

**MATERIJAL ZA XX. SAVJETOVANJE
UDRUŽENJA:
GOSPODARSKI KRIMINALITET:
IZAZOVI I KAZNENOPRAVI ODGOVOR
U REPUBLICI HRVATSKOJ**

Dr. sc. Petar Novoselec*

AKTUALNI PROBLEMI HRVATSKOG GOSPODARSKOG KAZNENOG PRAVA

<p>Uvod 372</p> <p>A. Pitanja općeg dijela 374</p> <p style="padding-left: 20px;">1. Odgovorna osoba 374</p> <p style="padding-left: 20px;">2. Sudjelovanje više osoba u počinjenju gospodarskog kaznenog djela..... 380</p> <p style="padding-left: 40px;">a) <i>Razgraničenje posrednog počiniteljstva i poticanja</i>.... 380</p> <p style="padding-left: 40px;">b) <i>Odluke kolegijalnih organa</i> 382</p> <p style="padding-left: 40px;">c) <i>Sudioništvo "drugoga"</i> 384</p> <p style="padding-left: 20px;">3. Nečinjenje 385</p> <p style="padding-left: 20px;">4. Razlozi isključenja protupravnosti 387</p> <p style="padding-left: 40px;">a) <i>Krajnja nužda</i>..... 387</p> <p style="padding-left: 40px;">b) <i>Pristanak članova društva</i>..... 388</p> <p style="padding-left: 20px;">5. Zablude..... 392</p> <p>B. Gospodarska kaznena djela 394</p> <p style="padding-left: 20px;">1. Zloupotrebavanje položaja i ovlasti kao gospodarsko kazneno djelo..... 394</p> <p style="padding-left: 20px;">2. Zloupotrebavanje ovlasti u gospodarskom poslovanju 397</p> <p style="padding-left: 20px;">3. Prijevara u gospodarskom poslovanju 401</p>	<p style="padding-left: 20px;">4. Subvencijska prijevara 404</p> <p style="padding-left: 20px;">5. Kritički osvrt na prijevara na štetu financijskih interesa Europske unije prema noveli od 3. listopada 2007. 406</p> <p style="padding-left: 20px;">6. Kaznena djela u vezi s javnom nabavom..... 409</p> <p style="padding-left: 20px;">7. Utaja poreza i doprinosa..... 412</p> <p style="padding-left: 20px;">8. Izbjegavanje carinskog nadzora 416</p> <p style="padding-left: 20px;">9. Insolventna kaznena djela... 418</p> <p style="padding-left: 40px;">a) <i>Općenito o insolventnim kaznenim djelima</i> 418</p> <p style="padding-left: 40px;">b) <i>Zloupotrebavanje stečaja</i> 419</p> <p style="padding-left: 40px;">c) <i>Pogodovanje vjerovnika</i>..... 421</p> <p style="padding-left: 40px;">d) <i>Zloupotrebavanje u postupku stečaja</i> 422</p> <p style="padding-left: 40px;">e) <i>Povreda dužnosti u slučaju gubitka, prezaduženosti ili nesposobnosti za plaćanje</i> 423</p> <p style="padding-left: 20px;">10. Kaznenopravna zaštita tržišnog natjecanja..... 423</p> <p style="padding-left: 20px;">11. Pranje novca 426</p> <p style="padding-left: 20px;">12. Kaznena djela iz Zakona o trgovačkim društvima..... 429</p>
--	--

* Dr. sc. Petar Novoselec, redoviti profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

UVOD

Gospodarsko kazneno pravo danas je u mnogobrojnim zemljama predmet interesa teoretičara i praktičara kaznenog prava; to posebno vrijedi za zemlje koje su s planskog prešle na tržišno gospodarstvo. Iako je već i gospodarski sustav u bivšoj SR Hrvatskoj usvojio neke elemente tržišnog gospodarstva, napuštanjem društvenog vlasništva i osnivanjem trgovačkih društava utemeljenim na privatnom vlasništvu dovedena su u pitanje i dotadašnja rješenja u kaznenom pravu. Opisi gospodarskih kaznenih djela u sadašnjem Kaznenom zakonu, preuzeti iz tog prava, dobrim su dijelom zastarjeli. Oni su nastali u socijalističkom pravnom sustavu i posve su neprimjereni novom ustavnom poretku RH; štoviše, ponekad su u pitanju i rješenja iz tzv. administrativnog socijalizma, kao npr. tretman zlouporabe položaja i ovlasti (čl. 337. KZ), ali i nekih drugih gospodarskih kaznenih djela, kao kaznenih djela protiv službene dužnosti. Kaznena djela koja bi trebala služiti zaštiti tržišnog natjecanja također su preuzeta iz socijalističkog razdoblja pa su stoga daleko od prava Europske unije koje upravo na tom području dolazi u punoj mjeri do izražaja. Opisi pojedinih gospodarskih kaznenih djela, osim toga, i pravnotehnički su nedotjerani, a neka se kaznena djela međusobno preklapaju (naročito zlouporaba položaja i ovlasti iz čl. 337. i zlouporaba ovlasti u gospodarskom poslovanju iz čl. 292. KZ), što sve stvara nemale poteškoće u praksi.

Iako Hrvatska još nije članica EU, ona je prema čl. 69. Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju između Europskih zajednica i njihovih država članica i RH od 29. listopada 2001. (NN MU 14/01) dužna uskladiti svoje zakonodavstvo s *acquis communautaire*. Prema čl. 5. Sporazuma, Hrvatska je dužna to činiti postupno, ali taj proces mora dovršiti u roku od šest godina od stupanja na snagu Sporazuma (što znači 2011. godine). Dužnost usklađivanja u velikoj se mjeri odnosi upravo na gospodarska kaznena djela.

Pokušaj da se hrvatsko gospodarsko kazneno pravo modernizira novelom Kaznenog zakona od 9. srpnja 2003. (NN 111/03) propao je njezinim ukinjanjem na Ustavnom sudu. Iz te novele preuzete su novelom od 15. srpnja 2004. (NN 105/04) samo kaznena djela primanja i davanja mita u gospodarskom poslovanju, dok je zakonodavac ostala pitanja ostavio za "drugu fazu", da bi u sljedećoj noveli od 9. lipnja 2006. (NN 71/06) i od toga bez ikakva obrazloženja odustao. Najvjerojatnije je u pitanju strah od novoga, koji je donekle razumljiv ima li se u vidu da svaka izmjena stvara teškoće zbog zabrane povratnog djelovanja kaznenog zakona, ali se time ne može opravdati ustrajanje na prevladanim rješenjima. Iako su u najnovije vrijeme novelom od 3. listopada 2007. (NN 110/07) poduzeti stanoviti koraci prema usklađivanju hrvatskog kaznenog prava s pravom Europske unije (zaštita interesa proračuna EU), te izmjene još uvijek nisu dovoljne, a trpe i opravdane kritike. Pozitivna je novost donošenje Zakona o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela koji je stupio na snagu 25. ožujka 2004. Taj bi zakon trebao prvenstveno

obuhvatiti gospodarska kaznena djela, ali zabrinjava njegova slaba primjena. Među dobrim rješenjima valja spomenuti i neka kaznena djela iz sporednog zakonodavstva, kao što su Zakon o trgovačkim društvima i Zakon o tržištu vrijednosnih papira, koncipirana pretežno po uzoru na njemačko zakonodavstvo.

Što se smatra (nacionalnim) gospodarskim kaznenim pravom danas je prijeporno u svjetskim razmjerima. Ovdje će se početi od šireg poimanja prema kojem se gospodarskim kaznenim djelima smatraju kaznena djela kojima se povređuje gospodarstvo kao nadindividualno pravno dobro, a to su kaznena djela protiv državnih financijskih interesa, protiv nacionalnog gospodarstva i protiv imovine gospodarskih subjekata.¹ Rad ne pretendira na sustavni i iscrpni prikaz hrvatskog gospodarskog kaznenog prava (što je s obzirom na ograničen prostor i nemoguće), nego želi upozoriti na najvažnije poteškoće s kojima se susreće sudska praksa na području gospodarskog kaznenog prava, bez obzira na to imaju li one uzrok u nezadovoljavajućim zakonskim rješenjima ili sudovi iz drugih razloga ne uspijevaju naći izlaz. Pritom će se odvojeno razmotriti problemi općeg i posebnog dijela.

A. PITANJA OPĆEG DIJELA

Iako se gospodarsko kazneno pravo tradicionalno shvaćalo kao dio posebnog dijela kaznenog prava, u novije vrijeme pojavio se i njegov opći dio.² Taj dio ne sadržava nikakve posebne institute jer se na gospodarska kaznena djela imaju primijeniti svi instituti općeg dijela kaznenog prava; kad je riječ o kaznenim djelima propisanim u posebnom zakonodavstvu, to je i izrijeком naglašeno u čl. 12. KZ. Pa ipak, neki instituti općeg dijela kod gospodarskih kaznenih djela imaju specifičnosti. U hrvatskom kaznenom pravu to je najprije pitanje kruga mogućih počinitelja gospodarskih kaznenih djela i s tim u vezi opravdanost pojma odgovorne osobe, definiranog u općem dijelu Kaznenog zakona; podjela rada i kolegijalno odlučivanje u modernom gospodarstvu traže primjerena rješenja u okviru sudioništva; na poseban se način postavlja pitanje odgovornosti za nečinjenje; slično vrijedi i za postupanje u krajnjoj nuždi i pristanak članova društva kao razlog isključenja protupravnos-

¹ Usp. *Dannecker*, u: Wabnitz/Janowsky, *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 3. Aufl., München, 2007, str. 15. Širok opseg prihvaća i Državni zavod za statistiku koji kao gospodarski kriminalitet smatra kaznena djela iz Kaznenog zakona protiv imovine, sigurnosti platnog prometa i poslovanja i službene dužnosti te kaznena djela iz posebnog (sporednog) kaznenog zakonodavstva, ali uz uvjet da se njima nanosi šteta gospodarskom poslovanju (usp. Državni zavod za statistiku, *Pokazatelji gospodarskoga kriminaliteta 1998-2004*, 102, Studije i analize, Zagreb, 2006, str. 19).

² U tom pogledu značajna je monografija *Tiedemann*, *Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil*, Köln, 2004.

ti, a osobito je osjetljiva materija zabluda koje se upravo na ovom području često pojavljuju. Ta će problematika biti predmet daljnjih razmatranja, pri čemu ne treba smetnuti s uma da se pitanja općeg dijela ne mogu odvojiti od onih posebnog dijela pa i njihov studij podrazumijeva poznavanje posebnog dijela.

1. Odgovorna osoba

Pojam odgovorne osobe, nastao u bivšem jugoslavenskom pravu, trebao je poslužiti izjednačivanju nekih osoba važnih za funkcioniranje sustava sa službenim osobama. To je osobito došlo do izražaja kod kaznenih djela protiv službene dužnosti jer su kao počinitelji zlouporabe službenog položaja bile označene ne samo službene osobe nego i druge osobe važne za djelotvornost pravnog sustava, naročito rukovodeće osobe u gospodarstvu. Ako se takvo rješenje iz tadašnje perspektive moglo braniti potrebom da se osigura posebni državni nadzor nad gospodarskim životom (što je također upitno jer je i u bivšem sustavu tijekom vremena došlo do odvajanja gospodarske djelatnosti od državne, a time i "privrednih rukovodilaca" od državnih službenika), sa stajališta današnjeg prava ono je posvemašnji anakronizam. Odgovorna osoba u gospodarstvu je privatna osoba bez obzira na društveno značenje njezine djelatnosti i ne smije se izjednačiti sa službenom. Kad hrvatski zakonodavac to čini, npr. kad kao počinitelja kaznenog djela zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 3. i 4. KZ pored službene predviđa i odgovornu osobu, on jedno gospodarsko kazneno djelo pretvara u službeničko. Takvo je stajalište u suprotnosti i s poduzetničkom slobodom, proglašenom u čl. 49. Ustava, od koje ne ostaje mnogo ako se poduzetnici tretiraju kao dio državne vlasti.

Zanimljivo je da glede uporabe pojma odgovorne osobe zakonodavac nije dosljedan. Kod nekih gospodarskih kaznenih djela počinitelj jest određen kao odgovorna osoba, ali ne i u nizu drugih, npr. nije to slučaj kod sklapanja štetnog ugovora, pronevjere, zlouporabe stečaja, utaje poreza i drugih davanja, kaznenih djela propisanih u Zakonu o trgovačkim društvima (dalje: ZTD) itd. Sam zakonodavac, dakle, ne smatra pojam odgovorne osobe nužnim za pobliže određivanje počinitelja gospodarskih kaznenih djela. Postavlja se pitanje je li onda taj pojam uopće potreban i nije li bilo bolje ukinuti ga, a krug mogućih počinitelja odrediti u opisu svakog kaznenog djela posebno. Na to, uostalom, upućuje i odredba čl. 89. st. 8. KZ kojom se odredbama pojedinog kaznenog djela glede počinitelja daje primat nad općom definicijom odgovorne osobe u čl. 89. st. 7. KZ. Na taj je način opći pojam odgovorne osobe relativiziran te je prepušteno sudskoj praksi da kod svakog kaznenog djela u kojem je počinitelj označen kao odgovorna osoba tumačenjem utvrdi tko je odgovorna osoba, a time i počinitelj tog kaznenog djela.

Valja upozoriti na to da moderni kazneni zakonici ne poznaju pojam odgovorne osobe, pa počinitelje gospodarskih kaznenih djela najčešće označuju pomoću riječi “tko”; to ipak ne znači da su ta kaznena djela nužno postala *delicta communia* jer se krug počinitelja može suziti na osobe s određenim svojstvom na drugi način; primjerice, kod ključnog gospodarskog kaznenog djela u njemačkom pravu - 1. zlouporabe povjerenja (*Untreue*, § 266. njemačkog KZ) počinitelj je osoba koja je dužna voditi brigu o tuđim imovinskim interesima pa njemačka doktrina to kazneno djelo, iako njegov opis počinje sa “tko”, tretira kao *delictum proprium*.³ Tim putem išao je i slovenski zakonodavac kada je u Kaznenom zakoniku iz 1994. potpuno napustio pojam odgovorne osobe, pa počinitelje većine kaznenih djela protiv gospodarstva (XXIV. poglavlje) označuje riječcom “tko” (kdor), uz eventualni dodatak “pri obavljanju gospodarske djelatnosti” (pri opravljavanju gospodarske dejavnosti), pri čemu je pojam gospodarske djelatnosti posebno definiran u čl. 126. st. 5. slovenskog KZ. Praznine koje su na taj način nastale popunjene su na drugim mjestima; tako je, primjerice, isključenje odgovorne osobe iz opisa kaznenog djela zlouporabe službenog položaja ili službenih ovlasti (čl. 261. slovenskog KZ) dovelo do uvođenja posebnog kaznenog djela zlouporabe položaja i ovlasti (čl. 244. slovenskog KZ) u okviru gospodarskih kaznenih djela, koje je, na taj način, postalo pandan njemačkom kaznenom djelu *Untreue*.

Sama definicija odgovorne osobe u čl. 89. st. 7. KZ nije najsretnija pa izaziva poteškoće u tumačenju. Ona je, s jedne strane, vrlo rastezljiva (“osoba kojoj je povjeren određen djelokrug poslova iz područja pravne osobe”), a s druge strane i restriktivna jer isključuje osobe u pravnim tvorevinama koje nemaju status pravne osobe, npr. poduzetnik tajnog društva koji vodi njegove poslove u smislu čl. 148. ZTD ne može biti odgovorna osoba jer tajno društvo nije pravna osoba. Ograničenje kruga počinitelja gospodarskih kaznenih djela na odgovorne osobe pokazalo se nezadovoljavajućim i kod kaznenog djela zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju iz čl. 292. KZ jer su neki počinitelji koji nemaju status odgovorne osobe (u ovom slučaju službene osobe) ispale iz kruga mogućih počinitelja tog kaznenog djela (tako u odnosu na bivšeg državnog pravobranitelja VSRH, IV Kž-5/03⁴).

Pojmom odgovorne osobe valja ponajprije obuhvatiti pripadnike upravljačkog sloja (menadžmenta) u trgovačkim društvima, kojima je povjerena imovina društva i koji imaju ovlast zastupanja; oni su kao “vodeća etaža” glavna klijentela suvremenog gospodarskog kaznenog prava.⁵ To su najčešće

³ Usp. *Schünemann*, u: StGB, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 27. Lieferung, § 266, Berlin, 1998, str. 138.

⁴ Cit. prema: *Garačić*, Kazneni zakon u sudskoj praksi, opći dio, Zagreb, 2006, str. 364.

⁵ Usp. *Kienapfel*, Grundriß des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil, II, 3. Aufl., Wien, 1993, str. 291.

članovi uprava društava kapitala (dioničkog društva i društva s ograničenom odgovornošću), ali s njima valja izjednačiti i članove društva osoba koji su ovlašteni na zastupanje.⁶ Članovi uprava dioničkog društva i društva s ograničenom odgovornošću imaju ključnu ulogu u vođenju poslova društva, bez obzira na to je li riječ o sklapanju pravnih poslova za društvo ili po-
duzimanju drugih radnji, ali su pritom dužni voditi brigu o zaštiti društva, uključujući i brigu o trajnoj rentabilnosti poslovanja, a ne samo za kratkoročno stjecanje dobiti.⁷ Prekrše li tu dužnost, podliježu odgovornosti (čl. 240. st. 1. i čl. 422. st. 2. ZTD), koja, ispune li se i druge pretpostavke, može biti i kaznena. No članovi uprave mogu počinuti ne samo kaznena djela u svoju korist, a na štetu društva (npr. pronevjeru ili zlouporabu položaja i ovlasti), nego i u korist svoga društva, ali na štetu trećih osoba (npr. prijevaru u gospodarskom poslovanju) ili države (npr. utaju poreza).

Članovi društava kapitala, u praksi pogrešno nazivani “vlasnicima društva”,⁸ u pravilu nisu odgovorne osobe. Drukčije stoje stvari kad je član društva ujedno i član uprave, što je često kod društava s ograničenom odgovornošću. U tom je slučaju odlučno to što je takva osoba član uprave, a ne član društva, pa će se radnje takvog člana uprave jednako prosuđivati kao i radnje člana uprave koji nije član društva. Ipak, član društva može biti kazneno odgovoran i kad nema nikakvu formalnu funkciju u pravnoj osobi.⁹ To će biti u slučajevima kad ga zakon izričito tretira kao počinitelja, npr. kod kaznenog djela davanja netočnih podataka prilikom osnivanja dioničkog društva (čl. 624. ZTD), ali i uvijek kad on sredstva pravne osobe iskoristi za svoje osobne svrhe uz pomoć drugih, formalno ovlaštenih osoba nad kojima ima moć. Tada će on u najmanju ruku biti poticatelj takvih ovlaštenih osoba na odgovarajuće gospodarsko kazneno djelo, a ispunjava li uvjete da ga se može smatrati faktičnim organom, može biti i počinitelj takvog kaznenog djela. Primjerice, član društva koji bi zapovijedio blagajnici da mu na ruke isplati dnevni utrzak bio bi poticatelj na pronevjeru (a ona počinitelj). Dobar dio gospodarskog kriminala u našim

⁶ Usp. *Raum*, u: Wabnitz/Janowsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl., München, 2007, str. 200. U hrvatskoj literaturi pobliže o tome *Jergović-Katušić*, Odgovorne osobe trgovačkih društava osoba, Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva, 2005., Inž. biro Zagreb, str. 289-328.

⁷ Usp. *Barbić*, Pravo društava, knjiga druga: Društva kapitala, Zagreb, 2001, str. 356.

⁸ Načelno uzevši, vlasništvo može postojati samo nad stvarima (pokretnim ili nepokretnim), pa već zbog toga nije moguće vlasništvo nad pravnom osobom. Praktična je pak posljedica toga da se u slučaju ovrhe nad imovinom člana društva kao fizičke osobe vjerovnici ne mogu namiriti iz imovine društva (usp. *Barbić*, Pravo društava, knjiga prva, Zagreb, 1999, str. 178). Ispravno označuje i VSRH u presudi I Kž-317/04 pojam vlasnika trgovačkog društva kao “izvanpravnu, kolokvijalnu kategoriju” jer okolnost da je netko član društva, pa makar i jedini, ne čini ga i vlasnikom društva.

⁹ Usp. *Raum*, u: Wabnitz/Janowsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl., München, 2007, str. 221.

uvjetima odvija se upravo na taj način (npr. zlouporaba položaja člana uprave radi "izvlačenja" sredstava pravne osobe za vlastite svrhe, uz pozivanje na "pravo" da se koriste vlastitom imovinom), samo što članovi društva kao počinitelji to čine na mnogo rafiniranije načine. Razumije se, imovina pravne osobe nije njihova i oni nemaju pravo prisvajati je za svoje osobne potrebe, bez obzira na to imaju li neku funkciju u upravljanju pravnom osobom ili ne.

Time smo dotaknuli važnu pravnu figuru faktičnog organa društva, tj. voditelja poslova u trgovačkom društvu koji nije postavljen nikakvim pravnim aktom (v. primjer te pravne figure iz njemačke prakse pod A, 2, a). Nerijetko u takvim slučajevima formalno postavljeni organ figurira kao tzv. "slamnati čovjek" (*Strohmann, homme de paille*), dok faktični organ vuče sve konce, pri čemu je neodlučno iz kojih motiva nije i formalno postavljen (može biti da mu je zabranjena djelatnost, da unaprijed hoće izbjeći odgovornost i sl.); primjerice, član društva s ograničenom odgovornošću postavi svoju suprugu ili kćer za direktora, a sam vodi poslove društva. Osim člana društva faktični organ može biti i druga osoba, npr. namještenik, prokurist, bivši direktor, pa i član nadzornog odbora.¹⁰ Takve faktične organe ne bi trebalo oslobađati odgovornosti za radnje kojima se ostvaruje biće nekog gospodarskog kaznenog djela. Bitno je da oni za svoju djelatnost imaju suglasnost članova društva, što će se, razumije se, najlakše ostvariti kad je faktični organ ujedno i jedini član društva. No otud ne proizlazi da se formalni organ ("slamnati čovjek") oslobađa odgovornosti; on baš zato što je valjano postavljen na određenu funkciju jest odgovorna osoba. Ipak će se za njegovu kaznenopravnu odgovornost morati ispuniti i subjektivne pretpostavke, posebno glede namjere pa, u već navedenom primjeru, neće odgovarati supruga kao direktor društva s ograničenom odgovornošću za potpis na ispravi ako joj okolnosti zbog kojih takav potpis predstavlja kazneno djelo nisu bile poznate.

Njemačka sudska praksa tretirala je kao počinitelje gospodarskih kaznenih djela faktične organe uz uvjet da su njihovu djelatnost prihvatili svi članovi društva i da su imali dominantnu ulogu u odnosu prema formalnim nositeljima dužnosti, dok bi faktični organ koji bi se ograničio na davanje uputa formalno postavljenom organu bio samo poticatelj.¹¹ Tamošnja je doktrina čak razradila indicije koji upućuju na postojanje faktične dominirajuće uloge, a to su: određivanje poslovne politike, organizacija poduzeća, zapošljavanje posloprimaca, oblikovanje poslovnih odnosa s partnerima, pregovaranje s kreditorima itd.¹² Neodlučno je što faktični organ ne može raspolagati sredstvima pravne

¹⁰ Usp. *Schmid*, u: Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl., Köln, 2006, str. 835.

¹¹ Usp. *Schünemann*, *StGB*, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., § 266, Berlin, 1998, str. 109-110.

¹² Usp. *Raum*, u: Wabnitz/Janowsky, *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 3. Aufl., München, 2007, str. 202.

osobe na žiroračunu ako mu je osiguran potpis formalno ovlaštene osobe. Sve bi se to moglo prihvatiti i sa stajališta našeg prava, iako nije jasno obuhvaća li definicija odgovorne osobe kao osobe “kojoj je povjeren djelokrug poslova iz područja djelovanja pravne osobe” (čl. 89. st. 7. KZ) i faktične organe. Čini se da VSRH nije sklon prihvatiti odgovornost faktičnog organa jer kao uvjet za status odgovorne osobe traži da zastupniku trgovačkog društva određeni djelokrug poslova ne bude povjeren samo “stvarno”, nego to mora biti i “formalno”, pa makar, kao u konkretnom slučaju, na temelju ugovora o djelu (VSRH, IV KŽ-186/02, Izbor odluka 1/2004, str. 181). Još korak dalje ide Županijski sud u Koprivnici (KŽ-104/03, Sudska praksa 6, str. 48) koji za status odgovorne osobe traži ne samo odluku o postavljenju nego i potanki opis poslova u njoj. Iako je to stajalište odviše kruto jer zakonski tekst ne traži formalno povjeravanje poslova, što znači da bi za valjanost povjeravanja moglo biti dovoljno da je suglasno (makar i uz nepoštovanje propisane forme), ipak ono ima izvorište u ne posve preciznoj zakonskoj odredbi.

Kao odgovorne osobe mogu se pojaviti i članovi nadzornog odbora, kako u dioničkom društvu, tako i u društvu s ograničenom odgovornošću (ako ga ono ima). Nadzorni odbor, doduše, ne vodi poslove društva, ali može utjecati na vođenje poslova. To je najočitije u slučajevima kad je statutom društva ili odlukom nadzornog odbora određeno da se određene vrste poslova mogu obavljati samo uz suglasnost tog odbora (čl. 263. st. 2. i čl. 439. ZTD), ali, kako je već istaknuto, član nadzornog odbora može se pretvoriti i u faktični organ društva. Povrh toga, članovi nadzornog odbora mogu gospodarska kaznena djela počinuti propuštanjem dužnog nadzora, tj. nečinjenjem (pobliže o tome pod A, 3).

