

NEKATERI USTAVNOPRAVNI VIDIKI INKRIMINACIJE PO 240. ČLENU KAZENSKEGA ZAKONIKA (KZ-1)

Blaž Kovačič Mlinar,

univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, odvetnik

1. UVOD

Člen 240 Kazenskega zakonika (KZ-1)¹ inkriminira zlorabo položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti in je v zadnjih letih ena najpogostejše uporabljenih določb za pregon t. i. gospodarske kriminalitete. Pri tem pa se porajajo številna vprašanja.

V tem prispevku bom najprej obravnaval vprašanje, do kod sploh segajo meje upravičenega kazenskopravnega odzivanja države v primeru odločitev posloводства, ki gospodarski družbi ne povzročijo nobene škode, storilec ali tretje osebe pa pridobijo (premoženjsko) korist. Gre pravzaprav za (ustavnopravno) vprašanje, do kod sega svobodna gospodarska pobuda in kje se začenja upravičen interes države v smislu kazenskopravne represije. V nadaljevanju bom poskusil utemeljiti tezo, da je treba pri tem upoštevati predvsem okoliščino, ali je družbi z ravnanjem posloводства nastala škoda ali ne, zgolj nastala korist pa državnega posega z instrumenti kazenskega prava ne more upravičiti, saj interesi lastnikov s tem niso bili prizadeti.

V drugem delu prispevka pa opozarjam na ustavnopravno problematično ravnanje tožilcev in sodišč v teh kazenskih postopkih, saj se kot vsebina te (blanketne) inkriminacije pogosto navaja kršitev načela vestnega in poštene-ga gospodarstvenika po prvem odstavku 263. člena Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1).² Menim, da ta določba ZGD-1 vsebuje zgolj načelo in ne konkretnega pravila, kar pa je sporno z vidika načela zakonitosti v kazenskem

¹ Uradni list RS, št. 55/08 in nasl.

² Uradni list RS, št. 42/06 in nasl.

(materialnem) pravu. Zato menim, da sklicevanje na omenjeni člen ZGD-1 v konkretnih obtožbah in sodbah ne more zadostiti ustavnopravnim zahtevam v smislu *lex certa*.

2. USTAVNOPRAVNI OKVIR DRŽAVNIH POSEGOV V SVOBODO GOSPODARSKE POBUDE

Ustavno sodišče v svojih odločitvah izhaja s stališča, da je omejevanje svobodne gospodarske pobude s predpisi dopustno le, če je to nujno zaradi varovanja močnejše javne koristi (na primer varovanje zdravja in življenja prebivalcev, varstva potrošnikov in upnikov, redne oskrbe itd.). Poleg tega pa Ustavno sodišče v odločbah sprejema merila, ki presegajo okvir varstva svobodne gospodarske pobude. Omejevalni ukrepi so dopustni le, če poleg varstva javne koristi izpolnjujejo pogoje primernosti, sorazmernosti in trajnosti, če so določni in ne kršijo enakopravnosti subjektov.

Temeljno merilo pri določitvi meje upravičenih posegov države na področje gospodarstva mora biti načelo delovanja uprave v korist družbe, ki jo upravlja. Sam koncept (nezvestobe družbi) je bil v slovenski kazenskopravni red prenesen iz nemške kazenskopravne teorije in prakse, ki je to kaznivo dejanje (nem. *Untreue*) opredelila kot ravnanje uprave, ki je v nasprotju z interesi njenih lastnikov. Najbolj klasičen primer takega ravnanja je denimo uporaba denarnih sredstev, ki pripadajo družbi, v zasebne namene. V takem primeru gre namreč za jasno korelacijo med pridobitvijo protipravne koristi na eni strani (povečanje zasebnega premoženja uprave) in škodo (v smislu zmanjšanja premoženja) družbe na drugi strani. Vendar pa je slovensko kazensko pravo koncept »nezvestobe« družbi tako razširilo, da KZ-1 (in že prej veljavni Kazenski zakonik – KZ³) inkriminirata tudi ravnanja uprave, ki gospodarski družbi ne povzročijo nobene škode, povzročita pa korist za storilca ali tretje osebe. Prvi odstavek 240. člena KZ-1 namreč določa, da storilec ravna z namenom, da bi sebi ali komu drugemu pridobil protipravno premoženjsko korist ali povzročil premoženjsko škodo, pri čemer ni niti potrebno, da bi bila ta korist res tudi pridobljena (razen pri kvalificirani obliki kaznivega dejanja, ki jo predpisuje drugi odstavek istega člena, kjer mora storilec sebi ali drugemu pridobiti vsaj 50.000 evrov koristi).

