

INŠTITUT ZA KRIMINOLOGIJO
pri Pravni fakulteti v Ljubljani

KAZNIVO DEJANJE

IN NJEGOVE VREDNOSTNE PRVINE



Matjaž Ambrož



INŠTITUT ZA KRIMINOLOGIJO
pri Pravni fakulteti v Ljubljani

Avtor: Matjaž Ambrož
Naslov dela: Kaznivo dejanje in njegove vrednostne prvine

Oblikovanje naslovnice: Mario Babojelić

Izdal in založil: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani
Za izdajatelja: Matjaž Jager
Sofinancer: Javna agencija za raziskovalno dejavnost
Republike Slovenije

Recenzenta: Ljubo Bavcon, Damjan Korošec

Tisk: Fleks d.o.o.
Naklada: 200 izvodov

Prvi natis
Ljubljana, 2007

CIP - Kataložni zapis o publikaciji
Narodna in univerzitetna knjižnica, Ljubljana

343.3/.7(497.4)

AMBROŽ, Matjaž

Kaznivo dejanje in njegove vrednostne prvine / Matjaž Ambrož. –
1. natis. - Ljubljana : Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti, 2007

ISBN 978-961-6503-08-2

236689920

INŠTITUT ZA KRIMINOLOGIJO
pri Pravni fakulteti v Ljubljani

Matjaž Ambrož

**KAZNIVO DEJANJE
IN NJEGOVE VREDNOSTNE PRVINE**

Ljubljana, 2007

KAZALO

Predgovor	9
I. UVOD	11
1. Uvodna opomba: kaznivo dejanje med dejstvi in vrednostnimi sodbami.....	11
2. Normativne prvine v strukturi kaznivega dejanja – kratak zgodovinski pregled	13
2.1. Klasični splošni pojem kaznivega dejanja.....	13
2.2. Neoklasični splošni pojem kaznivega dejanja.....	14
2.3. Totalitarni odklon v nemški kazenskopravni dogmatiki	16
2.4. Finalistični splošni pojem kaznivega dejanja	16
2.5. Obdobje po drugi svetovni vojni	18
a) Sinteza neoklasičnega in finalističnega splošnega pojma kaznivega dejanja v doktrini Zvezne republike Nemčije.....	18
b) Načelna zavrnitev normativnih koncepcij v kazenskopravnih doktrinah nekaterih držav	19
2.6. Novejši trendi: normativno-teleološko utemeljeni splošni pojem kaznivega dejanja.....	22
2.7. Normativni nastavki v novejši slovenski dogmatiki	25
3. O metodah in ciljih	27
II. RAVNANJE	29
1. Uvodna opomba: zakaj se ukvarjati s pojmom ravnanja?.....	29
2. Skica razvoja	31
3. Uvedba normativnih meril v novejše koncepcije ravnanja.....	34
3.1. Socialni pojem ravnanja	34
3.2. Personalni pojem ravnanja	36
4. Sklep (z ozirom na pojem ravnanja v slovenskem kazenskem pravu).....	39
III. IZPOLNJENOST BITI INKRIMINACIJE	41
A. Normativni zakonski znaki.....	42
1. Od Belingove vrednostno nevtralne koncepcije biti inkriminacije do »odkritja« normativnih zakonskih znakov.....	42
2. Poskusi sistematizacije normativnih zakonskih znakov	44
3. Normativni zakonski znaki in načelo zakonitosti	47

4.	Naklep in zmote pri normativnih zakonskih znakih	48
4.1.	Naklep	49
4.2.	Subsumpcijska zmota.....	51
4.3.	Poseben problem: protipravnost in podobni pojmi kot zakonski znaki.....	54
5.	Sklepno o normativnih zakonskih znakih.....	57
B.	Objektivna pripisljivost kot vrednostna dopolnitev naravoslovno pojmovane vzročnosti	59
1.	Uvodna opomba: vzročnost kot naravni ali socialno pripisani pojav?	59
2.	Razlogi za omejevanje rezultatov, pridobljenih na podlagi ekvivalenčne teorije vzročnosti, z vrednostnimi merili	61
3.	Teorija adekvatnosti	64
4.	Vrednostna izhodišča nauka o objektivni pripisljivosti	66
5.	Posebej o vrednotenju v t.i. primerih alternativnega ravnanja v skladu s predpisi	69
5.1.	Opredelitev in zamejitev problema	69
5.2.	Teorija o prenehanju varstvene funkcije dolžnostnega ravnanja.....	72
5.3.	Teorija o povečanju tveganja	74
5.4.	Poskus kompromisne rešitve	76
6.	Nauk o objektivni pripisljivosti in nauk o prekinitvi vzročnosti: primerjava dveh rešitev	79
7.	Sklepno o objektivni pripisljivosti.....	81
IV.	PROTIPRAVNOST	83
1.	Uvodna opomba: protipravnost kot nujna normativna sestavina vsakega splošnega pojma kaznivega dejanja.....	83
2.	Vrednostni pat položaj in prava prosti prostor.....	84
3.	Posebnosti »kazenskopravne protipravnosti« in enotnost pravnega reda.....	89
3.1.	Očrt problematike.....	89
3.2.	Güntherjev poskus delno relativizirati načelo enotnosti pravnega reda ..	91
3.3.	Vprašanje enotnosti pravnega reda v slovenskem kazenskem pravu	93
	a) Praktična razsežnost problematike	93
	b) Alternativna rešitev »problema« instituta dejanja majhnega pomena.	94
	c) Koncept socialne sprejemljivosti: njegov domet in razmejitev z institutom dejanja majhnega pomena	99
4.	Sklep	104

V.	KRIVDA	106
A.	Normativnost krivde	106
1.	Uvodna opomba: Večno vprašanje o determinizmu in svobodni volji	106
2.	Psihološke teorije krivde	108
3.	Prehod k normativnemu pojmovanju krivde in nadaljnji razvoj	109
4.	Normativno pojmovanje krivde v novejši nemški doktrini	112
5.	Pojmovanje krivde v slovenskem kazenskem pravu	116
5.1.	Zgodovinski razvoj	116
5.2.	Koncepcija krivde v veljavnem slovenskem KZ	119
5.3.	O (ne)potrebnosti in (ne)primernosti pojma kazenske odgovornosti in o perspektivi rabe tega pojma	120
6.	Sklep: Merila oblikovanja sodbe o krivdi in slovensko kazensko pravo	124
B.	Vrednostne prvine v posameznih elementih krivde	125
1.	Prištevnost	125
1.1.	Empirična metoda	126
1.2.	Empirično-normativna metoda	126
1.3.	Popolnoma normativna metoda	129
1.4.	Sklep	131
2.	Zavest o protipravnosti	131
2.1.	Vsebina zavesti o protipravnosti	133
2.2.	Mesto zavesti o protipravnosti v pojmu krivde	138
2.3.	Vrednotenje (ne)izogibnosti zmote o protipravnosti	141
2.4.	Sklep	148
3.	Naklep	150
4.	Malomarnost	153
4.1.	Brezuspešni »lov« na psihični substrat v nezavestni malomarnosti	154
4.2.	Kršitev dolžnostnega ravnanja kot pogoj za odgovornost za malomarnost	156
4.3.	Značilne dileme v zvezi z individualizacijo in generalizacijo malomarnosti	158
4.4.	Druge omejitve odgovornosti za malomarnost	161
4.5.	Sklep	162
VI.	SKLEPNO	164
VII.	LITERATURA	167

POVZETEK	183
ZUSAMMENFASSUNG	186
STVARNO KAZALO	189
IMENSKO KAZALO.....	194

Predgovor

Knjiga se ukvarja s tistimi vprašanji kazenskega prava, ki jih običajno imenujemo »kazenskopravna dogmatika«. O tej pravni disciplini se pogosto šaljivo izrazimo, namigujemo na njeno togost ali vzporednice z dogmami (v slabšalnem pomenu). Tudi sam občasno ne zamudim priložnosti za kakšno šalo na njen račun.

To pa ne zmanjšuje mojega prepričanja, da je dobro razvita kazenskopravna dogmatika eden pomembnih pogojev za pravno varnost. Dodelan sistem predpostavk kaznivosti omogoča približevanje k idealom racionalnosti, enakopravnosti, predvidljivosti, naknadne preverljivosti in nenazadnje tudi pravičnosti pravosodnih odločitev.

Dodelava meril, po katerih posamezniku pripisujemo odgovornost za kaznivo dejanje, je še zlasti pomembna, kadar gre za vrednostna vprašanja znotraj strukture kaznivega dejanja. Pri teh vprašanjih je možnost različnih pogledov in arbitrarnosti največja. Znano je, da lahko na vprašanje, ali je določeno umetniško delo »lepo«, dobimo zelo različne odgovore. Če je pluralnost vrednostnih sodb o umetniških delih nekaj, kar je do neke mere zaželeno (ali pa vsaj nima usodnih posledic), za kazensko pravo tega ni mogoče reči. Zato mora doktrina kazenskega prava prepoznati prvine znotraj strukture kaznivega dejanja, ki so vrednostne narave, nato pa ponuditi jasen sistem meril, po katerih naj sodnik (ali drug »uporabnik prava«) izpelje vrednotenje. Tale knjiga je poskus opraviti navedeno nalogo. Gre za prirejeno disertacijo »Vrednostne (normativne) prvine v splošnem pojmu kaznivega dejanja«, ki sem jo »obranil« na Pravni fakulteti v Ljubljani, decembra 2005.

Pri zahvalah se moram omejiti: če bi sledil »ekvivalenčni teoriji« in se poskusil dosledno zahvaliti vsem, ki so pripomogli k nastanku te knjige, bi bil seznam predolg. Zato le nekaj imen. Predstojnici katedre prof. dr. Katji Filipčič in direktorju inštituta doc. dr. Matjažu Jagru iskreno hvala za vso strokovno in moralno podporo, predvsem pa za njuno opravljanje vodstvene funkcije »s posluhom za človeka«. Poleg avtorjev, ki so v knjigi citirani (med njimi me je ključno inspiriral prof. dr. Petar Novoselec), si priznanje zaslužijo tudi vse kolegice in kolegi s katedre in inštituta, s katerimi sem v debatah kalil poglede in stališča, od katerih so mnogi našli izraz v knjigi. Posebej pa bi se rad zahvalil svojim neposrednim učiteljem, akad. prof. dr. Alenki Šelih, zasluž. prof. dr. Ljubu Bavconu in prof. dr. Damjanu Korošču; če ne bi bilo njih, se danes najbrž ne bi ukvarjal s kazenskim pravom.

Kljub temu, da je k nastanku knjige pripomoglo kar nekaj ljudi, pa gredo napake in spodrsaljaji izključno »na moj rovaš«, kot se napiše v pravniških knjigah.

M. A.

I. UVOD

1. Uvodna opomba: kaznivo dejanje med dejstvi in vrednostnimi sodbami

Kazensko materialno pravo določa predpostavke, pod katerimi se nekoga lahko šteje za storilca kaznivega dejanja in se mu za to dejanje izreče kazen. Poleg predpostavk, ki jih vsebujejo posamezni zakonski opisi kaznivih dejanj, morajo biti izpolnjene tudi predpostavke, ki veljajo splošno, ne glede na to, s katerim kaznivim dejanjem imamo opraviti. Poenostavljeno je mogoče reči (in takšna poenostavitev je na tem mestu še dopustna), da so se v pretežnem delu evropske kazenskopravne misli izoblikovale štiri takšne splošne predpostavke: storilec mora navzven prepoznavno ravnati, to ravnanje pa mora biti obvladano ali pa vsaj obvladljivo z njegovo voljo (»ravljanje«), njegovo ravnanje mora ustrezati določenemu zakonskemu opisu kaznivega dejanja (»izpolnjenost biti inkriminacije«), ne smejo biti podane okoliščine, zaradi katerih bi bilo storilčevo ravnanje dovoljeno (»protipravnost«) in glede na specifičen storilčev odnos do dejanja, mu mora biti to dejanje mogoče očitati (»krivda«). Te štiri kategorije se nadalje cepijo v številne pod-kategorije, skupaj pa tvorijo sistem, ki ga imenujemo splošni pojem kaznivega dejanja. Z razlago, sistematizacijo in izpopolnjevanjem kategorij, ki sestavljajo splošni pojem kaznivega dejanja, se ukvarja t.i. dogmatika splošnega pojma kaznivega dejanja.

Dogmatika splošnega pojma kaznivega dejanja seveda ni nekaj, kar bi veljalo samo po sebi¹, temveč je sistem naukov, ki so v značilni odvisnosti od pozitivno pravnega pa tudi širšega duhovno-zgodovinskega ozadja prostora in časa kateremu pripadajo, ter seveda nazorov posameznih avtorjev, ki jih razvijajo. Glede na to pogojenost je dogmatika

1 Nemara bi poimenovanje, ki gradi na korenu »dogma«, utegnilo napeljati k sklepu, da imamo opraviti z brezprizivno veljavnimi nauki. V zvezi s tem se v literaturi pogosto poudarja, da v kazenskem pravu besede »dogma« ne smemo razumeti v slabšalnem smislu (kot nespremenljiv nauk, ki se namesto na dokaze opira na avtoriteto tistega, ki ga podaja), temveč v njenem izvornem pomenu (mnenje, izrek, teorem).

splošnega pojma kaznivega dejanja lahko takšna ali drugačna: bolj ali manj diferencirana, bolj ali manj garantistična, takšna, ki v ospredje svojega zanimanja postavlja storilca, ali pa takšna, ki je naravnana predvsem na dejanje ipd. Dogmatika splošnega pojma kaznivega dejanja je nadalje lahko – in ta njen vidik me bo zanimal v pričujoči monografiji – takšna, da se omejuje predvsem na ugotavljanje empiričnih danosti, lahko pa je takšna, da splošni pojem kaznivega dejanja utemeljuje predvsem na normativnih merilih.