Napokon, počinitelji nekih gospodarskih kaznenih djela mogu biti i zaposlenici trgovačkog društva, tj. osobe koje s trgovačkim društvom sklapaju ugovor o radu. To je nedvojbeno u slučajevima kada takve osobe imaju status punomoćnika po zaposlenju (čl. 43. ZTD) jer su tada, po definiciji, zastupnici pravne osobe, a onda i odgovorne osobe, pa mogu počinuti sva kaznena djela u korist ili na štetu pravne osobe prilikom sklapanja ugovora na koje su ovlaštene. Isto vrijedi i za prokuriste i zastupnike po punomoći, koji nemaju status zaposlenika jer je i njima “povjeren određeni djelokrug poslova iz područja djelovanja pravne osobe”. Pogotovo nema dvojbe da će svi zaposlenici moći počinuti kaznena djela na štetu pravne osobe u kojoj su zaposleni, npr. pronevjeru. Ipak će zaposlenici kao pripadnici “donjih slojeva” biti rjeđe počinitelji gospodarskih kaznenih djela u korist pravne osobe. Stoga se postavlja pitanje ne ide li zakonska definicija odgovorne osobe predaleko jer omogućuje da se kao odgovorna osoba tretira bilo koji zaposlenik u pravnoj osobi, pa i onaj na funkciji bez ikakvih ovlasti jer je svima njima “povjeren određeni krug poslova”. Sudska praksa upravo za taj sloj zaposlenika nije uspjela izgraditi čvrste kriterije. U nekim je slučajevima, doduše, došlo

do suzivanja kruga takvih odgovornih osoba, pa npr. nisu smatrani odgovornim osobama vozač kojemu je kao instruktoru bilo povjereno vozilo (VSH, I KŽ-971/86, Pregled sudske prakse 46, str. 141) ili kurir kojemu je povjereno nošenje gotovog novca u banku (VSRH, III Kr-106/92, Pregled sudske prakse 52, str. 137), ali se u nizu drugih odluka pojam odgovorne osobe i širio, pa je tako tretiran strojobravar zaposlen na krojenju materijala (VSH, I KŽ-163/88) i električar u pogonu (VSH, I KŽ-1871/71, Pregled sudske prakse 2, str. 41).

Navedena razmatranja upućuju na teškoće u poblížem određenju odgovorne osobe kao generičkog pojma, ali i na neprikladnost tog obilježja gospodarskih kaznenih djela. Stoga valja razmisliti o ukidanju pojma odgovorne osobe. Počinitelja treba definirati u opisu svakog pojedinog gospodarskog kaznenog djela (kao npr. sada kod kaznenog djela iz čl. 624. ZTD u kojem je on opisan kao "osnivač, član uprave ili nadzornog odbora") ili ga jednostavno označiti riječcom "tko", a poblíže određenje kruga mogućih počinitelja prepustiti pravnoj znanosti i judikaturi. To, međutim, ne bi trebalo vrijediti i za Zakon o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela u kojem pojam odgovorne osobe ima sasvim drugu funkciju; tamo to nije obilježje kaznenog djela, nego je pozivanje na njega način da se odgovornost pravne osobe izvede iz odgovornosti odgovarajuće fizičke osobe, u tu svrhu nazvane odgovornom osobom.

2. Sudjelovanje više osoba u počinjenju gospodarskog kaznenog djela

U počinjenju gospodarskih kaznenih djela nerijetko sudjeluje više osoba po načelu podjele rada. Pitanje je u kojoj mjeri kazneno pravo treba obuhvatiti sve te osobe. Hoće li odgovarati samo osobe na visokim položajima koje donose bitne odluke ili i one nižega ranga kao neposredni počinitelji ili jedne i druge? Ako kazneno djelo proizlazi iz odluke koju je donio kolektivni organ, odgovaraju li svi njegovi članovi ili možda samo predsjedavajući ili inicijator odluke? Ako se u takvim slučajevima načelno potvrdi kaznena odgovornost, postavlja se daljnje pitanje radi li se o (su)počiniteljstvu ili sudioništvu (poticanju ili pomaganju).

Ovdje ćemo se ograničiti na tri aspekta sudioništva u gospodarskim kaznenim djelima koja su predmet raspravljanja u novijoj literaturi.

a) Razgraničenje posrednog počiniteljstva i poticanja

Trgovačka društva mogu biti organizirana na hijerarhijskom načelu. To će biti pravilo kod mafijaških društava, ali je takva organizacija moguća i kod društava koja to nisu, uključujući i svakodnevna društva s ograničenom

odgovornošću. Moguće je da se u takvim društvima vodeća osoba koristi drugim, o njoj ovisnim i poslušnim osobama kao neposrednim počiniteljima. Supočiniteljstvo će u takvim slučajevima biti teško dokazati jer obično nedostaje dogovor između svih aktera glede počinjenja djela, a i potreban subjektivni odnos na strani podređenih, koji ne moraju biti odgovorni; to vrijedi pogotovo ako se za supočiniteljstvo traži kauzalni doprinos u vrijeme počinjenja djela, koji kod naredbodavca ne postoji. Imajući u vidu da prema načelu limitirane akcesornosti neposredni počinitelj ne mora biti kriv, moguće je konstruirati poticanje, ali ono ne ističe u dovoljnoj mjeri ulogu vodeće osobe koja je, zapravo, pravi počinitelj djela; osim toga, smatra se da je dovoljno da naredbodavac izda općenitu (apstraktnu) zapovijed pa onda nije jasno postoji li kod njega potrebna namjera na poticanje, koja mora obuhvatiti svako pojedino kazneno djelo. Ti su razlozi naveli noviju njemačku sudsku praksu da i na gospodarska kaznena djela primijeni teoriju o posrednom počiniteljstvu na temelju organizacijske vlasti. Riječ je o pravnoj figuri koju je pobliže razradio Claus Roxin¹³, nastaloj na jednom drugom području (zlouporaba ovlasti državnog aparata, konkretno članova Nacionalnog vijeća obrane bivšeg DDR-a, koji su izdali zapovijed graničarima da pucaju na sve osobe koje pokušavaju prebjeći u tadašnju SR Njemačku¹⁴), ali je proširena i na gospodarska kaznena djela. Pokažimo to na jednom primjeru iz njemačke judikature iz 1997. godine.¹⁵

Optuženik je kontrolirao u cijelosti jedno društvo s ograničenom odgovornošću, iako u njemu nije imao nikakvu formalnu ulogu (primjer faktičnog organa). Formalno imenovani direktor tog društva izvršavao je poslušno njegove zapovijedi. Na temelju elaborata koji je povjerio svom bratu, optuženik je znao da je društvo nesposobno za plaćanje. Usprkos tome zahtijevao je od direktora da nastavi poslovanje pa je ovaj, zajedno s još dvama namještenicima, naručio robu od ukupno 35 dobavljača, koju društvo nije moglo platiti. Prvostupanjski ga je sud osudio za poticanje na 35 kaznenih djela prijevare, što je Savezni sud (Bundesgerichtshof) preinačio utvrdivši da je riječ o jednom kaznenom djelu prijevare. Taj sud je, međutim, utvrdio da je optuženika zapravo trebalo osuditi kao počinitelja, ali da takvom pogrešnom pravnom ocjenom optuženik nije bio doveden u teži položaj pa u tom dijelu nije preinačio presudu. U obrazloženju Savezni je sud naveo da optuženik, doduše, nije izdavao naloge za svaku pojedinu narudžbu, nego samo opći nalog da se nastavi s dotadašnjim načinom poslovanja, ali je neposrednim počiniteljima to bilo dovoljno da i dalje naručuju. Optuženik je imao vlast nad djelom jer je "iskoristio okvirne uvjete određene organizacijskom strukturom, koji omogućuju uobičajene po-

¹³ Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, München, 2003, str. 45-58.

¹⁴ Poblje o tome *Bojanić*, Počiniteljstvo kao vlast nad djelom, Zagreb, 2003, str. 75-79.

¹⁵ Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1998, str. 568.

stupke, koji sa svoje strane dovode do toga da neposredni počinitelj ostvaruje biće kaznenog djela kao cilj djelatnosti” (str. 569). Pritom je, po stajalištu tog suda, neodlučno jesu li neposredni počinitelji bili u dobroj vjeri, tj. jesu li i sami odgovorni, jer su bez obzira na to bili sredstvo u rukama počinitelja (u konkretnom slučaju nisu ni bili optuženi). Iako nije imao uvid u pojedinosti svake pojedinačne narudžbe, optuženik je subjektivno odobrio i htio svaku od njih, što znači da je kod njega postojala i potrebna namjera (*dolus*). Upravo okolnost da se počiniteljeva odgovornost temeljila na jednoj radnji i jedinstvenoj namjeri, Sud je zaključio da je on počinio samo jedno kazneno djelo prijevare, a ne 35 takvih djela u stjecaju.

Sa stajališta našeg prava odgovornost vodeće osobe u opisanoj situaciji nije u pitanju; upitno je samo možemo li je smatrati posrednim počiniteljem ili pak poticateljem. Kako se kod nas konstrukcija posrednog počinitelja primjenjuje u manjoj mjeri, a i slabo je razrađena u doktrini, te kako pravna figura faktičnog organa nije poznata, navedeni bi se slučaj tretirao kao poticanje. Zanimljivo je da se za takvo rješenje zalaže i sam Roxin, koji čak kritizira njemačke sudove da idu predaleko u primjeni posrednog počiniteljstva na temelju organizacijske vlasti.¹⁶ Prema njemu, tu pravnu figuru treba ograničiti na organizacije s izrazitom hijerarhijskom strukturom (državnu vlast i mafijaške organizacije), kod kojih postoji zamjenjivost neposrednih počinitelja u slučaju njihove neposlušnosti, ali je ne bi trebalo proširivati na obična trgovačka društva u okviru kojih se može očekivati da nezakoniti nalozi neće biti izvršeni, a neposredni izvršitelji ne mogu se tako lako zamijeniti drugima. U osnovi, to je stajalište prihvatljivo i iz naše perspektive. To znači da za primjenu posrednog počiniteljstva treba utvrditi postojanje hijerarhijske strukture u pravnoj osobi koju počinitelj iskorištava za počinjenje kaznenih djela u neodređenom broju slučajeva.¹⁷ U ovdje izloženom primjeru prijevare ta razina nije dostignuta pa bi poticanje bilo prihvatljivije. No to ne znači da se i kod nas prijevare ne bi mogle izvršiti u okviru mafijaških struktura, kao npr. u slučajevima kad banka ili druga pravna osoba sustavno poziva građane na ulaganja s prijevornom namjerom (slučajevi financijskog inženjeringa!), kad voditelj takvog poslovanja podijeli uloge svojim podređenima, a on sam ne izvršava nijednu konkretnu radnju u okviru tog plana; takav “počinitelj iza počinitelja” (*Täter hinter dem Täter*) zacijelo nije više samo poticatelj.

¹⁶ Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, München 2003, str. 55-58. Rezerve prema toj pravnoj figuri izražava i *Tiedemann* (Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, Köln, 2004, str. 120), koji predlaže proširenje supočiniteljstva kod gospodarskih kaznenih djela na slučajeve nepostojanja zajedničke odluke, ali kao teorijsku podlogu predlaže pripadnost svih aktera jednom poduzeću.

¹⁷ Usp. *Raum*, u: Wabnitz/Janowsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl., München, 2007, str. 214.

b) Odluke kolegijalnih organa

Odluku koja predstavlja kazneno djelo može donijeti neki kolegijalni organ, što će se osobito događati kod dioničkih društava; u modernom demokratski organiziranom industrijskom društvu takve odluke nisu rijetkost. Kolegijalni organ će najčešće biti uprava, ali u obzir dolazi i nadzorni odbor u mjeri u kojoj on sam sudjeluje u upravljanju ili nadzoru nad upravom. Kako je kaznenopravna odgovornost individualna, postavlja se pitanje može li član kolegijalnog organa odgovarati za odluku organa kojeg je član.

Ne bi trebalo biti dvojbe da su svi članovi organa koji su glasovali za odluku supočinitelji. Svi su oni dužni voditi brigu da se interesi i obveze pravne osobe poštuju. To je prihvaćeno i u našoj sudskoj praksi pa se npr. kao supočinitelji zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 4. tretiraju svi članovi upravnog i nadzornog odbora dioničkog društva koji su na sjednici donijeli odluku da nekretnine prodaju po cijenama nižim od tržišnih (VSRH, I Kž-712/03). Isto treba vrijediti i za člana koji se suzdržao od glasovanja.¹⁸ Pokušaj da se odgovornost pojedinog člana otkloni zato što bi i bez njegova glasa bila done-sena ista odluka, tj. da se zaniječe uzročnost pojedinačnog glasovanja, nije prihvatljiv.¹⁹ Primjena formule *condicio sine qua non* vodila bi do zaključka da nijedan član koji je glasovao za odluku nije ostvario uzrok jer bi svaki od njih mogao tvrditi da je njegov pojedinačni glas nebitan. Ta formula, općenito uzevši, nije dovoljna za utemeljenje uzročnosti. Svaki je član svojim glasom povećao mogućnost realizacije opasnosti te na taj način pridonio donošenju odluke i stoga ju je suuzrokovao.²⁰ Takvo se načelno stajalište probilo i u našoj sudskoj praksi, kako pokazuje slučaj kad više strijelaca puca na žrtvu, ali se ne može utvrditi čijim je metkom ubijena, u kojem je VSRH uzeo da su svi oni supočinitelji ubojstva (VSRH, I Kž-21/94, HLJKPP 1/1994, str. 347), pa nema prepreke da se primijeni i na gospodarska kaznena djela. No sama uzročnost ovdje neće biti dovoljna, nego se moraju ostvariti i određene pretpostavke na subjektivnoj strani, tj. član koji daje svoj glas za odluku mora biti upoznat sa svim okolnostima slučaja jer će u protivnom nedostajati namjera (*dolus*). Pritom će od praktične važnosti biti i funkcija osobe (predsjedavajući ili obični član uprave) i podjela rada u organu, tj. pripada li odluka u resor za koji je član zadužen (kad je veća vjerojatnost da je bio upoznat sa svim relevantnim okolnostima) ili se odnosi na neki njemu manje poznati resor (što će govoriti u prilog povjerenja prema predloženoj odluci i stoga isključivati namjeru).

¹⁸ Usp. *Schmid*, u: Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl., Köln, 2006, str. 827.

¹⁹ Poblje o tome *Tiedemann*, *Wirtschaftsstrafrecht*, Besonderer Teil, Köln, 2006, str. 88.

²⁰ Usp. *Roxin*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Band II, München, 2003, str. 650.

Mnogo je složenije pitanje odgovornosti člana kolegijalnog organa koji je glasovao protiv odluke, ali je u konačnici nadglasan. Pitanje je obilno raspravljeno u njemačkoj literaturi.²¹ Prema vladajućem shvaćanju, glasovanje protiv odluke ne oslobađa automatski nadglasanog člana odgovornosti; svaki je član uprave garant društvu da će poslovanje biti zakonito i u interesu društva, pa je u slučaju donošenja za društvo štetne odluke dužan poduzeti sve radnje kojima će spriječiti njezinu realizaciju te time i nastup štete koja iz nje može proizaći; dužan je najprije u okviru tijela kojeg je član poduzeti sve kako bi uvjerio ostale članove u neispravnost odluke te nakon njezina donošenja dužan je o njoj obavijestiti nadzorni odbor, a prema jednom stajalištu i sve članove društva.²² Prema nekim autorima, ni to nije dovoljno, pa je nadglasani o nezakonitoj odluci dužan obavijestiti i nadzorne službe izvan pravne osobe ili podnijeti ostavku, pa o odluci obavijestiti i policiju ili državno odvjetništvo, tj. podnijeti kaznenu prijavu jer bi se inače i sam izložio opasnosti da odgovara za neko od kaznenih djela neprijavlivanja.²³

Shvaćanje prema kojem glasovanje protiv nezakonite odluke još ne isključuje odgovornost prihvatljivo je i sa stajališta hrvatskog prava. Na to upućuje odredba čl. 252. ZTD prema kojoj svi članovi uprave koji povrijede svoje obveze odgovaraju kao solidarni dužnici, a pojedini se član može osloboditi odgovornosti samo ako dokaže da je primijenio pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika. Takva pozornost uključuje u sebi i sprečavanje radnji štetnih za trgovačko društvo. Ipak ovdje valja imati u vidu da je riječ o odgovornosti za nečinjenje, koja kod materijalnih kaznenih djela (kaznenih djela s posljedicom) zahtijeva i uzročnost nečinjenja, koja je i inače u kaznenom pravu prijeporna. Ovdje valja uzeti da će takva uzročnost postojati uvijek kad bi poduzimanje dužnih radnji spriječilo ili bitno otežalo nastup posljedice.²⁴ Nadglasanom članu treba, prema tome, dokazati da bi njegove mjere nakon donošenja odluke barem bitno otežale nastup posljedice. Takav će dokaz u nekim situacijama biti teško izvediv, osobito kad se propust sastoji u neprijavlivanju nezakonite odluke; u tim bi slučajevima uzročnost mogla postojati samo kad bi se radilo o odluci kojom se tek priprema kazneno djelo pa bi se

²¹ V. između ostalog *Raum*, u: Wabnitz/Janowsky, *Handbuch des Wirtschafts- und Strafrechts*, 3. Aufl., München, 2007, str. 206; *Schmid*, u: Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl., Köln, 2006, str. 827.

²² Usp. *Schünemann*, *Leipziger Kommentar*, 11. Aufl., 27. Lieferung, § 266, Berlin, 1998, str. 110.

²³ Usp. *Raum*, u: Wabnitz/Janowsky, *Handbuch des Wirtschafts- und Strafrechts*, 3. Aufl., München, 2007, str. 206. Tome se protivi *Tiedemann* (*Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil*, Köln, 2004, str. 94), koji polazi od načela personalne autonomije članova kolegijalnog organa prema kojem jedan njegov član ne bi bio dužan sprečavati kaznena djela drugih.

²⁴ Usp. *Schmid*, u: Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl., Köln, 2006, str. 866.

pravodobnom prijavom moglo spriječiti njegovo počinjenje; tada bi u obzir došao stjecaj neprijavlivanja kaznenog djela i supočiniteljstva nečinjenjem u neprijavljenom kaznenom djelu. Ako bi pak sama odluka kolegijalnog organa predstavljala već dovršeno kazneno djelo, ne bi se mogla prihvatiti uzročnost neprijavlivanja pa bi u tom slučaju član kolegijalnog organa kao odgovorna osoba mogao odgovarati samo za kazneno djelo neprijavlivanja počinjenog kaznenog djela iz čl. 300. st. 2. KZ jer je za počinjeno teže kazneno djelo saznao obavljajući svoju dužnost.

c) Sudioništvo "drugoga"

Budući da su gospodarska kaznena djela u kojima je počinitelj označen kao odgovorna osoba (iznimno i službena osoba) *delicta propria*, osoba koja nema to svojstvo ne može biti počinitelj, ali može biti sudionik (poticatelj ili pomagatelj) jer je svojstvo odgovorne osobe osobna okolnost počinitelja koja predstavlja obilježje kaznenog djela te se uzima u obzir i sudionicima (čl. 36. st. 2. KZ).

Od osobitog je praktičnog interesa pitanje može li u slučajevima kad počinitelj ostvaruje imovinsku korist drugome taj drugi kao konačni korisnik biti sudionik. Jasno je da će on biti poticatelj ako sam zatraži korist iz određenog posla; primjerice, bit će poticatelj na zlouporabu položaja i ovlasti ugovorni partner koji nagovori direktora trgovačkog društva da sklopi za to društvo nepovoljan ugovor, s time da će mu on naknadno isplatiti dio ostvarene koristi (tzv. *kick-back*). Problematičniji su slučajevi kad nema dokaza za poticanje. Iskustvo pokazuje da se u takvim slučajevima drugi kao korisnik najčešće ne optužuje. Primjerice, u slučaju načelnika općine koji je svojim potpisom ovjerio račun na 7.350 kuna u kojem se neistinito tvrdi da je liječnik izvršio sistematski pregled zaposlenika općine, bio je optužen i osuđen za zlouporabu položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 3. KZ samo načelnik, ali ne i liječnik (Županijski sud u Puli, Kž-216/02). To može biti pogrešno jer drugi pod određenim okolnostima može biti i pomagatelj. Čitavu problematiku treba promatrati kroz prizmu nužnog sudioništva jer korist se drugome ne može pribaviti bez njegova sudjelovanja. Prema pravilima nužnog sudioništva, drugi koji se ograničio na minimum koji je potreban za ostvarenje kaznenog djela nije pomagatelj. Stoga neće biti pomagatelj ugovorni partner koji je izvukao korist iz nekog ugovora ako se prilikom pregovora s počiniteljem kao zastupnikom oštećene pravne osobe ograničio na uobičajene korake radi ostvarivanja povoljnog ishoda za sebe, a između njega i počinitelja ne postoji ni izričit ni prešutni dogovor na štetu pravne osobe kao ugovorne strane (tzv. koluzija). Međutim, bit će pomagatelj u zlouporabi položaja i ovlasti korisnik kojemu je banka odobrila kredit bez valjanog osiguranja ako je u dogovoru sa zastupnikom banke prikupio lažnu dokumentaciju na temelju koje mu je odobren

kredit.²⁵ U navedenom primjeru iz naše sudske prakse liječnik je pomagatelj jer je ispostavio račun s lažnim sadržajem koji je načelnik ovjerio. I austrijska sudska praksa kažnjava kao počinitelja pridonošanjem (*Beitragstätter*) - što odgovara našem pomagatelju - primatelja nezakonite donacije ili fingirane osi-gurnine, sudionika u turističkom putovanju, korisnika besplatnog leta itd.²⁶

3. Nečinjenje

Neka se gospodarska kaznena djela mogu počinuti samo nečinjenjem, kao npr. povreda dužnosti u slučaju gubitka, prezaduženosti ili neposobnosti za plaćanje iz čl. 626. ZTD (nepokretanje stečajnog postupka) ili je uz činjenje alternativno propisano i nečinjenje, kao npr. kod utaje poreza i drugih davanja iz čl. 286. st. 1. KZ (neprijavljivanje zakonito stečenog prihoda). U svim su tim slučajevima uvjeti pod kojima počinitelj odgovara za nečinjenje vidljivi iz samog opisa kaznenog djela. Ako pak opis gospodarskog kaznenog djela upućuje samo na činjenje, odgovornost za nečinjenje moguća je samo kad postoji pravna dužnost na činjenje (čl. 25. st. 2. KZ). Za ta kaznena djela kao zakonski neregulirana nepravna kaznena djela nečinjenjem odgovara samo garant pa se i u gospodarskom kaznenom pravu postavlja pitanje tko je obvezan na činjenje, odnosno tko se može smatrati garantom.

Kad je počinitelj označen kao odgovorna osoba, takva je osoba samim time postala garantom. Njezina "odgovornost" proizlazi iz pravne dužnosti da sprečava nastupanje štetne posljedice. Tamo pak gdje je počinitelj označen kao "tko", kao npr. kod utaje poreza i drugih davanja (čl. 286. KZ), tumačenjem treba utvrditi krug mogućih počinitelja nečinjenjem.

Kao odgovorne osobe koje odgovaraju za nečinjenje u praksi će se najčešće pojaviti članovi uprava društava kapitala, pa će, primjerice, zlouporabu položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 3. KZ počinuti direktor društva s ograničenom odgovornošću koji ne realizira tražbinu pravovremenom tužbom i na taj način omogućiti njezinu zastaru ili stečajni upravitelj koji propusti uključiti neku tražbinu u stečajnu masu.²⁷ U tom pravcu ide i praksa naših sudova pa se npr. počiniteljem zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 4. KZ smatra predsjednik uprave dioničkog društva koji sklopljeni ugovor o prodaji nekretnina nije predao na realizaciju financijskoj službi, čime je pribavio imovinsku korist kupcima koji nisu platili kupovnu cijenu (VSRH, I Kž-290/01).

²⁵ Primjeri prema *Schünemannu*, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 27. Lieferung, § 266, Berlin, 1998, str. 140.

²⁶ Usp. *Kienapfel*, Grundriß des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil, II, 3. Aufl., Wien, 1993, str. 306.

²⁷ Usp. *Schünemann*, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 27. Lieferung, § 266, Berlin, 1998, str. 57 i 81.

Odgovornost na temelju nečinjenja posebno dolazi u obzir kod članova nadzornog odbora koji propuste dužni nadzor tako da ne poduzmu potrebne korake protiv članova uprave. Nadzorni odbor nadzire vođenje poslova društva i dužan je izvješćivati glavnu skupštinu o tome djeluje li društvo u skladu sa zakonom i aktima društva (čl. 263. st. 1. i 3. ZTD) pa se i njegovo prešućivanje nepravilnosti može označiti kao “neobavljanje dužnosti”, što je jedno od obilježja zlorporabe položaja i ovlasti. To je i stajalište njemačke²⁸ i austrijske²⁹ doktrine, dok je švicarski Kazneni zakonik već u samom tekstu čl. 158. st. 1. s upravljanjem tuđom imovinom izjednačio i nadzor nad takvim upravljanjem. Garantna obveza člana nadzornog odbora u tom je slučaju dvojaka: on je, s jedne strane, dužan štiti povjerenu mu imovinu društva (“garant kao zaštitnik”, *Beschützergarant*), pa će, primjerice, odgovarati zato što nije spriječio člana uprave u prisvajanju imovine društva, ali je isto tako dužan štiti i interese drugih osoba (“garant kao nadzornik”, *Überwachergarant*), pa će npr. odgovarati ako ne spriječi člana uprave u prijevarama na račun poslovnih partnera.³⁰ U njemačkoj praksi nastale su poteškoće zbog toga što neka dionička društva za članove nadzornih odbora ne uzimaju osobe sposobne i voljne za potrebni nadzor, nego poslovne partnere iz banaka, dobavljača pa i konkurentskih društava, što onda takve osobe dovodi u sukob interesa kojeg je posljedica gledanje kroz prste članovima uprava. Načelno uzevši, takvi članovi moraju dati prednost interesima društva u čijem su nadzornom odboru i ne postupe li tako, dolazi u obzir njihova kaznena odgovornost za propuste.³¹ Slični problemi nisu nepoznati ni u nas, čemu treba dodati i preopterećenost pojedinih članova nadzornih odbora, što onda stvara poteškoće pri ocjeni imaju li se njihovi propusti pripisati njihovoj namjeri, bez koje, u pravilu, nema gospodarskih kaznenih djela, ili samo nehaju, koji nije kažnjiv.

Odgovornost za nečinjenje moguća je i u povodu delegacije ovlasti na podređene osobe; u tom slučaju delegatar može odgovarati ne samo za izbor osobe (*culpa in eligendo*) nego i za propuštanje dužnog nadzora nad njom (*culpa in inspiciendo*); ti oblici civilne odgovornosti relevantni su i za kazneno pravo, uz uvjet da se udovolji svim ostalim pretpostavkama potrebnim za kaznenu odgovornost, posebno glede subjektivne sastavnice. Pitanjem odgovornosti za nečinjenje, posebno u slučaju delegacije, bavi se i *Corpus iuris* koji u čl. 12. st. 4. predviđa kažnjivost voditelja poduzeća “zato što nije vodio

²⁸ Usp. *Arzt/Weber*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bielefeld, 2000, str. 584.

²⁹ Usp. *Kienapfel*, Grundriß des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil, II, 3. Aufl., Wien, 1993, str. 297.

³⁰ Usp. *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, Köln, 2004, str. 28.