Pri tem je treba poudariti, da je temeljno načelo, ki naj vodi najprej zakonodajalca, nato pa tudi sodišče, načelo omejenosti poseganja v družbene odnose z instrumenti kazenskopravne represije. Kazensko pravo je namreč *ultima ratio*, kar pomeni, da je treba pri urejanju družbenih razmerij najprej uporabiti vse

³ Uradni list RS, št. 63/94 in nasl.

manj invazivne državne posege (na primer s kogentnimi pravili civilnega in gospodarskega prava). Šele če tako urejanje ni uspešno, se lahko poseže po kazenskopравни represiji, ki po svoji vsebini pomeni uporabo državno sankcioniranega (fizičnega) nasilja. Omenjeno načelo je še toliko pomembnejše, če se ga uporabi v sferi svobodne gospodarske pobude oziroma v družbenoekonomskem sistemu, kot ga predpisuje tudi Ustava v 74. členu. Kot rečeno, je Slovenija v ustavi sprejela načelo, da je gospodarska pobuda svobodna, lastnina pa v zasebni (in ne morda družbeni) lasti.

To med drugim pomeni, da gospodarska družba kot taka, torej kot gospodarski subjekt, nikakor nima enakih pravic kot fizična oseba, saj na primer nima niti pravice do življenja, ker jo lahko družbeniki pač kadarkoli likvidirajo. Zato je gospodarska družba v tem smislu stvar (seveda ne v strogo stvarnopravnem pomenu), pri čemer je treba poudariti, da se je že sam pojem »pravna oseba« razvil iz institutov, ki jih je poznalo že rimsko pravo (na primer institut ustanove) in v skladu s katerimi je pravna oseba sprva pomenila zgolj skupnost določenega premoženja oziroma stvari. Zato gospodarska družba kot gospodarski subjekt sama po sebi zasleduje le interese družbenikov in ne more imeti »svojih« interesov, ki bi bili ločeni od interesov družbenikov. Gospodarska družba je namreč zgolj sredstvo njenih družbenikov (oziroma delničarjev) za doseganje določenega cilja, to je dobička. Prav pridobivanje dobička pa je primaren namen (interes) družbenikov oziroma »lastnikov« posamezne gospodarske družbe in kar tako obliko združevanja bistveno razlikuje od drugih pravnih oseb (na primer društva ali zavoda).

Zato je tudi temeljna naloga posloводства družbe pridobivanje dobička za družbenike, to pa mora biti tudi temeljno vodilo sodišču pri presoji, ali je posloводство prekršilo svoje dolžnosti in je zato tako ravnanje protipravno tudi v smislu 240. člena KZ-1. Dejanja posloводства so v tem smislu dejanja »skrbnika«, ki razpolaga s tujo stvarjo oziroma premoženjem in je v vlogi »pooblaščenca« družbenikov, ki so v vlogi nosilca »kvazi-lastninske« pravice v družbi. Posloводство lahko stori kaznivo dejanje zlorabe položaja, če so njegova ravnanja v nasprotju z njegovimi »pooblastili«, glede na to, da je njegova obveznost in dolžnost, da varuje funkcionalno namembnost premoženja kot sredstva družbe, ki je posredno »v lasti« družbenikov. Zloraba zaupanja pa pomeni ravnanje, ki nasprotuje pričakovanju tistih, ki so poslovodu zaupali vodenje poslov družbe.

Zato je treba znova poudariti, da bistvo kaznivega dejanja po 240. členu KZ-1 ni varovanje interesov gospodarske družbe kot take, torej kot pravne osebe, ampak varovanje parcialnih interesov njenih »lastnikov«, torej družbenikov (oziroma delničarjev). Družbeniki pa ustanovijo gospodarsko družbo zgolj z enim namenom, to pa je pridobivanje dobička. Če bi namreč imeli druge na-

mene, potem bi ustanovili zavod, društvo ali zadrugo, pri katerih gre prav tako za pravne osebe, ki pa niso namenjene primarno pridobivanju dobička, ampak služijo drugim interesom (kultura, šport, dobrodelnost itd.).

Zato menim, da tudi ni pravilno stališče, kot ga je v različnih kazenskih postopkih, v katerih sem tudi sam sodeloval kot zagovornik, izrazilo tožilstvo (in posledično tudi sodišče), in sicer da ima konkretna gospodarska družba tudi nekakšen splošen, družbeni pomen, oziroma da so predmet kazenskopravnega varstva pri tem kaznivem dejanju tudi na primer delavci in upniki gospodarske družbe. Za varstvo upravičenih interesov teh subjektov namreč kazenska zakonodaja predvideva druge inkriminacije (na primer kršitev temeljnih pravic delavcev – 196. člen KZ-1, oškodovanje upnikov – 227. člen KZ-1).