Z izrazom »empirične danosti« označujem vse, kar obstaja kot telesna ali duševna danost ali dogajanje. Tipične empirične danosti, s katerimi se lahko ukvarja dogmatika splošnega pojma kaznivega dejanja, so na primer: telesni gibi, naravoslovna povezanost vzroka in posledice, vsebina zavesti, vsebina volje ipd. Nasprotno pa z izrazom normativna merila označujem tista merila, ki temeljijo na vrednotenju: predpostavljajo določeno normo (bodisi pravno bodisi splošno kulturno-socialno) in od uporabnika prava zahtevajo presojo, ali je bila ta norma izpolnjena (oziroma prekršena). V tem oziru izraza »vrednostno« in »normativno« v pričujočem delu uporabljam kot sopomenki. Tipična vrednostna (normativna) merila, ki jih je mogoče srečati v kazenskopravni dogmatiki, so na primer: ali je za storilca obstajala dolžnost aktivno ravnati, ali je nastalo posledico v vrednostnem smislu mogoče šteti za storilčevo delo, ali je poškodbo pravne dobrine mogoče šteti za neznatno, ali je storilcu njegovo dejanje mogoče očitati, ali je storilčevo zmoto mogoče šteti za izogibno ipd.

Popolnoma jasno je, da nobena dogmatika splošnega pojma kaznivega dejanja ne more biti povsem empiristično naravnana (tj. naturalistična), saj kazensko pravo ne bi bilo kazensko pravo, če bi se ukvarjalo zgolj s proučevanjem tistega, kar je, in tega ne bi primerjalo z določenim najstvom.² Po drugi strani je jasno tudi, da popolnoma normativistična dogmatika ne more obstajati, saj je kot podlaga za vrednotenje vselej potrebna določena empirična danost, materialni substrat, na katerega se vrednotenje naveže. Splošni pojem kaznivega dejanja je torej po naravi stvari splet meril, ki se nanašajo na ugotavljanje empiričnih danosti in normativno utemeljenih meril, vendarle pa je razmerje med tema dvema skupinama meril lahko zelo različno. Tako se lahko kazenskopravna dogmatika izogiba vrednostnim prvinam v splošnem pojmu kaznivega dejanja (v zgodovinski perspektivi je bilo to značilno na primer za t.i. klasično dogmatiko splošnega pojma kaznivega dejanja), lahko pa nameni vrednostnim prvinam razmeroma močan poudarek (na primer t.i. neoklasična dogmatika splošnega pojma kaznivega dejanja). Da bi lahko ustrezno predstavil vprašanja, s katerimi se bo pričujoče delo ukvarjalo, je koristno najprej vsaj poenostavljeno prikazati, kako se je v zgodovinski perspektivi spreminjal odnos kazenskopravne dogmatike do normativnih prvin v strukturi kaznivega dejanja.

2 Dogmatika splošnega pojma kaznivega dejanja je seveda po naravi stvari normativna disciplina, saj njena osrednja operacija ni opisovanje, temveč pripisovanje (*Zurechnung*). Vendarle pa se merila pripisovanja ne morejo popolnoma distancirati od tistega, kar je. Glede na to, ali je v vsakokratni dogmatiki poudarek namenjen ugotavljanju empirije ali pa vrednotenju, je mogoče govoriti o empiristično ali normativistično naravnani dogmatiki.

2. Normativne prvine v strukturi kaznivega dejanja – kratek zgodovinski pregled

2.1. Klasični splošni pojem kaznivega dejanja

Pričujoči zgodovinski pregled je smiselno začeti s t.i. klasičnim splošnim pojmom kaznivega dejanja, ki sta ga konec devetnajstega in v začetku dvajsetega stoletja najvidneje zastopala Franz von Liszt in Ernst Beling. Delitev na tri temeljne systemske kategorije (bit inkriminacije, protipravnost in krivdo), značilna za klasično dogmatiko, je splošno sprejeta še danes, vsebina posameznih kategorij pa je bila deležna nadaljnjega razvoja in izpopolnjevanja.

Osnovna značilnost klasične dogmatike je, da skuša splošni pojem kaznivega dejanja utemeljiti na čim bolj trdnih formalnih in objektivno spoznavnih merilih, ki naj vzpostavijo pravno varnost in predvidljivost pravosodnega odločanja, še posebej pa naj obdolžencu zagotovijo varstvo pred arbitrarnimi posegi kazenskega pravosodja (von Lisztova ideja o kazenskem pravu kot Magni Charti Libertatum obdolženca). Težnja po objektivnosti se skupaj s prevladujočim duhovnozgodovinskim naturalizmom tistega časa izrazi v empiristični naravnosti klasične dogmatike: poudarek gre ugotavljanju dejstev in formalno-logičnim operacijam, medtem ko je vrednotenje omejeno na minimum.

V izhodišče sistema je postavljen pojem ravnanja kot podlaga, na katero se tri temeljne systemske kategorije pripnejo. Ta pojem je koncipiran objektivno in vrednostno nevtrarno kot voljno vedenje v zunanjem svetu, ki se lahko manifestira v dveh pojavnih oblikah: kot »voljni telesni gib« ali pa kot »voljna opustitev telesnega giba«. ³ Tudi bit inkriminacije je pojmovana vrednostno nevtrarno kot deskriptivna kontura, obris določenega kaznivega dejanja, ki še ne vsebuje nikakršnih pravnih pomenov in vrednotenj: je zgolj objekt vrednotenja, samo vrednotenje pa sledi šele v okviru protipravnosti. ⁴ Toda tudi presoja protipravnosti ne pušča prostih rok sodniškemu vrednotenju, temveč je vezana izključno na pozitivnopravna merila. Čeprav von Liszt opredeli pojem materialne protipravnosti kot »metajuridičen« in opozori na možnost, da formalno protipravno ravnanje ni hkrati tudi materialno protipravno, s tem ne pripozna izvenzakonskega razloga izključevanja protipravnosti, temveč vztraja pri tem, da mora bit sodnik tudi v teh primerih vezan na zakon: korigiranje veljavnega prava je onkraj njegovih pristojnosti. ⁵ Krivda je pojmovana kot subjektivna (psihična) vez med kaznivim dejanjem in storilcem ⁶, ki lahko obstaja v obliki naklepa ali malomarnosti, ne vsebuje pa posebnih vrednostnih prvin (t.i. psihološko pojmovanje krivde).

3 Von Liszt, 1919: 116.

4 Beling, 1964 (ponatis dela iz 1906): 112, 145 – 148.

5 Von Liszt, 1919: 133.

6 Von Liszt, 1919: 151.

Ta pregledni in jasni sistem pa je vendarle imel nekaj šibkih točk, ki so rušile njegovo koherentnost.⁷ Vrednostno nevtralnost pojma ravnanja so rušile opustitve, katerih umestitve v pojem ravnanja ni bilo mogoče utemeljiti brez uporabe normativnih meril. Opustitve niso telesni gibi, temveč njihova odsotnost. Za kazensko pravo pa seveda ni relevantna odsotnost telesnih gibov sama po sebi (v vsakem trenutku življenja opustimo nešteto gibov, ki bi jih sicer načelno lahko naredili), temveč šele izostanki tistih aktivnih ravnanj, ki jih pravni red od ljudi pričakuje. Šele norma, ki zapoveduje določeno aktivno ravnanje, naredi opustitev tega ravnanja relevantno za kazensko pravo. Tega ni spregledal niti von Liszt, saj je za eno od predpostavk, ki konstituirajo opustitev kot ravnanje relevantno za kazensko pravo, štel tudi zapoved aktivnega ravnanja s strani pravnega reda⁸, s tem pa je tudi že sam zapustil temeljna izhodišča naturalističnega, vrednostno nevtralnega pojma ravnanja.

Vrednostno nevtralnost sistemske kategorije biti inkriminacije je po drugi strani rušilo »odkritje«⁹ normativnih zakonskih znakov, tj. spoznanje, da zakonodajalec v zakonskem opisu pogosto uporabi pravne in vrednostne pojme.⁹ Prav tako pa je zavrlo več razlogov tla pod nogami začelo izgubljati psihološko pojmovanje krivde. Tako na primer v okviru psihološkega pojmovanja krivde ni bilo mogoče prepričljivo utemeljiti izključitve krivde pri opravičljivi skrajni sili, prav tako pa se je izkazalo kot vprašljivo, ali v primeru nezavestne malomarnosti¹⁰ med storilcem in dejanjem sploh obstaja kakršna koli psihična vez. Vsa naštetata protislovja so klicala k posameznim spremembam znotraj sistemskih kategorij klasičnega splošnega pojma kaznivega dejanja.

2.2. Neoklasični splošni pojem kaznivega dejanja

Neoklasična dogmatika splošnega pojma kaznivega dejanja je v Nemčiji dosegla svoj vrh okrog 1930. leta. Izhajala je iz deliktne zgradbe, značilne za klasični splošni pojem kaznivega dejanja, vendar pri tem utemeljevala vsebino njegovih posameznih elementov korenito drugače. Z »odkritjem«¹¹ normativnih zakonskih znakov je bil presežen Belingov nauk o vrednostni nevtralnosti biti inkriminacije. S tem, ko je bila bit inkriminacije polagoma spoznana za vrednostno kategorijo, pa se je spremenil tudi pogled na odnos med izpolnjenostjo biti inkriminacije in protipravnostjo. Izpolnjenost

7 Tu se omejujem zgolj na tista mesta, ki so bila sporna z vidika vrednostno nevtralnost/vrednostno zaznamovano.

8 Von Liszt, 1919: 127.

9 Podrobneje v I./2.2. in v II./A.

10 V pričujočem delu ostajam zvest izrazu, ki se je uveljavil v slovenski doktrini, čeprav bi bistvo pojma nemara bolje ponazoril izraz nezavedna malomarnost.

11 Leta 1915. prvi obravnava problematiko normativnih zakonskih znakov M.E. Mayer. Glej M.E. Mayer 1923: 182 – 185 (opiram se na drugo, a nespremenjeno izdajo avtorjevega dela iz 1915. leta).

biti inkriminacije in protipravnost nista bila več pojmovana kot elementa, ki razmeroma neodvisno stojita drug ob drugem, pri čemer izpolnjenost biti inkriminacije zgolj »indicira«¹² protipravnost, temveč se pokažeta kot bistveno bolj prepletena. Uveljavi se prepričanje, da izpolnjenost biti inkriminacije (ob odsotnosti razlogov izključitve protipravnosti) protipravnost pravzaprav konstituira in ne zgolj »indicira«.¹³

Temeljit pretres je doživelo tudi pojmovanje krivde. Že 1907. leta je Reinhardt Frank¹⁴ utemeljil esenco krivde kot »možnost očitka« in s tem vpeljal normativno pojmovanje krivde, ki krivde ni več videlo zgolj kot psihično vez med storilcem in dejanjem, temveč zlasti kot sodbo o tem, ali je storilcu njegovo dejanje mogoče očitati. Frankovemu konceptu krivde je sledilo nekaj preciziranj¹⁵, njegova jedrna ideja pa se je močno usidrala v nemški doktrini ter si postopoma pridobila veljavo tudi v drugih pravnih sistemih.

Razlike v nastavkih klasične in neoklasične dogmatike je lažje razumeti, če imamo pred očmi tudi duhovnozgodovinski ozadji, iz katerih sta ti dve dogmatiki izhajali. Klasični splošni pojem kaznivega dejanja je bil pogojen z duhovnozgodovinskim naturalizmom konca 19. stoletja, za katerega je bilo značilno, da je tudi družboslovne znanosti skušal podrediti idealu eksaktnosti naravoslovnih znanosti. V kazenskem pravu je to pomenilo splošni pojem kaznivega dejanja, ki svoja merila osredotoči na merljive in empirično ugotovljive danosti. Nasproti temu pa se je neoklasični kazenskopравни sistema navezal na vrednostno zaznamovano novokantovsko filozofijo, ki je bila v Nemčiji vplivna v prvih desetletjih 20. stoletja. Ta filozofija se je odvrnila od naturalizma in skušala družboslovje utemeljiti na lastni spoznavni metodi, ki bi bila, za razliko od značilno naravoslovnega opazovanja in opisovanja, utemeljena na vrednotenju. Vpliv novokantovske filozofije je v kazenskopravni znanosti povzročil, da je bilo bistvo kazenskega prava videno v njegovi naravnosti na smotre, vrednote in ideje. Tako je bil tudi neoklasični splošni pojem kaznivega dejanja v veliki meri utemeljen na vrednostnih merilih, da bi lahko sledil smotrom, na katere je naravnano kazensko pravo. Glede na to, da je vsebina omenjenih smotrov, idej in vrednot ostala razmeroma neopredeljena in odprta, je neoklasično dogmatiko zaznamovala potencialna nevarnost zlorab in dovzetnosti za avtoritarno ideologijo.¹⁶

12 Tako še M.E. Mayer, 1923: 185.

13 Tako Mezger, 1931: 182.

14 Avtor nov pogled na krivdo prvič predstavi v znamenitem kratkem sestavku *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*.

