

UDK: 351.711:005.35

Pregledni znanstveni članek

Goljufiva pridobitev javnih sredstev – tožba državljana v lastnem imenu in imenu države

Mirko Pečarič*

1. Uvod

Slovenija je demokratična republika (1. člen Ustave RS).¹ V vladavini ljudstva slednje odloča o javnih zadevah (lat. *res publica*) Ta pravica je izpeljana v 44. členu Ustave RS, po katerem ima »[v]sak državljan pravico, da v skladu z zakonom neposredno ali po izvoljenih predstavnikih sodeluje pri upravljanju javnih zadev«. Gre za člena, ki izvirata iz antične demokracije in njene etimologije, nanašata pa se na pragmatičnost ustave, tj. uporabnost demokracije prek njenih dejanj.² Za Johna Lockeja – po katerem se je glede ureditve države zgledoval Montesquieu –, ki velja za enega od začetnikov ideje o demokratični delitvi

* Univerzitetni diplomirani pravnik, doktor znanosti, izredni profesor za področje upravnega prava in prava javne uprave, Fakulteta za upravo, Univerza v Ljubljani.

¹ Uradni list RS, št. 33/91, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 69/04, 68/06, 47/13 in 47/13.

² V razmerju med teorijo in prakso, med *theōria* in *praxis* ima prva v svojem korenu idejo pogleda, druga pa izvira iz glagola *prattein*, ki je postal vzrok za abstraktni pojem ta pragmata, dobesedno »dejanja«, iz katerega se je razvil specifični pojem državnih, političnih dejanj (angl. *political business*, *the business of government*). Da bi bili politično aktivni, je bilo treba imeti »delež v ta pragmata«. V Grčiji tako ni bilo neposrednega nasprotja med javnim – političnim do zasebnega –, osebnim ali domačim (kot je to nastalo pozneje v Rimu med *res publica* in *res privata*). »Osebnost je politična« je na primer pomenilo, da je atenski prostovoljni (*ho boulomenos*) državljan kot tožilec trdil, da vlaga svojo javno tožbo v imenu *koinon* (skupen, skupnost), hkrati pa deluje iz svojih zasebnih ali osebnih motivov. Skupnost, ne posameznik, je bila primarna točka sklicevanja; individualnost ni bila njeno nasprotje. Tako semantični prehod iz grškega *idiôtēs*,

oblasti in družbeni pogodbi, je »[v]eliki in poglobitni cilj združevanja ljudi v politične skupnosti in podreditve oblasti ohranitev lastnine.«³ Cilj oblasti vidi v dobri skupnosti,⁴ ki od predstavnikov zakonodajne oblasti zahteva, da »so tudi sami podrejeni zakonom, ki jo jih postavili, kar je nova in trdna zaveza, da bodo pozorno pazili in zakone pisali v javno dobro.«⁵

Ohranitev lastnine, javno dobro in podreitev zakonodajalca zakonom, ki jih je sprejel, ostajajo temeljni pravni postulati tudi v današnjem času. V tej zvezi je torej vsako goljufanje države (na račun skupnosti) kršitev teh postulatov. Goljufanje⁶ države ali okoriščanje sebe ali koga drugega z oškodovanjem države v najširšem smislu (vseh pravnih oseb javnega prava) oziroma javnih sredstev pove več o stanju države in njenem sistemu (odkrivanja in preprečevanja), kot lahko država (po)ve o goljufijah. Z malce pretiravanja bi lahko govorili že o »navadi« goljufanja, ki prežema vse pore družbenega življenja – od otroške zibke (na primer neupravičeni otroški dodatki, navidezne enostarševske družine) dalje vse do »tajkunskih kreditov« in »panamskih davkov«. Ta navada ima v finančnih zadevah posebne psihološke učinke oziroma ojačevalnike,⁷ ki jih lahko v povezavi z delovanjem nekega sistema najdemo pri »iznajdljivih« ljudeh: slednji niso bolj pokvarjeni, so pa zelo iznajdljivi, če jim

državljan v svoji zasebni, neuradni vlogi, pomeni že brisanje meje med javnim in zasebnim. Paul Cartledge: *Ancient Greek Political Thought in Practice*. Cambridge University Press, Cambridge 2009, str. 4, 18.

³ John Locke: Dve razpravi o oblasti, Pismo o toleranci. Krtina, Ljubljana 2010, str. 204.

⁴ *Salus populi suprema lex*. J. Locke, nav. delo, str. 206.

⁵ Prav tam, str. 218.

⁶ Po SSKJ pomeni goljufati »nedovoljeno se okoriščati z oškodovanjem koga ali z zavajanjem v zmotno«, Kazenski zakonik RS pa določa dejanski stan goljufije v 211. členu: »Kdor, zato da bi sebi ali komu drugemu pridobil protipravno premoženjsko korist, spravi koga z lažnim prikazovanjem ali prikrivanjem dejanskih okoliščin v zmotno ali ga pusti v zmoti in ga s tem zapelje, da ta v škodo svojega ali tujega premoženja kaj stori ali opusti«. V primeru države se goljufanje nanaša na nezakonito in neupravičeno pridobitev javnih sredstev, v okviru uradnih postopkov na primer javnega naročanja, koncesij, sklepanja pogodb in izvajanja del, poročanju o številu opravljenih ur in materiala v zvezi s tem ter drugih dopustnih pravnih poslov, ki jih lahko sklepa država.

⁷ Navada se vzpostavi, ko je nagrada od posameznega ravnanja večja kot od drugega podobnega (zakonitega) ravnanja. Izraelsko-ameriški profesor psihologije in vedenjske ekonomije Dan Ariely je na podlagi eksperimentov ugotovil, da je »goljufanje veliko lažje, če je za korak odmaknjeno od denarja«. Glej Dan Ariely: *Predictably Irrational: The Hidden Forces That Shape Our Decisions*. HarperCollins e-books 2008, str. 219. Ljudje se veliko hitreje in bolj nepošteno vedemo, če naša ravnanja niso neposredno povezana z denarjem, ampak so nekoliko odmaknjena od njega, kot so primeri »kreativnega računovodstva«, prirejanja ali ponarejanja listin, lobiranja ipd. Ugotovitev je toliko bolj zaskrbljujoča, saj prehajamo na elektronsko poslovanje, pri katerem ni neposrednega kontakta z denarjem. Ariely (prav tam, str. 195–215) je pri svojih eksperimentih ugotovil zanimivo dejstvo: osebe v eksperimentih niso goljufale, če so pred tem prebrale deset božjih zapovedi, zaradi česar poudarja profesionalno etiko, kodekse in prisege. Bližje kot so »varnostniki« ukrepi pred neposrednim aktom ravnanja, bolje je. Javni razpisi in drugi primeri dodelitve javnih sredstev so tipični primer takega goljufivega ravnanja, pri katerem ni neposrednega stika z denarjem, temveč gre prej za prikazovanje navideznih okoliščin ipd.

sistem to omogoča. Z vidika vrednostnega pogleda na katerokoli sistemsko upravljanje se je treba zavedati dejstva, da je:

»večja moč za ustvarjanje zla iz dobrega v Sistemu [kot pa v vedenju posameznikov] kot kompleksu močnih sil, ki ustvarjajo Situacijo. Številni dokazi iz socialne psihologije podpirajo koncept, da situacijska moč prevlada nad posamezno močjo v danih okoliščinah.«⁸

Ustvarjanje situacij prek oblikovanja sistema ključno sooblikuje pogoje in okoliščine, v okviru katerih deluje sistem upravljanja.

Seveda se misli pri tem na korupcijo kot na bolezen javnega sektorja in indikacijo slabega upravljanja,⁹ ki spodkopava pravno državo in slabi institucionalne temelje politične stabilnosti, socialne kohezije in gospodarske rasti. Nepravilnosti teh vrst ustvarjajo nestabilno okolje, ki posega v načelo pravne države ter vrednostno okolje, v katerem delujejo družba in njeni organi. Težava pri koruptivnih dejanjih je v tem, da se z »uspešnim« ponavljanjem dodatno krepijo. Nepravilnost po naravi stvari teži k temu, da ne bi bila odkrita, zato je osnova uspešnosti nadzornega sistema na drugi strani odvisna od zavor in ravnovesij med tistimi, ki se odzivajo na nepravilnosti ali nastala tveganja, ter tistimi, ki pri tem ostajajo pasivni. Hayek kot klasični liberalec je zagovarjal idejo o spontanem redu, na katero navezujem idejo o spontanem nadzoru:

»Če bi namesto nadzora sredstev v rokah enega organa, ki deluje na osnovi enotnega načrta, obstajala množica neodvisnih virov, tako da bi jim lahko prisluhnil tudi nekonvencionalni mislec, bi bila pričakovanja za napredovanje [v vedenju] ugodnejša.«¹⁰

Enako bi lahko rekli za spontano obliko nadzora s strani državljanov nad ukrepi države, ki jih je treba po Hayeku ocenjevati z vidika koristnosti.¹¹

Pravo kot generaliziran sistem upravljanja družbe in družbene kontrole mora zagotavljati ne le enako obravnavo vseh državljanov, temveč zahtevati tudi odgovornost v primeru kršitev. Nadzor od zgoraj navzdol je v vse večjih in kompleksnejših sistemih ter ob vse bolj spreminjajočem in zahtevnejšem okolju nemogoč. Prispevek izhaja iz predpostavke, da državni ukrepi za uspešno in učinkovito porabo javnih sredstev ne dosegajo zelenih ciljev. Država potrebuje ne le pomoč državljanov, ampak imajo ti do nje ustavno pravico, določeno v 44. členu Ustave RS, ki določa sodelovanje ljudstva pri upravljanju javnih

⁸ Philip Zimbardo: *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*. Random House Trade Paperbacks, New York 2008, str. x.

