласира своје производе или за њих добије већу цену, прибави му се корист.

Старање о имовини се не исцрпљује у делатности учинилаца декларисаних за обављање одређених послова. Уколико је ствар предата у оставу ради обезбеђења потраживања, оставопримац не мора бити регистрован за обављање ове делатности. Основано је очекивање субјекта привредног пословања да ће други у повереном послу испунити своје обавезе и да је његова дужност да своје послове извршава савесно, са пажњом доброг привредника и у разумном уверењу да делује у најбољем интересу привредног друштва о чијој имовини је дужан да се стара. Такво уверење је засновано на поштовању стандарда доброг привредника и техничких стандарда, компетентности у пословним активностима.

Поверене дужности одређују посебан положај, или својство извршиоца.

Радња извршења

Радња извршења овог кривичног дела није прописана. Законодавац санкционише само последицу дела, па се дело зато опредељује као последично кривично дело. Уједно, то је и једино кривично дело у глави кривичних дела против привреде код којег није одређена радња извршења. Примера ради код кривичног дела пореске утаје радња је опредељена као давање лажних података, код преваре у обављању привредне делатности опредељена је као лажно приказивање или прикривање чињеница, код проневере у обављању привредне делатности као присвајање новца, хартија од вредности или друге покретне ствари... По својој општости одредба надилази злоупотребу положаја одговорног лица као, до тада, најопштијег кривичног дела у овој глави, како у погледу могућег круга извршилаца, јер не прописује посебно својство учиниоца, тако и у односу на опсег могућих радњи извршења. Отуда и став да би ово дело "потенцијално могло да постане основно кривично дело, које би у највећем броју слу-

чајева у пракси, практично могло да замени кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица."⁵

Општост правне норме, по правилу, угрожава њену одређеност. "Правне норме својим језичким изразом и језичком формулацијом морају јасно да изразе чињенице које улазе у састав диспозиције."⁶ Потпуно одсуство радње дела, води потпуној неодређености дела. Одредба није чак ни упутство како интерпретацијом одредити радњу дела. Довољно су широко постављене радње: злоупотребом својих овлашћења, прекорачењем граница свог овлашћења или невршењем своје дужности, коришћење као обележја других дела, да би обухватиле и радњу овог дела. Уосталом код кривичног дела злоупотребе поверења из члана 216 КЗ, које је основа кривичном делу злоупотребе поверења у обављању привредне делатност радња је одређена као "злоупотреби дата му овлашћења". Изостављањем радње извршења као обележја дела, угрожена је њена прецизност и са тиме повезана предвидљивост казнене одредбе. Заступање и старање о имовини субјеката привредног пословања, наведене као радње у одредби овог кривичног дела, саме за себе, не представљају кажњиве радње, без прописаних последица.

"Одређеност правне норме треба да обухвати сваки сегмент бића дела; посебно радњу и последицу дела. Радња је одређена последицом дела а последица би морала бити значајна само за одлуку о казни. За утврђивање радње извршења дела одговорност је пребачена на тужиоце и судије."⁷

Издаз из постојеће ситуације је у условном прихватању да је дело са бланкетном диспозицијом. Зашто условном прихватању? Условном, зато што дело нема своју радњу. Код кривичних дела са бланкетном диспозицијом постоји међузависност и неодвојивост бланкетне норме и

⁵ Шкулић М. Злоупотреба поверења у обављању привредне делатности као потенцијално основно привредно кривично дело, саветовање судија привредних судова, Златибор, 2019. године

⁶ Лукић Р. Методологија права

⁷ Лукић Н, Лепетић Ј. Злоупотреба поверења у обављању привредне делатности (не)успели покушај осавремењавања кривичног права, Анали Правног факултета у Београду 2/2018

материјално-правног прописа, најчешће некривичне природе, на који се он позива (тим прописом се детаљније одређује биће кривичног дела) те је неопходно да се поред чињеница и околности које представљају обележје дела наведе и конкретизује материјално-правни пропис од којег зависи постојање тог дела и кривица учиниоца. Прописи некривичне природе се морају кретати у границама које одредба прописује: у заступању интереса субјекта привредног пословања или у старању о његовој имовини. Већ из назива кривичног дела произлази и ограничење да се дело може извршити само у обављању привредне делатности. Привредна делатност је одређена чланом 112. став 21а КЗ. Међутим, радња кривичног дела биће одређена, пре свега, Законом о привредним друштвима и прописима из области грађанског права (најпре о облигационим односима).

Значајно је да кривично дело санкционише повреду унутрашњих односа заступаног и заступника у обављању поверених му послова. Кривично дело може да се исцрпи, може бити свршено само у овом послу (складиштар, шпедитер, превозник...) али и у још једном послу, када заступник иступа према трећем субјекту привредног пословања, закључивањем правног посла у име и за рачун заступаног. Та повреда не мора водити ништавости самог правног посла уколико се трећа лица (друга страна у правном послу) не могу подвести у категорију саучесника у кривичном делу или у категорију "другом" као стицаоцу противправне имовинске користи, о чему је претходно било речи.

Кривично дело се може учинити и **нечињењем**. Претпоставка је да постоји обавеза учиниоца на чињење, предузимање радњи у циљу заштите имовине субјекта привредног пословања од штете и да те радње нису предузете због користољубиве намере. Дело се може извршити нечињењем како у заступању интереса тако и у старању о имовини субјекта привредног пословања. Дobar пример извршења дела нечињењем у заступању интереса (иако у овом случају физичких лица) су пресуде Општинског и Окружног суда у Нишу (К 1897/05 и Кж 1790/08) у којима се наводи: окривљени је од лица која су сачињавала конзорцијум био овлашћен да учествује на лицитацији и да лицитира до договорене цене од 33 милиона динара. Он то није учинио, дакле, злоупотребио је поверење осталих чланова конзорцијума јер је одустао од лицитирања када је цена достигла висину од 7 милиона динара. Дакле, одустао је од лицитирања за скоро пет пута мању цену од оне која је била договорена, те тако злоупотребио

поверење чланова конзорцијума. Извршење дела нечињењем у старању о имовини субјекта привредног пословања најпре је повезано са обавезама на чињење шпедитера, хладњачара, комисионара, односно онда када извршилац не предузме радње предвиђене пословно техничким стандардима за очување односне имовине.

Облик виности и намера; штета и противправна имовинска корист

С обзиром да је кривично дело већ дефинисано као последично, односно, да се радња кривичног дела опредељује последицама, изузетно је значајно сагледати како законодавац одређује последице кривичног дела, односно определити однос противправне имовинске користи и имовинске штете. Раздвајањем одредбе члана 112 став 36 КЗ коју морамо користити у судском поступку можемо доћи до ближег одређивања имовинске користи и имовине (ове додуше у незнатном опсегу) а преко имовине до имовинске штете као категорија употребљених у одредби. Појам имовинске користи је потпуно одређен: "имовинска корист је добро сваке врсте, материјално или нематеријално, покретно или непокретно, процењиво или непроцењиво и исправа у било ком облику којим се доказује право или интерес у односу на такво добро". Тиме је дефинисана и намера стицања противправне имовинске користи, с тим што противправност, као елеменат дела, не треба посебно објашњавати.

Услов постојања дела је наступање имовинске штете субјекту привредног пословања чије имовинске интересе учинилац заступа или о чијој имовини се стара ("проузрокује имовинску штету..."), с тим што је појам субјекта привредног пословања такође одређен чланом 112 КЗ. Уколико нема имовинске штете, уколико иста није настала, неће бити ни кривичног дела. Штета мора бити имовинска, па други могући видови штете нису обухваћени кривичним делом. Значи, уколико је учинилац прекорачио дата му овлашћења и себи или другом прибавио имовинску корист али нема имовинске штете по заступаног субјекта привредног пословања, неће бити дела. Кривичноправне појмове имовине или имовинске штете законодавац не одређује. Имовинску штету несумњиво представља умањење имовине, умањење постојеће активе оштећеног, док се за детаљније одређивање ослонац мора потражити у грађанскоправним одређењима.

Имовинска штета субјекту привредног пословања мора настати у намери учиниоца да на тај начин себи или другом прибави противправну имовинску корист.

Није прихватљив став појединих аутора да је обележје основног облика дела "штета или корист". Аутори самоиницијативно, без основа у законском тексту одредбе додају везник "или" иако у одредби нема чак ни везника "и". Правилним тумачењем одредбе **штета мора да наступи** а делатност учиниоца мора бити користољубива – у намери да себи или другом прибави противправну имовинску корист. За разлику од штете, **корист не мора да буде остварена**. Намера не значи и њено испуњење. На другој страни, остварена корист без штете, није кажњива овим делом. Кажњивост саме користољубиве намере, без штете другоме, била би супротна самом појму привредне делатности која се обавља ради стицања добити или остваривања неког другог економског интереса (члан 112 став 21а КЗ). Неће постојати дело ако је учинилац имао и реализовао користољубиву намеру ако је правни посао у интересу односно на корист субјекта привредног пословања. Дакле учинилац мора нанети штету у намери прибављања користи себи или другом.

Код основног облика дела штета и користољубива намера су постављене кумулативно.

Законодавац код квалификованих облика дела убацује раставни везник или, што на први поглед може водити закључку да се штета или корист одређују алтернативно чиме би се, код постојања квалификованих облика, променила садржина основног дела. Међутим, овакво тумачење није прихватљиво, полазећи пре свега од тога да су квалификовани облици дела акцесорни, да постоје само уколико су испуњена обележја основног облика дела. **Зато имовинске цензусе квалификованих облика дела треба тумачити по принципу "шта прво буде испуњено"**. То ће рећи да штета мора да постоји, али ако она не прелази прописани цензус али га прелази корист, постојаће квалификован облик дела. Такође, ако је противправна имовинска корист прибављена али не прелази висину цензуса, али га прелази штета постојаће квалификован облик дела. Одређивањем висине цензуса тачно одређеним минималним новчаним износом прибављене противправне имовинске користи, код квалификованих облика, значи да се та висина мора утврђивати како би се оценило да ли испуњава услов цензуса. То даље значи да противправна имовинска корист није више у зони намере,

већ постаје реална тј. остварена, ако се квалификовани облик дела утврђује с обзиром на висину противправне имовинске користи.

Покушај овог кривичног дела је могућ, али није кажњив с обзиром на висину запрећене казне (члан 30 КЗ), али само основног облика дела. Покушај квалификованих облика из става 2 и 3 одредбе, није могућ. Ако штета или имовинска корист није остварена у износима предвиђеним овим ставовима одредбе, постојаће претходни облик дела а не покушај тежег облика. Постигнута имовинска корист или висина штете не представљају последицу, већ квалификаторну околност дела и ако није постигнута, нема тог облика дела, па није могућ ни његов покушај, већ се ради о свршеном облику дела чија је вредност остварена (Врховни суд Србије, Кж 1-267/82). То одговара и језичком тумачењу, јер за ставове 2 и 3 законодавац наводи "ако је прибављена... или проузрокована..." дакле свршене глаголе. **Дакле, разлози се разликују али је суштина иста, да покушаја овог дела нема.**

Када смо код квалификованих облика овог дела прописаних искључиво новчаним цензусима, чини се неоправданим њихово одређивање у истој висини као и код кривичног дела злоупотребе поверења из члана 216 КЗ. Неоправдано је изједначавање имовине физичког лица и субјекта привредног пословања. Односно, не чини се оправданим да износ од четиристопедесет хиљада динара (мање од 4 000 евра) представља квалификован облик дела у привредном пословању. Исто важи и за цензус из става 3 одредбе.

У погледу виности, за све облике кривичног дела, **потребан је умишљај учиниоца.** Учиниоца мора бити свестан да поступа у обављању привредне делатности, да предузетим радњама злоупотребава дата му овлашћења те да предузетим радњама наноси штету субјекту привредног пословања који му је поверио посао и свестан да то чини ради прибављања противправне имовинске користи себи или другом, и да све то и хоће. Нехат је кажњив само када то закон изричито предвиђа, што није случај код овог кривичног дела.

Законско обележје дела је користољубива намера. Дело постоји само ако је учињено у намери прибављања противправне имовинске користи себи или другом. Зато умишљај учиниоца мора обухватити и имовинску корист. Нелогично би било да је у односу на имовинску корист довољан нехат, јер би то значило негацију намере као субјективног услова

постојања дела.⁸ Прописивањем намере законодавац прописује и директни умишљај као једини облик виности извршиоца.

Однос према другим делима

Одређивање односа овог кривичног дела према другим делима, за сада у одсуству судске праксе засноване на примени овог кривичног дела, може се засновати на језичком тумачењу и преузимању ставова изграђених у примени других, сличних дела. Показаће се да се тај однос не може одредити јединствено, постављањем једног или два критеријума.

Анализа односа овог кривичног дела са кривичним делом злоупотребе положаја одговорног лица је теоријског карактера. Кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица прописује својство извршиоца кривичног дела (одговорно лице). Међутим, и извршилац кривичног дела злоупотребе поверења често ће имати то својство. Иако су радње извршења код кривичног дела злоупотребе положаја побројане као искоришћавање, прекорачење или невршење своје дужности, њихово одређење је толико широко да се неодређене радње кривичног дела злоупотребе поверења засигурно могу под њих подвести. Корист и штета су код кривичног дела злоупотребе положаја одређене алтернативно, док су код злоупотребе поверења кумулативне и у међусобно чврстој вези. Значајна разлика се појављује код штете као обележја ових дела, јер је код првог дела правно релевантна само штета нанета "другом" а код злоупотребе поверења је релевантна само ако је нанета субјекту привредног пословања чије интересе заступа или о чијој имовини се учинилац стара а не и другим субјектима. Разлика је и у томе што кривично дело злоупотребе поверења прописује намеру (прибављања користи) док злоупотреба положаја намеру, као обележје дела, не садржи. Међутим, могуће преклапање обележја ова два кривична дела не захтева било какво тумачење, због аутодеструкције кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица, којом саму себе искључује одређивањем да ово дело постоји "уколико тиме нису остварена обележја неког другог кривичног дела" Дакле, уколико се обележја преклапају постојаће дело злоупотребе поверења у обављању привредне делатности.

⁸ Јоцић Д. Злоупотреба положаја службеног и одговорног лица, Билтен судске праксе Врховног касационог суда 2/2013

Општост правне норме кривичног дела злоупотребе поверења у обављању привредне делатности одређује однос овог кривичног дела према кривичном делу примања мита у обављању привредне делатности, као однос општег према посебном. У одређивању односа овог кривичног дела према кривичном делу примања мита у обављању привредне делатности примениће се принцип инклузије, односно да када у истим радњама учиниоца има елемената и злоупотребе поверења у обављању привредне делатност и примања мита у обављању привредне делатности, постојаће само дело примања мита, када су примање мита и злоупотреба поверења функционално повезани. У циљном смислу злоупотреба поверења представљаће само даљу фазу, која са захтеваним митом чини логичну целину. Зато дела нису у реалном стицају већ се ради о привидном идеалном стицају тих кривичних дела по односу специјалитета.⁹

Међутим ово дело ће постојати када су друга дела само пролазна фаза у његовом извршењу, примера ради кривично дело фалсификовања исправе када је фалсификована исправа само средство да се заступаном субјекту привредног пословања нанесе штета у користољубивој намери. У том случају фалсификат представља само део укупних инкриминисаних радњи које би ушле у састав овог дела, претходни стадијум за остварење дела. Фалсификат би се појавио као средство за остварење циља.

Однос овог кривичног дела према делима преваре у обављању привредне делатности или утаје зависиће од конкретних околности. Тако учинилац може да у заступању имовинских интереса субјекта привредног пословања не предузме ни једну радњу која би представљала обележје кривичног дела злоупотребе поверења а да по реализованом правном послу имовину која му је по том основу била доступна задржи за себе или је преда другом и прибави му имовинску корист. Учиниоцац није извршио дело злоупотребе поверења у заступању имовинских интереса, већ кривично дело утаје али се утаја преклапа са злоупотребом поверења у сегменту старања о имовини субјекта привредног пословања. Постоји, дакле, привидни идеални стицај ових кривичних дела. У наведеној ситуацији ваљало би радње правно оценити као дело утаје, полазећи од тога да учинилац није злоупотребио овлашћења у повереном послу и да по његовој

⁹ Јоцић Д. Примање мита у служби и привредној делатности, Билтен Врховног касационог суда 2/2018

реализацији имовина прелази у ствари које су учиниоцу поверене, али то питање остаје отворено и зависиће од конкретног случаја.

Закон о привредним друштвима (ЗОПД) предвиђа четири кривична дела, од којих три (одређена члановима 582, 583 и 584 Закона) могу бити повезана са кривичним делом злоупотребе поверења у обављању привредне делатности. Одмах пада у очи да се кривичним делима одређеним у овом закону сужава делатност у којој је релевантна злоупотреба само на обављање привредне делатности привредних друштава. Ван кажњивости, у односу на кривично дело злоупотребе поверења, остају други субјекти привредног пословања (члан 112 став 21 КЗ) односно предузетници и друга правна лица. Кривична дела из овог закона, као извршиоце одређују лица која заступају привредна друштва а чланови 582 и 583 и додатни услов да у том заступању имају лични интерес или су у сукобу интереса. Несумњиво је да извршиоци ових кривичних дела могу бити и извршиоци кривичног дела злоупотребе поверења у обављању привредне делатности, односно може постојати истоветност учиниоца. Могу се преклопити и делатности учиниоца (у заступању). Основна разлика је што кривично дело злоупотребе поверења у обављању привредне делатности дефинишемо као последично кривично дело, док су наведена кривична дела из Закона о привредним друштвима **беспоследична у основним облицима дела**. Код кривичног дела из члана 582 основним обликом дела кажњива је намера наношења штете, што значи да штета не мора да наступи, код кривичног дела из члана 583 кажњива је користољубива намера па није нужно да корист буде прибављена, док код кривичног дела из члана 584 обележје дела није ни корист ни штета, већ је кажњива сама повреда ограничења својих овлашћења без користи или штете. Због тога основни облици ових кривичних дела и дело злоупотребе поверења не могу бити у конкуренцији у примени. Основни облици ових дела су само пролазна и беспоследична фаза дела злоупотребе поверења у обављању привредне делатности, јер је за злоупотребу поверења поред повреде ограничења неопходно и наступање прописане последице дела. Наравно да је код основних облика кривичног дела из члана 582 кажњива и штета ако наступи а код кривичног дела из члана 583 и ако се прибави корист, односно ако се не остане само на намери. Међутим, ни у том случају неће коинцидирати са кривичним делом злоупотребе поверења, јер штета и корист код ових дела нису међусобно повезане. Код дела из члана 583 је неуобичајено да је основним обликом дела кажњива користољубива намера (не и штета) а квалификованим

обликом дела је прописан цензус за насталу штету извршењем дела из основног става. Код овог кривичног дела примарна је повреда дужности избегавања сукоба интереса извршиоца.

Код кривичног дела из члана 584 основним ставом је кажњива повреда дужности поступања у складу са овлашћењима које заступник друштва има па је утолико идентична злоупотреби поверења, али је дело из члана 584 у основном облику беспоследично те је некажњива фаза кривичног дела злоупотребе поверења. Квалификованим обликом овог дела обухваћена је само штета привредном друштву а не и корист или користољубива намера. Због свега што је претходно изложено и поред сличности кривичних дела прописаних ЗОПД неће бити преклапања обележја ових кривичних дела са кривичним делом злоупотребе поверења. Сва четири кривична дела из Закона о привредним друштвима прописују по један квалификован облик и постојаће ако је привредном друштву нанета штета у износу већем од десет милиона динара. Ово потврђује претходну тезу рада да су цензуси кривичног дела злоупотребе поверења прениско одређени.

Закључак

Оправдање, јер га предлагач закона не наводи као разлог за увођење овог кривичног дела, може бити изражено сужено поље примене кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица. Допуном одредбе кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица која гласи "уколико тиме нису остварена обележја неког другог кривичног дела" исто постаје супсидијарно кривично дело. Ново дело злоупотребе поверења у обављању привредне делатности својом општошћу представља компензацију за умањену општост кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица, попуњава празнину насталу супсидијарношћу злоупотребе положаја одговорног лица. У конкуренцији примене ових дела, злоупотреба положаја одговорног лица овом али и другим делима уступа примат. Дакле, кривично дело злоупотребе поверења у обављању привредне делатности није потенцијално, већ стварно најопштије кривично дело против привреде.¹⁰

¹⁰ Опширније: Шкулић М. Злоупотреба поверења у обављању привредне делатности као потенцијално основно привредно кривично дело, Двадесет седмо саветовање судија привредних судова Републике Србије, Златибор 2019. године

Међутим, отвара се питање да ли је општост правне норме, заснована само на њеној језичкој димензији а не и на њеној садржини, довољна да је произведе и у основно дело у глави кривичних дела против привреде. Уколико је диспозиција одредбе таква да у већем обиму штити имовину привредних субјеката а у још већем обиму правилност функционисања привредног система ово дело би могло, поред општег, бити и основно дело у овој глави. Међутим, то овде није случај. Због своје неодређености и других недостатака (радња извршења... последице...) ово дело не може бити основно дело против привреде.

Прва мањкавост одредбе је неодређена радња извршења кривичног дела. Генералне клаузуле нису карактеристика кривичних норми. Њима се угрожава предвидивост њихове примене. Обавеза законодавца је да норма мора да буде јасна грађанима, како би знали које радње су кажњиве, јер у супротном води угрожавању људских права.

Други разлог је ограничавање кажњивости учиниоца само за штету нанету субјекту привредног пословања чије интересе заступа или о чијој имовини се стара. Штета другим субјектима привредног пословања иако нанета обликом злоупотребе остаје некажњива. Тиме се заштита привредног система потискује у други план, уступајући место првенствено заштити имовине, и то само једног привредног субјекта (заступаном).

Трећи би могао бити ограничење штете или користи само на имовинску. Код других кривичних дела у глави кривичних дела против привреде такође постоје ограничења, с тим што се опште правило не може поставити. Код кривичних дела преваре у обављању привредне делатности, преваре у осигурању, проневере у обављању привредне делатности само је корист опредељена као имовинска а не и штета. На другој страни код кривичних дела злоупотребе положаја одговорног лица, злоупотребе поверења у обављању привредне делатности и корист и штета морају бити имовинске. Код кривичних дела примања и давања мита у обављању привредне делатности ни корист ни штета не морају бити искључиво имовинске. Кривично дело које претендује да постане основно у глави кривичних дела против привреде би морало да обухвати корист и штету и себи и другом и то и имовинску и какву другу штету или корист.

Кривични законик одређује значење израза имовинске корист а тиме, посредно и користи, док не одређује значење појма штете. Појам

штете се може преузети из грађанског права али остаје отворено питање повезано и са очекиваним, и не малим тешкоћама у евентуалном доказивању, да ли се под појам штете у кривичном праву може подвести и **изгубљена добит** као вид грађанскоправог појма штете. Несумњиво да изгубљена добит може вишеструко да надмаши реално насталу штету, да изгубљена добит може бити обухваћена умишљајем, и намером учиниоца али је ипак не треба укључити у кривичноправни појам штете, што не искључује остваривање накнаде за овај вид штете у другом поступку.

Због ограниченог домета заштите имовине субјеката привредног пословања и ограниченог домета заштите правилног функционисања привредног система, ово дело не испуњава услове основног кривичног дела у својој глави кривичних дела.

Настојање да у овој глави постоји основно дело је својеврстан атавизам, везан за уређење главе кривичних дела против службене дужности, која има своје основно дело, а из које су и настала поједина кривична, сада у глави кривичних дела против привреде. Уосталом друге главе кривичних дела (против живота и тела, полне слободе...) немају основна дела, због чега примена ових дела у судској пракси не изазива проблеме, па га ни ова глава не мора имати. Посебно зато што покрива заиста широку лепезу делатности, која се и поред свих настојања законодавца, не може угурати у јединствену регулативу. Однос основног и изведеног, па ни општег и посебног, се не може поставити у Закону о привредним друштвима, нити у Закону о облигационим односима који су основ ове главе кривичних дела па зато ни уређење ове главе кривичних дела "не трпи" такво настојање. Далеко је важнија доследност законодавних решења појединих кривичних дела у глави кривичних дела против привреде.

Др Дијана Јанковић,
судија Апелационог суда у Нишу

КРИВИЧНО ДЕЛО ПРАЊЕ НОВЦА – ЗАКОНСКА РЕШЕЊА И ПИТАЊА ИЗ СУДСКЕ ПРАКСЕ

УВОД

Према дефиницији коју је усвојила Генерална скупштина Интерпола 1995. године, под прањем новца подразумева се свака радња или покушај радње којом се сакрива или прикрива нелегално порекло средстава, тако да изгледа да она потичу из легалних извора.

Појам прања новца потиче од енглеског израза *money laundering* и означава легализацију капитала стеченог криминалном делатношћу кроз низ финансијских трансакција, са циљем прикривања стварног порекла новца и других облика капитала на тржишту. Огледа се у радњама попут фалсификовања финансијске документације и манипулацијама системом међубанкарских трансакција, а последњих година се изражава у утајама пореза, илегалној трговини дрогама и оружјем, процесима приватизације и сл.

Обим прања новца се према појединим изворима исказује у вредности између 2% и 5% глобалног бруто производа тј. процењује се да укупна вредност ових незаконитих операција износи од 615 милијарди и 1.540 милијарди евра сваке године.¹

Први међународни пропис којим је дефинисан, иако посредно, појам прања новца као и и обавезе држава у вези са увођењем кривичног дела прање новца у унутрашња законодавства је Конвенција УН против незаконитог промета опојних дрога и психотропних супстанци од 1988. године (тзв. Бечка конвенција, ратификована 1990. године)². Она налаже

¹ EUROPOL SOCTA 2013, EU Serious and Organised Crime Threat Assessment, s. 26

² "Службени лист СФРЈ – Међународни уговори", број 14/90

да стране потписнице као кривично дело пропишу и конверзију или пренос имовине, уз знање да је таква имовина стечена незаконитим прометом опојним дрогама или психотропним супстанцама, у циљу прикривања или нетачног приказивања незаконитог порекла имовине, као и инкриминисање прикривања или нетачног приказивања праве природе, порекла, места налажења, располагања, кретања, власништва, или права у вези са имовином, уз знање да је таква имовина стечена на основу одређених деликата, или учешћем у њима.

На уношење инкриминације у европска законодавства велики значај имала је Конвенција Савета Европе о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом од 1990. године (тзв. Стразбуршка конвенција, ратификована 2002. године).

Тренутно је у Европској унији релевантна и тзв. Четврта директива за спречавање употребе финансијских институција у сврху прања новца или финансирања тероризма (Директива 2015/849).

На битна обележја и обликовање кривичног дела прање новца у националним законодавствима одлучан утицај су имали међународни уговори из ове области.

Прање новца је уведено у домаће законодавство 2001. године, Законом о спречавању прања новца,³ који је у свом члану 27. прописивао радње које имају обележја кривичног дела прање новца.⁴ Међутим, наведена инкриминација је била део споредног кривичног законодавства и није била у довољној мери прецизна, те није имала већу примену у судској пракси.⁵

Уношењем инкриминације у Кривични законик⁶ 2005. године, прање новца постаје део основног домаћег кривичног законодавства.

³ "Службени лист СРЈ – Међународни уговори", број 53/01

⁴ Поменути закон била је описна само радња извршења дела (без означавања назива дела), али је из садржине норме произишало да се ради инкриминисању прања новца

⁵ Вид. детаљније М. Ђорђевић /2016/: Прање новца у српском кривичном праву, *Crimen*, № 2, 139-141

⁶ "Службени гласник РС", бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019

Законски опис кривичног дела прање новца заснован је на одредбама Закона о спречавању прања новца и финансирања тероризма⁷, којим се установљавају нарочите дужности банака, овлашћених мењача, пореских саветника и др. на плану идентификације, прибављања и процене веродостојности информација у погледу порекла имовине или намене трансакција. Имајући у виду детаљно регулисање прања новца овим прописом, при тумачењу обележја кривичног дела прање новца, узете су у обзир и одредбе садржане у овом закону.

