

GLOSA O INTERPRETACIJSKI DISKRECIJI PRI PREGONU KAZNIVEGA DEJANJA POSLOVNE GOLJUFIJE*

Ciril Keršmanc,

*univerzitetni diplomirani pravnik, LL.M., doktor pravnih znanosti,
raziskovalec na Inštitutu za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani*

1. UVODNO O NORMATIVNEM RAZVOJU IN KVANTITATIVNI UMESTITVI KAZNIVEGA DEJANJA POSLOVNE GOLJUFIJE

Poetično bi lahko povzeli, da je kaznivo dejanje poslovne goljufije iz leta 1999 idejni otrok Vrhovnega sodišča RS, ki mu je botrovala razvpita zadeva Grubelič, ime pa mu je izbral Janez (Ivan) Janša kot predstavnik takratne opozicijske poslanske skupine SDS. Tako vsaj kaže kratek pregled normativne zgodovine tega kaznivega dejanja.

Samo poimenovanje »poslovna goljufija« je bilo izrecno uporabljeno (vsaj) že v zadevi Grubelič,¹ dobrih šest let pred uveljavitvijo istoimenskega kaznivega dejanja. Višje sodišče je v sodbi, s katero je razveljavilo prvo oprostilno sodbo v zadevi Grubelič, takole definiralo poslovno goljufijo in jo razmejilo od klasične goljufije:

»... ne gre za obtožbo zaradi preproste goljufije, kjer storilec skuša pridobiti korist brez kakršnegakoli vlaganja ali ostanka, obtožba očita obtožencu po-

* Prispevek je bil pripravljen na podlagi doktorske naloge z naslovom Preslepitve na meji in onkraj pregona, ki jo je avtor pod mentorstvom dr. Zvonka Fišerja in somentorstvom dr. Ljuba Bavcona uspešno zagovarjal 25. aprila 2013 na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani. Avtor se zahvaljuje (sprva anonimnemu) recenzentu Hinku Jenullu za konstruktivne pripombe in lektorici GV Založbe za potrpljenje.

¹ Zadeva Grubelič je obširno analizirana s pravnega, družbenoekonomskega in političnega vidika v: Ciril Keršmanc: Preslepitve na meji in onkraj pregona. Doktorska disertacija, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Bevke 2013a, str. 104–120.

slovno goljufijo, ki ni izvedljiva brez določenih vlaganj, pri čemer storilcu še vedno prinaša korist. Poleg navedenega pa je treba upoštevati še sledeče. Pri tako imenovani klasični goljufiji, kjer na primer storilec deluje z lažno identiteto, sloni izogibanje kazenski odgovornosti na računu, da njegova prava identiteta kljub kasnejšemu razkritju goljufije ne bo ugotovljena. V primeru poslovne goljufije to seveda ne pride v poštev, gre za drugačno strategijo. Storilec v takem primeru ali s pridobljenim denarjem pobegne, pogosteje pa oškodovanje upnikov, vlagateljev, kupcev in podobno prikazuje kot poslovni neuspeh oziroma izgubo, ki ni bila povzročena krivdno (tak je npr. programirani bankrot, ki je specialna oblika goljufije) ...»²

Ne glede na to, da je bil v sodbah višjega in Vrhovnega sodišča uporabljen pojem poslovna goljufija, se ta v vsebinskem smislu ne prekriva v celoti z definicijo poslovne goljufije po 234.a členu Kazenskega zakonika (KZ) iz leta 1999.³ Vse do takrat je bil goljufivi namen *ob* sklenitvi še vedno *differentia specifica* (klasične) goljufije glede na sorodna civilnopravna razmerja. Po drugi strani pa je sodišče s postopnim odpiranjem vrat za konstrukcijo goljufivega naklepa tistim dejanskim okoliščinam, ki so nastale *po* sklenitvi pogodbe, nakazalo smer nadaljnjega zakonodajnega razvoja. V zadevi Grubelič se je namreč sodišče izjasnilo, da se ravnanja po sklenitvi pogodbe ne upoštevajo kot »izvršitvena dejanja, temveč se z njimi, obenem z drugimi dejstvi, [lahko] dokazuje, da pri obtožencu ni šlo za resno poslovno dejavnost, ampak za goljufijo«.⁴

Jasno pravilo razmejitve med civilnopravnim deliktom in kaznivim dejanjem se je prek takega pojmovanja začelo krhati. Zakonodajalec pa je šel leta 1999 z novim kaznivim dejanjem poslovne goljufije⁵ še dlje.

Kaznivo dejanje poslovne goljufije se je prvič izrecno pojavilo v naboru predlogov kazenskega oddelka Vrhovnega sodišča RS. To je ocenilo, da posebnosti poslovne goljufije narekujejo uvedbo nove oblike kaznivega dejanja.⁶ V izhodišču je kazenski oddelek Vrhovnega sodišča predlagal, da se kaznivo dejanje preslepitev kupcev⁷ preimenuje v preslepitev pri opravljanju gospodarske dejavnosti in razširi tako, da se mu dodata nova odstavka:

² Sodba Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. Kp 408/93, z dne 24. junija 1993, str. 17.

³ Zdaj 228. člen KZ-1.

⁴ Sodba Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. Kp 130/96, z dne 29. maja 1996, str. 13.

⁵ Zakon o spremembah in dopolnitvah Kazenskega zakonika, EPA 1417, Uradni list RS, št. 23/99, str. 2517 in naslednji.

⁶ Predlogi kazenskega oddelka Vrhovnega sodišča, opr. št. IV Kr 14/97, z dne 1. aprila 1997.

⁷ Člen 237 KZ.

»(4) Kdor pri opravljanju gospodarske dejavnosti pri sklenitvi ali izvajanju pogodbe ali posla preslepi stranko s prikazovanjem, da bodo obveznosti izpolnjene, ali s prikrivanjem, da obveznosti ne bodo ali ne bodo mogle biti izpolnjene, zaradi delne ali celotne neizpolnitve pa nastane za stranko ali koga drugega premoženjska škoda, se kaznuje z zaporom do petih let.

(5) Če je zaradi dejanja iz prejšnjega odstavka nastala velika premoženjska škoda, se storilec kaznuje z zaporom od enega do desetih let.«⁸

Vsebinsko je predlog Vrhovnega sodišča RS ostal skoraj nespremenjen. Odbor za notranjo politiko in pravosodje ga je upošteval in sprejel sklep, da mora predlagatelj popraviti predlog zakona za drugo obravnavo, upošteva pripombe Vrhovnega sodišča glede ustreznosti opisov kaznivih dejanj.⁹ Na plenarnem zasedanju državnega zbora je nato predstavnik poslanske skupine Socialdemokratske stranke Slovenije, Janez (Ivan) Janša, vložil dopolnjevalni predlog na sklep matičnega odbora, v katerem je bilo konkretizirano, naj se kot nova kazniva dejanja opredelijo: »poslovna goljufija, vdor v tuj računalniški sistem in verižne goljufije s piramido«.¹⁰ Predlog je bil sprejet in dobili smo novo kaznivo dejanje – poslovno goljufijo.

Z drugo novelo KZ leta 2004 (v nadaljevanju KZ-B) je bila temeljni in kvalificirani obliki poslovne goljufije dodana še privilegirana oblika:

»Če je zaradi dejanja iz prvega odstavka tega člena nastala majhna premoženjska škoda, se storilec kaznuje z denarno kaznijo ali z zaporom do enega leta.«

Pomenljivo se zdi, da je bila dopolnitev oblikovana na podlagi predloga Vrhovnega državnega tožilstva RS, in sicer upošteva izkušnje iz konkretnih

⁸ Vrhovno sodišče RS: Predlogi kazenskega oddelka Vrhovnega sodišča, opr. št. IV Kr 14/97, z dne 1. aprila 1997. Na seji matičnega odbora DZ za notranjo politiko in pravosodje 11. aprila 1997 je predloge Vrhovnega sodišča RS predstavil Deisinger, ki je bil sicer tudi poročevalec pri sodbi Vrhovnega sodišča v zadevi Grubelič, opr. št. I Ips 217/96, z dne 25. aprila 1997.

⁹ Iz magnetograma 9. redne seje Odbora za notranjo politiko in pravosodje z dne 11. aprila 1997 je razvidno glede tega tudi stališče predstavnika predlagatelja, Boštjana Penka, ki je med drugim navedel, da je treba poslovno goljufijo »na vsak način definirati in vnesti v kazenski zakonik na ustrezen način, tudi zaradi enotne klasifikacije gospodarskega kriminala. Zdaj recimo policija vse goljufije šteje kot poslovne goljufije, če jih je recimo storil neki privatnik ali obrtnik, sodišča in tožilstva pa imajo drugačne klasifikacije. Tukaj je treba stvari poenotiti in potem pač tudi ustrezne ukrepe v smislu kriminalne politike zoper te stvari uvajati.«

¹⁰ Zapisnik 4. redne seje Državnega zbora RS, z dne 13. maja 1997.

primerov v povezavi z načelom sorazmernosti.¹¹ Dejstvo, da je pobuda prišla iz prakse, nakazuje, da se je ta razmeroma kmalu začela srečevati z bagatelnimi oblikami poslovnih goljufij kot izrazitim problemom tega kaznivega dejanja.

Zadnjo normativno dopolnitev je obravnavano kaznivo dejanje doživelo ob sprejemu KZ-1 leta 2008. Po naši oceni je novela KZ-1 stopila še korak bolj proti civilnopravnim razmerjem oziroma dodatno otežila že tako nejasno razmejevanje civilnih od kazenskopravnih razmerij. Do KZ-1 je za obstoj kaznivega dejanja bila tako za temeljno kot kvalificirano in privilegirano obliko zahtevana premoženjska škoda za pogodbeno stranko ali koga drugega v obliki objektivnega pogoja kaznivosti. S KZ-1 se je objektivni pogoj kaznivosti razširil; poleg premoženjske škode je dodana alternativno še »premoženjska korist« storilca. S tem smo, na ravni zakonskih znakov kaznivega dejanja, prišli do točke, ko se za poslovno goljufijo v vseh primerih ne zahteva več niti obstoj škode – v nekaterih primerih je namreč dovolj že zgolj pridobitev premoženjske koristi s preslepitvijo pri sklenitvi ali izvajanju pogodbe:

»Kdor pri opravljanju gospodarske dejavnosti pri sklenitvi ali izvajanju pogodbe ali posla preslepi drugega s prikazovanjem, da bodo obveznosti izpolnjene, ali s prikrievanjem, da obveznosti ne bodo ali ne bodo mogle biti izpolnjene, zaradi delne ali celotne neizpolnitve obveznosti pa *si pridobi premoženjsko korist* ali nastane za stranko ali koga drugega premoženjska škoda, se kaznuje ...« (označil C. K.)

Specialni primer inkriminacije goljufive preslepitve brez zahteve po premoženjski škodi lahko sicer najdemo že v prvem in drugem odstavku kaznivega dejanja preslepitve kupcev,¹² ki v razmerju do kaznivega dejanja poslovne goljufije slej ko prej ostaja *lex specialis*. V obrazložitvi spremembe smo tako zaman iskali razloge oziroma primere, ki so predlagatelja navedli k takšni rešitvi. Vse, kar najdemo v obrazložitvi predloga KZ-1, je navedek:

»Poslovna goljufija je posebna oblika goljufije, ki jo je mogoče storiti pri opravljanju gospodarske dejavnosti tako ob sklepanju posla, kot tudi kas-

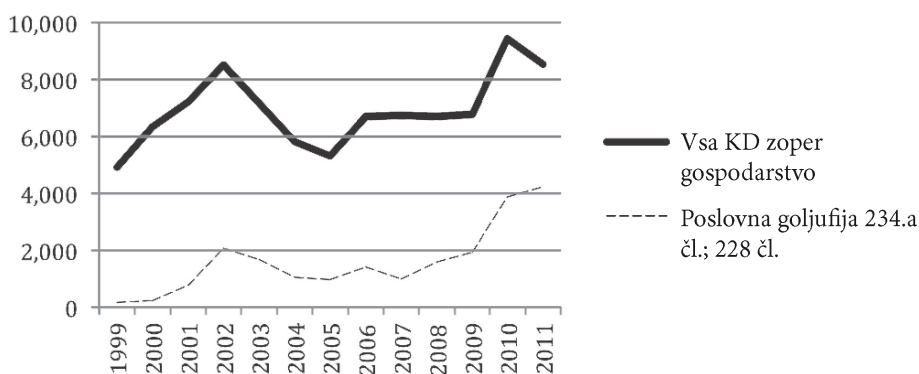
¹¹ Ministrstvo za pravosodje: K stališčem, pripombam in predlogom II. Medkatedrske konference kateder za kazensko pravo RS z dne 14. januarja 2004, z dne 5. februarja 2004, str. 9, EPA 1042-III. Iz evidenčnih podatkov je sicer razvidno, da je bil amandma predlagan s strani poslanskega kluba LDS, Poslanske skupine ZLSD, SLS in DeSUS in usklajen s stališči II. Medkatedrske konference.