Na podlagi omenjenega zato lahko zatrdimo, da je treba določbe 240. člena KZ-1 razlagati ustavnoskladno, kar pomeni predvsem ozko, saj bi bila široka razlaga v nasprotju s temeljnimi ustavnimi načeli v smislu svobodne gospodarske pobude in sistema zasebne lastnine. Kazenskopravno je zato treba sankcionirati zgolj tista ravnanja posloводства, ki pomenijo najhujše kršitve temeljne dolžnosti posloводства, to pa je zagotavljanje čim večjega dobička gospodarski družbi, ki jo vodi. Oziroma *argumentum a contrario*: vsa druga ravnanja posloводства, ki bi lahko bila sporna zato, ker so ogroženi (tudi pravno zavarovani) interesi tretjih oseb (ali celo širše – družbe kot celote), ne morejo pomeniti inkriminiranega ravnanja po določbi omenjenega člena KZ, saj ta varuje zgolj interese »lastnikov« družbe.

V tem smislu je treba razlagati tudi inkriminacijo 240. člena KZ-1, ki določa, da lahko posloводство izvrši predmetno kaznivo dejanje tudi tako, da izra- bi svoj položaj z namenom, da bi pridobilo protipravno premoženjsko korist (sebi ali drugim). Na prvi pogled taka inkriminacija namreč omogoča sankcioniranje tistih dejanj, ki gospodarski družbi niso povzročila nobene škode, tretjim osebam pa je bila pridobljena premoženjska oziroma nepremoženjska korist. Glede na že omenjeno je treba ugotoviti, da bo tako ravnanje posloводства protipravno oziroma v posledici kazenskopravno sankcionirano lahko le v primeru, če je posloводство ob takem ravnanju zanemarilo svojo temeljno nalogo, to pa je pridobivanje (maksimalnega) dobička za družbenike. Če pa posloводство ustvari hkrati korist (dobiček) za družbenike in korist (dobiček) zase ali za tretje osebe, potem tako ravnanje ne more biti kazenskopravno sankcionirano oziroma protipravno, razen če tožilstvo oziroma sodišče doka- že, da se je pri tem posloводство **namerno (naklepno)** odreklo delu dobička oziroma da je prišlo do prelivanja premoženja iz premoženjske sfere gos- podarske družbe v premoženjsko sfero drugih oseb. To pa posledično pomeni, da je gospodarski družbi nastala škoda. Torej je možnost, ki jo predvideva pred- metna inkriminacija – pridobitev zgolj koristi (brez povzročitve škode družbi)

–, le navidezna oziroma bo v vsakem dejanskem, življenjskem primeru nujno prišlo tudi do oškodovanja družbe.

To pa je tudi edino pravilno in ustavnopravno sprejemljivo glede na določbo 74. člena Ustave. Ustvarjanje koristi za tretje osebe, ne da bi hkrati prišlo do oškodovanja (lahko tudi v smislu izgubljenega dobička) družbe oziroma njenih »lastnikov«, ni ravnanje, ki bi ga lahko država kazenskopravno sankcionirala, saj bi s tem neupravičeno posegla v polje svobodne gospodarske pobude. Jasno je namreč, da država (oziroma njeni organi) ne morejo prevzeti vloge nekakšnega super-nadzornika nad poslovnimi odločitvami poslovodstev gospodarskih družb. Ta vloga (nadzora) je namreč pridržana nadzornim svetom in skupščinam lastnikov, ti pa se lahko v primeru malomarnega vodenja odločijo tudi za vložitev odškodninskih tožb zoper poslovodstvo, če so taka ravnanja družbi povzročila škodo.

