
Kako izboljšati kazenski pregon gospodarskega kriminala v Sloveniji

VARSTVOSLOVJE,
let. 13
št. 3
str. 245-260

Miha Šepec

Namen prispevka:

V prispevku se ukvarjam s tremi izključno kazenskopravnimi instrumenti, ki bi bistveno izboljšali učinkovitost kazenskih pregonov gospodarskega kriminala v Sloveniji. Namen prispevka je, v okviru materialnega kazenskega prava, predstaviti institut nepravih opustitev in predlog posebnega kaznivega dejanja prevzema in izčrpavanja kapitalске gospodarske družbe s strani organov vodenja in nadzora. V okviru procesnega kazenskega prava pa je namen predstaviti mehanizem pogajanja tožilca z obdolžencem kaznivega dejanja – angl. *plea bargain* (sporazum o priznanju krivde).

Metode:

Prispevek je teoretične narave. Temelji na primerjavi s tujo zakonodajo in spoznanjih anglo-ameriške kazenskopravne stroke in na avtorjevem poznavanju kazenskega zakonika in postopka.

Ugotovitve:

Posebno kaznivo dejanje prevzema in izčrpavanja kapitalске gospodarske družbe bi bilo potrebno v Kazenski zakonik še vnesti, prav tako pa v Zakon o kazenskem postopku institut *plea bargain*. Neprave opustitvene oblike izvršitve kaznivih dejanj v Sloveniji že poznamo, namen prispevka pa je na njih posebej opozoriti tudi z vidika pregona gospodarskega kriminala. Učinkovita raba in povezanost vseh treh instrumentov bi pripomogla k bolj učinkovitemu kazenskemu pregonu gospodarskega kriminala, ki danes velja za izredno škodljivo in težko dokazljivo obliko kriminala.

Praktična uporabnost:

Je ravno v ugotovitvah prispevka. V kolikor bi te bile prevzete v slovensko kazensko zakonodajo in tudi dejansko uporabljene, bi si lahko obetali bolj učinkovit kazenski pregon gospodarskega kriminala, več utemeljenih obtožnic in s tem obsodilnih sodb.

Izvirnost/pomembnost prispevka:

Prispevek predstavlja nekatere ugotovitve, ki bi jih Slovenija v kazensko zakonodajo morala implementirati z namenom bolj učinkovitega pregona gospodarskih kaznivih dejanj. Ugotovitve so namenjene vsem, ki se ukvarjajo z gospodarskim in kazenskim pravom in tistim, ki problematiko gospodarskega kriminala preučujejo z drugih perspektiv.

UDK: 343.37

Ključne besede: gospodarska kriminaliteta, sporazum o priznanju krivde, kazniva dejanja, gospodarske družbe, kazenska odgovornost, zloraba položaja, tajkuni

How to Improve Criminal Prosecution of Corporate Crime in Slovenia

Purpose:

In this paper we deal exclusively with the three criminal law instruments, which would significantly improve the effectiveness of criminal prosecutions of corporate crimes in Slovenia. The purpose of this paper is to present, in the context of substantive criminal law, institute of omissions and a new criminal offense of depletion and taking over a capital corporate company by the company's administration. Regarding procedural criminal law, I present an effective mechanism, where the prosecutor can negotiate with criminal defendant about his guilt - *plea bargain*.

Design/Methods/Approach:

The article is theoretical in nature. It's based on a comparison with the findings of Anglo-american criminal law experts, foreign penal codes and on the author's knowledge of slovenian penal code and procedure.

Findings:

Specific offense of depletion and taking over a capital corporate company by it's administration has to be implemented in Slovenian Criminal Code, as well as *plea bargain* institute in the Criminal Procedure Code. Omissions are already implemented in our Criminal Code, however the intent of this paper is to draw attention to them for the purpose of combating corporate crime. Effective use and integration of all three instruments would lead to more effective prosecution of corporate crime.

Practical implications:

If the findings of the paper will be implemented in the Slovenian criminal legislation, we can expect a more effective prosecution of corporate crimes in slovenia, better indictments and more successful verdicts.

Originality/Value:

The paper presents some findings that Slovenia should implement in the criminal law. Should it do so, we should expect a more effective prosecution of corporate crimes in Slovenia. The findings are intended for those who are engaged in corporate and criminal law and to those who are studying corporate crime from other perspectives.

UDC: 343.37

Keywords: corporate crime, Plea Bargain, omissions, corporate companies, criminal responsibility, abuse of position, corporate tycoons

1 UVOD

Prizadevanja po pregonu gospodarskega kriminala so v Sloveniji trenutno na vrhuncu. Številne kazenske zadeve,¹ ki so bile sprožene v zadnjem času zoper tako imenovane »slovenske tajkune«, pričajo o tem, da si Slovenija na vse pretege želi odkriti in kaznovati številne gospodarske velemožne, ki so na nezakonit način prišli do bogastva, privedli podjetja na rob propada in z namenom lastne obogatitve izvajali različna človeku nevredna dejanja, kot so goljufije in neplačevanja socialnih prispevkov delavcem (npr. afera Vegrad).

A vendar je potrebno strogo ločiti prizadevanja policije, tožilstev in politike od dejansko učinkovito zaključenega sodnega postopka, kjer se v končni fazi s pravnomočno sodbo kaznuje storilce gospodarskih kaznivih dejanj in dokaže krivda odgovornim osebam, ki so izvajale določena kazniva dejanja ali pa s svojo pasivnostjo dopuščale izvršitev kaznivega dejanja (in bodo tako lahko odgovarjali kot storilci kaznivega dejanja v nepravi opustitveni izvršitveni obliki). Šele ob zaključku sodnih obravnav bodo navedene zadeve dobile svoj epilog. Tako v stroki kot v javnosti je zaslediti izredno skeptičnost ob vprašanju, ali bodo sodne zadeve preteklega gospodarskega kriminala pravično razrešene.²

Poleg izobraževanja kadrov pa so potrebne tudi korenite spremembe v načinu pregona tako težko dokazljive in skrite oblike kriminala, kot je gospodarski kriminal. Dejstvo je, da Slovenija s svojim načinom pristopa h gospodarskemu kriminalu temu ne more biti kos. Medtem ko so na področju materialnega kazenskega prava oziroma Kazenskega zakonika RS [KZ-1] (2008) potrebne le malenkostne spremembe (neprave opustitve so že v celoti opredeljene v zakonu in v teoriji, novo kaznivo dejanje pa se lahko vključi ob naslednji noveli zakona), pa bi bil Zakon o kazenskem postopku [ZKP] (2007, 2008, 2009) potreben kar korenitih sprememb – predvsem z vidika uvedbe *plea bargain* postopka (dogovor tožilca z obdolžencem glede priznanja krivde za kaznivo dejanje), ki po veljavni zakonodaji ni mogoč zaradi nasprotovanja načelu iskanja materialne resnice.

Obravnava omenjene problematike je ravno namen tega prispevka. Predstavili bomo tri instrumente kazenskega prava,³ ki bi lahko pregon gospodarskega kriminala olajšali in poboljšali. Pri materialno-kazenskopravnih izboljšavah bomo spregovorili o nepravih opustitvah in samostojnem kaznivem dejanju prevzema ali uničenju gospodarske kapitalske družbe s strani organov vodenja in nadzora, izmed procesno-kazenskopravnih mehanizmov pa bomo poglavje namenili institutu *plea bargain*.