³¹ Poblize o tome *Tiedemann*, Untreue bei Interessenkonflikten, Festschrift für Tröndle, Berlin-New York, 1989, str. 324.

brigu, nadzor ili kontrolu nad osobljem ili, općenito uzevši, nad organizacijom poduzeća ili nad bilo kojom djelatnošću o kojoj je dužan voditi brigu”, ali i dopušta isključenje kažnjivosti “ako je prijenos ovlasti bio sadržajno ograničen, nedvojbjen i nužan za poduzeće i ako su osobe na koje su prenesene ovlasti stvarno bile u mogućnosti da ih izvrše”.³²

4. Razlozi isključenja protupravnosti

a) *Krajnja nužda*

Počinitelji gospodarskih kaznenih djela ponekad nastoje opravdati ostvarivanje obilježja kaznenog djela zaštitom drugih, po njihovu mišljenju važnijih interesa, osobito potrebom da se nastavi proizvodnja ili druga djelatnost, u čemu se vidi i javni interes jer bi obustava djelatnosti mogla biti štetna za gospodarstvo u cjelini (izostanak uplate poreza), a posebno i za zaposlenike, koji bi u tom slučaju ostali bez posla. U načelu se takva obrana ne može usvojiti. Kad je zakonodavac propisao neko ponašanje kao kazneno djelo, ukalkulirao je i opasnosti koje počiniteljima prijete u slučaju nepoštovanja zakona. Utaja poreza ne može se opravdati potrebom da se spasi egzistencija pravne osobe kao poreznog obveznika jer je zakonodavac društveni interes da se ostvare proračunski prihodi stavio iznad imovinskih interesa poreznih obveznika, uključujući i njihovu gospodarsku egzistenciju; isto je tako, propisujući kaznena djela protiv okoliša, dao prednost zaštiti okoliša pred interesima poduzetnika da održi proizvodnju pa nitko ne može opravdavati onečišćenje okoliša time što bi u protivnom slučaju morao obustaviti proizvodnju.³³ U tom pogledu zanimljiva je i praksa Europskog suda koji se pokazao suzdržljiv u priznavanju krajnje nužde kod prekršaja koji se sastoji u prekoračenju kvota odobrenih za proizvodnju čelika. Taj je sud, u načelu, uzeo da su kvote uvedene da bi se izbjegla tržišna kriza, pa se onda poduzetnici koji prekorače kvote ne mogu pozivati na krajnju nuždu zato što bi poštovanjem kvota zapali u krizu; ipak je Sud dopustio i iznimke kad je poduzeću prijetila konkretna opasnost za egzistenciju, koja nije uzrokovana tržištem, a počinjenje prekršaja bio je jedini način da se ono spasi.³⁴

Isto se tako ne može opravdavati krajnjom nuždom prouzročenje materijalne štete drugome, npr. pronevjerom tuđeg novca, da bi se izbjegla vlastita

³² Usp. Corpus iuris 2000, Zagreb, 2003, str. 29. Poblize o tome *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, Köln, 2004, str. 119.

³³ Usp. *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, Köln, 2004, str. 99.

³⁴ Usp. *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, Köln, 2004, str. 132.

šteta, pa makar pritom šteta koja je prijetila daleko nadmašivala prouzročenu. Jedan slučaj iz njemačke sudske prakse ilustrativan je za taj problem.³⁵ Sud je priznao krajnju nuždu počinitelju koji je pronevjerio javna sredstva u iznosu 5.000 DEM kako bi omogućio da se održi koncertna turneja njemačkog orkestra u inozemstvu, u koju je već bilo uloženo 80.000 DEM koji bi propali da je turneja otkazana. Odluka je, međutim, naišla na kritiku u njemačkoj literaturi; ističe se da se organizator turneje morao pomiriti s gubitkom, kao i svaki drugi poduzetnik koji pretrpi gubitak zbog loše kalkulacije ili naprosto zato što nema sreće; sve drugo bilo bi poziv da se financijski problemi rješavaju počinjenjem kaznenih djela.³⁶ Iznimka bi se mogla dopustiti kad se ne čini šteta na imovini osoba koje ne sudjeluju u poslu, nego na imovini povjerenoj počiniteljima, ali se istodobno otklanja moguća šteta na toj istoj imovini.³⁷

b) Pristanak članova društva

Učinak pristanka žrtve ne postavlja se kod gospodarskih kaznenih djela inkriminiranje kojih služi zaštiti nekog nadindividualnog pravnog dobra; ako tada i postoji neka individualizirana žrtva, njezin je pristanak neodlučan. Okolnost da je radnik pristao raditi “na crno” ne isključuje odgovornost poslodavca koji ga nije prijavio za utaju poreza i drugih davanja (čl. 286. st. 1. KZ). Drukčije je kod kaznenih djela kojima se povređuje neko individualno pravno dobro, ponajprije privatna imovina. Čini li to kazneno djelo takva odgovorna osoba koja prisvaja povjerenju joj imovinu društva za sebe ili drugoga uz pristanak članova društva? Problem se najčešće pojavljuje kod društava s ograničenom odgovornošću, posebno kada takvo društvo ima samo jednog člana koji, osim toga, može biti i direktor društva. Takvi počinitelji nerijetko iznose u svoju obranu da su, zapravo, prisvojili “svoju” imovinu pa osuđujuću presudu pokušavaju prikazati kao nepravdu. Pritom nije odlučno u kojem je obliku dan pristanak (može se raditi o formalnoj i neformalnoj odluci), ali on mora biti svakako dat unaprijed jer naknadni pristanak, kao i inače u kaznom pravu, ne može isključiti ni biće kaznenog djela, ni protupravnost.

U njemačkoj teoriji i praksi dugo se tražio odgovor na pitanje može li pristanak članova društva isključiti kazneno djelo zlouporabe povjerenja (*Untreue*), koje bismo, u tom pogledu, mogli izjednačiti s našim kaznenim djelom zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 3. i 4. KZ.³⁸ Prema jed-

³⁵ Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Band 12, str. 299.

³⁶ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., München, 2006, str. 748.

³⁷ Usp. Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, Köln, 2004, str. 100.

³⁸ Poblize o tome Schünemann, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 27. Lieferung, § 266, Berlin, 1998, str. 111.

nom, starijem, shvaćanju (tzv. *strenge Körperschaftstheorie*), koje trgovačko društvo stavlja iznad njegovih članova, imovina društva za njezina je zastupnika uvijek tuđa, pa to vrijedi i kad je on jedini član društva. Uz tu se pretpostavku svako ostvarivanje koristi na štetu imovine društva, pa i ono uz pristanak članova društva, smatra kažnjivim. Novija doktrina to ipak smatra pretjeranim jer članovi društva ionako imaju pravo na podjelu dobiti, a ostvarivanje koristi može biti i uzimanje "predujma" na ime te dobiti. Druga je krajnost teorija koja trgovačko društvo shvaća kao tvorevinu koja služi isključivo interesima njezinih članova (a ne i vjerovnika) pa su onda sva suglasna raspolaganja članova društva nekažnjiva, čak i kad vode uništenju društva (tzv. *strenge Gesellschaftertheorie*). Ona je u radikalnom obliku neprihvatljiva jer gubi iz vida da su na održavanje egzistencije društva, pored njegovih članova, zainteresirani i njegovi vjerovnici. Srednji put predstavlja ublažena varijanta posljednje teorije (tzv. *eingeschränkte Gesellschaftertheorie*), koja dopušta članovima društva da raspoložu njegovom imovinom uz uvjet da se time ne dovode u pitanje interesi vjerovnika, pa onda uzima da pristanak članova društva isključuje protupravnost samo ako se raspolaganjem imovinom ne smanjuje niti ugrožava temeljni kapital društva i ako se ne dovodi u pitanje egzistencija društva. Uz tu je pretpostavku pristanak, primjerice, irelevantan ako se odnosi na pretjerana trošenja, uključujući donacije političkim strankama, ili kod odobravanja kredita plaćevno neposobnim dužnicima zbog čega društvu prijeti nelikvidnost.

Stajalište njemačke doktrine možemo zorno vidjeti na sljedećem primjeru iz tamošnje sudske prakse.³⁹ Optuženik je bio jedan od triju članova društva s ograničenom odgovornošću koje je obavljalo građevinske poslove, ali su mu preostala dva člana povjerila upravljanje, pa je bio jedini direktor (*Geschäftsführer*). Kako je društvo u početku dobro poslovalo pa se u 1984. očekivao dobitak od 8 milijuna DEM, optuženik je za izgradnju svojih privatnih objekata sklopio poslove s izvođačima u vrijednosti 1,5 milijuna DEM, dogovorivši se s njima da radove fakturiraju na njegovo društvo, što su oni i učinili. To je imalo kao posljedicu da su se ti izdaci smatrali troškovima društva na koje se ne plaća porez na dobit. Budući da je društvo lažne račune zaista platilo, prvostupanjski je sud ocijenio da je optuženik oštetio imovinu društva za 1,5 milijuna DEM i osudio ga za zlouporabu povjerenja (*Untreue*, § 266. st. 1. njem. KZ) u stjecaju s utajom poreza. Osudu za zlouporabu povjerenja obrazložio je time da pristanak ostalih članova društva ne isključuje protupravnost jer je bio moguć samo uz pretpostavku neurednog vođenja računovodstva, pa je utoliko i sam predstavljao zlouporabu. Savezni sud

³⁹ Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Band 35, str. 333; v. i komentar te odluke u: *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, Köln, 2004, str. 107.

(*Bundesgerichtshof*) odluku je ukinuo s obrazloženjem da se radilo o prikrivenoj podjeli dobiti (“*verdeckte Gewinnausschüttung*”) koja je na kraju godine bila ostvarena i na koju su članovi društva imali pravo pa su se, prema tome, i preostala dva člana mogla odreći svojeg dijela dobiti u korist optuženika. Pritom je nebitno jesu li članovi društva takvu odluku donijeli na skupštini ili neformalno; isto tako okolnost da radovi nisu bili ispravno fakturirani ne znači da je društvo pretrpjelo štetu. Pristanak članova društva bio bi nevaljan samo ako bi se optuženikovim raspolaganjem dovodilo u pitanje daljnje poslovanje društva (smanjenje temeljnog kapitala, nesposobnost za plaćanje i sl.), što bi značilo i povredu interesa vjerovnika. Ipak, kako posljednje okolnosti nisu bile potpuno utvrđene (nad društvom je 1986. otvoren stečaj), Savezni je sud dao upute prvostupanjskom sudu da te okolnosti pobliže razjasni na novom suđenju.

Slično rješenje problema nalazimo i u austrijskoj doktrini koja pristanku članova društva priznaje učinak isključenja protupravnosti samo ako on sam ne predstavlja zlouporabu ovlasti ili kršenje zakona. Postoji li takva zlouporaba, kazneno djelo ne čini samo onaj tko je prouzročio štetu društvu, nego i onaj tko je pristanak neovlašteno dao, npr. članovi nadzornog odbora, pa je onda i davanje takvog pristanka zlouporaba ovlasti.⁴⁰

Stajalište njemačke judikature prihvatljivo je i za nas. Uz navedene pretpostavke, ne bi se moglo raditi ni o zlouporabi položaja i ovlasti prema našem zakonu, iako ne bi bila isključena neka druga kaznena djela (utaja poreza i doprinosa i poticanje na krivotvorenje službene isprave). Ipak valja istaknuti da će opisane pretpostavke valjanosti pristanka biti rijetko ostvarene i da će sud teško moći zaključiti da raspolaganjem imovinom društva nije ugroženo njegovo daljnje poslovanje, pa će isključenje protupravnosti zbog pristanka članova društva u praksi biti iznimka.

Kako je već istaknuto, pristanak članova društva nije nepoznat u našoj praksi. Odgovorne osobe kojima je povjereno upravljanje imovinom društva nerijetko nalaze opravdanje za prisvajanje imovine društva u tome što su one same članovi društva (“vlasnici”) ili su na drugi način unijele svoj kapital u društvo (npr. na ime članova obitelji koji figuriraju kao članovi društva). U slučaju optuženika koji je kao zastupnik pet društava s ograničenom odgovornošću iz njihove imovine prisvojio 14,700.000 kuna u gotovini VSRH nije prihvatio njegovu obranu da se radilo o “njegovu kapitalu” i “njegovim poduzećima” i da je on imao pravo na prisvajanje jer imovina trgovačkog društva nije privatna imovina osoba kojima je dana na upravljanje (VSRH, I Kž-1001/02). No usprkos okolnosti da nijedno od tih društava nije postavilo imovinskopravni zahtjev (što je indiciralo pristanak članova društva), VSRH

⁴⁰ Usp. *Kienapfel*, Grundriß des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil, II, 3. Aufl., Wien, 1993, str. 302.

nije pobliže ulazio u pitanje je li zaista postojao pristanak članova društva, ocijenivši to nebitnim. Takvo zanemarivanje pristanka članova društva ipak se ne može odobriti jer je pristanak i u situaciji kad ne isključuje biće kaznenog djela olakotna okolnost za počinitelja pa je prvostupanjski sud bio dužan ispitati sve okolnosti u vezi s pristankom.⁴¹

S pitanjem pristanka povezano je i pitanje riskantnih poslova, koji će u našem pravu biti češće temelj odgovornosti za kazneno djelo sklapanja štetnog ugovora nego zlouporabe položaja i ovlasti. Ipak nije isključena ni mogućnost da prilikom sklapanja takvih poslova počinitelj ide za ostvarivanjem imovinske koristi za sebe ili drugoga. Tretirati sklapanje takvih poslova uvijek kao kazneno djelo bilo bi neprihvatljivo jer bi se na taj način sputavala inicijativa i poslovni duh u gospodarstvu. Kaznenog djela neće biti ako počinitelj sklapa riskantne ugovore s pristankom članova društva jer se u tom slučaju neće raditi o prekoračenju internih ovlasti.⁴² Tamo gdje takvog pristanka nema, a odgovorna osoba kojoj je povjerena tuđa imovina upušta se u spekulativne poslove s visokim rizikom, postojat će i zlouporaba povjerenja (npr. član uprave društva za upravljanje mirovinskim fondom ulaže sredstva osiguranika u poslove kojih je ishod nepredvidiv).

5. Zabluda

Počinitelji koji ostvaruju obilježja gospodarskih kaznenih djela ponekad nemaju potpuni uvid u svoju djelatnost, što znači da se nalaze u nekoj od zabluda. Kazneni je zakon, umjesto dotadašnje podjele na stvarnu i pravnu zabludu, uveo novu podjelu (zabluda o biću djela, zabluda o razlozima isključenja protupravnosti i zabluda o protupravnosti), pri čemu je osobita novost uređenje zablude o protupravnosti. S obzirom na složenost gospodarske djelatnosti koja je normirana u mnogobrojnim zakonima i podzakonskim aktima, problematika zablude o protupravnosti dobiva na značenju. Kako je zabluda o protupravnosti i u čl. 23. Zakona o prekršajima uređena po uzoru na Kazneni zakon, a ona će upravo na području gospodarskih prekršaja biti česta, problem postaje još izraženiji u prekršajnom pravu. U praksi, međutim, i kazneni i prekršajni suci ostaju pod dojmom danas napuštene maksime rimskog prava *error iuris nocet* pa se najčešće uopće ne žele upuštati u raspravu

⁴¹ Usp. *Lenckner/Perron* u: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Aufl., München, 2006, § 266, rubni br. 21, str. 2316. Poblize o navedenoj presudi *Novoselec*, *Sudska praksa*, HLJKPP 2/2003, str. 967-970.

⁴² Usp. *Arzt/Weber*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bielefeld, 2000, str. 594; *Kienapfel*, *Grundriß des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil*, II, 3. Aufl., Wien, 1993, str. 297; *Schiemann*, *Leipziger Kommentar*, 11. Aufl., 27. Lieferung, § 266, Berlin, 1998, str. 82.

o zabludi o protupravnosti. Zbog toga je jedna ambiciozna normativna novost ostala uglavnom mrtvo slovo na papiru.

Nova podjela zabluda postavlja i pitanje njihova razgraničenja. Osobito je prijeporno razgraničenje zabluda o biću djela i zabluda o protupravnosti jer obje zablude mogu biti pravne naravi. To je, dakako, od nemale praktične važnosti jer su i pravni učinci tih zabluda različiti: dok zabluda o biću djela uvijek isključuje namjeru, a osudu za nehaj omogućuje samo ako je otklonjiva i ako je nehaj kažnjiv (što će kod gospodarskih kaznenih djela biti rijetkost), zabluda o protupravnosti potpuno isključuje krivnju, ali samo ako je neotklonjiva. No ne treba gubiti iz vida da i otklonjiva zabluda o protupravnosti ima određeni učinak (fakultativno ublaživanje kazne), pa se ni preko nje ne smije prijeći šutke. Pitanje spomenutog razgraničenja jedno je od najzamršenijih u kaznenopravnoj dogmatici, a u našoj je literaturi škrtro obrađeno. Ovdje će se u glavnim crtama upozoriti na temeljna načela koja mogu olakšati razgraničenje zabluda o biću djela i zabluda o protupravnosti.⁴³

Zabluda o biću djela ne odnosi se samo na deskriptivna nego i na normativna obilježja. Normativna obilježja pak mogu biti i pravne prirode, ali svijest o postojanju takvog obilježja ne znači da počinitelj mora poznavati pravnu normu koja se odnosi na to obilježje, nego je dovoljna i "paralelna ocjena u laičkoj sferi". Školski primjer takvog obilježja je svojstvo stvari kao tuđe pa se počinitelj koji je pogrešno ocijenio da stvar nije tuđa, nego njegova ili napuštena, nalazi u zabludi o biću djela i ne odgovara za krađu. Normativna obilježja nisu rijetkost kod gospodarskih kaznenih djela. Kao primjer može se navesti "sklapanje ugovora protivno ovlasti" kao obilježje sklapanja štetnog ugovora (čl. 294. st. 1. KZ), npr. zastupnik smatra da je odlukom uprave ovlašten na sklapanje riskantnih poslova (zabluda o biću djela), dok bi njegovu uvjerenje da je već samim tim što je zastupnik imao pravo na sklapanje poslova bez obzira na stupanj rizika predstavljalo zabludu o protupravnosti. Isto vrijedi i za "grubo kršenje zakona ili pravila poslovanja" kao normativnog obilježja zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju (čl. 292. st. 1. podst. 6. KZ) pa će (pogrešno) uvjerenje da je uprava odobrila neki način poslovanja predstavljati zabludu o biću djela, dok će nepoznavanje zakona koji zabranjuje određene oblike poslovanja predstavljati zabludu o protupravnosti.

Kod blanketnih kaznenih djela vladajuće mišljenje polazi od toga da su obilježja sadržana u normi na koju upućuje opis kaznenog djela (ispunjujuća norma) dio bića kaznenog djela, pa je onda nepoznavanje sadržaja ispunjujuće norme zabluda o biću djela, a nepoznavanje egzistencije te norme zabluda o protupravnosti. Krivolovac koji ne bi znao da je na snazi lovostaja za divljač

⁴³ Poblize o tome *Danecker*, u: *Wabnitz/Janowsky*, *Handbuch des Wirtschafts- und Strafrechts*, 3. Aufl., München, 2007, str. 29; *Tiedemann*, *Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil*, Köln, 2004, str. 110; *Niemeyer*, u: *Müller-Gugenberger/Bieneck* (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl., Köln, 2006, str. 403; *Schmid*, u istoj knjizi, str. 950.

koju lovi bio bi u zabludi o biću djela, ali ako uopće ne bi znao da postoji lo-
vostaja, bio bi u zabludi o protupravnosti.⁴⁴

Otud se vidi da ocjena o tome radi li se o normativnom obilježju ili blan-
ketnoj odredbi može voditi do različitih rezultata. Ponekad je nejasno je li
u pitanju normativno obilježje kaznenog djela ili je riječ o blanketnom propi-
sisu. Kada, primjerice, ZTD u čl. 626. (povreda dužnosti u slučaju gubitka,
prezaduženosti ili neposobnosti za plaćanje) propuštanje sazivanja skupštine
i pokretanja stečajnog postupka inkriminira pod uvjetom da je to protivno
određenim propisima ZTD, moglo bi se uzeti da je u pitanju blanketno kaz-
neno djelo, što bi značilo da nepoznavanje obveze na sazivanje skupštine i
na stavljanje zahtjeva za pokretanje stečajnog postupka predstavlja zabludu o
protupravnosti; uzme li se pak da je nepoduzimanje dužnih radnji normativno
obilježje, nepoznavanje odredaba bila bi zabluda o biću djela. Kako je ovdje
riječ o kaznenim djelima nečinjenjem, valja poći od vladajućeg mišljenja, pre-
ma kojem kod tih kaznenih djela dužnost na činjenje ne predstavlja obilježje
kaznenog djela pa nepoznavanje te dužnosti ne predstavlja zabludu o biću
djela, nego zabludu o protupravnosti. Stoga će se počinitelj kaznenog djela iz
čl. 626. ZTD koji nije svjestan obveze na činjenje jer ne zna propise na koje ta
odredba upućuje nalaziti u zabludi o protupravnosti, a ne u zabludi o biću dje-
la.⁴⁵ No kod utaje poreza i doprinosa porezna obveza je normativno obilježje
pa se počinitelj koji nije svjestan da određeni porez podliježe oporezivanju
nalazi u zabludi o biću djela.⁴⁶

U svim slučajevima kad sud utvrdi zabludu o protupravnosti, mora ispitati
i njezinu otklonjivost. Treba poći od načela da se nitko ne smije prihvatiti
gospodarske djelatnosti, a da se prethodno ne upozna sa svim obvezama koje
otud za njega slijede. Poslovni ljudi moraju prostudirati propise kojima se
uređuje njihova djelatnost, a u slučaju nedoumice zatražiti mišljenje kompe-
tentne osobe; propuste li to, njihova se zabluda ima smatrati otklonjivom, što
će i biti najčešći slučaj. Njemački državljanin koji nije znao da se u Hrvatskoj
zajmovi nisu smjeli davati u devizama, pa je stoga počinio kazneno djelo iz
čl. 91. Zakona o osnovama deviznog sustava, nalazio se u otklonjivoj zabludi
o protupravnosti jer je imao dovoljno vremena i mogućnosti da se raspita o
dopuštenosti takve djelatnosti (Županijski sud u Puli, Kž-139/00, HLJKPP
1/2003, str. 213). Utvrdi li sud otklonjivost zablude o protupravnosti, u pravi-
lu će morati ublažiti kaznu jer počiniteljevo postupanje u dobroj vjeri znatno
umanjuje njegovu krivnju; neprimjenjivanje odredaba o ublaživanju kazne
treba ograničiti na rijetke slučajeve kad je počinitelj, iako u zabludi o protu-

⁴⁴ Usp. *Cramer/Sternberg-Lieben*, u: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Aufl., München, 2006, § 15, rubni br. 100, str. 290.

⁴⁵ Usp. *Tiedemann*, *Kommentar zum GmbH-Strafrecht*, 4. Aufl., Köln, 2002, str. 203.

⁴⁶ Usp. *Cramer/Sternberg-Lieben*, u: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Aufl., München, 2006, § 15, rubni br. 94, str. 288.

pravnosti, ipak svjestan da krši društveno-etičke norme, kao npr. kod lihvarskog ugovora.⁴⁷

B. GOSPODARSKA KAZNENA DJELA

Već je istaknuto da nema opće suglasnosti o tome koja se kaznena djela smatraju gospodarskim. U ovom dijelu ograničit ćemo se na kaznena djela koja su neprijeporno gospodarska i najčešće se pojavljuju u gospodarskoj djelatnosti pa su onda i zastupljena (ili bi trebala biti zastupljena) u sudskoj praksi.

Načelo zakonitosti traži da bića kaznenih djela budu opisana precizno (*nulum crimen sine lege certa*). To s gospodarskim kaznenim djelima u hrvatskom pravu nije uvijek slučaj. U strahu da nešto ostane nekažnjivo, zakonodavac je uvodio nova kaznena djela i proširivao opise već postojećih posežući za ne posve jasnim obilježjima, što je dovelo do mnogobrojnih preklapanja i otežanog razgraničenja pojedinih gospodarskih kaznenih djela. Ovaj je dio rada pokušaj da se u takvim situacijama pronađe izlaz *de lege lata*, ali i da se upozori na poželjne reforme.

1. Zloupotreba položaja i ovlasti kao gospodarsko kazneno djelo

Iako je kazneno djelo zloupotrebe položaja i ovlasti iz čl. 337. KZ smješteno među kaznena djela protiv službene dužnosti, njegovi su stavci 3. i 4. tipično gospodarsko kazneno djelo koje, u pravilu, čine odgovorne osobe u gospodarstvu, a iznimno i službene osobe prilikom raspolaganja proračunskim sredstvima. O tome da je takav smještaj ovog oblika kaznenog djela, koji vuče podrijetlo iz bivšeg jugoslavenskog kaznenog prava (čl. 314.a jugoslavenskog Krivičnog zakonika iz 1951.), danas neodrživ bilo je već govora u vezi s problematikom odgovorne osobe (pod A, 1). No odredba trpi kritike i iz drugih razloga. Ističe se da je suvišna,⁴⁸ što se ne može prihvatiti. Nemali broj ponašanja koja se u praksi podvode pod odredbu čl. 377. st. 3. i 4. KZ ne mogu se obuhvatiti drugim kaznenim djelima ili bi takvo podvođenje samo djelomično obuhvatilo njihov kriminalni sadržaj: pronevjera je ograničena na pokretne stvari koje su povjerene osobi na radu pa se njome ne mogu obuhvatiti manipulacije koje se ne sastoje u prisvajanju takvih stvari (npr. prisvajanje novca na bankovnom računu), a sklapanje štetnog ugovora i nesavjesno gospodarsko poslovanje ne obuhvaćaju postupanje s ciljem pribavljanja imovin-

⁴⁷ Usp. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., München, 2006, str. 960.

⁴⁸ Tako *Matijević*, Tyrannosaurus u Kaznenom zakonu, Odvjetnik 9-10/1999, str. 42-45.

ske koristi. Stoga i moderni kazneni zakonici, kao npr. njemački, austrijski i švicarski, poznaju slično kazneno djelo pod nazivom “zlouporaba povjerenja” (*Untreue*).

Opravdana je, međutim, kritika upućena nomotehničkim slabostima navedenog kaznenog djela. Kako su one već bile predmet opširnih razmatranja na drugom mjestu,⁴⁹ ovdje će se dati samo kratka rekapitulacija.

- a) Odredbe čl. 337. st. 3. i 4. KZ glede načina počinjenja upućuju na odredbu stavka 1. u kojoj se radnja označuje kao pribavljanje neimovinske koristi, iskorištavanje položaja ili ovlasti, prekoračenje granica ovlasti ili neobavljanje dužnosti. Pored grube redakcijske pogreške (počinitelj koji postupava s ciljem pribavljanja neimovinske koristi odgovara za pribavljenu imovinsku korist), valja istaknuti da su navedeni oblici radnje prilagođeni odnosima u javnoj službi i ne pogađaju bit odnosa u gospodarskim pravnim osobama.
- b) Pojmovi položaja i ovlasti su neodređeni, a osim toga u naslovu djela dani su kumulativno (položaj i ovlast), a u tekstu st. 1. alternativno (položaj ili ovlast).
- c) Postupanje s ciljem pribavljanja imovinske koristi predviđeno je kao subjektivno obilježje kvalificiranog oblika u stavku 4., ali ne i u stavku 3. kao temeljnom obliku tog kaznenog djela.