15 Pomembnejše preciziranje nastavkov R. Franka je opravil zlasti Goldschmidt (1913). Podrobneje v V./A./3.

16 Prim. Jescheck, Weigend, 1996: 204 – 205.

2.3. Totalitarni odklon v nemški kazenskopravni dogmatiki

Poudarjanje pomena vrednotenja za kazensko pravo se je izkazalo kot primerno sredstvo, s katerim lahko totalitarna država obide načelo *nullum crimen sine lege*. Tako se v Nemčiji z vzponom nacionalsocializma tudi v doktrini kazenskega prava pojavijo tendence s sklicevanjem na vrednostno naravnano interpretacijo vsebinsko izvotliti prepoved uporabe analogije.¹⁷ Hkrati postane tarča ostrih napadov tudi členjena struktura splošnega pojma kaznivega dejanja, kot sta jo razvili klasična in neoklasična dogmatika, ki je s svojo razvejanostjo in siljenjem uporabnika prava k racionalni argumentaciji, predstavljala pomemben branik pred arbitrarnimi odločitvami kazenskega pravosodja. Po mnenju nekaterih avtorjev tistega časa¹⁸, bi bilo treba diferencirano zgradbo splošnega pojma kaznivega dejanja nadomestiti s »celostnim vrednotenjem« dejanja in storilca, namesto »brezkrvnega in vsebinsko praznega« razpredanja z abstraktnimi pojmi naj bi stopilo »zrenje v bistvo življenjskih pojavov« (*Wesensschau*)¹⁹. Takšno kazensko pravo, v katerem je bila kaznivost odvisna od »celostnega vrednotenja« dejanja in storilca, ki naj bi temeljilo na »zdravih nazorih naroda«, kajpak ni več moglo biti Magna Charta Libertatum obdolženca, temveč je bilo zvedeno na raven sredstva, s katerim totalitarna država uresničuje svoje politične cilje.

2.4. Finalistični splošni pojem kaznivega dejanja

Trideseta leta prejšnjega stoletja v nemški kazenskopravni dogmatiki zaznamuje tudi vzpon finalizma, usmeritve, ki v kazenskem pravu temeljito spremeni strukturo kaznivega dejanja, značilno za klasično in neoklasično dogmatiko. Po epistemološki plati se finalizem odvrne od strogega ločevanja »sveta stvarnosti« in »sveta vrednot«, ki

17 Glej pregled postopnega izvotljevanja načela prepovedi analogije v nemški kazenskopravni doktrini tridesetih let minulega stoletja v Marxen, 1975: 192 – 196. Novela nemškega KZ z dne 28. 6. 1935 je prepoved zakonske analogije povsem izrecno odpravila z določbo, po kateri je dejanje lahko kaznivo tudi tedaj, kadar si »v skladu s temeljnimi izhodišči kazenskega zakona in zdravimi nazori ljudstva zasluži kazen« (vir: zbirka *Dokumentation des NS-Strafrechts*, ki jo je uredil H. Ostendorf). V slovenski literaturi odpravljanje prepovedi analogije v nacističnem kazenskem pravu nadrobno analizira Bavcon, 1987: 38 – 41.

18 Posebej značilno predstavniki t.i. kielske šole kazenskega prava (Georg Dahm, Friedrich Schaffstein). Pregledna analiza stališč avtorjev, ki so členjeno strukturo splošnega pojma kaznivega dejanja želeli nadomestiti s »celostnim vrednotenjem«, je na voljo v Marxen, 1975: 214 – 227.

19 Filozofsko ozadje tega pristopa je Husserlova fenomenologija, ki želi racionalno spoznavanje nadomestiti z duhovno-intuitivnim zrenjem v »bistvo pojavov«. Za razliko od novokantovstva ta filozofska smer ne temelji na dualizmu dejstev in vrednot, temveč izhaja iz podmene, da je svet vrednot imanenten stvarnosti in da ga je mogoče odkriti s spoznavanjem »ontoloških struktur bistva«.

je zaznamovalo novokantovsko filozofijo. Za razliko od novokantovstva finalizem vrednot ne vidi kot spekulativne subjektivne sodbe, temveč jih razume kot del objektivne stvarnosti. V skladu s tem pogledom so vrednote človekovi eksistenci predpostavljene, so sestavni del resničnosti, v katero je človek postavljen in do katere se neprestano opredeljuje prek svojih ravnanj.

Finalizem si prizadeva spoznati in razčleniti tiste stvarnologične strukture (*sachlogische Strukturen*), ki so predpostavljene vsakemu oblikovanju prava. Tukaj se opre na tedanja spoznanja psihologije o pretvarjanju duševnih potekov v dejanja v zunanjem svetu. Tako utemeljitelj finalizma v kazenskem pravu, Hans Welzel²⁰, išče tiste ontične lastnosti nekega dogajanja, ki to dogajanje napravijo pomembno za pravni red in posebej za kazensko pravo, izpostavi »finalno strukturiranost človekovega ravnanja«. Bistvena lastnost človekovega ravnanja je, da ni »slepo kavzalno«, tako kot naravni dogodki, ki so »naključna rezultanta vsakokratno obstoječih komponent vzročnosti«, temveč je krmiljeno s subjektovo voljo: človek si izbira cilje in načrtovano usmerja svoje dejavnosti v smeri teh ciljev. Le takšna, s posameznikovo voljo v smeri določenega cilja smiselno krmiljena dogajanja, so lahko primerna podlaga za kazenskopravno vrednotenje.

Na ravni dogmatike splošnega pojma kaznivega dejanja to seveda najprej pomeni nov in vsebinsko znatno bogatejši pojem ravnanja, katerega bistvo je posameznikovo hoteno in voljno delovanje v smeri izbranega cilja. Sistemske posledice takšnega obogateneja pojma ravnanja so očitne: naklep, ki sta ga tako klasična kot tudi neoklasična dogmatika pojmovali kot krivdno obliko, postane zdaj imanenten že samemu pojmu ravnanja in s tem sestavni del neprava. S tem se nepravo močno subjektivira, medtem ko krivda ostane brez psihološkega substrata (ki je po psiholoških teorijah predstavljal njeno celotno vsebino) in obstaja le še kot vrednostna sodba o tem, ali je na storilca mogoče nasloviti očitek (popolnoma normativno pojmovanje krivde).

Naj zaenkrat pustim ob strani posamezne doktrinarne težave, s katerimi se je spoprijemal Welzlov sistem kazenskega prava, in opozorim zgolj na temeljni načelni pomislek, s katerim se je soočal ta sistem. Ta pomislek je bil, da je finalizem z naukom o »vrednotah, ki so vsajene v bistvo stvari«, na eni strani in s personalnim razumevanjem neprava na drugi strani, ponudil primerno teoretsko ogrodje za totalitarno kazensko pravo, saj naj bi veliko bolj kot strogo razmejena in na objektivnem pojmovanju neprava temelječa Liszt-Belingova dogmatika, omogočal kaznivost že na podlagi storilčevega notranjega prepričanja. Tako naj bi bilo po mnenju kritikov²¹ za Welzlov sistem kazenskega prava vprašanje poškodbe ali ogrožitve pravne dobrine šele drugotnega pomena, na prvem mestu pa naj bi bilo storilčevo socialno-etično

20 V nadaljevanju odstavka se opiram na Welzel, 1969: 33. Opiram se na enajsto izdajo učbenika, opozoriti pa velja, da je avtor finalno teorijo ravnanja začel razvijati že v tridesetih letih prejšnjega stoletja.

21 Glej na primer: Wagner, 2002: 122; Marxen, 1974: 218 – 219; Singer 1992: 54 – 60.

prepričanje, ali z drugimi besedami: ta sistem naj bi namesto na dejanju (*Tatstrafrecht*) temeljil na storilčevih moralnih nazorih (*Gesinnungsstrafrecht*).

Danes nekateri avtorji opozarjajo, da je ta pogled do Welzla deloma krivičen. Res je sicer, da Welzel sam pravi, da osrednja naloga kazenskega prava ni varovanje konkretnih pravnih dobrin (do kazenskopravne reakcije pride praviloma tako ali tako šele, ko je bilo v določeno pravno dobrino že poseženo), temveč zagotavljanje spoštovanja pozitivnih socialno-etičnih vrednot.²² Pravne dobrine kazensko pravo varuje šele posredno, s tem ko z grožnjo s kaznijo utrjuje temeljne socialno-etične vrednote.²³ Vendar pa Welzel ne želi s pomočjo kazenskega prava vsiljevati poljubnih socialno-etičnih vrednot, temveč le spoštovanje kazenskopravnih norm, ki varujejo pravne dobrine. Tako je po mnenju nekaterih komentatorjev edina Welzlova napaka pri utemeljevanju ciljev kazenskega prava ta, da pomeša odnos cilja in sredstva: utrjevanje socialno-etičnih vrednot ni samo po sebi cilj kazenskega prava, temveč je zgolj sredstvo za zagotovitev varovanja pravnih dobrin.²⁴

2.5. Obdobje po drugi svetovni vojni

a) **Sinteza neoklasičnega in finalističnega splošnega pojma kaznivega dejanja v doktrini Zvezne republike Nemčije**

Ko leta 1955 nemški kazenskopravni teoretik Wilhelm Gallas²⁵ razpravlja o »trenutnem stanju nauka o hudodelstvu«²⁶, se zavzame za to, da je treba »[...] poiskati sintezo med novimi impulzi, za katere se imamo zahvaliti finalizmu, in nekaterimi neodpovedljivimi izsledki prejšnje, z vrednostnim in teleološkim mišljenjem zaznamovane razvojne stopnje naše znanosti«. Ta avtorjev »združevalni« pogled se res uveljavi. Čeprav je tudi po drugi svetovni vojni v Zvezni republiki Nemčiji obstajal krog avtorjev, ki so striktno vztrajali pri izhodiščnih podmenah finalizma in ta nauk skušali še naprej razvijati in izpopolnjevati (zlasti rešiti probleme opustitev in malomarnosti), se je večinsko uveljavil splošni pojem kaznivega dejanja, ki ga je zaznamovala sinteza neoklasičnih in finalističnih nastavkov. Pri tej sintezi se izhodišče finalistične dogmatike, po katerem je bistvo kazenskopravnega pojma ravnanja v posameznikovem načrtnem usmerjanju svoje dejavnosti v smeri izbranih ciljev, ni uveljavilo. Kljub temu pa je bil sprejet veliki sistemski premik, ki ga je prva izvedla finalistična dogmatika: selitev naklepa iz krivde v nepravo. Vendarle velja opozoriti, da v zvezi s to selitvijo nekateri avtorji zagovarjajo

22 Welzel, 1969: 2 – 3.

23 Welzel, 1969: 5.

24 Tako na primer Roxin, 1997: 28 – 29; Novoselec, 2004: 6.

25 Gallas, 1955: 47.

26 Avtor svojo razpravo naslovi s »Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen«.

kompromisno rešitev, po kateri je »naklep kot splošni subjektivni znak neprava hkrati tudi predmet očitka krivde« (nauk o dvojnem položaju naklepa).²⁷

b) Načelna zavrnitev normativnih koncepcij v kazenskoopravnih doktrinah nekaterih držav

Za razliko od nemške kazenskoopravne doktrine, ki je v obdobju po drugi svetovni vojni še naprej namenjala razmeroma močan poudarek vrednostnim preudarkom v dogmatiki splošnega pojma kaznivega dejanja, so se doktrine nekaterih drugih držav, še posebej značilno je bilo to za novonastale socialistične države, načelno odvrnile od takšnega pristopa. Po eni strani je to mogoče pripisati dejstvu, da si je v socialističnih državah (tudi v okviru kazenskoopravne dogmatike) izborilo primat materialistično filozofsko izhodišče, idealistična filozofija pa je veljala za reakcionarno. Tako so bile socialistične kazensko pravne doktrine večkrat značilno naklonjene nekaterim nastavkom starejše, Liszt-Belingove dogmatike, precej ostro pa so se odvrnile od novokantovskih vrednostnih nastavkov v neoklasični dogmatiki, ki so bili označeni za pretirano spekulativne.