Сврха прописивања прања новца као кривичног дела јесте сузбијање укључивања имовине стечене криминалом у легалне привредне и финансијске токове.

У раду је разматрано кривично дело прања новца у складу са домаћом законском регулативом, уз указивање на поједина спорна питања која се јављају у судској пракси. Као најважније спорно питање поменућемо однос кривичног дела прања новца извршеног радњама стицања и држања имовине од стране учиниоца предикатног (претходног) кривичног дела и самог тог претходног кривичног дела, и то како са аспекта материјалних обележја дела, тако и субјективног односа учиниоца према предузетим радњама. У раду је извршен и краћи осврт на питање оправданости кажњавања нехатног учиниоца кривичног дела прање новца уопште и, посебно у односу на учиниоца који би поступао са евентуалним умишљајем. Такође, у раду се анализирају и тумаче и сва остала питања која су регулисана овом инкриминацијом.

ПОЈАМ И ЕЛЕМЕНТИ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Заштитни објект кривичног дела прања новца

Према законском опису, кривично дело прање новца из члана 245. став 1. Кривичног законика врши лице, које изврши конверзију или пренос имовине, са знањем да та имовина потиче од криминалне делатности, у намери да се прикрије или лажно прикаже незаконито порекло имовине, или прикрије или лажно прикаже чињенице о имовини са знањем да та имовина потиче од криминалне делатности, или стекне, држи или користи

⁷ "Службени гласник РС", бр. 113/2017, 91/2019. Овај Закон је ступио на снагу 1. априла 2018. године

имовину са знањем, у тренутку пријема, да та имовина потиче од криминалне делатности, казниће се затвором од шест месеци до пет година и новчаном казном.

По својој природи кривично дело прање новца представља посебан облик кривичног дела прикривање (члан 221. Кривичног законика).⁸ Отуда стицај ових кривичних дела није могућ, односно прање новца се налази у привидном стицају са кривичним делом прикривање по односу специјалитета.⁹

Групни заштитни објект кривичног дела прање новца је заштита привредног система и његових сегмената. Штити се тржишна привреда, односно слободно тржиште и поверење у привредни систем у целини и институте тог система.¹⁰

Заштитна сврха инкриминације прања новца (члан 245. Кривичног законика) подразумева онемогућавање уношења имовине стечене криминалним радњама у легалне финансијске токове, како би се избегла могућност да се тако прибављена имовина даље инвестира и тако "опере".

Дакле, објект заштите представља привредни и финансијски систем, те је сходно заштитном објекту у нашем праву кривично дело прање новца сврстано у кривична дела против привреде (глава XXII Кривичног законика).

Имајући у виду да обележје дела подразумева знање да имовина потиче од криминалне делатности, у ширем смислу може се сматати да се њиме штити и претходним делом повређено добро. У том смислу, се заштитна сврха овог кривичног дела проширује на неопходност одузимања имовине криминалног порекла, што ову инкриминацију приближава институтима одузимања имовинске користи прибављене кривичним делом и одузимању имовине проистекле из кривичног дела.¹¹

⁸ Љ. Лазаревић /2006/: Коментар Кривичног законика Републике Србије, Београд, стр. 629.

⁹ Н. Делић /2006/: Кривично дело прања новца – међународни оквири и позитивно-правна регулатива, у: Примена међународног кривичног права од стране међународних и домаћих судова. Тематски међународни научни скуп (С. Ного, ур.), Београд, стр. 350.

¹⁰ З. Стојановић /2016/: Коментар Кривичног законика, Београд, 5. издање, стр. 698.

¹¹ М. Ђорђевић /2016/: *op. cit.* стр. 143.

Најкраће речено, полазећи од законских обележје дела, **објект заштите** кривичног дела прање новца је финансијски систем, док су **објект радње** новац и имовина који су прибављени криминалном делатношћу (вршењем кривичних дела, било самог учиниоца или другог лица).

С обзиром да је прање новца релативно ново кривично дело (не само у српском кривичноправном систему, већ и уопште), нема опште-прихваћених ставова о његовом **појединачном заштитном објекту**. Има мишљења да се у оквиру заштите привредног и финансијског система, овим кривичним делом штити право на равноправне услове пословања оних привредних субјеката који легално послују, а чије право би могло бити угрожено или повређено пословањем захваљујући имовини која потиче од кривичног дела.

По другим мишљењима, објект заштите у случају прања новца је добро које је повређено чињењем претходног кривичног дела из којег потиче имовина која се пере. Исто тако, има и мишљења да се овим кривичним делом штити функционисање кривичног правосуђа, слично као што је то код кривичног дела прикривање (члан 221. КЗ), у односу на кривично дело помоћ учиниоцу после извршеног кривичног дела (члан 333. КЗ).

Произилази из наведеног да је заштитни објект кривичног дела прања новца вишеструк и да обухвата више наведених различитих добара и вредности. Од конкретне ситуације зависи који ће од више појединачних заштитних објеката имати превагу. Ипак, начелно доминира заштитни објект који се односи на привредни систем и његове сегменте јер се прање новца врши пре свега у погледу имовинских средстава велике вредности остварених криминалним делатностима.

Предмети извршења кривичног дела прање новца - објект радње

Објект радње кривичног дела прање новца је имовина. У пракси се углавном ради о готовинском новцу, вредносним папирима, некретностима, племенитим металима, драгом камењу и уметничким предметима.

Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма је у члану 3. одредио **садржину појмова који чине објект радње** кривичног дела прање новца. То су:

а) **имовина** - ствари, новац, права, хартије од вредности и друге исправе у било ком облику, којима се може утврдити право својине и друга права;

б) **новац** - готов новац (домаћи и страни), средства на рачунима (динарска и девизна) и електронски новац; и

в) **физички преносива средства плаћања** – готов новац, чекови, менице и друга физички преносива средства плаћања, платива на доносиоца.

Појам имовине овде треба тумачити у складу са релевантним међународним изворима, унутрашњим прописима и судском праксом.

Стразбуршка конвенција¹² у својим одредбама широко одређује овај појам као имовину сваког описа (*property of any description*), било да је материјална, нематеријална, покретна или непокретна, укључујући и правна документа или инструменте којима се доказује право или интерес на таквој имовини (члан 1. тачка б).

Значајан је и део одредбе члана 112. став 36. Кривичног законика, где се у вези са појмом имовинске користи изричито прописује да се под **имовином** сматра и приход или друга корист остварена, непосредно или посредно, из кривичног дела, као и добро у које је она претворена или са којим је помешана.

Имовина у смислу овог дела мора имати извесну материјалну вредност, било на легалном било на илегалном тржишту (нпр. опојне дроге или фалсификовани новац).¹³ У имовину улазе и други посредни приходи од имовине непосредно прибављене кривичним делом (камате, приноси од обвезница, капитална добит од акција итд).

Појам **новца** је директно одређен у члану 112. став 23. Кривичног законика као метални, папирни или новац израђен од другог материјала, који је на основу закона у оптицају у Србији или у страниј држави.

¹² *Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime*, Strasbourg, 8.XI. 1990; Вид. и Закон о потврђивању Конвенције о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом, Службени лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 7/2002 и Службени лист СЦГ – Међународни уговори, број 18/2005

¹³ K. Altenhain /2017/, u: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (Hrsg.), *Nomos-Kommentar. Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, § 261, 27

Према изнетом, појам имовине у смислу кривичног дела прања новца треба схватити екстензивно, односно у најширем смислу.¹⁴

Висина имовинске вредности која може бити предмет прања новца није ограничена минимумом, тако да у обзир долазе и "багателне" вредности. Међутим, постоје и слабости оваквог решења. Наиме, због дејства начела легалитета официјелног кривичног гоњења кривични поступци могу бити вођени и у предметима у којима је предмет извршења дела мале вредности.

Због тога би било оправдано да се у погледу објекта радње *de lege ferenda* предвиди одређени доњи износ новца, односно вредности криминалне имовине испод којег не би постојало кривично дело прања новца. Тиме би посредно дошло до фактичког ограничења круга предикатних кривичних дела.

Радње извршења дела

Кривично дело прања новца, како је прописано у члану 234. Кривичног законика, има неколико облика. То су по један основни, тежи и најтежи облик, као и привилеговани облик са елементима нехата.

Прописујући радње извршења, домаћи законодавац се држао класификације присутне у међународним документима о прању новца, правећи разлику између радњи којима се само врши "трансфер" незаконито стечене имовине и оних којима се порекло имовине прикрива. То су, такође радње које предвиђа и Закон о спречавању прања новца и финансирању тероризма Србије, као и наведени универзални и регионални међународни документи (Бечка, Стразбуршка или Варшавска конвенција).

Основни облик (став 1) се врши предузимањем неке од алтернативно прописаних радњи извршења:

1) Конверзија (замена, трампа, размена) или **пренос** (теретни или бестеретни) незаконито стечене имовине у намери да се прикрије (прећути, не саопшти уопште или у одређеном времену) или лажно, неистинито прикаже њено незаконито порекло, без обзира да ли је ова намера у конкретном случају заиста и остварена.

¹⁴ 3. Стојановић /2016/: *op. cit.*, стр. 724

Дакле, прва група радњи подразумева вршење конверзије или преноса имовине, са знањем да она потиче од криминалне делатности, у намери да се прикрије или лажно прикаже њено незаконито порекло.

Под **конверзијом** се у смислу овог дела подразумева финансијска операција којом се замењује једна врста валуте у другу, или конвертује новац у друга преносива права (хартије од вредности, акције, обвезнице).¹⁵

Другим речима, под конверзијом, у смислу кривичног дела прања новца, треба подразумевати претварање једног правног стања, односно правне реалности у другу у потпуности или делимично. То ће у пракси најчешће бити замена новца, односно његово претварање из једне валуте у другу, али се може односити и на друга преносива права.

Под **преносом** имовине се у домаћој литератури подразумева искључиво својински пренос имовине (ствари или каквог права) са једног лица на друго.

Пренос имовине се односи на пренос права својине са једног физичког или правног лица на друго. То се може чинити на различите начине као што су продајом, поклоном, асигнацијом и сл., а када је реч о новцу до његовог преноса најчешће долази разним облицима готовинског или безготовинског плаћања.

2) Прикривање или лажно приказивање чињеница о имовини за коју се зна да потиче од криминалне делатности.

Ова друга група радњи подразумева прикривање или лажно приказивање чињеница о имовини са знањем да имовина потиче од криминалне делатности.

Прикривање чињеница о имовини значи несаопштавање релевантних чињеница и околности које се односе на имовину, иако су познате учиниоцу.

Радња извршења предузима се у односу на чињенице о "пореклу" незаконито стечене имовине, а не на саму ту имовину. Прећуткивање, несаопштавање је неуписивање правих података у пратећој документацији уз имовину или неупознавање (непосредно или посредно, на било који

¹⁵ Љ. Лазаревић /2011/: Коментар Кривичног законика, Београд, стр. 754; Н. Лукић /2014/: Сузбијање организованог криминалитета. Компаративни приступ, Београд, стр. 129

начин) другог, овлашћеног лица са подацима о пореклу имовине, чиме се онемогућава надлежним органима да уопште или благовремено дођу до сазнања о незаконитом пореклу имовине.

Чињенице које се односе на имовину могу се тицати, сагласно уобичајеном набрајању у међународним документима, на заташкавање природе, порекла, места налажења, располагања, кретања, власништва, или права у вези са имовином.

Инкриминисане радње имају за циљ да помогну разоткривању структуре организованог криминалитета заштитом тзв. *папирних трагова*,¹⁶ у чему ова инкриминација делује у садејству са одредбама Закона о спречавању прања новца и финансирању тероризма.

Ова група радњи прање новца има сличности са кривичним делом помоћ учиниоцу после учињеног кривичног дела (члан 333. Кривичног законика), које такође између осталог иде за тим да се прикрију трагови кривичног дела.

Уобичајено се указује да се прикривање остварује нечињењем, то јест несаопштавањем релевантних околности, док се лажно приказивање врши активно, давањем неистинитих података (фалсификовањем документа или књига, плаћањем под туђим именом, привидним плаћањем или фиктивном испоруком, лажним декларисањем робе итд).

Прикривање чињеница о имовини отвара могућност шире одговорности за нечињење. Као извршиоци радње прикривања кривичног дела прање новца из члана 245. став 1. Кривичног законика, могу се појавити и обвезници, односно одговорна лица у привредним субјектима из Закона о спречавању прања новца и финансирања тероризма (банке, овлашћени мењачи, друштва за управљање инвестиционим и добровољним пензионим фондовима, даваоци финансијског лизинга, друштва и заступници у осигурању, брокерско-дилерска друштва, приређивачи игара на срећу, посредници у промету и закупу непокретности, порески саветници, лица која се баве рачуноводственим пословима, адвокати итд). Овим субјектима Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма између осталог намеће дужности да Управи за спречавање прања новца, доставе податке о свакој планираној или извршеној трансакцији која пре-

¹⁶ К. Altenhain /2017/: *op. cit.*, § 261, 8

лази одговарајући износ, као и да пријаве када странка од њих тражи савет у вези са прањем новца, те да пре извршења трансакције Управи за спречавање прања новца доставе податке када у вези са трансакцијом или странком постоје основи сумње да се ради о прању новца (члан 47. Закона о спречавању прања новца и финансирања тероризма).

У вези са наведеним, у литератури је подељено мишљење о томе да ли су обвезници из Закона о спречавању прања новца и финансирања тероризма у *гарантном положају*, који би омогућио њихову одговорност за нечињење на темељу самог необавештавања Управе о сумњивој трансакцији. Један број аутора гарантну позицију ових аутора одбацује¹⁷, полазећи од тога да се обавезе државних органа не могу аутоматски пренети на приватне субјекте. Други аутори пак сматрају да читав систем нарочитих дужности установљених Законом о спречавању прања новца и финансирања тероризма управо претпоставља гарантни положај, будући да су на поменуте обвезнике пренети механизми који реално онемогућавају прање новца.

Иако ово тврђење стоји, проблем представља потенцијална ширина криминалне зоне која би се тако образовала, нарочито имајући у виду широко постављену одговорност за нехатно прање новца према домаћем праву.

Лажно, неистинито приказивање у целости или делимично чињеница о незаконитој имовини која потиче од криминалне делатности је саопштавање, усмено или писмено, чињење недоступним надлежним органима да уопште или благовремено дођу до сазнања о незаконитом пореклу имовине.

Лажно приказивање чињеница о незаконитој имовини која потиче од криминалне делатности односи на давање неистинитих података о тим чињеницама и околностима. Најчешће су у питању чињенице о пореклу имовине, начину, месту стицања и др. које прибављају надлежни субјекти.

3) Стицање, држање или коришћење имовине за коју се зна у тренутку пријема да потиче од криминалне делатности.

Поменута трећа група радњи претпоставља да је учинилац стекао, држао или користио имовину, са знањем, у тренутку пријема, да она потиче од криминалне делатности. Ове радње имају за циљ да обухвате свако замисливо кретање имовине.

¹⁷ К. Altenhain /2017/: *op. cit.*, § 261, 93

Стицање (прибављање, набављање) је свака делатност којом се долази у посед, у државину незаконито стечене имовине.

У домаћој литератури се радња стицања према једном гледишту везује искључиво за успостављање права својине над имовином, што би основе стицања ограничило на оне правне послове који воде стицању својине (пре свих куповина, поклон, размена).¹⁸ Другим речима, прави се разлика у односу на језички блиску радњу "прибављања", присутну код кривичног дела прикривања (члан 221. Кривичног законика), која се уобичајено схвата шире.

Друго мишљење, пак, стицање везује за свако добијање имовине "у посед".¹⁹

У прилог другом гледишту може се дати више аргумената. Било би нелогично да "прибављање" незаконито стечене имовине правним пословима који не воде стицању својине, остане изван криминалне зоне, када је већ свако држање или коришћење такве имовине кажњиво. Осим тога, и у правничкој терминологији се појам стицања не везује искључиво за својину већ и за друга права, па се тако говори и о "стицању државине" над ствари.

У том смислу, **стицање разумемо пре као "прибављање"** каквим правним послом могућности да се са имовином фактички располаже по својој вољи (нпр. куповина украденог аутомобила, пријем новца добијеног продајом наркотика у својству курира, улагање новца за рачун учиниоца предикатног дела итд).

Држање је само поседовање овакве имовине, њена (непосредна или посредна) државинска, фактичка власт, притежање, на одређеном простору за одређено време од стране учиниоца дела.

У домаћој доктрини под држањем се подразумевају они видови фактичког притежања који не омогућавају употребу или располагање са ствари (остава, залога, неновчани депозит), али у обзир долазе и упореди-ва овлашћења у односу на права (нпр. вођење рачуна за другог, управљање туђом имовином).

Коришћење незаконите имовине је њена употреба, стављање у промет, у оптицај на било који начин, најчешће за плаћање робе или услу-

¹⁸ З. Стојановић /2018/: Коментар Кривичног законика, Београд, стр. 176

¹⁹ Љ. Лазаревић /2011/: *op. cit.*, стр. 754

га. Коришћење подразумева сваки начин употребе имовине, који укључује бројне правне послове.

Битно је за постојање ове радње да учинилац у време долажења у посед (у тренутку пријема) поседује свест о незаконитом пореклу такве имовине, односно да се ради о имовини која потиче од криминалне делатности.²⁰

Све поменуте радње (стицање, држање и коришћење) претпостављају да је учинилац у тренутку пријема имао сазнање да имовина потиче од криминалне делатности. Касније сазнање о томе нема значај за постојање дела, тако да учинилац не би одговарао ако је у тренутку пријема био савестан.²¹ То међутим не би више важило ако би након пријема била предузета нека од радњи прања новца из претходних категорија.

Кривично дело прања новца је свршено довршењем неке од предузетих алтернативних радњи извршења (или више њих истовремено). За постојање дела није потребно утврђивати наступање неке одређене последице, јер она није ни предвиђена у закону. Због тога прање новца припада категорији формалних тј. делатносних кривичних дела.

Облици кривице извршиоца кривичног дела прање новца

Законска дефиниција постављена је тако да **извршилац** кривичног дела може бити **свако лице**, с тим што је неопходно да то лице зна да имовина потиче из криминалне делатности.

Сходно одредби члана 245. став 3. Кривичног законика, којом је прописано: "ко учини дело из ст. 1. и 2. овог члана са имовином коју је сам прибавио криминалном делатношћу казниће се казном прописаном у ст. 1. и 2. овог члана", **извршилац** кривичног дела прање новца може бити **и лице које је имовину стекло вршењем кривичног дела**.

На **субјективном плану** за постојање овог кривичног дела је битно испуњење још два конститутивна елемента. То су:

1) да учинилац радњу извршења предузима са знањем (са свешћу) да се ради о новцу или имовини који потичу од криминалне делатности (без обзира да ли зна правну квалификацију конкретног кривичног дела, да ли је он или неко друго лице учинилац таквог "претходног" кривичног

²⁰ Д. Јовашевић, /2017/, Кривично право. Посебни део, Београд, стр. 172-174

²¹ Н. Лукић /2014/: *op. cit.*, стр. 131

дела, да ли зна његовог учиниоца и где је дело учињено - у Србији или у иностранству) и

2) да на страни учиниоца у време извршења дела постоји намера да се прикрије или лажно прикаже незаконито порекло имовине која потиче од криминалне делатности.

Као што је поменуто, извршилац дела може да буде свако лице (како лице које је преузело криминалну делатност којом су новац или имовина као предмет извршења дела прибављени, тако и свако друго лице), као и одговорно лице у правном лицу.

У погледу кривице потребан је **директни умишљај** који квалификују:

а) свест, знање учиниоца да новац и имовина потичу од криминалне делатности и

б) намера учиниоца да прикрије (прећути) или лажно (у целости или делимично, неистинито, супротно објективној стварности) прикаже незаконито порекло имовине.

Дакле, на субјективном плану се захтева умишљај као облик кривице учиниоца. У обзир долази само директни умишљај, јер закон изричито захтева код свих група радњи извршења да су предузете са **знањем** да имовина потиче од кривичног дела. Иако би према општим правилима умишљај требало да обухвати и "знање" да имовина потиче од кривичног дела, то се у законском опису експлицитно захтева код сва три облика радње извршења. Наиме, знање подразумева врло висок степен свести код учиниоца и предодређује постојање директног умишљаја.²²

Код трећег облика, чија је радња стицање, држање или коришћење имовине, то знање треба да постоји у време када се до имовине дошло, тј. "у тренутку пријема". Дакле, специфичност постоји једино у погледу радњи стицања, држања или коришћења, утолико што се код тих радњи тражи да знање о криминалном пореклу имовине постоји већ у тренутку њеног пријема. У осталим случајевима, то знање мора постојати у време предузимања радње извршења.

²² З. Стојановић, О. Перић /2009/: Кривично право. Посебни део, Београд, 13. Издање, стр. 176

Праће новца је кривично дело само ако је код учиниоца који предузима радњу извршења постојала одређена извесност о криминалној природи имовине, а не обична свест о тој околности.²³

И језичко значење законског израза да учинилац предузима имеване радње "са знањем да та имовина потиче од криминалне делатности", упућује на висок степен свести. У прилог таквом закључку говорило би и то што се овде свест не испитује у односу на дело у целини, како то иначе предвиђа члан 25. Кривичног законика (свест да се може учинити дело), већ у односу на конкретно обележје порекла имовине (од криминалне делатности), што појачава утисак да се свест о постојању конкретне околности уобичајено разуме као знање у највишем степену.

Специфичност постоји и у погледу прве групе радњи тј. када се врши конверзија или пренос имовине, јер се уз знање о њеном криминалном пореклу захтева да учинилац делује и у намери да се прикрије или лажно прикаже незаконито порекло имовине.

Законодавац је прописао и **нехатни облик** (ст. 5. и 6), предвидевши у законском опису обележја карактеристична за **несвесни нехат**. Стога се у домаћој литератури углавном и тумачи да овај облик подразумева искључиво ту форму нехата.²⁴

Тако је у **ставу 5.** прописано: ко учини дело из ст. 1. и 2. овог члана, **а могао је и био дужан да зна** да новац или имовина представљају приход остварен криминалном делатношћу, казниће се затвором до три године.

Према датој законској формулацији, наведени привилеговани облик дела постоји, ако је радњу извршења предузело лице које није знало да новац или имовина представљају приход који потиче из криминалне делатности, али је могло и било дужно да зна.

Може се радити само о несвесном нехату (ако би постојала свест, односно знање, онда би се у ствари, због природе овог кривичног дела радило о умишљају) и то само у погледу једног обележја, а то је знање да новац или имовина представљају приход остварен криминалном делатношћу.

²³ М. Ђорђевић /2016/: *op. cit.*, стр. 147

²⁴ Н. Делић /2006/: *op. cit.*, стр. 348; М. Ђорђевић /2016/: *op. cit.*, стр. 148; З. Стојановић /2018/: *op. cit.*, стр. 179

Поставља се међутим питање шта је са евентуалним умишљајем и свесним нехатом?

Логичким аргументом *a minori ad maius* (закључивање од мањег ка већем) је јасно да ако је кажњив несвесни нехат, то јест ситуација у којој је учинилац био дужан и могао да зна да имовина представља приход остварен криминалном делатношћу, тим пре мора бити кажњива ситуација када је учинилац свестан да имовина представља приход остварен криминалном делатношћу.

Остаје отворено само под који ће се облик дела подвести ситуације евентуалног умишљаја и свесног нехата.

Тако је у старијој југословенској доктрини Златарић тумачио да се поменуте ситуације имају подвести под одредбу која инкриминише несвесни нехат, управо због потешкоћа утврђивања субјективне стране дела.²⁵ Тиме би се зона нехатног облика односила на све оне случајеве у којима учинилац не зна сигурно, то јест сумња у криминално порекло имовине.²⁶

С друге стране, могуће је тумачити и да знање (из основног облика) обухвата и ситуације евентуалног умишљаја и свесног нехата,²⁷ имајући у виду да све три варијације претпостављају свест учиниоца да имовина може да потиче од криминалне делатности.

У ставу 6. је прописано: **одговорно лице у правном лицу које учини дело** из ст. 1, 2. и 5. овог члана, казниће се казном прописаном за то дело, **ако је знало, односно могло и било дужно да зна** да новац или имовина представљају приход остварен криминалном делатношћу.

Наведена формулација на плану субјективне стране учиниоца није уобичајена, будући да се под исти опис подводе и умишљајно ("знало") и нехатно - несвесни нехат ("могло и било дужно да зна") остварење бића кривичног дела.

У вези са наведеним, поменули бисмо да се поставило и питање може ли адвокат бити извршилац кривичног дела прање новца?

²⁵ В. Златарић /1956/: *Krivični zakonik u praktičnoj primjeni. Opći dio*, Zagreb, 483

²⁶ Вид. И. Вуковић /2019/: О извесним недоумицама у погледу кривичноправне заштите од прања новца, *Crimen*, 122-143

²⁷ У том смислу З. Стојановић /2018/: *op. cit.*, стр. 154

Према заузетим ставовима у домаћој литератури адвокат може бити извршилац наведеног дела, јер је лице које се налази у гарантној позицији, односно које гарантује да ће последица изостати.²⁸ Тако адвокат приликом вршења одређених послова спроводи радње и мере за спречавање и откривање прања новца, нпр. када помаже у остваривању купопродаје непокретности за странку (чл. 5. и 46. Закона о спречавању прања новца и финансирању тероризма). Ако при томе утврди да, у вези са лицем или трансакцијом, постоје основи сумње да се ради о прању новца дужан је да о томе обавести Управу за спречавање прања новца (члан 48. Закона о спречавању прања новца и финансирању тероризма). Дакле, адвокат је гарант да купопродајним уговором који он саставља за странку неће бити извршено прање новца. Уколико, пак, адвокат ипак састави такав уговор, знајући за намеру купца да куповином непокретности прикрије чињеницу да новац за исплату цене потиче од кривичног дела, може одговарати за прање новца као саизвршилац.

Тежи и лакши облици испољавања кривичног дела прање новца

Кривично дело прање новца из члана 245. Кривичног законика има два тежа (квалификована) облика испољавања.

Први **тежи облик дела** (став 2) постоји ако износ новца или имовине из става 1. прелази милион и петсто хиљада динара.

Конкретно вредност предмета извршења дела – имовине која потиче од криминалне делатности, представља квалификаторну околност. Она се утврђује према тржишним условима у време предузимања радње извршења. За ово је дело кумулативно прописана казна затвора од једне до десет година и новчана казна.

Спорна је правна природа износа имовине односно новца који се "пере" – тј. предмета извршења дела прање новца а који потиче од раније

²⁸ И. Вуковић /2013/: Кривична дела неправог нечињења, Београд, стр. 125–126. Иако кривично дело прања новца нема последицу у нормативном, односно кривичноправном смислу, за конструкцију вршења прања новца као кривичног дела неправог нечињења од великог значаја је околност на коју указује Вуковић – да гарантна дужност спречавања последице, изузетно, подразумева и спречавање последице у ширем смислу. Вид. И. Вуковић: *ibid.*, стр. 126, фн. 89

криминалне делатности, у тежем облику из става 2 (милион и петсто хиљада динара).

Поставља се питање: Да ли се ради о објективној квалификаторној околности, те ће квалификовани облик дела свакако постојати ако имовина или новчани износ прелазе наведену вредност (милион и петсто хиљада динара) или наведени квалификовани износ – квалификаторна околност мора бити обухваћена умишљајем учиниоца?