⁹ Dobro ljudstva je odvisno od dobrega upravljanja, tj. od odločanja oblasti za upravljanje zadev vsega ljudstva. Dobro upravljanje pa je (tudi – poleg določanja samih ciljev in racionalnih sredstev za njihovo doseganje) tisto, ki omogoča nadomestne nagrade namesto tiste, ki je prepovedana. Tako se vzpostavlja moč volje in moč samokontrole. Konec koncev – tudi pravna država.

¹⁰ Friedrich Hayek: *Ustava za svobodo*. Inštitut Nove revije, zavod za humanistiko, Ljubljana 2012, str. 597.

¹¹ Prav tam, str. 334.

zadev. Pravna drřava in solidarnost ljudi za njeno uveljavitev sta bistvena v ředalje bolj heterarhični, mreęni druębi. To predpostavko bom skuřal prikazati s predstavitvijo realnega stanja v Sloveniji s pomočjo mednarodnih kazalnikov in poročil o delu, nato pa bom na podlagi predstavitve rimskega zakona *Lex calpurnia* in ameriškega zakona *the False Claims Act* podal predlog reřitve.

2. Odtujitev (javnega) premoęenja – realna izhodiřća

Vladavina prava je danes ře izroćilo in temeljni element modernega prava, toda za Slovenijo mednarodne napovedi ne kaęejo najboljše. V boju proti »nevidnemu« kriminalu se je Slovenija v raziskavi Indeks percepcije korupcije v preteklosti uvrćala sorazmerno dobro. Podatki kaęejo, da se je raven korupcije v Sloveniji med letoma 2003 in 2008 vztrajno zmanjševala. Tako je Slovenija leta 2003 dosegla rezultat 5,9 (zasedla je 29. mesto) in leta 2008 6,7 (zasedla je 26. mesto) – ko je dosegla najboljši rezultat. V letu 2015 je zasedla 35. mesto, toda kljub manjšemu napredku v 2013 ře vedno ni doseęene ocene iz leta 2012. Tak rezultat je med drřavami ćlanicami EU pod povprećem. Rezultat potrjuje većkratna opozorila komisije, da sta v Sloveniji problem in globina korupcije većja, kot smo si pripravljeni priznati,¹² gospodarsko-finanćna kriza pa je v Sloveniji *de facto* razkrila dolgoletni razvoj sistemske oziroma institucionalne korupcije.¹³ Leta 2014¹⁴ je policija drřavnemu tořilstvu poslala kazenske ovadbe in poročila v dopolnitev kazenskih ovadb po devetem odstavku 148. ćlena ZKP za 87.474 (93.833) kaznivih dejanj, storjenih v tem in prejšnjih letih, kar je za 6,8 odstotka manj kot 2013. Kljub manjšemu řtevilu kaznivih dejanj je bilo po oceni policije z njimi povzroćene za 755,3 (376,5) milijona evrov řkode ali za 100,6 odstotka već. Deleę gospodarske kriminalitete v celotni kriminaliteti se je povećal s 17,4 na 19,2 odstotka, kar je njen najvećji deleę v zadnjih petih letih. Policija je vložila kazenske ovadbe ali poročila v njihovo dopolnitev za 63 (41) tipićnih korupcijskih kaznivih dejanj, pri ćemer je ovadila 75 (72) oseb (najbolj sta narasli řtevíli nedovoljenega dajanja daril in nedovoljenega sprejemanja daril).

Iz Skupnega poročila o delu drřavnih tořilstev za leto 2014 je razvidno, da se je povećalo řtevílo obsodb za korupcijska kazniva dejanja. V letu 2014 je

¹² Letno poročilo 2013, Komisija za preprećevanje korupcije, str. 61.

¹³ V okvir slednje Komisija za preprećevanje korupcije uvrća med sistemsko korupcijo »neupořtevanje ali neodzivanje na uradne ugotovitve in pozive pristojnih nadzorstvenih organov in vsako ponavljajoće ali trajajoće opuřćanje uporabe nadzorstvenih in samoregulativnih postopkov ter ukrepov zaradi omogoćanja ali pridobivanja koristi«. Letno poročilo 2010, str. 2.

¹⁴ Poroćilo o delu policije za leto 2014.

tožilstvo prejelo kazenske ovadbe zoper fizične in pravne osebe za skupno 159 korupcijskih kaznivih dejanj, kar je dve dejanji manj kot v letu 2013, ko so bile podane ovadbe za 161 dejanj. Tožilstva so v letu 2014 prejela sodbe glede 96 korupcijskih kaznivih dejanj, kar je za 68 odstotkov več kot v letu 2013 in trikrat toliko kot v letu 2012. Analiza prejetih sodb pokaže, da so bile pravne in fizične osebe v letu 2014 obsojene skupaj za 84 korupcijskih kaznivih dejanj, kar je za 115 odstotkov več kot v letu 2013 in za 250 odstotkov več kot v letu 2012. V letu 2014 je bila odrejena finančna preiskava v štirih zadevah skupno zoper 14 subjektov. Predlog za začasno zavarovanje je bil podan v treh zadevah zoper sedem subjektov. Vsem predlogom je sodišče ugodilo. Civilna tožba zaradi odvzema premoženja nezakonitega izvora je bila vložena v dveh zadevah zoper skupno osem subjektov (šest fizičnih in dve pravni osebi).¹⁵ Na prvi pogled so podatki zadovoljivi, vendar je vrednost začasnih zavarovanj na primer v letu 2013 s strani državnega tožilstva predstavlja le 1,9 odstotka¹⁶ škode, ki jo je v istem obdobju ocenila policija. Leta 2013 je OLAF vse od ustanovitve prejel največ informacij, tj. 1.294 zadev. To dejstvo odraža zavezanost državljanov EU, institucij EU in drugih partnerjev, da sporočajo domnevne primere goljufij ter kaže na trajno zaupanje v OLAF.¹⁷ Tudi ta organ beleži vse več postopkov, v okviru katerih največ podatkov dobijo od zasebnega sektorja. Na osnovi svojega dela je predlagal vračilo več kot 402 milijonov evrov, od katerih je bilo vrnjenih več kot 117 milijonov evrov (29,05 odstotka).¹⁸

Iz Statističnega poročila o javnih naročilih, oddanih v letu 2013, izhaja, da je bil obseg vseh javnih naročil, oddanih v letu 2013, za 2.762.442.910 evrov.¹⁹ Statistična analiza kaže, da naročniki pri javnih naročilih blaga in storitev običajno določijo višjo ocenjeno vrednost od pogodbene, in sicer pri naročilih blaga za 9,82 odstotka, gradenj za 7,22 odstotka in storitev za 5,82 odstotka. Ministrstvo za finance ocenjuje, da so odstopanja ocenjene vrednosti od pogodbene vrednosti posledica nezadostne priprave pred izvedbo naročila, neprimernega izračuna ocenjene vrednosti in nepoznavanja tržnih razmer. Hkrati ugotavlja, da naročniki pogosto izvajajo postopke, ki so glede na postopkovna pravila manj transparentni in konkurenčni. Pri tem posamezni naročniki zelo široko razlagajo pogoje za izvedbo teh postopkov, zato Ministrstvo za finance predlaga, da organi nadzora, predvsem Državna revizijska komisija, Računsko sodišče

¹⁵ Skupno poročilo o delu državnih tožilstev za leto 2014.

¹⁶ Evropski urad za boj proti goljufijam (OLAF) je v enakem obdobju zabeležil 29,05 odstotka.

¹⁷ The OLAF report 2013. Fourteenth report of the European Anti-Fraud Office, str. 3, <https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/olaf_report_2013_en.pdf> (17. 2. 2017).

¹⁸ Prav tam, str. 12, 13, 21.

¹⁹ Če bi uporabili oceno ameriških revizorjev o povprečni petodstotni izgubi, bi to za našo državo le iz javnih naročil pomenilo izgubo (samo) v letu 2012, za več kot 140,8 milijona evrov, v letu 2013 pa za 138 milijonov evrov!

RS in Urad za nadzor proračuna v postopkih preverijo tudi upořtevanje načela gospodarnosti. To bi imelo namreč več pozitivnih učinkov (pravilna uporaba zakonodaje, zmanjšanje korupcijskih tveganj, boljša kakovost dobavljenega blaga, storitev ali gradenj, nižji odhodki glede na razmerje med kakovostjo in ceno).²⁰ Ugotovitve se v primerjavi z letom 2012 ne razlikujejo skorajda v ničemer.²¹ Višje ocenjena vrednost bi bila lahko prav tako načrtno ocenjena višje zaradi protipravnih razlogov, le pozivanje k večji aktivnosti drugih organov pa verjetno ne bo dovolj.