1 *Afera »čista lopata«, afera Vegrad, afera HIT, operacija Plinfin (odkup Pivovarne Laško in koprškega Istrabenza) ...*

2 *Tu je potrebno opomniti, da vsekakor ne moremo zavzeti stališča, da bo poštena in pravična le obsodilna sodba. Vsi obravnavani obdolženci namreč veljajo za nedolžne, dokler se jim ne izreče pravnomočna sodna odločba - to jim namreč zagotavlja že Ustava Republike Slovenije (1991, čl. 27). A s pretežno mero kritičnosti je potrebno izraziti vprašljivost celotnega sodnega sistema po katerem bo verjetno večina tako zavržnih kaznivih dejanj ostala nekaznovanih.*

3 *S civilnim postopkom odvzema premoženja z obrnjenim dokaznim bremenom, o katerem je v zadnjem času veliko govora in o različnih davčnih postopkih se v prispevku ne ukvarjamo. Več na to temo v Dobovšek (2005) in Dobovšek (2004).*

2 PLEA BARGAIN

Plea bargain je široko uporabljen kazensko-procesni institut ameriškega pravosodja, v okviru katerega se tožilec dogovori z obdolžencem glede kaznivega dejanja in kazni zanj v zameno za obdolženčevo priznanje. V slovenskem pravnem jeziku še nimamo ustaljenega izraza za ta institut. Nekateri (Kovačič Mlinar, 2006: 48) ga prevajajo kot »sklepanje dogovorov o krivdi in kazni«. Natančneje bi bilo poimenovanje »sklepanje dogovorov o kaznivem dejanju, priznanju krivde zanj in določitev kazni«. Pogajanje med tožilcem in obdolžencem namreč pogosto, poleg priznanja krivde, obsega tudi dogovor glede katerega kaznivega dejanja se bo krivda priznala. Dogovor o kazni pride posledično šele vezano na samo kaznivo dejanje.⁴ Predlog novega ZKP-1 (2008) uporablja termin »Spoznanje o priznanju krivde«.

Black's law dictionary (1999) podaja sledečo definicijo pri terminu *plea bargain*: »Pogajani dogovor med tožilcem in obdolžencem,⁵ na katerem obdolženi prizna krivdo za milejše kaznivo dejanje ali na eno izmed več očitanih kaznivih dejanj, v zameno za ugodnost tožilca – običajno nižja kazen, ali odpustitev pregona zoper druga kazniva dejanja.« *Plea bargain* velja za enega najbolj spornih instrumentov v kontinentalnem kazenskem pravu, obenem pa je za pregon gospodarskih kaznivih dejanj eden izmed najbolj učinkovitih.

Spoznanje o priznanju krivde ima pravzaprav dva pomembna cilja. Prvi je bistveno skrajšanje kazenskih postopkov, saj se večina zadev, namesto na sodišču, zaključi kar s podpisanim dogovorom med tožilcem in obdolžencem (*plea bargain* v ožjem smislu). Ravno s tega namena – torej kot izbirni mehanizem kazenskega procesnega prava se pogosto tudi druge države odločajo za neke vrste omejene uporabe *plea bargain* mehanizma ali njemu podobne pravne institute – recimo v Italiji je mogoče, »da se državni tožilec in obdolženec dogovorita za neko vrsto skrajšanega ali poenostavljenega postopka, kar državnemu tožilcu in sodišču poenostavi obravnavanje zadeve, obdolženca pa nagradi s praviloma milejšo kazensko sankcijo« (Bošnjak, 2006: 436).

Drugi cilj *plea bargain* mehanizma je za pregon gospodarskega kriminala bistveno večjega pomena. Gre za pritegnitev udeleženih obdolžencev kaznivih dejanj kot sodelujočih prič, s pomočjo katerih se razkrije kriminalna dejavnost večjih razsežnosti⁶ (*plea bargain* v širšem smislu). *Plea bargain* namreč omogoča pogajanje tožilca z obdolženci – kolaboranti, torej tistimi, ki so na kakršenkoli način sodelovali v organizirani kriminalni aktivnosti in so pripravljene tožilcu pomagati (na primer s tem, da priskrbijo dokaze ali pričajo na sodišču) pri kazenskem pregonu vodij oziroma najvišje uvrščenih v kriminalni aktivnosti ali organizaciji. Ta drugi vidik *plea bargain* postopka kontinentalni kazenski pravniki stalno pozabljajo in zanemarjajo. Ameriška stroka (recimo ameriško ustavno sodišče v Santobello

4 Res pa je, da bo dogovor o kazni za obdolženca bistveno bolj pomemben kot dogovor o kaznivem dejanju.

5 Slovar uporablja besedo »criminal defendant«. Predlog novega ZKP-1 (2008) uporabo pojma »obdolženi« začne vezati na osebo zoper katero se preiskovalni postopek policije in tožilstva osredotoči zaradi utemeljenega suma, da je storila kaznivo dejanje. Do takrat velja za osumljenca kaznivega dejanja.

6 S pomočjo »malih rib« pridemo do »velikih«.

v. New York, 404 U.S. 260, 1971) pa ravno s tega vidika *plea bargain* mehanizem ocenjuje kot enega bistvenih elementov pri učinkovitem kazenskem pregonu organiziranega in gospodarskega kriminala. Kot potrebnega z vidika učinkovitosti kazenskega postopka ga ocenjuje tudi Sprack (2006).

Dejstvo namreč je, da je organizirani in gospodarski kriminal praktično nemogoče učinkovito kazensko preganjati brez sodelujočih notranjih akterjev - pogosto storilci milejših in manj nevarnih kaznivih dejanj, ki bodo tožilcu v zameno za odpustitev pregona pripravljene pomagati zbirati dokaze in pričati na sodišču. Medtem ko lahko za skrajševanje kazenskih postopkov uporabljamo številne druge izbirne mehanizme (Bošnjak, 2006), pa je *plea bargain* edini, ki nam omogoča tak način sodelovanja tožilca z obdolžencem. Tu je potrebno poudariti, da trenutno veljavni Zakon o kazenskem postopku (ZKP, 2007, 2008, 2009) vsekakor ne omogoča uporabe *plea bargain* mehanizma. Institut ni zakonsko opredeljen, saj ne bi sovpadal s temeljnimi načeli našega kazenskega postopka. Med drugim z načelom oficialnosti po katerem mora tožilec preganjati vsako zaznano kaznivo dejanje.⁷ Prav tako *plea bargain* tudi ne bi sovpadal z vlogo sodišča, ki jo določa ZKP in z načelom iskanja materialne resnice. Pri *plea bargain* mehanizmu je namreč izrednega pomena, da se sodišče postavi v vlogo nevtralnega varuha zakonitosti in da se ne dojema kot organ, ki vodi celoten postopek, dokazuje in na koncu še sodi (Predlog novega ZKP-1 (2008) se temu idealu približuje, obenem pa uvaja tudi bistveno večjo težo tožilčevemu predlogu glede višine kazni).⁸ *Plea bargain* mehanizem bi morali v Sloveniji zakonsko opredeliti in poskrbeti, da ne bi prišlo do zlorab s strani tožilstva, a obenem le temu tudi zaupati in ga ne pretirano omejevati pri njegovi uporabi (Šepec, 2010). A ker gre seveda za kompleksen kazenskopravni institut, bi bilo za njegovo sprejetje potrebno prilagoditi tudi nekaj temeljnih načel našega kazenskega postopka (med drugim načelo oficialnosti in načelo iskanja materialne resnice).