У делу наше литературе се сматра да је у питању квалификаторна околност која мора бити обухваћена умишљајем учиниоца.²⁹ Сматра се да се ради се о квалификаторној околности која допуњује биће основног облика кривичног дела и која стога мора бити обухваћена умишљајем учиниоца. Наиме, ради се о имовини која потиче од криминалне делатности, које околности је учинилац свестан (зна), те се у том правцу сматра и да вредност имовине која је предмет извршења дела, као квалификаторна околност, мора бити обухваћена његовим умишљајем.

Најтежи облик (став 4) постојаће када је основни или тежи облик овог кривичног дела извршен у групи.

Групу у смислу члана 112. тачка 22. Кривичног законика чине најмање три лица која су повезана ради трајног или повременог вршења кривичних дела која не мора да има дефинисане улоге својих чланова, континуитет чланства или развијену структуру.

За најтежи облик је запрећена казна затвора од две до дванаест година и новчана казна.

Лакши облици овог дела за која Законик прописује блаже кажњавање одређени су блажим обликом кривице – нехатом на страни учиниоца у време предузимања радње извршења.

Привилегован облик дела (став 5) постоји када неко учини основни или тежи облик дела (став 1. или став 2), а могао је и био дужан да зна да новац или имовина представљају приход остварен кривичним делом. Облик кривице у виду несвесног нехата, представља околност за коју закон прописује блаже кажњавање - казну затвора до три године.

²⁹ 3. Стојановић /2018/: *op. cit.*, стр. 178

Овде се ради о специфичној законодавној техници када законодавац предвиђа извешан облик кривице само у погледу једног обележја кривичног дела, али с обзиром да је оно од суштинског значаја, тај облик кривице одређује читаво кривично дело.

Дело из става 5. се сматра привилегованим јер је запређено благом казном (затвор до три године), а по облику кривице у питању је нехатно кривично дело.

Нехат је, наиме, изричито прописан само у погледу једне околности – знања да новац или имовина представљају приход остварен кривичним делом. У обзир долази само несвесни нехат, јер би због природе овог кривичног дела свест о криминалном пореклу имовине значила умишљај.

У складу са чланом 26. Кривичног законика, субјективни услов несвесног нехата – могућност знања и објективни услов – дужност учиниоца да зна, предвиђени су кумулативно.

Посебан облик кривичног дела (став 6) карактеришу два елемента. То су:

а) својство учиниоца дела у виду одговорног лица у правном лицу и

б) облик кривице учиниоца – који Законик одређује ако је учинилац знао или могао и био дужан да зна да новац или имовина представљају приход остварен криминалном делатношћу.

Дакле, кривично дело прање новца постојаће и у случају ако се у име и за рачун правног лица врши радња извршења овог кривичног дела. У том случају се као извршилац јавља одговорно лице у правном лицу.

Одговорним лицем у правном лицу у смислу члана 112. тачка 5. Кривичног законика сматра се лице које на основу закона, прописа или овлашћења врши одређене послове управљања, надзора или друге послове из делатности правног лица, као и лице коме је фактички поверено обављање тих послова.

Нехатни облик кривичног дела прања новца није уобичајен у упоредном кривичном законодавству, а у литератури му се упућују одређени приговори. Најпре, сматра се да додатно компликује доказивање знања о криминалном пореклу имовине, а затим и да сувише проширује криминалну зону, јер потенцијална кривична одговорност учесника у свакодневним трансакцијама оптерећује правни саобраћај.

Стицај кривичног дела прање новца и других кривичних дела

Поставља се у судској пракси, питање стицаја кривичног дела прање новца и предикатног дела, као и стицаја са другим кривичним делима.

Изричито је прописано (члан 245. став 3. Кривичног законика) да ко учини дело из члана 245. ст. 1. и 2. Кривичног законика, са имовином коју је сам прибавио криминалном делатношћу, казниће се казном прописаном у ст. 1. и 2. овог члана.

Ratio legis овог проширења криминалне зоне је у томе што понашање које је инкриминисано као прање новца испољава исте негативне последице по заштитни објект независно од тога да ли је извршилац предикатног дела исто или друго лице.

На другој страни, у литератури се поставља питање оправданости кажњавања учиниоца претходног дела и за прање новца ако је ово предузето радњама извршења које се састоје у стицању или држању дате имовине. Дилема је у томе да ли је оправдано двоструко кажњавање за исту радњу (стицање), с обзиром да самим извршењем претходног кривичног дела учинилац долази у посед одређене имовине.³⁰

Пре увођења тог облика (став 3) тј. пре Закона о изменама и допунама Кривичног законика из 2009. године (које одредбе важе и сада након најновијих измена и допуна КЗ), није било спорно да објект радње мора бити имовина која потиче из претходног дела које је извршило неко друго лице, а потом учинилац предузима одвојену радњу стицања или држања ове имовине и тиме врши дело прања новца.

Промена након доношења Закона о изменама и допунама Кривичног законика из 2009. године (у односу на став 3) се састоји само у томе што се круг извршилаца овог облика проширује и на учиниоца претходног кривичног дела.

Овим путем долазимо до закључка да је законодавац, у ствари, прописао кажњавање учиниоца предикатног кривичног дела и за прање новца само у случају када је овај предузео самосталну радњу стицања или држања имовине тј. када је остварен реални стицај прања новца са претходним кривичним делом које је сâм извршио.

³⁰ Н. Лукић /2016/: *op. cit.*, стр. 233

Ако се, пак, истом радњом остварује биће предикатног дела и овог облика прања новца, стицај неће постојати (то би био привидан идеални стицај по основу консумпције).

Мишљења смо, дакле, да тежиште овде није на кажњавању за исту радњу (двоструком кажњавању), већ на томе што се учинилац кажњава за свако кривично дело које је остварио својом радњом, односно предузетом делатношћу. Када претходно кривично дело и прање новца имају свој самостални криминални идентитет и суштину, само тада је оправдано посебно санкционисање. У том случају, учиниоцу се одмерава јединствена казна за кривична дела у стицају, при чему се узимају у обзир све околности случаја.

"Криминална делатност" – значење и законски оквир

Имовина која је предмет кривичног дела прање новца **мора потицати од криминалне делатности**. Могло би се у том смислу говорити и о акцесорној природи прања новца, будући да оно већ појмовно претпоставља неку претходну криминалну делатност (предикатно дело).

С обзиром да се у оквиру обележја кривичног дела прање новца наводи законски израз "криминална делатност", поставља се питање тумачења наведеног појма.

У вези са наведеним, може се поставити питање шта се сматра "имовином која потиче од **криминалне делатности**", а у вези са тим и шта обухвата "криминална делатност", у смислу кривичног дела прање новца? Да ли ту спада само нелегално стечена имовина вршењем кривичног дела или и имовина која потиче и из других противправних понашања као што су: привредни преступи или прекршаји?

Према најбројнијим ставовима правне науке предмети извршења кривичног дела прање новца - објекти радње (имовина, новац и др) морају бити прибављени вршењем кривичних дела.³¹ Дакле, предикатно дело мора бити кривично дело.

³¹ Д. Јовашевић /2018/: Прање новца у међународном и кривичном праву Србије, у: Зборник радова Правног факултета у Нишу, Број 80, Година LVII, стр. 208

Међутим, има и супротних ставова. У домаћој доктрини се наилази на гледиште да имовина која представља објект радње прања новца може бити прибављена не само кривичним делом, већ и привредним преступом или прекршајем.³² Ово из разлога, јер је законодавац предвидео изменама и допунама Кривичног законика из 2016. године да незаконито стечена имовина мора потицати из "криминалне делатности", а не из "кривичног дела", како је било прописано ранијим законским решењима.

Можемо рећи да је у најширој мери прихваћен први став, који истиче да криминалну зону прања новца не треба везивати за све врсте казних деликата (прекршаје и привредне преступе), већ само за раније извршена кривична дела.

Ово стога, јер иако је изменама и допунама Кривичног законика из 2016. године законодавац у законски опис кривичног дела прање новца уместо речи "кривично дело" унео речи "криминална делатност", ширим тумачењем произилази да основни разлог законске измене није био везан за настојање да се казнена зона прошири на имовину која потиче од прекршаја или привредних преступа, већ на елиминисање неопходности постојања раније правноснажне пресуде за претходно дело како би се доказало прање новца.

Наведено би било у складу и са чланом 5. Конвенције Савета Европе о прању, тражењу, заплени и одузимању прихода стечених криминалом и о финансирању тероризма, где је прописано да: "свака страна уговорница треба да обезбеди да претходно или истовремено изрицање осуђујуће пресуде неком лицу за кривично дело у стицају није предуслов за изрицање пресуде којом се оглашава кривим за прање новца".

У ранијој судској пракси, која се везивала за ригиднију инкриминацију прања новца, захтевало се доказивање раније учињеног кривичног дела на основу чињеница вођења и пресуђења због предикатног (претходног) кривичног дела. Захтев да имовина потиче од кривичног дела се тумачио рестриктивно, у смислу неопходности правноснажне осуде, па се, према највећем број становишта увођењем законског израза "криминална делатност" хтело постићи екстензивније тумачење.

³² Вид. З. Стојановић /2018/, у: З. Стојановић, Н. Делић, Кривично право. Посебни део, Београд, стр. 177

Према садашњој судској пракси а која је заснована на домаћим законским прописима: да би било утврђено да имовина потиче од криминалне делатности, није неопходно да постоји правноснажна судска одлука која то потврђује. Постојање предикатног дела производи дејство искључиво у односу на конкретан кривични поступак.

Сумирајући наведено, може се рећи да, према највећем броју прихваћених ставова у литератури и судској пракси, за доказивање кривичног дела прање новца **није неопходна правноснажна пресуда због раније учињеног кривичног дела** на основу вођења и пресуђења због предикатног кривичног дела, али да исто тако "имовином која потиче од **криминалне делатности**", сматра само имовина која потиче из кривичног дела, а не и из прекршаја и привредних преступа. На субјективном плану, за сва три облика радње извршења основног облика кривичног дела прање новца (члан 245. став 1. КЗ), код учиниоца мора постојати знање да новац (имовина) потиче од криминалне делатности, под осталим законом прописаним условима у вези са конкретним радњама извршења.

ПРЕДИКАТНО (ПРЕТХОДНО) КРИВИЧНО ДЕЛО

Појам и карактеристике

Према члану 1. т. д, у вези члана 9. Конвенције Савета Европе о прању, тражењу, заплени и одузимању прихода стечених криминалом и о финансирању тероризма, која је усвојена 16.5.2005. у Варшави, а у законодавству Републике Србије, је усвојена Законом о потврђивању ("Службени гласник РС" број 19/2009), као "**предикатно кривично дело**" означава се **свако кривично дело путем кога је стечен приход који може постати предмет кривичног дела прање новца** дефинисаног у члану 9. ове Конвенције.

У члану 9. Конвенције су предвиђена кривична дела прања новца и прописано је да:

1. Свака страна уговорница треба да усвоји потребне законске и друге мере које ће јој омогућити да следећа дела, када су почињена са намером, у свом унутрашњем праву оквалификује као кривично дело:

а) конверзија или трансфер имовине, уз знање да та имовина представља приход од кривичног дела, у сврху сакривања или прикривања

незаконитог порекла имовине или помагање било ком лицу које је умешано у извршење кривичног дела у стицају да избегне законске последице својих радњи;

б) сакривање или прикривање праве природе, извора, локације, располагања, кретања, имовинских права или права власништва над имовином, уз знање да та имовина представља приход стечен од кривичног дела; и, у зависности од уставних начела и основних поставки њеног правног система;

в) стицање, поседовање или коришћење имовине, уз знање, у тренутку примања те имовине, да она представља приход стечен кривичним делом.

Такође је и у Закону о спречавању прања новца и финансирања тероризма у члану 3. став 40. прописано да је **претходно кривично дело** - кривично дело из кога је проистекла имовина која је предмет кривичног дела прања новца, без обзира на то да ли је извршено у Републици Србији или иностранству.

Из дефиниције прања новца произилази да извршењу овог кривичног дела мора претходити криминална активност тј. претходно (предикатно) кривично дело.

Постоје два кључна елемента за постојање кривичног дела прања новца:

1. сама радња извршења прања новца, односно пружање финансијских услуга (што може обухватати заиста широк круг правних послова – у сектору банкарства, инвестиционог менаџмента, фидуцијарних послова и сл);

2. постојање знања код учиниоца о незаконитом пореклу средстава да имовина која је предмет финансијских трансакција представља приход од криминалне делатности.

Опште карактеристике предикатног дела из међународних документа пренете су и у домаће кривично право. Приликом анализе и тумачења појединих питања у судској пракси, може бити значајно у спорним случајевима, тумачење дато у међународним документима. Наведено може олакшати разумевање и разграничење одређених појмова и њихово повезивање са домаћим кривичним правом, као и приликом утврђивања конкретних чињеница у појединим предметима.

Предикатно кривично дело у судској пракси

Кривичним законом није одређен опсег кривичних дела из којих потиче имовина која је предмет кривичног дела праће новца, што значи да то кривично дело (претходно, предикатно кривично дело) може бити било које. Са друге стране, предикатна кривична дела која се сврставају у ред високог степена претњи за праће новца су: пореска кривична дела, злоупотреба положаја одговорног лица (члан 227. Кривичног законика), злоупотреба службеног положаја (члан 359. Кривичног законика), неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога (члан 246. Кривичног законика).

Значајно је питање на који начин суд утврђује да објект радње предмети извршења кривичног дела праће новца, потичу од предикатног кривичног дела?

Ситуација је јасна када постоји ранија правноснажна судска одлука којом је утврђено извршење претходног дела или када се истовремено са праћем новца води кривични поступак и за претходно кривично дело из којег је потекла имовина која је предмет извршења дела праће новца.

У литератури а и у судској пракси, није спорно да у погледу претходног дела не мора постојати правноснажна пресуда или решење којим се учиниоцу изриче нека друга кривична санкција, штавише кривични поступак не мора бити ни покренут, нити учинилац тог дела мора бити познат. Сматра се да се та чињеница не разликује од осталих релевантних чињеница, те се утврђује у кривичном поступку заједно са осталим битним чињеницама, слично као код кривичног дела прикривања.

Међутим, ипак пажњу заслужује питање са каквим квалитетом и у ком обиму се утврђује претходно кривично дело и, следствено, да је имовина потекла од тог дела?

У судској пракси се сматра да јавни тужилац мора у оптужници навести да конкретна имовина потиче од извршења каквог кривичног дела и пружити доказе за ту тврдњу. За осуђујућу пресуду је неопходно да суд утврди која су кривична дела учињена, па из њих потиче имовина која је објект радње кривичног дела праће новца.

На субјективном плану није неопходно да учинилац кривичног дела прање новца има конкретно сазнање о учиниоцу,³³ месту, времену и другим детаљима предикатног дела, већ да ове околности обухвати својом представом о предметним чињеницама –знањем (нпр. да лице од којег узима новац сматра за лице које новлашћено продаје опојну дрогу).

Терет доказивања овог облика свести у појединим случајевима може бити отежан услед чињенице да је незаконита имовина променила више власника, па у том низу макар један власник може бити савестан стизалац. Тада се поставља питање заштите правног промета и права својине.

Терет доказивања обележја кривичног дела прање новца из члана 245. Кривичног законика према домаћим важећим прописима, не подразумева да је овлашћени тужилац дужан да докаже да је извршилац знао из ког тачно кривичног дела потиче незаконита имовина, већ је довољно знање да имовина потиче од криминалне делатности. У процесу прања новца често учествују и лица која нису довољно обавештена нити се од њих може очекивати знање о прању новца, па чак ни о пореклу тог новца.³⁴

Захтев да имовина потиче од криминалне делатности допушта да се не мора радити искључиво о користи која је непосредно прибављена претходним делом, може се радити и о посредно прибављеној користи. Може доћи у обзир нпр. и накнада коју неко добије за своју криминалну активност, или предмети настали извршењем дела (нпр. фалсификовани новац или произведене опојне дроге) односно употребљени за његово вршење (новац примљен као мито). То може бити и предмет који је посредно, можда и преко читавог ланца послова, заменио изворно прибављену вредност. Узрочност је очувана не само тамо где је предмет извршења дела имовина непосредно прибављена кривичним делом, већ и имовина до које се дошло каснијим правним пословима, имовина настала мешањем са другим имовинским вредностима или која је прерађена.³⁵

³³ У упоредној доктрини вид. В. Hecker /2019/, у: А. Schönke, Н. Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, § 261, 6

³⁴ Б. Синановић /2011/: Прање новца, Билтен Врховног касационог суда у Београду, 2/2011, стр. 61-68

³⁵ То је уосталом и био један од разлога за инкриминисање прања новца, будући да је код кривичног дела прикривања (члан 221. КЗ) одузимање ограничено на оно што је за ствар прибављену кривичним делом добијено продајом или заменом. Тако нпр.

У том смислу, као што је поменуто, не захтева се као доказ у поступку за прање новца позивање на пресуду којом је неко лице (што важи и за извршиоца кривичног дела прање новца) правоснажно осуђено за тзв. главно (основно, претходно) кривично дело из којег потиче криминални приход.

Може се, са друге стране поставити питање, у којој мери евентуална ранија осуђујућа пресуда везује поступање суда. Да ли би према домаћем праву било могуће да суд поступи супротно у односу на ранију осуђујућу кривичну пресуду?

Према гледишту владајућем у домаћој кривичнопроцесној теорији и судској пракси: "кривичноправно питање, које се јавља као претходно у једној кривичној ствари, а расправљено је кривичном пресудом истог или другог суда у другој кривичној ствари (нпр. код клевете у случају изношења да је оштећени учинио кривично дело за које се гони по службеној дужности) веже суд који расправља актуелну кривичну ствар".³⁶

Иако се, у случају кривичног дела прање новца, формално не ради о претходном питању, већ о обележју бића кривичног дела, сматрамо да суд који одлучује о прању новца ипак не би могао да искључи постојање предикатног кривичног дела и тамо где постоји ранија осуда.

Предмет извршења кривичног дела прање новца могу бити и вредности којима је криминалном делатношћу (претходним делом) прибављена корист, која је мање или више умањена (нпр. продаја украдене ствар испод цене) или увећана (нпр. мењачким послом којим се профитира на курсној разлици), или нпр. предмети који су издељени на мање потцелине (нпр. аутомобил који се раставља на делове који се посебно продају).

Када је у питању имовна прибављена криминалном делатношћу - претходним кривичним делом, а која је предмет извршења кривичног дела прање новца, може се отворити питање раздвајања легалне и нелегалне имовине, а што је од значаја за утврђивање предмета извршења дела прање новца.

већ куповина неког предмета украденим новцем онемогућава да тај предмет буде даље прикриван

³⁶ М. Грубач, Т. Васиљевић /2014/: Коментар Законика о кривичном поступку, Београд, стр. 73

Док год су помешане легалне и нелегалне вредности одвојиве, нема сметњи да предмет извршења кривичног дела прање новца буде само нелегална имовина. Проблем међутим представљају они сурогати имовине непосредно прибављене претходном криминалном делатношћу, који се "утапају" у неку другу имовинску вредност (нпр. учинилац који је неовлашћено продао опојну дрогу купио је непокретност, делом новцем од наслеђа а делом од средстава добијених повлашћеном продајом опојне дроге). Овде је спорно да ли незаконито стечена имовина у целости "контаминира" нову вредност или то чини само сагласно свом уделу (да ли ће се у наведеном примеру цела непокретност сматрати имовином која потиче из криминалне делатности или само део имовине - а што у пракси може бити веома тешко разграничити и утврдити).

Поводом наведеног питања у кривичноправној теорији се могу срести следећи ставови. Учење о тзв. *делимичној контаминацији* узима да (спојена, помешана или прерађена) имовина потиче од криминалне делатности, сразмерно "контаминираниости" које су саставни делови ствари имали у тренутку њиховог спајања, мешања или прераде. Овај став почиња на грађанскоправним правилима која уређују питање својине на таквим стварима.³⁷ Тако би, примера ради, чињеница да на одређеном рачуну половина новца потиче од криминалне активности подразумевала да сваки предмет купљен новцем са тог рачуна буде "контаминиран" пропорционално (50%).

У немачкој доктрини владајуће је учење о тзв. *тоталној контаминацији* које читаву вредност пак сматра "запрљаном", тј. сматра се да цела вредност потиче из криминалне делатности и представља предмет извршења дела прање новца. Ипак, већина немачких аутора сматра да је контаминација могућа само ако удео "прљаве" имовине у целини није безначајан.³⁸ Овај критеријум се с правом критикује због своје неодређености (у релативном смислу незнатан удео од нпр. 2% може у апсолутном износу бити висок) и могућности манипулације. Међутим немачки законодавац *трајну контаминацију* везује искључиво за имовину *изворно* прибављену криминалном делатношћу, а не и за њене сурогате. Тако немачки законодавац искључује кажњивост радњи стицања, држања и употребе

³⁷ Вид. чл. 23 Закона о основама својинскоправних односа

³⁸ Kühl K., Heger M. /2018/: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, § 261

имовине прибављене ранијом криминалном делатношћу тамо где је претходно неко треће лице прибавило споран предмет, а да тиме није извршило кривично дело (члан 261. став 6. dStGB). У том случају се ланац прекида, тако да касније радње прибављања, држања или употребе "прљаве" имовине више нису кажњиве.³⁹

Домаће законодавство сличне могућности не прописује, иако би ради јасног разграничења криминалне зоне и граница кривичноправне одговорности учиниоца дела било корисно и значајно поменути питања и законом регулисати.

У постојећим законским оквирима, домаћи судови ће наведена питања решавати у складу са утврђеним конкретним чињеницама у границама оптужења, по потреби у одређеним случајевима имати у виду и одредбе Закона о основама својинскоправних односа, при чему је суштина, да при утврђивању постојања предикатног дела, суд мора бити уверен у несумњиво постојање чињенице да имовина потиче од криминалне делатности. Ранија криминална делатност мора бити стварна, тако да прање новца не би постојало ако би учинилац имао погрешну представу да имовина потиче од криминалне активности која је заправо имагинарна.

Кривично дело пореска утаја као предикатно дело

Посебно је питање да ли се фискална дела, попут кривичног дела пореске утаје, могу прихватити као предикатна кривична дела за прање новца. Ово стога јер се у пракси ради о веома повезаним кривичним делима, при чему се криминална активност манифестује у повезаним радњама и учиниоцима, а што се неретко преплиће у тој мери да је тешко утврдити када се завршава предикатно кривично дело, а када почиње прање новца. Према досадашњој домаћој судској пракси, а и у већини страних националних јурисдикција, кривично дело пореска утаја и друга фискална кривична дела прихватају се као предикатна кривична дела.

У литератури се могу срести мишљења да у домаћој судској пракси нема јединственог одговора на питања: да ли је могућ стицај кривичних дела прање новца и пореска утаја, да ли пореска утаја може или мора

³⁹ И. Вуковић /2019/: О извесним недоумицама у погледу кривичноправне заштите од прања новца, *op. cit.*, стр.129

бити предикатно дело за прање новца, односно да ли се она међусобно искључују.

Међутим, један од важних разлога због кога је тешко заузети јединствени став по поменутим питањима је, што се у највећем броју случајева заправо ради о чињеничним питањима, која зависе од конкретног случаја и доказа које ће суд ценити у сваком конкретном предмету, те ће зависно од утврђеног чињеничног стања и предметних радњи одлучити да ли се у том случају може радити о стицају кривичних дела пореска утаја и прање новца, о једном делу или посебним делима, и да ли је реч предикатном делу.

За судску праксу је важно питање разграничења кривичних дела пореска утаја и прање новца.

Тако на пример, уколико се лажне фактуре (о промету до кога није дошло) добијене од тзв. "фантом-предузећа", користе да би у књиговодству предузећа – пореског обвезника и његовим пореским пријавама они користили као средство за умањење пореске обавезе, оствариће се, по правилу обележја кривичног дела пореске утаје.

Ако би, пак, такве лажне фактуре и услуге фиктивних предузећа требало да омогуће пренос новца као плаћање робе која заправо не постоји, са циљем да такав новац уђе у легалне токове без откривања које је његово стварно порекло и власник, радило би се о кривичном делу прања новца.

Поред тога, важно је напоменути да су радње извршења и субјективни однос учиниоца за извршење кривичних дела пореска утаја и прање новца битно различити (пореска утаја се врши у намери избегавања плаћања пореза, а прање новца у намери да се прикрије односно лажно прикаже незаконито порекло имовине или макар уз знање о таквом пореклу), које чињенице посебно треба имати у виду приликом утврђивања конкретних радњи и субјективног односа учиниоца према предузетим радњама, а у вези са тим и обележја конкретног дела.

СУДСКА ПРАКСА

Примера ради, навешћемо делове пресуде Врховног касационог суда, којом се дотиче више питања која се тичу кривичног дела прање новца и његове примене у судској пракси.

Пресуда Врховног касационог суда број Кзз 1337/2016 од 23. фебруара 2017. године донета је поводом захтева за заштиту законитости бранилаца окривљених који су поднети против правоснажне пресуде у кривичном поступку у коме су окривљени АА и Б.Б. осуђени да су неовлашћеним увозом пољопривредних машина и њиховом продајом стекли, држали и користили имовину за коју су знали да је незаконитог порекла, те су оглашени кривим због извршења кривичног дела прање новца из члана 231. став 2. у вези става 1. у вези члана 33. Кривичног законика. Истом пресудом, између осталих, окривљена В.В, оглашена је кривом да је извршила кривично дело прање новца у помагању из члана 231. став 2. у вези става 1. у вези члана 35. Кривичног законика.

Браниоци окривљених, истицали су да су побијане пресуде донете у битну повреду одредаба кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 1) Законика о кривичном поступку, јер се исте заснивају на доказима на којима се не могу заснивати, при чему као незаконит доказ означавају пресуду којом је окривљени А.А. оглашен кривим због кривичног дела недозвољена трговина из члана 147. став 1. КЗ РС (ранији закон који је важио у време извршења дела), указујући да наведена пресуда не може бити доказ да су окривљени извршили кривично дело прање новца из члана 231. став 2. у вези става 1. у вези члана 33. Кривичног законик, (за које су оглашени кривим у конкретном кривичном поступку) јер иста представља само доказ да је окривљени А.А. раније извршио кривично дело за које је осуђен наведеном пресудом, као и на признању окривљеног – одбрани датој у истрази у односу на кривично дело недозвољена трговина из члана 243. став 1. Кривичног законика, јер је у погледу наведеног кривичног дела, јавни тужилац одустао од кривичног гоњења због застарелости.

Врховни касациони суд је одговарајући на наводе да се ради о незаконитом доказу, навео да је нижестепени суд читањем и упознавањем са садржином правоснажне пресуде донете у законитом поступку од стране надлежног суда, сагласно наведеној процесној одредби извео дозвољен доказ упознавањем на главном претресу са садржином исправе - правоснажне пресуде против окривљеног А.А. Врховни касациони суд је заузео став да је суд у доказном поступку, извео доказ на коме се по одредбама Законика о кривичном поступку пресуда може заснивати, те да није учињена битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 1) Законика о кривичном поступку.

Надаље, из списка наведеног предмета произилази да је у конкретном случају вођен јединствен кривични поступак, у коме је окривљеном А.А, поред кривичног дела прање новца из члана 231. став 2. у вези става 1. у вези члана 33. Кривичног законика, за које је осуђен побијаним пресудама, било стављено на терет између осталог, и кривично дело недозвољена трговина из члана 243. став 4. у вези става 1. Кривичног законика, те да је у погледу наведених кривичних дела окривљени изнео јединствену одбрану у којој се изјаснио о чињеницама и околностима које указују да имовина и новац, ближе означене у изреци побијане правноснажне пресуде, потичу од противправних радњи - увоза и продаје пољопривредне механизације, за које није имао законско овлашћење. Такође, из списка предмета произилази да је током поступка, а након изношења овакве одбране у истрази, окривљени на главном претресу негирао извршење наведених кривичних дела, те да је јавни тужилац одустао од кривичног гоњења, између осталог, и за кривично дело недозвољена трговина из члана 243. став 4. у вези става 1. Кривичног законика, али због процесноправних разлога, јер је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења за то кривично дело.