Drřavna revizijska komisija (DRK) za revizijo postopkov oddaje javnih naročil predlaga spremembo zakonodaje in izrařa nezadovoljstvo z neupořtevanjem njenih predlogov.²² Na področju prekrřkov je DRK v letu 2013 skupno obravnavala 174 prekrřkovnih zadev, kar je za 72 odstotkov več zadev kot v letu 2012. V letu 2013 je bilo rešenih 79 prekrřkovnih zadev, kar je 155 odstotkov več kot v letu 2012.²³ Največ obravnavanih zadev se je nanařalo na prekrřke po Zakonu o javnem naročanju (ZJN-2)²⁴ in Zakonu o javnem naročanju na vodnem, energetskem, transportnem področju in področju poštinih storitev (ZJNVETPS).²⁵ Med njimi je bil najpogostejše obravnavani prekrřek s področja javnega naročanja podaja neresnične izjave ali dokazila v ponudbi. DRK je v letu 2013 vodila spore v vrednosti skoraj 3,6 milijarde evrov, hkrati pa je opozorila, da je izmed nadzornih institucij praktično edina, ki je vlagala predloge za uvedbo postopka o prekrřku zaradi krřitev javnonaročniške zakonodaje.²⁶ DRK je leta 2014 opozorila, da se še vedno postavlja vprařanje ustreznosti oziroma zadostnosti pravnih podlag za uspešno sankcioniranje krřitev na področju javnih naročil in o vlogi DRK kot nadzornega organa na tem področju, zadolženega za odkrivanje prekrřkov. Veljalo bi premisliti tudi o tem, da bi se kot prekrřke sankcioniralo še druge krřitve v postopkih javnega naročanja, ki so se v praksi pokazale kot pogoste in so take (»teřje«), da bi jih bilo primerno določiti kot

²⁰ <http://www.mf.gov.si/fileadmin/mf.gov.si/pageuploads/mediji/2014/2014okt09_statisticno_porocilo_javna_narocila_letu_2013.pdf> (17. 2. 2017).

²¹ <http://www.djn.mf.gov.si/resources/files/Sistem_javnega_narocanja/Stat_por_JN2012_IN.pdf> (10. 10. 2014).

²² <http://www.dkom.si/predstavitev/letna_porocila/> (17. 2. 2017).

²³ Število obravnavanih zadev je bilo v letu 2014 malo manjše kot v prejšnjem letu, vendar je bilo leto 2013 glede tega izjemno, saj je bilo zaznamovano z največjim številom obravnavanih zadev doslej. To lahko pripišemo pripadu zadev, ki je pretekla leta ves čas naraščal in je vrh dosegel v letu 2012, kar je povzročilo zamik pri obravnavi zadev, ki se pozna tudi v letu 2014 (v letu 2012 je število rešenih zadev doseglo 43 odstotkov pripada). Primerjava podatka o pripadu (število novih zadev) s številom rešenih zadev v letu 2014 pokaže, da je Drřavna revizijska komisija v tem letu rešila 39 zadev več oziroma 98 odstotkov več, kot znaša letni pripad. Primerjav podatkov o rešenih zadevah v letih 2013 in 2014 potrjuje trend zmanjševanja pripada in je dober obet za v prihodnje.

²⁴ Uradni list RS, řt. 12/13 – uradno prečiřčeno besedilo in 19/14).

²⁵ Uradni list RS, řt. 72/11 – uradno prečiřčeno besedilo, 43/12 – odl. US, 90/12 in 19/14).

²⁶ Letno poročilo DRK 2013, drugi del, str. 69.

prekrške. Tako je treba na primer preučiti možnost, da se v prekrškovne določbe zajame tudi »problematična« ravnanja iz predrazpisne ter izvedbene faze javnega naročanja – te faze javnega naročanja so tako z vidika obstoja pravih podlag kot tudi z vidika pristojnosti državnih organov za njihovo nadziranje praviloma spregledane. To odpira vprašanje ustreznosti oziroma zadostnosti pravnih podlag za uspešno sankcioniranje kršitev na področju javnih naročil in o vlogi DRK kot nadzornega organa, brez posebnih preiskovalnih pooblastil ter zadostnih kadrovskih in drugih virov.

V okviru ocene zavedanja pristojnih državnih organov glede nezakonite in neupravičene pridobitve javnih sredstev na podlagi goljufij v najširšem smislu (lažno prikazovanje ali prikrivanje dejanskih okoliščin s strani potencialnih upravičencev javnih sredstev, zaradi česar državni organ v zmoti izplača ali dodeli javna sredstva na podlagi kateregakoli pravnega temelja, tem »upravičencem«)²⁷ bi lahko poudarili naslednje ugotovitve:

- uradna statistika oziroma poročila o delu državnih organov ne vodijo ocen o deležu nezakonito pridobljenih javnih sredstev;
- izvajanje nalog, povezanih z vračanjem nezakonito dodeljenih javnih sredstev, ni učinkovito; glede na prikazano delo in poročila organov obstaja tveganje, ki zahteva odgovornejši pristop; potrebna je jasna določitev in določitev nalog za učinkovitejše upravljanje z javnimi sredstvi, določitev odgovornih oseb oziroma institucij in njihovih pristojnosti, realne cilje in njihove kazalnike ter ocena dejanskega stanja oziroma pridobivanje rezultatov v realnem času;
- ocena stanja o (ne)zmogljivosti državnih organov za vračanje javnih sredstev, ki so bila domnevno nezakonito dodeljena pogodbenim partnerjem države, kaže na potrebo po dopolnitvi normativne ureditve, ki bi ustvarila privlačnejše spodbude za vse, ki za prevare vedo (največ prijav se odkrije s strani zasebnikov oziroma anonimno), vendar se zaradi njih nočejo izpostavljati;
- primeri nezakonito prejetih visokih izplačil se kljub njihovem obstoju še vedno odkrivajo večinoma naključno pri siceršnjem delu državnih organov ali prek afer, ne da bi bilo odkritje (zunanje) ali razkritje (notranje) kakorkoli povezano s sistematičnim delom državnih organov. Znane so le višine naročil in izjeme, ki niso predmet javnega naročanja, ter posamezni primeri, ki jih ugotovijo na primer Računsko sodišče, tožilstvo, policija ali Komisija za preprečevanje korupcije;
- država nima na voljo dovolj sistemskih nadzornih mehanizmov;
- posamezniki kot prijavitelji *niso zaščiteni* s strani države, niti za svoje dejanje ne dobijo *nagrade*.

²⁷ Glej op. 6.

3. *Lex calpurnia de repetundis*

Problem goljufigavega ravnanja spremlja človeštvo že vse od njegovih začetkov.²⁸ Pravna zaveza, da se nihče ne sme okoristiti na račun drugega, izhaja tudi iz rimskih pravnih maksim,²⁹ zato si velja glede na obravnavano temo to vsebino nekoliko podrobneje pogledati. Obogatitvene tožbe temeljijo na znanim načelu rimskega prava, po katerem je iz same narave pravično, da nihče ne postane bogatejši na škodo drugega.³⁰ Zakonsko zahtevano vračilo nezakonitih sredstev še pred 14. stoletjem srečamo v t. i. zakonih *de repetundis*, ki so zanimivi predvsem zaradi usmeritve rimske države v povrnitev premoženja (*actio in rem*) bolj kot v sankcije proti posameznikom (*actio in personam*), ki so pod pretvezo rimske oblasti slednjo zlorabljali v svoj prid. Če so lahko rimski državljani nekdanje magistrature sprva tožili v okviru enega najstarejših klasičnih postopkov (*legis actio sacramento*) pred pretorjem in pozneje sodnikom (*iudex*) (*Lex Calpurnia de Repetundis*), je rimsko pravo zaradi zlorabe oblasti³¹ tudi tujcem (latincem in drugim peregrinom) na podlagi zakonov *de repetundis* (pozneje *Tabula Bembina*) dovolilo pregon magistratov, odvzem nezakonito pridobljenega premoženja in njegov prenos na kvestorja (zakladnika) rimske države. Od zahtevka je bilo odvisno, komu je bilo pozneje dodeljeno premo-

²⁸ V evropskem civilizacijskem izročilu je na primer temeljnega pomena Atenska ustava iz leta 328 pr. n. št., katere avtorstvo pripisujemo Aristotelu. Še posebno pozornost so atenski revizorji namenjali računom in premoženjskemu stanju ljudi, ki so odhajali z javnih funkcij, na katerih bi se bili lahko okoristili z državnim denarjem. V 48. delu ustava določa posebno desetčlansko telo, pristojno za revidiranje javnih financ. Revizorji, ki jih je z žrebom imenoval Svet Aeropaga izmed lastnih članov, so se imenovali *logistae*, poleg njih pa je bil z žrebom iz vsakega plemena določen po en preglednik računov (*euthunus*), vsak z dvema pomočnikoma (*paredri*). Pomočnik je sprejemal na trgu tudi pritožbe in prijave državljanov o domnevnih zlorabah javnega denarja z navedbami domnevnih osumljencev iz vrst javnih uslužbencev ali zasebnikov. Kadar je preglednik ugotovil, da je sum zlorabe utemeljen, je določil kazen v znesku, ki ga je ocenil kot primernega. Sporne račune je predložil pregledniku, ki je nato tiste, ki so bili utemeljeni, v zasebnih primerih predložil lokalnemu sodniku, v javnih pa šestim sodnikom (*thesmothetae*). Če so slednji sprejeli primer, so predložili račune sodišču. Odločitev sodne porote o spornem primeru je obveljala kot končna. Poglavlje 48, del III. <http://classics.mit.edu/Aristotle/athenian_const.3.3.html> (10. 2. 2017).