Obeta se nam sicer uvedba mehanizma z novelo ZKP-K (Kovačič Mlinar, 2010), predvideva pa ga tudi v celoti prenovljeni predlog Zakona o kazenskem postopku (Predlog novega ZKP-1, 2008) v 22. poglavju z naslovom Sporazum o priznanju krivde, v členih 335, 336 in 337. Predlog postavlja formalne pogoje za uporabo sporazuma. Zahteva prisotnost zagovornika, pisno obliko sporazuma in naknadni nadzor sodišča. 336. člen predloga omogoča celo odstop državnega tožilca od kazenskega pregona za kazniva dejanja, ki niso zajeta v sporazumu (tu se dejansko pojavljajo odprte možnosti za sodelovanje storilcev – kolaborantov, s pomočjo katerih se pride do vodij kriminalnih organizacij ali vodilnih pri gospodarskih kaznivih dejanjih). V kolikor bo ZKP-1 zares sprejet v taki obliki, potem se nam obetajo možnosti za uporabo *plea bargain* postopka tudi pri pregonu gospodarskega kriminala.

7 Seveda so zakonsko določene izjeme, po katerih se tožilec lahko odloči, da ne bo sprožil pregona zoper kako milejše kaznivo dejanje – vendar te ne vključujejo kakršnegakoli pogajanja z obdolžencem v smislu odpustitve pregona ali milejše kvalificiranje kaznivega dejanja v zameno za priznanje ali sodelovanje s tožilcem.

8 Tu je sicer potrebno dosledno upoštevati privilegij zoper samoobotožbo, ki varuje obdolženca v kazenskem postopku, kateri se ni dolžan izpovedati zoper sebe. Tako je ustavno sodišče v odločbi Up-134/97 razveljavilo obsodilno kazensko odločbo, v kateri je sodišče obdolženko prepričevalo, da je priznanje olajševalna okoliščina, zaradi katere se lahko izreče nižja kazen.

Argumenti proti *plea bargain* postopku se načeloma kažejo v vprašanju spornosti priznanja obdolženca z vidika pogodbenega prava. Bošnjak (2006) tako postavlja pod vprašaj svobodno voljo enega izmed pogodbenikov in dopustnost predmeta dogovora. Pogodbena volja naj bi bila izsiljena, saj je dogovor po avtorjevem mnenju sklenjen spričo grožnje s strožjo kaznijo, katere realna verjetnost obdolžencu ne more biti znana. Čeprav smo iz televizijskih oddaj vajeni napadalnih nastopov tožilcev, ki grozijo s smrtnimi kaznimi, na kar obdolženec takoj zatem pristane na tridesetletno zaporno kazen, smo mnenja, da bi bila realnost v Sloveniji drugačna. Tožilci v Sloveniji uživajo spoštovanje pravnih strokovnjakov, ki bi sledili občutku pravičnosti in načelu zakonitosti.⁹ Tako bi kaznivo dejanje, ki se ga obdolžencu očita, moralo vedno ostati v mejah natančne določenosti glede na zakonske znake kaznivih dejanj. Naknadno kontrolo zakonitosti dogovora pa bo opravilo še sodišče, ki bo moralo zavrniti dogovor, kjer je bilo obdolžencu groženo s kaznivim dejanjem, za katerega ni bilo nikakršne dejanske in dokazne podlage.

Kot drugi argument Bošnjak (2006) navaja nedopustnost predmeta dogovora pravnega posla, ki je največkrat posameznikova svoboda. Menim, da je tu potrebno upoštevati nekoliko bolj liberalističen pravni pogled.¹⁰ Odločitev obdolženca ali se bo spustil v pogajanje in dogovor s tožilcem ostaja v njegovi svobodni presoji.¹¹ Pri odločitvi mu bo pomagal zagovornik, ki bo pri dogovarjanju moral biti prisoten. Tu se tudi pozablja na obdolžence – kolaborante, s katerimi se tožilstvo pogodi, da bo opustilo kazenski pregon (ali zahtevalo najnižjo možno kazen) v zameno za pridobitev dokazov ali pričanje zoper kriminalno organizacijo ali posameznika na njenem vrhu. Te namreč s *plea bargain* metodo pridobijo v primerjavi s klasičnim kazenskim postopkom, kjer se po načelu oficialnosti mora vsakogar preganjati za domnevno izvršeno kaznivo dejanje.¹²

Temeljni argument za uvedbo *plea bargain* postopka, ki ga navaja tudi vlada v svojem predlogu novele, pa je seveda občutno skrajšanje sodnih zaostankov, hitreše reševanje manj kompleksnih kazenskih zadev in več časa in resursov za pregon težjih kaznivih dejanj.

Temeljne karakteristike gospodarskega kriminala z vidika kazenskega pregona so njegova kompleksnost, skritost in težka dokazljivost. Klasično preiskovanje gospodarskega kriminala bo pogosto oteženo. Zbiranje dokazov zoper gospodarska kazniva dejanja je pogosto izredno težavno (v primeru Vegrad je recimo kar čez

9 Vsekakor ne more biti tehten argument, da se instituta ne želi uvajati zaradi bojzani zlorab s strani tožilstva. Obstoj pravne države je skrajno vprašljivo tam, kjer tožilci z največjim zadoščanjem zlorabljajo pravne institute in ustrahujejo obdolžence kaznivih dejanj z namenom doigovanja lastne uspešnosti.

10 Danes se že dopušča možnost odklonitve zdravljenja in s tem pristanek na nastale posledice, privolitve oškodovanca dobiva v kazenskem pravu nove razsežnosti (izključevanje protipravnosti pri telesnih poškodbah – KZ-1, 2008: čl. 128), v tujini se že dopušča poroka med istospolnimi partnerji itd. Navsezadnje tudi pogodba o zaposlitvi, ki jo delavec sklene z delodajalcem, pri katerem je vnaprej jasno, da se tu zakonske določbe o osemurnem delavniku ne spoštujejo, lahko predstavlja neke vrste trgovanja z osebno svobodo.

11 Nedolžni obdolženec načeloma ne bo sklepal nikakršnih dogovorov, saj se bo njegova nedolžnost najlažje izkazala kar v kazenski pravi.

12 Naj omenim, da bi se *plea bargain* lahko uvedel tudi izključno za slednje. S tem bi tožilstvu dali potreben mehanizem za borbo proti organiziranemu in gospodarskemu kriminalu. Sodne zaostanke pa bi reševali z drugimi izbirnimi mehanizmi.

noč »izginila« ogromna količina listin - Perič, 2010). Pregon takih kaznivih dejanj se mora zato prilagoditi. Pri organiziranemu kriminalu se pogosto uporabljajo tajni policijski delavci (ZKP, 2007, 2008, 2009; Dobovšek, 1997) ali pa kar policisti, preko katerih se pridobi dokaze in notranje informacije o strukturi organizacije in o njenih vodilnih članih. Pri gospodarskem kriminalu je taka oblika notranjega delovanja policije pogosto manj uspešna. Storilci teh kaznivih dejanj so pogosto visoko izobraženi strokovnjaki s poznavanjem prava, ekonomije in gospodarske strukture. Njihovemu krogu se je težko priključiti, običajno pa delujejo sami ali v navezi s strogo izbranim sodelavcem. Tisti, ki o njihovi prepovedani aktivnosti kaj vedo, so pogosto na njihovi »plačilni listi« ali pa celo udeleženci-pomočniki pri kaznivih dejanjih. Ravno slednji pa so za organe odkrivanja in pregona najbolj zanimivi. To so pogosto računovodje ali nižje zaposleni posamezniki v gospodarski organizaciji, ki ne bodo pripravljene tvegati svoje svobode v zameno za ščitenje oseb, ki se v hierarhiji organizacije (formalno in simbolno) nahajajo višje od njih (za razliko od organiziranega kriminala, ki temelji na lojalnosti in kjer obenem obstaja tudi velik strah kolaborantov pred povračilnimi ukrepi kriminalne organizacije zoper njih, v kolikor bi se odločili za sodelovanje z organi pregona). Ravno do teh oseb, ki so sicer pogosto samostojni storilci »milejšega« kaznivega dejanja, mora priti tožilstvo in ob ustrezno zakonsko urejenem postopku (Šepec, 2010) pogajanja z njimi le-tem predstaviti bonitete sodelovanja s tožilstvom (predvsem v smislu izognitvi kazenskega pregona in posledic, ki lahko nastanejo v njegovem okviru). Pomoč takih kolaborantov bo tožilstvu bistveno pripomoglo k uspešnemu pregonu gospodarskega kriminala in v končni fazi do obsodilne sodbe.