Врховни касациони суд је пре свега нашао, да овако дата одбрана окривљеног у односу на наведена кривична дела, и то како сама по себи, тако и према начину прибављања, представља дозвољен доказ на коме се по одредбама Законика о кривичном поступку може заснивати судска пресуда. Наиме, одбрана окривљеног представља јединствену целину коју је суд ценио у склопу осталих изведених доказа приликом доношења осуђујуће пресуде у односу на окривљеног, а због кривичног дела прање новца из члана 231. став 2. у вези става 1. у вези члана 33. Кривичног законика. Стога, по налажењу Врховног касационог суда нема законских разлога да се у смислу члана 84. Законика о кривичном поступку, из списка предмета издваја и не користи као доказ одбрана окривљеног у делу у коме се исти изјашњавао у односу на кривично дело недозвољена трговина из члана 243. став 4. у вези става 1. Кривичног законика.

Осим тога, Врховни касациони суд је наводе браниоца окривљених да се у конкретном случају није могло радити о кривичном делу прање новца из члана 231. став 2. у вези става 1. у вези члана 33. Кривичног законика за које су окривљени оглашени кривима, већ да се евентуално у радњама окривљених стичу елементи бића кривичног дела недозвољена

трговина из члана 243. став 4. у вези става 1. Кривичног законика или да се пак могло радити једино о продуженом кривичном делу праће новца извршеног од стране окривљеног А.А, оценио као неосноване.

Одредбом члана 231. став 1. Кривичног законика ("Службени гласник РС" број 85/2005), који је важио у време извршења кривичног дела и који је Врховни касациони суд применио као најповољнији по окривљене (члан 5. став 2. Кривичног законика), било је прописано између осталог да кривично дело праће новца чини и онај ко стекне, држи или користи имовину са знањем, у тренутку пријема, да та имовина потиче од кривичног дела, док је ставом 2. тог члана прописано да ако износ новца или имовине из става 1. наведеног члана прелази 1.500.000,00 динара, учинилац ће се казнити затвором од једне до десет година.

Полазећи од наведеног, а имајући у виду да из изреке правноснажне пресуде (став I изреке - која се побија захтевом за заштиту законитости) јасно произилази да су окривљени А.А. и Б.Б. учествовањем у радњи извршења, заједнички извршили кривично дело, тако што су стекли, држали и користили имовину преко 1.500.000,00 динара, за коју су знали да је незаконитог порекла, то по налажењу Врховног касационог суда, из изреке правноснажне пресуде јасно произилазе сви битни елементи кривичног дела праће новца из члана 231. став 2. у вези става 1. у вези члана 33. Кривичног законика за које су окривљени оглашени кривим и осуђени.

Такође, је бранилац окривљене В.В у захтеву за заштиту законитости указивао на повреду закона из члана 439. тачка 2) Законика о кривичном поступку, и истицао да је у погледу кривичног дела које је стављено на терет окривљеној, примењен закон који се не може применити, будући да је према ставу браниоца, нижестепени суд морао да примени одредбу члана 231. став 5. Кривичног законика, која посебно прописује нехатно извршење овог кривичног дела.

Одредбом члана 35. Кривичног законика, прописано је да ко другом са умишљајем помогне у извршењу кривичног дела, казниће се казном прописаном за то кривично дело или ублаженом казном.

Полазећи од наведеног, а имајући у виду да из изреке правноснажне пресуде (став II) јасно произилази да је окривљена, критичном приликом умишљајно помогла окривљенима А.А. и Б.Б. да изврше кривично дело из става I изреке (кривично дело праће новца из члана 231. став 2. у

вези става 1. у вези члана 33. Кривичног законика), то по налажењу Врховног касационог суда, из изреке правноснажне пресуде (став II), јасно произилазе сви битни елементи кривичног дела прање новца у помагању из члана 231. став 2. у вези става 1. у вези члана 35. Кривичног законика, за које је окривљена оглашена кривом и осуђена.

Сумирајући наведено можемо рећи да је, Врховни касациони суд је одбио као неосноване наводе захтева за заштиту законитости одбране којима се истицало: да окривљени могу одговарати само за претходно кривично дело недозвољене трговине из које потичу незаконити приходи, да се не може одговарати за кривично дело прања новца јер је за предикатно дело недозвољене трговине тужилац одустао (због наступања застарелости кривичног гоњење), као и да је на окривљену В.В. побијаном пресудом примењен закон који се није могао применити, јер је окривљена требало да буде суђена за привилеговани нехатни облик прања новца, а не за основно умишљајно дело у помагању.

ЗАКОН О СПРЕЧАВАЊУ ПРАЊА НОВЦА И ФИНАНСИРАЊА ТЕРОРИЗМА

Прање новца је у домаћем законодавству уређено са два законска прописа: Кривичним закоником и Законом о спречавању прања новца и финансирања тероризма.⁴⁰

Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма је основни превентивни закон у области борбе против прања новца и финансирања тероризма. Њиме се утврђују радње и мере познавања и праћења лица и субјекта који су обвезници примене овог закона. Утврђују се и надлежности Управе за спречавање прања новца, као финансијске службе Републике Србије, у откривању и спречавању прања новца и финансирања тероризма, као и надлежности других органа у примени овог закона. Између осталог, утврђују се органи који врше надзор над применом овог закона код обвезника, као и казнене одредбе за непоштовање одредаба овог закона.

У овом тренутку, најбитнији прописи Европске уније са којима је усклађен Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма јесу

⁴⁰ "Службени гласник РС", бр. 113/2017, 91/2019

Четврта директива и Пета директива ЕУ, као и Уредба о информацијама које се прилажу уз пренос новчаних средстава.

Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма у члану 2. одређује појам прања новца. Такође је истим законом у члану 3. одређена и садржина појмова који су инкорпорисани у кривично дело прања новца.

Као радње извршења кривичног дела прања новца, Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма је изричито одредио: а) трансакцију - пријем, давање, замена, чување, располагање или друго поступање са имовином код обвезника, б) готовинску трансакцију - физички пријем или давање готовог новца и в) пренос новчаних средстава - било која трансакција која се најмање једним делом извршава електронским путем од стране пружаоца платних услуга у име платиоца, са циљем да та новчана средства буду доступна примаоцу плаћања код пружаоца платних услуга.

Поменути закон регулише и ко може бити пружалац платних услуга (НБС, банке, платна институција и др.) као и превентивне радње и мере које се предузимају пре, у току и након вршења трансакције или успостављања пословног односа (члан 5).

У обављању превентивних активности у борби против различитих облика и видова испољавања кривичног дела прања новца нарочито је наглашена улога Управе за спречавање прања новца, поред Пореске управе, Управе царина, те редовних органа кривичног правосуђа (полиције, јавног тужилаштва и судова опште и посебне надлежности). Управа за спречавање прања новца (члан 72) образује се као орган управе у саставу министарства надлежног за послове финансија. Она обавља финансијско информационе послове као што су: прикупљање, обрада, анализирање и прослеђивање надлежним органима информација, података и документације коју је прибавило у обављању својих надлежности и врши друге послове који се односе на спречавање и откривање прања новца.

Наведене законске одредбе Закона о спречавању прања новца и финансирања тероризма су поменуте, са једне стране, у контексту анализе континуитета са законском регулативом кривичног дела прање новца у Кривичном закону, а са друге и у циљу указивања да се у судској пракси може у појединим предметима, отворити питање тумачења појединих

појмова, када одредбе овог закона могу бити од значаја за боље разумевање и решавање конкретних случајева.

ФАЗЕ И ОБЛИЦИ ИСПОЉАВАЊА ПРАЊА НОВЦА

Веома често се у кривичноправној литератури говори фазама прања новца. Сматрали смо корисним и са становишта судске праксе да укажемо на најбитније моменте. Иако се ради пре свега о криминолошком аспекту дела, исти може бити користан за боље разумевање природе и суштине кривичног дела прање новца. Сам процес прања новца описује се као процес који се одржава у три одвојене фазе.

Прва фаза је фаза полагања (*placement*). У овој фази процеса готов новац који потиче од кривичног дела, се убацује у финансијски систем, или се користи као средство плаћања за куповину (набављање) различитих вредности. Сврха ове фазе је да се новац стечен криминалним делатностима путем, уведе у законите пословне токове, што чини ову фазу од посебног значаја са кривичноправног аспекта, посебно за откривање нелегално стеченог новца, јер се у овој фази најлакше може открити његова правна природа и порекло.

Новац у овој фази је по правилу у готовини, из разлога јер се на тај начин отежава или онемогућава идентификација субјеката који учествују у прању новца, при чему се он не може употребљавати у друге сврхе, а да притом готовина у високим износима не изазове пажњу и сумњу.

Управо због тога је и потребно да се из готовине претвори у други и прикладнији облик за каснију употребу.

Посматрано из угла извршиоца кривичног дела, ова фаза и за њих има веома значајну улогу јер представља најризичнију фазу, будући да према прописима већине земаља банке и друге финансијске институције имају законску обавезу да пријаве сваку већу трансакцију.⁴¹

Са аспекта истраге и откривања дела и учиниоца, на ову фазу треба обратити посебну пажњу, јер се најчешће у том делу врши пресек и могу се у највећој мери прикупити докази, значајни за вођење кривичног поступка, пре него што је незаконита имовина јаче инкорпорирана бројним финансијским трансакцијама.

⁴¹ S. Katušić-Jergović /2007/: *Pranje novca (pojam, karakteristike, pravna regulativa i praktični problemi)*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 14, 2/2007, 621-622

Мешање имовине, стечене криминалним делатностима са прихода легалног пословања смањује могућност откривања незаконито стечене имовине која потиче из криминалне делатности, а најчешћи начини за постизање поменутог је преко банака.

Уплата овог новца у банку може да се изврши на више начина, а неки од њих су као уплата под покрићем редовних готовинских прихода од пословања; оснивање тзв. "фантомских предузећа" која не послују и постоје само као средство за уплату готовог новца на рачуне у банкама; више лица уплаћује мање износе (испод законског цензуса) који не подлежу обавези извештавања, тј. нису "сумњиви" банкама па самим тим нису предмет праћења и извештавања; пренос готовине преко границе и његова уплата на банковне рачуне у земљама са слабо развијеним системом борбе против прања новца; куповина робе високе вредности (скупа превозна средства, уметничка дела, накит и сл.) са циљем да се препродају, а да се наплата изврши преко банкарских трансфера и др.⁴²

Друга фаза је фаза лежања (*layering*). У овој фази процеса врши се покушај прикривања правог порекла извора и природе новца вршењем бројних трансакција. Ове трансакције су по правилу легалне трансакције али са незаконитим циљем, јер се њима прикривају незаконити извори имовине. Ова фаза има за циљ да се различитим трансакцијама прикрије право (незаконито) порекло новца и средстава прибављених кривичним делом, што је суштинска фаза процеса у којој је имовина "опрана", а њен извор сакривен.

Аутори истраживања ове проблематике указују да постоји више техника како се поменуто покушава постићи, а међу њима су најчешће: кријумчарење валуте, конверзија валуте, промена дознаке средстава, коришћење *shell* предузећа, коришћење услуга осигуравајућих друштава, кориштење поштанских услуга и *box offic*a, кориштење увозних и извозних предузећа, манипулације рачунима, манипулације гаранцијама, манипулације обвезницама и акцијама, пословање преко *off shore* компанија и зона, давање обвезница и позајмица и др. Све претходно поменуто најчешће се одвија преко трансфера новчаних средстава између банака.

⁴² Ж. Бјелајац /2013/: Организовани криминалитет - империја зла, Правни факултет за привреду и правосуђе, Нови Сад, стр. 311

Поједини аутори указују да лица која учествују у процесу прања новца прикривају пребацивање новца у иностранство оснивањем предузећа у тим земљама. Ова предузећа се појављују као добављачи где се достављају лажне или увећане фактуре за услуге тзв. "бојлер" компанија или компанија у којима је дошло већ до депоновања "опраног новца".

Трансакције између ових компанија заснивају се размени услуга и роба које нису предвиђеног квалитета или нису у предвиђеном бројчаном стању, али то није ни од значаја јер циљ и није у извршеној услузи или испорученој роби већ у кретању новца који се пребацује посредством банака у иностранство због обављања легалних привредних активности. Исти аутори указују да је у овој другој фази прања новца од посебног значаја спровести појачану контролу пословања ових компанија, под чим се подразумева и контрола банковних рачуна.⁴³

Трећа фаза је фаза интеграције (*integration*). У овој фази процеса новац се укључује (интегрише) у легалну економију и финансијски систем првенствено мешањем са легитимним новцем, односно средствима која већ постоје у поменутих системима. На овај начин се отежава откривање правог извора новца, што уједно и представља циљ ове фазе прања новца. Након мешања новца, односно изједначавања легално и нелегално стеченог, често се новац "убацује" у нове законите инвестиције, али понекад се реинвестира у репродуктивни циклус постојећих или нових криминалних делатности.

Ову фазу карактерише више метода којима се поменуто постиже, а најучесталије су: а) оснивање анонимних компанија у државама у којим је гарантована тајност. На овај начин се постиже могућност давања зајмова "самом себи" из опраног новца кроз законите трансакције; б) потраживања на основу лажних извозних и увозних рачуна на којима су увећане вредности робе, услед чега се са мање трансакција може више новца пребацити са банковног рачуна једног предузећа и једне земље на други банковни рачун од другог предузећа у другој земљи; в) трансфер новца (легалној) банци из банке која је у власништву лица из групе за прање новца.

Преглед поменутих фаза прања новца и њихова анализа, могу да олакшају сагледавање процеса прања новца у целини и олакшати разуме-

⁴³ Н. Алексић, Н. Бингулац /2015/: Кривичноправни аспект прања новца и превентивна улога банака, Култура полиса, год. XII, бр. 27, стр. 151-162

вање појединих конкретних радњи кривичног дела прање новца које су предмет појединих оптужења.

ЗАКЉУЧАК

На основу изнетог може се закључити да кривично дело прање новца представља кривично дело које се по бројним карактеристикама издваја у односу на остала кривична дела у Кривичном законнику.

Карактерише га сложена структура јер је његово инкриминисање повезано са извршењем претходног, тзв. предикатног кривичног дела из којег је потекла незаконито прибављена имовина која је предмет извршења дела. Самим тим је и процес доказивања и утврђивања релевантних чињеница захтевнији и то како са аспекта утврђивања радњи извршења дела тако и субјективног односа учиниоца према делу.

Поред тога, кривично дело прање новца спада у групу мањег броја дела, где закон изричито прописује одговорност учиниоца за несвесни нехат, те на тај начин законодавац наглашава и криминалну опасност овог дела јер поље кривице учиниоца максимално проширује и санкционише у најширим оквирима.

Са друге стране, овако широко постављена криминална зона у погледу облика кривице учиниоца (несвесног нехата) је предмет критике стручне јавности. Стављају се примедбе недовољног законског разграничења са евентуалним умишљајем и свесним нехатом. Наиме, јасне су само ситуације када се ради о директном умишљају и несвесном нехату, док је зона виности између та два облика кривице практично законски недовољно дефинисана. Наведеним примедбама се можемо придружити и са аспекта судске праксе.

Поред тога, сматрамо оправданим да се у погледу објекта радње предвиди одређени доњи износ новца (као у случају кривичног дела пореске утаје), односно вредности криминалне имовине испод којег не би постојало кривично дело прања новца. На наведени начин би се јасније дефинисао круг предикатних дела, односно криминалних делатности којима се прибављају предмети извршења дела прање новца, као и конкретни предмети дела, што би олакшало доказивање претходних криминалних делатности. Тиме би се посредно дошло и до фактичког ограничења круга предикатних кривичних дела.

Кривично дело прање новца, уз нека друга дела (трговина људима, тероризам, насиље у породици и др.), представља производ савременог развоја кривичног права, и спада у групу сасвим нових кривичних дела у домаћем и страном кривичном законодавству, које ће тек показати своје резултате. Судска пракса ће у наредном периоду развијати поједине сегменте дела и заузимати одређеније и сигурније ставове кроз практичну примену и током решавања конкретних случајева.

Литература

1. Altenhain K /2017/, u: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (Hrsg.), *Nomos-Kommentar. Strafgesetzbuch*, Baden-Baden
2. Алексић Н, Бингулац Н /2015/: Кривичноправни аспект прања новца и превентивна улога банак, Култура полиса, бр. 27
3. Бјелајац, Ж. /2013/: Организовани криминалитет - империја зла, Правни факултет за привреду и правосуђе, Нови Сад.
4. Вуковић И. /2008/: Материјално довршење кривичног дела, Анали Правног факултета у Београду, № 2
5. Вуковић И /2013/: Кривична дела неправог нечињења, Београд
6. Вуковић И /2019/: О извесним недоумицама у погледу кривичноправне заштите од прања новца, *Crimen*
7. Грубач М, Васиљевић Т /2014/: Коментар Законика о кривичном поступку, Београд
8. Делић Н. /2006/: Кривично дело прања новца – међународни оквири и позитивно-правна регулатива, у: Примена међународног кривичног права од стране међународних и домаћих судова, Тара
9. Ђорђевић М. /2018/: Одузимање имовине учиниоцима кривичних дела, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду
10. Ђорђевић М. /2016/: Прање новца у српском кривичном праву, *Crimen*, № 2
11. Zlatarić B. /1956/: *Krivični zakonik u praktičnoj primjeni*. Opći dio, Zagreb
12. Јакулин В. /2015/: Прање новца у актима Европске уније и Савета Европе, Страни правни живот, № 2
13. Јовашевић Д /2017/: Прање новца у међународном и кривичном праву Србије, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 80
14. Јовашевић Д /2017/, Кривично право. Посебни део, Београд
15. Joecks W., Miebach K. (Hrsg.), /2017/: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München
16. Katušić-Jergović, S. /2007/: *Pranje novca (pojam, karakteristike, pravna regulativa i praktični problemi)*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 14, broj 2/2007
17. Kühl K., Heger M. /201829/: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, Лазаревић Љ. /20112/: Коментар Кривичног законика, Београд
18. Лазаревић Љ. /2006/: Коментар Кривичног законика Републике Србије, Београд
19. Лазаревић Љ /2011/: Коментар Кривичног законика, Београд
20. Лукић Н. /2014/: Сузбијање организованог криминалитета. Компаративни приступ, Београд

21. Лукић Н. /2016/: Прање новца – упоредноправни приступ, у: Идентитетски преображај Србије
22. Niggli M. A., Wiprächtiger H. (Hrsg.), /2007/: Strafrecht II. Basler Kommentar, Basel
23. Roxin C. /2003/: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München
24. Schönke A., Schröder H. /201930/: Strafgesetzbuch. Kommentar, München
25. Синановић Б /2011/: Прање новца, Билтен Врховног касационог суда у Београду, 2/2011
26. Стојановић З, Перић О /2009/: Кривично право. Посебни део, Београд, 13. издање
27. Стојановић З /2015/: Кривично право. Општи део, Београд, 22. издање
28. Стојановић З /2016/: Коментар Кривичног законика, Београд, 5. издање
29. Стојановић З /2018/: Коментар Кривичног законика, Београд
30. Стојановић З, Делић Н /2018/: Кривично право. Посебни део, Београд

Сњежана Лековић,
судија Апелационог суда у Новом Саду

ОДНОС КРИВИЧНИХ ДЕЛА ПОРЕСКЕ УТАЈЕ И НЕУПЛАЋИВАЊА ПОРЕЗА ПО ОДБИТКУ У КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

І УВОДНО ИЗЛАГАЊЕ

Убирање пореза је од великог значаја за сваку државу, јер служи за покривање њених расхода, односно за обезбеђивање основних функција државе као и за задовољавање одређених општих потреба грађана. Уставом Републике Србије (члан 91. став 2.) прописана је обавеза плаћања пореза и других дажбина. Неиспуњавање те обавезе за последицу може, под одређеним условима, имати и примену кривичних санкција.

Постоји шест кривичних дела којима се јавним приходима пружа кривично-правна заштита. Средишње место међу њима припада кривичним делима, пореске утаје и неуплаћивања пореза по одбитку. Ради се о кривичним делима, која су сврстана у поглавље кривичних дела **против привреде**, имају у првом реду за циљ заштиту привредног система и његово функционисање, њима се штите посебни привредни интереси – интереси државе у одређеним привредним областима (на пример у области монетарног, банкарског, девизног, трговинског, царинског, пореског система и др.).

Разлог што се пише овај рад је околност да је ова област нама правницима слабије позната, будући да има много закона и других прописа који регулишу ову материју, а које ми у пракси ретко користимо, осим тога, постоји и доста појмова и стручних израза, чије право значење често и не знамо.

У првом делу рада се анализирају основни елементи ових кривичних дела и поједина спорна питања, а потом се указује на ставове који превлађује у судској пракси, као и на чињеницу да се кривично дело неу-

плаћивање пореза по одбитку квалификује као кривично дело пореске утаје. Дакле, кривичним делом неуплаћивања пореза по одбитку, нужно је дати кривично-правну заштиту свим облицима јавних прихода који се плаћају по одбитку, правилну и закониту.

Кривична дела, пореска утаја из члана 225. КЗ и неуплаћивање пореза по одбитку из члана 226. КЗ, инкриминисана су Кривичним законом Републике Србије (који се примењује у односу на кривично дело утају пореза од 1.12.2019. године, а кривично дело неуплаћивање пореза по одбитку од 1.3.2018. године) као **основна пореска кривична дела** налазе се у групи кривичних дела против **привреде**, управо она **штите порески систем**, и могу се сврстати у **пореска кривична дела** јер на посредан начин штите привредни систем једне земље, њене привредне токове и привредни живот, док су **остала пореска кривична дела** предвиђена у такозваном **споредном, посебном** кривичном законодавству и то **Закону о пореском поступку и пореској администрацији** (Закон о пореском поступку и пореској администрацији ("Службени гласник РС" бр. 80/2002, 23/2003, 85/2005, 101/2011, последња измена 95/2018 и 86/2019)), примењује се од 1.1.2003. године, а има их укупно **четири**, то су: кривично дело неосновано исказивање износа за повраћај пореза и порески кредит из члана **173а**, кривично дело угрожавање наплате пореза и пореске контроле из члана **175**, кривично дело недозвољен промет акцизних производа из члана **176**. и кривично дело недозвољено складиштење робе из члана **176а**.

У овом раду биће говора о кривичним делим, пореске утаје и неуплаћивања пореза по одбитку.

II ПОРЕСКА УТАЈА

из члана 225. КЗ

(примењује се од 1.12.2019.)

(1) Ко у намери да он или друго лице потпуно или делимично избегне плаћање пореза, доприноса или других прописаних дажбина, даје лажне податке о стеченим приходима, о предметима или другим чињеницама које су од утицаја на утврђивање оваквих обавеза или ко у истој намери, у случају обавезне пријаве, не пријави стечени приход, односно предмете или друге чињенице које су од утицаја на утврђивање оваквих

обавеза или ко у истој намери на други начин прикрива податке који се односе на утврђивање наведених обавеза, а износ обавезе чије се плаћање избегава прелази **милион** динара,

казниће се затвором од **једне** до пет година и новчаном казном.

(2) Ако износ обавезе из става 1. овог члана чије се плаћање избегава прелази **пет милиона** динара,

учинилац ће се казнити затвором од **две** до осам година и новчаном казном.

(3) Ако износ обавезе из става 1. овог члана чије се плаћање избегава прелази **петнаест милиона** динара,

учинилац ће се казнити затвором од **три** до десет година и новчаном казном.

Ово кривично дело има **три алтернативно постављене радње** извршења. **Прва** радња извршења јесте давање лажних података о стеченим приходима, о предметима или другим чињеницама од значаја за утврђивање плаћања пореза, доприноса или дажбина. **Друга** радња извршења јесте непријављивање стечених прихода, односно предмета или других чињеница које су од утицаја за утврђивање обавезе плаћања пореза, доприноса и дажбина. **Трећа** радња извршења може бити и прикривање на неки други начин података који се односе на утврђивање наведених обавеза. Давање лажних података, непријављивање, односно прикривање на други начин релевантних података и чињеница чини се пре свега, у пореској пријави, али и на други начин у пореском поступку. Порески обвезник је дужан да дâ тачне податке о својим приходима и уопште о чињеницама које су релевантне за утврђивање висине пореза. Ову област регулише Закон о пореском поступку и пореској администрацији чије одредбе имају значај и за ово кривично дело.

Радње извршења кривичног дела пореске утаје се више не везује за **законито стечене приходе** што не значи да се кривично дело пореске утаје проширује и на оне ситуације када су приходи стечени на противправан начин. Реч је о томе да се више у законском опису овог кривичног дела не захтева давање лажних података о "законито стеченим приходима" односно њихово непријављивање. Што не значи да ће обавеза пла-

ћања пореза постојати и у односу незаконито стечене приходе, већ да се то више неће утврђивати као битно обележје кривичног дела, што је у пракси до сада изазивало озбиљне проблеме. Кривично дело пореске утаје може постојати само у односу на оне приходе који подлежу опорезивању, а који су то приходи, прописује се законом и другим прописима у области пореза, а не Кривичним закоником (мада у неким земљама и поједини незаконито стечени приходи подлежу опорезивању, па могу бити и предмет кривичног дела пореске утаје, али је то изричито предвиђено пореским прописима). Да мора постојати обавеза плаћања пореза, доприноса, или других дажбина јасно је и из језичког тумачења одредбе става 1. овог члана јер се мора радити о чињеницама које су од значаја за утврђивања те обавезе. Могло би се тврдити да се на овај начин уводи (оборива) претпоставка да је реч о законито стеченим приходима, односно оним приходима који подлежу порезу. Док је раније био задатак суда, да то увек утврди, као битно обележје кривичног дела, код новог решења, уколико му је то у интересу, окривљени би могао да доказује да није реч о законито стеченим приходима. "Законито стечени приходи" као битно обележје кривичног дела стварало је до сада у судској пракси озбиљне проблеме. Постојао је чврст став судске праксе да пропусти, да се утврди да је реч о таквим приходима води закључку да се нису стекла сва битна обележја кривичног дела пореске утаје (пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Кж 187/14 од 27.2.2014). То становиште је било исправно са аспекта ранијег законског описа овог кривичног дела. Но, оно је криминално-политички потпуно неоправдано, тако да су судови излаз тражили у томе да се дело квалификује као кривично дело злоупотребе службеног положаја из члана 359. чији је извршилац могло да буде и одговорно лице (пресуда Општинског суда у Нишу К 1392/03, пресуда Окружног суда у Нишу, као и пресуда Врховног суда Србије Кзп 283/07, који је решавајући о захтеву за испитивање законитости, заузео став, да је реч о кривичном делу злоупотребе службеног положаја, а не пореској утаји у случају тзв. продаје на црно). Иако овај став није прихватљив, по мишљењу проф. др Зорана Стојановића, он показује како је судска пракса, између осталог, и због проблема у примени неких инкриминација, неоправдано широко користила кривично дело злоупотребе службеног положаја.