U praksi je došlo do nedoumica na što se odnosi “drugi”, kojem se u smislu čl. 337. st. 1. KZ mora pribaviti neimovinska korist, a što se onda, s obzirom na to da se tekst stavaka 3. i 4. poziva na stavak 1., prenosi i na stavke 3. i 4. Prema stajalištu Kaznenog odjela VSRH, II-Kr-24/00 od 2. siječnja 2001, pod drugim se razumije samo fizička osoba, što se obrazlaže time da su sve situacije u kojima se pribavlja imovinska korist za pravnu osobu obuhvaćene zlouporabom ovlasti u gospodarskom poslovanju iz čl. 292. KZ. Takvo stajalište nije bilo prihvaćeno u sudskoj praksi, posebno ne od državnog odvjetništva, a trpjelo je i opravdane kritike u literaturi.⁵⁰ Kako kazneno djelo zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju iz čl. 292. KZ pokriva samo zlouporabe u korist pravnih osoba koje čine *odgovorne osobe*, ostaju nepokrivene zlouporabe koje čine *službene osobe* u korist pravnih osoba, npr. državni pravobranitelj kao zakonski zastupnik Republike Hrvatske u parničnom predmetu u kojem pravna osoba tuži RH neosnovano prizna tužbeni zahtjev i na taj način pribavi imovinsku korist toj pravnoj osobi (VSRH, IV Kž-5/03). Zbog toga je novelom iz 2006. izmijenjena odredba čl. 337. KZ tako da se riječ “drugome” zamjenjuje riječima “drugoj pravnoj ili fizičkoj osobi”. Izmjena je na mjestu ako se shvati kao pojašnjenje dosadašnjeg teksta, a ne kao novi sadržaj jer bi u

⁴⁹ Usp. *Novoselec*, Zlouporeba položaja i ovlasti kao gospodarsko kazneno djelo, HLJKPP 1/2002, str. 3-36.

⁵⁰ Usp. *Pajić*, Dvojbe teorije i prakse u tumačenju pojma “drugi” kao obilježja kaznenog djela (“drugi” - fizička i pravna ili samo fizička osoba?), HLJKPP 2/2005, str. 441-454.

potonjem slučaju proširenje pojma drugog na pravne osobe vrijedilo samo *pro futuro* i onemogućivalo primjenu čl. 337. st. 3. i 4. KZ na slučajeve kaznenih djela počinjenih u korist pravnih osoba prije stupanja na snagu novele.⁵¹ Za sada još nemamo stajalište VSRH o tom pitanju.

Druga značajna nedoumica odnosila se donedavno na pitanje je li moguć pokušaj kaznenog djela iz čl. 337. st. 3. i 4. KZ. Na to je pitanje VSRH u rješidbama IV Kž-6/94 i I Kž-845/00 (Izbor odluka br. 1/2003, str. 244) odgovorio negativno, smatrajući da pokušaj nije moguć jer je u slučajevima kad nije pribavljena imovinska korist riječ o dovršenom temeljnom obliku iz čl. 337. st. 1. KZ. Shvaćanje se temeljilo na pogrešnoj pretpostavci da je pribavljena protupravna imovinska korist teža posljedica i da su oblici opisani u čl. 337. st. 3. i 4. KZ kvalificirani oblici temeljnog oblika iz čl. 337. st. 1. KZ. No ne samo da je i kod kaznenih djela kvalificiranih težom posljedicom moguć pokušaj, nego je i tumačenje odredaba čl. 337. st. 3. i 4. KZ kao kvalificiranih oblika bilo pogrešno; u pitanju su, kako je već istaknuto, dva različita kaznena djela (čl. 377. st. 1. i 2. KZ kao službeničko i čl. 337. st. 3. i 4. KZ kao gospodarsko kazneno djelo), pri čemu je neodlučno što su oba (isto tako pogrešno) obuhvaćena istim člankom. Stajalište VSRH bilo je i proturječno jer je značilo da počinitelj koji pokušava ostvariti imovinsku korist, u čemu ne uspijeva, odgovara za dovršeno ostvarivanje neimovinske koristi. Ono je izazvalo znatne zabune u sudskoj praksi, ali je na sreću, u povodu dobro sročenog zahtjeva za zaštitu zakonitosti protiv odluke VSRH, IV Kž-6/94 (Državno odvjetništvo RH, Kzz-DO-9/03), napušteno, i to u pravnom shvaćanju Kaznenog odjela VSRH od 4. srpnja 2007. (Su-IV-1/07-8).

Slabe strane postojećeg kaznenog djela zlouporabe položaja i ovlasti kao gospodarskog kaznenog djela pokušalo se otkloniti novelom od 9. srpnja 2003. Uvedeno je novo kazneno djelo zlouporabe povjerenja u čl. 294.a KZ, koje je bilo uključeno u glavu kaznenih djela protiv sigurnosti platnog prometa i poslovanja. Obuhvatilo je četiri postojeća gospodarska kaznena djela, i to, pored zlouporabe položaja i ovlasti u dijelu koji se odnosi na odgovorne osobe (čl. 337. st. 3. i 4. KZ), još i nesavjesno gospodarsko poslovanje (čl. 291. KZ), zlouporabu ovlasti u gospodarskom poslovanju (čl. 292.) i sklapanje štetnog ugovora (čl. 294. KZ). Novo kazneno djelo bilo je oblikovano po uzoru na već spomenuto kazneno djelo *Untreue* u njemačkom, austrijskom i švicarskom pravu. Počivalo je na ideji da svi kojima je povjerena briga o tuđoj imovini moraju tu dužnost ispunjavati savjesno pa u protivnom slučaju odgovaraju za štetu nastalu na toj imovini, bilo da je do nje došlo njihovim prisvajanjem ili na drugi način. Bilo je dobro prihvaćeno u pravnoj literaturi, i to posebno od

⁵¹ U tom smjeru i Vladino Obrazloženje Konačnog prijedloga zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona od 2. svibnja 2005, str. 37-38.

autora s područja trgovačkog prava,⁵² dok kritičkih napisa nije bilo. Usprkos tome, zakonodavac je nakon ukidanja novele iz 2003. prilikom kasnijih izmjena prešao šutke preko čitave problematike. Kako opisano rješenje nije izgubilo na aktualnosti, moglo bi poslužiti kao podloga za raspravu pri budućim izmjenama Kaznenog zakona.

2. Zloupotreba ovlasti u gospodarskom poslovanju

Prednik sadašnjeg kaznenog djela zloupotrebe ovlasti u gospodarskom poslovanju (čl. 292. KZ) kazneno je djelo zloupotrebe ovlaštenja u privredi iz čl. 213.c jugoslavenskog Krivičnog zakonika iz 1951, uvedeno novelom iz 1959. godine. Njime se htjelo obuhvatiti određene "korisne malverzacije" u korist vlastite ili tuđe pravne osobe koje su se sastojale u prelijevanju društvene imovine između njezinih korisnika. Ukidanjem društvene imovine nestalo je i potrebe za tim kaznenim djelom. Usprkos tome, pa i uz punu svijest o tome da je ono "relikt u našem kaznenom pravu",⁵³ zadržano je u hrvatskom kaznenom pravu.

Kazneno djelo zloupotrebe ovlasti u gospodarskom poslovanju može počinuti samo odgovorna osoba, i to ako postupa s ciljem pribavljanja imovinske koristi za svoju ili drugu pravnu osobu (čl. 292. st. 1. KZ, uvodna rečenica). Isključene su, prema tome, sve radnje kod kojih počinitelj ide za time da pribavi protupravnu imovinsku korist za sebe kao fizičku osobu ili za drugu fizičku osobu (takve radnje potpadaju pod kazneno djelo zloupotrebe položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 3. i 4. KZ). Upravo je u tome ostatak prošlosti jer je sada, kad su i pravne osobe utemeljene na privatnom vlasništvu, za kriminalni karakter radnji opisanih u daljnjem tekstu čl. 292. KZ svejedno čine li se one u korist fizičkih ili pravnih osoba, što je zakonodavac i izričito rekao u noveliranom tekstu čl. 337. st. 1. KZ.

Da bi postojalo kazneno djelo iz čl. 292. st. 1. KZ, dovoljno je da počinitelj postupa s ciljem pribavljanja protupravne imovinske koristi, što znači da takva korist ne mora biti i ostvarena. Otud bi proizlazilo da je temeljni oblik iz stavka 1. zamišljen kao kazneno djelo apstraktnog ugrožavanja. No analizira li se svih šest modaliteta počinjenja nabrojanih u čl. 292. st. 1. KZ, vidjet će se da u tom pogledu zakon nije dosljedan jer u nekim slučajevima ipak pretpostavlja da je imovinska korist već ostvarena, a to znači i da je na drugoj strani već nastala šteta. Ta će analiza također pokazati da se neki oblici zloupotrebe ovlasti u gospodarskom poslovanju isprepleću s drugim kaznenim djelima,

⁵² Usp. *Barbić*, Privatnopravna obilježja predloženog novog kaznenog djela zloupotrebe povjerenja, u: *Bačić i dr.* Konačni prijedlog zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, Zagreb, 2003, str. 219-246.

⁵³ Tako s pravom *Horvatić*, Novo hrvatsko kazneno pravo, Zagreb, 1997, str. 531.

što otežava razgraničenje, ali i postavlja pitanje opravdanosti tog kaznenog djela.

a) Ako odgovorna osoba “stvara ili drži nedozvoljene fondove u zemlji ili stranoj državi”, nije na taj način još ostvarila nikakvu protupravnu imovinsku korist za pravnu osobu. To će se dogoditi tek kada te fondove upotrijebi za neku za nju korisnu svrhu. U ovom slučaju treba razlikovati postupak li počinitelj s ciljem pribavljanja protupravne imovinske koristi za svoju ili drugu pravnu osobu. Stvara li on nedopuštene fondove u namjeri da pribavi protupravnu imovinsku korist za svoju pravnu osobu, u obzir dolazi utaja poreza ili drugih davanja iz čl. 286. KZ (ako je ujedno došlo i do neprijavlivanja prihoda) i povreda obveze vođenja trgovačkih i poslovnih knjiga iz čl. 287. KZ ako se pritom trgovačke ili poslovne knjige vode tako da je otežana preglednost poslovanja ili imovinskog stanja. Postupa li počinitelj s ciljem da ostvari protupravnu imovinsku korist za drugu pravnu osobu, što ujedno znači da hoće prouzročiti štetu vlastitoj, u pitanju je pokušaj zlorabe položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 3. i 4. KZ.⁵⁴

b) Ako počinitelj “sastavljanjem isprava neistinitog sadržaja, lažnim bilancama, procjenama ili inventurom ili drugim lažnim prikazivanjem ili prikriivanjem činjenica neistinito prikazuje stanje i kretanje sredstava i uspjeha poslovanja”, on također tek priprema ostvarivanje imovinske koristi. Ovdje se radi svakako o krivotvorenju službene isprave (čl. 312. st. 1. KZ), a dolazi u obzir i stjecaj s kaznenim djelom utaje poreza i drugih davanja ako počinitelj postupa u namjeri da pribavi protupravnu imovinsku korist za svoju pravnu osobu.

c) Stavi li počinitelj “pravnu osobu u povoljniji položaj prigodom dobivanja sredstava ili drugih pogodnosti koje se pravnoj osobi ne bi priznale prema postojećim propisima”, riječ je o subvencijskoj prijevarama koja se kažnjava kao obična prijevarama ili prema novom čl. 292.a KZ unesenom novelom od 3. listopada 2007. (pobliže o tome pod B, 4).

d) Ako počinitelj s ciljem pribavljanja protupravne imovinske koristi “pri izvršavanju obveza prema proračunima i fondovima uskrati sredstva koja im pripadaju”, imovinska korist za njegovu pravnu osobu već je ostvarena. Taj modalitet, prema tome, odudara po svojoj naravi od prethodnih jer predstavlja kazneno djelo povređivanja. No on se poklapa s bičem kaznenog djela utaje poreza i drugih davanja iz čl. 286. KZ ako je do uskraćivanja sredstava došlo

⁵⁴ To je stajalište austrijske doktrine koja smatra da je otvaranje “računa crnog novca” (Schwarzgeldkontos) suprotno statutu ili svrsi poduzeća tek ugrožavanje povjerene imovine i stoga pokušaj kaznenog djela zlorabe povjerenja (usp. *Kienapfel*, Grundriß des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil, II, 3. Aufl, Wien, 1993, str. 301), dok njemačka doktrina, koja već samo ugrožavanje imovine smatra štetom, takav postupak tretira kao dovršeno kazneno djelo zlorabe povjerenja (usp. *Schünemann*, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 27. Lieferung, § 266, Berlin, 1998, str. 131).

zato što je počinitelj dao lažne podatke o prihodima ili ih nije prijavio. Ako je počinitelj istinito prijavio prihode, a porez ili drugo davanje nisu plaćeni, nema kaznenog djela (pobliže o tome pod B, 7).

e) Ako počinitelj "namjenska sredstva kojima raspolaže koristi protivno njihovoj namjeni", dolazi u obzir dovršeno kazneno djelo prijevare prema teoriji o izigravanju socijalne svrhe ili, kad je riječ o sredstvima Europske unije, novo kazneno djelo iz čl. 292.a st. 2. KZ prema noveli od 3. listopada 2007. I u tom slučaju kazneno djelo prerasta u kazneno djelo povređivanja.

f) Taj modalitet, vrlo čest u sudskoj praksi, temelji se na generalnoj klauzuli prema kojoj odgovorna osoba čini zlouporabu u gospodarskom poslovanju ako s ciljem pribavljanja protupravne imovinske koristi za svoju ili drugu pravnu osobu "na drugi način grubo prekrši zakon ili pravila poslovanja glede upotrebe i upravljanja imovinom". Krši li počinitelj zakon ili pravila poslovanja u namjeri da pribavi protupravnu imovinsku korist za svoju pravnu osobu i prouzroči štetu drugoj pravnoj osobi, dolazi u obzir pokušaj ili dovršena prijevarena te druge pravne osobe. Postupa li on pak s namjerom da pribavi protupravnu imovinsku korist za drugu pravnu osobu, a na štetu vlastite, radi se o zlouporabi položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 3. i 4. a ako takve namjere nema, o kaznenom djelu nesavjesnog gospodarskog poslovanja (čl. 291. KZ) ili sklapanju štetnog ugovora (čl. 294. KZ).

Kvalificirani oblik kaznenog djela zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju iz čl. 292. st. 2. KZ čini počinitelj koji na način opisan u stavku 1. zaista i pribavi "znatnu imovinsku korist". U tom slučaju prethodni slučajevi apstraktnog ugrožavanja prelaze u kazneno djelo povređivanja, tj. kazneno djelo s realnom štetom. No do toga će doći samo ako je pribavljena imovinska korist "znatna", a to je korist koja prelazi 30.000 kuna (pravno shvaćanje Kaznenog odjela VSRH od 24. studenog 1997, VSRH, Su-726-IV/97). Otud slijedi da se kaznena djela kojima je ostvarena korist manja od 30.000 kuna imaju procjenjivati po stavku 1. koji u tom slučaju gubi karakter kaznenog djela apstraktnog ugrožavanja.

U praksi se pokazao osobito spornim odnos zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju prema zlouporabi položaja i ovlasti kao gospodarskog kaznenog djela (čl. 337. st. 3. i 4. KZ) jer je moguće da se jednom radnjom ostvare obilježja obaju kaznenih djela.

Stajalište prema kojem se razlika temelji na različitom opisu same radnje, pa bi onda kazneno djelo iz čl. 292. st. 1. KZ obuhvaćalo radnje koje su u njemu izričito nabrojene, dok bi sve ostale potpadale pod općeniti opis iz čl. 337. st. 1. KZ (koji je mjerodavan i za stavke 3. i 4.),⁵⁵ rješava samo slučajeve

⁵⁵ Tako *Pokrajac*, Kaznena djela zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. i zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju iz čl. 292. KZ te njihova primjena u praksi, HLJKPP 2/2001, str. 176.

koji se mogu podvesti pod modalitete radnje opisane u čl. 292. st. 1. podst. 1. do 5. KZ, ali ne i kad je riječ o generalnoj klauzuli iz čl. 292. st. 1. podst. 6. KZ (“na drugi način grubo prekrši zakon ili pravila poslovanja glede uporabe i upravljanja imovinom”). Ta se klauzula svojom općenitošću ne razlikuje od opisa radnje u čl. 337. st. 1. KZ pa odgovorna osoba koja “iskoristi svoj položaj ili ovlast, prekorači granice svoje ovlasti ili ne obavi dužnost” samim time i grubo krši zakon ili pravila poslovanja itd. Član uprave trgovačkog društva koji sklopi ugovor o kupnji robe od drugog trgovačkog društva svjestan da ugovorena cijena znatno nadmašuje tržišnu cijenu ostvario je obilježja zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 3. KZ jer je iskoristio svoju ovlast s ciljem da drugoj pravnoj osobi pribavi kakvu imovinsku korist, ali i obilježja zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju iz čl. 292. st. 1. podst. 6. KZ jer je s ciljem pribavljanja protupravne imovinske koristi za drugu pravnu osobu grubo prekršio zakon glede upravljanja imovinom (koji ga obvezuje da postupi s pažnjom dobrog gospodarstvenika).

Kolizija se ne može “jednostavno” riješiti davanjem prednosti kaznenom djelu iz čl. 292. KZ zbog blaže propisane kazne⁵⁶ jer obvezna primjena blažeg zakona vrijedi samo kad su u pitanju zakoni koji su bili na snazi u različitom vremenu. Čini se da bi ipak prednost valjalo dati kaznenom djelu iz čl. 292. KZ jer je smješteno među gospodarska kaznena djela i utoliko je specijalno u odnosu prema kaznenom djelu iz čl. 337. st. 3. i 4. KZ (iako je riječ o vrlo ekstenzivnom poimanju specijalnosti). U tom se smjeru uglavnom i kretala praksa sudova. Drugo je pitanje je li paralelno postojanje kaznenih djela iz čl. 292. st. 2. KZ i čl. 337. st. 3. i 4. KZ uopće održivo. I na ovom mjestu vidi se opravdanost rješenja što ga je ponudila novela od 9. srpnja 2003. koja je ukinula i kazneno djelo iz čl. 292. KZ i kazneno djelo iz čl. 337. st. 3. i 4. KZ, smatrajući da se sve radnje koje se podvode pod ta kaznena djela mogu obuhvatiti drugim kaznenim djelima, prvenstveno zlouporabom povjerenja iz čl. 294.a KZ. U svakom slučaju sada je, osobito nakon otklanjanja nedoumica u vezi s pojmom “drugoga” u čl. 337. st. 1. KZ, kazneno djelo zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju iz čl. 292. KZ postalo suvišno.

3. Prijevarena u gospodarskom poslovanju

Kazneno djelo prijevare u gospodarskom poslovanju (čl. 293. KZ) jedna je od novosti koje je donio hrvatski Kazneni zakon 1997. godine. U službenom Vladinom obrazloženju rečeno je samo da su “konačnu formu inkrimina-

⁵⁶ Tako Rogić-Hadžalić/Novosel, u ediciji: Pokazatelji gospodarskoga kriminaliteta 1998-2004, 102, Studije i analize, Državni zavod za statistiku, Zagreb, 2006, str. 29.

cije sugerirali predstavnici Državnog odvjetništva RH”,⁵⁷ a da nisu navedeni nikakvi stvarni razlozi za takvu promjenu. Vjerojatno se polazilo od shvaćanja da “drugi” za kojeg se pribavlja imovinska korist običnom prijevarem (čl. 224. KZ) treba biti samo fizička osoba, dok je za prijevarno pribavljanje imovinske koristi pravnoj osobi potrebno posebno kazneno djelo s višom kaznom. No kako sada pravne osobe više ne raspolažu društvenom imovinom, nema ni potrebe da se njihovim imovinskim interesima pruža pojačana zaštita. Shvaćanje da “drugi” može biti samo fizička osoba bilo je, uostalom, već i prije dovedeno u pitanje,⁵⁸ a definitivno ga je napustio hrvatski zakonodavac kad je prilikom noveliranja Kaznenog zakona 2006. u čl. 337. st. 1. pojam “drugi” zamijenio pojmom “druga pravna ili fizička osoba”. Drugo je pitanje je li propisana kazna za običnu prijevaru (najviša mjera pet godina zatvora za kvalificirani oblik iz čl. 224. st. 4. KZ) dovoljna da obuhvati krupne prijevare u gospodarskom poslovanju, no to se može riješiti povišenjem propisane kazne, što je i bilo učinjeno novelom KZ od 9. srpnja 2003. (u međuvremenu ukinutom na Ustavnom sudu).

Kazneno djelo prijevaru u gospodarskom poslovanju ne može se opravdati ni posebnošću radnje. Doduše, opis prijevarnog postupanja u čl. 293. st. 1. KZ razlikuje se od opisa prijevaru u čl. 224. st. 1. KZ utoliko što kao specifični način počinjenja spominje “uporabu nenaplativih instrumenata osiguranja plaćanja”, ali to nije jedina mogućnost jer odmah iza toga slijedi generalna klauzula (“ili na drugi način”), koja je jednaka opisu prijevaru u čl. 224. st. 1. KZ. Riječ je, osim toga, o primjeru loše legislativne tehnike jer se nepotrebno ističe jedan način počinjenja koji je već sadržan u općem obilježju (primijeni li se ta tehnika, opis ubojstva mogao bi glasiti: “tko ustrijeli drugoga ili ga na drugi način usmrti”).

Kritiku zaslužuje i odredba čl. 293. st. 2. KZ prema kojoj postoji kvalificirani oblik prijevaru u gospodarskom poslovanju kad je pribavljena znatna imovinska korist ili je prouzročena znatna šteta. Znatna imovinska korist ne može biti kvalifikatorna okolnost jer nije ni obilježje temeljnog oblika prijevaru u gospodarskom poslovanju. Počinitelj, doduše, mora postupati s ciljem ostvarenja protupravne imovinske koristi, ali takva korist ne mora i nastupiti. Prijevare je dovršena kad je nastupila imovinska šteta, ali nastup štete kao posljedice ne znači uvijek i da je ostvarena imovinska korist za počinitelja (ona se može izjaloviti). Bilo je stoga ispravno kao kvalifikatornu okolnost predvidjeti samo imovinsku štetu, kako to s pravom čini austrijski Kazneni zakonik u § 147. st. 2. i 3.

⁵⁷ Vlada RH, Konačni prijedlog kaznenog zakona, Zagreb, lipanj 1997, str. 213.

⁵⁸ Usp. *Radić*, Pojam “drugog” kod krivičnih djela protiv imovine i službene dužnosti, *Naša zakonitost* 10/1975, str. 47.

U državama s razvijenim tržišnim gospodarstvom prijevara je najčešće gospodarsko kazneno djelo. Kod nas je ona relativno slabije zastupljena u sudskoj praksi; u 2006. za prijevaru u gospodarskom poslovanju osuđeno je ukupno 130 osoba.⁵⁹ Ne dolazi do izražaja i odgovornost pravne osobe, iako je riječ o tipičnom kaznenom djelu kojim pravna osoba ostvaruje protupravnu imovinsku korist (čl. 3. st. 1. Zakona o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela). Vrlo je vjerojatno da je tamna brojka velika, što zasigurno ima više uzroka, no jedan je i preusko tumačenje bića kaznenog djela.

Ono je na stanovit način sugerirano već spomenutim dijelom opisa u kojem se kao način počinjenja apostrofira uporaba nenaplativih instrumenata osiguranja plaćanja. Iako to nije i jedini način počinjenja, u praksi se kazneno progone gotovo isključivo slučajevi korištenja takvih instrumenata (obrazac BON-2, bjanko potpisani nenaplativi čekovi i sl.).⁶⁰ Na taj se način, zapravo, prihvaća uska koncepcija prijevare svojstvena francuskom kaznenom pravu. Francuski Code pénal iz 1810. ograničio je dovođenje u zabludu kod prijevare na “smicalice” (*manoeuvres frauduleuses*), što je zadržano i u čl. 313-1 novog francuskog KZ iz 1992. (ali uz proširenje na uporabu lažnog imena ili svojstva i na zlouporabu pravog svojstva). Prema tom shvaćanju nije dovoljna bilo kakva laž, nego se traži i da ona bude potkrijepljena nekim vanjskim elementom (predočivanjem lažnih isprava, uključivanjem trećih osoba ili inscenacijom). Na taj je način domet prijevare odviše sužen, što je osobito došlo do izražaja u isključenju mogućnosti da prijevara bude počinjena dovođenjem u zabludu prikriivanjem činjenica. Takvo suzivanje prema našem zakonu nije opravdano jer se prijevara u gospodarskom poslovanju može izvršiti ne samo uporabom nenaplativih instrumenata osiguranja plaćanja nego “i na drugi način”. No, što je još važnije, gubi se iz vida da se i lažno prikazivanje ne mora odnositi na vanjske činjenice, nego je moguće i u odnosu na unutarnje činjenice, od kojih je najvažnija volja na ispunjenje preuzete činidbe. Lažno prikazivanje takve volje dovoljno je za postojanje tzv. kreditne prijevare, tj. kupnje robe koja se ne namjerava platiti u roku ili uzimanja zajma koji se ne namjerava vratiti u roku. Za postojanje kreditne prijevare, prema tome, nije nužna uporaba nenaplativih instrumenata plaćanja, niti druge “smicalice”, nego je dovoljno da počinitelj lažno prikazuje svoju plaćevnu volju, a to će biti slučaj kad on u trenutku zaduživanja računa s time da neće moći isplatiti obvezu i da će kreditor pretrpjeti štetu. Vrlo je to zorno rečeno u jednoj odluci njemačkog Saveznog suda: “Kad trgovac naručuje robu na kredit i pritom ugovara kratki rok plaćanja, on u pravilu izjavljuje i bez izričite izjave da je

⁵⁹ Državni zavod za statistiku, Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osuđene u 2006, Zagreb, 2007, str. 156.