¹² Kot smo videli zgoraj, je Vrhovno sodišče v izhodišču predlagalo, da se poslovna goljufija inkriminira z razširitvijo in preimenovanjem kaznivega dejanja preslepitve kupcev, in je že takrat navedlo, da »kolikor premoženjska škoda ne bi nastala, bi lahko šlo za kaznivi dejanji po 1. ali 2. odstavku 237. člena KZ [zdaj 232. člena KZ-1].«

neje, ob njegovem izvajanju. Kaznivo dejanje pa sicer vsebuje klasične prvine goljufije, to je namen pridobitve premoženjske koristi.«¹³

Kakorkoli že, širitev normativnega obsega obravnavane inkriminacije se kaže tudi na ravni števil oziroma števila obravnavanih zadev v praksi. Kot izhaja iz agregiranih (policijskih) statističnih podatkov, prikazanih v grafu 1, je poslovna goljufija od uvedbe leta 1999 razmeroma hitro postala najbolj »priljubljeno« kaznivo dejanje zoper gospodarstvo v Sloveniji.

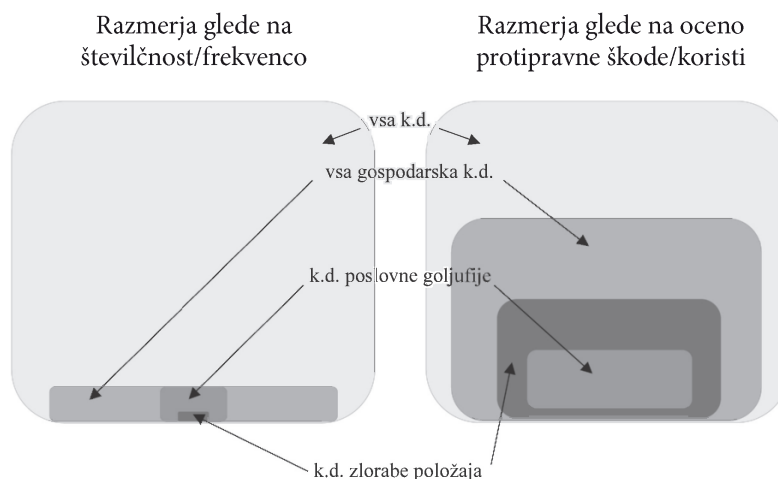
Graf 1: Prikaz gibanja števila kaznivih dejanj poslovne goljufije v razmerju do vseh kaznivih dejanj gospodarske kriminalitete (po metodologiji beleženja MNZ)



Ob upoštevanju nekoliko širšega konteksta pa se dokaj hitro pokaže, da absolutne številke iz grafa 1 nekoliko zavajajo glede pomena obravnavanega kaznivega dejanja, kar je razvidno iz sheme 1. V njej je na podlagi 11-letnega povprečja (po metodologiji beleženja MNZ) grafično predstavljen delež dveh izbranih kaznivih dejanj glede na celotno populacijo, in sicer po številčnosti (leva stran) in ocenjeni protipravni premoženjski škodi/koristi (desna stran), ki odpade na posamezno kaznivo dejanje.

¹³ Vlada RS: Predlog Kazenskega zakonika, z dne 17. januarja 2008: K 228. členu (Poslovna goljufija), EPA 1866-IV, Poročevalec RS 14/2008, z dne 31. januarja 2008. Razprave v državnem zboru so se vrtele okrog drugih (bolj prestižnih) vprašanj, zato nam tega, kaj je zakonodajalec s konkretno spremembo mislil (če kaj), ni uspelo razvozlati. V pomoč nam niso niti komentatorji sprememb KZ-1, ki spremembe tega člena ne pokomentirajo. Glej v zvezi s tem Ivan Bele in drugi: Kazenski zakonik – uvodna pojasnila. GV Založba, Ljubljana 2008, str. 90–92. Ob tem je odveč poudarek, da tovrstna eksperimentiranja v posebnem delu, ki niso plod konkretnih težav prakse, načeloma niso zaželeni – še posebej, če gre za nosilno kaznivo dejanje. Za enega takih možnih dejanskih stanov glej C. Keršmanc, nav. delo (2013a), str. 126.

Shema 1: Splošna kriminaliteta – gospodarska kriminaliteta – zloraba položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti – poslovna goljufija (frekvenca: ocenjena protipravna škoda/korist)



Velikost posameznih pravokotnikov ohranja razmerja med frekvencami/številom glede na posamezno kategorijo, kar omogoča hitro vizualno dojetje razmerij. Največji in najsvetlejši pravokotnik grafično ponazarja frekvenco/število vseh kaznivih dejanj, nekoliko temnejši pravokotnik ponazarja frekvenco/število vseh kaznivih dejanj zoper gospodarstvo v razmerju glede na celoto. Še nekoliko bolj siv pravokotnik ponazarja število/frekvenco poslovnih goljufij, najtemnejši pa število/frekvenco zlorab položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti.

Že ob bežnem pogledu na levo stran sheme je mogoče zaznati, da je frekvenca zlorab položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti razmeroma majhna, tako v kategoriji kaznivih dejanj zoper gospodarstvo kot, še bolj očitno, med vsemi kaznivimi dejanji. Toda pozor! Ko pogled preusmerimo na desno stran sheme, vidimo bistveno drugačno sliko.

Na desni strani so prikazana razmerja med posameznimi kategorijami glede na ocenjeno protipravno premoženjsko korist/škodo. Če gremo lepo po vrsti: najprej velja opozoriti na bistveno večjo vlogo gospodarske kriminalitete med vsemi kaznivimi dejanji, če kategorije primerjamo po ocenjeni protipravni premoženjski koristi/škodi. Druga stvar, ki prav tako bode v oči, pa je, da razmeroma maloštevilna kazniva dejanja zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti po ocenjeni protipravni premoženjski koristi/škodi presežejo kumulativno škodo bistveno številnejših kaznivih dejanj poslovne goljufije.

Očitno je, da ima kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti v povprečju veliko večji »potencialni (premoženjski) škodni naboj« (večja nevarnost!) od kaznivega dejanja poslovne goljufije.¹⁴

V nadaljevanju bomo šli še korak dlje. Poskusili bomo odgovoriti na vprašanje, ali je mogoče tudi v okviru same definicije poslovne goljufije, ki glede na kumulativno število povzroča razmeroma veliko sistemsko obremenitev, v praksi zaslediti kvalitativno različne pojavnne oblike glede na stopnjo neprava oziroma »potencialnega škodnega naboja«. Ocenjujemo namreč, da bi razvrstitev na podtipе po stopnji nevarnosti lahko bila v pomoč pri postavljanju strateških prioritet pregona. V zvezi s slednjim se bomo v osrednjem delu prispevka posvetili še iskanju interpretacijskih rezerv, prek katerih bi bilo mogoče pojavnne oblike z zelo nizko stopnjo neprava izločiti s področja kazenskega prava. S tem bi organe odkrivanja, pregona in sojenja razbremenili, tako da bi lahko več časa namenili zadevam z razmeroma višjo stopnjo neprava, tj. sistemsko nevarnejšim oblikam gospodarske kriminalitete.

2. RAZMISLEK O INTERPRETACIJSKI DISKRECIJI OB ANALIZI (A) TIPIČNIH POSLOVNIH GOLJUFIJ

V naši terenski raziskavi smo od 1873 zadev, ki jih je glede na elektronski vpisniški izpisek dobilo v obravnavo Okrožno državno tožilstvo v Ljubljani v obdobju med letoma 1999 in 2010, pregledali 562 zadev. Pri tem smo se omejili na začetno (1999–2003) in končno obdobje (2009–2010).¹⁵ V veliki večini primerov poslovne goljufije iz vzorca je šlo za dejanske stanove, ki mejijo na običajno (civilnopravno) izvršilno zadevo. V vzorcu so se serijsko pojavljali primeri neplačil za dobavljeno blago oziroma opravljenih storitev (v tem vrstnem redu)¹⁶ in nekoliko redkeje primeri avansnih plačil za kasneje nedobavljeno blago ali neopravljeno storitev. Za posebno podvrsto poslovnih goljufij, ki smo jih zaznali, lahko prav tako označimo primere nakupov blaga ali storitev tik

¹⁴ Glede metodologije izdelave, vključno z agregirano tabelo vrednosti, glej: C. Keršmanc, nav. delo (2013a), str. 297–302, tudi Ciril Keršmanc: Kvantitativna glosa o komplicitiranosti in kompleksnosti gospodarskih kaznivih dejanj, v: *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 64 (2013b) 2, str. 141–143.

¹⁵ Za natančnejši opis vzorca glej prav tam. Ker smo za osnovo vzeli tožilske spise, se v nadaljevanju prispevka pojavljajo njihove opravilne številke (Kt), predvsem za zadeve, ki niso prišle do sodne obravnave.

¹⁶ To je večinoma neposredno povezano s civilnopravnim institutom odloženega plačila, ki ga Kozina v svoji analizi kritizira in oceni za »nevralgično točko poslovanja med gospodarskimi subjekti v povezavi s kaznovalno politiko, ki jo zasleduje inkriminacija poslovne goljufije«. Glej: Jože Kozina: *Korporacijska kriminaliteta – izkušnje in problemi prakse*, v: *Korporacijski kriminal – praktični in teoretični vidiki*, Univerza v Mariboru, Maribor 2009, str. 42–44.

pred začetkom postopka prisilne poravnave ali stečajev, ki nimajo take intenzitete, da bi jih označili za lažne stečaje v smislu kaznivega dejanja povzročitve stečaja z goljufijo ali nevestnim poslovanjem.¹⁷ V nadaljevanju bomo obravnavali dva problematična vsebinska sklopa pri kaznivem dejanju poslovne goljufije: kvalifikacijo oziroma konkretizacijo preslepitve (2.1) ter objektivni pogoj kaznivosti in vprašanje t. i. *ex post facto* plačil (2.2).

2.1 Kvalifikacija oziroma konkretizacija preslepitve pri kaznivem dejanju poslovne goljufije

V Franciji je sodna praksa uvedla termin »enostavna laž« (*le mensonge simple*),¹⁸ ki v okviru kaznivega dejanja goljufije (*escroquerie*) načeloma ni kazniva, razen če je izrečena v zaupnih razmerjih (*le mensonge par abus*) ali če se nanaša na uporabo lažnega imena (*l'usage d'un faux nom*) oziroma kvalitete (*l'usage de fausse qualite*). Praviloma se za obsodbo zahteva »okrepljena laž« (*le mensonge conforté par des manoeuvres*) – standard, ki zakonsko ni bolj določen in je pomensko dokaj odprt. Omejuje ga samo sodna praksa z načelnim stališčem v več sodbah, da gre pri tem za »zunanje dejavnike, materialna ravnanja in ustvarjanje predstav, katerih namen je okrepiti laž«.¹⁹

Vprašanje, ki se nam zastavlja, je, ali je moč tudi pri kaznivem dejanju poslovne goljufije v slovenski ureditvi ob upoštevanju trenutno veljavnega zakonskega besedila zožiti cono kriminalnosti z zahtevo po dodatni kvalifikaciji oziroma konkretizaciji²⁰ t. i. enostavnega neplačila²¹ pri opravljanju gospo-

¹⁷ Člen 226 KZ-1 po noveli B.

¹⁸ »Par principe, le menteur ordinaire n'est pas un escroc: la dupe est moins victime que coacteur de la tromperie, lorsqu' elle manque de vigilance, témoigne d'une crédulité fautive en ne vérifiant pas la véracité des allégations fallacieuses.« Glej: Delmas-Marty in Giudicelli-Delage (ur.): Droit pénal des affaires. Presses universitaires de France, Pariz 2000, str. 245.