Vendar proti vrednostno zaznamovanem mišljenju v kazenskoopravni dogmatiki niso bili uperjeni zgolj načelni, filozofsko-ideološki pomisleki, temveč je bila v ozadju te kritike tudi konkretna nenaklonjenost zmuzljivi in manipulabilni naravi vrednostnih meril, zaradi katere je lahko ogrožena pravna varnost posameznikov. S tem argumentom tudi nekateri kritično usmerjeni nemški avtorji, podobno kot njihovi kolegi iz socialističnih držav, nastopijo proti vrednostnim merilom in pledirajo za klasični splošni pojem kaznivega dejanja. Tako se na primer Klaus Marxen²⁸ v svoji viziji, kakšen bi moral biti liberalni splošni pojem kaznivega dejanja, zavzame za to, da bi moral ta temeljiti na kar se da vrednostno nevtralnih in objektivnih merilih. Kot izhodišče takšnega splošnega pojma avtor predlaga pojem ravnanja, temelječ na naravoslovni kategoriji kavzalnosti, katera naj omogoči enostavno preverljive rezultate, ki ne bodo odvisni od vrednostnih in subjektivnih meril. Element izpolnjenosti biti inkriminacije mora zagotoviti jasno razmejitev med kaznivim in nekaznivim, med področjem, kateremu je nadrejena državna moč, in področjem individualne svobode. Zato je treba ugotavljanje, ali je storilčevo ravnanje izpolnilo znake biti inkriminacije, utemeljiti na objektivnih in po možnosti vrednostno nevtralnih merilih.²⁹ Šele ugotavljanje protipravnosti ima nalogo vrednotenja, vendar se je tudi tu treba omejiti na splošna merila vrednotenja, ki izhajajo iz kazenskega zakona. Do materialnega pojma protipravnosti je treba biti zadržan, ker ta izpodjeda načelo zakonitosti. Notranje psihične poteke, ki spremljajo zunanje dogajanje,

27 Glej Jescheck, Weigend, 1996: 429.

28 V nadaljevanju odstavka povzemam po Marxen, 1975: 267 – 268. Eno izmed vprašanj, ki zanima Marxna, pa tudi nekatere druge nemške avtorje, je, koliko idejnih nastavkov, razvitih v nacionalsocialističnem času, se je ohranilo v današnjem kazenskem pravu. Med novejšimi razpravami na to temo velja opozoriti na disertacijo Kaya Wagnerja *NS-Ideologie im heutigen Strafrecht*.

29 Prim. Wagner, 2002: 123.

je treba upoštevati šele na ravni krivde; pri tem se je treba omejiti izključno na ugotavljanje in vrednotenje neposrednega storilčevega odnosa do dejanja. Krivda mora imeti po avtorjevem mnenju zgolj korekcijsko funkcijo, poudarek mora ostati na presoji zunanje plati dogajanja.

Zgoraj predstavljeni pogled, ki ga zaznamuje izogibanje vrednostnim preudarkom v splošnem pojmu kaznivega dejanja in naklonjenost reafirmaciji naturalistične Liszt-Belingove dogmatike, v tedanji nemški doktrini kot rečeno ni bil med reprezentativnejšimi, v veliko večji meri pa so se proti vrednostnim prvinam v splošnem pojmu izrekli avtorji nekdanjih socialističnih držav. Tako je na primer uradno stališče sovjetske³⁰, vzhodnonemške³¹, pa tudi poljske³² povojne kazenskopravne doktrine odločno zavračalo normativno pojmovanje krivde. Za ilustracijo naj s citatom iz uvoda k znameniti vzhodnonemški monografiji o krivdi »*Studien zur Schuld*« pokažem, kako kritično so se odzivali tamkajšnji avtorji na normativno pojmovanje krivde: »Konceptov odgovornosti in krivde socialističnega kazenskega prava po našem mnenju ni mogoče predstaviti, ne da bi razkrinkali zlorabo, ki jo v imperialističnem kazenskem pravu imenujejo z besedama 'odgovornost' in 'krivda'. [...] Krivda [tam] ni razumljena kot merljiva, spoznanju dostopna količina, temveč kot iracionalna 'opredelitev' zakonodajalca, na prav tak način pa jo uporablja tudi sodna praksa. Lahko bi bili v skušnjavi ta koncept odpraviti kot idealistično igro z besedami. Vendar je v ozadju te 'opredelitve' veliko več, in sicer napoved in namera, da v sodno dvorano ne bo pripuščena nikakršna debata o krivdi in nedolžnosti.«³³ Na podoben način kot normativno pojmovanje krivde je bilo ostre kritike deležno tudi priznanje normativnih prvin v biti inkriminacije oziroma nauk o normativnih zakonskih znakih.³⁴

Vendarle pa se izkaže, da so kazenskopravne doktrine, ki so se načelno izrekale proti vrednostnim prvinam v splošnem pojmu kaznivega dejanja, številne takšne prvine *de facto* sprejemale. Analiza pokaže, da tudi pogledi sovjetskih in vzhodnonemških avtorjev v svojem bistvu razodevajo psihološko-normativno pojmovanje krivde, čeprav se ti avtorji na načelni ravni opredeljujejo proti normativnim prvinam v krivdi.³⁵

30 Glej npr. Fletcher, 2000: 498 – 499.

31 Zelo značilno npr. Lekschas in Seidel v Lekschas, Seidel, Dettenborn, 1975: 11 – 33.

32 Glej npr. Bavcon, 1959: 28 – 29.

33 Lekschas in Seidel v Lekschas, Seidel, Dettenborn, 1975: 13.

34 Glej npr. stališča sovjetskega kazenskoprnega teoretika Trajnina, 1949: 19 – 20. Prim. stališča vzhodnonemškega kazenskoprnega teoretika Lekschasa, ki jih povzema Singer, 1992: 73.

35 Tako npr. že omenjeni uvod k »*Studien zur Schuld*« skoraj v isti sapi kot zavrne normativno pojmovanje krivde, izpostavi pomen »socialnih vrednostnih meril, norm in pravil obnašanja« za presojo posameznikove kazenske odgovornosti (glej Lekschas, Seidel, Dettenborn, 1975: 19). Sicer pa stališče, da sta tudi sovjetska in vzhodnonemška doktrina *de facto* sprejemali psihološko-normativno pojmovanje krivde, utemeljujejo tudi: Bavcon v Bavcon, Šelih, 1978: 188 (za vzhodnonemško kazensko pravo), Novoselec, 1985: 116 – 119 (za sovjetsko kazensko pravo) in Singer, 1992: 100 (za vzhodnonemško kazensko pravo).

Da je bilo stališče, ki je načelno zavračalo vrednostne preudarke v dogmatiki splošnega pojma kaznivega dejanja, nedosledno, še bolj nazorno pokaže koncept »družbene nevarnosti«, ki je imel v kazensko-pravnih doktrinah socialističnih držav pomembno vlogo in je bil včasih obravnavan celo kot samostojni element kaznivega dejanja.³⁶ Mar ni vrednotenje »družbene nevarnosti« znotraj splošnega pojma kaznivega dejanja njegova vrednostna prvina *par excellence*? Če kot ilustrativni primer vzamemo sodbo vzhodnonemškega sodišča, ki oprosti tatu krznenega plašča z obrazložitvijo, da je soproj okradene ženske zdravnik, ki tako ali tako dovolj zasluži,³⁷ je mogoče reči, da imamo opraviti z utemeljevanjem, ki se ga »ne bi sramovala« niti najbolj vrednostno-teleološko naravnana dogmatika. Ne more biti torej sporno, da kljub deklarativnemu zavračanju »reakcionarnega« novokanotvskega vrednostnega razmišljanja v kazensko-pravni dogmatiki, tudi kazensko-pravne doktrine socialističnih držav ves čas bolj ali manj očitno uporabljajo vrednostne koncepcije. Bolj kot opisano neskladje samo, pa je zanimivo, da sovjetska doktrina celo pred letom 1958 nastopi proti vrednostnim preudarkom v kazensko-pravni dogmatiki z argumentom, da bi ti omogočali pretirano diskrecijo sodišč in s tem onemogočali enako obravnavanje in zakonitost³⁸. Argument zakonitosti je bil torej uporabljen še v času, ko je bil v sovjetskem kazenskem pravu na podlagi analogije mogoč kazenski pregon za dejanja, ki niso bila inkriminirana.

V doktrini nekdanje SFRJ vrednostne koncepcije v kazensko-pravni dogmatiki niso naletele na tako ostro načelno zavračanje. Za razliko od avtorjev v bolj »ortodoksnih« socialističnih pravni sistemih se številni jugoslovanski avtorji na primer povsem izrecno opredelijo za psihološko-normativno pojmovanje krivde.³⁹

Opozoriti pa velja na poseben impulz, ki so ga v delu nekdanje jugoslovanske doktrine konec šestdesetih let sprožili nauki gibanja za novo družbeno obrambo⁴⁰. Za te nauke je bilo med drugim značilno, da so želeli kazensko pravo utemeljiti na znanstvenih spoznanjih, vrednostnim sodbam pa, nasprotno, niso pripisovali večjega pomena.⁴¹

36 Glej analizo položaja koncepta družbene nevarnosti v sovjetskem splošnem pojmu kaznivega dejanja v F.-C. Schroeder, 1985: 1251– 1253.

37 Navedba v Fabjančič, 1985: 360.

38 To je bil ključni argument, s katerim je bil zavrnjen predlog sovjetskega teoretika Utevskega, da naj sovjetsko kazensko pravo sprejme normativno pojmovanje krivde – glej Fletcher, 2000: 498 – 503 ter Kelina, 1987: 455 – 459.

39 Glej npr. S. Frank, 1955: 49, Radovanović, 1966: 217 – 218, Bačić, 1978: 233, Bavcon v Bavcon, Šelih, 1978: 188

40 Zaokrožen pregled idejnih nastavkov gibanja za novo družbeno obrambo je na voljo npr. v Ancel, 1991 (posthumno izdani prevod avtorjevega dela iz 1985. leta v srbski jezik).

41 Zanimivo je, da nauki gibanja za novo družbeno obrambo, čeprav se v veliki meri distancirajo od vrednostnih koncepcij, v kazensko-pravnih doktrinah »trših« socialističnih držav sprva vendarle niso uživali posebne podpore. Lekschas in Seidel (v Lekschas, Seidel, Dettenborn, 1975: 14 – 15) o njih pravita tole: »Še posebej v zadnjih letih se je v vodilnih imperialističnih državah razširila tako imenovana nova družbeno obramba. Ta je najprej nastala kot neke vrste odziv na neuspeh h katoliški moralni teologiji usmerjenih teorij maščevanja. Na iracionalne teorije krivde je bilo odgovorjeno z zanikanjem obstoja krivde. [...] S tem so odpadla vsa trdna pravila; kar je ostalo je

Toda tudi pristaši tega pogleda v nekdanji jugoslovanski doktrini niso v celoti odrekli veljave vrednostnim preudarkom v kazenskem pravu. Tako na primer 1970. leta Bavcon, ki so ga pogledi gibanja za novo družbeno obrambo sicer navdušili, piše: »[...] ne zanikamo pomena vrednostnih sodb in moralnih vrednotenj, ki se jim kazensko pravo tudi ne more odreči. Poskušamo samo uveljaviti v večji meri znanstvene metode in kriterije na tem področju in spraviti doslej prevladujoče vrednostne (iracionalne in emocionalne) kriterije v okvire, ki jim gredo spričo sodobne stopnje razvitosti kriminoloških in znanstvenih spoznanj.«⁴²

Kljub temu da se nekdanja jugoslovanska teorija kazenskega prava ni tako drastično izrekla proti vrednostnemu načinu razmišljanja v kazenskopravni dogmatiki, kot se je to zgodilo na primer v sovjetski ali pa vzhodnonemški doktrini, pa je njena dogmatika splošnega pojma kaznivega dejanja v mnogih pogledih ostala precej naturalistična in v tem smislu podobna klasični dogmatiki iz časa von Liszta in Belinga. To velja predvsem za pojmovanje ravnanja, za presojo pripisljivosti posledice storilčevemu ravnanju, razmejitev biti inkriminacije in protipravnosti, nekateri jugoslovanski avtorji pa so sprejemali tudi čisto psihološko pojmovanje krivde, po katerem se vsebina krivde z naklepom in malomarnostjo izčrpa⁴³.

2.6. Novejši trendi: normativno-teleološko utemeljeni splošni pojem kaznivega dejanja

V sedemdesetih letih prejšnjega stoletja se v nemškem pravnem prostoru začne razvijati nova smer, ki si prizadeva razviti funkcionalno in normativno-teleološko naravnano kazenskopravno dogmatiko.⁴⁴ Skupni imenovalec teh prizadevanj je uskladiti kazenskoravno dogmatiko s kriminalitetnopolitičnimi cilji. Če je von Liszt v kazenskem pravu videl neprekoračljivo pregrado kriminalitetni politiki, želi ta smer, nasprotno, predpostavke kaznivosti utemeljiti predvsem s pomočjo ciljev, ki naj jih zasleduje kazensko pravo. V določenem smislu gre pri tem za revitalizacijo pogledov neoklasične dogmatike, saj želijo predstavniki te nove smeri težišče meril splošnega pojma kaznivega dejanja utemeljiti predvsem z ozirom na smotre in vrednote, ki naj jih zasleduje kazensko pravo. Tako osrednji predstavnik te smeri, Claus Roxin⁴⁵, zase pravi, da poskuša »[...] novokantovske (in novoheglovske) nastavke medvojnega obdobja, ki so v neoklasičnem sistemu prišli do premajhnega razmaha, v nacističnem

bila čista samovoljnost. Razumljivo je, da se takšno psevdopravo, ki je dostopno vsakršni demagogiji, ni moglo uveljaviti.«

42 Bavcon, 1970: 22.

43 Tako npr. Srzentić, Stajić, 1966: 134.

44 Kot pionirsko delo, ki utre pot tej novi smeri, šteje Roxinova knjiga *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* iz 1970. leta.

45 Roxin, 1997: 155.

času pa so bili zadušeni, izpopolniti in jih razvijati v vsebinsko novi obliki.« Njihovo izpopolnitev in razvoj vidi avtor predvsem v tem, da bi »na mesto nekoliko nejasne novokantovske naravnosti na kulturne vrednote« stopila bolj specifično kazenskopravna merila in sicer »kriminalitetno politične podlage sodobnega nauka o namenu kaznovanja«.