⁶⁰ Standardni primjer je presuda Županijskog suda u Bjelovaru, KŽ-264/01, HLJKPP 2/2004, str. 1130.

voljan i da se prema svojim sadašnjim imovinskim prilikama i prema prilikama koje su za njega predvidljive smatra sposobnim održati rok plaćanja ili ga barem ne prekoračiti dulje nego je to u toj poslovnoj vezi ili u toj branši uobičajeno. Ako on suprotno toj tvrdnji ne vjeruje da će ubuduće moći ispuniti činidbu, nego ozbiljno sumnja da će to moći učiniti, tada on namjerno lažno prikazuje jednu unutarnju činjenicu”.⁶¹

S tim je u vezi i pogrešno shvaćanje subjektivne sastavnice prijevare. Iz okolnosti da se od počinitelja traži postupanje s ciljem pribavljanja protupravne imovinske koristi izvodi se zaključak da se prijevara može učiniti samo s izravnom namjerom (*dolus directus*).⁶² No postupanje s navedenim ciljem ne odnosi se na krivnju, nego je subjektivno obilježje kaznenog djela ili subjektivni element protupravnosti.⁶³ Daljnja je posljedica toga da se prijevara u gospodarskom poslovanju ne mora nužno počiniti s izravnom namjerom (što će biti najčešće), nego je dovoljna i neizravna namjera (*dolus eventualis*).⁶⁴ Počinitelj ide za time da ostvari protupravnu imovinsku korist i pod cijenu da neće moći ispuniti svoju obvezu, pa pristaje i na štetu svog poslovnog partnera. On preuzima obvezu iz kreditnog posla svjestan svojeg teškog imovinskog položaja, ali u neutemeljenoj nadi da će svoju obvezu ipak moći valjano ispuniti. Pritom je mjerodavno je li dužnik prilikom preuzimanja kredita mogućnost oštećenja vjerovnika smatrao realnom i je li pristao i na tu mogućnost, tj. je li odlučio uzeti kredit i pod cijenu da ga ne može vratiti. To će biti najčešće kad je pravna osoba za koju počinitelj uzima kredit u financijskim teškoćama; tada treba utvrditi s kakvim je on razvitkom događaja računao i je li ukalkulirao i kasniji neuspjeh i na taj način pristao na njega, što će nerijetko nametati i potrebu vještačenja.

4. Subvencijska prijevara

Za naše prilike, a posebno za razumijevanje i kritičku prosudbu novih kaznenih djela iz članaka 224.a i 292.a KZ prema noveli od 3. listopada 2007, zanimljivo je kazneno djelo subvencijske prijevare, što ga je Njemačka 1976. uvela u svoje zakonodavstvo (*Subventionsbetrug*, § 264. njemačkog KZ). Razlog je bila spoznaja da je inkriminiranje klasične prijevare nedovoljno

⁶¹ Neue juristische Wochenschrift 1981, str. 354.

⁶² Tako, između ostalih, Bačić/Pavlović, Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2004, str. 1013.

⁶³ Usp. Tiedemann, StGB, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., § 263, Berlin/New York, 2000, str. 77.

⁶⁴ To je stajalište kako njemačkog (usp. Tiedemann, StGB, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., § 263, Berlin/New York, 2000, str. 227), tako i austrijskog kaznenog prava (*Kienapfel*, Grundriß des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil, II, 3. Aufl., Wien, 1993, str. 241).

za suzbijanje subvencijske prijevare, koja se sastoji u dovođenju u zabludu nadležnih organa radi dobivanja subvencije na koju počinitelj nema pravo. Doduše, subvencijske se prijevare u određenim slučajevima mogu podvesti pod klasičnu prijevaru, i to ako se prihvati tzv. teorija o izigravanju socijalne svrhe (*Zwecksverfehlungslehre*), nastala u njemačkoj judikaturi i doktrini.⁶⁵ Prototip takve prijevare jest postupak prosjaka koji navodi lažni razlog zašto mu je potreban novac; ako mu zamoljena osoba povjeruje i daje novac, ona i ne očekuje nikakvu protučinidbu pa se ne bi moglo tvrditi da je pretrpjela materijalnu štetu. Ipak je ona pretrpjela imaterijalnu štetu jer njezina činidba nije ostvarila svrhu koja se njome htjela postići. To se onda proteže i na tzv. donacijsku prijevaru (*Spendenbetrug*) koju čini osoba koja prikuplja dobrovoljne priloge ili donacije za neku socijalno prihvatljivu svrhu, a onda prikupljeni novac zadrži za sebe. U tim je slučajevima donator također dragovoljno prenio vlasništvo na prikupljača i ne traži nikakvu materijalnu kompenzaciju, ali je novac dao za određenu svrhu koju prikupljač nije poštovao. Teorija se može primijeniti i na korisnika državne subvencije koji subvenciju dobiva na temelju lažnog prikazivanja činjenica o kojima ovisi pravo na subvenciju. Ni u tom slučaju država kao davatelj subvencije ne očekuje materijalnu protučinidbu jednake vrijednosti, ali je svejedno oštećena jer subvencijom nije ostvarena njezina svrha pa je ona gospodarski neopravdana; ne dovede li pak navođenje lažnih podataka do štete, tj. ne bude li subvencija odobrena ili iskorištena, prijevara je ostala u pokušaju koji je kod prijevare kažnjiv, što znači da se određene radnje bez posljedice kažnjavaju i u okviru klasične prijevare.⁶⁶

Ipak je njemački zakonodavac ocijenio da klasično kazneno djelo prijevare nije dovoljno da obuhvati sve zloporabe u vezi sa subvencijama; posebno su isticane teškoće oko dokazivanja pojedinih obilježja prijevare, pa i njihovo nepostojanje u nekim slučajevima, npr. kada tražitelj i organ koji odlučuje o davanju subvencije dogovorno odobre subvenciju na temelju lažnih podataka, pa na strani organa ne postoji zabluda, a na strani tražitelja dovođenje drugoga u zabludu. No i tamo gdje se subvencijska prijevara može podvesti pod klasičnu prijevaru, ova posljednja ne obuhvaća u cijelosti nepravo subvencijske prijevare. To nepravo se ne iscrpljuje u šteti ili ugrožavanju državne imovine iz koje se daje subvencija, nego se takvom zloporabom napada institucija subvencije kao instrument državnog utjecaja na gospodarstvo⁶⁷ ili sloboda planiranja i disponiranja davatelja subvencije.⁶⁸ Drugim riječima, za

⁶⁵ Poblize o toj teoriji *Arzt/Weber*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bielefeld, 2000, str. 514; *Tiedemann*, *StGB, Leipziger Kommentar*, 11. Aufl., § 263, Berlin/New York, 2000, str. 195.

⁶⁶ Usp. *Lenckner/Perron*, u: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Aufl., München, 2006, § 264, rubni br. 2, str. 2255.

⁶⁷ Usp. *Lenckner/Perron*, u: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Aufl., München, 2006, § 264, rubni br. 4, str. 2256.

⁶⁸ Usp. *Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil*, Köln, 2006, str. 68.

razliku od prijevare koja je čisti imovinski delikt, subvencijska je prijevarena gospodarski delikt sa šire koncipiranim pravnim dobrom.

Subvencijska prijevarena iz § 264. njemačkog KZ formalni je delikt: djelo je dovršeno već samim davanjem netočnih ili nepotpunih podataka o kojima ovisi dodjela subvencije; bude li subvencija odobrena i iskorištena, to je samo otegotna okolnost. Subvencijska prijevarena je isto tako delikt apstraktnog ugrožavanja: ne traži se konkretno ugrožavanje subvencijskih sredstava, pa će djelo postojati i kad je organu koji odlučuje o subvenciji poznato pravo stanje stvari ili je odmah prozreo prijevaru. Utoliko je subvencijska prijevarena proširenje kažnjivosti u odnosu prema običnoj prijevaren. Proširenje je došlo do izražaja i u inkriminiranju trošenja odobrenih sredstava suprotno svrsi subvencije (§ 264. st. 1. t. 2. njemačkog KZ), što se inače ne može podvesti pod prijevaru ako počinitelj takvo korištenje nije imao u vidu već prilikom traženja subvencije. Znatno proširenje odnosi se i na subjektivnu sastavnicu jer se subvencijska prijevarena može počiniti i lakomisleno (*leichtfertig*, § 264. st. 3. njemačkog KZ), što je poseban oblik (grubog) nehaja, a opravdava se potrebom zaoštavanja odgovornosti poduzetnika pri traženju subvencija.⁶⁹ S druge pak strane, subvencijska je prijevarena ograničena na subvencije u gospodarstvu pa se prijevare koje se odnose na dobivanje socijalnih ili kulturnih subvencija tretiraju i dalje kao obične prijevare.

Prema izvoru iz kojeg se daje subvencija, njemački zakon razlikuje dva oblika kaznenog djela. Prvi se odnosi na davanja iz javnih sredstava bez tržišne protučinidbe prema unutarnjem pravu, a drugi na takva davanja prema pravu Europskih zajednica (§ 264. st. 7. njemačkog KZ). Upravo taj drugi oblik čini kazneno djelo aktualnim, osobito kad je riječ o subvencijama u obliku poticaja za izvoz, od kojih su pak praktično najvažnije subvencije za izvoz agrarnih proizvoda (za koje inače proizvođači iz EU zbog niskih cijena u zemljama izvan EU ne bi imali interesa). Koliku pozornost njemački zakonodavac posvećuje upravo takvim prijevarama vidi se već po tome što je za subvencijsku prijevaru, usprkos tome što se radi o deliktu apstraktnog ugrožavanja, propisao iste kazne kao i za prijevaru (§ 263. njemačkog KZ), tj. novčanu kaznu ili zatvor do pet godina za temeljni oblik, a kaznu zatvora od šest mjeseci do deset godina za kvalificirani oblik (“naročito težak slučaj”).

Razmotrimo li tu problematiku s pozicija hrvatskog prava, možemo zaključiti da se i kod nas subvencijska prijevarena može podvesti pod običnu prijevaru (ili prijevaru u gospodarskom poslovanju). Teorija o izigravanju svrhe nije strana ni hrvatskim sudovima, kako pokazuje jedna recentna presuda (Općinski sud u Ludbregu, K-21/06, HLJKPP 1/2007, str. 295). U tom slučaju osuđena je za prijevaru iz čl. 224. st. 4. KZ osoba koja se zaposlila

⁶⁹ To je proširenje u njemačkoj literaturi prijeporno, usp. *Tiedemann*, *Wirtschaftsstrafrecht*, *Besonderer Teil*, Köln, 2006, str. 68.

na temelju lažne potvrde o diplomiranju, čime se, između ostalog, neosnovano koristila državnom subvencijom iz programa "s faksa na posao"; sud je prihvatio i imovinskopравни zahtjev Hrvatskog zavoda za zapošljavanje koji je subvenciju isplatio te obvezao osuđenu osobu da vrati primljene iznose Zavodu, čime je zauzeo stajalište da je državni proračun pretrpio štetu, iako je subvenciju dao bespovratno. To je u ovom slučaju u skladu i s njemačkim pravom, prema kojem se subvencije dane u socijalne i kulturne svrhe ne smatraju subvencijskom prijevaram.

5. Kritički osvrt na prijevaru na štetu financijskih interesa Europske unije prema noveli od 3. listopada 2007.

U okviru Europske unije prijevare na štetu njezina proračuna krupan su problem pa se traže učinkoviti putovi za njihovo suzbijanje.⁷⁰ Pojam prijevare na štetu financijskih interesa EU potanko je razrađen u Konvenciji za zaštitu financijskih interesa Europskih zajednica od 26. srpnja 1995, koja je stupila na snagu 17. listopada 2002. a poznata je pod nazivom PIF. Njezina je svrha da se osigura harmonizacija nacionalnih zakonodavstava glede prijeara na štetu proračuna EU. U skladu je s PIF-om i *Corpus juris* za zaštitu financijskih interesa EU.

Poteškoća je u tome što je prijevara u hrvatskom KZ, slično kao i u austrijskom i njemačkom pravu, koncipirana kao imovinski delikt s imovinskom štetom kao nužnim obilježjem. Takav pojam prijevare uži je od pojma prijevare kako ga definira PIF u čl. 1. To se vidi već iz uporabe francuskog termina *fraude* u PIF-u i pravu EU uopće, koji je širi od pojma prijevare kao klasičnog imovinskog delikta (u francuskom jeziku *escroquerie*). Da bi postojala tako šire koncipirana prijevara, dovoljna je obmana predočivanjem lažnih ili nepotpunih podataka ili izjava, kojoj je, doduše, cilj ostvarenje koristi za počinitelja, ali ne nužno i imovinska šteta za EU u smislu kako je taj pojam shvaćen kod klasičnog kaznenog djela prijeara. Tako definirana prijevara prvenstveno znači povredu slobode disponiranja, u ovom slučaju slobode EU da disponira svojim sredstvima.

Kako se prijevare na štetu financijskih interesa EU ni u nas ne mogu uvijek podvesti pod klasičnu prijevaru, postojala je potreba da se posebnom odred-

⁷⁰ Usp. Đurđević, Kaznenopravna zaštita financijskih interesa Europske unije, disertacija, Zagreb, 2003, osobito str. 261-419. Od strane literature v. Pradell/Corstens, Droit pénal européen, 2. izd., Paris, 2002, str. 506 i dalje; Tiedemann, StGB, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., § 263, Berlin/New York, 2000, str. 48 i 50. Pitanja u vezi s "EU-prijevarama" bila su jedna od tema konferencije Aktualna pitanja europskog kaznenog prava i zaštita financijskih interesa EU, održane pod pokroviteljstvom OLAF-a 13. i 14. svibnja 2005. u Dubrovniku (materijal s konferencije objavljen je u knjizi: Zlata Đurđević (ed.), Current issues in European criminal law and the protection of EU financial Interests, Zagreb, 2006).

bom inkriminira subvencijska prijevarena i na taj način pruži potpuna zaštita financijskim interesima EU. Pritom treba imati u vidu da već i postojeći Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju omogućuje da se hrvatski poduzetnici koriste pogodnostima EU, kako pokazuje afera sa šećerom, kad su hrvatski izvoznici uvezeni šećer deklarirali kao da je proizveden u Hrvatskoj i na taj način ostvarivali pravo na njegov bescarinski izvoz u zemlje članice EU.⁷¹ Toj potrebi Hrvatska je udovoljila donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona od 3. listopada 2007. (NN 110/07) koji, međutim, s pravnotehničke strane nije uspio te zaslužuje višestruku kritiku.

Davanje neistinitih podataka radi dobivanja subvencije EU propisano je najprije kao obilježje novog kaznenog djela pod nazivom "posebni slučajevi prijevare na štetu financijskih interesa Europske unije" iz čl. 224.b st. 1. KZ. Opis tog kaznenog djela počinje riječima "počinjenje kaznenog djela prijevare iz čl. 224. ovoga Zakona smatrat će se i...", što znači da radnje opisane u nastavku teksta ne ispunjavaju cjelokupno biće kaznenog djela, nego se moraju ostvariti i ostala obilježja prijevare, a to znači zabluda na strani raspolagatelja i šteta. Otud slijedi da će i prijevarena na štetu EU postojati samo ako budu ostvarena sva obilježja klasične prijevare, pa odredba čl. 224.b st. 1. KZ ne predstavlja proširenje kažnjivosti kojem treba poslužiti posebno kazneno djelo subvencijske prijevare, nego ostaje na razini interpretacijskog pravila za običnu prijevare. No kako kod novog kaznenog djela iz čl. 224.b KZ pokušaj nije kažnjiv, proizlazi i da je njegova kažnjiva zona u odnosu prema klasičnoj prijevare, kod koje je pokušaj kažnjiv (čl. 224. st. 7. KZ), sužena, odnosno da se prijevare na štetu financijskih interesa EU tretiraju blaže nego obične prijevare.

Nedoumice nastaju i glede odredbe čl. 224.b st. 2. KZ, prema kojoj se "neće kazniti tko dragovoljno spriječi štetu za financijske interese EU tako da ispravi i dopuni prijavu ili da obavijesti o činjenicama koje je propustio prijaviti". Budući da je djelo koncipirano kao materijalni delikt s posljedicom (šteta), navedena odredba upućuje na dragovoljni odustanak od pokušaja, koji se sastoji u otklanjanju nastupa štete aktivnom radnjom, što je pak u suprotnosti s prethodno utvrđenom činjenicom da pokušaj nije kažnjiv. Ako se pak mislilo na radnju kojom se sprečava odobrenje subvencije i na taj način na djelotvorno kajanje, tj. otklanjanje štetnih posljedica nakon dovršenja djela (kao u § 264. st. 5. njemačkog KZ), onda je čitavo kazneno djelo iz čl. 224.b KZ trebalo koncipirati kao kazneno djelo apstraktnog ugrožavanja bez štete kao obilježja.

⁷¹ Poblžie o tome *Novoselec*, Der "EU-Betrug" und das kroatische Strafrecht, u: Zlata Đurđević (ed.), Current issues in European criminal law and the protection of EU financial Interests, Zagreb, 2006, str. 20.

Zakonodavac se nije zadovoljio kaznenim djelom prijevare na štetu financijskih interesa EU iz čl. 224.a KZ, nego je njegov sadržaj još jednom obuhvatio kaznenim djelom "zlouporabe ovlasti u svezi sredstava Europske unije" iz čl. 292.a KZ. Vjerojatno je pritom imao na umu da je prvo od navedenih kaznenih djela vezao uz prijeveru iz čl. 224. KZ kojom se ide za ostvarenjem imovinske koristi za fizičku osobu, pa je smatrao da prijevare s ciljem ostvarenja koristi za pravne osobe mora inkriminirati posebno. Uz tu pretpostavku bilo bi dosljedno da je prijevare u posljednjem slučaju vezao uz kazneno djelo prijevare u gospodarskom poslovanju, no on je novo kazneno djelo vezao uz zlouporabu ovlasti u gospodarskom poslovanju. Pritom nije bio dosljedan jer se nije ograničio na dobivanje sredstava ili pogodnosti samo za pravne osobe, nego je ponovo uključio i fizičke osobe time što je u čl. 292.a st. 1. KZ rekao da počinitelj ostvaruje pogodnosti za "sebe ili drugu fizičku ili pravnu osobu". Prema tome, ostvaruje li počinitelj pogodnosti za sebe ili drugu fizičku osobu, dolazi istodobno pod udar čl. 224.b st. 1. KZ i čl. 292.a st. 1. KZ.

Ipak postoji i razlika između novih kaznenih djela iz čl. 224.b st. 1. KZ i čl. 292.a st. 1. KZ: dok je prvo - time što je proglašeno oblikom prijevare iz čl. 224. KZ - koncipirano kao materijalno kazneno djelo sa štetom kao posljedicom, drugo je oblikovano kao kazneno djelo apstraktnog ugrožavanja jer je dovoljno samo stavljanje ponude neistinitog sadržaja, a ne traži se ni zabluda nadležnog organa, ni nastup štete u proračunu EU. To ne vrijedi i za kvalificirane oblike kaznenog djela iz čl. 292.a st. 1. KZ. Postupa li počinitelj s ciljem pribavljanja protupravne imovinske koristi za sebe ili svoju ili drugu pravnu osobu,⁷² čini kvalificirani oblik iz čl. 292.a st. 3. KZ; ta odredba je suvišna jer je u tom slučaju riječ o pokušaju prijevare (obične ili u gospodarskom poslovanju). Ako je pak pritom ostvarena i znatna imovinska korist (čl. 292.a st. 4. KZ), riječ je o kvalificiranom obliku prijevare (obične ili u gospodarskom poslovanju), pa je i ta odredba suvišna.

Zakonodavac je u čl. 292.a st. 2. KZ proširio subvencijsku prijeveru i na slučaj kad se počinitelj subvencijom EU koristi protivno njezinoj namjeni; to je situacija kad on nije varao prije, nego nakon dobivanja subvencije. Kako je prijeporno mogu li se i takve radnje obuhvatiti običnom prijeverom, nova je inkriminacija opravdana. No to vrijedi samo za temeljni oblik iz čl. 292.a st. 2. KZ kao delikt apstraktnog ugrožavanja, a ne i za kvalificirane oblike iz čl. 292.a st. 3. i 4. KZ, koji su također klasična prijevera i utoliko su suvišni.

Sažmemo li navedena razmatranja, možemo zaključiti da su radnje opisane u novom kaznenom djelu prijevare na štetu financijskih interesa EU iz čl. 224.a KZ sadržane i u kaznenom djelu zlouporabe ovlasti u svezi sa sredstvima EU iz čl. 292.a KZ pa će takvo nepotrebno udvostručivanje dovesti do nepremostivih teškoća u razgraničenju navedenih kaznenih djela.

⁷² Okolnost da je na ovom mjestu ispuštena druga fizička osoba najvjerojatnije je redakcijska pogreška.

Prijevare na štetu financijskih interesa EU ne ograničavaju se samo na subvencije; isto su tako moguće i prijevare prilikom uvoza i izvoza robe iz Hrvatske u zemlje EU, kako se vidi iz već spomenute afere s izvozom hrvatskog šećera. U konvenciji PIF definiran je pojam prijevare na račun EU (čl. 1.) tako da se ona može odnositi na rashode ili prihode EU. Stoga je bilo opravdano obuhvatiti u Kaznenom zakonu i prijevare pri uvozu i izvozu robe, što je i učinjeno proširenjem kaznenog djela izbjegavanja carinskog nadzora u novom stavku 4. članka 298. KZ. No pritom je zakonodavac previdio izmjenu temeljnog oblika toga kaznenog djela (čl. 298. st. 1. KZ) u noveli iz 2006. prema kojoj je izbjegavanje carinskog nadzora kazneno djelo samo kad je riječ o robi koje su proizvodnja i promet ograničeni ili zabranjeni; svi ostali oblici carinske utaje potpadaju nakon toga pod kazneno djelo utaje poreza i drugih davanja iz čl. 286. KZ (pobliže o tome pod B, 7. i 8.). Stoga je i novoj odredbi čl. 298. st. 4. KZ bilo mjesto u okviru utaje poreza i drugih davanja iz čl. 286. KZ, kako je to uređeno i u njemačkom pravu, u kojem se utaja davanja u vezi s izvozom i uvozom u zemlje EU smatra oblikom utaje poreza (§ 370. st. 6. njemačkog Zakona o davanjima - Abgabenordnung).

6. Kaznena djela u vezi s javnom nabavom

Zakonom o javnoj nabavi (NN 110/07) propisano je da se određeni ugovori o nabavi robe i usluga te ustupanju radova (npr. nabava robe za vojne potrebe, izvođenje građevinskih radova i sl.) mogu sklopiti samo uz uvjet da je proveden prethodni postupak javne nabave, koji se, u pravilu, sastoji u javnom nadmetanju. Obveza vrijedi prvenstveno za državna tijela i određene pravne osobe koje obavljaju poslove od javnog interesa, a radi obavljanja svojih zadaća moraju angažirati poduzetnike iz privatnog sektora. Na taj se način hoće osigurati djelotvorno korištenje proračunskim i drugim sredstvima te poticanje slobodnog tržišnog natjecanja. No postupci javne nabave vrlo su pogodni za razne oblike korupcije. Zakon o javnoj nabavi propisao je u čl. 172. prekršaje za nepoštovanje njegovih odredaba, ali time nije isključena mogućnost da se određene radnje u vezi s javnim nabavama smatraju i kaznenim djelom.

Na javne nabave odnosi se kazneno djelo zlouporabe obavljanja dužnosti državne vlasti iz čl. 338. KZ. Ono obuhvaća samo uski segment mogućih zlouporaba na tom području. To su zlouporabe službenih i određenih odgovornih osoba koje zahvaljujući svojoj poziciji pogoduju sebi ili članovima svojih obitelji u dobivanju poslova javnom objavom. Riječ je o proširenju kažnjivosti u odnosu prema zlouporabi položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 3. i 4. KZ jer počinitelj mora također postupati radi pribavljanja imovinske koristi, ali ostvarenje te koristi nije obilježje kaznenog djela (kazneno djelo apstraktnog ugrožavanja). Bude li imovinska korist ostvarena, imaju se primijeniti

odredbe čl. 337. st. 3. i 4.⁷³ S obzirom na usko područje moguće primjene, a i neodređenost pojma “pogodovanja” kao radnje, djelo je naišlo na rijetku primjenu⁷⁴ te se postavlja pitanje njegove opravdanosti.

Pitanje je mogu li se neke zlouporabe u vezi s javnom nabavom smatrati kaznenim djelom prijevare (obične ili u gospodarskom poslovanju). Moguće je da ponuditelj u postupku javne nabave neistinito prikaže svoje troškove, npr. uveća izdatke svojim kooperantima, ali to može učiniti i tako da sklopi s ostalim ponuditeljima tajni dogovor, prema kojem će njegovi konkurenti dati previsoke prividne ponude kako bi njemu omogućili da kao najjeftiniji dobije posao.⁷⁵ Takvim se neistinitim navodima odnosno prešućivanjem činjenica drugoga (naručitelja) dovodi u zabludu, ali je upitno postoji li na strani naručitelja šteta, odnosno je li naručitelj učinio nešto na štetu svoje imovine kad je u zabludi prihvatio ponudu. Valja poći od načela da se u slobodnom tržišnom gospodarstvu cijene oblikuju slobodno (osim kad su propisane) pa ne čini prijevaru tko proda robu po višoj cijeni od tržišne.⁷⁶ Stoga je i kod javnih nabava teško opravdati prijevaru time što je naručitelj platio cijenu neprimjerenu tržišnoj, tj. veću od cijene utemeljene na uobičajenim troškovima i dobiti. Ipak jedan dio njemačkih teoretičara smatra da štetu predstavlja tzv. hipotetična natjecateljska cijena (*hypothetischer Wettbewerbspreis*), a to je razlika između cijene koju je platio naručitelj i cijene koja bi se ostvarila u zakonito provedenom postupku nabave.⁷⁷ Prema tome, ponuditelj je ostvario sva obilježja prijevare kad je naručitelj prihvatio njegovu cijenu, ali bi ta cijena bila niža da nije bilo dogovora među ponuditeljima; sve to i u slučaju da je stvarno plaćena cijena u granicama tržišne. Takvo je stajalište prihvatio i njemački Savezni sud u dvjema značajnim, ali i osporavanim odlukama donesenim u istom predmetu.⁷⁸ Činjenično stanje bilo je sljedeće (u didaktične svrhe opis je pojednostavnjen).

⁷³ Iz tih razloga nema potrebe za uvođenjem kvalificiranih oblika u čl. 338. KZ kojim bi se obuhvatilo pribavljanje imovinske koristi, kako se predlaže u literaturi (*Bačić/Pavlović*, Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2004, str. 1180).

⁷⁴ Od 1998. do 2004. nije osuđena nijedna osoba, v. Pokazatelji gospodarskoga kriminaliteta 1998-2004, 102, Studije i analize, Državni zavod za statistiku, Zagreb, 2006, str. 248.

⁷⁵ U njemačkoj literaturi takvi se dogovori nazivaju *Submissionsabsprachen*.