²⁹ Glej na primer *neminem aequum est cum alterius damno locupletari* (Gaius, – D. 4,3,28; ni pravo, da se nekdo obogati na škodo drugega); *nemini dolus suus prodesse debet* (Sec. Paulus – D. 44, 4, 1, 1; nihče ne sme imeti korist od svoje zlonamernosti); *nemini permittimus ut contra legem privilegium aliquid habeat, sed omnes legi oboediant* (Just. Nov. 69, 4, 1; nikomur ni dovoljeno uživati privilegijev, nasprotnih zakonu, temveč moramo zakon vsi spoštovati). Dragomir Stojčević in Ante Romac: Dicta et regulae iuris. Savremena administracija, Beograd 1989.

³⁰ Pomp. D 50, 17, 206. Janez Kranjc: Rimsko pravo. GV Založba, Ljubljana 2010, str. 676.

³¹ Rimski magistrati so imeli veliko diskrecije, še zlasti pa *de facto* v provincah. Njihova oblast, tj. *imperium*, je bila med opravljanjem njihove funkcije skorajda neomejena. Izkoriščanje in slabo upravljanje je doseglo enega od svojih vrhuncv v letu 171 pr. n. št., ko je senat določil odbore petih razsodnikov (*recuperatores*), ki bi rešili spore glede premoženja med tujci in rimskimi državljani in določil štiri ugledne senatorje kot patrone, ki bi delovali v imenu (dveh španskih provinc proti trem guvernerjem) provinc z namenom povrnitve premoženja provincialnim tožnikom. John S. Richardson: The Purpose of the Lex Calpurnia de Repetundis, v: The Journal of Roman Studies, 77 (1987), str. 1.

ženje (neposrednemu upravičencu, dediču, kralju ali ljudstvu province). Če se upravičenci niso zglasili, je premoženje ostalo v blagajni, nakar je po določenem času (na primer po petih letih – *Lex Acilia*) postalo last ljudstva.

Leta 149 pr. n. št. je tribun L. Calpurnius Piso predlagal zakon (*Lex de rebus repetundis*), ki je prvič uvedel postopek pred stalnim sodiščem (*quaestio perpetua*). Akcija *de repetundis* je bila najpomembnejše sredstvo za posameznike iz rimskih provinc proti nekdanjim guvernerjem (upraviteljem) provinc zaradi slabega upravljanja. Pisov zakon naj bi bil oblikovan za brzdanje plenjenja guvernerjev v provincah s strani provinc samih prek trajne komisije, sestavljene iz senatorjev pod pristojnostjo tujskega pretorja (*pretor peregrinus*). Sodišče je lahko odredilo restitucijo premoženja na podlagi obsodbe nekdanjega magistrata. Splošno mnenje je, da je bil namen zakona preprečevanje hudih zlorab oblasti upraviteljev, zakon pa je bil trdno v rokah senatorjev. Richardson navaja dva razloga za sprejem takega zakona: prvi razlog so bili škandalozni dogodki v provincah, ki so kulminirali (kot rečeno leta 149 pr. n. št.) v primeru prokonzula Sulpicija Galbe, ki je v Španiji izvedel masaker nad večjim številom prebivalcev Luzitanije (današnje Portugalske), preostale pa je prepričal v predajo in jih nato prodal v suženjstvo. Drugi razlog je bil v želji po stabilnejšem in učinkovitem pravnem sredstvu, namenjenem posameznikom iz območij provinc. Najzgodnejši dokaz za drugi razlog je zakon *Tabula Bembina*, ki naj bi ga predlagal Gaj Grakh leta 123 pr. n. št. in ki zagotavlja postopek proti nezakonitim odvzemom premoženja s strani rimskih uradnikov, s strani zaveznikov rimske države (*socii*), Latincev in drugih oseb. Cicero je v primeru proti Verresu trdil, da je bil *lex repetundarum* ustvarjen za dobrobit nesovražnih narodov (*socii* – narodi, ki so brez boja sklenili podrediti se rimski državi), da gre za *lex socialis*, tj. za branik *socii*, za prijatelje rimskega ljudstva proti zatiranju. V delu *De officiis*, v katerem razpravlja o obveznostih tistih, ki so udeleženi pri upravljanju javnih zadev (*res publica*), je izjavil, da je najpomembnejše izogibati se vsakemu najmanjšemu dvomu pohlepa (lat. *avaritia*).³² Zakoni po *Lex de rebus repetundis* so bili *Lex Junia* (okoli 126 pr. n. št.), *Lex Acilia repetundarum* (123 pr. n. št.), *Lex Servilia Glauca* (100 pr. n. št.),³³ *Lex Cornelia* (81 pr. n. št.) in *Lex Iulia de Repetundis* (59 pr. n.

³² J. S. Richardson, nav. delo, str. 12.

³³ Pred zakonom *Lex Servilia* je bila premoženjska kazen preprosta restitucija tistega, kar je bilo protipravno odvzeto. Kaže, da je ta zakon povišal kazen na dvojno vsoto tistega, kar je bilo odvzeto, sčasoma pa se je vsota dvignila na štirikratno vrednost. Izgon je bila kazen le, če se posameznik ni udeležil postopka, temveč je pobegnil iz Rima). Zadnji zakon *de Repetundis* je bil *Lex Julia*, sprejet v času konzulstva Julija Cezarja (Cic. in Vat. 12). Zakon je odpravil kazen izгона, za dodatek k ločenemu postopku ugotavljanja premoženja (*litis aestimatio*) pa je obsojencem odvzel položaj in jih diskvalificiral kot priče, sodnike ali senatorje. Zakon je tudi ohranil nekatera določila iz predhodnih zakonov, kot je bila na primer določba, po kateri je bil denar odvzet vsem tistim, do katerih je bilo mogoče slediti njegov tok (Cic. pro C. Rabir. Post. 4). George Long, v: William Smith: A Dictionary of Greek and Roman Antiquities. John Murray, London 1875, str. 986, <http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Repetundae.html> (10. 1. 2017).

št.).³⁴ *Repetundae Pecuniae* v najširšem smislu je bil izraz, ki se je uporabljal za denarne vrednosti, ki so jih prijateljski narodi rimske države zahtevali kot vračilo od magistratov, sodnikov ali javnih kuratov, ki so si jih ti v povezavi s svojo funkcijo v provincah protipravno prisvojili.

Kadar je škoda nastala z deliktom, tj. s protipravnim ravnanjem, se rimsko pravo pogosto ni zadovoljilo samo z vračilom nastale škode, temveč je omogočalo tudi tožbo za denarno kazen. V zvezi s tem razlikuje Gaj tri vrste tožb:

1. s t. i. reiperskutornimi tožbami je lahko tožnik zahteval nazaj svojo stvar ali njeno vrednost;
2. s t. i. penalnimi tožbami je bilo mogoče doseči kaznovanje storilca;
3. z mešanimi tožbami pa je bilo mogoče poleg vrnitve stvari ali njene vrednosti zahtevati tudi znesek, ki je za storilca pomenil kazen.

Če je storilec na podlagi tožbe dejanje priznal, je bil obsojen na povrnitev škode; če pa je dejanje tajil, je moral (v primeru obsodbe) plačati dvojni znesek odškodnine. Tudi Justinijanovo pravo je ohranilo to delitev.³⁵

4. Odvzem premoženja v ZDA

V ZDA goljufije obravnavajo bolj sistematično, kar kažejo na eni strani že sam časovni obstoj posebnega Zakona o lažnih zahtevah (*False Claims Act* – FCA) in na drugi strani njegovi rezultati. FCA na kratko³⁶ omogoča vložitev tožbe v imenu države in v lastnem imenu zoper pogodbene partnerje države. Procesno legitimacijo ima vsaka oseba, ki ni povezana z izvajanjem državnega programa. Predmet tožbe pred zveznim okrožnim sodiščem je vračilo javnih sredstev iz kateregakoli državnega naslova oziroma pravne podlage (javna naročila, koncesije, pogodbe, javne nepremičnine, izvršbe, sklepanje poslov z uradnimi osebami, za katere oseba ve, da nimajo te pristojnosti, potrjevanje neresničnih vsebin, pri upravljanju z državnimi sredstvi ali nakazilo nižjega zneska sredstev državi od dejanskega itd. – razen davčnih utaj, ki so urejene posebej). Tožba se vloži sprva *in camera*, kar pomeni, da ima Ministrstvo za pravosodje najprej 60 dni časa, da preuči tožbo z namenom intervencije, tj. vstopa v postopek skupaj s tožnikom proti domnevnemu nezakonitemu prejemniku javnih sredstev. Zastaranje temelji na dveh časovnih okvirih: šest let od storitve nezakonite pridobitve (če država prej ne zve za tako ravnanje) oziroma subjektivni rok tri let (ko država zve za ravnanje) in objektivni deset let.