¹⁹ V orig. »des faits extérieurs, des actes matériels, une mise en scène, destinés à confirmer les mensonges«. Kot navajata Delmas-Marty in Giudicelli-Delage: »Si la formule se retrouve dans de nombreux arrêts, il faut bien reconnaître qu' elle est trop vague pour être retenue sans être complétée par des exemples que l'on peut classer autour de trois thèmes: intervention d'un tiers, production de pièces ou documents écrits et mise en scène.« Glej: Delmas-Marty in Giudicelli-Delage (ur.), nav. delo, str. 248, kjer so natančneje predstavljene primeri 1. (zlo)rabe potrditev tretjih oseb za okrepitev laži, 2. izdelave in uporabe dokumentov za okrepitev laži in 3. postavljanja lažnih kulis za okrepitev laži, pogosto z nizom lažnivih prikazov, ki šele vsi skupaj navedejo žrtev, da ravna v svojo škodo.

²⁰ Termina kvalifikacije in konkretizacije uporabljamo v specialnem smislu, in sicer ko govorimo o kvalifikaciji, imamo v mislih dejavnike, ki preslepitev »otežijo« in kažejo na večjo preslepitveno aktivnost storilca. Ko govorimo o konkretizaciji, pa imamo pred očmi zahtevo, da je kvalifikacija preslepitve opredeljena določno že v samem opisu kaznivega dejanja v izreku in je ni treba iskati v obrazložitvi.

²¹ V mislih imamo situacije, ko očitek o preslepitvi temelji zgolj na lažnih navedbah o neplačilu v pogodbeno dogovorjenem roku.

darske dejavnosti, in sicer v okviru interpretacijske diskrecije pravosodnih organov.

Analiza najzgodnejših primerov preslepitev pokaže, da je bila ponareditev oziroma prirejanje dokumentov/znakov tak dejanski znak, ki je v izhodišču navadno (nekaznivo) preslepitev spremenil v (kazenskopravno pregonljivo) goljufivo preslepitev. Dober ponazoritveni primer je sleparija (*cheat*), ki se je najprej izoblikovala kot prekršek (*misdemeanor*) v angleškem običajnem (*common law*) pravu. V izhodišču je šlo za preslepitev kvalificirano z uporabo lažnih uteži, mer oziroma znakov take narave, da jih z navadno skrbnostjo ni bilo mogoče prepoznati kot lažne. Inkriminacija se je v 16. stoletju začela širiti še na uporabo nekaterih drugih označb in pisanj.²² Tudi na ravni poslovnih goljufij se kažejo primeri, v katerih so za namen preslepitve uporabljeni ponarejeni in prirejeni dokumenti, za neproblematične z vidika konkretizacije preslepitve. Gre namreč za sistemsko bolj nevarne preslepitve, ki ne napadajo zgolj premoženja kot dobrine, temveč tudi zaupanje v ključne institute poslovnega prometa v širšem pomenu. Iz tega razloga bi jih po naši oceni organi odkrivanja in pregona morali obravnavati prednostno, na koncu pa bi morali biti tudi ostreje kaznovani.

Na ravni kvalifikacije preslepitve pri poslovni goljufiji so eno stopnjo nižje, a vseeno z vidika konkretizacije razmeroma neproblematične tudi zadeve, v katerih je izpolnitev pogodbene zaveze v roku zavarovana s sicer neponarejenim sredstvom zavarovanja, najpogosteje akceptnim nalogom ali menico, ki pa nima kritja. V teh primerih zadeva redoma pride vsaj do faze obtožnice. Kljub temu smo zasledili zanimivo razmišljanje o pomenu izdaje menice v zadevi Kt (1) 3480/02, v kateri je ODT zavrgel ovadbo z argumentacijo, da je garancija plačila z biano podpisano menico indic, da ob sklenitvi posla storilec oziroma njegovo podjetje nima dovolj sredstev, vendar da jih bo imel kasneje – v kontekstu navedene zadeve je torej šlo za »očitek« oškodovancu, da je vedel, da domnevni storilec nima dovolj sredstev za poplačilo. Omenjamo ga, ker odstopa od prevladujočega stališča prakse, da gre pri predložitvi menice oziroma akceptnega naloga brez kritja za sredstvo, ki oškodovanca preslepi glede finančne pokritosti njegovih izdobav in je kot tako redoma uporabljeno v smislu dodatne kvalifikacije preslepitve oziroma vsebinske konkretizacije »prikazovanja, da bodo obveznosti izpolnjene«.

Glede na intenzivnost storilčeve aktivnosti je še stopnjo nižje kvalifikacija preslepitve zgolj z zamolčanjem slabega finančnega stanja, najpogosteje pre-

²² Za prikaz evolucije goljufije od prekrška do kaznivega dejanja in postopno opuščanje zahtev po strožji kvalifikaciji preslepitve za kazenski pregon glej: C. Keršmanc, nav. delo (2013a), str. 37–42.

jemnika izdobljenega blaga oziroma storitve, ob dogovoru odloženega plačila bodisi ob sklenitvi bodisi pri izvajanju pogodbe ob sukcesivnih dobavah/storitvah. Pri avansnih plačilih pridemo do zrcalne slike, in sicer v situacijah, ko dobavitelj zahteva in sprejme avans svoje stranke, čeprav mu finančno stanje ne omogoča realizacije posla, kar svojemu sopogodbeniku zamolči. V našem vzorcu glede na frekvenco pri t. i. avansnih poslovnih goljufijah velja omeniti primere mizarskih in tesarskih ter manj zahtevnih gradbenih opravil, v zadnjem časovnem obdobju pa še posebej primere neopravljenih vgradenj oken in vrat po avansnem plačilu.²³ Tovrstne inkriminacije z razmeroma nizko stopnjo neprava je mogoče vsebinsko upravičiti takole: *pri obeh tipih poslovne goljufije »z zamolčanjem« se ob predhodni (delni) izpolnitvi ene stranke vzpostavi asimetrični odnos zaupanja, ki aktivira vzajemno zahtevo po večji stopnji lojalnosti sopogodbenika v smislu obveznosti razkritja eventualnih likvidnostnih težav neposredno ob njihovem nastopu.*²⁴ Takšna razlaga daje nekaj dodatne vsebine formuli, s katero Vrhovno sodišče RS utemeljuje, da

»[n]ačeli vestnosti in poštenja v gospodarskem poslovanju narekujeta, da pogodbenik, ki naroči blago ali storitev, seznani drugo stran, da ni zmožen plačila v običajnem roku. S prikrivanjem plačilne nezmožnosti, s tem pa tudi namena, da naročenega ne bo plačal, storilec uresniči zakonski znak kaznivega dejanja poslovne goljufije.«²⁵

Sicer pa imamo v Zakonu o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP) izrecno določbo, ki v primeru insolventnosti celo zapoveduje, da družba ne sme opravljati nobenih plačil ali prevzemati novih obveznosti, razen tistih, ki so nujne za redno poslovanje

²³ Npr. v zadevah ODT v Ljubljani opr. št. Kt (1) 355/09, Kt (1) 2466/10, Kt (1) 6099/10, Kt (1) 2256/10, Kt (1) 2480/10, Kt (1) 2542/10, Kt (1) 4295/10, Kt (1) 4415/10 imamo opravka z očitki o neopravljenih storitvah vgradnje oken ali vrat po plačilu avansa. Tovrstni nizi nepovezanih ovadb iz iste dejavnosti lahko nakazujejo zlom trga (v konkretnem primeru nepremičninskega leta 2009). To bo v posameznih primerih, predvsem ko je storilec v situaciji, da ne more priti do poplačila svojih dolgov, relevanten dejavnik pri odločitvi glede eventualnega pregona. Tudi v takih primerih pa pavšalno sklicevanje na težave na trgu ob pomanjkanju konkretizacije in specifikacije dolgov ter aktivnosti glede njihove izterjave obdolženca ne more razbremeniti. Primeroma navajamo argumentacijo Višjega sodišča v Ljubljani, ki je v sodbi opr. št. II Kp 3731/2010, z dne 19. aprila 2011, ocenilo, da »zgolj navajanje firm dolžnikov, ob izostanku kakršnekoli konkretizacije terjatev, ... ob upoštevanju dejstva, da obtoženec ni sprožil nobenega postopka za njihovo izterjavo, pri tem pa neprepričljivo pojasnil tudi razlog za takšno neaktivnost, ne predstavlja zadostitev dokaznemu bremenu, ki bi narekovalo ugoditev dokaznemu predlogu za opravo poizvedb pri družbah glede obstoja terjatev«.

²⁴ Obsežneje o pomenu razmerij med agentom in principalom za razvoj preslepitvenih inkriminacij v: C. Keršmanc, nav. delo (2013a), str. 92–96.

²⁵ Sodba Vrhovnega sodišča RS, opr. št. I Ips 228/2006, z dne 1. marca 2007.

družbe.²⁶ Nesporno je torej, da lahko zamolčanje slabega finančnega stanja ob sklenitvi ali izvajanju pogodbe enostavno neplačilo ali neizpolnitev (pre)kvalificira v goljufivo preslepitev, saj gre pri očitku zamolčanja finančnih težav večinoma zgolj za reformulacijo (retorično tautologijo) zakonske definicije poslovne goljufije, ki to obliko preslepitve izrecno predvideva – »s prikrivanjem, da obveznosti ne bodo ali ne bodo mogle biti poplačane«. Bolj zanimivo je vprašanje konkretizacije te izvršitvene oblike v luči zahteve, da morajo biti v sodbi, s katero je obtoženec spoznan za krivega, navedena dejstva in okoliščine, ki so znaki kaznivega dejanja, in tista dejstva, od katerih je odvisna uporaba posamezne določbe kazenskega zakona.²⁷

Vrhovno sodišče RS je glede slednjega vsaj v dveh odločbah zavzelo stališče, da že zagotavljanje plačila v roku pri sklenitvi pogodbe oziroma ob izdaji naročilnice, ob vedenju, da do plačila ne bo prišlo, pomeni zadostno konkretizacijo preslepitve za kaznivo dejanje poslovne goljufije.²⁸ Menimo, da se s takim stališčem vrata zožanju cone kriminalnosti pri kaznivemu dejanju poslovne goljufije vseeno niso popolnoma zaprla, kar je z vidika (pre)obremenjenosti organov odkrivanja, pregona in sojenja z gospodarsko bagatelo²⁹ dobrodošlo. Ocenjujemo, da je, predvsem pri najnižji stopnji intenzivnosti preslepitve, pri kateri storilčevo aktivnost v smeri preslepitve kvalificira zgolj njegovo zamolčanje slabega finančnega stanja ali pri čemer imamo opravka z enostavnim neplačilom (brez okrepitvenih okoliščin), še nekaj manevrskega prostora.

²⁶ Glej 34. člen ZFPPIPP, ki v 14. členu med drugim podaja definicijo insolventnosti kot položaja v katerem dolžnik »1. v daljšem obdobju ni sposoben poravnati vseh svojih obveznosti, ki so zapadle v tem obdobju (trajnejša nelikvidnost) ali 2. postane dolgoročno plačilno nesposoben ...«.

²⁷ Glej prvo točko prvega odstavka 359. člena ZKP-UPB8.

²⁸ Glej: Sodba Vrhovnega sodišča RS, opr. št. I Ips 140/2004, z dne 20. oktobra 2005; sodba Vrhovnega sodišča RS, opr. št. I Ips 11899/2009-209, z dne 24. avgusta 2011. Primerljivo strogo stališče tudi v zadevi opr. št. I Ips 92/2007, z dne 17. aprila 2008, v kateri je bilo obsojenemu v fazi izvajanja pogodbe očitano, da je prikril, da naročenega blaga ne bo plačal in da torej obveznosti ne bodo izpolnjene, ter je s tem preslepil oškodovanca, in sicer tako, da »je pri delavcih oškodovanca ustvaril zmotno predstavo z lažno zavezo, da bodo pogodbene obveznosti izpolnjene in naročeno blago plačano, česar pa ni storil in je oškodovano družbo s tem preslepil in zapeljal, da so blago izročili«.

²⁹ V mislih imamo gospodarsko bagatelo v širšem smislu, in ne zgolj v smislu kaznivih dejanj poslovne goljufije, pri katerih gre za majhno vrednost premoženjske škode po 99. členu KZ-1 po noveli B. Paradigmatičen primer je zadeva »47 Medotov«, v kateri je upnik, namesto da bi šel zaradi neplačanih računov v izvršilni postopek, s pretežno formulaičnimi ovadbami (zlo)rabil kazenski postopek za plačilo razmeroma nizkih zneskov neplačanih dobav blaga. Za sistematično analizo vseh 47 zadev glej: Ciril Keršmanc: Glosa o »47 Medotih« h kaznivemu dejanju poslovne goljufije in širjenju cone kriminalnosti v gospodarsko bagatelo, v: Zbornik znanstvenih razprav, LXXI (2013c), str. 253–283, tudi C. Keršmanc, nav. delo (2013a), str. 128–156.