V okviru pregona gospodarskega kriminala bi bil *plea bargain* postopek lahko učinkovito sredstvo, s katerim bi tožilec preko udeležencev na nižji ravni v kaznivi gospodarski aktivnosti prišel od najvišjih in najbolj skritih storilcev gospodarskih kaznivih dejanj.

3 NEPRAVE OPUSTITVE

Drugi instrument, ki bi lahko izboljšal pregon gospodarskih kaznivih dejanj, so neprave opustitve.

Kaznivo dejanje je možno izvršiti v obliki storitve ali opustitve. Pri storitvi storilec z aktivnim delovanjem doseže prepovedano posledico. Tako bi storitveno kaznivo dejanje lažnega stečaja po 1. odstavku 2. točke 226. člena Kazenskega zakonika (KZ-1, 2008) izvršil predsednik uprave delniške družbe, ki bi sklenil lažno pogodbo in s tem poslabšal premoženjsko stanje družbe, ki bi zaradi tega morala v stečaj, deloval pa bi z namenom, da obveznosti družbe ne bile plačane.

Druga oblika načina izvršitve kaznivega dejanja so opustitve. Tu gre za neaktivnost človeka, katerega pasivnost privede do določene prepovedane posledice. »Človekova pasivnost mora biti v kazenskem pravu jasno definirana, da lahko šteje za kaznivo dejanje.« (Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož in Filipčič, 2009: 158) Pri opustitvah ločimo prave in neprave. »Prava opustitvena dejanja so tista, pri katerih dolžnost delovati oziroma nekaj storiti za zavarovanje pravne vrednote ali dobrine izhaja iz posebnega dela KZ oziroma iz zapovedne tipične kazenskopravne norme.« (Selinšek, 2007: 100) Tipičen primer prave opustitve v gospodarstvu bo

recimo ponareditev ali uničenje poslovnih listin po 1. odstavku 235. člena KZ-1 (2008). Kaznivo dejanje v pravi opustitvi bo izvršil tisti, ki v poslovne knjige, spise ali druge poslovne listine in evidence, ki jih mora voditi po zakonu ali na podlagi drugih predpisov, izdanih na podlagi zakona, in so pomembne za poslovni promet z drugimi pravnimi ali fizičnimi osebami ali so namenjene za odločitve v zvezi z gospodarsko ali finančno dejavnostjo ali kot podlaga za davčni nadzor, **ne vpiše** kakšnega pomembnega podatka. Njegova pasivnost, ki se v primeru izkaže s tem da ne vpiše pomembnega podatka, predstavlja izvršitev kaznivega dejanja v obliki prave opustitve.¹³

Bolj zanimive za razpravo bodo neprave opustitve. »Tudi pri nepravih opustitvenih kaznivih dejanjih gre, podobno kot pri pravih opustitvah, za kršitev dolžnosti aktivno zavarovati kazenskopravno dobrino. Neprave opustitve v materialnem kazenskem pravu niso inkriminirane kot opustitvene temveč kot storitvene.« (Bavcon et al., 2009: 159) KZ-1 (2008) v 3. odstavku 17. člena opredeli neprave opustitve in določa, da je z opustitvijo lahko storjeno tudi kaznivo dejanje, ki ga zakon ne določa kot opustitveno kaznivo dejanje, če storilec ne prepreči prepovedane posledice. V takem primeru se storilec kaznuje za opustitev samo, če je moral preprečiti nastanek prepovedane posledice in če je opustitev za nastanek take posledice enakega pomena kot storitev. Storilec ima dolžnost ukrepati¹⁴ pa tega ne stori – ali zaradi tega ker posledico naklepno želi, ali pa je do nje indiferenten ali malomaren. Za izvršitev kaznivega dejanja v nepravem opustitvenem načinu je torej potrebno zadostiti sledečim pogojem: a) storilec je bil dolžan preprečiti prepovedano posledico, b) storilec ne prepreči prepovedane posledice, c) opustitev ima za nastanek posledice enak pomen kot storitev, d) med neravnanjem storilca in nastalo prepovedano posledico mora biti podana vzročna zveza in e) krivda storilca. Pogoje za neprave opustitve določa v 13. členu (Begehen durch Unterlassen) tudi nemški Kazenski zakonik (Strafgesetzbuch [StGB], 1998, 2009) kot temeljni predstavnik kontinentalnega kazenskega prava.

Pregon nepravih opustitvenih kaznivih dejanj v gospodarstvu je lahko izrednega pomena. Tako se lahko organi pregona znajdejo v situaciji, ko je očitno, da je bilo izvršeno kaznivo dejanje, a se storitev ne bo mogla nikomur očitati oziroma zanjo ne bo konkretnih dokazov. Takrat se bodo morali organi pregona vprašati, ali ni morda kdo odgovoren za storitev kaznivega dejanja v nepravi opustitvi.

Poglejmo si primer nepravega opustitvenega kaznivega dejanja na primeru A-ja - izvršnega direktorja upravnega odbora v gospodarski družbi, zadolženega za vodenje in nadzor nad določenimi posli v družbi, ki je prisoten ob dejanju, ko eden izmed njegovih podrejenih, v okviru gospodarske dejavnosti z goljufivim prikazovanjem, da bodo obveznosti izpolnjene, pri sklenitvi posla preslepi drugo stranko, ki ji s tem dejanjem nastane premoženjska škoda. A je torej priča kaznivemu dejanju poslovne goljufije po 1. odstavku 228. člena KZ-1 (2008), pa dejanja ne prepreči, niti kasneje ne naznani oškodovani stranki (zadolžen pa je za vodenje in nadzor teh poslov).

¹³ Seveda mora dejanje biti storjeno krivdno (v tem primeru naklepno) in zavedno. Samo objektivno dejstvo, da nekdo nečesa ne izvrši še samo po sebi nikoli ne more biti kaznivo dejanje.

¹⁴ V anglo-ameriški pravni doktrini »duty to act« (McAuley in McCutcheon, 2000).

Neposredni storilec kaznivega dejanja je seveda podrejeni (poimenovali ga bomo B), ki z aktivnim ravnanjem izvrši poslovno goljufijo, ko z goljufivim prikazovanjem (stranko naklepno spravlja v zmoto) preslepi drugo stranko in ji s tem povzroči premoženjsko škodo (ali pa sebi pridobi premoženjsko korist). Vprašanje nastane, ali bomo kazensko odgovornost lahko pripisali tudi direktorju organa nadzora A-ju, ki je bil priča temu dogodku pa ga ni preprečil – seveda ob predpostavki, da je vedel za B-jev goljufiv namen preslepiti nasprotno stranko. Ali bo A lahko odgovarjal za opustitveno kaznivo dejanje – njegova pasivnost namreč ne predstavlja aktivnega ravnanja, ki ga zahtevajo storitvene oblike izvršitve kaznivega dajanja.