³⁴ <<http://www.romeacrosseurope.com/?p=4300#sthash.WVvSczmC.dpbs>> (2. 1. 2017).

³⁵ Povzeto po: J. Kranjc, nav. delo, str. 651–652.

³⁶ Podrobneje o tem zakonu glej v: Mirko Pečarič: Širša procesna legitimacija zoper nezakonite javno-finančne ugodnosti v imenu tožnika in države, v: Pravnik, 1–2/2011.

Gre za izvirni institut angleške krone, ki je služil zaščiti njenih interesov. Akcija *qui tam* je okrajšava iz latinščine *qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur* in pomeni »tisti, ki preganja v imenu kralja, kakor tudi v svojem imenu«. Gre za tožbo, vloženo na podlagi zakona, ki omogoča posamezniku, da zahteva odškodnino, katere del bo prejela tudi država oziroma druga javna institucija.³⁷ Zvezno ministrstvo za pravosodje je leta 2010 izterjalo približno tri milijarde dolarjev, od katerih je bilo mogoče pripisati 2,5 milijarde dolarjev ali kar 83 odstotkov goljufijam na področju zdravstvene oskrbe. Zahtevki v skladu z zakonom navadno zadevajo zdravstveno oskrbo, vojaške ali druge programe javne porabe in prevladujejo na seznamu največjih farmacevtskih poravnjav. Država je med leti 1987 in 2013 na podlagi tega zakona uspela vrniti skoraj 39 milijard dolarjev. Od tega zneska je bilo več kot 27 milijard dolarjev (skoraj 70 odstotkov) vrnjenih na podlagi postopkov, ki so jih začeli državljani sami v imenu države (*qui tam*).³⁸ V tej vsoti niso vključene milijarde dolarjev v civilnih povračilih, vrnjenih zveznim državam, ali kot kazni na podlagi kazenskih postopkov kot neposredna posledica vloženih tožb iz FCA.³⁹ Glede na število končanih in nekončanih primerov ter višino dobljenih povračil lahko pričakujemo, da se bo trend povečevanja nadaljeval. Dvajset zveznih držav je določila FCA vključilo v svoje zakone, v devetih pa zakoni čakajo na obravnavo. Celo dve mesti – Chicago in New York City sta sprejeli svoji različici zveznega zakona.

Na začetku leta 2006 je Kongres sprejel zakon o zmanjševanju primanjkljaja,⁴⁰ katerega cilj je bil zmanjšanje izplačil v višini 38,8 milijarde dolarjev v naslednjih petih letih, ki naj bi jih porabila Medicaid in Medicare. Člen 6031 oziroma 6032 zahteva od vsake družbe, ki prejme ali opravi letna plačila v okviru Medicaid⁴¹ v višini najmanj pet milijonov dolarjev, da mora v svoj priročnik za zaposlene vključiti natančno predstavitev določb zveznega FCA, vključujoč vse pravice žvižgačev. Ugotovljeno je bilo, da je največja ovira za doseganje optimalne uporabe določb *qui tam* pomanjkanje zavedanja o obstoju teh določb in njihovi uporabi. Tako naj bi se izboljšala seznanitev z določbami *qui tam*, ta pa bi se izkazovala tudi v povečani uporabi teh določb s strani zaposlenih. Po drugi strani zakon povečuje nagrade državam iz naslova FCA za 10 odstotkov, če država sprejme določila FCA v svojo zakonodajo, ki mora biti vsaj

³⁷ Bryan A. Garner: *Black's Law Dictionary*, 8th ed. Thomson West 2004, str. 1282.

³⁸ <<http://www.taf.org/FCA-Statistics-FY-2013.pdf>> (2. 2. 2017).

³⁹ <<http://www.taf.org>> (23. 9. 2014). V tej vsoti niso zajeta povračila zaradi davčnih kršitev, ker FCA ne velja za področje davčnih kršitev. Davčno področje ureja *Tax Relief and Health Care Act of 2006*, 26 U.S.C. § 7623, in sicer 406.–407. ter 6702. člen.

⁴⁰ *The Deficit Reduction Act of 2005*. Pub. L. No. 109-171, 120 Stat. 4 (2006).

⁴¹ Medicaid je program ameriških držav, ki zagotavlja zdravstveno nego posameznikom in družinam z nizkimi prihodki, če se uvrščajo v posamezne rizične skupine, ki jih predpiše država. Plačila se nakazujejo neposredno oskrbovalcem zdravstvene nege.

tako močna kot zvezna različica (kar naj bi bila dovolj velika spodbuda tudi za tiste zvezne države, ki določil FCA v svojo zakonodajo še niso sprejele). Če primerjamo tožbe in poravnave *qui tam* (tako s strani posameznikov kot tudi ministrstva, ki je vstopilo v pravdo) ter primere, v katerih je ministrstvo samo vložilo tožbo ali sklenilo poravnavo, vidimo, da je na podlagi določil *qui tam* država nazaj pridobila 12,61 milijarde oziroma 7,62 milijarde dolarjev, kar pomeni, da *qui tam* zadovolji merila tudi po analizi stroškov in koristi, čeprav sta si obe obliki po višini povrnjene vrednosti po primeru zelo blizu (po povprečju je glede na primer *qui tam* država dobila nazaj 2.170.011 dolarjev, zunaj *qui tam* pa 2.031.827 dolarjev). V skupnem številu je *qui tam* v prednosti za skoraj pet milijard dolarjev, po posameznem primeru pa za 138.184 dolarjev. Drugače kot pri pogodbenih goljufijah, ki jih lahko odkrijejo tako posamezniki kot tudi minister, obstaja kar nekaj razlogov, ki kažejo na to, da je odkrivanje goljufij na nekaterih posebnih področjih (zdravstvo in vojska) s strani države veliko težje, kot to velja za preostale oblike goljufij. Razlogi so predvsem v vsebinskih in strokovnih razlikah med posebnimi in drugimi področji ter večja avtonomija oziroma uradna tajnost, ki prevladuje na nekem področju. Statistika ZDA se vodi tako, da upošteva le zdravstveno in vojaško področje, v tretje področje pa spada vse drugo⁴² (to kaže na finančno največje prevare na prvoomenjenih področjih).

FCA je bil tudi že predmet presoje pred Vrhovnim sodiščem ZDA. V zadevi *Vermont Agency of Natural Resources v. United States ex rel. Stevens*⁴³ je sodišče presodilo, da je imel tožnik Stevens ustrezno osnovo za procesno legitimacijo ne zaradi nagrade – ki naj bi jo prejel v primeru njemu in državi v prid razsojenem primeru –, temveč zaradi dejanske škode, storjene državi (angl. *the injury in fact*). Sodišče je obravnavalo predvsem vprašanje, ali »oseba«, zoper katero se lahko vloži tožba, vključuje tudi državo ali državne organe. Na to je odgovorilo nikalno, saj se tožba vloži v imenu države. Država je namreč suveren, zakon pa nasprotne možnosti (tj. da bi lahko tožili tudi državo) ni nikjer izrecno določil, iz česar ni mogoče sklepati v nasprotno. Za naslednji argument je sodišče vzelo dejstvo, da zakon vsebuje odškodnino, ki je kaznovalna v svojem bistvu (angl. *punitive damage*), taka odškodnina pa bi bila neskladna z odgovornostjo (v luči domneve proti uvajanju kazenskih sankcij) državnih organov. Sodišče sicer ni neposredno presojalo pravila trikratne kazni (spor se namreč ni niti izrecno nanašal na to vprašanje) za storjeno dejanje, ampak je to obliko kaznovanja

⁴² Glej stran <<http://www.taf.org/resource/fca/statistics>>. Za področje zdravstva je bilo vloženih 3.071 zahtevkov *qui tam*, za razliko od le 564 zahtevkov zunaj *qui tam*. Povrnjenih je bilo skupaj 13,16 milijarde dolarjev. Na vojaškem področju je bilo vloženih 1.152 *qui tam* in 1.176 klasičnih zahtevkov za povrnitev sredstev. Skupaj je bilo povrnjenega 3,86 milijarde dolarjev.