У судској пракси, када је у питању природа стечених прихода, често се јављају ситуације, да су окривљени власници предузећа које

поседује ПИБ број које је уредно регистровано код надлежног државног органа, које послује са тзв. "фантомским фирмама" или на основу лажне пословне документације, тако што од тих фирми набавља разну робу широке потрошње са пореском изјавом да је иста намењена даљем промету и тиме стиче право на повраћај ПДВ-а, односно порески кредит, или ситуација када има уредну улазну документацију али не и излазну, дакле, робу продаје "на црно". Па је тако: у решењу Апелационог суда у Нишу Кж1 431/10 се наводи "ако је приход био законит а нису плаћени одговарајући порези, онда се може радити о кривичном делу пореске утаје, а ако приход није био законит онда се може радити о неком другом кривичном делу, у ком случају се тај приход не може опорезовати већ се мора одузети; пресудом Општинског суда у Параћину К 280/07 и пресудом Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 2666/10 од 07.09.2010. године изражен је став да "када је првостепени суд у изреци пресуде унео утврђење да је окривљени набављену робу продавао **"на црно"**, што значи на недозвољен и прикривен начин и такве радње квалификовао као кривично дело пореске утаје, учинио је изреку пресуде неразумљивом и противречном самој себи"; у пресуди Апелационог суда у Београду Кж1 1576/16 од 20.2.2017. године где део описа радњи кривичног дела пореске утаје из члана 229. став 2. у вези става 1. КЗ које је окривљеном стављено на терет, изостављен, јер је претходно утврђено да је овим делом износа утајеног пореза остварено извршење кривичног дела из члана 238. став 1. КЗ.

Међутим, Врховни касациони суд у предмету Кзз 112/2013 од 17.10.2013. године, усвојио је захтев за заштиту законитости републичког јавног тужиоца као основан, те је утврдио да је правноснажном пресудом Апелационог суда у Новом Саду Кж1 3055/12 од 14.05.2013. године у корист окривљеног З.Ј. повређен Закон – члан 439. тачка 1. ЗКП у вези члана 229. став 1. КЗ. Конкретно, пресудом Основног суда у Сомбору К 154/11 од 27.4.2012. године окривљени З.Ј. оглашен је кривим због кривичног дела пореске утаје из члана 229. став 1. КЗ, коју пресуду је Апелациони суд у Новом Саду својој пресудом Кж1 3055/12 од 14.5.2013. године поводом жалбе, а по службеној дужности, преиначио, тако што је овог окривљеног ослободио од оптужбе за кривично дело пореске утаје из члана 229. став 1., са образложењем да недостаје битан елемент наведеног кривичног дела - законито стечен приход, наводећи у свом образложењу да је окривљеном стављено на терет, да је ... у намери делимичног избегавања плаћања пореза

на додату вредност... прикрио податке који се односе на утврђивање обавезе плаћања ПДВ-а, тако што је у пореским пријавама... лажне улазне рачуне тзв. "фантомских привредних друштава"... а која су била недоступна контроли Пореске управе... искористио као одбитну ставку у виду претходног пореза на додату вредност и тиме избегао ПДВ у износу од 450.212,40 динара, према ставу другостепеног суда из овог чињеничног описа не произилази законско обележје кривичног дела из члана 229. став 1. КЗ, јер то дело подразумева давање лажних података о законито стеченим приходима, а у конкретном случају се ради о фалсификованим рачунима тзв. "фантомских привредних друштава", дакле непостојећих па се с тога не може говорити о "законито стеченом приходу". По налажењу Врховног касационог суда, овакав став другостепеног суда је погрешан и то из следећег разлога: "неспорно је да се предметно кривично дело може извршити само у погледу законито стечених прихода. Међутим, када је реч о питању утицаја на законитост и начин стицања прихода, **мора се правити разлика између прихода стечених законитом делатношћу обвезника пореза, делатношћу која није забрањена, али за коју обвезник нема одобрење и делатношћу која представља кривично дело, привредни преступ или привредни прекршај**".

Исто тако, према пресуди Апелационог суда у Београду **Кж1 1327/17 од 14.4.2018.** године којом је потврђена пресуда Основног суда у Ваљеву **К 344/16** од 21.6.2017. године којом је окривљени В.П. оглашен кривим због кривичног дела из члана 229. у вези става 1. КЗ, где се као спорно појавило питање "законито стеченог прихода" Апелациони суд у Београду је заузео став да "неосновано бранилац наводи да се не ради о предметном кривичном делу, већ о кривичном делу злоупотребе службеног положаја, јер се не ради о законито стеченом приходу. Ово с тога што **продаја не представља незаконит правни посао, али се овде незаконитост поступања окривљеног управо састоји у чињеници да је прикрио податке од утицаја за утврђивање пореских обавеза на основу законито стечених прихода-продаје робу непознатим купцима**". Пресудом Врховног касационог суда **Кзз 1278/17** од 14.12.2017. године одбијен је захтев за заштиту законитости браниоца окривљеног (у коме истиче да је пресудама Основног суда у Обреновцу **К 156/12** од 2.2.2017. године која је потврђена пресудом Апелационог суда у Београду **Кж1 751/17** од 17.7.2017. године и да из изреке пресуде не произилазе законска обележја

кривичног дела из члана 229. КЗ јер се у конкретном случају ради о томе да је окривљени **лажно приказао набавку робе**, иако је знао да промета није било, дакле, да се ради о незаконитим, симулованим приходима, а не постоји законска обавеза окривљеног да пријави сам себе за стицање незаконитих прихода. Из пресуде Врховног касационог суда произилази да су овакви наводи оцењени неоснованим уз образложење да: "давање лажних података као радња извршења кривичног дела у питању односи се на законито стечене приходе, на предмете или друге чињенице које су од утицаја на утврђивање обавезе плаћања пореза, доприноса или других прописаних дажбина. У конкретном случају реч је о обавези плаћања пореза на додату вредност од стране пореског обвезника - привредног друштва, у вези са обављањем законите делатности тог правног лица која се тиче промета добара и услуга, а према одредбама Закона о порезу на додату вредност и других прописа цитираних у изреци побијане правоснажне пресуде а и радњама окривљеног као одговорног лица у том правном лицу, усмереним на избегавање плаћања тог пореза. Како право на одбитак пореза плаћеног у претходној фази промета добара и услуга намењених даљем промету подразумева да је законит промет у оквиру обављања делатности правног лица и остварен (члан 28. Закона о ПДВ) управо је радњама давања лажних података и чињеницама које се тичу остваривања даљих промета добара и услуга, у означеном периоду и са наведеним субјектима привредног пословања, окривљени неосновано и противно назначеном пропису за поменуто привредно друштво остварио право на одбитак претходног пореза у износу од 3.867.654,38 динара чиме су остварена законска обележја кривичног дела пореске утаје из члана 229. став 2. у вези става 1. КЗ".

У ситуацијама када је окривљени власник предузећа које легално послује на територији Републике Србије има свој ПИБ, адресу, запослене, пословни простор и слично, које је регистровано за промет робе широке потрошње, а не ради се о роби чији промет је забрањен или ограничен (лекови, отрови, оружје, дрога и слично) и остварује приходе из законите делатности, па када такво предузеће од другог правног субјекта који је у систему ПДВ-а на законит начин набавља робу, а потом исту прода "на црно" дакле, без излазне документације, не може се говорити о незаконито стеченом приходу, јер је то приход који је настао из легалне делатно-

сти предузећа окривљеног зашто је оно и регистровано у складу са позитивним прописима Републике Србије.

III ЕЛЕМЕНТИ КРИВИЧНОГ ДЕЛА ПОРЕСКЕ УТАЈЕ из члана 225. КЗ

Објекат кривично правне заштите код кривичног дела пореске утаје су обавезе које се односе на плаћање пореза, доприноса или других прописаних дажбина, односно финансијски систем као и систем јавних прихода. **Објекат напада** је порез, доприноси и друге дажбине, а то су **три врсте прихода** које држава принудно прибавља, користећи силу и ауторитет државних органа. **Порез** који је део дохотка или имовине (потребна средства) који држава узима принудно од физичких и правних лица за покриће расхода друштвене заједнице од општег интереса, не вршећи при том неку непосредну противчинидбу (накнаду – услугу). Он се утврђује законом и представља **основни извор буџета државе**. То је инструмент јавних прихода, чија је сврха покрића државних и финансијских потреба и постизање економских и социјалних циљева политичких и др. Стога, **расходи** не представљају само потрошњу, него распоред богатства од стране државе ради постизања јавних услуга помоћу новца и служи општем интересу. Постоје различите врсте пореза: порез на добит, порез на доходак грађана, порез на имовину, порез на наслеђе и поклон, порез на пренос апсолутних права, порез на промет, акцизе, порез на употребу, држање и ношење одређених добара, порез на финансијске трансакције и порез на фонд зарада. Што се тиче **пореза на промет** он је престао да важи 1.1.2005. године, заједно са законом о порезу на промет ("Службени гласник РС", бр. 22/01, 73/01, 80/02, 70/03 и 84/04) као и прописи донети на основу тог закона, а уведен је уместо њега **порез на додату вредност ПДВ**, Законом о порезу на додату вредност ("Службени гласник РС", број 84/04 од 24.7.2004. године) и предмет опорезивања овог пореза је промет добара и услуга, као и увоз добара у Републику Србију. Под **доприносом** се подразумевају она давања која се на основу закона и других прописа, из више доходака плаћају ради **задовољења заједничких потреба** у разним областима друштвених делатности – здравству, образовању, науци итд. (Нпр. допринос за социјално осигурање обухвата: допринос за пензијско инвалидско осигурање, допринос за здравствено осигурање и допринос за осигурање за случај незапослености). И под другим про-

писима дажбинама се мисли на царине, друге увозне дажбине, разне врсте такси (административне, судске, комуналне, регистрационе, боравишне таксе и др), накнаде за коришћење добара од општег интереса, накнаде за коришћење воде, шума, путева, земљишта, природног – лековитих фактора, рудног блага и др) и јавни зајмови и др.

Радња кривичног дела је преварна делатност која има три алтернативно одређене радње извршења, које се манифестују као активна и пасивна делатност.

Прва радња извршења јест **давање лажних података о стеченим приходима**, о предметима или другим чињеницама од значаја за утврђивање обавезе плаћања пореза, доприноса или дажбина. "Друге чињенице" могу постојати на пример у случају када се не пријављује тачан број запослених, број чланова домаћинства и др. За **давање лажних података** ирелевантно је, на који начин се то чини и у ком облику се пореска пријава подноси, односно да ли је она поднета усмено или у писаном облику. Кривично дело постоји ако су дати лажни подаци о порезу, доприносу или другим дажбинама и на захтев надлежног органа или на иницијативу самог лица – обвезника пореза, доприноса или других дажбина или су они дати накнадно. Друга радња извршења јесте **непријављивање стечених прихода**, односно предмета или других чињеница које су од утицаја на утврђивање оваквих обавеза-плаћања пореза, доприноса или дажбина, у случају обавезне пријаве. То значи да давање лажних података о било каквим чињеницама, не представља ово кривично дело, већ само о оним чињеницама које су **битне, релевантне** за утврђивање пореске **обавезе** или њене **висине**. Давање лажних података чини се пре свега у пореској пријави, али и на други начин у пореском поступку. Порески обвезник је дужан да да тачне податке о својим приходима и уопште о чињеницама које су релевантне за утврђивање висине пореза. Ову област регулише **Закон о пореском поступку и пореској администрацији**. У члану 38. тог Закона, у ставу 1., дат је појам пореске пријаве и по том **Закону пореска пријава** представља извештај пореског обвезника, пореској управи о оствареним приходима, извршеним расходима, добити, имовини, промету добара и услуга и другим трансакцијама од значаја за утврђивање пореза. Код другог облика овог кривичног дела учинила уопште **не подноси пореску пријаву**. О стечајном приходу односно предметима и другим чињеницама које су од утицаја за утврђивање висине оваквих обавеза.

Овај облик за разлику од претходног, врши се **пропуштањем подношења пријаве**. **Трећа** радња извршења може бити **прикривање** на неки други начин података који се односе на утврђивање наведених обавеза. **Прикривање података** који се односи на утврђивање обавезе пореза, доприноса и других дажбина постоји када се ти подаци приказују **мањим** него што јесу, да би тиме и обавеза била мања, односно приказују се **већи приходи** од стварних.

За постојање кривичног дела битно је да су испуњена **два услова**:

Први услов – субјективну страну овог кривичног дела чини **намера за избегавање плаћања** пореза, доприноса и других дажбина, потпуно или делимично. И овде као и код других кривичних дела које у свом законском опису имају намеру, њено постојање се може утврђивати и посредно преко одређених објективних околности које указују на њу, или које је искључују. У неким судским одлукама се наилази на мишљење да неке објективне околности искључују ову намеру, што често не делује увек довољно убедљиво (на пример Апелациони суд и Основни суд, сматрају, да те намере нема, због тога што је "увек измиривао много веће обавезе које је имао према држави"..., као и да је окривљени, који није правне струке, власник и директор предузећа "...одмах по опомени Пореске управе... уплатио наведени порез." (*Пресуде Апелационог суда у Новом Саду Кж 4452/13 од 14.7.2014. године и Основног суда у Новом Саду К 2626/11 од 11.10.2013. године*))

Сликовит је пример из праксе за намеру избегавања пореза, а наиме ради се о ситуацији када власник приватног предузећа набавља и ставља у промет разну робу без пратеће документације и при том је не обрачунава или не уплаћује порез на промет, када је то учињено у намери избегавања плаћања пореских обавеза чини кривично дело, пореске утаје из члана 154. КЗ РС. Из пресуде Окружног суда у Београду Кж 2226/95 од 27.2.1996. године, се наводи да оптужени као власник привредног предузећа није пријавио податке који се односе на утврђивање пореских обавеза плаћања пореза на промет и промета робе на мало. Набављао је прехрамбену робу без пратеће документације, па како на исту није обрачунавао и плаћао порез на промет, правилно је првостепени суд нашао да је тиме извршио кривично дело из члана 154. став 1. КЗ РС.

Други услов – за постојање овог кривичног дела неопходно је да је остварен такозвани **објективни услов инкриминације**, односно да износ обавезе који се избегава мора да **прелази 1.000.000,00 динара** и то је оно што разликује кривично дело од пореског прекршаја. Из законске дефиниције "чије се плаћање избегава", произилази да за постојање овог кривичног дела није неопходно да учинилац успе у својој намери да **избегне** плаћање пореза, доприноса или других дажбина, кривично дело ће постојати, ако је код учиниоца постојала **само намера за избегавање**, тако да **штетна последица и не мора да наступи**. Међутим, потребно је да наведена сума новца чије се плаћање избегава, представља **износ у једној календарској години**. За оцену постојања објективног обележја кривичног дела, пореске утаје из члана 229. став 1. КЗ, које обележје се односи на износ пореза чије се плаћање избегава (да прелази износ од 150.000,00 динара - сада је тај износ 1.000.000,00 динара), битна је сума утајеног пореза у једној календарској години која представља фискалну, односно пословну годину, овај став произилази из пресуде Врховног касационог суда Кзз 56/11 од 31.08.2011. године, а наиме Апелациони суд у Крагујевцу је одлучујући о жалби браниоца окривљеног преиначио првостепену пресуду Основног суда којом је окривљени оглашен кривим и окривљеном применом члана 355. тачка 1) ЗКП ослободио од оптужбе да је извршио кривично дело, пореске утаје из члана 229. став 1. КЗ, налазећи да у радњама окривљеног нема објективног обележја овог кривичног дела, јер износ обавезе чије се плаћање избегава не прелази суму од 150.000,00 динара у једној фискалној години. Насупрот становишту републичког јавног тужиоца, Врховни касациони суд је нашао да је за оцену постојања објективног обележја кривичног дела из члана 229. став 1. КЗ у радњама окривљеног, које обележје се односи на износ обавезе пореза чије се плаћање избегава да прелази износ од 150.000,00 динара, битна сума утајеног пореза у једној календарској години која представља фискалну, односно пословну годину ... како се у смислу цитираних одредаба појединачна пореска пријава подноси једном годишње најкасније до 31. јануара за претходну годину, то је неприхватљив став републичког јавног тужиоца да се сабирају појединачни износи пореских обавеза чије се плаћање избегава у две календарске године. Из изнетих разлога одбијен је захтев за заштиту законитости Јавног тужиоца. Из пресуде Врховног касационог суда Кзз 942/18 од 19.9.2018. године произилази да у случају када је посебним Законом одређено плаћање пореских обавеза и подношење пореских пријава за календарски месец или календарско тромесечје онда се избегава-

ње плаћања посматра у том временском периоду, а не у временском периоду од једне фискалне или календарске године, а у смислу постојања кривичног дела пореске утаје из члана 229. став 1. КЗ. Исто тако је у својој пресуди Кзз 190/19 од 4.7.2019. године Врховни касациони суд заузео став да висина пореске обавезе, чије се плаћање избегава, представља објективни услов инкриминације за кривично дело пореске утаје из члана 225. став 1. КЗ и иста се утврђује искључиво у оквиру пореског периода, који је у зависности од врсте пореза различито прописан.

Кривично одељење Врховног касационог суда је прихватило усаглашене ставове кривичних одељења Апелационог судова са заједничког састанка одржаног у Крагујевцу 5.12.2018. године, да: Радња кривичног дела пореске утаје из члана 225. КЗ (раније члан 229. став 1. КЗ), када је у питању порез на додату вредност (ПДВ) треба ценити према обрачунском периоду за који је порески обвезник био дужан да обрачуна, пријави и плати ПДВ. Сходно томе ако висина утајеног пореза на додату вредност за одређени обрачунски период (месечно или тромесечно) не прелази износ од 500.000,00 динара неће постојати предметно кривично дело.

(објављено у Билтену Врховног касационог суда број 2/2019)

То значи да је кривично дело **довршено** самим предузимањем радњи извршења, то јест, законски опис **не садржи последицу**, није стога потребно да је извршилац избегао потпуно или делимично обавезу плаћања пореза, доприноса или других прописаних дажбина. Кривично дело ће постојати иако извршилац **све своје обавезе накнадно измири** по обављеној инспекцијској контроли. Овакво становиште произилази из пресуда Окружног суда у Београду Кж 3441/06 од 30.1.2007. године и Трећег Општинског суда у Београду К 798/06 од 17.11.2006. године, а гласи да:... за постојање кривичног дела пореске утаје није неопходно да је учинилац и успео у својој намери да избегне плаћање пореза и доприноса. Дело постоји ако је код учиниоца постојала намера за избегавање приликом предузимања радње извршења, тако да штетна последица и не мора да наступи, па је правно ирелевантно што је окривљени ове **"обавезе измирио по обављеној контроли од стране инспекције"**.

Уколико се ради о **више врста обавеза**, односно **износа**, чије плаћање се истом приликом хтело избећи неком од прописаних радњи извршења, а оне произилазе **из истог основа**, на пример, порези и доприноси

ПАО, за утврђење да ли је остварен објективни услов инкриминације не узимају се износи појединачних обавеза посебно, већ се они **сабирају**, што се види из пресуде Врховног суда Србије Кж I 32/78, а наиме, из те одлуке произилази да се "врста друштвене обавезе код кривичног дела пореске утаје из члана 154. став 1. КЗ РС под појмом **пореза** подразумевају се све врсте обавеза према друштвеној заједници", а што се образлаже, да се "...у смислу ових законских прописа, под појмом пореза подразумевају се све врсте обавеза према заједници. С обзиром на то какав је основ ти подаци се могу односити на висину разних прихода. Стога и онда када појединачне обавезе о порезу, доприносима социјалног осигурања и другим доприносима чије се плаћање избегава на један од начина предвиђених у члану 154. став 1. КЗ РС не прелази износ од 10.000,00 динара (сада 1.000.000,00 динара), али га прелази у свом **укупном збиру**, има се узети да је тиме у погледу висине обавеза остварено и ово законско обележје датог кривичног дела" (објективни услов инкриминације).

Извршилац овог кривичног дела може бити свако лице које има статус пореског обвезника, као и лица која су законски заступници одређених физичких лица, на пример старалац пословно неспособног оштећеника или правних лица, што је све предвиђено чл. 12. и 15. Закона о пореском поступку и пореској администрацији, његов пуномоћник и др. Чланом 12. став 2. је предвиђено да је **порески обвезник**, порески дужник који је обавезан да плаћа порез, односно споредна пореска давања. У истом члану дата је дефиниција пореског обвезника и других пореских дужника. **Порески дужник** је физичко или правно лице које дугује одређену радњу из пореског – правног односа, а то је однос јавног права које обухвата права и обавезе у пореском поступку, пореске управе с једне и физичког односа правног лица с друге стране. Поред пореског обвезника други порески дужници су: **Порески јемац**, који одговара за плаћање обвезниковог пореског дуга, за случај да порески обвезник тај дуг **не плати по доспелости**; **Порески платац** је **исплатилац прихода** пореском обвезнику, који је дужан да обрачуна и по одбитку плати прописани порез на тај приход, а у име и за рачун пореског обвезника, на одговарајући уплатни рачун; **Порески посредник**, који је дужан да за рачун пореског дужника (пореског обвезника или пореског платца) на основу њиховог **налога** за пренос средстава обустави и по одбитку уплати утврђени порез у своје име, а за рачун пореског обвезника, односно пореског платца, на

одговарајући уплатни рачун; Остала правна и физичка лица која **дугују** какву радњу из пореског правног односа из члана 10. наведеног закона. Пореске обвезник може учествовати у пореском-правном односу преко свог пуномоћника или законског заступника, ако овим законом није другачије одређено. **Пуномоћник** пореског обвезника је лице које у границама добијеног пуномоћја у име и за рачун пореског обвезника извршава послове у вези са пореским обавезама обвезника (прима пореске акте, подноси пореске пријаве, плаћа порез и др.). Чланом 15. став 1. истог Закона је предвиђено, да **законски заступници** физичких лица (родитељи малолетног лица, старалац пословне неспособног оштећеника и др.) и правних лица (физичко лице које је као такво уписано у судски регистар), као и пословођа ортачке радњи и привремени старалац заоставштине, испуњавају пореске обавезе лица која заступају.

Став судске праксе је да нема овог кривичног дела, ако је орган управе друштвених прихода у моменту доношења решења **располагао са веродостојним подацима**. Овај став произилази из пресуде Врховног суда Србије Кж1 196/85, а наиме у тој пресуди се наводи да ... "Не постоји кривично дело пореске утаје из члана 154. став 1. КЗ РС, у случају када је орган управе друштвених прихода у моменту доношења решења о утврђивању пореске обавезе **располагао са веродостојним подацима** који су указивали на лажност података у пореској пријави, поднетој од стране пореског обвезника, па и поред тога своје решење заснива на таквој пореској пријави."

Што се тиче облика **виности** потребан је **умишљај**, дело се може извршити само са **директним умишљајем**, извршилац мора бити свестан да даје лажне податке о предметима и другим чињеницама које су од утицаја на утврђивање пореза, доприноса или других дажбина.

Квалификовани облици овог кривичног дела постоје ако **износ обавезе** чије се плаћање избегава прелази 5.000.000,00 динара, а што је предвиђено ставом 2, односно 15.000.000,00 динара, што је предвиђено ставом 3. овог члана. Ова дела квалификована су **висином имовинске користи**, за постојање дела учинилац треба да је **свестан да врши утају већег износа**, али није потребна свест о одређеној висини утајеног пореза, доприноса и других дажбина, мора да зна да се ради о већој вредности, али не мора да зна и тачан износ.

По ставу судске праксе између основног и квалификованих облика не постоји **квалитативна разлика**, јер оба дела садрже истоветна законска обележја. У пракси пореска утаја се може појавити као **продужено** кривично дело. Може се догодити да неко лице из године у годину континуирано избегава плаћање пореза и других доприноса. Нужно је за постојање продуженог кривичног дела да свако од одвојених радњи садржи све битне елементе пореске утаје.

Утаја пореза и доприноса представља специфичан облик преварне радње, па стога ово кривично дело не може бити у стицају са кривичним делом **преваре из члана 208. КЗ** јер представља његов **посебан облик**. Нема стицаја ни са кривичним делом **фалсификовања исправе из члана 335. КЗ**, јер се уношење неистинитих података појављује као **радња извршења** овог кривичног дела.

Интересантне су и одлуке *пресуда Општинског суда у Сенти К 11/06 од 28.2.2007. године и пресуда Окружног суда у Суботици Кж 169/07 од 31.05.2007. године*, по питању непостојања "намере" окривљеног за извршење кривичног дела, утаје пореза, а наиме у тим пресудама је заузет став, да ... није постојала намера окривљеног као директора економске-финансијске службе предузећа, да се избегне плаћање пореза на додату вредност, када нису у пореским пријавама унети потребни подаци, а с обзиром да је доказима утврђено да је обрачунавање пореза окривљени поверио агенцији која је специјализована за ту врсту послова, а у рачунском програму предузећа окривљеног није унет **нови програм ПДВ-а, па се све то десило у почетном периоду примене Закона о порезима на додату вредност**, када објективно окривљени није могао сам да рачунским операцијама контролише да ли је порез правилно обрачунат. У таквој ситуацији правилно је првостепени суд донео пресуду којом је окривљени ослобођен од оптужбе према члану 335. тачка 3) ЗКП, да је извршио кривично дело пореске утаје из члана 229. став 1. КЗ.

III НЕУПЛАЋИВАЊЕ ПОРЕЗА ПОД ОДБИТКУ из члана 226 КЗ (примењује се од 1.3.2018. године)

(1) Одговорно лице у правном лицу - пореском плацу, као и предузетник - порески платаци који, у намери да избегне плаћање пореза по

одбитку, доприноса за обавезно социјално осигурање по одбитку или других прописаних дажбина, не плати износ који је обрачунат на име пореза по одбитку, односно доприноса за обавезно социјално осигурање по одбитку, на прописани уплатни рачун јавних прихода или не уплати друге прописане дажбине,

казниће се затвором до три године и новчаном казном.

(2) Ако износ обрачунато а неуплаћеног пореза, односно доприноса из става 1. овог члана прелази милион и петсто хиљада динара,

учинилац ће се казнити затвором од шест месеци до пет година и новчаном казном.

(3) Ако износ обрачунатог, а неуплаћеног пореза, односно доприноса из става 1. овог члана прелази седам милиона и петсто хиљада динара,

учинилац ће се казнити затвором од једне до десет година и новчаном казном.

Закон о изменама и допунама КЗ/2009 преузео је ово кривично дело у Кривични законик из споредног кривичног законодавства, то јест из члана 173. Закона о пореском поступку и пореској администрацији из 2002. године ("Службени гласник РС" бр. 80/02, последња измена 101/11 и 2/12). Међутим, приликом његовог преузимања није се имало у виду да тај Закон изричито прописује да се он примењује на све јавне приходе које наплаћује Пореска управа, као и на јавне приходе јединица локалне самоуправе (чл. 2 и 2а). Тако одређен екстензивни појам пореза односи се и на законски опис кривичног дела из члана 173. тог закона који је преузет у члан 229а КЗ. Будући да је у том закону изричито прописано да се он примењује у односу на све јавне приходе који се сви изједначавају са порезом у ужем смислу, тешко би се то могло односити и на Кривични законик, па је било потребно приликом преузимања ове инкриминације прописати да предмет овог кривичног дела могу бити не само порези, већ и доприноси и друге прописане дажбине. То је учињено тек у Закону о измени и допуни КЗ/2012.

Порески економски принцип је да се само **нето** (чиста) имовина или приход- доходак могу узети у обзир приликом опорезивања. У сврху утврђивања нето базе за опорезивање имају се **одбити** када је у питању производња трошкови производње, трошкови набавке сировина, наднице, закупнине, плаћени порези, сви они расходи који су везани за производ-

њу, амортизација, трошкови одржавања капитала, камате на дугове, осигурање од ризика и др.