Ena od smeri, glede katerih bi veljal dodaten razmislek, je vprašanje konkretizacije »vedenja, da do plačila ne bo prišlo«, in sicer v okviru izreka oziroma opisa samega dejanja v obtožnem aktu. Res je, da obstajajo primeri, ko se abstraktni znaki prelivajo v konkretne znake, vendar pa menimo, da je pri poslovni goljufiji zavest o plačilni nesposobnosti take vrste incidenčni dejanski znak, ki ga je treba konkretizirati že v izreku z navedbo konkretnih podatkov o nesolventnosti, nelikvidnosti oziroma finančni nevzdržnosti zastavljenega poslovnega modela. Tovrstno dodatno konkretizacijo preslepitve je mogoče brez večjih težav v večini primerov pridobiti prek bonitetnih podatkov o poslovnem subjektu, z navedbo števila dni, ko je bil njegov transakcijski račun blokiran, z navedbo podatkov glede dohodninske napovedi za samostojne podjetnike ... Ko imamo opravka z argumentom finančne nevzdržnosti, pa je na mestu primerjava s povprečnimi indikatorji poslovanja poslovnih subjektov s primerljivo dejavnostjo in stopnjo razvoja, saj je samo na podlagi tega mogoče oceniti, ali poslovni subjekt v svojem delovanju bistveno odstopa od sprejemljive stopnje rizičnosti poslovnega modela. Predvsem pri zadnji kategoriji je treba pri konkretni oceni upoštevati, da je standard »sprejemljive rizičnosti poslovnega modela« razmeroma nedoločen in se skozi čas spreminja. Fiksiranje tega standarda v konkretnem primeru je v končni fazi v domeni sodišča, pred tem pa seveda tudi organov pregona, ki si lahko v polju interpretacijske diskrecije privoščijo tudi strožje kriterije, ne da bi si pri tem zaslužili kakršnokoli grajo, če sodišče na koncu oceni drugače. Skratka,

(i) menimo, da je sama navedba o plačilu (bodisi ob sklenitvi pogodbe bodisi ob izvajanju pogodbe o sukcesivnih izdobavah), ob dejstvu, da kasneje do plačila ni prišlo v določenem roku, zgolj potrebni, ne pa zadostni pogoj, da se taka izjava opredeli za laž oziroma preslepitev v smislu kaznivega dejanja poslovne goljufije;

(ii) to, kar spremeni naravo izjave, ki se je kasneje izkazala za netočno, je zavest tega, ki jo daje, da gre za neresnično izjavo, kar jo vrednostno obarva v laž;

(iii) to njegovo zavest pa izpeljujemo iz navedenih incidenčnih dejanskih znakov (v primeru očitkov o zamolčanju slabega finančnega stanja npr. blokada transakcijskih računov – toda pozor, so tudi primeri, ko je mogoče brez blokade transakcijskega računa, ko je na računu po možnosti še kaj sredstev, ugotoviti zamolčanje slabega finančnega stanja³⁰), ki bi po naši oceni morali izhajati že iz izreka obtožnega akta – v končni fazi krivdoreka.

³⁰ Npr. v zadevi Kt (1) 588/03 ODT v Ljubljani je sodišče na podlagi listinskih dokazov, izpovedbe priče in finančnega izvedenca ter podatkov davčnega urada ugotovilo, da ne glede na to, da je imel obsojenec sredstva na računu v trenutku sklenitve pogodbe z

Reprezentativen primer zahteve po večji konkretizaciji preslepitve je na primer razmišljanje sodišča v zadevi Kt (1) 5880/06:

»V obravnavanem primeru opis kaznivega dejanja v obtožbi, ki je povzet v izreku izpodbijane [oprostitelne] sodbe, poleg modalitet, opredelitve gospodarske dejavnosti, ki jo je opravljal obtoženec, vsebuje tudi konkretizacijo pogodb, sklenjenih z oškodovancem, obtoženčevo neizpolnitev obveznosti in nastanek škode za stranko. V opisu pa ni konkretiziran abstraktni dejanski stan preslepitve drugega s prikazovanjem, da bodo obveznosti izpolnjene. Iz konkretnega opisa dejanja izhaja le, da naj bi obtoženec kot zakoniti zastopnik gospodarske družbe pri opravljanju gospodarske dejavnosti v opredeljenih časovnih okoliščinah predstavniku oškodovanca zagotavljal, da bo družba obveznosti po kreditnih pogodbah izpolnjevala, zaradi neplačila glavnice in obresti pa je oškodovancu nastala škoda. *Iz navedenega opisa ne izhaja, na kakšen način oziroma s čim naj bi obtoženec preslepil predstavnike oškodovanca oziroma iz opisa ne izhajajo dejstva in okoliščine, s katerimi naj bi obtoženec pri predstavnikih oškodovanca vzbudil lažen vtis, da bo dogovorjene obveznosti izpolnil. Pritožbeno sodišče se ne strinja z navedbo, da je očitek preslepitve v zadostni meri konkretiziran z navedbo, da je obtoženec predstavnikom oškodovancev zagotavljal, da bo družba obveznosti po kreditnih pogodbah izpolnjevala. Izpolnjevanje obveznosti po pogodbah je namreč zaveza vsake izmed strank pri izpolnjevanju sleherne pogodbe.*«³¹ (označil C. K.)

Druga smer zoženja cone kriminalnosti in razmejitve enostavnih neplačil od poslovne goljufije pa vodi prek zahteve po izpolnjevanju bolj »kvalificirane«

oškodovancem (oz. da njegov transakcijski račun ni bil blokiran), je v konkretni zadevi obstajala izvršljiva davčna odločba v znesku, ki je bil dovolj visok za sklep, da je obsojenec bil vseeno plačilno nesposoben/v slabem finančnem stanju, kar je zamolčal. Ta zadeva kaže, da dejstvo neblokiranega transakcijskega računa v času sklenitve pogodbe z oškodovancem ni nujno vedno odločilno za presojo slabega finančnega stanja, čeprav je dokaj zanesljiv indikator. Podobno lahko rečemo tudi v obrnjeni smeri, namreč da blokada TR v trenutku sklenitve posla ne bo vedno in nujno pomenila, da je bil osumljenec v slabem finančnem stanju, če iz okoliščin zadeve izhaja, da ima zagotovljena sredstva/dobre terjatve ...

³¹ Sodba Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Kp 2896/2010, z dne 13. septembra 2011. Podobna razmišljanja smo zasledili že bistveno bolj zgodaj. V sodbi okrožnega sodišča v Ljubljani, opr. št. II K 53/2003, z dne 1. decembra 2004, je sodišče zapisalo: »Zgolj kasnejša neizgradnja garažnega objekta, katero tožilec zatrjuje v konkretnem opisu obtožnice, namreč po oceni senata ne more hkrati pomeniti konkretizacije preslepitve, čeprav je v dokaznem smislu lahko indic, ki na tak zaključek napotuje.« Hkrati se je v citirani zadevi sodišče sklicevalo na ustaljeno sodno prakso glede zahtevane stopnje konkretizacije in pri tem navedlo sodbi Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Kp 91/2004, z dne 19. avgusta 2004 in opr. št. I Kp 1565/2002, z dne 26. marca 2003 ter sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Kp 909/2003, z dne 3. septembra 2003.

preslepljenosti oškodovanca. Prav vsako zagotavljanje plačila s strani poslovne stranke prav gotovo še ne more voditi k preslepljenosti/preslepitvi oškodovanca. To postane zelo očitno pri dalj časa trajajočih poslovnih razmerjih in zavestnem prenašanju neporavnanih obveznosti iz enega obdobja v drugo brez zahtev po dodatnih garancijah, dodatnem zavarovanju ipd. Če lahko oškodovanci utemeljeno sklepajo, da do poravnave obveznosti ne bodo prišli, je zelo težko sprejeti tezo, da so bili s standardnimi pogodbenimi zagotovili o plačilu preslepljeni. Ocenjujemo, da je pri oceni preslepljenosti oškodovancev treba za osnovo vzeti standard povprečnega in skrbnega gospodarstvenika in presojati, ali bi bil on glede na razpoložljive informacije v konkretni zadevi preslepljen z enostavnimi lažnimi navedbami o plačilu (analogija s t. i. *mensonge simple* v francoski ureditvi!). Medtem ko po civilnem pravu v posameznih primerih pride v poštev standard konkretnega posameznika, menimo, da je v kazensko-pravnih zadevah to zaradi inherentnega javnega interesa upravičeno zgolj v situaciji, ko bi ocenili, da za neki poslovni subjekt veljajo strožji standardi od povprečno skrbnega gospodarstvenika.³² V mislih imamo na primer situacije, ko ima neki poslovni subjekt redoma istovrstne neplačnike in svojega poslovanja temu ustrezno ne prilagodi (npr. z zahtevami po dodatnem zavarovanju). Če se organi pregona redoma in v večjem številu srečujejo s tipiziranimi ovadbami nekega poslovnega subjekta, se po naši oceni organi pregona in sodišča povsem upravičeno lahko vprašajo, ali ni mogoče ta poslovni subjekt privolil v tveganje neplačila, ker kljub očitni napaki v njegovem poslovnem procesu tega ni ustrezno prilagodil. Prav tako je mogoče strožji standard upoštevati v primerih dalj časa trajajočega poslovnega sodelovanja, v katerem se prenašajo neporavnane obveznosti ali se nekritično sprejemajo za pogodbene stranke neobičajni načini poplačila (npr. gotovinsko poslovanje, asignacije).

Na ravni zakonske definicije je strožja inkriminacija (poslovne) goljufije, ki inkriminacijo razširja v fazo izvajanja pogodbe ali posla, omejena na tista razmerja, ki obstajajo pri opravljanju gospodarske dejavnosti. Tudi ob trenutno veljavni definiciji gospodarske dejavnosti v KZ-1³³ ostajajo primeri, ko ravna-

³² Gre za situacijo, primerljivo ureditvi pravne zmote v KZ-1, kjer je v drugem odstavku 31. člena zapisano, da ne gre za upravičeno pravno zmoto, če storilec ni vedel za pravna pravila, s katerimi bi se lahko seznanil pod enakimi pogoji kot drugi v širšem njegovem okolju, ali pa je moral glede na svoje delo, vlogo ali siceršnji položaj poznati posebna pravila.

³³ V skladu z desetim in enajstim odstavkom 99. člena KZ-1 po noveli B se za gospodarsko dejavnost šteje: 1. vsaka dejavnost, ki se opravlja proti plačilu na trgu, 2. vsaka dejavnost, ki se za dogovorjeno ali predpisano plačilo opravlja poklicno ali organizirano. Pri tem se za opravljanje gospodarske dejavnosti oziroma za gospodarsko poslovanje štejejo: 1. izvajanje, upravljanje, odločanje, zastopanje, vodenje in nadziranje; 2. upravljanje nepremičnin, premičnin, denarnih sredstev, dohodkov, terjatev, kapitalskih naložb, drugih

nja fizične osebe, ki hkrati opravlja dejavnost samostojnega podjetnika, slej ko prej v domeni klasične goljufije, če gre za posle ali pogodbe, ki niso vezani na registrirano dejavnost samostojnega podjetnika, saj je pri nas prevladala vsebinska, ne formalna koncepcija gospodarske dejavnosti.³⁴ Kljub temu se lahko pojavi glede kakega nakupa dejansko vprašanje, ali je bil izveden v okviru dejavnosti samostojnega podjetnika ali ne; pri tem vprašanju na koncu hitro pretehta formalni vidik v smislu tega, kaj je konkretno navedeno na računu in na kakšen način je bilo izvedeno plačilo,³⁵ in ne, za kaj se material porabi.

Bolj zanimivo se v zvezi z možnostjo omejitve dometa kaznivega dejanja poslovne goljufije zdi vprašanje časovnih mej »izvajanja pogodbe«. Ali gre za časovno odprt pojem, ki dopušča vključitev preslepitev in okoliščin na podlagi katerih se sklepa na preslepitveni namen vse do končne izpolnitve pogodbe oziroma posla, ali pa so bile pri tem mišljene zgolj situacije t. i. sukcesivnih dobav? Praksa pri konstrukciji preslepitvenega naklepa redoma upošteva

oblik finančnega premoženja ter drugih sredstev pravnih oseb javnega ali zasebnega prava, razpolaganje s temi sredstvi in nadzorstvo nad njimi.