Pri tem pa je treba poudariti tudi okoliščino, da lahko v primeru izvršitve kaznivega dejanja, pri kateri je bila zgolj pridobljena korist, ne da bi bila pri tem povzročena škoda družbi, v okviru katere je storilec deloval, pripelje do absurdnega položaja, ko družba oziroma družbeniki ne bodo imeli na voljo pravnega sredstva v obliki odškodninske (ali drugačne civilnopravne) tožbe (saj škoda družbi ni bila povzročena) in tako torej njihovi interesi v tem primeru niso prizadeti in zato tudi niso civilnopravno varovani, kljub temu pa bo tako ravnanje poslovodstva izpolnjevalo znake kaznivega dejanja po 240. členu KZ-1 in bo torej upravičevalo kazenskopravno represijo. Z drugimi besedami: v takih primerih država »oškodovancu« ne prizna nobenega pravnega interesa, čeprav naj bi bilo to kaznivo dejanje storjeno prav zoper koristi oziroma premoženje tega »oškodovanca«, sama pa tako ravnanje kazenskopravno sankcionira in tako najbolj intenzivno poseže v pravico do svobodne gospodarske pobude. Pri tem pa je jasno, da so pogoji za civilnopravno odgovornost v teoriji strožji kot pogoji za kazenskopravno odgovornost oziroma bo poslovodstvu »težje« dokazati kazensko kot civilnopravno odgovornost. V tem primeru pa civilnopravna odgovornost poslovodstva sploh ni predvidena oziroma mogoča, saj ni izpolnjena temeljna predpostavka odškodninske odgovornosti poslovodstva: nastanek škode.

Zato se sprašujem o ustavnosti tistega dela določbe prvega odstavka 240. člena KZ-1, ki določa, da je mogoče izvršiti predmetno kaznivo dejanje tudi tako, da storilec ravna z namenom, da bi pridobil korist, ne da bi hkrati tudi imel namen povzročiti škodo, saj menim, da taka inkriminacija ni v skladu z 74. členom Ustave. KZ-1 bi moral v skladu s tem namreč izrecno določati, da mora storilec s takim ravnanjem povzročiti tudi škodo, kot sem že pojasnil.

Pri tem je treba namreč poudariti, da je tudi izgubljeni dobiček ena od oblik (premoženjske) škode, ki jo določa in priznava Obligacijski zakonik (OZ)⁴ v

⁴ Uradni list RS, št. 83/01 in nasl.

132. členu, v katerem določa, da je izgubljeni dobiček preprečitev povečanja premoženja. Že iz teorije civilnega prava pa je poznano, da je mogoče kot izgubljeni dobiček v smislu premoženjske škode upoštevati tisto preprečitev povečanja premoženja, do katere bi ob rednem oziroma normalnem poteku dogodkov zagotovo prišlo. Navadna škoda je torej zmanjšanje nekega premoženja, izgubljeni dobiček pa preprečitev njegovega povečanja. Izgubljeni dobiček zato ni računovodska kategorija, ampak pravna, gre torej za poseben pravni institut po določbah obligacijskega in kazenskega prava,⁵ tisti, ki izgubljeni dobiček zatrjuje, pa mora dokazati, da bi brez protipravnega ravnanja povzročitelja do povečanja premoženja nedvomno prišlo.

Z drugimi besedami: če storilec predmetnega kaznivega dejanja izvrši kaznivo dejanje tako, da je sebi ali drugemu pridobil korist, potem bo nujno moralo biti tako ali drugače oškodovano tudi premoženje družbe oziroma njenih družbenikov, vsaj v smislu izgubljenega dobička. Zato v nobenem primeru ne moremo govoriti o nekakšnih zgolj abstraktno opredeljenih in varovanih interesih gospodarske družbe *per se*, ampak je možno v vsakem primeru storilcu očitati tako ravnanje, ki je navsezadnje za družbo oziroma njene družbenike povzročilo škodo v kakršnikoli pravno priznani obliki.

Edini kazenskopravno relevanten očitek, ki ga je v takem primeru (ko gre zgolj za pridobitev koristi) mogoče nasloviti na storilca, namreč je, da je s svojimi ravnanji pridobil korist zase ali za tretje osebe, namesto da bi se ta korist (dobiček) zlila v premoženje družbe in posledično k njenim družbenikom v obliki povečanega dobička oziroma premoženja. Pri tem pa je pomembno poudariti tudi to, da sodna praksa in tudi civilnopravna teorija razumeta izgubljeni dobiček kot tisto preprečitev povečanja premoženja, do katerega bi sicer ob verjetnem toku dogodkov zagotovo prišlo. To pa pomeni, da mora na primer tožnik v odškodninski tožbi v civilnem postopku s stopnjo gotovosti dokazati, da bi se brez protipravnega ravnanja toženca dogodki zvrstili tako, da bi dobiček nastal in da bi bilo zato premoženje tožnika večje, kot je sicer.

V vsaki taki konkretni zadevi bi zato moralo tožilstvo storilcu dokazati, da je bilo premoženje konkretne družbe zaradi izgubljenega dobička zmanjšano na račun pridobitve koristi storilcu oziroma tretjim osebam. Pokaže se torej, da je trenutno veljavna inkriminacija po 240. členu KZ-1 ustavno sporna, saj inkriminira pridobitev koristi brez povzročitve škode, čeprav zgolj pridobivanje koristi ne more biti predmet upravičenega kazenskopravnega sankcioniranja, kot sem že pojasnil.