⁷⁶ Usp. *Tiedemann*, StGB, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., § 263, Berlin/New York, 2000, str. 101.

⁷⁷ Usp. *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil, Köln, 2006, str. 72; *Cramer/Perron*, u: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl., München, 2006, § 263, rubna bilj. 137a, str. 2227.

⁷⁸ Objavljene u *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, Band 38, str. 186 i *wistra* 1994, str. 346; v. i njihov prikaz kod *Tiedemanna*, Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil, Köln, 2006, str. 75. Kritički o stajalištu Saveznog suda *Joeck*, Zur Schadensfeststellung beim *Submissionsbetrug*, *wistra* 1992, str. 247.

Na javnom državnom natječaju za hidroregulaciju Rajne ponude su podnijela trgovačka društva A, B i C, ali su u njima prešutjela da su se sporazumjela kako će dogovorno formirati ponuđene cijene tako da će svako od njih realnu cijenu svojih radova uvećati za 3,85 milijuna DEM, koju će onda društvo koje dobije posao isplatiti preostalim društvima. Prihvaćena je ponuda društva A, koje je radove zaista izvelo i naplatilo (umjetno povećanu) cijenu iz svoje ponude. Kako se nakon toga saznalo za opisani dogovor među ponuditeljima, državno je odvjetništvo pokrenulo kazneni postupak protiv odgovornih osoba u sva tri društva zbog kaznenog djela prijevare. Prvostupanjski ih je sud oslobodio optužbe, između ostalog zato što su vještaci utvrdili da se ukupna cijena plaćena društvu A kretala u granicama tadašnjih tržišnih cijena, zbog čega se ne bi moglo uzeti da je državni proračun bio oštećen. Savezni sud je, međutim, odluku ukinuo, navodeći da je proračun ipak oštećen jer da su se ponuditelji držali uvjeta natječaja (u kojem se tražila i izričita izjava svakog ponuditelja da nije sklopio nikakav dogovor s drugima), država bi platila manju svotu. Na novom suđenju prvostupanjski je sud ponovo donio oslobađajuću presudu, ustrajući na svojem shvaćanju da se šteta ne može temeljiti na hipotetičnom zaključku, tj. na prokockanoj šansi da se ostvari povoljnija ponuda. U povodu nove žalbe, Savezni je sud obustavio postupak zbog njegova dugog trajanja, ali je načelno ostao kod prijašnjeg stajališta.

Opisane poteškoće oko utvrđenja štete kod dogovora među ponuditeljima navelo je njemačkog zakonodavca da 1997. u § 298. Kaznenog zakonika predvidi novo kazneno djelo pod nazivom “dogovori kojima se ograničava natjecanje kod javnih nabava” (*wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen*), koje je koncipirano kao delikt apstraktnog ugrožavanja, tj. kažnjavaju se već sami ograničavajući dogovori, pa dokaz da je naručitelj pretrpio imovinsku štetu nije potreban. Time ipak nije isključen idealni stjecaj tog kaznenog djela s prijevarem u slučaju kad je šteta dokazana.⁷⁹

S obzirom na to da malverzacije u vezi s javnim nabavama nisu nepoznate ni u našim prilikama, takvo bi rješenje bilo i u nas preporučljivo. Uvođenjem takvog delikta apstraktnog ugrožavanja ne bi se isključila ni osuda za prijevare u gospodarskom poslovanju, uz uvjet da se dokaže imovinska šteta naručitelja. Pritom se čini da je utvrđivanje štete na temelju usporedbe ponuđene cijene i cijene koja bi se dobila u zakonitom postupku javne nabave, a time i kvalifikacija djela kao prijevare, prihvatljivo i za naše prilike, pa prihvaćanje posebnog kaznenog djela protiv tržišnog natjecanja ne bi isključivalo i prijevare kao imovinski delikt tamo gdje je imovinska šteta dokazana.

⁷⁹ Usp. Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil*, Köln, 2006, str. 89; Heine, u: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Aufl., München, 2006, § 298, rubni br. 22, str. 2490.

7. Utaja poreza i doprinosa

Utaja poreza je kazneno djelo kojim se državi prouzročuje ogromna šteta; prema procjenama, ona se samo u Njemačkoj kreće između 50 i 100 milijardi eura godišnje,⁸⁰ a stanje, zacijelo, nije ni u nas bolje. Osim toga, porezna utaja onemogućuje normalno tržišno natjecanje jer poduzetnici koji ne plaćaju porez imaju veliku prednost pred onima koji tu obvezu uredno ispunjuju. Ona se odnosi na sve vrste poreza.⁸¹ Stoga iznenaduje da se kod nas utaja poreza rijetko kazneno progoni. Prema podacima za 2006, osuđeno je samo 15 osoba.⁸² Ta okolnost imala je kao posljedicu da su sudovi, a i pravni teoretičari, tom kaznenom djelu posvetili malo pozornosti, pa su i objavljena judikatura i literatura o njemu siromašne.

Odredba čl. 286. KZ kojom je uređeno kazneno djelo pod nazivom utaja poreza i drugih davanja zaslužuje kritiku iz više razloga. Preuzeta u osnovi iz bivšeg jugoslavenskog kaznenog prava, ona više ne udovoljava modernim uvjetima, posebno ima li se u vidu da je riječ o jednom od značajnih oblika organiziranog kriminaliteta, nerijetko i s međunarodnim obilježjima. Novelom iz 2006. (vraćanje kvalificiranog oblika u st. 2.) taj je nedostatak samo djelomično otklonjen.

Upitno je, prije svega, uključivanje utaje doprinosa mirovinskog i zdravstvenog osiguranja u kazneno djelo utaje poreza i drugih davanja. Iako je u oba slučaja riječ o javnim davanjima (čl. 2. st. 1. Općeg poreznog zakona), između poreza i doprinosa postoje i značajne razlike. Porezi su prihod proračuna i za njih porezni obveznici ne dobivaju nikakvu izravnu uslugu, dok se doprinosi plaćaju za korištenje određenim uslugama ili ostvarivanje prava, ponajprije iz zdravstvenog i mirovinskog osiguranja. To je i bio razlog da je Kazneni zakon povrede tih prava, koje se mogu sastojati i u neplaćanju doprinosa, predvidio kao obilježja dvaju kaznenih djela protiv slobode i prava čovjeka i građanina, i to povrede prava na rad i drugih prava iz rada (čl. 114.) i povrede prava na zdravstvenu i invalidsku zaštitu (čl. 115.). Hoće li poslodavac koji zapošljava radnike na crno odgovarati za utaju poreza i drugih davanja ili za povredu prava na zdravstvenu i invalidsku zaštitu ili će, možda, ta kaznena djela biti u stjecaju? *De lege lata* izlaz bi mogao biti u davanju prednosti kaz-

⁸⁰ Usp. *Kummer*, u: Wabnitz/Janowsky, *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 3. Aufl., München, 2007, str. 1086.

⁸¹ Fenomenologiju utaje poreza ovisno o vrsti poreza v. u ovdje objavljenom radu *Šimović/Rogić Lugić/Cindori*, *Utaja poreza u Republici Hrvatskoj i mjere za njezino sprječavanje* (pod 1.2.3).

⁸² Državni zavod za statistiku, *Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2006*, Zagreb, 2007, str. 154. Jedan od razloga za nedovoljnost kaznenog progona jest i razmjerno velik broj odbačaja kaznenih prijava, o čemu govori *Klier*, *Aktualna problematika otkrivanja, prijavljivanja i procesuiranja utaja poreza - državnoodvjetnički aspekt* (objavljeno u ovom broju Ljetopisa).

nenim djelima protiv slobode i prava kao specijalnim, pa bi utaja doprinosa mogla biti kazneno djelo iz čl. 286. KZ samo kad je riječ o doprinosima koji se ne odnose na mirovinsko i zdravstveno osiguranje. No i takvo bi rješenje bilo nezadovoljavajuće jer bi u tom slučaju za neplaćanje doprinosa za zdravstveno i mirovinsko osiguranje bila propisana blaža kazna (novčana kazna ili zatvor do tri godine) nego za neplaćanje drugih doprinosa (zatvor od šest mjeseci do pet godina), što se ne bi moglo ničim opravdati. *De lege ferenda* stoga je nužno otkloniti neusuglašenosti između odredaba članaka 114. i 115. KZ na jednoj strani i čl. 286. KZ na drugoj.

Daljnji je problem u tome što zakon utaju poreza i drugih davanja ograničava na zakonito stečene dohotke ili predmete; utoliko zakon usvaja rješenje ranijeg zakona, koje je sudska praksa opravdavala okolnošću da bi se inače "inzistiralo na obveznom samoprijavlivanju za neko prethodno kazneno djelo" (VSH, IV Kž-147/82, Pregled sudske prakse br. 22, str. 116; VSH, I Kž-363/83, Pregled sudske prakse br. 23, str. 184; VSH, I Kž-628/84, Pregled sudske prakse br. 30, str. 116) ili za prekršaj (VSH, I Kž-2223/73, Pregled sudske prakse br. 6, str. 48).⁸³ Rad na crno, dakle, po stajalištu Kaznenog zakona, ne podliježe oporezivanju. To je paradoksalni ishod jer dovodi do toga da su građani koji prijavljuju svoju djelatnost sa stajališta kaznenog prava stavljeni u lošiji položaj od nadriobrtnika i drugih nositelja sive ekonomije.⁸⁴ U tom je dijelu Kazneni zakon u izričitoj suprotnosti s čl. 10. st. 1. Općeg poreznog zakona prema kojem se "poreske činjenice utvrđuju prema njihovoj gospodarskoj biti" (a ne prema pravnoj ocjeni), kao i sa stavkom 2. istog članka, prema kojem porezna obveza postoji i u odnosu na prihode "ostvarene bez pravne osnove". Pritom zakonodavac vodi računa i o tome da se u takvim slučajevima porezna osnovica ne može utvrditi na temelju poslovnih knjiga pa dopušta da se ona temelji na procjeni (čl. 79. st. 1. Općeg poreskog zakona).⁸⁵

⁸³ Glede sakupljača starih krpa VSH je od takvog stajališta ipak odustao, tvrdeći da je i sakupljanje starih krpa "zakonito stjecanje dohotka" (VSH, I Kž-947/78, Pregled sudske prakse br. 15, str. 64).

⁸⁴ Oni, doduše, mogu odgovarati za kaznena djela nedozvoljene proizvodnje (čl. 296. KZ) i nedozvoljene trgovine (čl. 297. KZ), ali to su kaznena djela s daleko blažim propisanim kaznama (novčana kazna ili zatvor do jedne godine).

⁸⁵ Njemački Zakon o davanjima (Abgabenordnung, AO) ima u tom pogledu izričitu odredbu (§ 40): "Za oporezivanje je nebitno je li ponašanje kojim se u cijelosti ili djelomično ostvaruju obilježja poreznog zakona u suprotnosti s nekom zakonskom zapovijedi ili zabranom ili dobrim običajima". U njemačkoj se literaturi ističe da zakon na taj način pri ocjeni pravnih poslova i drugih ponašanja polazi od njihova gospodarskog značenja, a ne od njihove pravne ocjene: "oporezuje se ono što jest, a ne ono što treba biti" (*Koch/Scholz*, Abgabenordnung, Kommentar, 5. Aufl., Köln, 1996, str. 297). I u radu *Šimović/Rogić Lugarić/Cindori*, Utaja poreza u Republici Hrvatskoj i mjere za njezino sprječavanje, naglašava se (pod 1.2.1) da "siva ekonomija obuhvaća i poreznu utaju".

Kazneno djelo utaje poreza i drugih davanja iz čl. 286. KZ u svoja dva stavka predstavlja dva različita tipa: dok je temeljni oblik u stavku 1. koncipiran kao apstraktni delikt ugrožavanja, kvalificirani oblik je materijalno kazneno djelo. Temeljni oblik, naime, ne zahtijeva nikakvu posljedicu; dovoljno je da iznos obveze koje se plaćanje izbjegava prelazi deset tisuća kuna, ali se ne traži i da obveza bude izbjegnuta.⁸⁶ Naprotiv, da bi postojao kvalificirani oblik, nije dovoljno da počinitelj postupa s ciljem prouzročenja štete velikih razmjera, nego se traži i da takva šteta bude prouzročena. Time je ne samo narušena cjelovitost kaznenog djela, nego je takva koncepcija temeljnog oblika dovela do toga da je njegov pokušaj praktično nemoguć: sve radnje koje počinitelj poduzme radi izbjegavanja obveze (ako nisu tek nekažnjive pripremne radnje) ispunjavaju u cijelosti biće kaznenog djela. Tko preda poreznu prijavu s lažnim podacima ili u roku ne prijavi prihod, već je dovršio kazneno djelo. To vrijedi i kad počinitelj dade lažne podatke o prihodima, ali porezni organ na drugi način utvrdi obvezu u njezinu punom opsegu pa šteta i ne nastupi. U takvim je slučajevima dragovoljni odustanak nemoguć jer se odustati može samo od pokušaja. Tko dakle dade neistinite podatke, ali se prije donošenja rješenja predomisli i poreznom organu prezentira istinite činjenice, dovršio je kazneno djelo i nije dragovoljno odustao. Kriminalnopolitički to nije dobro rješenje jer upravo kod utaje poreza treba stimulirati počinitelja da dade točne podatke, makar i naknadno; stoga njemački Zakon o davanjima u § 371. predviđa nekažnjivost počinitelja koji, prije nego je porezni organ započeo postupak, ispravi ili dopuni svoje podatke (tzv. samoprijavlјivanje kod porezne utaje kao osobni razlog isključenja kažnjivosti).

Za ispravnu primjenu utaje poreza i drugih davanja potrebno je pobliže odrediti tko može biti počinitelj. Na to pitanje valja odgovoriti različito s obzirom na dva temeljna modaliteta tog kaznenog djela, tj. je li radnja u zakonskom opisu djela označena kao činjenje ili nečinjenje. Kad je riječ o davanju lažnih podataka (činjenje), počinitelj može biti svatko. Prvenstveno će to biti sam porezni dužnik, a kada je dužnik pravna osoba, odgovorna osoba u njoj (što je sada i izričito naglašeno u zakonskom tekstu). Počinitelj može biti i punomoćnik poreznog dužnika. Posebno je zanimljiva uloga poreznog savjetnika koji, dakako, može izaći izvan svojih ovlasti i postati počinitelj, npr. kad preuzme vođenje knjigovodstva i potpiše završni račun;⁸⁷ davanje pak savjeta poreznom obvezniku kako da lažno prikaže stečene prihode valjalo bi tretirati kao poticanje ili pomaganje. Neprijavlјivanje stečenog prihoda je kazneno djelo nečinjenjem i za njega odgovara samo osoba koja je dužna podnijeti

⁸⁶ Drukčije § 370. njemačkog AO prema kojem se traži i da dođe do umanjenja (Verkürzung) poreza; pod umanjnjem se razumije svako zaostajanje uplaćenog poreza za onim na koji je država imala pravo.

⁸⁷ Usp. *Tiedemann*, *Wirtschaftsstrafrecht*, Besonderer Teil, Köln, 2006, str. 58.

prijavu (garant), a to je samo porezni obveznik kao fizička osoba, odnosno odgovorna osoba u pravnoj osobi, no i ovdje bi se osoba koja te uvjete ne ispunjava mogla naći u ulozi poticatelja ili pomagatelja.

Već je istaknuto da je porezna utaja u suvremenom svijetu nerijetko vezana uz organizirani kriminalitet, pri čemu je isto tako moguće da se povezuju zločinačke grupe i organizacije više zemalja. Jedan od najopasnijih oblika takvog kriminaliteta je tzv. porezni vrtuljak (njem. *Umsatzsteuerkarussell*), kod kojeg tri ili više poduzetnika složenim operacijama ostvaruju povrat poreza na dodatnu vrijednost na koji nemaju pravo.⁸⁸ Novela iz 2006. predviđjela je, doduše, u čl. 286. st. 2. KZ kvalificirani oblik, koji se sastoji u prouzročenju štete velikih razmjera (prema stajalištu VSRH, Su-726-IV/97, to je šteta koja prelazi 300.000 kuna), ali ne i u sastavu grupe ili zločinačke organizacije, iako je takva kvalifikatorna okolnost predviđena kod nekih kaznenih djela koja je teško vezati uz organizirani kriminalitet, kao npr. kod samovlasti. Iako će i postojeća kvalifikatorna okolnost posredno omogućiti strože kažnjavanje poreznih utaja u sastavu grupa ili zločinačkih organizacija (jer je malo vjerojatno da će takve grupe ili organizacije ići za utajom poreza u manjim iznosima), ipak ta okolnost ne upućuje na zločinačko udruživanje kao pravi razlog za pooštrenje.

Nedoumice izaziva formulacija čl. 286. st. 1. KZ prema kojoj počinitelj mora postupati s ciljem izbjegavanja plaćanja poreza, odnosno čl. 286. st. 2. KZ prema kojem, povrh toga, mora postupati i s ciljem prouzročenja štete velikih razmjera. To navodi neke autore na zaključak da se kazneno djelo utaje poreza i drugih davanja može počinuti samo s izravnom namjerom.⁸⁹ Takvo ograničenje subjektivne sastavnice nije opravdano. Prema općusvojenom stajalištu, za poreznu utaju dovoljna je i neizravna namjera.⁹⁰ Kod temeljnog oblika dovoljno je da počinitelj računa s time da su njegovi podaci neistiniti pa prijavu predaje i pod tu cijenu, dok je kod kvalificiranog oblika dovoljno da je svjestan mogućnosti nastupa štete velikih razmjera pa pristaje i na takvu posljedicu. U tom smislu valja tumačiti i odredbu čl. 286. KZ pa postupanje s ciljem izbjegavanja plaćanja poreza, odnosno s ciljem prouzročenja štete velikih razmjera, *de lege lata* smatrati subjektivnim obilježjem kaznenog djela (subjektivnim elementom protupravnosti) koji ne isključuje *dolus eventualis*.

⁸⁸ Poblizhe o tom modusu operandi *Többens*, *Wirtschaftsstrafrecht*, München, 2006, str. 158; *Rödl*, u: *Wabnitz/Janowsky*, *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 3. Aufl., München, 2007, str. 1204.

⁸⁹ Tako *Bačić/Pavlović*, *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2004, str. 994.

⁹⁰ *Usp. Kummer*, u: *Wabnitz/Janowsky*, *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 3. Aufl., München, 2007, str. 1096; *Muhler*, u: *Müller-Gugenberger/Bieneck* (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl., Köln, 2006, str. 1280.

8. Izbjegavanje carinskog nadzora

Dok je Kazneni zakon u opis kaznenog djela utaje poreza i drugih davanja izrijekom uključio i doprinose, nije bio tako eksplicitan s carinama. Tekst porezne utaje iz čl. 235. jugoslavenskog Krivičnog zakonika iz 1951. spominjao je samo poreze i doprinose pa je onda proširenje tog kaznenog djela na carine bilo zabranjena analogija.⁹¹ To, međutim, ne vrijedi za sadašnji čl. 286. KZ koji pored poreza i doprinosa spominje i "druga davanja", pa uključivanje carine više ne bi bilo u suprotnosti sa zakonskim tekstom. Na prvi se pogled ne čini prihvatljivim da se u druga davanja ubroje i carine jer su pitanja u vezi s carinom sada posebno uređena u čl. 298. KZ pod nazivom "izbjegavanje carinskog nadzora", što bi upućivalo na zaključak da je zakonodavac carinu uređio odvojeno od poreza i doprinosa, pa bi se onda i utaja carine mogla kazniti samo pod uvjetima propisanim u čl. 298. KZ. Takvo se tumačenje moglo prihvatiti do novele iz 2006, ali ne i nakon toga jer je prema noveliranom tekstu izbjegavanje carinskog nadzora kazneno djelo samo kad je riječ o robi koje su proizvodnja i promet ograničeni ili zabranjeni; to je pak samo jedan mali dio robe koja se krijumčari preko granice. No nije li opravdano tretirati kao kazneno djelo i krijumčarenje robe koje proizvodnja i promet nisu zabranjeni, npr. nelegalni uvoz automobila? To je do donošenja novele iz 2006. bilo moguće uz uvjet da se carinska utaja odnosila na "veću količinu robe ili stvar velike vrijednosti" (prijašnji tekst čl. 298. st. 1. KZ). Nakon izmjene te odredbe novelom iz 2006. utaja carine koja se ne odnosi na robu koje su proizvodnja i promet ograničeni ili zabranjeni može se smatrati kaznenim djelom samo ako se carine podvedu pod pojam "drugih davanja" u smislu čl. 286. st. 1. Takva je supsumcija u skladu s odredbom čl. 2. st. 1. Općeg poreznog zakona, koji carine izrijekom uključuje u pojam javnih davanja, kao i čl. 2. st. 4. istog Zakona prema kojem je "carina porez koji se plaća pri uvozu". To je danas opći standard pa, primjerice, i njemački Zakon o davanjima (AO) carine (izvozna i uvozna davanja) tretira kao poreze, zbog čega se u literaturi zaključuje da "posebno carinsko kazneno pravo više ne postoji".⁹²

Prema tome, utaju carine treba i u nas, u načelu, smatrati utajom poreza. Na prigovor da je utaja carine prekršaj sankcioniran u Carinskom zakonu dovoljno oštrim kaznama, pa nije potreban još i kazneni progon, valja odvratiti da bi kazneno djelo došlo u obzir samo kad iznos izbjegnute carine prelazi 10.000 kuna; osim toga, kaznena odgovornost za utaju carine može se osobito opravdati u slučaju šteta velikih razmjera (čl. 286. st. 2. KZ) kad se prekršajna odgovornost, usprkos strogim prekršajnim sankcijama, može pokazati nedovoljnom.

⁹¹ Tako i starija sudska praksa, npr. Okružni sud u Bjelovaru, KŽ-61/82; VSH, I KŽ-1579/76 i I KŽ-1513/77.

⁹² Usp. *Tiedemann*, *Wirtschaftsstrafrecht*, *Besonderer Teil*, Köln, 2006, str. 51.

No ako je carina samo jedan oblik davanja izjednačen s porezom, pa onda i utaja carine potpada pod kazneno djelo utaje poreza i drugih davanja iz čl. 286. KZ, ne znači li to da je carinska utaja kao posebno kazneno djelo suvišno? Takav se zaključak ne bi mogao prihvatiti s obzirom na to da utaja poreza sada obuhvaća samo utaju zakonitih prihoda, pa prema tome i carinsku utaju kad je riječ o robi koja se smije prenositi preko carinske crte, ali ne i krijumčarenje robe koja se ne smije prenositi preko carinske crte; u takvoj je situaciji opravdano posebno kazneno djelo koje obuhvaća takvo krijumčarenje, a to je upravo izbjegavanje carinskog nadzora iz čl. 298. KZ prema tekstu noveliranom 2006. No na taj je način opravdano popunjena praznina nastala time što je utaja poreza ograničena na zakonite prihode samo s obzorom na carinu, dok je utaja ostalih prihoda iz nezakonite djelatnosti ostala (neopravdano) nekažnjiva. Roba “koje su proizvodnja i promet ograničeni ili zabranjeni” prema noveli iz 2006. obuhvaća prvenstveno opojne droge, oružje, određene životinjske vrste (radi sprečavanja epidemija) i sl. Pravna dobra koja se štite takvom inkriminacijom, prema tome, jesu javna sigurnost i zdravlje, a ne fiskalni državni interesi, zaštiti kojih služi isključivo inkriminiranje utaje poreza i drugih davanja; stoga i naziv djela iz čl. 298. KZ ne glasi “carinska utaja”. Na taj je način izbjegavanje carinskog nadzora postalo marginalno kazneno djelo.⁹³

U takvoj situaciji nejasne su odredbe čl. 298. st. 2. i 3. KZ koje bi trebale biti kvalificirani oblici izbjegavanja carinskog nadzora. Prema odredbi st. 2. kaznit će se kaznom zatvora od jedne do osam godina tko organizira grupu ljudi ili na drugi način povezuje u zajedničko djelovanje tri ili više osoba za počinjenje kaznenog djela iz stavka 1. Jedino po čemu se ta odredba razlikuje od opće odredbe čl. 333. st. 1. KZ o udruživanju za počinjenje kaznenog djela, za koje je propisana kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina, jest povišena kazna. No zašto je za udruživanje radi izbjegavanja carinskog nadzora propisana viša kazna nego, recimo, za udruživanje radi utaje poreza, ali i radi niza drugih kaznenih djela (razbojništava, iznuda, krivotvorenja novca i sl.), ostaje zagonetkom.

Još je konfuznija odredba čl. 298. st. 3. KZ prema kojoj se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina kažnjava tko organizira grupu ljudi ili na drugi način povezuje u zajedničko djelovanje tri ili više osoba radi prenošenja robe preko carinske crte uz izbjegavanje mjera carinskog nadzora, ili mrežu prodavatelja ili posrednika za prodaju carinske robe. Ta odredba više ne govori o robi koje su proizvodnja i promet ograničeni ili zabranjeni, nego općenito o “robi” ili “necarinjenoj robi”. To znači da ograničenje na određenu robu iz stavka 1. ne vrijedi i za stavak 3., čime se zakonodavac vraća na koncep-

⁹³ Sličnu funkciju ima i kazneno djelo kršenja zabrane (Bannbruch) iz § 372. njemačkog AO, pobliže o tome *Bender*, u: Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl., Köln, 2006, str. 1324.

ciju izbjegavanja carinskog nadzora koja je bila na snazi do novele iz 2006. Rješenje je svakako nedosljedno jer se udruživanje kažnjava i kad je u pitanju roba koje su proizvodnja i promet dopušteni, dok se prenošenje robe preko carinske crte kažnjava samo kad su proizvodnja i promet takve robe ograničeni ili zabranjeni, drugim riječima, pripremne radnje svojim opsegom nadilaze radnju pripremi koje služe.

9. Insolventijska kaznena djela

a) Općenito o insolventijskim kaznenim djelima

Stečajevima se nanosi ogromna šteta prvenstveno vjerovnicima, ali i zaposlenicima, državnoj blagajni i nacionalnom gospodarstvu uopće. Broj stečajeva raste danas i u mnogim gospodarski razvijenim zemljama. Velik broj tih stečajeva ima kriminalnu pozadinu. U njemačkoj literaturi navodi se da u čak 80% svih stečajeva postoji sumnja na kriminalnu pozadinu.⁹⁴ Razumije se da svako gospodarsko poslovanje nosi sa sobom rizik pa ne bi bilo opravdano kažnjavati svaku insolventnost; kazneno pravo stupa na scenu tek kada se u kriznoj situaciji na grubi način krše pravila savjesnog poslovanja. Kazneno pravo omogućuje da se takvi slučajevi izdvoje i podvrgnu kažnjavanju. U njihovu je temelju ideja da treba kazniti dužnika koji se rukovođen kriminalnim ciljevima doveo u stanje gospodarske krize pa zbog toga oštećuje svoje vjerovnike. Prema tome, propisivanje takvih kaznenih djela ponajprije služi zaštiti vjerovnika. Pritom su mogući razni modeli. Njemačko kazneno pravo, u kojem se ta kaznena djela nazivaju “insolventijskim kaznenim djelima” (*Insolvenzdelikte*), stavlja naglasak na kriznu situaciju i ograničava se na kažnjavanje određenih ponašanja dužnika koja su u vezi s tom krizom. Austrijsko kazneno pravo kažnjava oštećenje vjerovnika neovisno o tome postoji li ili je stvorena krizna situacija i na taj način u većoj mjeri štiti interese vjerovnika.