Радња извршења овог кривичног дела је неуплаћивање износа који је обрачунат на име пореза по одбитку. Он се обрачунава и уплаћује приликом исплате одређених прихода од стране исплатилаца тих прихода. Порез по одбитку је дужан да обрачуна и уплати исплатилац прихода односно порески платац. На које приходе се плаћа порез по одбитку прописано је чланом 99. Закона о порезу на доходак грађана ("Службени гласник РС" бр. 24/01, 112/15, 5/16...). Радња извршења је предузета самим пропуштањем да се уплати износ који је обрачунат на име пореза по одбитку (то обухвата и исплату мањег износа од оног који је обрачунат). Обавеза уплате пореза по одбитку настаје истовремено са исплатом прихода, када је и дело довршено, то јест ако се исплати приход пореском обвезнику у нето износу, а да није уплаћен порез одбитку. Порез по одбитку за сваког обвезника и за сваки појединачно исплаћен приход, исплатилац обрачунава, обуставља и уплаћује на прописане рачуне у моменту исплате прихода у складу са прописима који важе на дан исплате прихода (члан 101. Закона о порезу на доходак грађана). Иако је прописана обавеза подношења пореске пријаве за порез по одбитку (члан 41. Закона о пореском поступку и пореској администрацији), за постојање овог кривичног дела ирелевантно је да ли је та пријава поднета. Иначе, кривично дело постоји само у случају ако се не уплати износ који је обрачунат на име пореза по одбитку што значи да не би постојало ово кривично дело ако порез по одбитку још није обрачунат (тако нпр. у одлуци Апелационог суда у Београду Кж1 1376/12 од 10.4.2012. године). То недвосмислено произилази не само из законског описа основног облика, већ и из тога како су формулисани тежи облици. Уколико порез није ни обрачунат, могло би постојати кривично дело пореске утаје ако су остварени услови из законског описа тог кривичног дела. Међутим, код кривичног дела пореске утаје осим битних обележја која улазе у његово биће, објективни услов инкриминације јесте да износ обавезе која се избегава прелази милион динара, тако да до тог износа не би могло постојати ни то кривично дело већ, евентуално, само одговарајући прекршај. Висина износа који је обрачунат на име пореза по одбитку, а није уплаћен, за разлику од кривичног дела пореске утаје (члан 225) ирелевантна је. Ако се ради о малом износу, а при том су испуњени и други услови, може доћи до

искључења постојања кривичног дела применом института дела малог значаја (члан 18).

После ступања на снагу Закона о изменама и допунама Кривичног законика/2012 радња извршења овог кривичног дела обухвата и неуплаћивање доприноса за обавезно социјално осигурање по одбитку или других прописаних дажбина.

Извршилац овог кривичног дела може бити само одговорно лице у правном лицу које је порески платац. Са њим је изједначен предузетник који је порески платац. **Порески платац** је исплатилац прихода пореском обвезнику и он је дужан да у име и за рачун пореског обвезника обрачуна и по одбитку плати пописани порез на тај приход на одговарајући уплатни рачун. **Порески обвезник** не може бити извршилац овог кривичног дела иако је и он, у ретким случајевима предвиђеним Законом, у обавези да сам обрачуна и уплати порез по одбитку.

Субјективни елемент осим **умишљаја**, јесте и **намера** да се избегне плаћање пореза, доприноса за социјално осигурање или других дажбина. Међутим, **сама чињеница пропуштања уплате пореза, по правилу, указује на постојање ове намере, јер умишљај у овом случају значи да је извршилац свестан тога да није платио порез по одбитку и то хоће (или на то пристаје).** Изузетно, ако је у питању омашка и слично, не би постојала та намера. Но, у том случају не би постојао ни умишљај. Тако да **умишљајно пропуштање да се не плати порез по одбитку, по правилу, истовремено значи и постојање намере да се не плати порез.** Евентуално, могле би се замислити неке изузетне ситуацији у којима извршилац свесно не уплаћује порез (или уплаћује мање) зато што је погрешно применио прописе или је у заблуди да је извршио уплату и слично, али опет, то су ситуације којима се доводи у питање постојање умишљаја. Чињеница да је реч о евидентираним и обрачунатим износима пореза односно дажбинама изазива одређене недоумице у пракси у погледу утврђивања постојања те намере. У судској пракси се чак наилази и на мишљење да те намере нема (а тиме ни кривичног дела) ако су пореске обавезе, односно обавезе плаћања доприноса евидентиране у пословним књигама, те да је за ту намеру потребно да учинилац скрива те обавезе "са намером да их никада не плати" (Апелациони суд у Београду Кж2 137/15 од 3.2.2015. године и решење Вишег суда у Панчеву К 447/14 од 18.12.2014. године). **Ово мишљење сувише сужава инкриминацију и**

нема основа у њеном законском опису. Наиме, овде је допринос већ обрачунат, а самим тим и евидентиран. У супротном, како је горе наведено, могло би бити речи о кривичном делу пореске утаје. Уношењем намере у законски опис, а нарочито везивање намере за избегавање плаћања пореза по одбитку, односно доприноса за обавезно социјално осигурање или других дажбина има одређени значај у смислу одређеног сужавања криминалне зоне. Тиме се наглашава умишљај и искључује могућност да се дело изврши са евентуалним умишљајем.

Кривично дело има тежи и најтежи облик с обзиром на висину износа неуплаћеног пореза. Тако, тежи облик постоји онда када износ обрачунат, неуплаћеног пореза из става 1. овог члана прелази милион и петсто хиљада динара (став 2) а ако износ обрачунатог, а неуплаћеног пореза из става један овог члана прелази седам милиона и петсто хиљада динара, постојаће најтежи облик (став 3). Реч је о квалификаторној околности која мора бити обухваћена умишљајем учиниоца, а не о објективном услову инкриминације. Овде се, због природе овог кривичног дела и његовог законског описа, у том погледу не јављају проблеми. Наиме, ако је за постојање кривичног дела неопходно да се не уплати износ већ обрачунатог пореза по одбитку, онда извршилац и зна висину тог износа.

Закон о изменама и допунама Кривичног законика/2009 предвиђао је да се предузетнику и одговорном лицу у пореском обвезнику, како за основни облик тако и за теже облике, обавезно изриче и мера безбедности забране вршења позива, делатности и дужности у трајању од једне до пет година (став 4). Та одредба није била усклађена одредбама општег дела којима се прописује ова мера безбедности (члан 85) којима није предвиђена (као код неких других мера безбедности) могућност прописивања обавезног изрицања ове мере безбедности. Напротив, из њих произилази да о потреби и оправданости изрицања ове мере увек одлучује суд процењујући испуњеност услова за њено изрицање. Такође, опште одредбе не дају ни основа да се време трајања законом пропише другачије, већ суд одређује то време у конкретном случају у оквиру од једне до десет година. Зато је ранији став овог члана брисан у Закону о изменама и допунама Кривичног законика/2012.

Битна обележја (елементи) кривичног дела пореске утаје у односу на кривично дело неуплаћивања пореза по одбитку, како се то да приметити из одлука судова, у ситуацијама када долази до њихо-

вог међусобног преплитања, да се мешају појмови али и назначена обележја ова два дела, што је недопустиво, с обзиром на начело законитости, а наиме, чланом 1. КЗ прописано је да: "Никоме не може бити изречена казна или друга кривична санкција за дело које пре него што је учињено законом није било одређено као кривично дело, нити му се може изрећи казна или друга кривична санкција која законом није била прописана пре него што је кривично дело учињено.

Примери из судске праксе

1. Првостепеном пресудом окривљени је оглашен кривим због кривичног дела пореске утаје из члана 229. став 1. КЗ. Одлучујући по жалби браниоца окривљеног другостепени суд је оценио да су неосновани наводи исте, да је првостепени суд пропустио да утврди да ли је уопште постојала пореска обавеза на страни окривљеног имајући у виду одредбе Закона о задругама. Ово због тога што је првостепени судна основу изведених доказа утврдио да је готов новац у износу од ... који је подигнут са рачуна задруге, исплаћен радницима који су обавили одређене послове у виду нето зараде и као такве подлежу режиму обрачуна за уплату пореза и доприноса на личне дохотке, како је то правилно закључио првостепени суд.

У вези тога посебно је указано на изјаву самог окривљеног да је наведени износ новца користио за плаћање физичким лицима која су обављала послове за задругу, с тим што је у документацији навео да се новац користи за плаћање поврћа, неког материјала, сировина, откупа пољопривредних производа. То значи да је сам окривљени признао да је сачинио фиктивну документацију, а што су потврдили и сведоци на које гласе наведени уговори. Сви напред наведено јасно указује на закључак да је окривљени вршио готовинске исплате за обављени посао који подлеже плаћању пореза и доприноса, а неистинито је приказао да је набављена разна роба све са намером да би избегао плаћање пореза и доприноса, а не због незнања да и таква обавеза давања подлеже плаћању пореза и доприноса.

(Пресуда Општинског суда у Бачкој Тополи К 57/07 од 15.5.2007. године и пресуда Окружног суда у Суботици Кж 271/07 од 11.10.2007. године)

Првостепеном пресудом је утврђено на основу изведених доказа на главном претресу, утврђеног чињеничног стања, првостепени суд је закључио да нема доказа да је окривљени Т.В. извршио предметно кривично дело, па га је на основу члана 355. тачка 2) ЗКП ослободио од оптужби. Ово из разлога које је прихватио другостепени суд, а наиме, утврђено је на основу налаза и мишљења вештака, да је у ситуацији блокаде рачуна предузећа ДОО "Типокод" Оџаци-у ликвидацији у коме је окривљени имао својство ликвидационог управника и одговорног лица, при исплати нето зарада запосленима, порез у целости обрачунат и прокњижен, те да су на основу обрачунатих зарада радника за наведени период од 5.7. до 12.10.2010. године, што се односи на обрачун исплате зарада радницима за период фебруар-март 2010. године у укупном износу од ... динара, истовремено обрачунат и прокњижен порез по одбитку, те да су достављени одређени ОД и ОПЈ обрасци надлежној Управи прихода за евидентирање постојећих обавеза по основу пореза и доприноса на зараде радника ... и да с тога подаци о пореским обавезама нису прикривани већ је пореска обавеза тачно исказана, што указује да није доказана намера окривљеног да у својству одговорног лица избегне плаћање пореза за наведено правно лице.

Првостепени суд је правилно закључио, по налажењу другостепеног суда, да у условима блокаде пословног рачуна предузећа, а када су предузете радње за евидентирање, обрачун и књижење пореза, нема доказа о постојању намере да се избегне плаћање пореза као субјективног и конститутивног обележја наведеног кривичног дела. Ово значи да није довољно само постојање објективног елемента за постојање кривичног дела, већ је нужно да на страни окривљеног постоји и субјективни елемент испољен у намери да се избегне плаћање пореза, што у конкретном случају није утврђено имајући у виду поступање окривљеног.

На постојање намере окривљеног, на чему се у жалби Основног јавног тужиоца без основа инсистира, не указује ни околност везана за закључење Уговора о асигнацији на основу кога је ДОО "СТ Комерц Принт" преузео обавезу на основу које су на утврђени начин исплаћене зараде запослених у ДОО "Типокод" Оџаци. Имајући у виду наведено побијана пресуда је потврђена а жалба Јавног тужиоца одбијена као неоснована.

(Пресуда Основног суда у Сомбору К 774/11 и пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж1 3392/13)

2. За постојање кривичног дела из члана 229а КЗ неопходно је и постојање субјективног обележја и то намера учиниоца да избегне плаћање пореза, а што произилази из самог бића овог кривичног дела.

Из образложења:

Правилна је оцена првостепеног суда како није доказано да су окривљени у конкретној ситуацији поступали **у намери да уопште не плате означене порезе по одбитку**, што представља субјективни елемент бића кривичног дела из члана 229а КЗ, пре свега узимајући у обзир неспорну чињеницу да су **окривљени те пореске обавезе приказали у својим пословним књигама**, а што посредно упућује на закључак **да их нису сакрили са намером да их никада не плате**. При томе, овај суд истоветно као првостепени суд је имао на уму чињенице на којима се инсистира и у изјављеној жалби, а односе се на то да окривљени неспорно нису платили означене пореске обавезе по њиховој доспелости. Међутим, окривљени су поступајући на тај начин остварили само објективни елемент цитираног кривичног дела који се састоји у неуплаћивању износа који је обрачунат на име пореза по одбитку на прописани уплатни рачун јавних прихода, што евентуално може представљати одређени порески прекршај, али такво поступање не указује на оствареност субјективног елемента који се огледа у намери избегавања плаћања пореза, како је то напред наведено.

(Решење Вишег суда у Панчеву К 447/04 од 18.12.2004. године и Решење Апелационог суда у Београду Кж2 137/15 од 03.02.2015. године, објављено у Билтену Апелационог суда у Београду број 7/2015)

3. Када је окривљени, као директор Привредног друштва, обрачунао и књиговодствено исказао у пословним књигама предузећа порез по одбитку, али га није платио због нагло отежаних услова привређивања, па је закључио споразум о одлагању плаћања пореског дуга, тада нема доказа да је извршено кривично дело неуплаћивање пореза по одбитку из члана 229а став 3. у вези става 1. КЗ.

Из образложења:

По налажењу Апелационог суда првостепени суд је правилно ценио одбрану окривљеног који је негирао да је намеравао да избегне плаћање пореза по одбитку, наводећи да је сав откуп секундарних сировина био евидентиран, да је наведени порез редовно обрачунаван у пословним књигама, али како је предузеће у току 2012. године дошло у тешку финан-

сијску ситуацију, јер се са српског тржишта повукло америчко предузеће... као главни купац секундарних сировина, а због драстичног пада цене челика наведене године, на рачуну није било довољно средстава, па би плаћањем целокупног износа пореза уз плаћање других обавеза према банкама и добављачима, предузеће отишло у стечај. Очекивала су се боља времена за предузеће како би се сав обрачунати порез по одбитку платио.

За постојање предметног кривичног дела, поред постојања објективних елемената, нужан је и умишљај као и намера да се избегне плаћање пореза, па није, имајући у виду изведене доказе, доказано постојање субјективног обележја кривичног дела у питању.

(Пресуда Основног суда у Ужцу К 345/15 од 25.02.2016. године и пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж 695/16 од 30.05.2016. године)

4. Пресудом Основног суда у 3. окривљени је, на основу члана 423. тачка 2) ЗКП, ослобођен од оптужбе за између осталог и извршење кривичног дела пореске утаје из члана 229. став 3. у вези става 1. и кривичног дела неуплаћивања пореза по одбитку из члана 229а став 3. у вези става 1. КЗ.

На основу изведених доказа првостепени суд је утврдио да постоје порези који нису уплаћени, наиме, утврђено је да за период октобар 2011. године и јул 2012. године је Акционарско друштво уредно обрачунавало и прокњижило зараде запослених у износу од 219.756.761,37 динара од чега обрачунате нето зараде су износиле 133.593.671,98 динара, а обрачунати порези и доприноси укупно 86.163.088,70 динара, при чему су обрачунати порези из зарада износили 19.530.035,69 динара, а доприноси за обавезно социјално осигурање 66.633.053,00 динара, да је АД "ВП. 3" исплатила запосленима целокупан износ обрачунатих нето зарада, а да су истовремено са исплатом нето зарада исплаћени порези и доприноси за обавезно социјално осигурање у укупном износу од 44.241.810,33 динара од чега уплаћени порез из зарада износи 9.417.983,69 динара а уплаћени доприноси 34.824.326,64 динара, тако да су порези из зарада и доприноси и на зараде које нису биле исплаћене истовремено са нето зарадама износили укупно 41.921.279,06 динара, од чега су неуплаћени порези из зараде износили 10.112.552,00 динара, а неуплаћени доприноси из и на зараде 31.808.727,06 динара. Укупан

износ пореза који није уплаћен истовремено са нето зарадама и накнаде за допунски рад у периоду од 30.12.2011. године до 14.9.2012. године су 10.218.511,50 динара, а износ неуплаћених доприноса 31.925.282,50 динара.

Имајући у виду наведено првостепени суд је нашао да на страни окривљеног није постојао субјективни елемент кривичног дела које му се ставља на терет, односно да је у конкретном случају изостала намера окривљеног, као директора АД "ВП. З" да наведено привредно друштво не плати обрачунати порез на зараде. Ово се образлаже тиме што је ово Акционарско друштво пословало у отежаним условима, текући рачуни су били у константној блокади, која је била прекидана само на неколико дана, те су исплате нето зарада и уплате пореза вршене кад год би било услова за то, те да је Привредно друштво покушавало на све могуће начине да обезбеди неопходна новчана средства, било закључењем Уговора о асигнацији, било путем обраћања Центру за велике пореске обвезнике са захтевом да се новчана средства обезбеде путем наплате потраживања које је то Привредно друштво имало према својим дужницима, те је оцена првостепеног суда да све радње које је привредни субјект предузимао у периоду док је окривљени обављао функцију директора јасно указују на постојање воље да се све постојеће обавезе измире, посебно имајући у виду да су запослени у овом правном лицу вршили обрачун зарада и других примања запослених и ангажованих лица као и обрачун припадајућих пореза и доприноса, те је закључио да ни у једном моменту није постојала намера да се избегне плаћање обрачунатог пореза.

Против те пресуде жалбу је изјавио Основни јавни тужилац, коју жалбу је Апелациони суд одбио као неосновану и потврдио првостепену пресуду, уз образложење да је правилно у првостепеној пресуди утврђено да је окривљени Генерални директор, одговорно лице и заступник привредног субјекта и то у инкриминисаном периоду, после чега је 17.10.2012. године поднео оставку. Текући рачун привредног субјекта у периоду од 9.9.2011. године до 15.8.2012. године био је у повременој блокади, након чега је наступила 15.08.2012. године непрекидна блокада, правно лице је пословало са очигледно финансијским потешкоћама, запосленима су исплаћиване зараде, порези и доприноси на зараде су обрачунати али нису у целости исплаћени, него делимично, тако да је

остао неизмирени дуг по овом основу за период од октобра 2011. године до јула 2012. године, правно лице је уредно обрачунало и прокњижило на одговарајућем конту зараде (обрачунате нето зараде, а обрачунати порези и доприноси за обавезно социјално осигурање). Нето зараде су исплаћене у целокупном износу, а порези и доприноси само делимично са нето зарадама.

Правно лице је по Уговору о допунском раду је ангажовало физичко лице за које су вршени обрачуни на име уговорене накнаде која се не сматра зарадом већ приходом који подлеже опорезивању као други приходи физичких лица, накнада је исплаћена али не и обрачунати порези и доприноси.

У вези члана 229а став 3. у вези става 1. у временском периоду од 30.12.2011. године па до 14.9.2012. године АД "ВП. 3" није вршила исплату зарада запосленима коју су остварили у периоду од октобра до децембра 2011. године и од јануара 2012. године па до јула 2012. године.

Оптужени никада није дао налог да се ови порези и доприноси не исплате, те да се подразумевало да се приликом обрачуна зарада врши и обрачун пореза и доприноса.

По ставу Апелационог суда, као одговор на наводе жалбе ОЈТ, да је генерални директор по Закону о привредним друштвима имао обавезу да координира рад извршних директора и организацију пословања друштва и да је по самој тој функцији његова обавеза била да даје налоге како служби која је задужена за обрачун и исплату зарада и осталих примања запослених, тако и свим осталим службама, што произилази из Закона о привредним друштвима као обавеза генералног директора, је становишта да оба кривична дела имају субјективне елементе који осим умишљаја чини и намера избегавања плаћања пореза, доприноса или других дажбина, избегавање плаћања пореза по одбитку, доприноса на обавезно социјално осигурање по одбитку или других прописаних дажбина.

Да би постојало наведено кривично дело и то како кривично дело пореске утаје тако и кривично дело неуплаћивања пореза односно пореза по одбитку, доприноса мора бити очигледна и јасна. У конкретном случају имајући у виду све околности у којима је пословало Акционарско друштво у којем је окривљени био генерални директор, пра-

вилно је првостепени суд поступио када је закључио да код окривљеног није постојала намера да изврши ова кривична дела и да је из тих разлога окривљеног ослободио од оптужбе.

(Пресуда Основног суда у Зрењанину К 855/16 од 27.2.2017. године и пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж1 890/17 од 24.9.2017. године)

Чињеница је да се у свим овим одлукама ради о евидентираном и обрачунатом износу пореза односно дажбина, и да то изазива одређене недоумице у пракси у погледу утврђивања те "намере" неуплаћивања пореза.

Како је очигледно из напред наведених одлука, у судској пракси се често наилази и на мишљење да те намере нема (а тиме ни кривичног дела) ако су пореске обавезе односно обавезе плаћања доприноса евидентирани у пословним књигама, те да је за ту намеру потребно **да учинилац скрива те обавезе "са намером да их никад не плати"**.

Радња извршења кривичног дела је неуплаћивање износа који је обрачунат на име пореза по одбитку. Он се обрачунава и уплаћује приликом исплате одређених прихода од стране исплатилаца тих прихода.

Када је окривљени поступио у намери да избегне плаћање пореза по одбитку, јер није уплатио на прописани уплатни рачун јавних прихода износ који је обрачунат на име пореза по одбитку, за назначени период, чиме је поступио супротно члану 99. став 1. тачка 1) и члану 101. Закона о порезу на доходак грађана, а којим је прописано "по одбитку од сваког појединачно оствареног прихода утврђују се и плаћају порези – између осталог и на зараде" и "порез по одбитку из члана 99. овог закона, за сваког обвезника и за сваки појединачно исплаћен приход, исплатилац обрачунава, обуставља и уплаћује на прописани јавни уплати рачун **у моменту исплате прихода**, у складу са прописима који важе на дан исплате прихода осим ако овим Законом није другачије прописано", а није. Радња извршења кривичног дела састоји се у неуплаћивању на прописани уплатни рачун износа који је обрачунат на име пореза који се плаћају по одбитку – радња нечињења. Код пореза по одбитку обавеза плаћања пореза доспева истовремено са настанком обавезе, а иста настаје када је приход исплаћен пореском обвезнику у нето износу, у конкретном случају нето плата радницима, а да порез по одбитку није уплаћен. У том моменту

ради се о свршеном кривичном делу, што значи да је тада и наступела последица која се састоји у угрожавању буџета коме порез по одбитку припада, угрожавање је конкретно јер се за буџет ствара конкретна опасност јер му се радњом извршења ускраћује јавни приход. Извршилац поступа са умишљајем и тада постоји намера да не плати (**избегне плаћање**) пореза. Ово из разлога што је учинилац тада био свестан свих стварних околности кривичног дела, да је одговорно лице у правном лицу, да је приликом исплате нето прихода и нето плата радницима дужан да истовремено плати на прописани исплатни рачун јавних прихода обрачунати порез по одбитку и свестан последице дела које је хтео, да буџет остаје ускраћен за износ неуплаћеног пореза по одбитку, јер поред свести о свим горе битним чињеницама он није уплатио порез по одбитку из чега се недвосмислено утврђује и његова намера да избегне плаћање, иако је на рачунима правног лица на дане исплате зарада било довољно средстава за порез. Његова намера да избегне плаћање пореза по одбитку произлази из свести, да је у обавези да приликом исплата нето плата радницима у истом моменту уплати обрачунати порез по одбитку, на рачун јавних прихода, што он не чини. **При том да није битно да ли је он хтео да тај порез никада не плати, већ је битно да ли је он исплатом плата радницима избегао плаћање обрачунаог пореза по одбитку.** Чињеница која се од стране одбране често истиче да би исплата пореза истовремено са исплатом зарада могла довести до угрожавања ликвидности предузећа и што је учинилац свесно дао приоритет неким другим обавезама, сматрам да уређени правни систем захтева, да сви поступају по правилима која су прописана Законима и другим прописима, а за неликвидна предузећа прописани су други поступци (стечај и слично).

Одредбом члана 110 став 1 Закона о раду ("Службени гласник РС", бр. 24/05 и 61/05) прописана је обавеза послодавца – да је дужан да запосленима зараде исплаћује у роковима утврђеним Општим актом и Уговором о раду, а најмање једном месечно а најкасније до краја текућег месеца за претходни месец.

Сходно члану 104. Закона о раду запослени има право на одговарајућу зараду која се утврђује у складу са Законом, Општим актом и Уговором о раду. Запосленом је гарантована једнака зарада за исти рад или рад исте вредности коју остварује код послодавца (правном лицу).

Основном члана 105. Закона о раду зараде из члана 104. став 1. овог закона састоје се од: зараде за обављен рад и време проведено на раду, зараде по основу доприноса запосленог пословном успеху послодавца (награда, бонуси и сл.) и других примања по основу радног односа у складу са Општим актима и Уговором о раду.

Под зарадом у смислу става 1 овог члана сматра се зарада која садржи порез и доприносе који се плаћају из зараде сходно члану 3. став 1. тачка 1) Закона о порезу на доходак грађана између осталог зарада као врста прихода подлеже порезу на доходак грађана, под зарадом овог Закона, сматра се зарада која се остварује по основу радног односа, дефинисана Законом којим се уређује радни однос и друга примања запослених.

Обвезник пореза на зараде је физичко лице које остварује зараду према члану 15 Закона о порезу на доходак грађана, зарада из члана 13 до 146 опорезује се по стопи од 10%. По одбитку од сваког појединачно оствареног прихода утврђује се и плаћа порез на зараде.

Порез по одбитку из члана 99 овог Закона, за сваког обвезника и за сваки појединачно исплаћен приход, исплатилац обрачунава, обуставља и уплаћује на прописани јединствени уплатни рачун у моменту исплате прихода, у складу са прописима који су важили на дан исплате прихода, осим ако овим Законом није другачије одређено. Чланом 101 Закона о порезу на доходак грађана прописано је, да је **исплатилац прихода** послодавац, друго правно, односно физичко лице или други привредни субјекат који је дужан да у име и у корист осигураника или у своје име, а у корист осигураника обрачуна и плати доприносе истовремено са исплатом прихода на које се плаћа допринос. **Обвезник доприноса** је осигураник и послодавац или исплатилац прихода, на чији терет се плаћа допринос. **Обвезник** обрачунавања, односно плаћања доприноса је **осигураник** и послодавац, односно други исплатилац прихода који је дужан да обрачуна, односно плати у своје име и у своју корист или у своје име а у корист осигураника.

Допринос из основице је износ доприноса који обрачунава, обуставља и плаћа послодавац, односно други исплатилац прихода у своје име, а у корист осигураника или осигураник који сам за себе плаћа доприносе.

Чланом 51. Закона о доприносу за обавезно социјално осигурање прописано је да послодавац **у случају када не исплати зараду** од 10-ог односно 31. у текућем месецу за претходни месец, дужан је да најкасније до тог рока обрачуна и уплати допринос на најнижу месечну основицу из члана 37 Закона као и да је дужан да при исплати зараде за одговарајући месец плати разлику између тако исплаћеног доприноса и износа обрачунатог на зараду коју исплаћује.

Послодавац је дужан да доприносе из става 1 овог члана обрачуна и уплати истовремено са исплатом зараде, разлике зараде или уговорене накнаде за привремене и повремене послове, по прописима који важе у моменту исплате тих примања.

Из ових законских одредаба произилази да извршилац кривичног дела, неуплаћивања пореза по одбитку може бити само одговорно лице у правном лицу пореском плацу које је исплатилац прихода пореском обвезнику (зарада радницима) и он је дужан да у име и за рачун пореског обвезника обрачуна и по одбитку плати прописани порез на тај приход на одговарајући уплатни рачун. Порески обвезник не може бити извршилац овог кривичног дела – конкретно у овом предмету.

За постојање овог кривичног дела нису од значаја чињенице које учиниоци најчешће истичу у својим одбранама, а које се понављају и у жалбам, да су очекивали прилив средстава у будућности и да би од тих средстава порез по одбитку био измирен. Ово зато што је законска одредба била предвидива – за учиниоца као и последица у случају ако је прекрши, тако да је био свестан шта чини, и управо то и хтео, с обзиром да је законска одредба прецизна, одговорно лице је учинилац, те самим тим и одлука о исплати личног дохотка без исплате наведеног пореза је била избор учиниоца, с тога је дужан и да сноси последице због таквог поступања. С тога је очигледно да на страни учиниоца није било намере да плати порез по одбитку.