Ta pogled prinaša bistvene spremembe zlasti na področju izpolnjenosti biti inkriminacije in krivde. Na področju izpolnjenosti biti inkriminacije želi teleološko naravnana dogmatika naravoslovno kategorijo vzročnosti dopolniti s premislekom o tem, ali je mogoče nastalo posledico tudi v vrednostnem smislu šteti za storilčevo delo (nauk o objektivni pripisljivosti). Čeprav so nekatere posameznosti nauka o objektivni pripisljivosti še sporne, je načelna ideja o dodatnih vrednostnih merilih, ki morajo biti izpolnjena poleg naravoslovno pojmovane vzročnosti, danes tako rekoč splošno sprejeta.

Na področju krivde se teleološko naravnani pogledi razlikujejo, skupno pa jim je prepričanje, da mora biti presoja krivde odvisna tudi od tega, ali je v posamičnem primeru podana (specialno- ali generalnopreventivna) potreba po kaznovanju storilca. V tem oziru je najbolj znan Roxin⁴⁶ poskus uvedbe pojma »odgovornosti« (*Verantwortlichkeit*) kot tretjega elementa kaznivega dejanja, ki naj kot višji skupni pojem zaobseže krivdo in preventivno potrebo po kaznovanju. Krivda je po avtorjevem mnenju nujen, ne pa tudi zadosten pogoj za kaznovanje: možni so namreč primeri, ko storilec ravna protipravno in krivdo, vendarle pa ni potrebe, da bi ga kaznovali.

Zgoraj predstavljena kazenskopravna smer, ki si prizadeva ustvariti »sozvočje« med kazenskopravno dogmatiko in cilji kriminalitetne politike in ki jo nekateri zaradi provenience njenega glavnega utemeljitelja imenujejo tudi »münchenska šola«, si je pridobila razmeroma veliko privržencev tudi zunaj Nemčije⁴⁷, medtem ko nekateri nemški avtorji do nje ostajajo deloma zadržani. Kot že rečeno, so temeljni nastavki nauka o objektivni pripisljivosti v nemški kazenskopravni doktrini splošno sprejeti, bistveno manj podpore pa uživa funkcionalistično pojmovanje krivde. Osrednji pomislek proti takšnemu pojmovanju krivde je, da je pretirano utilitaristično: krivdo vidi predvsem še kot zgornjo mejo kazni, ki se odmerja izključno na podlagi generalno- in specialnopreventivnih smotrov, ob tem pa zanemarja krivdo kot moralni temelj kazni.⁴⁸ Poleg tega pa se zdi nekaterim avtorjem vprašljivo, ali je sploh mogoče racionalno ugotoviti, kateri je v posameznem primeru tisti obseg kazni, ki ga zahtevajo generalnopreventivni smotri.⁴⁹

46 Roxin, 1997: 724 – 725.

47 Glej zlasti prispevke v zbornikih Gimbernat, Schönemann, Wolter (ur.): Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte in Schönemann, Dias (ur.): Bausteine des europäischen Strafrechts.

48 Jescheck, Weigend, 1996: 215. Prim. Novoselec, 1985: 74 – 78.

49 Jescheck, Weigend, 1996: 215.

Z vidika tukaj obravnavane problematike je najbolj zanimiva lastnost tega novega vala normativno zaznamovane dogmatike brisanje trdne meje med dogmatiko in kriminalitetno politiko ter utemeljevanje posameznih doktrinarnih rešitev z vrednostnimi sodbami, za katere ni nujno, da imajo neposredno oporo v pozitivnem pravu. Kot primer je mogoče navesti Roxinovo stališče v zvezi s prekoračenim silobranom, da mora biti nekaznivo tudi ravnanje storilca, katerega obramba zaradi zmedenosti ali prestrašenosti ni izpolnila pogoja istočasnosti z napadom, saj v tem primeru kaznovanje ni preventivno potrebno.⁵⁰

Pomislek, ki ga lahko budi utemeljevanje rešitev na vrednostnih sodbah, ki nimajo neposrednega zaledja v zakonu, je, da takšen pristop potencialno ustvarja pogoje za nepredvidljivo in samovoljno odločanje kazenskega pravosodja. Roxin v svojem najnovejšem pledoajeju normativno zaznamovani dogmatiki⁵¹ na navedeni pomislek odgovarja, da uporabnik prava seveda ne sme biti prepuščen temu, da uveljavlja poljubna vrednostna stališča, temveč mora slediti kriminalitenopolitičnim ciljem, ki jih je mogoče razbrati iz pravnega reda, v prvi vrsti iz kazenskega zakonika.⁵² Avtorju se takšno brisanje meja med dogmatiko in kriminalitetno politiko ne zdi sporno in meni, da: »[...] mora kazenskopravna znanost dodelati in do podrobnosti konkretizirati kriminalitenopolitične odločitve zakonodajalca, ki so v zakon seveda lahko vgrajene le kot zelo splošne direktive. Kazenskopravni dogmatik je torej kriminalitenopolitični izpolnitveni pomočnik zakonodajalca, ki mora razvijati njegove vodilne idejne nastavke, pri čemer lahko pride do spoznanj, ki ustrezajo namenom zakonodajalca, ne da bi se ta teh spoznaj že zavedal. Zakonu zvesto in ustvarjalno kriminalitenopolitično-dogmatično delo drug drugega torej nikakor ne izključujeta.«⁵³

Vendarle pa je treba imeti pred očmi, da lahko vsakokratni zakonodajalec izhaja iz takšnih ali drugačnih kriminalitenopolitičnih izhodišč, ta so lahko tudi nesorazmerno represivna, nedemokratična ali celo avtoritarna. Naj dogmatik zvesto razvija in nadgrajuje tudi takšne kriminalitenopolitične nastavke? Roxin⁵⁴ kot obrambo pred tovrstnimi državnimi ekscesi ponudi »vztrajanje na neomajnih človekovih pravicah in svoboščinah, kot so se – vsaj teoretično – uveljavile v številnih delih sveta«. Tam, kjer so bile temeljne človekove pravice in svoboščine prevzete v ustavo (avtor izpostavi Nemčijo), mora biti po avtorjevem mnenju njihovo spoštovanje in učinkovito uveljavljanje zavezujoče za vsako kazenskopravno dogmatiko, ki uporablja argumente kriminalitetne politike.

Vežanost na z ustavo zagotovljene pravice in svoboščine je nedvomno pomemben branik pred potencialnimi zlorabami normativno zaznamovane dogmatike. Ne kaže pa spregledati, da gre pri ustavnih določbah za najbolj temeljne standarde, iz katerih je

50 Podrobneje glej Roxin, 2003 a): 430.

51 Gre za sestavek *Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik*, objavljen leta 2003.

52 Roxin, 2003 a): 429.

53 Roxin, 2003 a): 431 – 432.

54 Roxin, 2003 a): 431.

včasih težko enoznačno izpeljati odgovore na pogosto tudi zelo specifična vprašanja, ki se odpirajo v kazenskopravni dogmatiki. Glede na to se kaže kot potrebno in smiselno izoblikovati še bolj eksplicitne omejitve, kadar gre za uporabo vrednostnih sodb, ki nimajo neposrednega zaledja v pozitivnem pravu. Zlasti bi se kazalo povsem decidirano opredeliti za to, da takšne sodbe nikdar ne morejo delovati v škodo potencialnega obdolženca.

2.7. Normativni nastavki v novejši slovenski dogmatiki

Podobno kot je bilo zgoraj pokazano že za doktrino nekdanje SFRJ na splošno, tudi za slovensko doktrino v tistem obdobju velja, da sicer v dokajšnji meri sledi empiristično naravnanim rešitvam, značilnim za t.i. klasični pojem kaznivega dejanja, vendarle pa ne zavrača tako ostro vrednostnih koncepcij v kazenskopravni dogmatiki, kot je bilo to sicer značilno za nekatere »vzhodne« avtorje.⁵⁵

V novejšem obdobju (sem štejem obdobje zadnjih petnajstih let) je mogoče v slovenski doktrini kazenskega prava prepoznati nekaj značilnih premikov na področju normativnih prvin v strukturi kaznivega dejanja. Med najpomembnejšimi je mogoče izpostaviti naslednje:

1. Uvedbo psihološko-normativne koncepcije krivde tudi na pozitivnopravni ravni z novim slovenskim KZ iz leta 1994. Ta sprememba na doktrinarni ravni sicer ne pomeni radikalnih zasukov, saj je doktrina že precej časa prej zagovarjala takšno koncepcijo krivde.⁵⁶ Vendarle pa ta sprememba KZ pomeni vzpodbudo za ponovni razmislek o nekaterih temeljnih vprašanjih, povezanih z normativnim pojmovanjem krivde, kot na primer o vlogi zavesti o protipravnosti v okviru krivde⁵⁷, o potrebi po institutu skrajne sile, ki bi izključeval krivdo⁵⁸, pa tudi o smiselnosti ohranjanja koncepta kazenske odgovornosti kot višjega skupnega pojma za prištevnost in krivdo⁵⁹.

55 Ilustrativno je na primer, da je Bavcon leta 1959 na mednarodnem kongresu o problemih kazenske odgovornosti v Strasbourgu nastopil z referatom, v katerem je zavrnil stališča, ki so terjala opustitev nekaterih »mističnih« (v bistvu: vrednostnih) pojmov v kazenskem pravu. Glej Bavcon, 1959: 29.

56 Glej npr. Bavcon v Bavcon, Šelih, 1978: 188.

57 Med pomembnejšimi spremembami doktrine na tem področju velja izpostaviti, da se Bavcon opredeli za to, da je zavest o protipravnosti samostojna sestavina krivde, in tako opusti svoje starejše stališče, ki je zavest o protipravnosti videlo kot sestavni del naklepa – glej Bavcon, 2005: V – VI.

58 Korošec, 1994 b).

59 Bele, 2001: 138

2. Začetek doktrinarnih ukvarjanj s konceptom objektivne pripisljivosti. Leta 2000 Korošec v članku *Vidnejše posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj* obravnava tudi ugotovitev, da »naravoslovne vzročne zveze pri opustitvah sploh ne more biti« in opozarja, da »je vzročnost pri opustitvah kvečjemu neke vrste kazenskopravna pripisljivost«, ki je »[...] zaradi svojega vrednostnega pristopa še najbližja teoriji o adekvatni vzročnosti«⁶⁰. Kasneje tudi nova izdaja učbenika Bavcona in Šelihove s sodelavci v poglavju o vzročni zvezi splošno obravnava objektivno pripisljivost določene posledice storilčevemu ravnanju, ki jo je treba kot »večplastni pravni standard« razlikovati od »objektivne naravoslovne vzročnosti«.⁶¹
3. Posamezne doktrinarne prispevke na temo vrednostnih meril pri pripisovanju posledice storilčevemu ravnanju⁶², na temo protipravnosti⁶³ ter na temo zavesti o protipravnosti v okviru psihološko-normativno strukturirane krivde⁶⁴.

Če se ozremo na zgoraj očitani razvoj zadnjih petnajstih let, se kot nadaljnje doktrinarne naloge na področju normativnih prvin v zgradbi kaznivega dejanja kažejo predvsem:

1. Poskus nadrobnejše opredelitve kazenskoprnega pojma ravnanja, tako da bi ta lahko kot višji skupni pojem prepričljivo zaobsegel storitve in opustitve – dve različni pojavniki obliki človekovega vedènja, katerih skupnih lastnosti, kot kaže, ni mogoče opredeliti na ravni empirije, temveč šele s pomočjo vrednostnih meril.
2. Nadrobnejša obravnava problematike normativnih zakonskih znakov, zlasti vprašanj zavestne sestavine naklepa in razmejitve zmote o biti inkriminacije (dejanske zmote v ožjem smislu) od zmote o protipravnosti (pravne zmote).
3. Nadrobnejša razčlenitev meril objektivne pripisljivosti, zlasti pa razrešitev nejasnosti, ki lahko nastanejo ob vzporedni uporabi konceptov objektivne pripisljivosti, adekvatne vzročnosti in naukov o prekinitvi vzročnosti.
4. Zavzetje stališč do pri nas še odprtih vprašanj protipravnosti, še posebej do morebitnih izjem od načela enotnosti pravnega reda in do koncepta »prava prostega prostora«, kot ga razvijajo nekateri nemški avtorji.
5. Nadrobnejša razčlenitev posameznih normativnih prvin znotraj krivde.

60 Korošec, 2000: 189.

61 Glej Bavcon, Šelih, [...], 2003: 184.

62 Dežman, 1996 a): 103 – 135.

63 Zlasti Korošec, 1994, 1994 a) in Korošec v Korošec, Ambrož, Filipčič, Bavcon, 2004: 101 – 115.

64 Jakulin, 2000. Dežman, 1996.

3. O metodah in ciljih

Prispevek k reševanju zgoraj opredeljenih problemov bo skušala dati tudi pričujoča monografija, v kateri želim sistematično obravnavati značilna mesta v strukturi kaznivega dejanja, na katera potencialno stopajo vrednostni preudarki. Pri tem bom izhajal iz slovenskega pravnega reda oziroma iz strukture kaznivega dejanja, kot jo razvija slovenska kazenskopravna doktrina. Pri obravnavi posameznih institutov bom kratko predstavil razvoj instituta v zgodovinski perspektivi, vendar le v tolikšni meri, kolikor je to nujno potrebno za celovito razumevanje instituta in njegovo korektno analizo. Zgodovinsko metodo bom torej uporabljal kot pomožno metodo, v ospredju pa bosta analitična in primerjalna metoda.