V kolikor pravega opustitvenega kaznivega dejanja pod katerega bi lahko uvrstili ravnanje A-ja KZ-1 (2008) ne pozna,¹⁵ bo potrebno preučiti ali morda A ne odgovarja, prav tako kot neposredni storilec B, kar za izvršitev poslovne goljufije po 1. odstavku 228. člena KZ-1 (2008) v nepravi opustitvi. Da bomo izvršnemu direktorju to kaznivo dejanje lahko očitali, je potrebno komulativno zadostiti sledečim pogojem:

Prvi pogoj predstavlja dolžnost preprečiti posledico. Obstoječa dolžnost je predpogoj za teoretični konstrukt kaznivega dejanja v nepravi opustitveni obliki. V kolikor garantne dolžnosti opustitelja ni, potem tudi ni kaznivega dejanja v nepravi opustitveni obliki. Garantna dolžnost je osnovana na pravnem predpisu (zakonodaja z izjemo KZ-1, 2008), pogodbi (recimo delovnoppravna), predhodnega ravnanja potencialnega storilca, ki je spravilo v nevarnost kazenskopravno dobrotno in dalj časa trajajočih življenjskih stikih (Bavcon et al., 2009). Avtorji nadalje navajajo, da sodobna funkcionalna teorija garantnih dolžnosti, vse garantne dolžnosti glede na funkcijo v zvezi s kazenskopravno dobrotno razvršča v 1) varovalne in 2) nadzorstvene. Za našo razpravo so pomembne predvsem varovalne garantne dolžnosti, pod katere avtorji uvrstijo tudi dolžnosti, ki izvirajo iz uradnega položaja ali razmerij v pravni osebi (Bavcon et al., 2009). V našem primeru bo garantna dolžnost direktorja organa nadzora osnovana na delovnoppravni pogodbi, ki jo ima z gospodarsko družbo in ki od njega zahteva vodenje in nadzor nad določenimi posli družbe. »Garantna dolžnost storilca obstaja, ko je ta pod pogodbeno zavezo dolžan ravnati na določen način, ki vzpostavi njegovo odgovornost, v kolikor žrtev utrpri škodo, ki je rezultat opustitve dolžnostnega ravnanja opustitelja.« (Wilson, 2002: 114) Zakonsko podlago najdemo tudi v 4. odstavku 290. člena Zakona o gospodarskih družbah [ZGD-1-UPB3] (2009), ki določa, da lahko upravni odbor na izvršnega direktorja prenese vodenje tekočih poslov (ta sama zase sicer ni dovolj za konstrukt garante dolžnosti v kazenskem pravu, saj sama neposredno ne nalaga nikomur dolžnosti vodenja ali nadzora – to stori družba z odgovorno osebo s pogodbo).

15 *A-jevo ravnanje sicer izpolnjuje tudi zakonske znake kaznivega dejanja Zlorabe položaja in zaupanja pri gospodarski dejavnosti po 240/I. členu KZ-1 (2008), ki je storitveno in pravo opustitveno kaznivo dejanje. Problematičnost člena je njegova vseobsegajoča splošnost in vsestranskost. Člen namreč, zaradi svoje splošnosti, zajame praktično vsa prepovedana ravnanja, kjer člani gospodarske družbe na kakršenkoli način zlorabijo svoja pooblastila ali pravice z namenom pridobitve premoženjske koristi ali povzročitve premoženjske škode. Zaradi razmerja specialnosti bi bilo v tem primeru bolje poseči po nepravi opustitveni obliki poslovne goljufije po 228/I. členu KZ-1 (2008).*

Drugi pogoj je, da storilec ne prepreči prepovedane posledice. Če bi prepovedano posledico preprečil (ali vsaj poskušal preprečiti), potem mu ne bi mogli očitati, da je opustil svojo dolžnost. Posledično mu zaradi tega tudi ne bi mogli očitati krivde.

Tretji pogoj je obstoj vzročne zveze med opustitvijo in nastalo prepovedano posledico. Tu je potrebno opozoriti, da pri opustitvah splošna pravila o vzročnosti odpovedo. Sodobna kazenskopravna teorija (Bavcon et al., 2009; Novoselec, 2009) zato pri opustitvah ne govori o vzročnosti, temveč priznava pripisljivost posledice opustitvenemu ravnanju po posebnih merilih. »Tradicionalno je razširjeno naslednje spoznanje: če bi izpolnitev obveznosti z verjetnostjo, ki meji na gotovost, preprečila nastanek dane posledice, je treba preučevano posledico šteti za pripisljivo konkretnemu spornemu opustitvenemu ravnanju. Vse bolj pa v teoriji prodira merilo, ali se z ex post analizo lahko dokopljemo do spoznanja, da bi ustrezno aktivno ravnanje storilca zmanjšalo tveganje za kazenskopravno dobrino, in ob pritrtilnem odgovoru priznamo pripisljivost posledice konkretnemu opustitvenemu ravnanju.« (Bavcon et al., 2009: 166) Vsekakor pa je treba omeniti, da če dogodek ni pripisljiv protipravnemu ravnanju storilca, tudi garantna dolžnost za preprečitev prepovedane posledice dogodka ne obstaja. Povezavo med posledico in A-jevo opustitvijo smo že potegnili. V kolikor bi A izvršil svojo pogodbeno dolžnost, posledica ne bi nastala (nasprotna stranka posla ne bi sklenila/podpisala/izvršila).

Četrti pogoj je, da ima opustitev za nastanek posledice enak pomen kot storitev. Bele (2001) ugotavlja, da so kazenski zakoniki držav glede tega pogoja dokaj redkobesedni. Bavcon et al. (2009) zapiše, da je ta zakonska dikcija praktično v glavnem brez pomena. »Sodobna kazenskopravna teorija je v glavnem enotna, da je z nepravo opustitvijo načeloma možno izvršiti vsako kaznivo dejanje, ki je v zakonu formulirano kot storitveno, če le ni iz posameznih zakonskih znakov kaznivega dejanja očitno, da opustitvena oblika sploh ni možna.« (Bavcon et al. 2009: 163) V kolikor bi odgovorni direktor izvršil svojo zakonsko (pogodbeno preneseno) dolžnost, bi lahko preprečil nastalo prepovedano posledico; oziroma drugače, če bi on deloval, posledica ne bi nastala. Ker tega ni storil, je njegova opustitev pravzaprav enakega pomena za prepovedano posledico kot sama storitev neposrednega storilca.

Peti pogoj pa se nanaša na opustiteljevo krivdo. Ta je pri kaznivem dejanju po 228. členu KZ-1 (2008) možna le v obliki naklepa. Malomarnost kot oblika krivde pri opustitelju ni mogoča, saj ni mogoča niti pri neposrednemu storilcu kaznivega dejanja (KZ-1 (2008) ne inkriminira poslovne goljufije storjene iz malomarnosti). Bele (2001: 91) navaja, da »mora biti opustitveni način enakega pomena kot storitveni tudi po subjektivni plati torej po naklepu ali malomarnosti, poleg tega pa tudi po vseh dodatnih subjektivnih znakih, kot so nameni, nagibi, afekti itd. Enak pomen pa mora končno obstajati ne samo na ravni primerjanja kaznivega dejanja kot dogajanja v stvarnosti temveč tudi kot kršitve prava«. Pogoj je izrednega pomena, saj bistveno zoži okvir inkriminacije kaznivega dejanja. Nepravo

opustitveno kaznivo dejanje poslovne goljufije bo mogoče le, ko bo garant ravnal do prepovedane posledice z direktnim ali z eventualnim naklepom.¹⁶