Insolventijska kaznena djela u našoj se sudskoj praksi jedva primjenjuju. U 2006. osuđene su za zlouporabu stečaja iz čl. 282. st. 1. i 2. KZ tri osobe, za pogodovanje vjerovnika iz čl. 281. st. 1. KZ četiri osoba, a stanoviti broj osuđenih zbog povrede dužnosti u slučaju gubitka, prezaduženosti ili nesposobnosti za plaćanje iz čl. 626. Zakona o trgovačkim društvima nalazi se i među 77 osuđenih za sva kaznena djela prema tom zakonu.⁹⁵ Ovdje ćemo se samo kratko osvrnuti na pojedina insolventijska kaznena djela jer je njihov

⁹⁴ Usp. Beck, u: Wabnitz/Janowsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl., München, 2007, str. 308.

⁹⁵ Državni zavod za statistiku, Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2006, Zagreb, 2007, str. 154 i 160.

detaljni i kritički prikaz dan u referatu *Damira Majstorovića* Stečajna kaznena djela, objavljenom u ovom broju Ljetopisa.

b) Zlouporaba stečaja

Ključnim kaznenim djelom iz ove skupine valja smatrati zlouporabu stečaja (čl. 282. KZ), koje je u drugim kaznenim zakonicima poznato kao bankrot. Njegovi počinitelji mogu biti trgovac pojedinac i obrtnik kao fizičke osobe (čl. 282. st. 1. KZ) ili odgovorne osobe kad je riječ o pravnim osobama (čl. 282. st. 2. KZ). Kazneno djelo obuhvaća neodgovorna ponašanja kojima se umanjuje imovina i na taj način ugrožavaju interesi vjerovnika kao i normalno odvijanje gospodarskog života na nacionalnoj razini. Ne traži se, međutim da je do stečaja zaista i došlo, kao u bivšem kaznenom djelu prouzročenja stečaja iz čl. 100. Krivičnog zakona RH, pa se i naziv “zlouporaba stečaja” pokazuje kao promašen (nije jasno kako počinitelj zlorabi stečaj ako do stečaja nije došlo). Prema tome, zlouporaba stečaja sada je delikt apstraktnog ugrožavanja, tj. dovoljna je samo i mogućnost nastanka stečaja. Slično rješenje nalazi se i u austrijskom kaznenom pravu (§ 156. austrijskog KZ). Time je kazneno djelo dobilo vrlo široke konture i razlikuje se od kaznenog djela bankrota iz § 283. st. 6. njemačkog KZ prema kojem se kažnjivost ograničava na slučajeve kad su radnje počinitelja dovele do obustave plaćanja ili je pokrenut stečajni postupak, pri čemu je njemačka doktrina te posljedice tretirala kao objektivne uvjete kažnjivosti.⁹⁶ Prigovor koji se upućuje objektivnim uvjetima kažnjivosti zbog njihove neusuglašenosti s načelom krivnje ovdje je neopravdan jer se uvođenjem otvaranja stečaja kao objektivnog uvjeta kažnjivosti očito suzuje kažnjavanje. Postavlja se pitanje ima li uopće smisla kažnjavati počinitelja (i to kaznom zatvora do pet godina!) koji je, doduše, neurednim poslovanjem umanjio svoju imovinu, ali je nakon toga ipak isplivao iz krize i podmirio sve svoje obveze. Iz tih razloga je novela od 9. srpnja 2003. u stavku 5. čl. 282. KZ kao objektivni uvjet kažnjivosti predvidjela otvaranje stečajnog postupka, a u skladu s time bio je promijenjen i naziv kaznenog djela u “prouzročenje stečaja”. Novela je ujedno iz čl. 282. st. 1. KZ brisala riječi “obustavljanje svojih tražbina”, unošenje kojih u tekst jest redakcijska pogreška jer je propuštanje naplaćivanja tražbina jedna od mogućih radnji počinjenja opisanih u daljnjem tekstu.

Zakon u sada važećem tekstu ograničava kažnjivost na radnje poduzete u kriznom stanju (stanju prezaduženosti i nesposobnosti za plaćanje), ali ne obuhvaća i radnje kojima se prouzročuje takvo stanje. No to je neizravno učinjeno u okviru kaznenog djela nesavjesnog gospodarskog poslovanja u

⁹⁶ Opširno o tom pitanju *Tiedemann*, *Insolvenz-Strafrecht*, 2. Aufl., Berlin/New-York, 1996, str. 44 i dalje.

kojem se prouzročenje stečaja pravne osobe predviđa kao kvalifikatorna okolnost (čl. 291. st. 2. KZ). Logičnije je, međutim, prouzročenje prezaduženosti ili nesposobnosti za plaćanje koje je dovelo do stečaja tretirati kao oblik prouzročenja stečaja, kako je to učinjeno i u § 283. st. 2. njemačkog Kaznenog zakonika. Stoga je novelom od 9. srpnja 2003. u odredbi o zlouporabi stečaja iz čl. 282. KZ bio dodan novi stavak 2. prema kojem se trebao kazniti i tko radnjama navedenim u stavku 1. izazove svoju prezaduženost ili nesposobnost za plaćanje. No i taj je oblik dobivao smisao samo ako se povezao s objektivnim uvjetom kažnjivosti predviđenim u noveliranom stavku 5., tj. ako je došlo do otvaranja stečaja. Prema noveliranom tekstu za prouzročenje stečaja odgovarao bi stoga i onaj tko u stanju prezaduženosti ili nesposobnosti za plaćanje nije izvršio nijednu od inkriminiranih radnji, ali je jednom od takvih radnji prouzročio takvo stanje, a onda i otvaranje stečaja, dok bi se odredba o prouzročenju stečaja kao kvalifikatornoj okolnosti u čl. 291. st. 2. brisala (zajedno s tim kaznenim djelom u cijelosti). Prednost tog rješenja bila bi i u tome što bi se za prouzročenje stečaja izazivanjem prezaduženosti ili nesposobnosti za plaćanje odgovaralo samo ako su u pitanju radnje pobliže opisane u čl. 282. st. 1., umjesto općenitog i ne posve preciznog opisa radnji u sadašnjem čl. 291. st. 1. KZ (kršenje zakona ili drugog propisa o poslovanju).

Prema općenito prihvaćenom shvaćanju, kazneno djelo bankrota može se počinuti i s neizravnom namjerom.⁹⁷ Stoga dio teksta u čl. 282. st. 1. KZ "znajući za svoju prezaduženost ili nesposobnost za plaćanje" ne bi trebalo tumačiti kao ograničenje na izravnu namjeru; takvo bi tumačenje bilo i u suprotnosti s okolnošću da se zlouporaba stečaja može počinuti i iz nehaja, pa bi onda samo neizravna namjera ostala nekažnjiva. Navedeni dio teksta trebalo bi kao suvišan brisati; da sva obilježja kaznenog djela, pa prema tome i prezaduženost ili nesposobnost za plaćanje, moraju biti obuhvaćena namjerom, proizlazi već iz definicije namjere u čl. 44. st. 2. KZ.

Od velike je praktične važnosti odnos kaznenih djela zlouporabe stečaja i zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 3. i 4. KZ. Odgovorna osoba može zlorabiti položaj i ovlast i dok je trgovačko društvo prezaduženo ili nesposobno za plaćanje. Odgovorna osoba koja ne naplaćuje tražbine pravne osobe, prekomjerno troši, otuđuje imovinu u bescjenje itd. najčešće će istodobno ostvariti obilježja zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 3. ili 4. KZ i zlouporabe stečaja iz čl. 282. st. 2. KZ. Kakav je odnos tih kaznenih djela? Taj problem pojavio se i u njemačkom pravu kao odnos kaznenih djela bankrota (§ 283. njemačkog KZ) i zlouporabe povjerenja (*Untreue*, § 266. njemačkog KZ). Njemački Savezni sud riješio ga je pomoću tzv. interesne formule (*Interessenformel*). Prema njoj je mjerodavno interese koga je počinitelj

⁹⁷ Za njemačko pravo v. *Tiedemann*, *Insolvenz-Strafrecht*, 2. Aufl., Berlin/New-York, 1996, str. 196; za austrijsko *Kienapfel*, *Grundriß des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil*, II, 3. Aufl., Wien, 1993, str. 324.

namjeravao zadovoljiti: ako je postupao u interesu pravne osobe koju zastupa ili u najmanju ruku i u njezinu interesu, ima se osuditi za bankrot; ako je pak postupao u vlastitom interesu ili u interesu drugoga, osudit će se za zlouporabu povjerenja ili neki drugi imovinski delikt. Na taj je način u pravilu isključen stjecaj bankrota i zlouporabe povjerenja, a prihvaćen je samo iznimno, npr. ako počinitelj podmićuje poslovnog partnera sredstvima pravne osobe ili prekomjerno troši u poslovne svrhe pa na taj način istodobno postupa u korist i na štetu zastupane pravne osobe. Međutim, takva je praksa naišla na kritiku njemačke doktrine koja je upozorila na to da se radnje koje predstavljaju kazneno djelo bankrota rijetko čine u interesu pravnih osoba pa je onda primjena bankrota na njihovu štetu praktično isključena.⁹⁸

Navedena interesna formula primjenjiva je i na hrvatsko kazneno pravo. Postupa li odgovorna osoba s ciljem pribavljanja imovinske koristi za sebe ili drugoga za vrijeme prezaduženosti i nesposobnosti za plaćanje pravne osobe, čini samo kazneno djelo zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 3. ili 4. KZ. To je opravdano osobito u slučaju čl. 337. st. 4. KZ koji predviđa strožu kaznu (do deset godina zatvora) nego čl. 282. st. 2. KZ (do pet godina zatvora). Pritom se okolnost da je kazneno djelo počinjeno u kriznom stanju može uzeti kao otegotna. Za kazneno djelo zlouporabe stečaja ostali bi uz tu pretpostavku svi slučajevi u kojima radnje opisane u njemu nisu počinjene s ciljem pribavljanja koristi za sebe ili drugoga (ili se takav cilj ne može dokazati). Zapravo je takvo i stajalište naše sudske prakse koja je davala prednost zlouporabi položaja i ovlasti, a za zlouporabom stečaja nije gotovo ni posezala. To ipak ne znači da je zlouporaba stečaja suvišna u našem zakonu i da je njezino zanemarivanje u našoj sudskoj praksi opravdano, pogotovo ako se uzme u obzir da je ona moguća i u nehajnom obliku (čl. 282. st. 3. KZ), kad je zlouporaba položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 3. i 4. KZ po definiciji isključena.

c) Pogodovanje vjerovnika

Kaznenim djelom pogodovanja vjerovnika (čl. 281. KZ) štite se interesi vjerovnika koje dužnik može oštetiti tako što u stanju nesposobnosti za plaćanje pogoduje jednog od njih (obično neku blisku osobu). Podrazumijeva se isplata duga na način ili u vrijeme kad pogodovani vjerovnik nema pravo na naplatu, tako da se time ošteti najmanje jedan od ostalih vjerovnika. To praktično znači da to kazneno djelo neće počinuti dužnik koji na zakonom predviđen način plati dospjeli dug, nego samo dužnik koji ili plati dug koji nije dospio ili plati dospjeli dug na način koji nije dopušten (npr. mimo blokiranog žiroračuna).

⁹⁸ Usp. *Tiedemann*, *Insolvenz-Strafrecht*, 2. Aufl., Berlin-New York, 1996, str. 42.

Pogodovanje vjerovnika smatra se privilegiranim oblikom kaznenog djela bankrota.⁹⁹ Razlog za privilegiranje je u tome što počinitelj ipak namiruje jednog vjerovnika (iako pritom oštećuje ostale). Zbog toga je za pogodovanje vjerovnika propisana izrazito blaža kazna (novčana kazna ili zatvor do jedne godine) nego za zlouporabu stečaja (zatvor od šest mjeseci do pet godina). No kažnjivost je sužena u odnosu prema zlouporabi stečaja i utoliko što se pogodovanje vjerovnika može počinuti samo u stanju nesposobnosti za plaćanje, a ne i u stanju prezaduženosti, a i time što se kazneni postupak pokreće u povodu prijedloga (čl. 281. st. 2. KZ). Ima li se to u vidu, nelogično je da se u Kaznenom zakonu pogodovanje vjerovnika (čl. 291. KZ) nalazi ispred zlouporabe stečaja (čl. 282. KZ).

Ako se kažnjivost zlouporabe stečaja čini ovisnom o otvaranju stečajnog postupka kao objektivnom uvjetu kažnjivosti, to mora pogotovo vrijediti za pogodovanje vjerovnika kao privilegirani oblik. Ni u tom slučaju nema potrebe kažnjavati dužnika koji je pogodovao nekog vjerovnika ako su na kraju svi vjerovnici namireni. Stoga je novelom od 9. srpnja 2003. u članku 281. KZ bio dodan i novi stavak 3., prema kojem se počinitelj pogodovanja vjerovnika trebao kažnjavati samo ako je otvoren stečajni postupak, ali ni ta izmjena nije ušla u kasnije novele.

d) Zlouporaba u postupku stečaja

Po uzoru na § 160. austrijskog KZ hrvatski je Kazneni zakon u čl. 283. inkriminirao neke smicalice u samom stečajnom postupku. I takve radnje mogu onemogućiti normalno vođenje stečajnog postupka i namirenje vjerovnika ali, za razliku od zlouporabe stečaja, njihov počinitelj nije stečajni dužnik, nego, u pravilu, jedan od vjerovnika koji u stečajnom postupku prijavi lažnu tražbinu ili tražbinu u lažnom isplatnom redu (st. 1.). Kazneno djelo mogu počinuti i vjerovnik, član odbora vjerovnika ili stečajni upravitelj koji za sebe ili drugoga primi imovinsku korist ili obećanje imovinske koristi da bi glasovao na određeni način ili propustio glasovanje, ili na drugi način postupio radi oštećenja barem jednog vjerovnika u stečajnom postupku (st. 2.). U posljednjem slučaju počinitelj ujedno ostvaruje i obilježja kaznenog djela primanja mita (čl. 347. KZ) ili primanja mita u gospodarskom poslovanju (čl. 294.a KZ) u stjecaju s kaznenim djelom zlouporabe u postupku stečaja. Taj stjecaj nije prividan. Zlouporaba u postupku stečaja je kazneno djelo protiv interesa vjerovnika i povreda tog pravnog dobra nije konzumirana navedenim kaznenim djelima primanja mita. Još bi se manje moglo tvrditi da zlouporaba u postupku stečaja konzumira primanje mita jer je za zlouporabu u postupku stečaja propisana daleko blaža kazna (novčana kazna ili zatvor do jedne go-

⁹⁹ Usp. *Tiedemann*, *Insolvenz-Strafrecht*, 2. Aufl., Berlin/New-York, 1996, str. 236.

dine) nego za oba oblika primanja mita. Napokon, zlouporabu u postupku stečaja čini i tko vjerovniku, članu odbora vjerovnika ili stečajnom upravitelju dade ili obeća imovinsku korist radi počinjenja kaznenog djela iz stavka 2. toga članka (čl. 283. st. 3. KZ). I u tom će se slučaju raditi o (pravom) stjecaju tog kaznenog djela i odgovarajućih kaznenih djela davanja mita (čl. 348. ili 294.b KZ).

*e) Povreda dužnosti u slučaju gubitka, prezaduženosti
ili nesposobnosti za plaćanje*

Kako je već rečeno, stečaj uvijek povlači štetne posljedice, prvenstveno za vjerovnike, a onda i za zaposlenike i gospodarstvo u cijelosti. Što se stečaj kasnije pokrene, to se ti štetni učinci povećavaju: nastaju novi dugovi koji se neće moći podmiriti. Iz tih se razloga kaznenim djelom smatra i “odugovlačenje sa stečajem” (njem. *Insolvenzverschleppung*¹⁰⁰). Ono postoji i u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu. Zakon o trgovačkim društvima propisao je obvezu članova uprave društva da sazovu skupštinu društva uvijek kad je društvo u gubitku, odnosno da zatraže pokretanje stečajnog postupka ako je društvo nesposobno za plaćanje ili je prezaduženo (u posljednjem se slučaju obveza proteže i na likvidatora). Neizvršenje te obveze kazneno je djelo povrede dužnosti u slučaju gubitka, prezaduženosti ili nesposobnosti za plaćanje iz čl. 326. ZTD. Riječ je o pravom kaznenom djelu nečinjenjem jer za njegovo počinjenje nije potrebna nikakva posljedica. Propisana je novčana kazna ili kazna zatvora do dvije godine. U st. 2 propisana je i kazna za nehaj (“nemarnost”).

10. Kaznenopravna zaštita tržišnog natjecanja

Tržišno natjecanje kao izraz poduzetničke i tržišne slobode, koje su “temelj gospodarskog ustroja Republike Hrvatske” (čl. 49. st. 1. Ustava), valja zaštititi i od zlouporaba koje mogu počinuti sami sudionici u natjecanju. Ta se zaštita u osnovi pruža u okviru dvaju normativnih poredaka: s jedne strane, to je zaštita slobodnog tržišnog natjecanja, a s druge strane zaštita poštenog tržišnog natjecanja.¹⁰¹ Zaštita slobodnog tržišnog natjecanja ostvaruje se putem zabrane određenih ograničenja tržišnog natjecanja i zlouporaba moći koju

¹⁰⁰ Poblize o tom kaznenom djelu Köhler, u: Wabnitz/Janowsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl., München, 2007, str. 339 i dalje.

¹⁰¹ Usp. Müller-Gugenberger, u: Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., Köln, 2006, str. 1746.

ima poduzetnik na tržištu, a zaštita poštenog (*fair*) tržišnog natjecanja sastoji se u zabrani ponašanja na tržištu koja nisu u skladu s dobrim običajima.

Kaznena djela protiv tržišnog natjecanja gotovo su nepoznata u praksi hrvatskih sudova. U 2006. osuđena je samo jedna osoba zbog kaznenog djela obmanjivanja kupaca iz čl. 284. st. 1. KZ.¹⁰² Međutim, zaštita tržišnog natjecanja, uključujući i kazneni progon poduzetnika koji krše pravila slobodnog i poštenog natjecanja, igra ogromnu ulogu u okviru Europske unije. Ugovorom o Europskoj zajednici pobliže su opisana pravila slobodnog tržišnog natjecanja koja se ujedno mogu smatrati europskim kartelnim pravom. Njima se definiraju i egzemplifikativno nabrajaju sporazumi kojima se narušava sloboda tržišnog natjecanja unutar zajedničkog tržišta (čl. 81.), definira se zlouporaba vladajućeg (dominantnog) položaja poduzetnika (čl. 82.) i predviđaju se globe i druge sankcije koje mogu izricati tijela Europske unije (čl. 83.). Uredba br. 17 od 6. veljače 1962. sadržava odredbe materijalnog kartelnog prava, među ostalim i obilježja kartelnih prekršaja i odredbe o sankcijama (globama) koje se mogu kretati do milijun eura ili do 10% godišnjeg prometa, a izriče ih Komisija. Globe se mogu izreći samo poduzećima, ali ne i fizičkim osobama kao odgovornim osobama u njima (iznimka su jedino fizičke osobe koje se smatraju poduzećem). U Uredbi se izričito naglašava da globe nemaju kazneni karakter te da se smatraju upravnim sankcijama. Zaštita poštenog tržišnog natjecanja uređena je smjernicom Vijeća EU br. 84/450 od 19. rujna 1984., koja ide za harmoniziranjem te materije time što definira lažnu reklamu i obvezuje države da je sprečavaju, ali ih ne obvezuje da je predvide kao kazneno djelo.

Iz takvog stanja proizlaze i određene obveze Republike Hrvatske. U okviru opće obveze iz čl. 69. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, prema kojoj je Hrvatska dužna uskladiti svoje zakonodavstvo s pravnom stečevinom Europske unije, u čl. 70. osobito je istaknuta zaštita tržišnog natjecanja. Hrvatska je to djelomično i učinila donošenjem Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja od 15. srpnja 2003. (NN 122/03), kojim su normirani zabranjeni sporazumi, vladajući položaj i koncentracije, a kršenje tih normi prekršaj je iz čl. 61. za koji su propisane stroge kazne (novčana kazna do najviše 10% vrijednosti ukupnog godišnjeg prihoda poduzetnika, a kad je počinitelj prekršaja pravna osoba, novčana kazna od 50.000 do 200.000 kuna za odgovornu osobu). To, međutim, ne vrijedi za kazneno pravo u kojem su, najvećim dijelom, još uvijek na snazi kaznena djela nastala u bivšem jugoslavenskom zakonodavstvu koja nisu usuglašena ni sa Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja. Ovdje će se u najkraćim crtama iznijeti kritičke opaske u vezi s tim kaznenim djelima.¹⁰³

¹⁰² Državni zavod za statistiku, Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2006, Zagreb, 2007, str. 154.

¹⁰³ Potanko o pojedinim kaznenim djelima, kao i čitavoj problematici, *Novoselec*, Kazne-nopravna zaštita tržišnog natjecanja, Pravo u gospodarstvu 1/2005, str. 27-50.

Povreda ravnopravnosti u obavljanju gospodarske djelatnosti (čl. 280. KZ) ne odnosi se na poduzetnike, nego na počinitelje koji "zlorange službeni položaj ili ovlast" te je stoga službeničko kazneno djelo koje je već obuhvaćeno zlouporabom položaja i ovlasti iz čl. 337. KZ i kao *lex specialis* suvišno.

Stvaranje monopolističkog položaja na tržištu (čl. 288. KZ) obuhvaća, doduše, poduzetnike, ali trpi druge nedostatke (ograničavanje kažnjivosti na stvaranje vladajućeg položaja na tržištu, čime nisu obuhvaćeni i slučajevi zlouporabe već stvorenog vladajućeg položaja; neuključivanje zabranjenih koncentracija). Kako se to kazneno djelo dobrim dijelom poklapa s prekršajem iz čl. 61. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, postavlja se i pitanje njegove svrsishodnosti. Kao rješenje dolazi u obzir ograničavanje kaznenog djela na dogovore kojima se ograničuje natjecanje kod javnih nabava po uzoru na njemačko pravo (v. pod B, 6).

Obmanjivanje kupaca (čl. 284. KZ) važno je kazneno djelo ne samo protiv interesa potrošača nego i protiv poštenog tržišnog natjecanja jer onaj tko prodaje robu ili usluge obmanjujući kupce, dovodi u neravnopravan položaj poduzetnike koji ne obmanjuju kupce. Ono je poznato u modernim kaznenim zakonodavstvima kao zavaravajuće oglašivanje ili lažna reklama (njem. *irreführende Werbung*, franc. *publicité mensongere ou trompeuse*). Opis kaznenog djela obmanjivanja kupaca u čl. 284. KZ preuzak je jer se ograničava na proizvode pa ne obuhvaća i usluge, a lažna reklama u st. 2. obuhvaća samo cijenu proizvoda, iako se ona može odnositi i na niz drugih okolnosti, npr. na svojstva, podrijetlo, sastavne dijelove, težinu ili druge osobine proizvoda ili usluga.

Nelojalna konkurencija u vanjskotrgovinskom poslovanju (čl. 289. KZ) potpuni je anakronizam jer je ograničavanje natjecanja u vanjskotrgovinskom poslovanju koje ne bi vrijedilo i za unutarnje poslovanje u suprotnosti s idejom jedinstvenog europskog tržišta. Ne postoji ni potreba za kvalificiranim oblikom nelojalne konkurencije u vanjskotrgovinskom poslovanju koji se sastoji u postizanju osobne koristi za počinitelja (čl. 289. st. 2. KZ) jer će postizanje takve koristi, ako je protupravna, biti obilježje drugih kaznenih djela, prvenstveno primanja mita u gospodarskom poslovanju (čl. 294.a KZ).

Među kaznena djela protiv poštenog tržišnog natjecanja valja ubrojiti i primanje i davanje mita u gospodarskom poslovanju (čl. 294.a i 294.b KZ), unesena novelom iz 2004. jer se njihovim propisivanjem štite interesi poštenih sudionika u tržišnom natjecanju, koji se počinjenjem tih kaznenih djela dovode u neravnopravan položaj. Zakonodavac je ispravno odvojio ta kaznena djela od davanja i primanja mita kao službeničkih kaznenih djela. Ostaje, međutim, upitno je li bilo opravdano kao počinitelja primanja mita iz čl. 347. (odnosno kao osobu kojoj se daje mito u smislu čl. 348. KZ) pored službene tretirati i dalje odgovornu osobu. To se može opravdati potrebom da se obuhvate i korumpirane osobe izvan gospodarske djelatnosti koje nisu službene osobe

(liječnici, sportski arbitri i sl.), pa bi njihovo ispuštanje iz odredaba čl. 347. i 348. KZ značilo njihovu nekažnjivost, ali je, i uz pretpostavku da se takve osobe mogu smatrati odgovornim osobama, njihovo izjednačivanje sa službenim osobama neopravdano.

Navedena razmatranja upućuju na to da kaznena djela protiv slobodnog i poštenog tržišnog natjecanja zahtijevaju temeljitu obnovu, koju će zakonodavac bez pomoći teoretičara iz područja kaznenog i trgovačkog prava teško provesti.

11. Pranje novca

Pranju novca, kao novosti u europskom i hrvatskom zakonodavstvu, posvećen je već znatan broj radova na hrvatskom jeziku, iako se oni pretežno bave kriminološkim i kriminalističkim, a manje kaznenopravnim aspektima. U praksi ono je još uvijek rijetkost; u 2004. godini osuđene su zbog kaznenog djela iz čl. 279. st. 1. KZ tri osobe,¹⁰⁴ ali poslije toga nijedna. Ovom prilikom ograničit ćemo se na one aspekte tog kaznenog djela koji izazivaju nedoumice.