Samo po sebi umevno je, da analiza ne more biti omejena zgolj na razčlenjevanje določb pozitivnega prava, temveč bo v prvi vrsti usmerjena v doktrinarne rešitve, ki te določbe vsebinsko napolnjujejo, dopolnjujejo in predlagajo njihove spremembe, hkrati pa bo skušala zaobseči tudi najbolj reprezentativne rešitve iz dostopne sodne prakse.

Kot referenčni sistem za primerjavo bom uporabil predvsem nemško kazenskopravno doktrino, saj so v njej vprašanja, ki me zanimajo tukaj, primerjalno gledano, zelo obsežno obravnavana.

Opozoriti je treba, da »nemška kazenskopravna dogmatika« kot referenčni sistem za primerjavo seveda še zdaleč ni poenoten sistem, ki bi vselej ponujal rešitve, o katerih bi obstajalo pretežno soglasje. Nasprotno, velika večina rešitev je vsaj do neke mere spornih. Zato bom skušal v največji, v okviru danega obsega še razumni meri, opozarjati tudi na reprezentativna in včasih tudi manj reprezentativna nasprotna stališča. Nadalje se mi zdi v okviru primerjave z izbranim referenčnim sistemom še posebej pomembno, da ne bi spričo dominantnega položaja, ki ga ima v kontinentalnem pravnem prostoru nemška kazenskopravna misel, prišlo do odpovedi vsakršni kritičnosti. Bogata tradicija nemške kazenskopravne dogmatike z vso nazornostjo razodeva tudi stranpoti te dogmatike in nikakršnega jamstva nimamo, da ne bo nekoč katera izmed rešitev, ki danes uživa status »vladajočega nauka«, pojmovana kot stranpot v razvoju. V okviru primerjave je treba ustrezno upoštevati tudi, da strogo sistemsko mišljenje, kot osrednja značilnost nemške kazenskopravne dogmatike, poleg številnih odlik s seboj prinaša tudi pomanjkljivosti, zlasti nevarnost zdrsa v neživljenjsko doktrinarstvo, kar nenazadnje priznavajo tudi nemški avtorji⁶⁵.

V svoji raziskavi se bom omejil zgolj na najožje jedro kaznivega dejanja: storitveni delikt brez problematike udeležbe in poskusa.⁶⁶ Problematiki opustitvenih kaznivih dejanj se sicer ne bo mogoče v celoti izogniti, vendar pa ta ne bo obravnavana

65 Glej npr. Roxin, 1997: 161 – 166.

66 Iz raziskave bo torej izvzeta problematika, ki jo v nemškem pravnem prostoru imenujejo »posebne pojavne oblike kaznivega dejanja«, kamor praviloma uvrščajo problematiko udeležbe, poskusa in opustitvenih kaznivih dejanj.

samostojno, temveč integralno, znotraj tistih problemskih sklopov, kjer so posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj povzročile nadomestitev oziroma dopolnitev empiristično naravnanih meril z vrednostno utemeljenimi merili (zlasti problemska sklopa ravnanja in pripisljivosti posledice). Nadaljnja omejitev raziskave bo, da se bo ta v okviru poglavja o protipravnosti osredotočila le na nekatere, z vidika izbrane teme najpomembnejše značilnosti sodbe o protipravnosti, ne bo pa mogoče obravnavati širokega področja, ki ga predstavljajo posamezni razlogi izključitve protipravnosti.

Kljub zgoraj navedenim omejitvam raziskava ostaja razmeroma široko zastavljena. Ne glede na to pa seveda ni mogoče izključiti možnosti, da se bo bralcu kateri izmed v monografiji obravnavanih problemov še vedno utegnil zdeti preveč specifičen, da bi lahko bil pomemben z vidika vsakodnevnega pravosodnega odločanja. V zvezi s tem lahko sebi v bran uporabim le oguljeni argument, da je ena od nalog teoretičnega razpravljanja poiskati tudi rešitve za tiste problemske situacije, ki se v vsakdanjem življenju pojavljajo razmeroma redko.

V monografiji ne želim zgolj splošno razpravljati o pomenu normativnega mišljenja za kazenskopravno dogmatiko, temveč mi gre veliko bolj za to, da skozi obravnavo konkretnih vprašanj zavzamem stališča do značilnih spornih mest v kazenskopravni dogmatiki, povezanih z vrednostno presojo. Predstavljene rešitve bodo, upam, skromen prispevek k slovenski kazenskopravni doktrini na zadevnem področju, nekatere izmed njih pa nemara tudi vzpodbuda »zakonodajalcu« ob morebitnem spreminjanju KZ (čeprav je delo v prvi vrsti naravnano »interpretativno« in ne »reformistično«⁶⁷). Tako kot si skoraj vsak snovalec želi, da bi bil njegov izdelek (tudi) uporaben, pa si seveda tudi sam želim, da si bo katera izmed predstavljenih rešitev utrla pot v sodno prakso.

67 Bežen pregled domačih pravnih monografij utegne ustvariti vtis, da mora delo, če želi biti kolikor toliko »aktualno«, vsebovati vsaj kakšen predlog »*de lege ferenda*«. Pod takšnim vtisom se je vsekakor težko že v uvodu absolutno odpovedati kakršnim koli predlogom zakonodajnih sprememb.

II. RAVNANJE

1. Uvodna opomba: zakaj se ukvarjati s pojmom ravnanja?

Pojem ravnanja predstavlja temelj splošnega pojma kaznivega dejanja. Ko rešujemo vprašanja izpolnjenosti biti inkriminacije, protipravnosti in krivde, ne moremo mimo ravnanja: edino ravnanje lahko izpolni bit inkriminacije, ravnanje je tisto, ki mora biti protipravno⁶⁸, in ravnanje je tisto, ki mora biti krivdno. Tej podlagi, na kateri počiva celotna deliktna zgradba, kazenskopravna doktrina pripisuje več funkcij.

Najprej mora pojem ravnanja kot višji skupni pojem zaobseči vse pojavne oblike kazenskopravno relevantnega vedènja: tako naklepna kot malomarna dejanja, tako storitve kot opustitve. Za to funkcijo se je v teoriji ustalilo poimenovanje funkcija »temeljnega elementa«⁶⁹ oziroma »klasifikacijska funkcija«⁷⁰. Nadalje mora pojem ravnanja povezovati elemente splošnega pojma kaznivega dejanja (služiti kot podlaga, na katero se pripnejo bit inkriminacije, protipravnost in krivda), pri čemer pa mora v odnosu do njih ostati vrednostno nevtralen: ne sme temeljiti na vrednostnih sodbah, ki naj bi jih ugotovitve o izpolnjeni biti inkriminacije, protipravnosti in krivdi nanj šele navezale. S tem v zvezi teorija govori o funkciji »povezovalnega elementa«⁷¹ oziroma »definijski funkciji«⁷². Končno pa mora pojem ravnanja služiti tudi temu, da že na samem začetku izloči vsa človeška vedènja, ki ne pridejo v poštev za kazenskopravno presojo: gole misli in prepričanja, gibe pod vplivom absolutne sile, gibe, ki jih sprožijo krči, refleksne gibe, gibe v nezavestnem stanju ipd. Slednjo funkcijo teorija imenuje

68 S tem ko govorim o protipravnosti ravnanja, seveda ne želim zmanjševati pomena *neprava posledice*; posebej ga ne omenjam zato, ker se osredotočam na funkcije ravnanja.

69 Tako npr. Roxin, 1997: 184.

70 Tako npr. Jescheck, Weigend, 1996: 219.

71 Tako npr. Roxin, 1997: 184.

72 Tako npr. Jescheck, Weigend, 1996: 219.

funkcija »razmejitvenega elementa«⁷³ oziroma kar »razmejitvena funkcija«⁷⁴. Če prvi dve funkciji pojma ravnanja ustvarjata zlasti nekakšno »teoretsko okostje«, ki omogoča, da lahko splošni pojem kaznivega dejanja obstaja kot celota (in ne razpade bodisi v množstvo pojavnih oblik različnih kaznivih dejanj bodisi na posamezne elemente), pa ima slednja, razmejitvena funkcija, tudi pomemben praktičen pomen, s tem ko že na najbolj elementarni ravni izloča zadeve, ki v kazensko pravo ne sodijo.

Po opredelitvi funkcij, ki (naj) jih opravlja pojem ravnanja, se je treba vprašati, kam ga sistemsko umestiti. Pri tem gre zlasti za dilemo, ali ravnanje obravnavati kot popolnoma samostojen element splošnega pojma kaznivega dejanja ali pa ga integrirati v element izpolnjenosti biti inkriminacije. Glede na to, da je ravnanje podlaga za vsa nadaljnja kazenskopravna vrednotenja (in ne samo vprašanje biti inkriminacije), je ustrezneje, da ga obravnavamo samostojno in ga ne zlijemo z bitjo inkriminacije. Ravnanje je torej mogoče šteti za »samostojno sistemsko kategorijo«, ki pa se bistveno razlikuje od preostalih sistemskih kategorij: izpolnjenost biti inkriminacije, protipravnost in krivda so *lastnosti*, ravnanje pa je *nosilec teh lastnosti*. Zato kljub samostojnosti ravnanja običajno govorimo o tridelni strukturi splošnega pojma kaznivega dejanja: s tem so mišljene tri lastnosti, ki jih ravnanju kot njihovemu nosilcu pripišemo.

Opredeliti pojem ravnanja tako, da bo lahko zadovoljivo opravljal vse naštetje funkcije hkrati, vsekakor ni enostavno, reči je mogoče celo, da do danes še ni bil razvit pojem ravnanja, ki bi mu to v celoti uspelo. V tem smislu odsotnost enotnega koncepta ravnanja ne preseneča, razumeti pa je mogoče tudi resignirana stališča, da se glede problematike pojma ravnanja ne kaže več pripraviti, češ da po eni strani ni videti možnosti za enoten pojem ravnanja ter da so po drugi strani praktične razsežnosti spornih vprašanj razmeroma majhne. Vendarle pa se zdi v okviru dela, ki razčlenjuje normativne prvine v zgradbi kaznivega dejanja, smiselno vsaj v grobih črtah obravnavati tudi razvoj pojma ravnanja: ta razvoj je namreč po eni strani zaznamovan z neuspešnimi poskusi enotnost pojma ravnanja utemeljiti izključno z empiričnimi merili (voljnost, kavzalnost, finalnost), po drugi strani pa s težavami, ki mu jih je prinesla uvedba normativnih meril (zlasti izguba vrednostne nevtralnosti v razmerju do drugih elementov splošnega pojma kaznivega dejanja).

73 Tako npr. Roxin, 1997: 185.

74 Tako npr. Jescheck, Weigend, 1996: 219.

2. Skica razvoja

Za utemeljitelje pojma ravnanja v doktrini kazenskega prava veljajo Hegel in njegovi nasledniki (zlasti Abegg, Köstlin, Berner in Hälschner)⁷⁵, katerim pripisujejo zasluge za to, da so »pojem ravnanja, ki je [poprej] brez imena in oblike taval po [kazenskopravnem] sistemu, pripeljali do materializacije«⁷⁶. Osrednja konstitutivna lastnost hegelianskega pojma ravnanja je storilčeva voljna uresničitev prepovedane posledice⁷⁷, kar z drugimi besedami pomeni, da je ta pojem ravnanja lahko zaobsegel le naklepna dejanja. Nadaljnja značilnost hegelianskega pojma ravnanja pa je, da se celoten pojem kaznivega dejanja, glede na takrat še ne diferencirano strukturo splošnega pojma kaznivega dejanja, pravzaprav zgošča v ravnanju. Tako leta 1857 Berner eksplicitno izhaja iz enodelne strukture »splošnega pojma kaznivega dejanja«, ko pravi, da je vse, kar lahko o kaznivem dejanju povemo poleg tega, da gre za ravnanje, zgolj skupek lastnosti, ki jih ravnanju kot njihovem nosilcu pripišemo.⁷⁸

Nesporna zasluga Hegla in njegovih naslednikov je identifikacija pojma ravnanja in čvrsta ugnezditev v kazenskopravno sistematično. Glede na nadaljnjo diferenciacijo strukture kaznivega dejanja pa je bilo neizbežno, da je takšen »preobloženi« objektivno-subjektivni pojem ravnanja, ki je obsegal tako rekoč vse predpostavke kaznivosti, moral odstopiti mesto manj ambiciozno zastavljenemu pojmu.