⁵ Glej na primer sklep Vrhovnega sodišča III Ips 21/2001 z dne 20. septembra 2001.

3. NAČELO VESTNEGA IN POŠTENEGA GOSPODARSTVENIKA KOT VSEBINA BLANKETNE NORME?

Določba 240. člena KZ-1 je po svoji vsebini pravzaprav (tiha) blanketna norma, saj vsebina dolžnostnega ravnanja posloводства ni zapisana v Kazenskem zakoniku, ampak v drugih pravnih virih, na primer v ZGD-1, uzancah, področnih zakonih itd. Vsekakor pa mora sodišče v vsakem konkretnem primeru, ko odloči, da je prišlo do kršitve dolžnostnega ravnanja, tudi natančno opredeliti vsebino tega dolžnostnega ravnanja oziroma povedano drugače: v skladu z načelom zakonitosti v kazenskem pravu (28. člen Ustave), v okvir katerega spada tudi zahteva, da morajo biti dolžnosti subjektov kazenskega prava vnaprej jasno in natančno določene (*lex certa*), mora sodišče (in še prej tožilstvo) najprej določiti, kako bi moral storilec v konkretnem primeru ravnati (kakšno je bilo njegovo konkretno dolžnostno ravnanje), nato pa obrazložiti, kako je to svojo dolžnost kršil. V vsakem konkretnem primeru bi moralo zato sodišče v sodbi najprej določno opredeliti, katero je bilo tisto dolžnostno ravnanje, ki ga je storilec z očitanimi ravnanji sploh prekršil. Šele naklepna kršitev takega dolžnostnega ravnanja ima namreč lahko za posledico kazensko odgovornost storilca.

Menim, da pa pri tem zgolj sklicevanje na prvi odstavek 263. člena ZGD-1 ni dovolj. Ta določba ZGD-1 namreč vsebuje zgolj načelo in ne konkretno pravilo. Že teorija pravoznanstva uči, da se načela uporabljajo v razponu – »več ali manj«, pravila pa izključujoče – »vse ali nič«. Načela posredujejo le vrednostna merila, zato sploh niso neposredno uporabna v konkretnih primerih.⁶ Zato tudi teorija kazenskega prava uči, da je s stališča načela zakonitosti sicer dovoljeno, da je vsebina kakšnega zakonskega znaka kaznivega dejanja določena v kakšnem drugem predpisu (in ne v kazenskem zakoniku), vendar pa se mora tudi v tem primeru upoštevati načelo določnosti v zakonu (*lex certa*).⁷ Gre za t. i. blanketne dispozicije, med katere spada tudi določba 240. člena KZ-1, saj pravil, kako mora ravnati naslovnik te pravne norme, kazenski zakonik ne vsebuje.

Seveda pa mora biti vsebina zakonskega znaka, ki je v drugem predpisu, prav tako določna, kot če bi bila zapisana v kazenskem zakoniku. Pravno načelo (na primer vestnega in poštenega gospodarstvenika) pa te zahteve ne izpolnjuje, saj gre zgolj za vrednostni standard ravnanja, ki ga mora šele v vsakem konkre-

⁶ Glej Marijan Pavčnik: Teorija prava: prispevek k razumevanju prava. GV Založba, Ljubljana 2011, str. 123.

⁷ Glej Ljubo Bavcon in drugi: Kazensko pravo: splošni del. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2009, str. 187.

tnem primeru sodišče napolniti z vsebino in je torej podvržen »vrednotenju in ocenjevanju«.⁸

ZGD-1 v prvem odstavku 263. člena namreč zgolj določa, da morajo člani organov vodenja in nadzora pri opravljanju svojih nalog ravnati v dobro družbe s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika in varovati poslovno skrivnost. Tako opredeljena dolžna ravnanja članov organov vodenja in nadzora lahko zato razdelimo na 1. dolžnost skrbnega ravnanja (angl. *duty of care*, nem. *Sorgfaltspflicht*) in 2. dolžnost zvestobe (angl. *duty of loyalty*, nem. *Treupflicht*).⁹ Pri presoji, ali konkretno ravnanje ustreza standardu vestnega in poštenega gospodarstvenika, presojamo izključno objektivna merila temu, in sicer se vprašamo, kako bi v konkretni situaciji ravnal nekdo, ki vodi podjetje primerljive velikosti, dejavnosti ter gospodarskega položaja nasploh, in ki ima za vodenje podjetja vsa potrebna strokovna znanja in izkušnje¹⁰ – od članov organov vodenja in nadzora pa se tudi sicer zahteva strožja skrbnost, tj. profesionalna skrbnost. Dolžnost zvestobe družbi pa izhaja že iz dolžnosti ravnanja v korist družbe.¹¹