⁴³ 529 U.S. 765 (2000).

posredno priznalo kot dopustno z neposrednim sklicevanjem na zadevo *Texas Industries, Inc. v. Radcliff Materials, Inc.*,⁴⁴ v kateri je sodišče zapisalo, da:

»sama ideja o trikratni odškodnini razkriva namero za kaznovanje preteklih in odvrčanje prihodnjih nezakonitih ravnanj, ne pa za povečanje odgovornosti kršiteljev zakonov«.⁴⁵

V ZDA velja tudi Zakon o programu za boj proti goljufigam na temelju civil-nopravnih sredstev iz leta 1986 (*The Program Fraud Civil Remedies Act* – PFCRA)⁴⁶ kot »mlajši brat« FCA. PFCRA je ustvaril enega številnih mehanizmov izvršilne veje, ki ga imajo državni organi na voljo za reševanje napačnih, izmišljenih ali goljufovih navedb ali izjav, na podlagi katerih so posamezniki pridobili javna sredstva. Odgovornost tožene stranke, ki naj bi predstavila ali predložila lažne, fiktivne ali goljufove navedbe ali izjave, se ugotovi v upravnih postopkih, s strani javnih uslužbencev, ki vodijo te postopke (angl. *administrative law judge*) v posameznem zveznem organu ali s strani drugih strokovno usposobljenih posameznikov, odobrenih v skladu s PFCRA. Zakon ima določeno zgornjo mejo na 150.000 dolarjev na znesek terjatve (ali skupine povezanih terjatev). Za vsako protipravno ravnanje znotraj postopka pridobivanja sredstev je predpisana civilna sankcija v višini do 5.000 dolarjev (prilagojene inflaciji), medtem ko se zahteva dvojno vračilo neupravičeno prejetega zneska (če bi nekdo na primer prejel 10.000 dolarjev javnih sredstev na neupravičen način, pri čemer bi ga zahteval v treh tranšah, bi to pomenilo vračilo 20.000 dolarjev in največ do 15.000 dolarjev kazni). Povrnjen denar se vrne v splošni sklad finančnega ministrstva ZDA.

Leta 2009 je bil FCA dopolnjen z Zakonom proti goljufigam in vračanju sredstev (*The Fraud Enforcement and Recovery Act of 2009*). Gospodarska kriza je v zadnjih nekaj letih v kombinaciji z nekaterimi sodnimi odločbami, ki so omejile učinkovitost FCA, prisilila Kongres, da je vnovič ocenil učinkovitost FCA. Ob priznavanju ključne vloge, ki jo ima FCA tako pri odvrčanju kot tudi pri odkrivanju goljufov, je Kongres okrepil zakon v začetku leta 2009 z uveljavitvijo zakona proti goljufigam in vračanju sredstev. Uvedba slednjega zajema pomembne izboljšave v FCA, ki med drugim vključujejo razširitev področja uporabe goljufov, povečanje sposobnosti države za preiskovanje goljufov, ki omogočajo povrnitev stroškov, porabljenih pri preiskovanju in pregonu FCA primerov, ter vključuje zmanjšanje možnosti toženih strank, da bi se

⁴⁴ 451 U. S. 630, 639 (1981).

⁴⁵ Pri vprašanju večkratnih odšodnodnin se razkrije razlikovanje med anglosaškim in kontinentalnim pravnim redom, saj jih slednji šteje za nedopustne. Nadomestitev škode v dvojni vrednosti lahko zasledimo že v rimskem zakoniku XII. plošč iz leta 451–450 pr. n. št. ter v Svetem pismu (glej na primer 2 Mz 22,3; 2 Mz 22,6; 2 Mz 22,8; Iz 40,2; Jer 16,18 in Oz 10,10). Glej na primer sodbe Evropskega sodišča za človekove pravice v zadevah *Akdivar in drugi proti Turčiji*, št. 21893/93 z dne 1. aprila 1998; *Orhan proti Turčiji*, št. 25656/94 z dne 18. junija 2002; ter *Varnava in drugi proti Turčiji*, št. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 in 16073/90 z dne 18. septembra 2009.

⁴⁶ 31 USC § 3801-3812.

izognile odgovornosti zaradi tehnikalij. Poleg tega spremembe poudarjajo pomembnost razkrivalcev nepravilnosti v boju proti goljufijam. Omogočena je svobodnejša izmenjava informacij med državnimi in lokalnimi vladnimi odvetniki o nepravilnostih z odvetniki razkrivalcev, pa tudi širi zaščito razkrivalcev nepravilnosti pred povračilnimi ukrepi delodajalca. Spremembe odražajo čedalje večji pomen, ki ga država pripisuje vlogi FCA pri boju proti goljufijam. Z dramatično povečano zvezno porabo v okviru svežnja spodbud FCA obljublja, da bo imel ključno vlogo pri zagotavljanju integritete državnih programov in pogodb v prihodnjih letih.

Združenje pooblaščenih preiskovalcev prevar (*Association of Certified Fraud Examiners* – ACFE), ki ima več kot 30.000 članov, od leta 1996 do 2014 objavlja poročila narodom o poklicnih prevarah in zlorabah.⁴⁷ Podatki kažejo, da tipična organizacija vsako leto izgubi pet odstotkov prihodkov zaradi goljufij. Če bi uporabili za leto 2013 ocenjeni bruto svetovni proizvod, bi to pomenilo potencialno izgubo na globalni ravni zaradi goljufij za skoraj 3.7 trilijona ameriških dolarjev. Povprečna doba od začetka do odkritja goljufije je znašala 18 mesecev. Povprečna izguba zaradi prevar je bila v tej raziskavi ocenjena na 145.000 dolarjev. Poleg tega je v 22 odstotkih primerov šlo za izgube za vsaj milijon dolarjev. Še posebej zanimiva je pogostost prevar v odstotkih na podlagi vzorčno pregledanih primerov in povprečna izguba zaradi korupcije po regijah:

- Zahodna Evropa 37,8 odstotka / 200.000 dolarjev,
- Vzhodna Evropa in Zahodna ter Srednja Azija 52,6 odstotka / 600.000 dolarjev,
- Kanada 32,8 odstotka / milijon dolarjev,
- ZDA 26,6 odstotka / 261.000 dolarjev,
- Latinska Amerika in Karibi 40,4 odstotka / 250.000 dolarjev,
- Podsaharska Afrika 54,3 odstotka / 150.000 dolarjev,
- Južna Azija 45,5 odstotka / 98.000 dolarjev,
- Azija – Pacifik 52,7 odstotka / 400.000 dolarjev.

Po načinu odkritja prevare so v letu 2014 prevladovali:

- prijave (42,2 odstotka),
- odkritje s strani vodstva (16 odstotkov),
- notranje revizije (14,1 odstotka),
- slučajno (6,8, odstotka),
- upravljanje z računi (6,6, odstotka),

⁴⁷ Report to the Nations on Occupational Fraud and Abuse. 2014. Association of Certified Fraud Examiners. Austin. ZDA. <<http://www.acfe.com/rtn-report-archives.aspx>> (17. 8. 2016).

- pregled dokumentov (4,2 odstotka),
- zunanja revizija (3 odstotki),
- spremljanje oziroma nadzor (2,8 odstotka),
- naznanilo s strani organov pregona (2,2 odstotka),
- IT kontrola (1,1 odstotka),
- priznanje (0,8 odstotka) in
- drugo (0,5 odstotka).

Največji delež prijav so predstavljali zaposleni (49 odstotka), stranke (21,6 odstotka) in anonimne prijave (14,6 odstotka).⁴⁸

Iz poročila ACFE je razvidno, da zaradi goljufij v Evropi izgubimo med 100 in 283 odstotki več denarja kot v ZDA. Podatki odpirajo vprašanje o ustanovitvi varnih sporočevalskih mehanizmov: več kot polovica primerov prevar je namreč odkritih na podlagi namigov ljudi. Če vzamemo povprečno oceno petodstotne izgube zaradi goljufij, bi to na ravni slovenskega državnega proračuna za leto 2014 – glede na bilanco odhodkov (9.317.146.405 evrov) – pomenilo skoraj 466 milijonov evrov. Tudi če bi vzeli le odstotek izgub, je tudi 93 milijonov evrov daleč preveč. Obstaja torej način, ki zagotavlja, da posameznik deluje tudi v imenu večine in za njen račun. O njem je bilo govora v povezavi z ameriško različico instituta *qui tam*, ki še vedno »živi« v *False Claims Actu*. Ker drži t. i. Ashbyjev zakon, po katerem le »raznolikost lahko uniči raznolikost« (angl. *only variety can destroy variety*),⁴⁹ se tej raznolikosti goljufanja države in njenih organov lahko približamo le z raznolikostjo deležnikov, ki lahko tako početje preprečijo.

5. Predlog rešitve – zakon proti neupravičenim pridobitvam

Če se strinjamo, da ima tudi država oziroma skupnost državljanov *per se* pravice, ki se označujejo navadno kot »javni interes«, lahko doktrino o primatu pravic – ki jo zagovarjajo ne le liberalci, ampak predvsem libertarci⁵⁰ – umestimo tudi v okvir varovanja pravice skupnosti v razmerju do pravic posameznika (to navsezadnje Ustavno sodišče RS na podlagi tretjega odstavka 15. člena

⁴⁸ Prav tam, str. 14, 19, 21.

⁴⁹ William Ross Ashby: *An Introduction to Cybernetics*. Chapman & Hall, London 1956, str. 207.

⁵⁰ Nozick na primer govori o popolnem načelu distributivne pravičnosti, ki pomeni, da je distribucija pravična, če je vsak upravičen do posesti, do katere pride z distribucijo. Po njem so tri načela pravičnosti posesti (načelo pridobitve posesti, načelo prenosa posesti in načelo poprave krivic oziroma popravljanja kršitev prvih dveh načel), načelo poprave krivic v našem primeru pa je tisto, na katerega odgovarjamo s predlaganim institutom *qui tam*. Glej Robert Nozick: *Anarchy, State and Utopia*. Basic Books, New York 1974.