Naturalistični pojem ravnanja (zanj se uporabljata tudi poimenovanji naravni in kavzalni), ki je pod vplivom naturalistične filozofije in pozitivizma nastal konec 19. stoletja, ni več zahteval voljnosti v odnosu do posledice kot enega izmed nujnih elementov, temveč se je zadovoljil z voljnostjo ravnanja samega. Za obstoj ravnanja torej ni (več) bistveno, da je storilčeva volja usmerjena v nastanek določene (prepovedane) posledice (z drugimi besedami: vsebina storilčeve volje je na ravni proučevanja obstoja ravnanja povsem irelevantna), zadostuje že, da do ravnanja pride zaradi impulza volje (ne glede na to, kam je ta usmerjena). Tako je bil v skladu z Liszt-Belingovo dogmatiko, ki jo je zaznamovala stroga delitev elementov kaznivega dejanja na objektivne (ravnanje, bit inkriminacije, protipravnost) in subjektivne (krivda), pojem ravnanja v celoti objektivno strukturiran, vprašanje vsebine storilčeve volje pa je pripadlo izključno vprašanju krivde. Ravnanje von Liszt opredeli kot »s človekovo voljo povzročeno spremembo v zunanjem svetu«⁷⁹, kasneje pa, upoštevajoč dejstvo, da

75 Za strnjene prikaze razvoja hegelianskega (oziroma t.i. predklasičnega) pojma ravnanja glej npr. Welzel, 1969: 38 – 39; Singer, 1992: 15 – 25 in Roxin, 1997: 185 – 187.

76 Radbruch, navedba v Singer, 1992: 15.

77 Iz podobnega izhodišča izhaja koncepcija ravnanja, ki pod imenom finalna teorija ravnanja nastane slabo stoletje kasneje, tudi ta namreč kot ključno značilnost kazenskopravnega pojma ravnanja izpostavi usmerjenost storilčeve volje v določen cilj (posledico).

78 Navedba v Roxin, 1997: 186.

79 Von Liszt, 1891: 128.

opustitev, strogo vzeto, ne more povzročiti ničesar⁸⁰ kot »povzročitev ali nepreprečitev spremembe (posledice) v zunanjem svetu z voljnim vedenjem«⁸¹.

Vendar tudi tako spremenjena opredelitev ravnanja ni mogla v celoti zaobseči opustitev. Tudi če se problemu, ki ga odpira ne-kavzalnost opustitev izognemo tako, da namesto o povzročitvi posledice govorimo o njeni voljni nepreprečitvi, še vedno ne moremo utemeljiti, zakaj naj bi tudi opustitev iz nezavestne malomarnosti šteli za ravnanje: če nekdo ne stori nič za preprečitev posledice, ob tem pa niti ne ve, da posledica grozi, te njegove opustitve ne spremlja nikakršen impulz volje. Če vztrajamo pri tem, da je voljnost tista posebna razlika (*diferentia specifica*), ki ločuje kazenskopravno relevantno ravnanje od celotnega spektra pojavnosti človekovega vedenja, potem se opisanemu zapletu ne da izogniti niti, če rečemo, da je v primeru opustitve iz nezavestne malomarnosti šlo za človekovo vedenje, s katerim je bilo *mogoče* voljno upravljati, saj nerealizirana možnost voljnosti ravnanja (»nekaj, kar bi lahko bilo, pa ni bilo«), seveda ni voljnost.⁸²

Naturalističnemu pojmovanju ravnanja so očitali tudi, da je preveč mehanicistično, oziroma da premalo izraža tisto, kar je v ravnanju značilno človeškega. V zvezi s tem je velik premik v kazenskopravni dogmatiki povzročil Welzel s svojo finalno koncepcijo ravnanja. »Človekovo ravnanje je izvajanje ciljno usmerjene dejavnosti. Ravnanje je zato 'finalno' in ne zgolj 'kavzalno' dogajanje,« zapiše Welzel.⁸³ Finalnost (ciljna usmerjenost) ravnanja temelji na tem, pojasnjuje Welzel⁸⁴, da človek na podlagi poznavanja zakonitosti kavzalnosti predvidi možne posledice svojih dejavnosti, si postavlja raznovrstne cilje in načrtovano usmerja svoje bodoče dejavnosti v smeri teh ciljev. Razlika med finalno dejavnostjo in kavzalnim dogajanjem je torej v tem, da je prva zavestno, k cilju usmerjeno delovanje, medtem ko čisto kavzalno dogajanje ni

80 Vprašanje kavzalnosti opustitev je v doktrini še danes do neke mere sporno. Če za vzročnost zahtevamo izvor energije, ki deluje v zunanjem svetu, potem o vzročnosti pri opustitvah seveda ne moremo govoriti, kajti »iz nič ni nič« oziroma *ex nihilo nihil fit*. Če pa se, nasprotno, zadovoljimo s tem, da za vzročnost zadošča, da sta opustitev in posledica povezana na podlagi določene zakonitosti (npr. zakonitost, da dojenček umre, če ni hranjen), potem je o nekakšni kvazi-vzročnosti nemara mogoče govoriti. Strnjeno o različnih pogledih na kavzalnost opustitev Lampe, 1989: 204 – 205.

81 Von Liszt, 1919: 116.

82 Pobeg v svet potencialnosti je »rešitev«, ki jo kazenskopravni teoretiki pogosto uporabijo, kadar za obstoj določenega elementa splošnega pojma kaznivega dejanja potrebujejo neko empirično danost, ki v določeni skupini primerov ne obstaja. V teh primerih se torej sklicujejo na možnost obstoja takšne empirične danosti (prim. pojem potencialne finalnosti ravnanja, ali pa pojem potencialne zavesti o protipravnosti). Ker se za pojmom »potencialnosti« torej skriva dejstvo, da tistega, kar bi moralo biti, preprosto ni, problem seveda s samim sklicevanjem na »potencialnost« (ne da bi spremenili tudi merila, ki morajo biti izpolnjena za obstoj določenega elementa kaznivega dejanja) ni rešen.

83 Welzel, 1969: 33. Tukaj se opiram na enajsto izdajo avtorjevega učbenika, opozoriti pa je treba, da je avtor finalno teorijo ravnanja začel razvijati že v tridesetih letih prejšnjega stoletja.

84 V nadaljevanju odstavka povzemam po Welzel, 1969: 33.

usmerjeno k cilju, temveč je naključna rezultanta vsakokratno obstoječih komponent vzročnosti. Finalnost je zato »videča«, kavzalnost pa »slepa«, sklene avtor.

Takšno naziranje pomeni seveda znatno prezidavo klasičnega splošnega pojma kaznivega dejanja, ki ga je zaznamovala stroga delitev na objektivne (ravnanje, izpolnjenost biti inkriminacije, protipravnost) in subjektivne elemente (krivda). Če nas sama vsebina storilčeve volje (vprašanje, kaj storilec hoče) zanima že v okviru ravnanja, to z drugimi besedami pomeni, da naklep ne sodi več v krivdo, temveč postane sestavni del ravnanja.⁸⁵ Ta premik finalisti utemeljujejo med drugim z institutom poskusa, ki bi bil neuporabljiv, če bi vprašanje vsebine storilčeve volje res prvič presojali šele v okviru krivde. Da bi lahko ugotovili, za poskus katerega kaznivega dejanja sploh gre, se moramo z vsebino storilčeve volje ukvarjati že bistveno prej: ali je storilec s tem, ko je udaril žrtev, izvršil dokončano kaznivo dejanje lahke telesne poškodbe, poskus hude telesne poškodbe, poskus posilstva ali poskus ropa, je odvisno izključno od njegovega naklepa.⁸⁶

Toda tudi finalnost, kot lastnost človekovega vedènja, ne more biti tista značilna razlika, ki bi lahko prepričljivo utemeljila kazenskopravni pojem ravnanja. Najprej je treba opozoriti, da finalna teorija ravnanja ne nudi skupne podlage storitvenim in opustitvenim deliktom. Ker opustitev v odnosu do posledice ni kavzalna, tudi tisti, ki nekaj opusti, ne more ciljno usmerjati kavzalnega poteka, zato ne ravna finalno.⁸⁷

Poleg tega pa finalna teorija ravnanja ne more nuditi skupne podlage niti vsem storitvenim deliktom. Ne more biti sporno, da posledica, ki jo nekdo povzroči iz nezavestne malomarnosti, ne more biti finalna, temveč je lahko zgolj (če uporabimo Welzlov izraz) »slepo« kavzalna: če A čisti puško, ki se mu nepredvideno sproži, strel pa usmrti B-ja, seveda ni mogoče reči, da je A svojo dejavnost ciljno usmerjal v smrt B-ja. Vendar pa so zagovorniki finalne teorije ravnanja kljub temu z različnimi doktrinarnimi manevri skušali pokazati, da je tudi malomarno ravnanje finalno.⁸⁸ Najbrž najbolj znan poskus v tej smeri je utemeljitev finalnosti malomarnega ravnanja glede na cilj, ki ga je dejansko zasledoval storilec. V zgoraj predstavljenem primeru, ko se pri čiščenju orožja sproži strel, bi torej rekli: sicer res ne gre za finalno »usmrtilveno« dejavnost, gre pa za finalno »čistilno« dejavnost, zato je mogoče šteti, da je pri storilcu ravnanje v finalnem smislu podano. Vendar pa je jasno, da tovrsten cilj storilca ne more biti kazenskopravno relevanten. »Čistilna dejavnost« sama za sebe seveda ne more biti podlaga, na katero bi lahko vezali lastnosti izpolnjenosti biti inkriminacije,

85 Reči je mogoče, da finalna teorija ravnanja pomeni na nek način vrnitev k Heglovemu pojmu ravnanja, seveda s to razliko, da izhaja iz diferencirane zgradbe splošnega pojma kaznivega dejanja in torej ne zgošča vseh predpostavk kaznivosti v ravnanju.

86 Za zgoščen prikaz kritike, ki so jo finalisti naslavljali na Liszt-Belingovo dogmatiko splošnega pojma kaznivega dejanja in na kavzalni pojem ravnanja, glej Welzel, 1969: 39 – 42.

87 To je prvi ugotovil že Welzlov učenec Armin Kaufmann. Sam se pri pregledu pomanjkljivosti finalne teorije ravnanja opiram na analizo v Roxin, 1997: 190 – 194.

88 Za pregled poskusov utemeljitev finalnosti malomarnega ravnanja glej Roxin, 1997: 191 – 194; pregledno o problematiki finalizma in malomarnosti tudi Jakobs, 1992: 24 – 26. Za poseben poskus utemeljiti »nezavestno finalnost« glej Stratenwerth, 1974: 289 – 305.

protipravnosti in krivde⁸⁹; danes je nesporno, da je takšna podlaga lahko le *pomanjkanje skrbnosti* pri opravljanju te dejavnosti. Mogoče pa je celo reči, da poskus poiskati finalnost storilčevega ravnanja pri kaznivih dejanjih iz malomarnosti v kazenskopravno nerelevantnem cilju storilca po svojem bistvu pomeni pravzaprav vrnitev h kavzalnemu pojmu ravnanja, ki so ga finalisti tako odločno kritizirali. Utemeljevanje finalnosti na kazenskopravno nerelevantnem cilju storilca namreč pomeni, da je važno le, da tisti, ki ravna, nekaj hoče, pa naj bo to kar koli že; ali z drugimi besedami: vsebina storilčevega hotenja postane za pojem ravnanja (spet) nepomembna.

3. Uvedba normativnih meril v novejšo koncepcijo ravnanja

3.1. Socialni pojem ravnanja

Noben izmed doslej predstavljenih pojmov ravnanja ni mogel prepričljivo pokazati, kaj je tisto, kar je skupno storitvam in opustitvam, da jih je mogoče povezati v skupni višji pojem ravnanja. Nekateri avtorji so se celo izrecno opredelili, da zaradi strukturnih razlik med storitvami in opustitvami njihova povezava v skupni pojem ni mogoča⁹⁰, drugi pa so se, ne da bi posebej iskali skupni imenovalec med storitvami in opustitvami, zadovoljili z ugotovitvijo, da tudi opustitve pomenijo obliko človekovega vedènja, ki je načelno primerljiva z aktivnimi ravnanjem⁹¹.

Novejše teorije ravnanja skušajo oba navedena pogleda preseči. Po eni strani se ne zadovoljijo s sklepom, da opustitve pomenijo obliko človekovega delovanja, ki jo je treba *pač* šteti za enakovredno aktivnemu ravnanju, s tem ko opozarjajo na jasne in pomembne razlike med storitvami in opustitvami na ontološki ravni (ne-kavzalnost in ne-finalnost opustitev!). Vendar pa se po drugi strani ne odpovedo ambicijam povezovanja storitev in opustitev v skupnem pojmu. Tako skušajo novejše teorije ravnanja poiskati vrednostna merila, na podlagi katerih bi bilo mogoče tisto, kar je na ravni ontološkega nezdružljivo, povezati na normativni ravni: enotnosti pojma ravnanja

89 Povedano v žargonu, ki ga uporabljamo za poimenovanje funkcij kazenskoprnega pojma ravnanja: s tem, ko so finalisti skušali njihov pojem ravnanja razlagati tako, da bi lahko opravljal funkcijo »temeljnega elementa«, so prišli do situacije, ko ni mogel več opravljeti funkcije »povezovalnega elementa«.

90 Na to stališče se je že leta 1904 postavil Radbruch, ko je v zvezi s problematiko storitev in opustitev opozarjal, da imamo opraviti s »pozicijo in negacijo, z A in ne-A«, ter da zato storitev in opustitev ni mogoče umestiti v skupni pojem ravnanja – glej Korošec, 2000: 180.

91 Tako na primer Mezger, 1931: 101.

torej ne utemeljujejo s pomočjo empirično ugotovljivih lastnosti (kakršne so na primer kavzalnost, voljnost in finalnost), temveč na podlagi podobnosti med storitvami in opustitvami v vrednostnem smislu.