V primerjavi s prej navedeno določbo je prej veljavni ZGD¹² v 258. členu urejal le skrbnost in odgovornost članov uprave družbe (ne pa članov vseh organov vodenja in nadzora, ne glede na sistem upravljanja, za katerega se odločijo ustanovitelji oziroma lastniki družbe), prav tako pa izrecno ni določal dolžnosti ravnanja v dobro družbe.¹³ Z uveljavitvijo ZGD-1 se je tako standard dolžne skrbnosti, ki se zahteva od članov organov vodenja in nadzora družb, razširil, vendar to nikakor ne pomeni, da bi vsaka odločitev, ki jo ti sprejmejo in se končno izkaže za škodljivo, že zato pomenila kršitev zahtevanega standarda skrbnosti.¹⁴ Za uporabo določbe prvega odstavka 263. člena ZGD-1 mora biti torej škoda tudi dejansko povzročena, zato ta določba sploh ne more pomeniti vsebine kazenskopravne norme v primerih, ko se povzročitev škode storilcu sploh ne očitata.

Pri tem je treba poudariti, da pravilo t. i. podjetniške presoje (angl. *business judgment rule*), ki se je razvilo tako v anglo-ameriškem in tudi kontinentalnem

⁸ M. Pavčnik, nav. delo, str. 123.

⁹ Peter Podgorelec: Odškodninska odgovornost članov posloводства – analiza nekaterih sodb Vrhovnega sodišča RS, v: Podjetje in delo, št. 5/2013.

¹⁰ Višje sodišče v Mariboru v sodbi I Cpg 539/2013 z dne 9. maja 2014.

¹¹ Prav tam.

¹² Uradni list RS, št. 30/93 in nasl.

¹³ Rado Bohinc, v: Marijan Kocbek (ur.) in drugi: Veliki komentar zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1), 2. knjiga (168. do 470. člen). GV Založba, Ljubljana 2007, str. 313.

¹⁴ Peter Podgorelec: Splošna odškodninska odgovornost članov organov vodenja in nadzora delniške družbe po ZGD-1, v: Podjetje in delo, št. 6-7/2010, str. 978.

pravnem sistemu, in ga danes kot institut poznajo v angleškem, ameriškem, nemškem in nekaterih drugih pravnih sistemih,¹⁵ katerega bistvena vsebina je, da uprava družbe ne odgovarja za vsako napačno poslovno odločitev, zaradi katere nastane družbi škoda, ampak mora upravi zmeraj ostati določeno polje proste (lastne) presoje,¹⁶ pri nas kot zakonski institut še ni uzakonjeno, ampak je njegovo priznanje in tudi uporaba zaenkrat (sicer v znatni meri uspešno) prepuščena sodni praksi.¹⁷

Korak k temu, da bi se pravilo podjetniške presoje končno vneslo tudi v zakon, je bil predlog zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o gospodarskih družbah-1 z dne 2. aprila 2015 (ZGD-1I), ki ga je pripravilo Ministrstvo za gospodarski razvoj in tehnologijo.¹⁸ Skladno s predlogom, bi prvi odstavek 263. člena ZGD-1 tako dobil nov drugi stavek, ki bi se glasil:

»Ne gre za kršitev dolžnosti ravnanja s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika, če je član organa vodenja ali nadzora smel pri sprejemanju podjetniške odločitve razumno domnevati, da ravna na podlagi primernih informacij in v dobro družbe.«

V postopku sprejemanja novele ZGD-1I je taka dopolnitev določbe prvega odstavka 263. člena ZGD-1 sicer izpadla, toda to ni ovira, da sodišča pravila podjetniške presoje tudi v prihodnje ne bi uporabljala.

Kakor pa je bilo opozorjeno tudi v obrazložitvi¹⁹ predloga novele ZGD-1I, je pri presoji odgovornosti (tako civilne kot končno tudi kazenske) članov organov vodenja in nadzora družbe bistveno prav vprašanje razmejitve med napačno poslovno odločitvijo in kršitvijo dolžne skrbnosti. Vsaka podjetniška odločitev, ki se (pozneje) izkaže za škodljivo, nujno še ne pomeni ravnanja v nasprotju z zahtevanim standardom skrbnosti. Pri tem je treba upoštevati zlasti, da podjetniške odločitve ne prinašajo samo možnosti za uspeh, ampak je z njimi zmeraj povezana tudi določena stopnja poslovnega tveganja. Že iz narave podjetniške dejavnosti nujno izhaja, da se sprejemajo tudi nekatere tvegane odločitve, to so odločitve, ki lahko na koncu prinesejo tudi izgubo.