³⁴ Prim. s Hinko Jenull: Gospodarska dejavnost v osnutku KZ-1B, v: Pravna praksa, 30 (2011) 4, str. 8–10. Glede na vsebinsko koncepcijo definicije se zdi, da tudi (postranske) kmetijske dejavnosti, kot so recimo oddajanje mleka ali prodaja poljskih (krompir, repa ...) in podobnih izdelkov (med), padejo v to definicijo. V zvezi s tem je zanimivo vprašanje, kako obravnavati delovanje na t. i. sivem ali črnem trgu oziroma na bolj neformalnih trgih. Čeprav je v definiciji uporabljena beseda trg, ta ni natančneje definiran. Če za ponazoritveni primer vzamemo prostitucijo, ki je v Standardni klasifikaciji gospodarskih dejavnosti (SKD) iz leta 2008, Ur. l. RS, št. 69/2007, 17/2008 (glej Abecedno kazalo), klasificirana kot ena izmed drugih storitvenih dejavnosti, drugje nerazvrščenih, pod številko 96.090 – bi to dejavnost lahko na praktični ravni obravnavali v okviru kaznivega dejanja poslovne goljufije? V mislih imamo recimo tako primere neopravljenih storitev po avansnem plačilu kot tudi primere neplačila po opravljenih storitvah ...

³⁵ Primeroma navajamo odstop od pregona v zadevi Kt (1) 3128/02, z dne 2. julija 2003, v katerem je ODT na podlagi izpovedi prič sklenila, da obdolženi posla ni sklenil kot samostojni podjetnik, ampak kot fizična oseba; v to smer je izpovedala ena izmed prič, ki je navedla: »... da je vedela, da ima obdolženi s. p., zakaj se je odločil za nakup kot fizična oseba, pa ni vedel povedati. Na izrecno vprašanje je priča povedala, da obdolženi v konkretnem primeru ni nastopal kot samostojni podjetnik, temveč kot fizična oseba, saj sicer ne bi šlo za blagajniški račun, ampak bi mu bil dostavljen račun kot samostojnemu podjetniku za plačilo preko banke.« V tem primeru se je ODT odločila glede razmejitve na podlagi načina plačila, čeprav so bili nakupi dejansko opravljeni za dejavnost, ki jo je fizična oseba opravljala tudi kot s. p. Ker je bila očitana preslepitev pri izvajanju pogodbe, je ODT na podlagi dejanskega stanja ocenila, da niso podani niti znaki kaznivega dejanja navadne goljufije. Podobno je tudi v sklepu o zavrženju Okrožnega državnega tožilstva v Ljubljani, z dne 9. oktobra 2003, v zadevi Kt (1) 2308/03, način plačila prek položnice z navedbo plačnika kot fizične osebe pretehtal nad tem, da je fizična oseba imela odprt s. p., ki se je ukvarjal z gradbeništvom in krovstvom in je dejansko nakupil večjo količino strešne kritine, kar nakazuje, da je šlo za material v zvezi z opravljanjem njegove dejavnosti samostojnega podjetnika.

tudi ravnanja po zapadlosti terjatve (e. g. izmikanje stikom), ki je po prevladujočem teoretičnem stališču časovna točka dokončanega kaznivega dejanja v objektivnem smislu. Ali je mogoče iz tega dejstva potegniti kakšne zaključke glede vpliva t. i. *ex post facto* plačil v času »izvajanja pogodbe ali posla« v zvezi z obstojem zahtevanega objektivnega pogoja kaznivosti pri poslovni goljufiji?

2.2 Objektivni pogoj kaznivosti in *ex post facto* plačila ter poslovna goljufija kot kvazidelikt

Ne glede na to, ali na objektivni pogoj kaznivosti gledamo kot na institut, ki skuša »uskladiti temeljna načela garantističnega kazenskega prava [mišljeno je v smislu omejevanja sodniške diskrecije] s potrebo po določeni elastičnosti kazenskega prava in omejiti domet določb, ki vsebujejo t. i. objektivni element kaznivega dejanja«, ali pa kot na »institut, s katerim se izigrava pravila o krivdi«, ³⁶ gre za institut kriminalne politike, s katerim se na zakonski ravni opravlja selekcija zlasti med tistimi početi, »ki so na spodnjem robu kaznivih ravnanj«. ³⁷ V tej luči je treba gledati na objektivni pogoj kaznivosti tudi z vidika kaznivega dejanja poslovne goljufije, kjer pa do določene mere prav tako prevzema vlogo prepovedane posledice, ³⁸ in sicer bolj, kot je to doktrinarno zaželeno. ³⁹

Ocenjujemo namreč, da je kaznivo dejanje poslovne goljufije eno tistih kaznivih dejanj, pri katerih ne moremo govoriti o obstoju prepovedane posledice v klasičnem smislu. Kot pravi Ambrož:

³⁶ Za razpravo o naravi objektivnega pogoja kaznivosti glej: Zvonko Fišer: Objektivni pogoj kaznivosti. Doktorska disertacija, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Nova Gorica 1995, str. 15–19.

³⁷ Prav tam, str. 16.

³⁸ Deisinger v komentarju k 234.a členu KZ pravi, da je posledica tega kaznivega dejanja (ne govori sicer o *prepovedani* posledici!) nastanek škode za stranko ali koga drugega (od KZ-1 naprej tudi zgolj nastanek premoženjske koristi za storilca). Kot pravi Deisinger: »Do te posledice, nastanka premoženjske škode, storilec ni v krivdnem odnosu, ker gre za objektivni pogoj kaznivosti.« Glej Mitja Deisinger: Komentar k 234.a členu, v: Kazenski zakonik s komentarjem – posebni del. GV Založba, Ljubljana 2002, str. 481.

³⁹ Fišer po Angioniju povzema (nesporne) zaključke o objektivnem pogoju kaznivosti: 1. da gre za posledico – pogoj in ne za pravo posledico kaznivega dejanja; 2. da gre za okoliščino, ki logično lahko nastopa kot pogoj; 3. da je dejanje, na katero se navezuje, že samo po sebi kaznivo dejanje; 4. da pogojni element določa kaznivost in ne količino kaznivosti; 5. da pogoj ne sme razmejevati kaznivega dejanja od drugih kaznivih dejanj, ponavadi hujših; 6. da ni treba, da bi storilec pogoj hotel; 7. da je pogoj dogodek, ki nastopi kvečjemu hkrati z izvršitvijo dejanja, nikoli pa poprej. Z. Fišer, nav. delo, str. 122.

»Če pojem prepovedane posledice razumemo ozko – kot se ga danes večinoma razume – namreč kot realen učinek na objektu ravnanja, prostorsko in časovno ločen od dejanja samega, potem je nesporno, da obstajajo tudi kazniva dejanja brez posledice. Zanje se je ustalilo poimenovanje formalni delikti oziroma dejavnostni delikti in so protipol (pendant) posledičnim deliktom. Praktični pomen razlikovanja med enimi in drugimi je zlasti v tem, da je vprašanja vzročnosti in objektivne pripisljivosti treba raziskovati le pri posledičnih kaznivih dejanjih, za izpolnitev biti inkriminacije pri dejavnostnih deliktih pa zadošča že obstoj ustreznega izvršitvenega ravnanja.«⁴⁰

Izvršitveno ravnanje pri poslovni goljufiji je sicer preslepitev, vendar pa kljub temu prav tako ne gre za čisti dejavnostni delikt. Že sam obstoj instituta objektivnega pogoja kaznivosti na teoretični ravni med dejavnostne in posledične delikte vnaša (dodatno) kategorijo kvazidejavnostnih oziroma kvaziposledičnih deliktov. Konkretno pa je pri kaznivem dejanju poslovne goljufije teoretična čistost zgornje delitve na dejavnostne in posledične delikte skrhana še toliko bolj, ker se na obstoj preslepitve (preslepitvenega naklepa) v praksi in v tej konkretni inkriminaciji sklepa pretežno glede na (ne)obstoj objektivnega pogoja kaznivosti, to je delnega ali celotnega neplačila, zaradi katerega pride do premoženjske koristi za storilca ali premoženjske škode za stranko. Zato menimo, da gre pri tej inkriminaciji za enega izmed primerov, za katere velja, da (nepravi) objektivni pogoj kaznivosti že v tolikšni meri prehaja v prepovedano posledico in s tem del biti kaznivega dejanja, da bi ga bilo treba v interesu načela subjektivne krivdne odgovornosti bistveno ožje razlagati,⁴¹ kjer je to mogoče (npr. v situacijah, kjer do konca postopka pride do poplačila).

Ker ne vemo, ali bi upoštevajoč navedeno poslovno goljufijo umestili med kvazidejavnostne ali kvaziposledične delikte, smo se odločili za oznako kvazide-

⁴⁰ Matjaž Ambrož: Dileme eventualnega naklepa, v: *Pravna praksa*, (2012) 33, str. II. Ambrož pojasnjuje, da se »stališče, po katerem ima vsako kaznivo dejanje svojo posledico, od pravkar povedanega razlikuje po tem, da posledico razume širše, in sicer jo v nekaterih primerih vidi kar v ravnanju samem, ki izpolnjuje bit določene inkriminacije. S takim, širšim razumevanjem prepovedane posledice lahko pridemo do sklepa, da imajo vsa dejanja posledico, vendar pa se v praktičnem smislu ne spremeni kaj dosti: še vedno bodo ostala kazniva dejanja, ki imajo posledico kot realen učinek, ločen od ravnanja (in torej zahtevajo ukvarjanje z vzročnostjo in objektivno pripisljivostjo), in taka, ki je nimajo ... Dodati velja še, da tudi z vidika legitimnosti kazenskega prava ne pridobimo prav nič, če dejavnostne delikte 'odpravimo' tako, da jih razglasimo za posledične, pri čemer ne storimo drugega kot to, da za posledico pač razglasimo dejanje samo.«

⁴¹ Glej: Ljubo Bavcon in drugi: *Kazensko pravo – splošni del*. Uradni list RS, Ljubljana 2009, str. 189.

likt.⁴² Pri tem gre po naši oceni za poimenovanje, ki predvsem na praktični ravni dokaj dobro zadene bistvo tega kaznivega dejanja. To še posebej pride do izraza pri t. i. *ex post facto* plačilih oziroma poravnavi obveznosti po oškodovančevi vložitvi kazenske ovadbe bodisi v fazi do vložitve zahteve za preiskavo bodisi v fazi po vloženi zahtevi za preiskavo, a še pred uvedeno preiskavo, bodisi po uvedbi preiskave, a še pred vložitvijo obtožnice, bodisi po vloženi obtožnici bodisi v času teka glavne obravnave.

V praksi smo zasledili situacije, ko se je plačilo obveznosti v različnih fazah postopka upoštevalo bodisi kot:

- (i) dejavnik, ki je izkazoval neobstoj objektivnega pogoja kaznivosti;⁴³
- (ii) dejavnik, ki izključuje oziroma ne dopušča konstrukcije preslepitvenega namena oziroma "trajnega prilastitvenega namena" in s tem obstoj kaznivega dejanja;⁴⁴
- (iii) dejavnik, ki je narekoval uporabo določb o kaznivem dejanju majhnega pomena⁴⁵ oziroma (kasneje) uporabo procesnih določb glede nesorazmer-

⁴² Pri tem ne mislimo na kvazidelikt v smislu delitve iz rimskega prava, temveč na poimenovanje, ki ponazarja, da imamo opravka s krvosesnim netopirjem, ki po definiciji ni ne tič in ne miš – torej ne gre niti za čisto kaznivo dejanje niti za čisto civilno zadevo, temveč nekaj vmes, kar se izmika čisti klasifikaciji in je drugače od netopirja hkrati tič in miš in ne čisto eno ali drugo.

⁴³ Glej npr. zadevo Kt (1) 123/03, ki je predstavljena v op. 54.