Ustave RS vseskozi počne). Vladavina prava danes ni već pomembna le zaradi zaščite zasebnega řrřavljana pred oblastjo, ampak tudi zaradi zaščite javnega sistema pred zasebniki, ki ga protipravno izkoriščajo. Vsak ukrep, ki bi řel v smeri koristi za vse řrřavljane, za celotno skupnost in bi hkrati zagotavljal řirři nabor nadzora nad delom řrřave in njenih řrřavljanov, zadosti liberalni ideji (ne)vmeřavanja řrřave v řivljenje posameznikov in sledi enemu od temeljnih naćel vladavine prava, tj. da morajo pravila enako veljati za tiste, ki jih sprejemajo, kot tudi za tiste, ki jih postavljajo (lat. *patere legem quam ipse fecisti* – trpi, spořtuj pravo, ki si ga sam sprejel).

Izhajajoć iz številskih podatkov in dejanskih ugotovitev posameznih poroćil o delu v drugem poglavju tega prispevka, iz ideje, da je pravo neupravićene pridobitve sredstvo za saniranje nepravilnosti,⁵¹ iz tega, da neupravićena pridobitev (razumemo jo kot kakršnokoli pridobitev javnih sredstev na podlagi pogodbenega ali drugega temelja ali zunaj njega) nasprotuje osnovnemu pravnemu občutku pravićnosti, da pomeni splořno pravno naćelo, ki ga priznavajo civilizirani narodi, da je vraćanje premořenja temeljno naćelo ratificirane Konvencije Zdruřenih narodov proti korupciji,⁵² da je obveznost vrnitve oziroma nadomestitve vrednosti doloćena v Obligacijskem zakoniku (OZ) in da po Kazenskem zakoniku (KZ-1) nihće ne more obdrřati premořenjske koristi, ki je bila pridobljena s kaznivim dejanjem ali zaradi njega, ugotavljam, da Republika Slovenija nima niti pribliřne ocene o nezakonito izplaćanih sredstvih (nima tega podatka).

Na veliko razliko kařejo tudi drugi podatki, na primer razmerje med oceno gospodarske řkode s strani policije (755 milijonov evrov) in viřino odvzetega premořenja nezakonitega izvora (309.559,77 evra) za leto 2014. V to razmerje bi morali zajeti tudi ugotovljeno viřino protipravno pridobljene premořenjske koristi, ki pa jih letna poroćila o ućinkovitosti in uspeřnosti sodiřć ne beleřijo. Vse skupaj se povezuje v verjetnost, da řrřava nima ućinkovitih ukrepov, s katerimi bi lahko izpolnjevala osnovne zaveze iz pojmovanja pravićnosti in omenjenega temeljnega naćela. Razumno je, da řrřava, ki ima ustavno doloćeno pravico řrřavljanov do sodelovanja pri upravljanju oblasti, tem tudi da novo zakonsko mořnost za uveljavljanje te pravice na podroćju nezakonito pridobljenega premořenja, in to s posebnim zakonom. Zakon o odvzemu

⁵¹ Stojan Cigoj: Komentar obligacijskih razmerij, I.–IV. knjiga. ČZ Uradni list SRS, Ljubljana 1984–1986, knjiga II, str. 782.

⁵² Zanj je Vlada RS kot predlagateljica v predlogu zakona o ratifikaciji te konvencije ugotovila, da je to podroćje pri nas urejeno »vzorno«. Tako oćitno meni tudi glede 20. ćlena konvencije (nezakonita obogatitev): »Vsaka řrřava pogodbenica glede na svojo ustavo in temeljna naćela svojega pravnega sistema preući sprejetje zakonodajnih in drugih ukrepov, potrebnih, da se kot kaznivo dejanje, kadar je storjeno naklepno, doloći nezakonita obogatitev, kar pomeni občutno povećanje premořenja javnega usluřbenca, ki ga ne more ustrezno pojasniti glede na svoje zakonite prihodke«, ćprav gre za eno osnovnih novejših spoznanj boja proti korupciji v svetu.

premoženja nezakonitega izvora (ZOPNI)⁵³ se namreč nanaša na predkazenski ali kazenski postopek, na dokazni standard razlogov za sum, da posamezne osebe razpolagajo s premoženjem nezakonitega izvora, in da skupna vrednost takega premoženja presega 50.000 evrov, kar nato pomeni finančno preiskavo celotnega premoženja, obravnavani predlog rešitve pa se nanaša na posamezno neupravičeno pridobitev zunaj potrebe po (pred)kazenskem postopku (ki bi se lahko vodila kvečjemu pozneje po uradni dolžnosti) v civilnem pravnem postopku ne glede na višino sredstev. Ljudje so tisti, ki največkrat zvedo za posamezne primere goljufanja države. Zato je smiselno, da bi lahko prav ti uveljavljali zahtevo po vračilu nezakonito pridobljenega premoženja s strani nedobrovernih prejemnikov.

Tako organi EU kot tudi ZDA so pri vračanju nezakonito pridobljenega premoženja uspešnejši, kot je Slovenija. Eden od ukrepov, ki jih imajo na voljo ameriški državljani in tudi ZDA kot država pri vračanju takega premoženja, je tudi t. i. institut *qui tam*. Ena od pglavitnih rešitev bi bila lahko možnost posameznika, da bi kljub izostanku neposrednega pravnega interesa (kar bi mu omogočil zakon z uzakonitvijo interesa, tj. aktivne legitimacije) vložil tožbo v imenu in za račun države proti prejemnikom javnih sredstev, ki so do njih prišli na nezakonit način iz kateregakoli pravnega naslova ali zunaj njega. Čezmerni zasebni pregon bi lahko preprečili tako, da bi bil tožnik prisiljen na začetku plačati sodne takse, da bi država zadržala del zneska, ki bi ji ga dolgoval neupravičeni prejemnik, drugi del pa bi z različnimi nagradami in različnimi njihovimi spremembami v primeru uspešne pravde izročila tožniku (slednji bi se nagradi lahko tudi odpovedal). Pravšnji obseg zasebne »prisile« bi država prilagajala prek spremembe višine nagrad.⁵⁴ V primeru sistemskega nedelovanja institucij ostanejo na voljo le bolj »radikalne« spremembe, ki vključujejo temeljno človekovo pravico do sodelovanja pri upravljanju javnih zadev (44. člen Ustave RS). Ta ustavna pravica se uresničuje »v skladu z zakonom«, kar zakonodajalcu ne daje pooblastila za njeno omejevanje (po drugem odstavku 15. člena Ustave), ampak le pooblastilo za urejanje načina njenega uresničevanja (po tretjem odstavku istega člena).⁵⁵ Zaradi nemotenega in varnega pridobivanja informacij in izvajanja zakona bi ta varoval prijavitelje nezakonitih izplačil pred

⁵³ Uradni list RS, št. 91/11 in 25/14.

⁵⁴ Robert Cooter in Thomas Ulen: Ekonomska analiza prava. Časnik Finance, Ljubljana 2005, str. 484.

⁵⁵ Zakon lahko v skladu z določbo tretjega odstavka 15. člena Ustave ustavno pravico omejuje le, kadar je to nujno zaradi varstva pravic drugih (v skladu z načelom sorazmernosti), in pa v primerih, ko to Ustava sama določa - s takoiimenovanimi zakonskimi pridržki (s formulacijami »pod pogoji, ki jih določa zakon«, »v primerih, ki jih določa zakon«, »v mejah zakona«, »omejiti z zakonom« ipd.). Kadar sta vsebina in obseg pravice določena že v Ustavi, pomeni ustavna formulacija, da se ta pravica uresničuje »v skladu z zakonom« ali da »se ureja z zakonom«, le pooblastilo zakonodajalcu, da (v skladu z drugim odstavkom 15. člena Ustave) predpiše način uresničevanja pravice, ne pa tudi njenih omejitev. OdlUS U-I-47/94-12 z dne 19. januarja 1995.

šikaniranjem delodajalca na delovnem mestu. Ob ugotovljenem nezakonitem izplačilu bi lahko nastopila dolžnost vrnitve sredstev z vsemi obrestmi in pravnimi stroški ter triletna prepoved pridobivanja javnih sredstev, ki bi se lahko spregledala le ob soglasju države.