У својим одбранама такође се често дешава да се учиниоци дела у суштини сконцентришу на укупну пословну ситуацију и услове због којих нису извршили дужност истовремене уплате пореза, позивајући се на недостатак новчаних средстава, угрожену ликвидност предузећа, претње обуставом рада од стране радника и слично, међутим те околности нису околности које представљају обележје кривичног дела, неуплаћива-

ња пореза по одбитку из члана 229а КЗ, због чега нису одлучне чињенице важне за утврђивање постојања кривичног дела и кривица учиниоца. Напротив, радње учиниоца треба ценити у време извршења кривичног дела, а намеру из чињенице да је он дело извршио тако што је исплатио зараде радницима, а није уплатио истовремено порез по одбитку, што је противно важећим прописима, а ако у радњама истог стоје елементи кривичног дела, субјективни однос према том делу мора бити исказан у односу на начин како је извршио исплату зараде, тако и у односу на то да ли је оваква исплата вршена по налогу учиниоца.

Сматрам да није на одмет, да се добро познају прописи везани за исплату зарада и пореза и доприноса асигнацијом, па на овом месту указујем на одређене одредбе истих, како би се што правилније могла оценити одбрана учинилаца у ситуацији када се бране, да је пословни рачун блокиран, да су у стечају по основу унапред припремљеног плана реорганизације као дужници поверилаца, да су само зараду исплатили по основу Уговора о цесији - због блокаде рачуна и слично.

ПОСТУПАК ИСПЛАТЕ ЗАРАДА И НАКНАДА КАДА ЈЕ РАЧУН ПРИВРЕДНИКА У БЛОКАДИ ПУТЕМ АСИГНАЦИЈЕ КРОЗ ЦЕСИЈЕ

Привредним друштвима и предузетницима забрањено је да потпишују уговоре о асигнацији, цесији, приступању дугу, преузимању дуга или уговор о пребијању – компензацији када им је текући рачун у блокади ради извршења принудне наплате.

Ова забрана регулисана је чланом 5. став 2. Закона о обављању плаћања правних лица, предузетника и физичких лица која не обављају делатност ("Службени гласник РС" број 68/2015). У случају кршења ове одредбе Закона прописане су веома високе новчане казне за правна лица од 50.000,00 до 2.000.000,00 динара, док су за предузетнике казне ниже и крећу се у распону од 10.000,00 до 500.000,00 динара.

Поред Закона о обављању плаћања, ову пословну активност уређују још и Закон о облигационим односима и Закон о пореском поступку и пореској администрацији (у даљем тексту ЗПППА).

Како код сваког правила тако и овде има изузетака, тако је ЗПППА прописан изузетак којим се дозвољава:

Исплата зарада, накнада трошкова (долазак и одлазак са посла, трошкови настали услед службеног путовања у земљи и иностранству), такође дозвољено је исплатити и отпремнину за одлазак у пензију запосленог као и накнада запослених у процесу реструктурирању предузећа, стечаја или ликвидације.

Овај изузетак – дозвола за **исплату зарада и накнада** запосленима **када је текући рачун у блокади** дозвољена је чланом 19. став 3. и чланом 87а став 7. ЗПП-а.

Овим прописом дозвољено је привредним субјектима чији су пословни рачуни у блокади, а за које је Пореска управа издала решење о привременој мери, да могу исплаћивати зараде, накнаде трошкова и друга примања запослених путем асигнације и цесије.

Прописан је поступак спровођење исплате зарада блокираних привредних субјеката путем **асигнације**.

Процедура за исплату зарада и накнада када је рачун привредног друштва или предузетничке радње у блокади путем аксигнације, важно је нагласити да је исплата могућа само када се плате сви припадајући порези и доприноси, забрањено је да се исплати само нето зарада. Такође је прописан поступак, уговором о асигнацији – у којем треба да постоји напомена да ће на основу овог уговора о асигнацији бити исплаћена зарада запослених и припадајући порези и доприноси запослених који су у радном односу код привредног субјекта чије рачун у блокади. Асигнат – лице које врши плаћање, преузима обавезу да са свог текућег рачуна исплати зараде и остале накнаде за блокираног привредног субјекта (предузеће/предузетник) путем асигнације. Уговор о асигнацији у овом случају потписују само две стране. Упутилац (асингнант) - лице које је у блокади и упућеник (асигнат) лице које врши плаћање. Запослени у овом случају су примаоци упута (асигнатари), они у овом случају не потписују уговор о асигнацији.

Правни субјект који је у блокади треба да изврши обрачун зарада по актуелним прописима у моменту исплате. Документа о обрачуну зараде потписују привредни субјект који има обавезу да исплати зараду запосленима, без обзира што је текући рачун у блокади.

Образац ППП-ПД подноси пореској управи и потписује подносилац обрасца – блокирани привредни субјект. Овај образац као и сви други достављају се Пореској управи електронским путем. Након контроле о исправности поднетог обрасца Пореска управа прихвата документ да је документ у реду потврђује додељивањем БОП броја. Пословна банка дозвољава плаћање зараде и пореза и доприноса привредном субјекту коју је у блокади на основу члана 30а ЗППА, под условом да налог за принос садржи број одобрења – БОП.

Пренос новца – исплатилац зараде за блокираног привредног субјекта доставља својој пословној банци налог за пренос новца. Тачно су прописани обрасци као и процедура која се мора проћи како би дошло до спровођења овакве исплате, из којих образаца се јасно види све напред наведено.

Плаћање зараде запослених асигнацијом врши се тако што лице које је преузело обавезу уговором асигнацији да ће уместо блокираног привредног субјекта да плати зараде и порезе и доприносе, за исплату нето зараде својој пословној банци доставља посебан налог за пренос средстава. Налог за плаћање попуњава фирма која плаћа и наводи своје податке као исплатилац, и потписује га одговорно лице тог привредног субјекта, и даље су тачно прописани начини попуњавања образаца који су обавезни да би дошло до оваквих трансакција.

Поступак за покретање асигнације обично покрећу привредни субјекти који имају већ започете послове између себе. Односно да исплатилац зарада и пореза и доприноса обично већ за неку другу пословну активност дугује блокираном лицу. То се у пракси најчешће дешава, приликом извршења обавезе по уговору о асигнацији, исплатилац практично измирује и своје обавезе према привредном субјекту који је у блокади. Чином преноса средстава, приликом плаћања зарада и пореза, исплатилац својој пословној банци доставља и **компензациони налог**.

Према одредбама члана 5. став 3. Закона о обављању плаћања, исплатилац је дужан да достави компензациони налог на терет и у корист свог текућег рачуна код банке. У овом случају подносе се два компензациона налога, посебно један за порезе и доприносе, док је други за зараде. Такође, и шифра се разликује, 340 уноси се за исплаћене зараде, док 354 за порезе и доприносе.

З а к л љ у ч а к

Ова пореска кривична дела спадају, историјски гледано, међу најстарија кривична дела, која су својствена кривичним законодавствима свих држава света. Пореска кривична дела спадају у групу кривичних дела против привреде, заштитни објекат те групе је у првом плану тржишна привреда, с тим у вези слободно тржиште, слобода и равноправност привређивања, а не заштита привредних односа самих по себи, већ посебних привредних интереса, пре свега интереса државе у одређеним областима (нпр. монетарног, банкарског, девизног, спољнотрговинског, царинског, пореског система и др.), како би се обезбедили једнаки услови привређивања за све привредне субјекте, са остављеним довољно широким слободним простором у коме ће деловати економски и тржишни услови, пре свега Закон понуде и потражње, слободна конкуренција привредних субјеката што и за све чланове друштва има позитиван ефекат. То указује на значај пореских кривичних дела. Бланкетног су карактера, а комплексност истих, огледа се у честој измени великог броја пореских прописа који се примењују. Међутим, да би се ти прописи правилно применили, требају се познавати мреже бројних прописа из најразличитијих области, осим тога, од помоћи је за практичну примену и историјско познавање предметних кривичних дела. Све то захтева посебан напор и вештину свих учесника поступка, од оних који откривају наведена кривична дела, преко оних који гоне, укључујући и оне који учествују у судском поступку (судије, адвокати, вештаци).

При суђењу донет је велики број ослобађајућих одлука, присутна је различита судска пракса. Пореска материја је веома динамична, а пореско законодавство је склоно честим променама. Да би се правилно, законито и ефикасније решавали предмети из пореске области, нужен је већи степен знања и стално праћење стручне литературе из области привредног криминала и корупције, што се може постићи организовањем правовремене, континуиране, квалитетне едукације од стране искусних - већ доказаних стручњака како у теорији тако и у пракси, дакле, стално усавршавање свих учесника, који третирају ову област пореских прописа. Осим тога, треба делотворно, ефикасно и брзо реаговати по свим питањима неуједначености судске праксе (вертикално и хоризонтално усаглашавање судске праксе). Осим тога, судска пракса требала би бити доступна свим учесницима у овим поступцима пореских кривичних дела. На овај начин би се, у

будуће, избегло стварање правне несигурност, а и отклонила евентуална повреда права једнакости грађана пред судом када су у питању судске одлуке у једнаким или сличним животним ситуацијама које чињенично описане представљају кривично дело.

Коришћење литературе

1. Кривични законик (из 2006. године) са изменама 2009, 2012, 2013, 2016. и 2019.
2. Закон о пореском поступку и пореској администрацији ("Службени гласник РС" бр. 80/2002, 23/2003, 85/2005, 101/2011, последња измена 95/2018 и 86/2019).
3. Коментар Кривичног законика, Проф. др Зоран Стојановић
4. Коментар Кривичног законика, Проф. др Љубиша Лазаревић
5. Приручник за сузбијање привредног криминалитета и корупције, издање из 2017. године (Проф. др Зоран Стојановић, Правни факултет Универзитета у Београду и др.)
6. Проф. др Драган Јовашевић, "Пореска кривична дела у кривичном праву Републике Србије", "Пореска кривична дела" издање 2016.
7. Наташа Делић "Нова решења у посебном делу Кривичног законика Србије", Београд 2014.

Радоман Спарих,
судија Апелационог суда у Крагујевцу

ВРЕМЕНСКО ВАЖЕЊЕ КРИВИЧНОГ ЗАКОНОДАВСТВА И ПРИМЕНА БЛАЖЕГ ЗАКОНА – СПОРНА ПИТАЊА И АКТУЕЛНА СУДСКА ПРАКСА

Начело законитости изражено латинском формулацијом (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) према којој нема кривичног дела и нема кривичне санкције ако то није прописано законом је једно од основних правних начела у свим савременим кривичноправним системима. У друштву које се определило за владавину права оно је гарант за остваривање слобода и права човека и препрека државним органима да произвољно и арбитрерно примењују право. О значају начела законитости у кривичном праву говори и чињеница да је садржано у више међународних конвенција, као што је Међународни пакт о грађанским и политичким правима (члан 15. став 1)¹ и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (члан 7. став 1).²

Ово начело је зајамчено у члану 34. ст. 1. и 2. Устава Републике Србије у оквиру одредби о људским правима и слободама. Наиме, наведе-

¹ Закон о ратификацији међународног пакта о грађанским и политичким правима ("Службени лист СФРЈ", број 7/71), "Нико не може бити осуђен због дела или пропушта који нису представљали кривично дело према домаћем или међународном праву у тренутку када су почињена. Такође, не може се изрећи казна која је већа од оне која би се применила у тренутку када је кривично дело почињено. Ако после извршења овог кривичног дела закон предвиђа лакшу казну, кривац треба да се користи тиме"

² Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода ("Службени лист СЦГ" - Међународни уговори, бр. 9/2003, 5/2005, 7/2005, "Службени гласник РС - Међународни уговори", број 12/2010); Кажњавање само на основу закона, "Нико се не може сматрати кривим за кривично дело извршено чињењем или нечињењем које, у време када је извршено, није представљало кривично дело по унутрашњем или међународном праву. Исто тако, не може се изрећи строжа казна од оне која је била прописана у време када је кривично дело извршено"

ним одредбама Устава је предвиђено да: "Нико се не може огласити кривим за дело које, пре него што је учињено, законом или другим прописом заснованим на закону није било предвиђено као кажњиво, нити му се може изрећи казна која за то дело није била предвиђена. Казне се одређују према пропису који је важио у време кад је дело учињено, изузев кад је каснији пропис повољнији за учиниоца. Кривична дела и кривичне санкције одређују се законом".³

Начело законитости је важно за сваку област права, али је од посебног значаја у кривичном законодавству. У домаћем кривичном законодавству наведено начело је афирмисано у члану 1. Кривичног законика, који носи наслов, Нема кривичног дела нити казне без закона, којим је предвиђено да: "Никоме не може бити изречена казна или друга кривична санкција за дело које пре него што је учињено законом није било одређено као кривично дело, нити му се може изрећи казна или друга кривична санкција која законом није била прописана пре него што је кривично дело учињено".

Са становиштем да се кривична дела и кривичне санкције морају унапред законом прописати обезбеђује се правна сигурност грађана јер се они тако претходно упознају која су то људска понашања одређена као кривична дела, као и са казнама прописаним за та дела, а исто тако осигуравају да не могу бити оглашени кривим нити кажњени за поступке који у време предузимања нису били одређени као кривично дело.

Кривични закон, као и други закони, ступа на снагу онога дан када је то у њему изричито прописано или ће се у супротном применити општа одредба Устава којом је предвиђено да закон ступа на снагу најраније осмог дана од дана објављивања у републичком службеном гласилу.⁴ Код значајних измена законом се може прописати дуже време од доношења до ступања на снагу закона у целини или појединих његових одредби.⁵ На тај начин се омогућава грађанима да се упознају са садржином новог закона, а

³ Устав Републике Србије ("Службени гласник РС", број 98/2006) у даљем тексту Устав

⁴ Члан 196. став 4. Устава Републике Србије

⁵ У "Службеном гласнику РС", број 94/2016 од 24. новембра 2016. године објављен је Закон о изменама и допунама Кривичног законика, који ступа на снагу 1. јуна 2017. године изузев одредаба чл. 24, 27. и 35. до 38. које ступају на снагу 1. марта 2018. године и одредаба члана 41. које ступају на снагу осмог дана од дана објављивања (члан 42)

исто тако и судовима да се припреме за примену нових, посебно сложених законских решења и да окончају поступке започете по ранијем закону.

С друге стране кривични закон престаје да важи на основу законског прописа који одређује дан престанка његове важности (темпорални закони), новим законским прописом који изричито ставља ван снаге одређени кривични закон, самим доношењем и ступањем на снагу новог закона стари престаје да важи, применом правила дерогације, као и доношењем одлука Уставног суда којим је утврђена неуставност појединих кривичноправних одредби.

Када се говори о начелу законитости у кривичном праву, пре свега се мисли на забрану повратног дејства кривичног закона, односно на правило да закон којим се прописује кривично дело, односно кривична санкција делује само за будуће случајеве.⁶

Због тога начело законитости у нашем кривичном праву треба посматрати у контексту члана 5. Кривичног законика којим се регулише временско важење кривичног законодавства. Наведеним чланом у ставу 1. је прописано, "На учиниоца кривичног дела примењује се закон који је важио у време извршења кривичног дела", а у ставу 2 "Ако је после извршења кривичног дела измењен закон, једном или више пута, примениће се закон који је најблажи за учиниоца".⁷

Из наведених одредби произилази да је опште правило да се на учиниоца кривичног дела примењује закон који је важио у време извршења кривичног дела, осим у ситуацији када је након учињеног дела, а пре окончања кривичног поступка ранији кривични закон замењен новим законом који је повољнији за учиниоца, у ком случају је суд обавезан да примени блажи кривични закон на оптуженог. Ради се о обавезној примени блажег закона под условом да сви каснији закони у одговарајућим

⁶ Начело законитости у кривичном праву осим забране ретроактивне примене кривичног закона-nullum crimen nulla poena sine lege praevia, обухвата још три гаранције и то, забрану примене неписног, пре свега обичног права-nullum crimen nulla poena sine lege scripta, забрану неодређености кривичноправних норми-nullum crimen nulla poena sine lege certa и забрану стварања кривичног права путем аналогije-nullum crimen nulla poena sine lege stricta.

⁷ Устав Републике Србије у члану 197. који је насловљен "Забрана повратног дејства закона и других општих аката" у ставу 3. прописује, "Одредба кривичног закона може имати повратно дејство само ако је блажа за учиниоца кривичног дела".

одредбама прописују исто кривично дело, као и кривични закон који је био на снази у време извршења кривичног дела, а који је строжи од касније измењених кривичних закона.

Обавеза примене блажег закона се сматра важним средством остваривања начела правичности и оправдава се заштитом како интереса учиниоца кривичног дела, јер би у супротном он сносио последице неажурности правосудних органа и био онемогућен да користи погодности закона који је за њега најповољнији, тако и интереса друштва да блажи закон буде примењен и на оне које су учинили кривично дело у време важења претходног закона, а да кривични поступак није правноснажно окончан до ступања на снагу новог кривичног закона.

За временско важење кривичног закона уско је везано и питање времена када је кривично дело извршено, с обзиром да се у односу на то време одређује који ће се закон применити на учиниоца. Временом извршења кривичног дела у смислу члана 16. ст. 1. и 2. Кривичног законика, сматра се време када је извршилац радио или био дужан да ради без обзира када је последица наступила, док је за утврђивање времена радње саучесника меродавно време предузимања саучесничке радње.

Последњих година у нашој земљи су честе измене Кривичног законика које актуелизују питање примене блажег закона. Како се оно увек поставља у ситуацији када је после извршења кривичног дела па до суђења једном или више пута измењен закон, судови имају обавезу, да у смислу члана 5. став 2. Кривичног законика, примене најблажи закон за учиниоца.

Са изменама и допунама из 2019. године⁸, извршене су значајне промене како у општем тако и у посебном делу Кривичног законика. Међутим, опште својство тих измена и допуна је ширење кривичноправне репресије као и заостравање казнене политике, што се лако може закључити упоређивањем једног броја општих правних института и казнених распона код неких кривичних дела у старом и новом закону, тако да ће се по правилу примене најблажег закона на учиниоца код нерешених предмета примењивати закон који је важио у време извршења кривичног дела.

⁸ Закон о изменама и допунама Кривичног законика ("Службени гласник РС" број 35 од 21.5.2019. године), који је ступио на снагу 1. децембра 2019. године

Од значаја је напоменути следеће измене у општем делу Кривичног законика: у систем казни је уместо казне затвора од тридесет до четрдесет година уведена казна доживотног затвора (члан 43. тачка 1. КЗ), као један од услова за условни отпуст осуђеног на казну доживотног затвора предвиђено је време од 27 година, док је за одређена тешка кривична дела прописана апсолутна забрана условног отпуста (члан 46. став 2. алинеја прва и члан 46. став 5. КЗ) обични поврат је прописан као обавезна отежавајућа околности (члан 55. став 1. КЗ), уведено је обавезно изрицање казне која је изнад половине распона прописане казне за кривично дело учињено са умишљајем за које је прописана казна затвора, у случају вишеструког поврата (члан 55а КЗ), прописани су строжи услови за ублажавање казне тако што се захтева да то могу бити само нарочито олакшавајуће околности које указују на то да се са ублаженом казном може постићи сврха кажњавања (члан 56. тачка 3. КЗ). Надаље, знатно је сужен обим примене условне осуде, јер је прописана забрана изрицања условне осуде за кривична дела за која се може изрећи казна затвора од осам година (члан 66. став 2. КЗ) као и забрана њеног изрицања учиниоцу, и за случај да му је у последњих пет година за умишљајно кривично дело изречена условна осуда (члан 66. став 3. КЗ). На крају је прописано да не застаревају кривично гоњење и извршење казне за сва кривична дела за која је прописана казна доживотног затвора (члан 108. КЗ).

Оцену који је закон најблажи у односу на одређеног учиниоца и конкретно кривично дело може дати само надлежни суд и то у моменту доношења мериторне пресуде и изрицања кривичне санкције када утврђује и време извршења кривичног дела. Међутим у пракси нису ретки случајеви да судови у ранијим фазама поступка цене који је закон најблажи за учиниоца и доносе одлуке којима се оглашавају ненадлежним те достављају предмет на надлежност нижим судовима што има за последицу неоправдано одуговлачење кривичног поступка.

С тим у вези, у односу на кривично дело пореска утаја из члана 229. став 2. у вези става 1. Кривичног законика, у решењу Врховног касационог суда Кс 5/2014 од 4.6.2014. године је наведено: "Како се у конкретном случају против окривљеног води поступак и за кривично дело за које је прописана казна затвора преко пет година, то је по ставу Врховног касационог суда за одлучивање по жалби јавног тужиоца на наведену пресуду Основног суда у Краљеву стварно и месно надлежан Апелациони суд у Крагујев-

цу, а не Виши суд у Краљеву. При том је без значаја оцена који ће се кривични закон као блажи, у смислу одредбе члана 5. Кривичног законика, применити у конкретном случају на учиниоца овог кривичног дела - да ли закон који је важио у време његовог извршења или неки од касније донетих, будући да ту оцену може да да само стварно и месно надлежан суд доношењем правноснажне пресуде којом ће утврдити и време извршења кривичног дела као једну од битних околности од којих зависи ова оцена".⁹

Теорија материјалног кривичног права приликом утврђивања који је закон блажи полази од два општеприхваћена начела и то, **начела конкретности и начела алтернативитета.**

Начело конкретности налаже да се радња извршења кривичног дела подведе прво под одредбе закона који је важио у време извршења кривичног дела, а затим под нови кривични закон како би се тумачењем свих одредби које су релевантне за конкретни случај оценило који закон учиниоца кривичног дела ставља у повољнији положај. Наиме, оцена који је закон блажи се може дати након што се разјасне све битне чињенице које се односе на кривично дело и учиниоца јер се тек након тога може одредити које одредбе ће бити примењене и да ли су посматрано у целини повољније одредбе закона који је важио у време извршења дела или неког од касније донетих закона.

У вези примене начела конкретности карактеристична је пресуда Врховног касационог суда Кзз 760/2016 од 29.06.2016. године, која се односи на кривично дело отмица из члана 134. став 1. Кривичног законика. Према наведеној пресуди Кривични законик који је важио у време извршења предметног кривичног дела је блажи за окривљеног јер је истим за кривично дело из члана 134. став 1. Кривичног законика, за које је окривљени оглашен кривим била прописана казна затвора у трајању од једне до десет година, а према важећем Кривичном законiku, који је важио и у време пресуђења за наведено кривично дело је прописана казна затвора у трајању од две до десет година. По налажењу Врховног касационог суда, приликом оценом који је закон најблажи за учиниоца у конкретном случају, без утицаја је чињеница да је важећим Кривичним закоником предвиђена могућност издржавања изречене казне затвора у трајању до једне године у просторијама у којима окривљени станује, будући да би се

⁹ <https://www.vk.sud.rs/sr/%D0%BA%D1%81-52014>

та могућност евентуално могла применити само у ситуацији када би суд нашао и ублажио казну окривљеном у смислу чл. 56. и 57. Кривичног законика, што у односу на окривљеног није случај, док у супротном када суд не би утврдио да постоје нарочито олакшавајуће околности и када не би оценио да се и са ублаженом казном може постићи сврха кажњавања, окривљеном би могла бити изречена само казна ефективног затвора у трајању од две године, што је свакако строжије у односу на Кривични законик који је важио у време извршења и по коме му се као најнижа казна могла изрећи казна затвора у трајању од једне године.

Дакле из напред наведене пресуде произилази да у ситуацији када је новим кривичним законом предвиђена могућност примене неког института који би кривичноправни положај учиниоца таквог кривичног дела могао учинити повољнијим, у конкретном случају то је тзв. "кућни затвор", нови закон се неће само због тога сматрати блажим, већ једино уколико суд нађе да такав институт треба применити.

Начело алтернативитета захтева да се приликом утврђивања који је закон блажи мора прихватити стари или нови закон, при чему је искључена могућност да се комбиновано примењују одредбе из новог и из раније важећег кривичног закона.

Међутим, код реалног стицаја, када се учиниоцу истовремено суди за више кривичних дела, за свако дело се утврђује који ће се закон применити, па је могуће да се за нека кривична дела примени закон који је важио у време извршења кривичног дела, а у односу на друга нови закон, који је важио у време пресуђења. Ако се сва кривична дела у стицају правно квалификују по истом закону примениће се и одредбе о изрицању јединствене казне из тог закона. Уколико се једно дело оцени по закону који је важио у време извршења, а друго по закону који је важио у време пресуђења, у таквим ситуацијама примениће се одредбе о изрицању јединствене казне које су у конкретном случају за учиниоца повољније.

Међутим, када је у питању поступак за изрицање јединствене казне из члана 552. ЗКП примењује се закон који је важио у време подношења захтева за изрицање јединствене казне, а уколико је након тога дошло до измене кривичног закона, онда се примењује закон који је евентуално најблажи за окривљеног. Наиме, према ставу кривичног одељења Врховног касационог суда, "У ситуацији када је осуђени радњу извршења

кривичног дела предузео како у време важења Кривичног закона Савезне Републике Југославије ("Службени лист СФРЈ" бр. 44/75, 34/84, 74/87... и "Службени лист СРЈ" бр. 35/92... 61/01), за које је правноснажно осуђен на казну затвора од 15 година, тако и у време важења Кривичног законика ("Службени гласник РС" бр. 85/05... 94/16), за које је такође правноснажно осуђен на казну затвора у краћем трајању, примењује се закон који је важио у време подношења захтева за изрицање јединствене казне, а уколико је након тога дошло до измене кривичног закона, онда се примењује закон који је евентуално најблажи за окривљеног".¹⁰ У истом смислу је и одлука Врховног касационог суда Кзз 358/2020 од 30.6.2020. године.¹¹

Правило о обавезној примене блажег закона подразумева да се узму у обзир и међузакони, тзв. интеримни закони, у ситуацији када је у међувремену дошло до више промена кривичног закона. Наиме, према законској формулације одредбе става 2. члана 5. Кривичног законика, код оцене који је закон блажи морају се узети у обзир сви закони који су били на снази од времена извршења кривичног дела па до доношења правноснажне судске одлуке.

Критеријуми за утврђивање блажег закона

С обзиром да законом није прописано када се један закон може сматрати блажим, о томе су судска пракса и теорија кривичног права поставили одређене критеријуме и општа правила.

Најједноставнија је ситуација када одређене радње по новом закону више нису предвиђене као кривично дело у којем случају је за учиниоца најповољнији нови закон. Тако је Законом о изменама и допунама Кривичног законика из 2016. године извршена декриминализација кривичних дела издавање чека и коришћење картица без покрића из члана 228. КЗ и обмањивање купаца из члана 244.КЗ.¹² У супротном строжи је нови закон

¹⁰ Став Кривичног одељења Врховног касационог суда у односу на спорно питање у вези ког није постигнута сагласност представника апелационих судова на састанку у Ниш 30.09.2019. године.

¹¹ <https://www.vk.sud.rs/sr>

¹² У "Службеном гласнику РС", број 94/2016 од 24. новембра 2016. године објављен је Закон о изменама и допунама Кривичног законика, који ступа на снагу 1. јуна 2017. године изузев одредаба члана 24, 27. и 35. до 38. које ступају на снагу 1. марта 2018. године и одредаба члана 41. које ступају на снагу осмог дана од дана објављивања

када прописује ново кривично дело које нема сличности са кривичним делима из старог закона. У вези са тим за судску праксу ће бити посебно значајно кривично дело неовлашћено држање опојне дроге у великој количини из члана 246а став 2. КЗ.¹³

Осим потпуне у пракси постоји и делимична декриминализација када само једна од више алтернативно прописаних радњи извршења кривичног дела по новом закону није више кривично дело или је постала прекршај. С тим у вези карактеристична је пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 806/2016 од 8.6.2016. године, у којој се наводи да другостепени суд оцењује као неосноване жалбене наводе јавног тужиоца да се увреде описане у оптужном предлогу, које је окривљени упутио службеним лицима, могу квалификовати као радње ометања службеног лица на други начин. Апелациони суд налази да је првостепени суд правилно закључио да дело за које је окривљени оптужен по закону није кривично дело, јер је у међувремену, доношењем новог Закона о јавном реду и миру ("Службени гласник РС", број 6/2016) који је ступио на снагу 5.2.2016. године, у члану 23. став 1. Закона декриминализовано ометање службеног лица у вршењу службене дужности извршено вређањем, односно да је чланом 22. истог закона наведена радња ометања службеног лица у вршењу службене дужности прописана као прекршај.