⁴⁴ Na primer v sklepu Okrožnega državnega tožilstva v Ljubljani, Kt (1) 5844/09, z dne 26. novembra 2010, kjer je prišlo med ovaditeljem in domnevnim storilcem do zunajsodne poravnave v vzporedni pravdni zadevi, je ODT na podlagi tega dejstva ovadbo zavrgel, ker je ocenil, da »v konkretnem primeru ni znakov kaznivega dejanja, saj ni izkazan preslepitveni namen S, ki je obveznosti do oškodovanca O poravnal, zato je bilo potrebno kazensko ovadbo zavreči«. Do poravnave je sicer prišlo po vložitvi ovadbe in seveda po datumu zapadlosti terjatve. V sklepu Okrožnega državnega tožilstva v Ljubljani, Kt (1) 6201/09, z dne 17. junija 2010, je še bolj izrecno zapisano: »... v konkretnem primeru, glede na to, da je osumljeni poravnal vse svoje obveznosti do oškodovanca, pa čeprav po vloženi kazenski ovadbi, v konkretnem primeru ni podan utemeljen sum, da je izpolnil zakonske znake očitnega kaznivega dejanja, in sicer, da je pri sklenitvi posla zasledoval namen preslepitve odgovorne osebe oškodovane družbe.« V nekaj primerih smo v povezavi s kasnejšim plačilom obveznosti zasledili dikcijo, da v konkretni zadevi »ni bil podan *trajen* prilastitveni namen«. Pri tem gre očitno za dodatno kvalifikacijo preslepitvenega namena oziroma zahtevo, ki ni posledica zakonske dikcije, zato je še posebej zanimiva. To dikcijo smo večkrat zasledili pri odločanju ODT, na primer v zadevah Kt (1) 6014/03 ali Kt (1) 2162/02, prav tako pa tudi recimo v opr. št. II K 127/2008, z dne 27. oktobra 2009.

⁴⁵ V času veljavnosti določb o dejanju majhnega pomena v KZ do uveljavitve KZ-1 (2008).

nosti med majhnim pomenom kaznivega dejanja ter posledicami, ki bi jih povzročil kazenski pregon;⁴⁶

(iv) ali zgolj kot dejavnik, ki ga je sodišče upoštevalo (ali tožilstvo predlagalo) kot olajševalno okoliščino pri izreku kazni.⁴⁷

Vodotesnega pravila glede izbire ni, gre za interpretacijsko diskrecijo odločevalca v praksi odvisno predvsem od ostalih kontekstualnih okoliščin. Načeloma velja: bolj ko se približujemo koncu kazenskega postopka in oddaljujemo od zapadlosti obveznosti, večja je verjetnost, da se bo plačilo obveznosti upoštevalo (zgolj) kot olajševalna okoliščina.⁴⁸ Sicer pa se izmed vseh štirih interpretacij pomena naknadnega plačila na prvi pogled zdi najbolj oportuna in hkrati teoretično najbolj nedosledna prva, namreč da plačilo negira obstoj oziroma da s plačilom odpade škoda oziroma premoženjska korist kot objektivni pogoj kaznivosti. Prav to je razlog, da si zasluži natančnejšo obravnavo. Ključno vprašanje, ki si ga je v zvezi s tem treba postaviti, je: kdaj dolg postane (*trajna*) škoda?⁴⁹

⁴⁶ V tem primeru lahko tožilec na podlagi 161. člena ZKP po noveli K ovadbo zavrže, zunajobravnavni senat lahko odloči, da se obtožba ne dopusti, in zadevo ustavi v skladu s 5. točko 277. člena ZKP po noveli K, ko sklepa o ugovoru zoper obtožnico; sodišče pa lahko na glavni obravnavi s sodbo oprosti obtoženca obtožbe na podlagi 4. točke 358. člena ZKP (po noveli K). Primeroma navajamo argumentacijo v sklepu Okrožnega državnega tožilstva v Ljubljani, z dne 27. maja 2009, v zadevi Kt (1) 2063/09, v kateri je obdolženec po vložitvi ovadbe poravnal celotni znesek; ODT je v obrazložitvi zapisal, da plačilo obveznosti »sicer ne pomeni, da niso izpolnjeni vsi zakonski znaki očitanege kaznivega dejanja. Škoda je bila namreč poravnana šele potem, ko so policisti osumljenega zaslišali in ga ob tem seznanili z obstojem dolga. Vendar pa ob upoštevanju drugih okoliščin – podan je subjektivni pogoj nesorazmernosti med majhnim pomenom kaznivega dejanja in posledicami, ki bi jih povzročil kazenski pregon – osumljeni še ni bil kazensko ovaden, ocenjujem, da so dejansko izpolnjeni pogoji, določeni v 161. členu ZKP.« Podobno v sklepu o zavrženju, Kt (1) 1745/09, z dne 27. julija 2009, ODT navede: »Glede na višino dolgovanega zneska (719 EUR), ki je bil sicer po podani ovadbi poravnana, pa ocenjujem, da je nevarnost očitanege dejanja neznatna, saj so tudi škodljive posledice neznatne, dolg pa je poravnana.«

⁴⁷ (Ne)poravnava škode je ena izmed olajševalnih oziroma obteževalnih okoliščin po drugem odstavku 49. člena KZ-1.

⁴⁸ Nikakor pa to ni absolutno pravilo. V zadevi Kt (1) 6014/03 je tako prišlo do dogovora o plačilu na sami glavni obravnavi, ko je oškodovanec na zapisnik podal izjavo, da »se v primeru plačila odpovedujemo še kakšnemu drugemu zahtevku in da v primeru, če ODT umakne obtožbo zoper O, tudi ne bomo nadeljavali pregona zoper njega«. Dejansko je nato prišlo do poplačila, ODT pa je v besedi strank umaknil obtožnico, pri čemer je navedel, da iz plačila izhaja, »da v konkretnem primeru ne gre za trajen prilastitveni namen in trajno povzročene škode oškodovancu in torej niso podani vsi znaki kaznivega dejanja, škoda pa je tudi poravnana«.

⁴⁹ Od KZ-1 naprej seveda tudi vprašanje, od katere točke naprej (neplačilo) dolga lahko štejejo za premoženjsko korist, še posebej v primeru poplačila celotne obveznosti s pripadki do konca postopka.

Več dogmatično bolje podkovanih kolegov ocenjuje, da so načeloma ob obstoju preslepitvenega namena pri izvršitvi preslepitve vsi znaki kaznivega dejanja poslovne goljufije podani že takoj ob nastopu dolžnikove zamude, ki naj bi predstavljala točko nastanka škode/premoženjske koristi oziroma objektivnega pogoja kaznivosti.⁵⁰ Problem v zvezi s tem je dejstvo, da se na obstoj preslepitvenega namena oziroma izvršitvenega ravnanja v praksi velikokrat sklepa pretežno (tudi) na podlagi ravnanj domnevnega storilca po tej časovni točki (tj. izmikanje stikom, obljube o plačilu), kar na neki način pomeni, da imamo podane vse znake kaznivega dejanja, še preden je to dejansko »dokončano«. Stališče, ki nastanek škode postavlja v trenutek nastopa zamude, je po naši oceni tudi sicer problematično.

Tveganje zamude s plačilom je eno običajnih tveganj pri gospodarskem poslovanju, zato je upnikom (na sistemski ravni) na voljo izvršilni postopek (po novem tudi institut izvršnice⁵¹). Bi bilo mogoče in smiselno stališče, da premoženjska škoda/korist (vsaj v kazenskopравnem, če ne že v civilnopравnem pomenu) nastane šele v primeru neuspešnega izvršilnega postopka?⁵² K premisleku v to smer so nas spodbudila nekatera zavrženja, v katerih so se ODT-ji sklicevali tudi na to, da ima/je imel upnik možnost poplčila v izvršilnem postopku, še posebej pa obrazložitev v zadevi Kt (1) 123/03. Upnik je v navedeni zadevi ob kazenski ovadbi vzporedno sprožil izvršilni postopek, v katerem je bil v celoti poplačan, zato je ODT ovadbo zavrgel iz razloga, ker naznanjeno kaznivo dejanje ni kaznivo dejanje, za katero se storilec preganja po uradni dolžnosti, in ob tem zapisal:

»Termina premoženjska škoda, ki je uporabljen v prvem odstavku 234.a členu KZ, namreč ni mogoče izenačevati s terminom 'dolg'. Ni torej mogoče zastopati stališča, da ker družbi X terjatev od dneva valute računa dne 26. 3. 2002 do dokončnega poplčila v izvršilnem postopku dne 30. 1. 2003, torej v tem obdobju, ni bila plačana, da je s tem v obravnavanem obdobju družbi X nastala premoženjska škoda. V gospodarskem poslovanju imajo upniki ob različnih instrumentih zavarovanja svojih terjatev na voljo tudi postopek izvršbe, ki je namenjen ravno izterjavi zapadlih, a neplačanih obveznosti. Če je bil dolg osumljenčeve gospodarske družbe, ki ga je le-ta imela v razmerju do gospodarske družbe X v celoti z vsemi stroški, po-

⁵⁰ Prim. s stališčem v sodbi Vrhovnega sodišča RS, opr. št. I Ips 51407/2010-70, z dne 9. februarja 2012.

⁵¹ Glej Zakon o preprečevanju zamud pri plačilih (ZPreZP-1), Ur. l. RS, št. 57/2012, ki v 37. do 53. členu ureja t. i. izvršnico kot posebno listino, namenjeno zavarovanju plačil v gospodarskem poslovanju.

⁵² V primeru stečaja ali prisilne poravnave bi do te točke seveda prišlo že prej – ob uvedbi stečaja oz. ob potrditvi prisilne poravnave.

ravnan z uporabo običajnih instrumentov izterjave dolgov, ki jih imajo na voljo upniki, v konkretnem primeru torej z izvršbo na sredstva na dolžnikovem računu, ni mogoče govoriti o nastanku premoženjske škode, zato kaznivo dejanje v konkretnem primeru ni podano.«⁵³

Stališče, da obstoja dolga ne moremo izenačevati s pojmom premoženjska škoda, se nam zdi zelo prepričljivo. Dejansko škodo teoretično pomeni razlika med trenutno tržno vrednostjo terjatve in višino terjatve. Dejstvo je namreč, da ima upnikova terjatev do dolžnika tržno monetarno vrednost tudi po zapadlosti terjatve. Mogoča je prodaja terjatve, menjava terjatve, vključitev terjatve v verižno kompenzacijo, na trgu so celo podjetja, ki na tem gradijo svojo poslovno dejavnost (e. g. *factoring*, *forfaiting*). Tako se nakazuje, da vse dokler obstaja realno izterljiv dolg, vsaj o določenosti premoženjske škode ne moremo govoriti⁵⁴ – na neki način gre za potencialno in nečisto škodo (to je trenutno nedoločen, a vseeno potencialen in v bodoče določljiv znesek eventualne premoženjske škode). V primeru stečaja ali prisilne poravnave ima ODT dobro podlago za oceno, da je (del) dolg(a) že (gotovo) postal škoda, ODT-ju prav tako ne gre odreči interpretacijske diskrecije, da v določeni situaciji (e. g. na podlagi podatkov o slabem finančnem poslovanju dolžnika) presodi, da je dolg (zagotovo) neizterljiv.⁵⁵ Nesporno pa je, da v primeru neuspešne izvršbe dolg ni več izterljiv in imamo opravka z določno opredeljeno in realno (nič več potencialno) škodo. ODT lahko načeloma v primeru, da izvršilni postopek ni bil niti sprožen, z dobršno mero suverenosti *prima facie* oceni, da škoda/korist in s tem objektivni pogoj kaznivosti *zaenkrat* še ni izkazan oziroma natančno določen, čeprav so postavljene meje določljivosti (višina obveznosti s pripadki).⁵⁶ V tej luči se odpira vprašanje, ali ne bi bilo z vidika učinkovitosti

⁵³ Sklep Okrožnega državnega tožilstva v Ljubljani o zavrženju, v zadevi Kt (1) 123/03, z dne 11. aprila 2003.

⁵⁴ Še posebej je tako, če domnevni oškodovanec v skladu s svojimi internimi računovodskimi predpisi sploh še ni odpisal oziroma ustrezno prevrednotil dolga storilca – pred odpisom/prevrednotenjem ga namreč še vedno vodi v svojih finančnih izkazih.