Prva se odnosi na redakcijsku pogrešku pri noveliranju Kaznenog zakona 2000. godine, kada je u čl. 279. st. 1. KZ izbrisana kazna. Vraćanje kazne u noveli iz 2003. ostalo je nakon njezina ukidanja bez učinka. Ispravak tajnika Hrvatskog sabora, koji je 11. srpnja 2005. (NN 84/05) izostavljanje kazne proglasio pogreškom u službeno objavljenom tekstu riješio je problem samo za ubuduće jer je VSRH s pravom odbio retroaktivnu primjenu takvog ispravka (VSRH, Kzz 1/05, HLJKPP 1/2006, str. 340). To znači da pranja novca počinjena do 11. srpnja 2005. ostaju i dalje nekažnjiva.

Upitan je odnos pranja novca iz čl. 279. KZ i prikrivanja iz čl. 236. KZ. Razgraničenje je otežano već i stoga što sam Kazneni zakon pranje novca naziva prikrivanjem (protuzakonito dobivenog novca). Kako odredba čl. 236. st. 1. KZ obuhvaća i "prikrivanje nadomjestka" jer to kazneno djelo ne čini samo tko prikriva stvar koja je pribavljena kaznenim djelom, nego i sve ono što je za takvu stvar dobiveno prodajom ili zamjenom, postavlja se pitanje nije li uz takvu koncepciju prikrivanja posebno kazneno djelo pranja novca bilo suvišno. Razlike ipak postoje. Prikrivanje je čisti imovinski delikt, tj. pravno dobro koje se njime povređuje je imovina, dok je pravno dobro koje se povređuje pranjem novca koncipirano šire: to je gospodarski i financijski sustav zemlje. Posebno se to vidi iz odredbe čl. 279. st. 1. KZ u kojoj se prikrivanje ograničava na bankarsko, novčarsko ili drugo gospodarsko poslovanje. Razlika je došla do izražaja i u propisanoj kazni koja je za pranje novca izra-

¹⁰⁴ Državni zavod za statistiku, Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2004, Zagreb, 2005, str. 122.

zito veća nego za prikrivanje, naročito kod pranja novca počinjenog u sastavu grupe ili zločinačke organizacije (do deset godina zatvora, čl. 279. st. 3. KZ). Važna je razlika i u tome što se prikrivanje može počiniti samo s namjerom, dok se pranje novca može izvršiti i iz nehaja, čime je također kažnjivost pranja novca u odnosu prema prikrivanju u velikoj mjeri proširena.

Novac i drugi predmeti i prava koji se “peru” moraju potjecati iz kriminalne djelatnosti. Pranje novca kao kazneno djelo nastalo je kako bi se onemogućilo ostvarivanje dobiti iz trgovine drogom; poslije je to prošireno i na druga kaznena djela kao izvor prljavog novca, ali se uvijek išlo za time da to budu teška kaznena djela. Stoga neki kazneni zakonic (§ 261. st. 1. njemačkog KZ i § 165. st. 1. austrijskog KZ) ograničavaju krug kaznenih djela iz kojih mora potjecati prljavi novac na “zločine”, a na “prijestupe” samo ako su prethodno nabrojani kao tzv. predikatna kaznena djela. Hrvatski zakonodavac nije o tome vodio računa, što je dovelo do enormnog proširenja kažnjive zone. U prvobitnom tekstu prema noveli Krivičnog zakona RH od 29. ožujka 1996. bilo je čak dovoljno da se pere novac pribavljen “nekom protuzakonitom radnjom”, što je, osim kaznenih djela, obuhvaćalo prekršaje i (tada još postojeće) privredne prijestupe, a možda i građanske delikte. Prilikom donošenja Kaznenog zakona 1997. kriminalna je zona osjetno sužena jer se u čl. 279. st. 1. tražilo da novac koji se pere bude pribavljen kaznenim djelom za koje se može izreći kazna zatvora od pet godina ili kaznenim djelima počinjenim u sastavu grupe ili zločinačke organizacije. To je ograničenje brisano novelom od 14. prosinca 2000., što znači da je, prema tekstu koji je otada na snazi, dovoljno da novac potječe iz bilo kojeg kaznenog djela. Ne samo da je na taj način pranje novca dobilo preširoke konture nego je i otežano njegovo razgraničenje od kaznenog djela prikrivanja.

Na subjektivnoj strani kaznenih djela iz čl. 279. st. 1. i 2. KZ traži se namjera. Prema vladajućem shvaćanju, glede pranja novca dovoljna je i neizravna namjera.¹⁰⁵ Time što traži da počinitelj mora znati da su predmeti pribavljeni kaznenim djelom, na prvi se pogled čini da zakonski tekst traži isključivo izravnu namjeru.¹⁰⁶ No ograničavanje krivnje na izravnu namjeru je neodrživo ima li se u vidu da je u stavku 4. kažnjiv i nehaj, pa bi onda, paradoksalno, jedino neizravna namjera ostala nekažnjiva. Prema tome, za pranje novca treba kazniti i počinitelja koji postupa s neizravnom namjerom, tj. koji nije siguran potječe li neki novac iz kriminalne djelatnosti pa ga i pod cijenu da su njegove sumnje opravdane ulaže, preuzima itd. Kada je pak u pitanju nehajni oblik (čl. 279. st. 4. KZ), nehaj se odnosi samo na okolnosti da su novac, predmeti ili prava pribavljeni kaznenim djelom, što znači da je u odnosu prema ostalim

¹⁰⁵ Usp., između ostalog, *Stree*, u: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Aufl., München, 2006, § 261, rubni br. 18, str. 2174.

¹⁰⁶ Tako *Derenčinović*, u: Horvatić, Šeparović i suradnici, *Kazneno pravo, posebni dio*, Zagreb, 1999, str. 383.

obilježjima potrebna namjera, npr. počinitelj mora i u tom slučaju predmete s namjerom ulagati, preuzimati, zamjenjivati itd. Kažnjavanjem nehaja znatno je proširen domet tog kaznenog djela. Taj oblik pranja novca dolazi osobito u obzir kod namještenika banaka koji preuzmu prljavi novac propustivši izvršiti provjere na koje ih obvezuje Zakon o sprječavanju pranja novca.

Posebno je osjetljivo pitanje može li se odgovarati za pranje novca koji potječe iz vlastite kriminalne djelatnosti. O njemu još uvijek ne postoji opća suglasnost, pa se i naša praksa kolebala. Rješenjem zamjenika općinskog državnog odvjetnika u Splitu DO-K-390/99 od 4. rujna 2000. odbačena je prijava zbog prikrivanja protuzakonito dobivenog novca iz čl. 279. st. 1. KZ s obrazloženjem da je navedeno kazneno djelo "specifičan oblik prikrivanja", a počinitelj krađe ne odgovara za prikrivanje ako prodaje predmete pribavljene krađom. To je i stajalište austrijskog KZ koji pranje novca kažnjava samo kad on potječe iz kaznenog djela *nekog drugoga (eines anderen)*. Prema drugom shvaćanju, moguće je i pranje novca iz vlastite kriminalne djelatnosti. Prihvaćeno je u američkom kaznenom pravu, a prihvatilo ga je u jednoj odluci švicarski Savezni sud.¹⁰⁷ Prema tom bi shvaćanju bilo neopravdano osloboditi nekog za pranje novca samo zato što je na neki način sudjelovao i u počinjenju prethodnog kaznenog djela; pogotovo je to nedopustivo ako se iz procesnih ili drugih razloga takav počinitelj za prethodno kazneno djelo više ne može osuditi. Tom se stajalištu priklonio i VSRH, koji uzima da postoji stjecaj pranja novca iz vlastite djelatnosti sa zlouporabom opojnih droga kao prethodnim kaznenim djelom (VSRH, I Kž-137/01, HLJKPP 1/2001, str. 672). No dolazi u obzir i treće, kompromisno stajalište zauzeto u njemačkom Kaznenom zakoniku koji u § 261. st. 9, drugi podstavak, propisuje da se za pranje novca neće kazniti "tko je kažnjiv zbog sudjelovanja u prethodnom djelu". To znači da nužna pretpostavka pranja novca više nije da novac potječe iz djelatnosti drugog, pa je moguće i da potječe iz vlastite djelatnosti. Najčešće se i neće znati je li počinitelj pranja novca sudjelovao i u prethodnoj kriminalnoj djelatnosti (osobito ako je prethodno djelo počinjeno u inozemstvu) pa ga i u tom slučaju valja kazniti. No ako je ta okolnost poznata, pranje novca je naknadno nekažnjivo djelo i za njega se ne kažnjava.¹⁰⁸

12. Kaznena djela iz Zakona o trgovačkim društvima

Zakon o trgovačkim društvima sadržava šest kaznenih djela kojima je zajedničko zaštićeno pravno dobro transparentnost imovinskih prilika u njima:

¹⁰⁷ Odlučno ga zastupa sudac tog suda i profesor *Martin Schubarth* (Binnenstrafrechtsdogmatik und ihre Grenzen, ZStW 110. Band (1998), Heft 4, str. 828 i dalje).

¹⁰⁸ Usp. *Stree* u: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl., München, 2006, § 261, rubni br. 5, str. 2169.

da bi se gospodarski život normalno odvijao, mora postojati povjerenje javnosti u ispravnost i potpunost podataka u trgovačkom registru i drugih javnosti dostupnih podataka. Vjerovnici, osobito kreditori, ulagatelji, ali i potencijalni novi članovi društva, imaju opravdan interes da budu istinito informirani o imovinskim prilikama u društvima kapitala.¹⁰⁹ Stoga je zakonodavac određena dovođenja u zabludu javnosti o bitnim gospodarskim temeljima društava kapitala proglasio kaznenim djelom, ne čekajući da nastupi i konkretna šteta za nekog poduzetnika. Utoliko su ta kaznena djela u predvorju kaznenog djela prijave, što znači da su koncipirana kao delikti apstraktnog ugrožavanja: dovoljno je stvaranje apstraktne opasnosti i ne traži se nastup štete; nastupi li pak šteta, djelo prerasta u odgovarajući delikt povređivanja, najčešće u prijevaru u gospodarskom poslovanju. Stoga i ta kaznena djela možemo smatrati prijevarama, uzme li se taj pojam u najširem smislu. Ona su u pravilu *delicta propria* (s iznimkom kaznenih djela iz čl. 624. st. 1. t. 3. i čl. 627. ZTD), pri čemu počinitelj nije obuhvaćen širokom definicijom odgovorne osobe, nego je pobliže određen kao osnivač, član uprave ili nadzornog odbora, likvidator, revizor itd.

U 2006. za sva kaznena djela iz ZTD osuđeno je ukupno 77 osoba.¹¹⁰ Iako se u službenoj statistici ne navodi o kojim je kaznenim djelima riječ, smatra se da je to pretežno kazneno djelo povreda dužnosti u slučaju gubitka, prezaduženosti ili neposobnosti za plaćanje iz čl. 626. ZTD.¹¹¹ Vrlo je vjerojatno da je tamna brojka velika.

Sva kaznena djela opisana u ZTD-u preuzeta su iz njemačkog zakonodavstva, i to iz Zakona o dionicama (Aktiengesetz, skraćeno: AG), Zakona o društvima s ograničenom odgovornošću (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, skraćeno: GmbHG) i Trgovačkog zakonika (Handelsgesetzbuch, skraćeno: HGB). Kako je čitav ZTD rađen po uzoru na te zakone, takav je postupak zakonodavca razumljiv i opravdan. Okolnost da su sva navedena kaznena djela preuzeta iz njemačkog prava ima tu dobru stranu da se tamošnja iskustva, a posebno i odgovarajuća njemačka literatura, mogu koristiti i kod nas.¹¹² Zbog uske vezanosti tih kaznenih djela s određenim odredbama ZTD ona su blanketna pa ih je nemoguće razumjeti

¹⁰⁹ Usp. *Tiedemann*, *Wirtschaftsstrafrecht*, Besonderer Teil, Köln, 2006, str. 166.

¹¹⁰ Državni zavod za statistiku, *Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2006*, Zagreb, 2007, str. 160.

¹¹¹ Državni zavod za statistiku, *Pokazatelji gospodarskoga kriminaliteta 1998-2004*, 102, *Studije i analize*, Zagreb, 2006, str. 61.

¹¹² To su u prvom redu opsežni komentari kaznenopravnih odredaba Zakona o dionicama (*Otto*, *Aktienstrafrecht*, Berlin/New York, 1997) i Zakona o društvima s ograničenom odgovornošću (*Tiedemann*, *GmbH-Strafrecht*, §§ 82-85 GmbHG und ergänzende Vorschriften, 4. Aufl., Köln, 2002), autori kojih su profesori kaznenog prava, ali i vrsni poznavatelji trgovačkog prava i prava društava.

bez poznavanja normi na koje njihov opis upućuje. Razumljivo je da ovdje ne može biti govora o sveobuhvatnom prikazu tako opsežne materije pa će predmet daljnje razrade biti samo njezini najvažniji aspekti.

Glavno kazneno djelo iz ove skupine je davanje netočnih podataka (čl. 624. ZTD). Njime su obuhvaćene prijevare pri osnivanju društava kapitala (*Gründungsschwindel*), ali i neke prijevare nakon njihova osnivanja. Odredbe čl. 624. st. 1. t. 1.-6. odnose se na dioničko društvo i preuzete su iz § 399. st. 1. njemačkog AG, dok se odredbe čl. 624. st. 1. t. 7.-11. odnose na društvo s ograničenom odgovornošću i preuzete su iz § 82. st. 1. njemačkog GmbHG. Kazneno djelo sadržava, zapravo, nekoliko tipova prijevara (u najširem smislu), kojima je zajedničko davanje netočnih podataka ili prešućivanje važnih okolnosti, ali se razlikuju po tome na što se podaci i okolnosti odnose i u kojem se obliku daju. Opis kaznenog djela sadržava šest radnji izvršenja.¹¹³ To su:

a) Prijevarena u osnivanju podnošenjem netočnih ili nepotpunih podataka radi upisa u trgovački registar (čl. 624. st. 1. t. 1. i 7. ZTD). Kazneno djelo sastoji se u davanju netočnih podataka radi upisa dioničkog društva ili društva s ograničenom odgovornošću u trgovački registar, što obuhvaća više modaliteta (podaci se mogu odnositi na preuzimanje dionica ili temeljnih uloga, uplatu dionica ili uloga, korištenje uplaćenih iznosa, iznos na koji su dionice izdane glede posebnih pogodnosti, troškove osnivanja te uloge u stvarima ili u pravima ili preuzimanje stvari ili prava).¹¹⁴ Od tih je radnji praktično najvažnija prijevarena pri osnivanju društva kapitala podnošenjem netočnih ili nepotpunih podataka radi upisa u trgovački registar koji se odnose na uplatu dionica ili uloga. Najniži iznos temeljnog kapitala iznosi za dioničko društvo 200.000 kuna (čl. 162. ZTD), a za društvo s ograničenom odgovornošću 20.000 kuna (čl. 389. st. 2. ZTD), pri čemu su propisani najmanji iznosi koji se moraju uplatiti prije upisa (čl. 179. st. 3. i čl. 390. st. 2. ZTD). Prema tome, čini kazneno djelo davanja netočnih podataka član uprave ili nadzornog odbora koji u prijavi za upis u trgovački registar neistinito navede ukupni iznos efektivne uplate za izdane dionice ili uloge. Uplata nije efektivna ako je dogovoreno da se uplaćeni iznos nakon podnošenja prijave vrati uplatitelju. Uplata, također, ne smije biti izvršena sredstvima koja pripadaju društvu pa nije valjana uplata

¹¹³ Poblježe o svakoj od njih *Sanja Katušić-Jergović*, Neka razmatranja o kaznenim djelima predviđenim Zakonom o trgovačkim društvima, HPR 6/2001, str. 74-101.

¹¹⁴ *Sanja Katušić-Jergović* (HPR 6/2001, str. 75) s pravom upozorava da je tekst čl. 624. st. 1. t. 1. ZTD loš prijevod njemačkog izvornika jer počinitelj ne postupa u svrhu preuzimanja dionica, uplate dionica itd., kako proizlazi iz hrvatskog teksta, nego u svrhu upisa društva u trgovački registar, a netočni podaci koje pritom daje ili važne okolnosti koje prešućuje odnose se na preuzimanje dionica, uplatu dionica itd.

iz kredita koji je društvo odobrilo članu društva ili ga je netko treći odobrio društvu.¹¹⁵

b) Drugi oblik davanja netočnih podataka sastoji se u prijeveri podnošenjem neistinitih izvješća o osnivanju društva (čl. 624. st. 1. t. 2. i 8. ZTD). Ovdje su obuhvaćeni neki poslovni akti koji prethode prijavi za upis u trgovački registar, zbog čega nisu obuhvaćeni prethodnim oblikom pa se na taj način kaznenopravna zaštita proširuje i na prethodni stadij. Tijekom postupka osnivanja dioničkog društva osnivači moraju podnijeti pisano izvješće o provedenom osnivanju, a sadržaj tog izvješća pobliže je propisan (čl. 181. ZTD). Povrh toga, članovi uprave i nadzornog odbora moraju provjeriti provedeno osnivanje i o tome podnijeti pisano izvješće (čl. 182. i čl. 183. st. 2. ZTD). Oba izvješća obvezni su prilog kasnijoj prijavi za upis u trgovačko društvo (čl. 186. st. 2. t. 6. ZTD). Kad je riječ o društvu s ograničenom odgovornošću, izvješće o njegovu osnivanju predviđeno je samo kad društvo osniva jedan osnivač, pa njegova izjava o osnivanju zamjenjuje društveni ugovor (čl. 387. st. 2. ZTD), što je također jedan od obveznih priloga prijavi za upis u trgovački registar (čl. 394. st. 5. t. 1. ZTD). Svako unošenje netočnih podataka ili prešućivanje važnih okolnosti u navedenim izvješćima kazneno je djelo davanja netočnih podataka.

c) Treći oblik je prijevera u slučaju javne objave o stavljanju u promet dionica (čl. 624. st. 1. t. 3. ZTD), koju čini tko u javnoj objavi iz čl. 192. t. 3. ZTD daje netočne podatke ili prešuti važne okolnosti. U čl. 192. t. 3. ZTD propisano je da odgovara za štetu pored osnivača i osoba za račun koje su oni preuzeli obveze i “tko prije upisa trgovačkog društva u trgovački registar ili u prve dvije godine nakon upisa javno objavi da će dionice staviti u promet, ako je s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika morao znati za netočnost ili za nepotpunost podataka koji su dani u svrhu osnivanja društva ili za štetu počinjenu društvu ulaganjem ili preuzimanjem stvari”. Kako je već istaknuto, specifičnost je tog oblika da počinitelj nije samo osnivač, nego i svatko drugi tko javno objavi stavljanje dionica u promet, čime se prvenstveno htjelo obuhvatiti određene osobe u bankama.¹¹⁶ Pod javnom objavom valja razumjeti svako pismeno priopćivanje, npr. u novinama, prospektima, izlozima itd., ali i usmeno priopćivanje, npr. u reklamama na televiziji ili radiju.¹¹⁷ Kako se kaznena odredba veže uz odredbu čl. 192. t. 3. ZTD koja predviđa odgovornost za štetu i kad je počinitelj samo “morao znati” za netočnosti ili nepotpunost podataka, upitno je nije li na taj način kaznena odgovornost proširena i na nehaj.

¹¹⁵ Usp. *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil, Köln, 2006, str. 166; *isti autor*, GmbH Strafrecht, str. 109.

¹¹⁶ Usp. *Otto*, Aktienstrafrecht, str. 68; *Katušić-Jergović*, HPR 6/2001, str. 78.

¹¹⁷ Usp. *Otto*, Aktienstrafrecht, str. 69.

d) Četvrti oblik je prijevarena u vezi s povećanjem kapitala (čl. 624. st. 1. t. 4. i 9. i čl. 624. st. 2. ZTD), koja obuhvaća u osnovi iste radnje kao i prijevarena pri osnivanju društva (čl. 624. st. 1. t. 1.), samo što se one ovaj put odnose na povećanje kapitala.

e) Peti oblik predstavlja prijevaru likvidatora koja se sastoji u iznošenju lažnih podataka u izjavama koje su dužni podnijeti (čl. 624. st. 1. t. 5., 6. i 10. ZTD).

f) Šesti oblik je prijevara člana uprave koja se sastoji u iznošenju lažnih podataka u izjavama koje je dužan dati (čl. 624. st. 1. t. 6., 10. i 11. ZTD).

Na sličan način kao davanje netočnih podataka koncipirana su još tri kaznena djela iz ZTD-a), i to netočno prikazivanje imovinskog stanja (čl. 625. ZTD), koje se sastoji u prijevarnom prikazivanju poslovnog stanja društva (*Geschäftsлагetäuschung*), netočno izdavanje ili krivotvorenje potvrda o polaganju dionica (čl. 627. ZTD) i povreda dužnosti da se daje izvješće (čl. 628. ZTD). Njihovim propisivanjem želi se zaštititi istinitost i potpunost određenih izjava, pri čemu se ne traži nastup konkretne štete, pa niti dovođenje bilo koga u zabludu.

No kako to obično biva pri recepciji stranih zakonodavstava, nastale su i određene teškoće. One proizlaze iz okolnosti da je znatan dio radnji propisan u kaznenim djelima iz članaka 624., 625., 627. i 628. ZTD već obuhvaćen kaznenim djelom krivotvorenja službene isprave iz čl. 312. st. 1. KZ, kao kaznenim djelom kojim se inkriminira unošenje neistinitih podataka ili neunošenje važnih podataka ne samo u službene nego i u poslovne isprave, uz daljnji uvjet da se počinitelj može označiti kao odgovorna osoba (što će najčešće i biti slučaj). U tom pogledu hrvatsko pravo znatno proširuje kažnjavanje isprava s neistinitim sadržajem, za razliku od njemačkog, koje ne inkriminira krivotvorenje poslovnih isprava s neistinitim sadržajem, pa su kaznena djela o kojima je riječ u njemačkom pravu opravdana. Do preklapanja doći će kod nas u slučajevima kad se radnja navedenih kaznenih djela iz ZTD-a sastoji u davanju netočnih podataka ili prešućivanju važnih okolnosti u prijavama, pismenim izjavama, izvješćima i drugim pismenim aktima važnim za osnivanje i poslovanje društava kapitala koji su ujedno poslovne isprave. Takve radnje predstavljaju i obilježje kaznenog djela krivotvorenja službene isprave iz čl. 312. KZ, za koje je propisana izrazito teža kazna (zatvor od šest mjeseci do pet godina) od kazni propisanih za kaznena djela iz ZTD-a (novčana kazna ili zatvor do jedne odnosno dvije godine). *De lege lata*, ne preostaje drugo nego takav stjecaj smatrati prividnim i prednost dati kaznenim djelima iz ZTD-a kao specijalnim, no ne vidi se nijedan razlog za takvo privilegiranje. Zašto bi se, primjerice, počinitelj koji krivotvori podatke o uplati dionica (čl. 624. st. 1. t. 1. ZTD) kaznio blaže nego blagajnik koji krivotvori uplatnicu (čl. 312. st. 1. KZ)? Zato bi rješenje bilo u povišenju propisanih kazni za kaznena djela iz

ZTD-a tako da gornja mjera iznosi od pet mjeseci do pet godina (koliko ona, uostalom, iznosi i u njemačkom zakonodavstvu za tu vrstu kaznenih djela!).

Među kaznena djela iz ZTD-a smještena su i dva koja se prema zaštićenom pravnom dobru razlikuju od ostalih, do sada analiziranih kaznenih djela. To su povreda dužnosti u slučaju gubitka, prezaduženosti ili neposobnosti za plaćanje iz čl. 626. ZTD, koje je po svojoj prirodi insolventijsko kazneno djelo (v. pod B, 9) i povreda dužnosti čuvanja tajne iz čl. 629. ZTD, što je *lex specialis* u odnosu prema kaznenom djelu izdavanja i neovlaštenog pribavljanja poslovne tajne (čl. 295. KZ). Postojanje posljednjeg kaznenog djela može se opravdati zaštitom specifičnog pravnog dobra, u ovom slučaju interesa društva i njegovih članova, što je posebno došlo do izražaja i u odredbi st. 3. prema kojoj se postupak pokreće na prijedlog društva,¹¹⁸ ali se time ne može opravdati propisana kazna (novčana kazna ili zatvor do jedne godine za temeljni odnosno novčana kazna i zatvor do dvije godine za kvalificirani oblik), koja je izrazito niža od kazne propisane za kazneno djelo izdavanja i neovlaštenog pribavljanja poslovne tajne (zatvor od jedne do pet godina za temeljni i od jedne do deset godina za kvalificirani oblik). I ovdje ZTD neosnovano privilegira jedno opće kazneno djelo, pri čemu loše slijedi njemački uzor. Njemački je zakonodavac za kaznena djela povrede dužnosti čuvanja tajne u § 404. AG i § 85. GmbHG propisao iste kazne kao i za opće kazneno djelo povrede privatnih tajni iz § 203. njemačkog Kaznenog zakonika, koje obuhvaća proizvodnu i poslovnu tajnu (novčanu kaznu ili zatvor do jedne godine za temeljni i novčanu kaznu ili zatvor do dvije godine za kvalificirani oblik) pa kaznena djela kojima se povređuju interesi društava i njihovih članova nisu privilegirana u odnosu prema općem kaznenom djelu.

¹¹⁸ Tako i *Miladin*, Odnos između privatnopravnog i kaznenopravnog uređenja poslovne i profesionalne tajne, *Pravo u gospodarstvu* 4/2000, str. 242.

Summary

TOPICAL PROBLEMS OF CROATIAN LAW RELATED TO ECONOMIC CRIMES

In the first part of the paper, the author discusses the institutes mentioned in the general part of criminal law, and which, in the area of economic crimes, manifest specific features. He is critical of the term “responsible person”, which the Croatian Criminal Code uses to identify perpetrators of a significant number of economic crimes, and proposes to dispose of this term. He also discusses issues that arise concerning the participation of a number of persons in committing a crime, failure to act, necessity, the consent of company members, and the misconceptions that most often arise in connection with the perpetrators of economic crimes.

In the second part of the paper, the author critically considers the most important economic crimes referred to in Croatian criminal legislation, and compares them with the solutions of other modern legal systems, primarily with the German economic criminal law. While the Croatian legislator has adopted modern laws in relation to the economy, such as the Companies Act and the Protection of Competition Act, it has lagged behind in the area of criminal law, so that some provisions transferred from the law of former Yugoslavia, based on social property, are still in force. The paper also indicates the legally and technically unpolished descriptions of economic crimes, which lead to frequent overlaps and make it difficult to differentiate among them. The author particularly exposes to criticism the abuse of office and official authority referred to in Article 337 of the Criminal Code and the abuse of authorities in economic business operations referred to in Article 292 of the Criminal Code, which are the most frequent economic crimes in practice. The author also finds objections to the regulation of fiscal, customs, bankruptcy and other crimes. Finally, suggestions are made for the modernisation of the Croatian criminal law with regard to economic crimes.