Pri direktnem naklepu se bo opustitelj zavedal svojega dejanja in ga bo hotel storiti - primer, ko bo direktor želel, da podrejeni preslepi in ogoljufa stranko (direktor si bo torej želel nastop prepovedane posledice). Pri eventualnem naklepu pa se bo opustitelj zavedal, da zaradi njegove opustitve lahko nastane prepovedana posledica pa bo vanjo vseeno privolil. Direktor se bo zavedal, da podrejeni goljufa stranko in da bo verjetno nastopila prepovedana posledica v obliki povzročene škode stranki, pa se zato ne bo zmenil ali se mu s tem ne bo dalo ukvarjati. »Tu torej ne gre za hotenje posledice, temveč za manj od hotenja, le za privolitev. Lahko gre tudi za indiferentnost storilca glede posledice, vseeno mu je, ali bo nastala ali ne, misli si »kar bo pa bo«, vzame jo v račun, dopušča jo.« (Bavcon et al., 2009: 270)

Neprava opustitvena kazniva dejanja so v teoriji enakovredna storitvenim. Nekateri sicer zastopajo stališče, da so opustitve načeloma blažje oblike izvršitve kaznivega dejanja (recimo Wilson, 2002). A temu je možno oporekati že z dejstvom, da so opustitvena kazniva dejanja glede vojnih zločinov in zločinov zoper človeštvo v mednarodnem kazenskem pravu pogosto bolj zavržna kot storitvena. Spomnimo, da so temeljne očitke obtožnice Mednarodnega kazenskega sodišča Slobodanu Miloševiću predstavljale prav opustitve. Žal praksa v Sloveniji, kljub ustrezni zakonski opredelitvi, ne sledi teoretičnim pogledom. Na nepravne opustitve se namreč stalno pozablja, kazenski pregoni pa so izredno redki (kljub temu, da je veliko večino storitvenih kaznivih dejanj v KZ-1 (2008) možno izvršiti tudi v obliki nepravne opustitve). Praksa se tako vse pre pogosto zadovoljuje s kazenskim pregonom neposrednega storilca. Na možnost obstoja drugega storilca – nepravnega opustitelja (kot pomočnika, sostorilca ali samostojnega storilca) pa se pogosto pozablja. Ali je razlog temu slabo poznavanje teorije s strani policije, tožilcev in sodišč, ali pa gre preprosto za strogo teoretičen konstrukt, ki se ga praksa izogiba?

4 POSEBNO KAZNIVO DEJANJE PREVZEMA IN IZČRPAVANJA KAPITALSKE GOSPODARSKE DRUŽBE S STRANI ORGANOV VODENJA IN NADZORA

Kazensko-sodni postopki zoper kazniva dejanja gospodarskega kriminala in propad številnih gospodarskih družb v zadnjih letih pričajo o tem, da je bila Slovenija tarča sistematičnih in namernih izčrpavanj in uničevanj večjih kapitalskih družb¹⁷

16 Deisinger (2002) navaja pri komentarju kaznivega dejanja goljufije po 217. členu Kazenskega zakona (KZ-UPB1, 2004), da se ta lahko izvrši le v krivdni obliki direktnega naklepa. Pri komentarju poslovne goljufije po 234a. členu KZ-UPB1 (2004) navaja, da se dejanje lahko stori le z naklepom (kar namiguje na možnost uporabe tudi eventualnega naklepa). Menimo, da možnost eventualnega naklepa do kaznivega dejanja poslovne goljufije po 228. členu KZ-1 (2008) pri nepravem opustitelju vsekakor pride v poštev.

17 Te so po 3/III. členu Zakona o gospodarskih družbah [ZGD-1-UPB3] (2009) družba z omejeno odgovornostjo, delniška družba, komanditna delniška družba in evropska delniška družba. Za nadaljnjo razpravo so pomembne le-te, osebne družbe bomo zanemarili.

z namenom pridobitve premoženjske koristi. Gre za tako imenovane nezakonite »menedžerske prevzeme«, ki so poleg gospodarske krize, največji krivec za propad velikih gospodarskih družb v Sloveniji.

Natančna opredelitev postopka nezakonitih menedžerskih prevzemov bi bistveno presegala obseg prispevka, zato le kratek povzetek petih faz, kot jih predstavlja Hren (2008):¹⁸ »Prva faza je zbiranje denarja za odkup s strani posojilodajalcev.« Ta nastopi po tem, ko menedžerji z uporabo notranjih informacij najdejo zase ugodno ponudbo. »Druga faza je izvršitev nakupa delnicin vzpostavitev sistema nagrajevanja menedžerjev. Tretja faza je običajno preoblikovanje odprte delniške družbe v zaprto. Za četrto fazo je značilno intenzivno prizadevanje za zniževanje stroškov, povečevanje dobička in iztisnitev malih delničarjev.« (Hren, 2008) V tej fazi menedžerji, ki so najeli visoka osebna posojila, povečujejo znesek dividend in nagrad za lastno »uspešno« delo (sicer seveda ne bi mogli odplačevati posojil). »V tej fazi menedžerji prodajo tisto premoženje prevzete družbe, ki ni v njihovem dolgoročnem interesu. Če je velika razlika med knjižno vrednostjo odprodanega premoženja in doseženo tržno vrednostjo, se s tako prodajo »polepša« poslovni izid, s tem pa tudi pravica menedžerjev na primer do (visokih) nagrad. Za to fazo je kot rečeno značilna tudi iztisnitev malih delničarjev, saj menedžerji, ki so izvršili prevzem, ne želijo, da so tega »dobička« deležni tudi tisti, ki pri prevzemu niso sodelovali.« (Hren, 2008) Tako tudi menedžerji zagotovijo, da imajo korist od izčrpavanja družbe le oni sami. »Za zadnjo, peto fazo, je značilno, da se pripravi vse potrebno, da vrednostni papirji delniške družbe spet kotirajo na borzi. Če prevzeta družba dobro posluje in se ocenjuje, da bo tako tudi v prihodnosti, se lahko na borzi oblikuje visoka cena delnice.« (Hren, 2008) Do tega pogosto ni prišlo, saj je družba zaradi hitrega izčrpavanja po želji odplačila kredita lahko že prišla v brezupno situacijo zrelo za stečaj.

S samim lastniškim deležem družbe članov uprave, nadzornega sveta ali upravnega odbora ni načeloma nič narobe.¹⁹ Problematično in po mojem mnenju kazensko-pravno relevantno to postane, ko ljudje, ki so bili dolžni skrbeti za razvoj in napredek družbe, svoja pooblastila uporabijo z namenom lastnega okoriščenja, sredstva in vpliv družbe pa zlorabijo za osebne premoženjske motive.

Odgovorni ljudje z naklepom lastne obogatitve, izkoristijo in zlorabijo gospodarsko družbo, posledično pa jo pogosto pripeljejo tudi na rob propada. Tako ravnanje ne predstavlja le zavržnosti do delničarjev družbe, temveč tudi do delavcev družbe, ki ostanejo brez prihodkov in dela, do države, ki nosi breme socialnega preskrbljenja nezaposlenih in do vseh ostalih državljanov, ki z davki posredno financirajo nastale nezaposlene. Tako igranje z eksistencialnimi potrebami določnega kroga ljudi in izčrpavanje ter potencialno uničenje gospodarske družbe izključno zaradi lastnega bogatenja, bi moralo biti kot hujše gospodarsko kaznivo dejanje opredeljeno tudi v kazenskem zakoniku. Slovenija žal nima ustreznega

18 Gre le za tipično predstavitveno shemo menedžerskega prevzema. Zaradi kompleksnosti gospodarskega prava je razlikovanj v postopku obilo, načinov izvršitve kaznivih dejanja pa prav tako.