⁵⁵ Nadaljevanje citiranega sklepa se glasi: »Povsem drugače pa bi seveda bilo v primeru, da bi se ugotovilo, da je osumljenec ravnal na način, na kakršen je to opisano, ob pogojih, ko bi se zavedal, da njegove obveznosti ne bodo mogle biti poravnane niti z uporabo instrumentov izterjave, ki so na voljo upnikom, če bi bila njegova gospodarske družba prezdolžena in podobno. Vendar pa se to v konkretnem primeru ni izkazalo. Z opisanim ravnanjem pa je osumljeni, vsaj v razmerju do družbe X, gotovo izgubil precejšen del svoje poslovne kredibilnosti, vendar le-ta ne more biti in ni predmet kazenskega postopka.«

⁵⁶ Tu bi opozorili na pogosto napako sodišč prve stopnje, ki pri tem kaznivem dejanju kot posebni pogoj ob izreku pogojne obsodbe določajo tudi plačilo obresti od ugotovljenega zneska škode. V zvezi s tem velja omeniti sodbo Vrhovnega sodišča RS v zadevi I Ips 165/2002, z dne 11. marca 2004, v kateri natančno obrazloži, da povrnitev škode, ki je bila povzročena s kaznivim dejanjem in jo je kot posebni pogoj mogoče naložiti obdolžencu v

kazenskega postopka, ki je načeloma ultima ratio in je za državo stroškovno in kadrovske gledano bolj obremenjujoč, ne bi bolj smotrno, da bi ODT-ji *prima facie* zavrgli tiste ovadbe, pri katerih nimajo izkazanega (delno) neuspešnega končanja izvršilnega postopka.⁵⁷ S praktičnega vidika zavrženje samo po sebi ne pomeni, da zadeva ne more priti ponovno pred ODT-ja, če se izvršilni postopek kasneje (delno) neuspešno zaključi. Prav tako se lahko v izvršilnem/civilnem postopku na matičnem področju izkristalizira (ne)upravičenost pogostih (pavšalnih) ugovorov domnevnega storilca o kakovosti storitve/blaga. S teoretičnega vidika pa ocenjujemo, da so zastaralni roki varovani celotni čas poteka izvršilnega/civilnega postopka, če se postavimo na stališče, da se objektivni pogoj kaznivosti do konca konkretizira/izčisti šele ob neuspešnem izvršilnem/civilnem postopku.⁵⁸ Navsezadnje velja poudariti, da imamo v vsakem

pogojni obsodbi, ne more zajemati tudi zamudnih obresti. Kot je zapisalo Vrhovno sodišče RS: »Zamudne obresti ne predstavljajo povrnitve škode, saj so posebna stranska in akcesorna terjatev ...« Da so vsaj višja sodišča to stališče ponotranjila, izhaja na primer iz sodbe Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Kp 113/2005, z dne 22. junija 2005, v kateri se pojavlja identična argumentacija, *verbatim*.

⁵⁷ Stečajne zadeve in primeri prisilnih poravnav so pri tem izjema, kot je bilo že nakazano.

⁵⁸ O vprašanju časa izpolnjenosti vseh znakov kaznivega dejanja v zvezi z objektivnim pogojem kaznivosti glej: Z. Fišer, nav. delo, str. 133–136, kjer med drugim zapiše: »... menimo, da bi se bilo potrebno postaviti na stališče, da začne teči zastaralni rok šele z nastankom OPK, ne pa s trenutkom izvršitve dejanja ... [v nasprotnem primeru] bi se namreč lahko zgodilo, da bi prišlo do zastaranja, preden bi nastopil OPK, torej preden bi dejanje pridobilo vse znake, ki so določeni v zakonu. Dejanje sploh še ne bi prešlo v kaznivo cono, zoper storilca ne bi bilo mogoče storiti ničesar v smeri pregona, ta pa bi kljub temu zastaral ... zato je utemeljena samo tista rešitev, po kateri začne teči zastaranje s trenutkom, ko se je izpolnil v zakonu predvideni pogoj.« Fišer je prav tam podal predlog, da se to razreši na zakonski ravni, tako kot v Italiji. Mi za dodatno zakonsko normiranje ob povsem razumni in sprejemljivi argumentaciji sicer ne vidimo potrebe; je pa res, da smo v praksi naleteli na en primer, v katerem je ODT zaradi zastaranja zavrgla zadevo prav v situaciji, o kateri je govor. V tej zadevi je do prevzema blaga in očitane preslepitve prišlo junija 2000. ODT je odločala leta 2009 in ugotovila, da je od izvršitve preteklo več kot pet let, v vmesnem času pa prav tako ni prišlo do pretrganja zastaranja. Več kot očitno je, da se je ODT ukvarjala zgolj s trenutkom izvršitve, ne pa tudi s trenutkom obstoja vseh znakov kaznivega dejanja – v konkretni zadevi je namreč upnik v pravdi uspel s svojim tožbenim zahtevom leta 2005, izvršba na podlagi pravnomočne sodbe pa je bila kasneje neuspešna. Glej: sklep Okrožnega državnega tožilstva v Ljubljani, Kt (0) 5793/09, z dne 28. decembra 2009. Po našem stališču je objektivni pogoj kaznivosti nastopil po neuspešni izvršbi, zato do zastaranja v trenutku odločanja ODT še ni prišlo in je bila odločitev ODT s tega vidika prenačljiva. V takih situacijah torej zagovarjamo podobno interpretacijo teka zastaralnih rokov kot pri trajajočih kaznivih dejanjih ali pri opustitvenih kaznivih dejanjih. Eventualno bi lahko situacijo, v kateri teče civilni/izvršilni postopek, šteli tudi za eno izmed situacij po tretjem odstavku 91. člena KZ-1, ko »zastaranje ne teče v času, ko se po zakonu pregon ne sme začeti ali nadaljevati«. Tudi v povezavi s postopkovnimi določili, ki v primeru predhodnih pravnih vprašanj iz drugih postopkov določajo, da kazensko sodišče *lahko* (*ne pa, da mora!*) odloči tudi o tem vprašanju (glej prvi odstavek 23. člena ZKP-UPB8).

primeru vse do neuspešnega zaključka izvršilnega postopka pravzaprav opravlja zgolj z *začasnim* nastankom premoženjske škode oziroma koristi,⁵⁹ strogo branje zakonskega besedila pa nasprotno vodi k zahtevi po *trajnem* nastanku premoženjske škode oziroma *trajni* pridobitvi premoženjske koristi kot časovni točki nastanka objektivnega pogoja kaznivosti.⁶⁰ Eden izmed zakonskih znakov je sicer tudi (zgolj) delna neizpolnitev obveznosti, toda delne neizpolnitve, vsaj v kazenskopravnem pomenu, nikakor ne gre enačiti z nepravočasno izpolnitvijo.

Skratka, z zahtevo po predhodno neuspešnem izvršilnem postopku bi se znebili marsikatero frivolne ovadbe oziroma kazenskega postopka in bi hkrati cono kriminalnosti tako zamejili, da kaznivo dejanje poslovne goljufije ne bi moglo postati substitut civilnopravnemu izvršilnemu postopku.

Ta linija misli seveda odpre možnosti tudi za upoštevanje naknadnega plačila obveznosti med (pred)kazenskim postopkom vsaj do točke, ko se škoda izčisti; samo kot olajševalna okoliščina bi se po tej točki torej načeloma lahko upoštevalo zgolj plačilo po že končani neuspešni izvršbi. V primeru, da bi datum zapadlosti terjatve vseeno štel kot trenutek nastanka škode/koristi, pa obstaja še ena malce bolj radikalna argumentacija; izpolnitev (generične!) obveznosti (pri kaznivem dejanju poslovne goljufije) kadarkoli med (pred)kazenskim postopkom in pred neuspešno zaključeno civilno izvršbo pomeni, da objek-

⁵⁹ Prav ta začasna narava pridobljene koristi oziroma nastale škode pred zaključkom civilnopravne izvršbe po naši oceni ne govori v prid določitvi točke nastanka premoženjske škode recimo že ob vložitvi predloga za izvršbo oziroma začetku izvršilnega postopka, s katerim nedvomno nastanejo stroški postopka. Tudi ti bodo namreč ob uspešni izvršbi upniku povrnjeni.

⁶⁰ Ker zakonodajalec oziroma zakon ne govori recimo o *kakršnikoli* ali še bolj izrecno o *trajni ali začasni* pridobitvi koristi/nastanku škode, je strogo branje te določbe z omejitvijo na *trajni* nastanek premoženjske škode oziroma *trajno* pridobitev premoženjske koristi popolnoma primerno. Res je, da na neki način vložitev predloga za izvršbo kaže, da je prišlo do točke, ko je pretrgan redni pričakovani poslovni tok in dokončno prelomljeno zaupanje v pošten pristop k sklenitvi in izvajanju pogodbe, kot je zapisal/a anonimni/a recenzent/ka tega prispevka. Toda ne glede na to poplačilo s pomočjo rednega izvršilnega postopka po našem mnenju še ne dosega tiste stopnje neprava, ki dolžnikovo ravnanje potisne na območje kazenskopravne protipravnosti. Z drugimi besedami, točka trajne pridobitve škode/nastanka koristi je neuspešen zaključek izvršilnega postopka, šele tedaj nastane objektivni pogoj kaznivosti. Če pride do eventualnega plačila po tej točki (še pred zaključkom kazenskega postopka), to načeloma ne more vplivati na vprašanje, ali je objektivni pogoj kaznivosti podan – *ex post facto* plačilo po neuspešni izvršbi se lahko zato upošteva samo kot olajševalna okoliščina. Še enkrat pa velja ponoviti, da ocenjujemo, da lahko ocena okrožnega državnega tožilca, da bo neizogibno prišlo do neuspešnega zaključka izvršilnega postopka, recimo v primeru stečaja ali prisilne poravnave, v posameznih primerih vseeno upravičeno vodi v odločitev o začetku kazenskega pregona. Glej v zvezi s tem tudi že v opombi 59 naveden prvi odstavek 23. člena ZKP-UPB8.

tivnega pogoja ni več z učinkom *ex tunc* – da je torej odpadel za nazaj in zato nimamo podanih vseh znakov kaznivega dejanja.⁶¹

Če povzamemo, upoštevajoč prej navedeno, zagovarjamo stališče, da v primeru t. i. *ex post facto* plačil, kjer *factum* predstavlja vložitev ovadbe, velja velikodušno uporabljati interpretacijsko diskrecijo glede pomena celotne izpolnitve obveznosti v času teka (pred)kazenskega postopka. Predvsem to velja pri tistih oblikah poslovne goljufije, pri katerih imamo opravka z najnižjo očitano stopnjo neprava. Če se že na široko interpretira faza izvajanja v definiciji poslovne goljufije prek tega, da se pri konstrukciji poslovnih goljufij redoma upošteva in navaja izmikanje stikom ter zagotavljanje plačila po zapadlosti terjatve ob kasnejšem neplačilu, potem ni utemeljenega razloga, da se ne bi upoštevalo tudi naknadnega poplačila na podoben način (v praksi je temu že zdaj tako, o čemer priča veliko število zavrženj, ter marsikateri umik zahteve za preiskavo in odstop od pregona v primeru t. i. *ex post facto* plačila). Če se komu teoretično upira argumentacija glede neobstoja oziroma odpada objektivnega pogoja kaznivosti v primeru plačila v času teka (pred)kazenskega postopka, lahko pridemo do enakega rezultata tudi preko zanikanja preslepitvenega namena⁶² ali pa z uporabo procesnih določb glede nesorazmernosti med majhnim pomenom kaznivega dejanja in posledicami, ki bi jih povzročil kazenski pregon.

3. SKLEPNO O POMENU INTERPRETACIJSKE DISKRECIJE PRI KAZNIVEM DEJANJU POSLOVNE GOLJUFIJE

Če na kratko povzamemo, je pojavne oblike poslovne goljufije v smislu intenzivnosti neprava mogoče razvrstiti v (najmanj) tri stopnje:

- (i) Na najvišji stopnji neprava so tista ravnanja, pri katerih je storilčeva preslepitvena aktivnost najbolj intenzivna in kvalificirana bodisi z uporabo ponarejenih listin ali pa jo izkazuje velik organizacijski podvig (razne liziške

⁶¹ To varianto dajemo na mizo predvsem izhajajoč iz tega, da je pri objektivnem pogoju kaznivosti »nesporno samo to, da ni nič nespornega«, in da ga je treba predvsem pri (nepravih) objektivnih pogojih kaznivosti v interesu načela subjektivne krivdne odgovornosti bistveno ožje razlagati, tam kjer je to mogoče.

⁶² Ta argument je mogoče uporabiti tudi v primerih, ko škoda ni v celoti poplačana, je pa v pretežnem delu. V sklepu o zavrženju Okrožnega državnega tožilstva, v zadevi Kt (1) 6747/10, z dne 21. februarja 2011, je ODT ob ugotovitvi, da je bilo plačilo za del obveznosti izvedeno prek asignacij, del pa je osumljenka odplačevala sproti in je tako poravnala 87 odstotkov dolga, sklenil, da »ni mogoče trditi, da O ni imela namena poplačila obveznosti po pogodbi, saj je obveznosti v večji meri poravnala, kljub finančnim težavam ter tako ni mogoče zatrjevati, da je imela goljufiv namen«.

goljufije, masovne posojilne goljufije ...) – te pojavne oblike preslepitev so bile pokrite že s klasično inkriminacijo goljufije (npr. zadeva Grubelič).