Vse druge rešitve izvirajo iz teh temeljnih in se nanašajo na možnost udeležbe državnega pravobranilstva, ki bi imelo skozi ves postopek glavno vlogo in ohranjeno možnost posredovanja in vstopa v pravdo. Zaradi izrazitega javnega interesa in lastništva države nad javnimi sredstvi bi bila državnemu pravobranilstvu dana večja vloga, kot jo ima sicer po Zakonu o državnem pravobranilstvu (ZDPra),⁵⁶ to so možnost podaje zahtevka za zavarovanje dokazov ali za začasno odredbo ne glede na to, da še ni stranka v postopku, možnost vpogleda v zadevo, predložitev vseh listin, ne glede na to, da ni stranka v postopku, prepoved sklenitve sodne poravnave ali umika tožbe, če obstaja sum o zunajsodnem nedobrovernem dogovoru tožnika in toženca. Iz povrnjenih javnih sredstev bi se izplačala nagrada osebi, ki bi tožila v imenu nagrade, in drugim prijaviteljem, ki bi organom podali informacije o takih sredstvih. Kljub novi možnosti bi država ohranila vse preostale pristojnosti, ki jih ima že zdaj. Organi javne oblasti zdaj sami skrbijo za uveljavljanje splošnega pravila o vračanju neupravičeno pridobljenih javnih sredstev prek svojih sistemov. Predlog zakona gre ob ohranitvi vseh dosedanjih, v širše možnosti, ki bi omogočale večjo uveljavitev omenjenega splošnega pravila. Cilji takega zakona bi bili:

- celostna uveljavitev enega od osnovnih načel izrekanja kazenskih sankcij in civilnih pravovarstvenih zahtevkov, tj. da nobena oseba od protipravnega ravnanja ne sme imeti nobene koristi;
- povrnitev neupravičeno izplačanih javnih sredstev;
- preprečevanje neupravičene koncentracije bogastva in razdeljevanja javnih sredstev, ki bi bila namenjena utrjevanju položajev in interesov ter nadaljevanju protipravne dejavnosti v najširšem smislu;
- omogočanje svobodnejše konkurence in učinkovito razdeljevanje javnih sredstev;
- učinkovitejše upravljanje in ravnanje z informacijami o protipravnih ravnanjih ter s tem boljše upravljanje javnega premoženja;
- zagotovitev boljše porabe davkoplačevalskega denarja in učinkovit boj proti vsem vrstam dejanj, ki omogočajo tako prikrajšanje;
- participacija javnosti za pomoč javni oblasti, zaščita in nagrajevanje prijaviteljev in zasebnih tožnikov v pravnem postopku ter ustanovitev sklada za nagrajevanje in zaščito prijaviteljev nepravilnosti.

⁵⁶ Uradni list RS, št. 20/97 in nasl.

Gre za temeljna izhodišča zakona, ki bi lahko zaživel šele ob močni politični in strokovni podpori, slednje predvsem s strani organov, ki bi ga izvajali. Prav ti so tisti, ki vedo za realna ozka grla našega pravosodnega sistema, prav ti – kot javni funkcionarji in javni uslužbenci – so tisti, ki lahko – skupaj z nami vsemi kot potencialnimi tožniki – dajo zakonu oziroma katerikoli instituciji njeno pravo iskro.⁵⁷ Dosedanja zakonodaja v zvezi s postopki dodeljevanja javnih sredstev bi ostala enaka, prav tako vsi elementi, ki jih ima država na voljo že zdaj za vračilo nezakonito izplačanih sredstev. Šlo bi za nov segmet, ki bi državljanom dajal možnost aktivnejšega sodelovanja pri upravljanju javnih sredstev – sprva seveda na lasten finančni račun prek plačila sodnih stroškov in če državni organi pred tem že ne bi začeli uradnih postopkov, ki jih sicer lahko že zdaj. Oboje bi bilo lahko (skupaj z možnostjo prilagoditve višine nagrad) zadostno varovalo pred poplavo neupravičenih zahtevkov. Potrebne bi bile manjše prilagoditve veljavne zakonodaje glede vračanja nezakonito prejetih sredstev v primerih vložene tožbe na podlagi zakona proti neupravičenim pridobitvam predvsem v delu, ki se nanaša na višino sredstev in na njihovega upravičenca.

6. Sklep

Ker je skrb za javni interes naloga javne oblasti, se postavlja vprašanje, ali je pravovarstvena pravica (do zavarovanja ali izvajanja javnega interesa) na javnem področju (tako kot na civilnem) odvisna od materialne pravice oziroma je lahko samostojna procesna pravica, ki jo uveljavlja oseba zunaj javne oblasti. Na področju javnega prava imajo široko procesno legitimacijo javni organi (v okviru pristojnosti) in ozko subjekti, ki so jim kršene pravice, naložene obveznosti ali varujejo svoj pravni interes. Ureditev procesne in stvarne legitimacije v upravnem pravu je prevzeta iz civilnega prava in se kot taka (z enako vsebino) večinoma še vedno (konservativno) uporablja. Upravno pravo je le malo poseglo v procesno legitimacijo drugih oseb v upravnem postopku onkraj tistih, ki bi imele legitimacijo po civilnem pravu. Primerjava s civilnim pravom pokaže, da je vloga drugih državnih organov (navadno državnega tožilstva in državnega pravobranilstva) onkraj tistih, ki odločajo, zaradi varovanja javnega interesa večja. Za Slovenijo lahko ugotovimo, da je varovanje javnega interesa onkraj dolžnosti organa, ki odloča v postopku, na pravno zelo ozki ravni in da

⁵⁷ »Institucija deluje kot taka šele, ko si pridobi podporo dovolj velike moralne energije njenih članov [...] [in obratno] družbene institucije utirajo pot moralnim razumevanjem [...] najpomembnejše odločitve o pravičnosti ne sprejemajo posamezniki kot taki, pač pa posamezniki, ki razmišljajo v okviru in v imenu institucij [...] bolj ko je spopad ostrejši [kaj naj bi pomenila osnovna pravičnost], tem bolj koristno je razumeti, da največji del mišljenja opravljajo institucije [...] [zato] pomaga samo sprememba institucij. Njim, ne posameznikom se moramo obračati in to stalno, ne samo takrat ko je kriza«. Mary Douglas: Kako institucije misle. B92, Beograd 2001, str. 72, 127, 131 in 133.

se javni interes bolj varuje v civilnih zadevah glede pravic in pravnih koristi posameznikov kot v upravnih glede pravic in koristi skupnosti kot celote.

Vprařanje vključenosti posameznikov v izvajanje in pomoč javni oblasti – pri zakonitem dodeljevanju javnih sredstev – je politično vprařanje *par excellence*, ki nima (več) le preprostega odgovora, da mora na eni strani řřava to početi sama ali na drugi, da řřava ni sposobna izvajati javne oblasti, ampak ga moramo zaradi vse večje kompleksnosti druřbe in vzajemnih učinkov različnih ukrepov – ki na prvi pogled niso niti medsebojno povezani – iskati v smeri učinkovitega izvrřevanja javne oblasti, ki vključuje tudi mehanizme druřbene pomoči in kontrole. Mehanizmi za večjo transparentnost javne uprave so učinkoviti le, če jih poleg normativne spremlja tudi njihova dejanska uveljavitev. Za slednjo se vse bolj kaře, da ni odvisna le od »New Dealovske řřave« in njenih institucij, ampak tudi te potrebujejo pomoč aktivnih řřavljanov, ki jim je mar za skupnost, v kateri řivijo. Preveliko omejevanje proste konkurence in zmanjševanje učinkovite razdelitve sredstev ovira ekonomski razvoj ter uspeh druřbe tako zaradi intervencionističnih ravnanj řřave kot tudi zaradi protipravnih ravnanj posameznikov. Povečevanje javnega zavedanja o negativnih posledicah korupcije in preostalih oblik kriminalitete je čedalje pomembnejša prvina vseh (uspešnih) strategij. Upravljanje informacij in njihovih virov postaja neločljiv del vsake dobre strategije ter ukrepov, ki iz nje izvirajo. Prihodnost vsake řřave je (še)vedno povezana z ustvarjalnostjo, inovacijami in stabilnim, pravno varovanim in urejenim okoljem. Kultura inovacij zahteva pripravljenost, razumevanje in zavezanost za zdruřevanje virov s strani vseh: řřavljanov, javnih funkcionarjev in usluřbencev, javnih in zasebnih organizacij. Šele z realno predpostavko o pripravljenosti javnih ustanov in resnični zavezi politikov, uradnikov ter řřavljanov v učinkovito, odzivno in odgovorno řřavo lahko začnemo graditi tudi demokratično sodelovanje pri upravljanju oblasti, pri katerem ne bo pozabljen nihče. Aktivno řřavljanstvo od »spodaj navzgor« temelji na večjem pritisku řřavljanov in uporabnikov po boljřih storitvah, kot jih omogočata regulacija in inřpekcija »od zgoraj navzdol« in je bistvo demokracije. Řřavljanom je treba dati prilořnost, da preoblikujejo in sooblikujejo odločitve javnega pomena, odločitve, v okviru katerih bodo řiveli in ustvarjali. Pravila o procesni legitimaciji so bila v zasebnem pravu tradicionalno uporabljana s posebno strogostjo, pogosto pa so bila sproščena pod določenimi pogoji, kadar je šlo za elemente javnega prava. Kritično vprařanje se nanaša na vprařanje zařčite in uveljavljanja pravic na področjih, ki zadevajo vse nas in na katerih je ozko procesno upravičenje postalo nasprotnik varstva tistega, kar naj bi varovalo. Řřava se vedno znova kaře kot organizacija s premalo sredstvi, da bi lahko imela funkcijo edinega zařčitnika. Določba *qui tam* oziroma vrsta popularne tořbe (*actio popularis*) je aktualna ob dejstvu, da Republi-

ka Slovenija ne izvaja zadostnih ukrepov, ki bi se nanašali na nepravilnosti pri ravnanju s sredstvi, ki kakorkoli prizadenejo javni interes oziroma proračun. V smeri uveljavljanja načela dobrega upravljanja naj se tudi naša država zgleduje po razvitejših državah.