19 »Osebo jih podpiram, če so narejeni pregledno, v skladu z vso pozitivno zakonodajo, če niso oškodovani mali delničarji oziroma so izplačani (iztisnjeni) po korektni (pošteni) ceni, če ne gre za izkoriščanje notranjih informacij, če se spoštuje prevzemna zakonodaja in če gre pri financiranju tudi za določeno lastno udeležbo.« (Draško v Cirman, Vuković in Rankov, 2008)

kaznivega dejanja, ki bi določno in natančno opredelil opisani primer nezakonitega menedžerskega prevzema. Tako se opisani način prevzema oziroma privedba do eventualnega stečaja in propada družbe kazensko preganja po različnih kaznivih dejanjih zoper gospodarstvo iz 24. poglavja KZ-1 (2008). V poštev tako pridejo sledeča kazniva dejanja (običajno v steku): poslovna goljufija po 228. členu KZ-1, preslepitev pri pridobitvi posojila ali ugodnosti po 230. členu KZ-1, preslepitev pri poslovanju z vrednostnimi papirji po 231. členu KZ-1, ponareditev ali uničenje poslovnih listin po 235. členu KZ-1, izdaja in neupravičena pridobitev poslovne skrivnosti po 236. členu KZ-1, zloraba notranje informacije po 238. členu KZ-1, zloraba trga finančnih instrumentov po 239. členu KZ-1, pranje denarja po 245. členu KZ-1 in najbolj pogosto uporabljeno kaznivo dejanje za pregon »menedžerskih prevzemov« – zloraba položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti po 240. členu KZ-1.²⁰

Slednje je eno najbolj splošno določenih kaznivih dejanj morda v celem zakoniku in bo uporabno praktično vedno, ko bo kateri izmed članov organa vodenja ali nadzora zlorabil svoj položaj z namenom pridobitve premoženjske koristi ali povzročitve premoženjske škode. Uporaba tako splošno opredeljenega kaznivega dejanja (ki ga praksa pogosto uporablja ravno zaradi njegove vsestranske splošnosti in nenatančne določenosti, ki ne zahteva strogo težkega dokaznega postopka - pogosto bo dovolj le dokaz zlorabe položaja v obliki prestopa pooblastil oziroma mej svojih pravic, in dokaz krivde v obliki naklepa do dejanja ter namena do pridobitve premoženjske koristi ali povzročitve premoženjske škode) za pregon tako specialnega kaznivega ravnanja, kot so nezakoniti menedžerski prevzemi, je neustrezna. Ko nezakonite »menedžerske prevzeme« okvalificiramo kot kaznivo dejanje zlorabe položaja po 240. členu KZ-1, s tem pravzaprav ne sledimo širšim okvirjem nezakonitega ravnanja. Kljub temu da je storilec vsekakor v okviru postopnega uničevanja gospodarske družbe zagotovo storil tudi kaznivo dejanje zlorabe položaja, pa je varovana dobrina in s tem prepovedana posledica na bistveno višji hierarhični ravni. Varovati bi bilo namreč potrebno integriteto in obstoj celotne gospodarske kapitalske družbe in ne le določene premoženjske koristi, ki se načeloma odseva v kaznivem dejanju zlorabe položaja po 240. členu KZ-1. Povsem enako nesmiselno bi bilo preganjati za eno ali več kaznivih dejanj hude telesne poškodbe po 122/I. členu KZ-1 nekoga, ki je z več vbodi z nožem komu odvzel življenje. Pravilna bo specialna kvalifikacija, ki bo ustrezala nastali prepovedani posledici – v tem primeru uboj/umor. Enako bi moralo veljati tudi pri nezakonitih menedžerskih prevzemih – kvalifikacija več milejših kaznivih dejanj v steku, ali več zlorab položaja po 240. členu, ne bo odražalo specialnosti dejanja. Deisinger (2007: 517) tudi opozarja, »da je izraba položaja v tem, da storilec sicer

20 Slednje se glasi: (1) Kdor pri vodenju ali nadzorstvu gospodarske dejavnosti, zato da bi sebi ali komu drugemu pridobil premoženjsko korist ali povzročil premoženjsko škodo, zlorabi svoj položaj ali dano zaupanje glede razpolaganja s tujim premoženjem, upravljanja podjetja ali vodenja gospodarske dejavnosti, prestopi meje svojih pravic ali ne opravi svoje dolžnosti, se kaznuje z zaporom do petih let. (2) Če je bila z dejanjem iz prejšnjega odstavka pridobljena velika premoženjska korist ali povzročena velika premoženjska škoda in je storilec hotel sebi ali komu drugemu pridobiti tako premoženjsko korist ali drugemu povzročiti tako premoženjsko škodo, se kaznuje z zaporom od enega do osmih let. (3) Če je bilo dejanje iz prvega odstavka tega člena storjeno zato, da storilec sebi ali komu drugemu pridobi nepremoženjsko korist, se storilec kaznuje z zaporom do enega leta.

ima pooblastilo za dejanje, ki ga opravi, vendar tega dejanja ne opravi v takšnem smislu, kot ga narekujejo interesi gospodarske družbe ali druge pravne osebe«. Pri tako opredeljenih nezakonitih menedžerskih prevzemih gre pravzaprav za načrtno izčrpavanje družbe, kar daleč presega zgolj zlorabo položaja v prejšnji navedbi.²¹

Zato predlagam ureditev novega kaznivega dejanja v poglavju kaznivih dejanj zoper gospodarstvo z naslovom Prevzem in izčrpavanje kapitalne gospodarske družbe s strani organov vodenja in nadzora. Za začetek lahko opredelimo potencialne storilce kaznivega dejanja. Kot že naslov pove, bi kaznivo dejanje prišlo v poštev za člane organov vodenja in nadzora, ki so po 253. členu ZGD-1-UPB3 (2009) uprava, upravni odbor in nadzorni svet (glede na to, ali družba izbere dvotirni sistem upravljanja družbe z upravo in nadzornim svetom ali enotirni sistem upravljanja družbe z le upravnim odborom). Omejitev kroga storilcev je smiselno, saj lahko nezakonit menedžerski prevzem izvršijo le člani uprave v povezavi s člani nadzornega sveta (slednji bodo pogosto sotorilci, pomagači ali napeljevalci članov uprave). Kaznivo dejanje bo tako prava *delicta propria*. Glede teže in razsežnosti kaznivega dejanja se mi zdi smiselno tega omejiti le na prepovedane posledice v **kapitalski** družbi (te so po 3/III. členu ZGD-1-UPB3 (2009) družba z omejeno odgovornostjo, delniška družba, komanditna delniška družba in evropska delniška družba). Pri opredelitvi zakonskih znakov oziroma izvršitvenega dejanja je pomembno, da organi vodenja in nadzora kršijo Zakon o prevzemih [Zpr-1] (2006), odkupujejo delnice družbe (po navadi preko na novo ustanovljenih gospodarskih družb), ali te prodajo ali menjajo družbam v njihovi lasti v zameno za bistveno slabšo protidajatev. Bistvenega pomena je tu uporaba družbe za zagotovitev lastnega premoženjskega interesa (to se pogosto kaže v tem, da uprava sprejema odločitve, ki so usmerjene v hitro poplačilo kreditov uprave). Potrebno je opredeliti tudi prepovedane posledice. Te se kažejo v poslabšanju finančnega stanja ali poslovanja družbe, prevzemu njenih delnic s strani organa vodenja in nadzora ali z njihove strani ustanovljenih gospodarskih družb. Kvalificirano obliko kaznivega dejanja lahko predstavlja hujša posledica propada – stečaja družbe, do katerega privedejo interesne odločitve uprave in nadzornega sveta ali nadzornega odbora.

Kaznivo dejanje bi bilo potrebno še ustrezno normativno-tehnično zapisati. Vsekakor pa bi posebno kaznivo dejanje prevzema in izčrpavanja kapitalne gospodarske družbe s strani organov vodenja in nadzora lahko prispevalo k pravilnejšemu, učinkovitejšemu in navsezadnje tudi boljšemu kazenskemu pregonu nezakonitih menedžerskih prevzemov.