¹⁵ Mile Dolenc: Odgovornost uprave gospodarske družbe za škodo, povzročeno družbi, v: *Pravni letopis* 2010, str. 117–128.

¹⁶ P. Podgorelec, nav. delo (2010), str. 978.

¹⁷ Tako je pravilo podjetniške presoje med drugim uporabilo tudi Vrhovno sodišče RS v sodbi III Ips 80/2010 z dne 9. julija 2013, sodbi in sklepu III Ips 75/2008 z dne 21. decembra 2010 ter nekaterih drugih odločbah, prav tako pa tudi Višje sodišče v Ljubljani v sklepu in sodbi I Cpg 171/2012 z dne 10. oktobra 2013 in nekaterih drugih odločbah

¹⁸ Dosegljiv je na <http://www.findinfo.si/download/razno/ZGD-1I_26032015.pdf> (9. 4. 2017).

¹⁹ Glej strani 68 in 69 predloga.

Zato se od uprave družbe (oziroma tudi drugih organov) ne pričakuje zgolj, da išče poslovne priložnosti za družbo, ampak da si na koncu tudi upa sprejeti podjetniško odločitev, čeprav je ta tvegana. Če bi upravo družbe obremenili z odgovornostjo za vsako škodo, ki nastane kot posledica poslovne odločitve, bi to povzročilo, da bi se uprava izogibala vsakršnim tveganim poslovnim odločitvam. To pa končno ne bi imelo le negativnih narodnogospodarskih učinkov (kar bi se odrazilo kot manjši bruto družbeni produkt, prav tako pa lahko tudi kot nižji davčni prihodki), ampak bi bilo tudi v nasprotju z interesi delničarjev (njihov interes je maksimizirati dobiček). Delničarji si namreč ne želijo menedžerjev, ki si ne upajo tvegati, saj to *de facto* zmanjšuje njihove možnosti za čim višji dobiček.²⁰

Ta doktrina temelji na spoznanju, da so vsakdanje poslovne odločitve tvegane (rizične) in polne notranjih nasprotji. Zato je treba upravi gospodarske družbe omogočiti, da sprejema odločitve brez strahu (oziroma zavesti), da bo zaradi njih morala odgovarjati, pri čemer tudi ne bi bilo pošteno pričakovati, da bo poslovodstvo gospodarske družbe ves čas sprejemalo zgolj popolne (najbolj pravilne) odločitve. Prav zato pa je treba pri presoji standarda vestnega in poštenega gospodarstvenika ugotoviti zgolj, ali gre za razumno odločitev organov vodenja in nadzora družbe v dani, konkretni situaciji.²¹

Pri tem je treba poudariti, da se omenjeni standard uporablja v primerih, ko so zoper poslovodstvo s strani družbe ali družbenikov vložene odškodninske tožbe. Ta standard je namreč potreben zaradi presoje, ali je poslovodstvo pri vodenju poslov družbe ravnalo **neskrbno** ali ne. Seveda pa je predpogoj za vsakršno odškodninsko odgovornost poslovodstva predvsem nastanek škode, kar vnovič kaže na absurdnost kazenskih postopkov, ko se omenjeno načelo uporablja za utemeljitev kazenskopravne odgovornosti storilcev tudi v primerih, ko se storilec sploh ne očita, da so s svojim kaznivim dejanjem povzročili kakršnokoli škodo.

Vsekakor pa je iz tega jasno, da prvi odstavek 263. člena ZGD-1 ne vsebuje konkretnega pravnega pravila, ki bi v skladu z načelom *lex certa* kot posebnim vidikom načela zakonitosti v kazenskem pravu, kot ga določa 28. člen Ustave, morala vsebovati vsaka kazenskopravna norma. Naslovnik take (kazensko-pravne) norme zato vnaprej sploh ne more določno vedeti, kaj je kaznivo in kaj ne, s tem pa je kršeno tudi načelo zakonitosti v kazenskem pravu (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*):

²⁰ P. Podgorelec, nav. delo (2010).

²¹ M. Dolenc, nav. delo.