(ii) Dokaj pogoste, a na lestvici neprava za stopnjo manj intenzivne, so tiste preslepitve, pri katerih je izpolnitev pogodbene zaveze v roku zavarovana s sicer neponarejenim sredstvom zavarovanja, najpogosteje akceptnim nalogom ali menico, ki pa nima kritja. Prav tako v to kategorijo spadajo primeri, ko do preslepitve pride med izvajanjem pogodbe ali posla in je preslepitev (v obliki lažnega prikazovanja, na primer izrecnih obljub o kasnejšem plačilu) na neki način kvalificirana z zlorabo bolj zaupnega razmerja – v teh primerih preslepitev oziroma prikazovanje, da bodo obveznosti izpolnjene, kvalificira predhodna izgradnja asimetričnega zaupnega razmerja, ki je nato izrabljeno.

(iii) Tudi na najnižji stopnji imamo opravka z asimetričnim zaupnim razmerjem, ki pa je bolj sistemsko-institucionalne narave v smislu upravičenih pričakovanj znotraj gospodarskega poslovanja kot pa rezultat predhodnega poslovnega odnosa ali izdaje nekritih sredstev zavarovanja. Gre predvsem za tiste primere, ko se storilcu očita golo zamolčanje slabega finančnega položaja (oziroma njegova zavest o neizogibnem stečaju ali prisilni poravnavi), ki mu ne omogoča izpolnitve pogodbenih obveznosti.

Ob analizi spisov poslovne goljufije na praktični ravni se je pokazalo kot problematično, da se ovadbe za kaznivo dejanje poslovne goljufije pogosto (zlo) rabijo kot zastraševalno in (za upnika) ekonomsko učinkovito sredstvo za izterjavo civilnopravnih dolgov.⁶³ Kot substitut za izvršilni postopek je ovadba za poslovno goljufijo še posebej priljubljena in učinkovita v zadevah, v katerih se prek kazenske zadeve doseže spregled pravne osebe in navadno z direktnim plačilom s strani ovadene odgovorne osebe v (pred)kazenskem postopku ali pa v končni fazi prek specialnega pogoja v pogojni obsodbi vzpostavi obveznost izpolnitve pogodbenih obveznosti »preminule« pravne osebe.⁶⁴

⁶³ Paradigmatičen primer v tem kontekstu je niz zadev, ki smo jih poimenovali »47 Medotov« in so predmet podrobnejše analize drugje. Glej v zvezi s tem: C. Keršmanc, nav. delo (2013a), str. 128–156, in predvsem nav. delo (2013c), str. 253–283, v katerem je to med drugim prikazano z ekscerpti iz komunikacije med upnikom in ODT-ji.

⁶⁴ Prim. z ugotovitvami in navedbami v letnih poročilih o delu tožilstva: Vrhovno državno tožilstvo: Skupno poročilo o delu tožilstev 2005, str. 47; za leto 2006, str. 47–48; za leto 2007, str. 51; za leto 2008, str. 53, kjer izrecno navedeno, da odvetniki izrabljajo to kaznivo dejanje za izvršbo; za leto 2009, str. 60–61; za leto 2010, str. 64–67; za leto 2011, str. 56–58, ko se prvič omenja problematika izbrisanih družb dolžnic, ki so navadno ovadene skupaj z odgovorno osebo. Glej tudi Liljana Selinšek: Kazniva dejanja zoper gospodarstvo, v: Sodobne usmeritve kazenskega materialnega prava, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2007, str. 375–376.

Brez kakršnegakoli podcenjevanja problematike plačilne nediscipline menimo, da je urejanje tega sistemskega problema s kazenskim pravom neprimerno in bo, ob pomoči novih procesnopравnih institutov, skoraj gotovo vodilo v nadaljnje širjenje cone kriminalnosti v bagatelo.⁶⁵ V zvezi s tem ocenjujemo, da bi lahko praksa pri zadevah, ki zaradi nizke stopnje neprava že prehajajo na področje civilnega/izvršilnega prava, dodatno zamejila cono kriminalnosti:

(i) z zahtevo po taki konkretizaciji⁶⁶ preslepitvenega ravnanja, ki vsaj v fazi vložene obtožnice v njenem izreku presega običajne navedbe o neizpolnitvi pogodbenih obveznosti v roku in vsebuje take okoliščine, iz katerih je mogoče potegniti vrednostni sklep, da objektivno neresnična izjava hkrati pomeni tudi laž;⁶⁷

(ii) z vpeljavo standarda bolj kvalificirane preslepitve oškodovanca, ki bi olajšal izločitev vsaj najbolj očitnih zlorab ovadbe za poslovno goljufijo v namen civilnopravne izvršbe (tj. formulaične ovadbe pri t. i. serijskih ovaditeljih);⁶⁸

⁶⁵ Obstaja realna nevarnost, da se bo cona kriminalnosti »prikrito« širila v bagatelo preko instituta pogajanj o priznanju krivde oz. priznanju krivde iz ZKP-K. Zakaj? V 562 pregledanih sodbah iz našega vzorca je do obsodilne sodbe prišlo v 63 zadevah, pri čemer se je v 35 zadevah (kar je 55 odstotkov obsodilnih sodb iz vzorca) obsojeni pravici do pritožbe odpovedal. Ker vse zadeve iz let 2009 in 2010 še niso bile končane, domnevamo, da bo/je ta delež še višji. Več tovrstnih sodb po naši oceni ne bi prestalo presoje na višjem sodišču. Novi procesnopравni instituti bodo, ob pogosto resigniranem in neaktivnem obdolžencu - dolžniku, cono kriminalnosti po istem kopitu in po defaultu postopno pomikali še bolj na področje civilnega prava.

⁶⁶ Primerjaj recimo z zahtevami po konkretizaciji pri kaznivem dejanju ogrožanja varnosti v sodbi Vrhovnega sodišča RS, opr. št. I Ips 101/2008, z dne 18. decembra 2008.

⁶⁷ Vsaka objektivno gledano neresnična izjava ni nujno laž – za laž je potreben še subjektivni element v smislu zavesti o neresničnosti izjave s strani tistega, ki jo daje, in njegov namen, da pri prejemniku s takšno izjavo ustvari zmoto. To je recimo že na ravni zakonske definicije zapisano v angleškem Fraud Act (2006) kot del opredelitve instituta *fraud by false representation*: »A representation is false if – (a) it is untrue or misleading, and (b) the person making it knows that it is, or might be, untrue or misleading.« Kot smo že večkrat zapisali, se o zavestnem in namenskem elementu sklepa na podlagi kontekstualnih okoliščin, ker ob odsotnosti časovnega stroja in naprave za branje misli ne moremo pogledati v storilčevo glavo v trenutku sporne izjave/zamolčanja.

⁶⁸ V zadevi *United States v. Brown*, 79 F.3d 1550 (11th Circ. 1996), je eno izmed ameriških zveznih prizivnih sodišč zavzelo stališče, da v tistih razmerjih, v katerih nimamo opravka z zaupnim razmerjem posebne intenzitete (konkretno je šlo za lažne navedbe nepremičninskega agenta), ne gre za goljufivo preslepitev, če gre za take laži/zavajanja, ki bi jih razumna oseba s povprečno skrbnostjo morala in mogla z lahkoto prepoznati iz dostopnih virov informacij, če bi to želela. Zadeva je bila s strani drugih prizivnih sodišč kritizirana. Posledično je leta 2009 v zadevi *United states v. Svete*, 556 F.3d, 1157, 1161 (11th Cir. 2009) (*en banc*), tudi prizivno sodišče 11. okrožja spremenilo svoje stališče, in sicer predvsem na podlagi zakonskega besedila oz. gramatikalne razlage besedice *any*, ki se

(iii) z velikodušno interpretacijo pomena plačil oziroma izpolnitev obveznosti med (pred)kazenskim postopkom;

(iv) po možnosti pa tudi s tako (re)interpretacijo trenutka nastanka škode/koristi v kazenskopravnem pomenu (oziroma objektivnega pogoja kaznivosti), ki bi vsaj v tistih primerih, v katerih se nastanek škode/koristi ne zdi neizogiben (e. g. zaradi stečaja, prisilne poravnave), pomenil, da se *prima facie* zavržejo tiste zadeve, v katerih ni določno izkazana višina škode/koristi prek predhodno neuspešnega izvršilnega postopka (ne bi smeli namreč privoliti v to, da vlaganje ovadb za poslovno goljufijo obvelja kot substitut izvršilnemu postopku).⁶⁹

S takim pristopom bi lahko brez posegov (*ali pa vsaj z minimalnimi posegi*) v obstoječo zakonodajo deloma razbremenili organe odkrivanja in pregona, da bi se ti lahko bolj posvetili zadevam z večjo stopnjo neprava oziroma bolj kompleksnim oblikam gospodarske kriminalitete.

pojavlja pri inkriminaciji goljufije na zvezni ravni, ki prepoveduje »any scheme or artifice to defraud« (18 U.S.C., para. 1341, 134), v povezavi z zgodovinsko razlago in voljo zakonodajalca iz leta 1872. Prim. tudi s francoskim institutom *mensonge simple*, ki je predstavljan zgoraj. V okviru naše zakonodajne ureditve bi lahko po naši oceni navedeni standard vpegljali že ob trenutno veljavni dikciji, in sicer prek vrednostnega ugotavljanja, ali je dejansko prišlo do preslepitve oškodovanca v kazenskopravnem smislu, ki jo zahteva 228. člen KZ-1.

⁶⁹ Prim. s pojasnilnimi navodili angleške The Crown Prosecution Service na temo »The borderline between criminal and civil prosecution«: »Prosecutors should guard against the criminal law being used as a debt collection agency or to protect the commercial interests of companies and organisations. However, prosecutors should also remain alert to the fact that such organisations can become the focus of serious and organised criminal offending. The criminal law should not be used to protect private confidences.« Glej: CPS: Legal Guidance: The Fraud Act 2006. <www.cps.gov.uk/legal/d_to_g/fraud_act/#a04> (15. 8. 2013).

Izvirni znanstveni članek

UDK: 343.537(497.4)

KERŠMANC, Ciril: Glosa o interpretacijski diskreciji pri pregonu kaznivega dejanja poslovne goljufije**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131), št. 1-2**

Kaznivo dejanje poslovne goljufije je daleč najbolj pogosto kaznivo dejanje s področja gospodarske kriminalitete, s katerim se srečujejo organi odkrivanja, pregona in sojenja. Rdeča nit prispevka je vprašanje, kako je mogoče zamejiti nadaljnje drsenje tega kaznivega dejanja v gospodarsko bagatelo. Po uvodni sumarni predstavitvi (normativnega) razvoja inkriminacije poskusi avtor na podlagi obsežne terenske raziskave razvrstiti zaznane pojavne oblike obravnavanega kaznivega dejanja v (pod)tipe glede na različne stopnje neprava. V osrednjem delu prispevka pa obravnava dva problematična vsebinska sklopa, ki dajeta organom pregona in sojenja na voljo določeno stopnjo interpretacijske diskrecije glede pregona, in sicer vprašanje stopnje kvalifikacije oz. konkretizacije preslepitve ter objektivni pogoj kaznivosti in z njim povezano vprašanje t. i. *ex post facto* plačil.

Original Scientific Article

UDC: 343.537(497.4)

KERŠMANC, Ciril: A Gloss on the Interpretative Discretion in Prosecuting the Serious Crime of Business Fraud**Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 1-2**

The serious crime of business fraud as defined in the Slovene Penal code is by far the most frequent »serious« crime in the chapter of economic crime that Slovenian law enforcement and judiciary have to deal with on a daily basis. The central question this article addresses is how to limit the scope of the legal definition to the more serious cases and thus curb overcriminalization, especially vis-à-vis the so called *de minimis* cases. After briefly outlining the normative development, the author proceeds to classify various (sub)types of business fraud that he encountered during his extensive fieldwork analysis of raw prosecutorial files. The core of the article focuses on two issues in particular that allow for a degree of interpretative discretion in prosecuting and adjudicating cases of this particular crime. Namely, the degree of qualification and concretization of the deception itself and the problem of *ex post facto* payments in connection to what role such payments should play in assessing whether business fraud was actually committed and if it is worth prosecuting or not.