5 ZAKLJUČEK

Gospodarski kriminal je vsekakor resen problem družbe. Potrebno ga je hitro in učinkovito kazensko preganjati, s tem pa tudi odvrniti potencialne storilce od izvršitve teh kaznivih dejanj. Neučinkoviti ali celo neobstoječi sodno-kazenski postopki bodo le še spodbujali h gospodarsko-kriminalnim udejstvovanjem

²¹ Seveda poznamo tudi nezakonite prevzeme iz drugih razlogov kot je namerno in načrtno izčrpavanje družbe.

določenih posameznikov. Kazenska procesna zakonodaja, taka kot je, ni primerna za učinkovito in uspešno preganjanje gospodarskega kriminala. Tožilstvo bo brez možnosti pogajanja in sodelovanja z udeleženci - kolaboranti pri kaznivi aktivnosti v veliki meri nemočno. Dejstvo je, da bo država, ko se sooči s tako sofisticiranimi in zahtevnimi oblikami kriminala, potrebovala širša in kriminalu specifična pooblastila, s katerimi ga bo lahko preganjala. Za pregon gospodarskega kriminala je vsekakor ena od potencialnih možnosti uvedba *plea bargain* postopka v širšem smislu, ki omogoča državnemu tožilcu pogajanje z obdolžencem glede njegovega sodelovanja in pričanja v zameno za odpustitev kazenskega pregona. Razmisliti bi torej veljalo o noveliranju Zakona o kazenskem postopku v tej smeri.

Kazenski zakonik (torej materialno-kazensko pravo) je po drugi strani s tega vidika ustrežneje urejen. Potrebovali bi le posebno inkriminacijo nezakonitih menedžerskih prevzemov, medtem ko so nepravne opustitve korektno opredeljene (le v praksi redko uporabljene). Treba je poudariti, da so kazniva dejanja gospodarskega kriminala dobro opredeljena, problem pa nastane v dejanskem pregonu in dokazovanju teh dejanj. Tu pa bo morala Slovenija največ postoriti in dodelati tako pristop kot način pregona teh kaznivih dejanj – kot primer: popolnoma neustrezno in neučinkovito je, da izredno zahtevno in kompleksno gospodarsko kaznivo dejanje ali celo stek več preganja en sam državni tožilec (kot se to počne pri nas) namesto strokovno usklajene ekipe (kot to počnejo v državah z učinkovitim kazenskim pregonom gospodarskega kriminala).

LITERATURA

- Bavcon, L., Šelih, A., Korošec, D., Ambrož, M. in Filipčič, K. (2009). *Kazensko pravo: splošni del*. Ljubljana: Uradni list.
- Bele, I. (2001). *Kazenski zakonik s komentarjem: splošni del*. Ljubljana: GV založba.
- Black's law dictionary* (7th ed.). (1999). Minnesota: West Group.
- Bošnjak, M. (2006). Izbirni mehanizmi v kazenskem postopku. V M. Bošnjak et al., *Izhodišča za nov model kazenskega postopka* (str. 419-460). Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.
- Cirman, P., Vukovič, V. in Rankov, S. (24. 5. 2008). Boško Šrot in Igor Bavčar: igre na srečo brez etičnih meja. *Dnevnikov objektiv*. Pridobljeno 15. 11. 2010 na http://www.dnevnik.si/novice/aktualne_zgodbe/321656
- Deisinger, M. (2002). *Kazenski zakonik s komentarjem: posebni del*. Ljubljana: GV založba.
- Deisinger, M. (2007). *Odgovornost pravnih oseb za kazniva dejanja*. Ljubljana: GV Založba.
- Dobovšek, B. (1997). *Organiziran kriminal*. Ljubljana: Unigraf.
- Dobovšek, B. (2004). *Korupcija v gospodarstvu*. Ljubljana: Ministrstvo za notranje zadeve, Generalna policijska uprava, Uprava kriminalistične policije.
- Dobovšek, B. (2005). Nadzor nad premoženjem in obrnjeno dokazno breme kot bodoča dejavnika omejevanja gospodarske kriminalitete. V A. Dvoršek in L. Selinšek (ur.), *Problematika finančnega kriminala v Sloveniji* (str. 159-172). Ljubljana: Fakulteta za policijsko-varnostne vede; Maribor: Pravna fakulteta.

- Hren, M. (8. 1. 2008). Faze menedžerskega odkupa z zadolžitvijo in kreativnost menedžerjev. *Finance.si*. Pridobljeno 15. 11. 2010 na <http://www.finance.si/201032/Faze-mened%BEerskega-odkupa-z-zadol%BEitvijo-in-kreativnost-mened%BEerjev?sort=desc>
- Kazenski zakonik RS [KZ-UPB1]. (2004). *Uradni list RS*, (95/04).
- Kazenski zakonik RS [KZ-1]. (2008). *Uradni list RS*, (55/08).
- Kovačič Mlinar, B. (2006). Razmišljanja o teoretičnih izhodiščih novega modela slovenskega kazenskega postopka. V M. Bošnjak et al., *Izhodišča za nov model kazenskega postopka* (str. 27-56). Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.
- Kovačič Mlinar, B. (2010). ZKP-K - korak v pravo smer, toda kam vodi pot?. *Pravna praksa*, 29(36), 3.
- McAuley, F. in McCutcheon, P. J. (2000). *Criminal liability*. Dublin: Round hall sweet & Maxwell.
- Novoselec, P. (2009). *Opći dio Kaznenog prava*. Zagreb: Pravni fakultet.
- Odločba ustavnega sodišča Up-134/97. (1997). Ljubljana: Ustavno sodišče RS. Pridobljeno 10. 9. 2011 na: <http://odlocitve.us-rs.si/usrs/us-odl.nsf/o/F8797970BE5CD16EC12571720028F6AC>
- Perič, A. (5. 10. 2010). Čistilna akcija v Vegradovih pisarnah. *Finance.si*. Pridobljeno 2. 6. 2011 na: <http://www.finance.si/291221>
- Predlog novega ZKP-1: drugi osnutek zakona o kazenskem postopku. (26. 9. 2008). Pridobljeno 22. 10. 2010 na http://www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/2005/PDF//zakonodaja/2008_09_26_drugi_osnutek_ZKP-1.pdf 22.11.2010
- Santobello v. New York, 404 U.S. 260 (1971).
- Selinšek, L. (2007). *Kazensko pravo: splošni del in osnove posebnega dela*. Ljubljana: GV Založba.
- Sprack, J. (2006). *Criminal procedure (a practical approach)*. New York: Oxford University press.
- Strafgesetzbuch* [StGB] [Kazenski zakonik Nemčije]. (1998, 2009). Pridobljeno 10. 03. 2011 na <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>
- Šepec, M. (2010). Mehanizem plea bargain v kazenskem pravu. *Pravna praksa*, 27(47), 17-18.
- Ustava Republike Slovenije. (1991). *Uradni list RS*, (33/91).
- Wilson, W. (2002). *Criminal law, doctrine and theory*. London: Longman.
- Zakon o gospodarskih družbah [ZGD-1-UPB3]. (2009). *Uradni list RS*, (65/09).
- Zakon o kazenskem postopku [ZKP]. (2007, 2008, 2009). *Uradni list RS*, (32/07), (68/08), (77/09).
- Zakon o prevzemih [Zpr-1]. (2006). *Uradni list RS*, (79/06).

O avtorju:

Miha Šepec, univ. dipl. prav. in univ. dipl. var., doktorski študent kazenskega prava na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru. Je asistent kazenskega prava na Fakulteti za varnostne vede Univerze v Mariboru in na Evropski Pravni fakulteti v Novi Gorici.