»Ustava ga ureja kot materialnopravno jamstvo v kazenskem postopku – kot človekovo pravico, katere spoštovanje naj državi prepreči arbitrarno in samovoljno uporabo kazenskopravne represije zoper posameznika. Kot je navedlo Ustavno sodišče že v odločbi št. U-I-335/02 z dne 24. 3. 2005, ta določba Ustave postavlja več pogojev, in sicer:

- prepoved določanja kaznivih dejanj in kazni s podzakonskimi akti ali z običajnim pravom (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*);
- prepoved določanja kaznivih dejanj in kazni s pomočjo praznih, nedoločljivih ali nejasnih pojmov (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*);
- prepoved analogije pri ugotavljanju obstoja kaznivih dejanj in izrekanju kazni (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*);
- prepoved povratne veljave predpisov, ki določajo kazniva dejanja in kazni zanje (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*).

Iz teh prepovedi izhajajo njim nasprotne ustavne obveznosti, ki so najprej usmerjene k zakonodajalcu. Ta lahko le z zakonom (»zakon« določil – *lex scripta*) zaradi varstva človeka, družbe kot celote in njenih vrednot opredeljuje, katera ravnanja posameznikov so zavržna (*mala in se*) ali nesprejemljiva do te mere, da jih je treba prepovedati (*mala prohibita*) in kazenskopravno sankcionirati. Sankcije so hude, saj je na tej podlagi dovoljeno posamezniku odvzeti prostost (drugi odstavek 19. člena Ustave). Zahteva po zakonu hkrati pomeni, da je le zakonodajna oblast tista, ki lahko določa, kaj je kaznivo, in to le s posebnim aktom, ki ima v pravnem redu poseben položaj (zakon) in ki se v parlamentu sprejema po posebnem, vnaprej urejenem postopku (zakonodajni postopek, 89. člen Ustave). Ko zakonodajalec opredeljuje kaznivo dejanje, mora ravnati do te mere določno (zakon »določil«), da je mogoče povsem jasno razmejiti med ravnanji (storitvami ali opustitvami), ki so kazniva, in med tistimi, ki v polje kaznivosti ne spadajo. To razmejitev naredi tako, da določno opredeli znake posameznega kaznivega dejanja. Zahteva po določnosti kazenskega zakona (*lex certa*) je specialna ustavna zahteva v primerjavi z načelom določnosti in jasnosti kot enim od načel pravne države iz 2. člena Ustave, ki se nanaša na vse predpise. **Zakonodajalec sicer pri opredeljevanju kaznivih dejanj lahko uporablja nedoločne in pomensko odprte pravne pojme, če je mogoče z ustaljenimi metodami razlage jasno ugotoviti vsebino prepovedanih ravnanj. Ne sme pa uporabljati praznih, nedoločljivih ali nejasnih pojmov** [poudaril B. K. M.]. Z načelom določnosti, ki jasno razmejuje polje kaznivega od nezaknivega, je neposredno povezana tudi zahteva po prepovedi zakonske in pravne analogije (*lex stricta*) že na ravni zakonodajalca. Ustavnomaterialno jamstvo iz prvega odstavka 28. člena Ustave je namenjeno posamezniku, ki mora vnaprej vedeti, kaj je kaznivo, saj le tako lahko prilagodi svoja ravna-

nja. Zanj mora biti predvidljivo, kakšne posledice lahko ustvarja njegovo voljno ravnanje, vedeti mora, kje je meja, s katero je zakonodajalec zarisal polje kaznivosti in zunaj katere je polje njegove splošne svobode ravnanja (35. člen Ustave), ki ni kaznivo. Od tod logična prepoved retroaktivne določitve kaznivih dejanj (*lex praevia*).«

Tako Ustavno sodišče v odločbi Up-879/14-35 z dne 20. aprila 2015.

Zato menim, da načelo po prvem odstavku 263. členu ZGD-1 sploh ne more biti (blanketna) vsebina kazenskoopravne norme po 240. členu KZ-1, ampak je lahko sodišču le vodilo pri vsebinskem opredeljevanju konkretnih pravnih pravil in njihovem razumevanju. V vsaki konkretni zadevi bo sodišče zato moralo pojasniti, kateri je tisti zakonski dejanski stan, ki ga je izluščilo iz določbe 240. člena KZ-1 in s katerim je primerjalo konkretni dejanski stan (ugotovljena odločilna dejstva), zato da bo obramba sploh lahko preverila, ali je bila ta primerjava opravljena v skladu z načelom zakonitosti v kazenskem pravu. Golo sklicevanje na sicer pomembno načelo po prvem odstavku 263. člena ZGD-1 pa tej zahtevi, kot sem pojasnil, ne more zadostiti, saj ta ne vsebuje nobenega konkretnega pravila, ki bi lahko napolnilo blanketno normo po 240. členu KZ-1.