Међутим, осим неспорне ситуације, када је одређено понашање декриминализовано, чести су случајеви да се неко кривично дело прописује само у другом облику. Тако су Законом о изменама и допунама Кривичног законика из 2016. године одређена кривична дела само привидно брисана, с обзиром да и даље егзистирају са истим или сличним називом или описом. Ово се посебно односи на кривична дела против привреде (Глава двадесет друга Кривичног законика). Наиме у новим законским одредбама у суштини је изражен исти садржај али су обухваћени само случајеви из претходног закона којима се штити привредно пословање и имовина у том пословању, уз одређене нужне измене, тако да између старих и нових описа кривичног дела постоји правни континуитет.

Таква је ситуација са кривичним делима превара у обављању привредне делатности из члана 223. КЗ и злоупотреба поверења у обављању

¹³ Закон о изменама и допунама Кривичног законика ("Службени гласник РС" број 35 од 21.5.2019. године), који је ступио на снагу 1. децембра 2019. године

привредне делатности из члана 224а КЗ, која представљају одређену специјализацију општих кривичних дела против имовине, (преваре и злоупотребе поверења), као и кривичним делима проневера, давање мита и примање мита када су извршена у обављању привредне делатности (чл. 224, 230 и 231. КЗ) која су издвојена у односу на наведена кривична дела када су учињена у вршењу службене дужности.

У судској пракси се често поставља питање правног континуитета код кривичног дела злоупотреба положаја одговорног лица. Постојање правног континуитета у односу на наведено кривично дело је детаљно образложено у пресуди Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 834/2019 од 21.11.2019. године. У наведеној пресуди се констатује да је окривљенима стављено на терет да су у периоду од почетка 2008. године до краја 2011. године, извршили кривично дело злоупотреба положаја одговорног лица у саизвршилаштву из члана 234. став 3. у вези става 1. у вези члана 33. Кривичног законика. У време извршења кривичног дела је постојало кривично дело злоупотреба службеног положаја из члана 359. КЗ, код кога је учинилац кривичног дела морао имати својство службеног или својство одговорног лица, а изменама и допунама КЗ које су ступиле на снагу 15.4.2013. године, кривично дело злоупотреба службеног положаја је "подељено" у два кривична дела при чему је деоба извршена према својству учиниоца и овлашћењима која му припадају и то, на кривично дело злоупотреба службеног положаја из члана 359. КЗ и кривично дело злоупотреба положаја одговорног лица из члана 234. КЗ.

Апелациони суд налази да је кривично дело злоупотреба службеног положаја из члана 359. КЗ измењено само утолико што су у делу одредбе става 1. брисане речи "или одговорно", те од наведених измена, извршилац овог кривичног дела може бити само службено лице. Истовремено, одредбе које се односе на злоупотребу положаја и кривицу одговорног лица, овим изменама издвојене су у посебно кривично дело злоупотреба положаја одговорног лица из члана 234. КЗ, чији је заштитни објект привредно пословање и имовина у том пословању, при чему је радња кривичног дела остала неизмењена. Због тога је став суда да је са наведеним изменама у КЗ унето кривично дело злоупотреба положаја одговорног лица из члана 234. КЗ, које задржава јасан правни континуитет са кривичним делом злоупотреба службеног положаја из члана 359. КЗ, у случају да се као извршилац јавља одговорно лице, те да је увођење кривичног дела

из члана 234. КЗ последица потребе да се направи разлика између одговорног и службеног лица, јер је кривично дело из члана 359. КЗ у потпуности изједначавало службено и одговорно лице, иако су имали различита овлашћења, у различитим областима.

Надаље, по налажењу апелационог суда постоји јасан правни континуитет инкриминације кривичног дела злоупотреба положаја одговорног лица из члана 234. КЗ са инкриминацијом кривичног дела под истоветним законским називом и са истим битним елементима и прописаном казном из члана 227. КЗ, а које дело је у КЗ унето изменама које се примењују почев од 1.3.2018. године, обзиром да се наведеним изменама инкриминише исто понашање као и пре измена и допуна КЗ, јер додавање у законски опис кривичног дела из члана 227. став 1. КЗ законске формулације "уколико тиме нису остварена обележја неког другог кривичног дела", а која није била садржана у члану 234. став 1. раније важећег КЗ, по налажењу овог суда, нема никаквог значаја за оцену постојања предметног кривичног дела на дан ступања на снагу Закона о изменама и допунама КЗ. Због тога, предметно кривично дело и његови квалификаторни облици, за која су окривљени оптужени и оглашени кривим и даље постоје како у своме називу, тако и у свим својим битним обележјима.

На крају, апелациони суд је ценио да је за кривично дело злоупотреба положаја одговорног лица из члана 234. став 3. у вези става 1. КЗ предвиђена казна затвора у трајању од две године до десет година, док је за кривично дело злоупотреба службеног положаја из члана 359. став 3. у вези става 1. КЗ, који је важио у време извршења кривичног дела била предвиђена казна затвора у трајању од две године до 12 година, па је нашао да је за окривљене очигледно блажа правна квалификација њихових радњи као кривично дело злоупотреба положаја одговорног лица из члана 234. став 3. у вези става 1. КЗ. Апелациони суд је такође имао у виду да, иако је и за кривично дело злоупотреба положаја одговорног лица из члана 227. став 3. у вези става 1. КЗ, који је важио у време доношења првостепене пресуде предвиђена казна затвора у трајању од две године до десет година, као и за кривично дело злоупотреба положаја одговорног лица из члана 234. став 3. у вези става 1. КЗ, наведена законска норма ни на који начин није блажа за окривљене, нити у погледу круга лица која могу бити извршиоци овог кривичног дела, нити у погледу прописаних радњи извршења, као ни у погледу висине запрећене казне, већ законска формулација наведене норме, по оцени апелационог суда,

ставља само додатну обавезу суду да због нових кривичних дела уведених изменама и допунама Кривичног законика од 01.03.2018. године у групу кривичних дела против привреде додатно води рачуна о правилној правној квалификацији радњи извршења.

Међутим, у ситуацији када постоји правни континуитет, али нови закон није блажи за учиниоца, суд ће у том случају учиниоца огласити кривим и осудити по ранијем закону који у време суђења више није на снази. Наведени став је у складу са чланом 5. став 1. Кривичног законика, да се на учиниоца кривичног дела примењује закон који је важио у време извршења кривичног дела, који у конкретном случају практично више није на снази, али је у њему описана радња и даље кажњива.

У вези наведене ситуације карактеристична је пресуда Врховног касационог суда Кзз 197/2020 од 12.3.2020. године, која се односи на кривично дело злоупотреба овлашћења у привреди из члана 238. Кривичног законика. У наведеној пресуди се наводи да је у време извршења предметног кривичног дела постојало кривично дело злоупотреба овлашћења у привреди, те да изменама и допунама Кривичног законика које су ступиле на снагу дана 1.3.2018. године више није предвиђено наведено кривично дело.

Међутим, по оцени Врховног касационог суда таквом изменом, радња кривичног дела злоупотреба овлашћења у привреди из члана 238. став 2. у вези става 1. тачка 4) КЗ није по аутоматизму декриминализована са наведеним изменама и допунама Кривичног законика, с обзиром на то да су, у законском опису битна обележја тог кривичног дела сада садржана у кривичном делу злоупотреба положаја одговорног лица из члана 227. став 3. КЗ, јер је радња "груба повреда овлашћења у погледу управљања и располагања имовином од стране одговорног лица на начин како је то описано радњом извршења дела" у конкретном случају, сада одређена и кажњива као прекорачење граница овлашћења одговорног лица будући да сама груба повреда овлашћења има карактер и "прекорачења овлашћења" (у чему се састоји једна од више алтернативно прописаних радњи извршења кривичног дела злоупотреба положаја одговорног лица из члана 227. став 1. КЗ). На описани начин задржан је правни континуитет инкриминације, у погледу наведеног облика радње извршења дела.

Имајући у виду обавезу суда да, у смислу одредбе члана 5. став 2. КЗ примени најблажи закон за учиниоца, ако је након извршења кривич-

ног дела закон измењен једном или више пута, Врховни касациони суд налази да је, у конкретном случају, блажи закон који је важио у време извршења кривичног дела, а то је одредба члана 238. став 2. у вези става 1. тачка 4) КЗ за које је запређена казна затвора од једне до осам година, док је одредбом члана 227. став 3. у вези става 1. КЗ прописана казна затвора у трајању од две до десет година, због чега су радње окривљених правилно правно квалификоване као кривично дело злоупотреба овлашћења у привреди из члана 238. став 2. у вези става 1. тачка 4) КЗ.¹⁴

Уколико одредбе старог и новог закона одређено понашање предвиђају као кривично дело блажи је закон који прописује нове основе за искључење противправности или који искључује кажњивост учиниоца, а у случају истоветности на том плану блажи је онај закон који допушта облигаторно или факултативно ослобођење од казне, уколико би тај основ био примењен у конкретном случају.

У ситуацији да се применом наведених правила не може утврдити који је закон блажи, приступа се упоређењу врста кривичних санкција прописаних за одређено кривично дело, при чему је казна несумњиво најтежа кривична санкција, као што је у систему казни случај са казном доживотног затвора која је преузела место најтеже казне. Сматра се да је увек блаже оно кривично дело за које је прописана блажа врста казне, а ако су казне исте по врсти, блаже је кривично дело за које је предвиђен посебни максимум, што значи да не важи општи максимум казне, а ако су су законске норме и по наведеним питањима истоветне, блаже је оно дело за које није одређен посебан минимум казне, а ако га оба имају, онда је блаже кривично дело које има нижи посебан минимум. У случају да су казне идентичне по врсти и тежини, блаже је кривично дело за које се не може изрећи и споредна казна, а ако оба закона прописују и споредне казне, блаже је кривично дело за које је одређена лакша споредна казна, с тим да се свака од ових могућности цени у односу на учиниоца коме се суди у конкретном предмету.

Преостале казне у нашем правном систему (новчана казна, рад у јавном интересу и одузимање возачке дозволе) су теже кривичне санкције од условне осуде, што произилази из одредбе члана 64. став 2. КЗ, којом је одређена њена сврха, "да се према учиниоцу лакшег кривичног дела не

¹⁴ <https://www.vk.sud.rs/sr>

примени казна кад се може очекивати да ће упозорење уз претњу казне довољно утицати на учиниоца да више не врши кривична дела".

У случају када не може да се утврди који закон је блажи за учиниоца, треба остати при основном правилу прописаном чланом 5. став 1. КЗ, дакле применити закон који је важио у време извршења кривичног дела.

Питање примене блажег закона се не поставља у ситуацији када се учинилац ослобађа од оптужбе због тога што није доказано да је учинио кривично дело за које је оптужен, с обзиром да се у таквом случају учинилац ослобађа од оптужбе за кривично дело које је квалификује према закону који је важио у време извршења дела.

По становишту судске праксе суд није дужан да у одлуци образложи зашто није применио нови кривични закон када нађе да он није блажи за учиниоца, с обзиром да се у смислу члана 5. став 1. КЗ на учиниоца кривичног дела, по правилу примењује закон који је важио у време извршења кривичног дела. Због тога, одлука суда треба да садржи разлоге о томе који је кривични закон блажи за учиниоца само у случају када се у смислу члан 5. став 2. има применити нови кривични закон као блажи. Исто тако, када другостепени суд закључи да првостепену пресуду треба преиначити и кривично дело квалификовати по новом закону, као блажем за учиниоца, није дужан да само због примене блажег закона, обавезно изрекне и блажу казну учиниоцу.

Одступања од правила примене блажег закона

Правило о примени блажег закона прописано одредбом става 2. члана 5. Кривичног законика је императивног карактера и увек се мора примењивати. Међутим, од наведеног правила постоје одступања која су предвиђена самим законом или их је установила судска пракса.

Тако је већ у ставу 3. наведеног члана прописано да се на учиниоца кривичног дела које је предвиђено законом са одређеним временским трајањем примењује тај закон, без обзира на то кад му се суди, ако тим законом није друкчије одређено. У питању су закони који трају одређено време, тзв. **временски или темпорални закони**, који се доносе због одређених изузетних околности и након њиховог проласка закони престају да важе. Са наведеном одредбом код ових закона искључена је могућност примене блажег закона, под условом да законом није другачије предвиђено или уколико није наступила застарелост кривичног гоњења. Сма-

тра се да је овакво решење криминално-политички целисходно јер не би било оправдано да учинилац избегне кривичну одговорност за оно што је у време извршења било кривично дело само зато што је протекао рок важења закона, посебно у ситуацијама када учинилац крши одредбе временског закона пред крај његовог трајања.

Код процесних закона, по правилу не долази у обзир примена блажег закона, већ је кривични поступак потребно завршити према Законнику о кривичном поступку по коме је започет. Наиме, кривични процесни закони се примењују од свога ступања на снагу унапред па је небитно када је кривично дело извршено у односу на време ступања на снагу процесног закона и без обзира на то да ли је поступак започео по ранијем или по важећем пропису. Међутим, уколико је поступак по појединим кривичним делима започео по ранијим прописима, а у прелазним и завршним одредбама новог закона је другачије одређено, у том случају примењиваће се те одредбе. Тако је чланом 602. ЗКП, прописано ако је на дан почетка примене овог законика био у току неки рок, тај рок ће се рачунати по одредбама овог законика, осим ако је према одредбама Законика о кривичном поступку ("Службени лист СРЈ", бр. 70/01 и др.) тај рок био дужи. У истом ЗКП је прописано да ће се истрага која је на дан почетка примене овог законика у току, довршити по одредбама Законика о кривичном поступку ("Службени лист СРЈ", бр. 70/01 и др.), а даљи ток поступка ће се спровести по одредбама овог законика, (члан 603. ЗКП) као и да ће се законитост радњи предузетих пре почетка примене овог законика оцењивати по одредбама Законика о кривичном поступку ("Службени лист СРЈ", бр. 70/01 и др.) - члан 604. став 1.ЗКП.

Изузетак од начела примене блажег закона постоји и код **продуженог кривичног дела**. Према члану 61. став 1. Кривичног законика продужено кривично дело чини више истих или истоврсних кривичних дела учињених у временској повезаности од стране истог учиниоца која представљају целину због постојања најмање две од следећих околности: истоветности оштећеног, истоврсности предмета дела, коришћења исте ситуације или истог трајног односа, јединства места или простора извршења дела или јединственог умишљаја учиниоца. С обзиром да су кривична дела која улазе у састав продуженог кривичног дела извршавају у одређеном временском периоду, који према судској пракси може трајати и годину дана, у ситуацији када се у том периоду промени кривични закон, поставља се питање који ће се закон применити на учиниоца продуженог кривичног дела.

Према ставу судске праксе када су кривична дела која улазе у састав продуженог кривичног дела учињена у време важења два закона примењује се онај закон који је био на снази када је учињено последње дело независно од тога да ли је тај закон строжи за учиниоца у конкретном случају, чиме се чини изузетак од начела примене блажег закона.

У вези рачунања рока застарелости кривичног гоњења становиште је судске праксе да застарелост почиње да тече засебно за сваку радњу кривичног дела која улази у састав продуженог кривичног дела, почев од прве предузете противправне радње¹⁵. Наведени став је изнет у пресуди Врховног касационог суда Кзз 309/2016 од 22.4.2016. године. Врховни касациони суд је усвојио захтев за заштиту законитости браниоца окривљеног налазећи да су у односу на поједине радње које су ушле у састав продуженог кривичног дела фалсификовање службене исправе из члана 357. став 3. у вези ст. 2. и 1. у вези члана 61. КЗ, за које је окривљени оглашен кривим, наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, због чега је преиначио побијане пресуде и из изреке првостепене пресуде из конструкције продуженог кривичног дела изоставио застареле радње.¹⁶

Међутим, код продуженог кривичног дела које обухвата кривична дела чије је битно обележје одређени новчани износ, у ситуацији када суд примењује одредбу члана 61. став 5. КЗ, због чега радње извршења продуженог кривичног дела губе кривичноправну самосталност, застарелост кривичног гоњења се може ценити само у односу на кривично дело као целину према збиру износа оствареног појединачним делима и одговарајућом квалификацијом у оквиру временског периода извршења кривичног дела па до последње радње, а не посебно у односу на појединачне радње које су ушле у састав продуженог кривичног дела.¹⁷ О наведеном ставу Врховни касациони се изјаснио у својим пресудама Кзз 419/2019 од 23.4.2019. године и Кзз 964/2019 од 3.10.2019. године.¹⁸

¹⁵ www.vk.sud.rs/sr/ - Одговор Кривичног одељења Врховног касационог суда на спорно правно питање нижестепених судова са седнице одржане 15.04.2014. године;

¹⁶ <https://www.vk.sud.rs/sr>

¹⁷ <https://www.vk.sud.rs/sr> - Став кривичног одељења Врховног касационог суда око спорног правног питања у вези кога није постигнута сагласност представника апелационих судова (Београд – 6.7.2017. године)

¹⁸ <https://www.vk.sud.rs/sr>

Код **трајног кривичног дела** радња којом се ствара противправно стање и касније радње којима се то стање одржава предузимају се у одређеном временском периоду. Време извршења трајног кривичног дела се сматра све време трајања противправног стања, а дело је довршено са престанком радње и одржавања противправног стања. У случају да се у времену извршења трајног кривичног дела промени закон, примениће се закон који је био на снази у време престанка противправног стања, без обзира да ли је он био повољнији или не за учиниоца. Наведени став је у складу са чланом 16. став 1. КЗ, којим је одређено време извршења кривичног дела и према коме је кривично дело извршено у време кад је извршилац радио или био дужан да ради, без обзира кад је последица дела наступила.

У вези наведеног становишта карактеристична је пресуда Апелационог суда у Крагујевцу КжЗ 32/16 од 14.9.2016. године у којој се констатује "Окривљени је радње извршења кривичног дела посредовање у вршењу проституције из члана 184. став 1. КЗ предузео од 2009. године до месеца октобра 2013. године, дакле како у време важења Кривичног законика ("Службени гласник РС", број 85/2005 од 6.10.2005. године), тако и у време важења новог кривичног закона, односно Закона о изменама и допунама Кривичног законика ("Службени гласник РС" број 72/09 од 3.9.2009. године) који је ступио на снагу 11.9.2009. године. Тачни су наводи из жалби бранилаца да је, с обзиром на прописане казне, нови кривични закон строжи, јер је за предметно кривично дело у новом кривичном закону прописана казна затвора од шест месеци до пет година и новчана казна, док је у старом закону била прописана новчана казна или казна затвора до три године. Међутим, радње које чине садржај инкриминисане делатности окривљеног немају кривичноправну самосталност, јер се ради о трајном кривичном делу, при чему је окривљени у наведеном периоду предузео инкриминисане делатности које по својим објективним и субјективним елементима чине једно кривично дело посредовање у вршењу проституције, које је трајног карактера. С обзиром да наведене радње окривљеног представљају целину и јединствену трајну радњу, коју је окривљени учинио и у време важења новог кривичног закона, то је другостепени суд правилно у смислу члана 5. став 1. КЗ, на окривљеног применио Закон о изменама и допунама Кривичног законика ("Службени гласник РС" број 72/09 од 3.9.2009. године)".

Изузетак од начела примене блажег закона постоји и у поступцима по **ванредним правним лековима**. Наиме, иако законом није прописано до које фазе кривичног поступка учинилац има право на примену блажег закона у судској пракси није спорно да је примена блажег закона обавезна до доношења правноснажне пресуде, а након правноснажности пресуде само уколико по ванредном правном леку дође до укидања пресуде, односно поновног суђења. У вези ванредних правних лекова питање примене блажег закона најчешће се поставља код понављања кривичног поступка.

Према пресуди Врховног касационог суда Кзз 941/2015 од 3.11.2015. године "У поновљеном поступку, на основу одредаба чл. 470-481. ЗКП, суд испитује законитост раније донете правноснажне пресуде по закону који је важио у време њеног доношења, па је искључена могућност примене блажег закона у смислу одредбе члана 5. став 2. КЗ".¹⁹

У вези непостојања могућности да након доношења решења којим је уважен захтев за понављање поступка наступи застарелост кривичног гоњења на седници Кривичног одељења Врховног касационог од 29.3.2011. године утврђена је сентенца из пресуде Кзз 9/11 од 16.2.2011. године, према којој, "Процесна ситуација настала од дана правноснажности решења којим је дозвољено понављање поступка у смислу члана 413. ЗКП и за време новог суђења, искључује утицај застарелости кривичног гоњења на исход тог поступка".

Према образложењу наведене пресуде у поновљеном поступку у корист осуђеног преиспитује се законитост раније правноснажне пресуде према стању ствари које обухвата и чињенице и примену материјалног и процесног права у време њеног доношења. То значи да у поновљеном поступку такво преиспитивање може довести, на основу оцене ранијег или новог доказног материјала, до потпуне или делимичне рехабилитације осуђеног те с тим у вези потпуног или делимичног стављања ван снаге раније правноснажне пресуде и доношења нове ослобађајуће или блаже осуђујуће пресуде, односно до остављања раније правноснажне пресуде на снази. У том случају нипошто се не ради о томе да се у новом поступку

¹⁹ <https://www.vk.sud.rs/sr-> Сентенца; Понављање кривичног поступка и примена блажег закона, из пресуде Врховног касационог суда Кзз 941/2015 од 3. новембра 2015. године, која је утврђена на седници КО ВКС од 21.9.2017. године, а верификована на седници КО ВКС од 12.2.2018. године

тек треба остварити гоњење за нешто што није било већ обухваћено ранијом пресудом којом је кривични поступак правноснажно окончан. Ово и због тога што се застарелост кривичног гоњења и застарелост извршења казне међусобно искључују, тј. не могу тећи истовремено, па како је у конкретном случају застарелост извршења казне текла од правноснажности пресуде којом је Н.Т. осуђен у одсуству, то уз њу не може паралелно тећи и застарелост кривичног гоњења.

Питање примене блажег закона се поставља и код **извршења кривичних санкција** које су изречене према закону који је престао да важи, у ситуацијама када санкције нису извршене, било да им је извршење у току или није ни започето. Ово се посебно односи на измене и допуне законских услова за условни отпуст са издржавања казне затвора. Наиме, одредба члана 46. став 1. КЗ, која се примењивала од 1.1.2006. године, као један од услова за условни отпуст осуђеног прописивала је једну половину издржане казне затвора на коју је осуђен, док је изменама које су ступиле на снагу 24.12.2012. године уместо половине издржане казне прописан формални услов - да је осуђени издржао две трећине казне затвора.

У пресуди Врховног касационог суда Кзз 569/2014 од 11.6.2014. година,²⁰ је заузет став, који је од раније присутан у теорији и судској пракси, да се у конкретном случају ради о поступку извршења казне, изречене правноснажном пресудом, те се у односу на осуђеног не могу применити одредбе о примени блажег закона (члан 5. КЗ), јер се блажи закон обавезно примењује до правноснажности пресуде, а након правноснажности пресуде само уколико по ванредном правном средству дошло до укидања пресуде, односно поновног суђења.

Иста је ситуација и са Законом о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима (*"Службени гласник РС", број 32/2013*), тзв "Маријин закон", који је ступио на снагу дана 16.4.2013. године. Наиме, према усаглашеном ставу представника кривичних одељења Апелационих судова, "Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима (тзв. "Маријин закон") може се примењивати на кривична дела која су прописана тим законом, а извршена пре његовог ступања на снагу, тако да се захтев окривљеног за условни отпуст не

²⁰ <https://www.vk.sud.rs/sr>

може одбацити, већ је суд дужан о истом да одлучи (сходно томе да ли су или не испуњени сви законом прописани услови за условни отпуст)".²¹ Дакле, приликом доношења одлуке о условном отпусту примењују се законске одредбе које су на снази у време када се одлучује о условном отпусту, па се тако примењује и тзв. "Маријин закон", с обзиром да он важи у време одлучивања о условном отпусту.

Закључак

Може се закључити да Кривични законик начело законитости прокламује као основно, водеће и најзначајније начело кривичног законодавства, предвиђајући у члану 1. да кривична дела и кривичне санкције морају унапред бити одређени законом. Са начелом законитости функционално је повезан принцип обавезе примене блажег закона у ситуацији када је нови закон блажи за учиниоца, прописан у ставу 2. члана 5. КЗ. С обзиром на бројне измене Кривичног законика у судској пракси се често поставља питање када је нови закон блажи за учиниоца, да ли постоји правни континуитет између старог и новог закона и до ког момента је у кривичном поступку могућа примена блажег закона.

Решавајући питање да ли треба применити стари или нови закон судови углавном врше упоређивање прописаних врста и мера казни које се могу изрећи у старом и новом закону. Међутим, наведена оцена се мора заснивати на свеукупној анализи који је од та два закона повољнији за учиниоца у вези кривичног дела за које му се суди.

Да би дошло до примене блажег закона у случајевима када је дошло до измене кривичног закона потребно је утврдити да ли између старог и новог описа кривичног дела постоји правни континуитет. У пресудама нижестепених судова више пута је заузет погрешан став да је одређено кривично дело декриминализовано јер нови закон не предвиђа исти назив кривичног дела као стари, што наравно не значи да је одређена радња делимично или у потпуности декриминализована. Мишљења сам да би судови о томе водили више рачуна да је наведена обавеза предвиђена законом. Због

²¹ <https://www.vk.sud.rs/sr> - Усаглашен став представника кривичних одељења апелационих судова у Београду, Крагујевцу, Нишу и Новом Саду, у присуству представника кривичног одељења Врховног касационог суда, на заједничкој седници одржаној у Новом Саду 24.3.2014. године

исте кривичноправне традиције и сличних кривичних закона од значаја је истаћи да је у вези примене блажег закона и временског важења кривичног законодавства у ставу 3. члана 3. КЗ Републике Хрватске поред осталог предвиђено да ће суд у случају измене назива или описа кривичног дела, испитати постоји ли правни континуитет тако да чињенично стање подведе под биће одговарајућег кривичног дела из новог закона па ако утврди да постоји, примениће закон који је блажи за учиниоца, као и да нема кривичног дела ако правни континуитет не постоји.

Исто тако мишљења сам да је потребно законом одредити обавезну примену блажег закона све до доношења правноснажне пресуде. У том случају би другостепени (жалбени) суд био обавезан да примени најблажи кривични закон на оптуженог, па и у ситуацији када је после истека рока за жалбу на пресуду па до доношења другостепене одлуке, измењен закон, једном или више пута. Самим тим обавеза примене блажег закона не би постојала приликом одлучивања о ванредним правним лековима.

Литература

- Проф. др Зоран Стојановић (2019) *Коментар Кривичног законика*, ЈП"Службени гласник" Београд,
- Проф. др Љубиша Лазаревић (2006) *Коментар кривичног законика Републике Србије*, НШП"Савремена администрација" Београд,
- Др Данило Л. Николић (2008) *Блажи кривични закон*, Издавач: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу,
- Проф. др сц. Петар Новоселец, Ана Гарачић - *Примена блажег закона након ступања на снагу новог казненог закона*, доступно на: hrcak.srce.hr/pdf, страници приступљено 1.8.2020. године.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34

БИЛТЕН Врховног касационог
суда / главни и одговорни уредник *Бранислава*
Апостоловић. - 2010, бр. 1-.... - Београд
(Др Милутина Ивковића 9а) : Intermex,
2020 - (Београд : "Cicero")

Тромесечно. - Је наставак: Билтен судске
праксе Врховног суда Србије = ISSN 0354-4109
ISSN 2217-3676 = Билтен судске праксе
Врховног касационог суда
COBISS.SR-ID 178980876