Za socialni pojem ravnanja, ki ga v novejši nemški doktrini razvijata Jescheck in Weigend⁹², je značilno, da kot vrednostno merilo, po katerem je storitve in opustitve mogoče povezati v skupni pojem ravnanja, opredeli njihovo *socialno pomembnost*. Ravnanje avtorja opredelita kot »socialno relevantno človekovo vedenje«⁹³, pri čemer za vedenje štejeta »vsak človekov odgovor na prepoznano ali vsaj prepoznavno zahtevo določene situacije z uresničitvijo reakcijske možnosti, ki mu je na razpolago«⁹⁴ ⁹⁵. Vedenje je lahko izvajanje ciljno usmerjene dejavnosti (finalnost), pa tudi nehotena povzročitev posledice (malomarnost). Končno pa je vedenje lahko tudi pasivnost, ki nasprotuje določenemu (ne nujno pravno utemeljenemu) pričakovanju (opustitev).⁹⁶ Tako opredeljeno vedenje mora biti, da ga je mogoče šteti za ravnanje v kazenskoprnem smislu, človekovo (v zvezi s tem avtorja opozorita, da za ravnanje v kazenskoprnem smislu pride v poštev le vedenje posameznika in ne skupin⁹⁷) in socialno relevantno.

Slednje merilo, namreč socialna relevantnost človekovega vedenja, je v konceptiji socialnega pojma ravnanja pomensko najbolj odprto. Njegova širina sicer omogoča uspešno povezovanje vseh pojavnih oblik deliktnega vedenja v skupni pojem ravnanja, vendar pa po drugi strani zaradi omenjene širine to merilo ne more dovolj učinkovito izločati zadev, ki sicer so socialno relevantne, vendar pa nesporno ne spadajo v okvir kazenskoprne presoje (npr. dejanja pod vplivom absolutne sile, refleksi gibi ipd.). Da bi socialni pojem ravnanja lahko uspešno opravljal razmejitveno funkcijo, mora sito

92 Ne glede na to, da se je socialni pojem ravnanja, kot ga razumemo danes, uveljavil šele proti koncu 20. stoletja, mu kaže priznati razmeroma dolgo zgodovino, saj začetki njegovega razvoja segajo še v čas pred finalno teorijo ravnanja. Tako se je že Schmidt zavzel za to, da naj kazensko pravo ravnanja ne obravnava kot fiziološki fenomen, temveč kot fenomen, katerega delovanje je usmerjeno v preoblikovanje socialne resničnosti (Schmidt v Liszt, Schmidt, 1932: 153, glej tudi Schmidt, 1969, v celoti), pristaš socialnega pojma ravnanja pa je bil tudi Maihofer – glej Maihofer, 1971, v celoti.

93 Jescheck, Weigend, 1996: 223.

94 Utegnili bi pomisliti, da je besedna zveza »uresničitev na razpolago stoječe reakcijske možnosti« (*Verwirklichung einer zu Gebote stehenden Reaktionsmöglichkeit*) zgolj bolj učen izraz za tisto, čemur pri nas pravimo »voljnost« (ravnania). Vendar pa razmislek pokaže, da takšno kompliciranje ni povsem brez smisla. Gre namreč za upoštevanje dejstva, da pri opustitvah iz nezavestne malomarnosti ni podan nikakršen voljni impulz, zato avtorja namesto o »voljnosti«, govorita o »reakcijski možnosti, ki je na razpolago«. Podobno govori Rudolphi (SK-Rudolphi, pred § 1, rob. št. 22) o tem, da so lahko predmet pravnega normiranja le tiste oblike vedenja, ki jih obvladuje človekova volja ali pa bi jih ta vsaj *lahko obvladovala* (poudarek moj).

95 Jescheck, Weigend, 1996: 223.

96 V vseh naštetih primerih avtorja kot predpostavko zahtevata, da je imel posameznik sploh možnost upravljati z dogajanjem okrog sebe (*Steuerungsmöglichkeit*).

97 Opozoriti je treba, da gre tukaj za tradicionalni pogled, ki kazensko odgovornost pravnih oseb problematizira že z vidika pojma ravnanja.

za izločanje zadev, ki ne spadajo v kazensko pravo, utemeljiti izven merila socialne relevantnosti. Tako v okviru socialnega pojma ravnanja, ki ga razvijata Jescheck in Weigend, razmejitveno funkcijo opravlja pravzaprav že sam pojem *vedenja*, iz katerega izhajata avtorja, ko opredeljujeta kazenskopravni pojem ravnanja. V tej zvezi se Roxin kritično sprašuje, do katere mere je potem merilo socialne relevantnosti sploh še potrebno, oziroma katera vedenja (»odgovori na socialne situacije«) naj bi zaradi odsotnosti socialne relevantnosti sploh izpadla iz pojma ravnanja.⁹⁸

Nadaljnja težava, ki jo odpira merilo socialne relevantnosti, je, da sta pravno in socialno vrednotenje pogosto prepletene. V večini primerov je vrstni red sicer tak, da je vsebina biti inkriminacijske norme odvisna od določenega socialnega vrednotenja, vendar pa obstajajo tudi primeri, ko je situacija obratna, namreč, da šele bit inkriminacije utemelji socialno relevantnost določenega vedenja. Tako na primer postane opustitev ovadbe kaznivega dejanja socialno relevantna šele na podlagi predpisa, ki inkriminira opustitev ovadbe, saj dolžnosti ovajanja ni mogoče izpeljati neposredno iz zahtev socialne etike.⁹⁹ Socialna teorija ravnanja mora torej v nekaterih primerih izhajati iz opisa kaznivega dejanja in s tem uporabljati merila, ki niso lastna samemu ravnanju, temveč pripadajo atributu, ki ga je treba ravnanju šele pripisati,¹⁰⁰ s čimer krši ideal, da pojem ravnanja ne sme privzemati meril od drugih elementov kaznivega dejanja.

3.2. Personalni pojem ravnanja

Personalna teorija ravnanja¹⁰¹, ki jo v novejši nemški kazenskopravni doktrini razvija Roxin¹⁰², ravnanje opredeljuje kot »vse, kar je mogoče pripisati človeku kot duševno-duhovnemu središču delovanja«, oziroma, krajše, kot vse, kar je »izraz osebnosti«. Gibi v spanju, v napadu krčev ali refleksni gibi z voljo in zavestjo niso obvladljivi, zaradi tega jih ni mogoče pripisati človekovi duhovno-duševni sferi, oziroma jih ni mogoče šteti za izraz *osebnosti*. Po drugi strani pa misli in vzgibi volje seveda pripadajo človekovi duševno-duhovni sferi, vendar pa dokler so zaprti v človekovi notranjosti in niso razvidni navzven, niso *izrazi* osebnosti in zaradi tega tudi ne ravnanja.¹⁰³

98 Roxin, 1997: 195.

99 Primer povzet po Novoselec, 2004: 122.

100 Prim. Novoselec, 2004: 122.

101 Podobno kot pri socialnem pojmu ravnanja, tudi pri personalnem ne gre za popolnoma nov pogled na ravnanje. Najbolj jasno je temelje personalnemu pojmu ravnanja postavil Arthur Kaufmann (1966: 79), ki je ravnanje opredelil kot »objektivacijo osebnosti«.

102 V nadaljevanju odstavka povzemam po Roxin, 1997: 202 (poudarki v kurzivi so njegovi).

103 Že sama opredelitev kaže ne to, da skuša personalni pojem ravnanja jasno opraviti razmejitveno funkcijo (izločitev dogodkov, ki se zgodijo pod vplivom absolutne sile, neobvladljivih gibov, duševnih dogajanj, ki se ne izrazijo navzven, ipd.). Glede na to, da je ta vidik personalnega pojma ravnanja najmanj sporen, ga bolj podrobno posebej ne obravnavam.

Kot pojasnjuje avtor, je personalni pojem ravnanja najprej primeren kot »temeljni element«, saj lahko zaobseže vse pojavne oblike deliktnega vedenja.¹⁰⁴ Posebno vprašanje v zvezi s tem je, ali lahko personalni pojem ravnanja zajame tudi opustitve, v primerih kadar se opustitelj ne zaveda nevarnosti nastanka prepovedane posledice. Vprašljivo je namreč, ali je v takšnih primerih storilčevo opustitev (ki bi sicer lahko bila kazniva kot malomarno opustitveno kaznivo dejanje) mogoče razumeti kot izraz posameznikove osebnosti.¹⁰⁵ Na ta pomislek Roxin odgovarja nekako z argumentom *a maiori ad minus*, pravi namreč, da če je v nezavestni malomarnosti (tudi pri opustitvah) mogoče videti očitka vreden odnos do prava (z drugimi besedami: če je opustitev iz nezavestne malomarnosti mogoče šteti za krivdno), je v njej mogoče videti tudi odraz posameznikove osebnosti: če na primer nekdo nekaj pomembnega pozabi, konec koncev tudi s tem izrazi svojo osebnost.¹⁰⁶ Po avtorjevem mnenju je tudi v primeru, ko se opustitelj zaradi nezakriviljenega nepoznavanja norme znajde v neizogibni pravni zmoti, njegova opustitev – čeprav mu je ni mogoče kazenskopravno očitati – izraz njegove osebnosti.¹⁰⁷

Nadalje Roxin meni¹⁰⁸, da personalni pojem ravnanja primerno opravlja tudi funkcijo povezovalnega elementa. Izhajajoč iz Engischeve misli, da slika, ki jo ima pravo o svetu, ne sme biti zamegljena niti z normativističnimi niti z naturalističnimi popačenji, pojasnjuje, da se personalni pojem ravnanja ne oddaljuje od običajnega razumevanja življenja na naturalističen (»premik mišice«¹⁰⁹) niti na normativističen (»izogibna nepreprečitev«¹¹⁰) način, hkrati pa zajame ustrezen izsek iz resničnosti za nadaljnje pravno vrednotenje. Tako po avtorjevem mnenju personalni pojem ravnanja ustrezno opredeli osnovo (»*Substantiv*«), na katero je mogoče pripeti kasnejša kazenskopravna vrednotenja, ne da bi jih s tem prejudicirali.

104 Roxin, 1997: 205 – 206.

105 Ta pomislek zoper personalni pojem ravnanja izrazita Jescheck in Weigend (1996: 222).

106 Roxin, 1997: 203.

107 Roxin, 1997: 205.

108 V nadaljevanju odstavka povzemam po Roxin, 1997: 206.

109 Gre seveda za aluzijo na naturalistični pojem ravnanja.

110 Gre za aluzijo na t.i. negativni pojem ravnanja, ki ima v nemški kazenskopravni dogmatiki nekaj privržencev. Bistvo negativnega pojma ravnanja je opredelitev ravnanja kot »izogibne nepreprečitve« (*vermeidbares Nichtvermeiden*) kazenskopravno relevantne posledice. V skladu s tem pogledom na ravnanje je storitvam in opustitvam skupno to, da gre pri obojih za nepreprečitev nečesa, kar bi bilo mogoče preprečiti: pri storitvenih deliktih bi se storilec lahko vzdržal in ne bi povzročil posledice, pri opustitvah pa bi aktivno posegel v dogajanje, da do posledice ne bi prišlo. Ta pogled na ravnanje se ni širše uveljavil, saj mu kritiki očitajo vrsto konceptualnih pomanjkljivosti, zlasti da je izrazito normativističen, saj mora presoja vprašanja, ali gre ravnanje, izhajati iz pravnih norm, ki opredeljujejo kazenskopravno relevantne posledice, ter nadalje, da vprašanje izogibnosti kazenskopravno relevantne posledice ne more biti vprašanje ravnanja, temveč je šele vprašanje *pripisljivosti* posledice ravnanju.

Vendar pa tudi personalni pojem ravnanja v nekaterih primerih ne more utemeljiti, da je določena opustitev ravnanje, ne da bi si sposodil merila pri biti inkriminacije. V tem pogledu boleha za enakimi boleznimi kot socialni pojem ravnanja.

V sami naravi opustitev je, da jih je mogoče šteti za izraze osebnosti zgolj, če izhajamo iz pričakovanja določenega ravnanja. To dejstvo Roxin plastično ilustrira, ko pravi, da bi teoretično lahko dnevno počeli najbolj nenavadne reči: plezali na drogove uličnih svetilk, klofutali mimoidoče ipd.¹¹¹ Da pa tega ne počnemo, ni izraz osebnosti in ni ravnanje, dokler česa takega kdo od nas ne pričakuje.¹¹² Roxin sicer pojasnjuje¹¹³, da personalni pojem ravnanja (tudi na področju opustitev) za svojo utemeljitev načeloma ne potrebuje biti inkriminacije. Če nekdo zavestno ne pozdravi starega znanca, je to izraz osebnosti (in s tem v pravnem smislu ravnanje), ker je v takšni situaciji pozdrav po socialnih običajih mogoče pričakovati – vprašanje, če ta izraz osebnosti pomeni razžalitev, pa je pridržano biti inkriminacije. Ravno tako niso potrebna pravna ocenjevanja, da bi ugotovili, da gre za izraz osebnosti (in s tem za ravnanje), če nekdo ne pomaga ponesrečencu, saj je medčloveška pomoč socialno pričakovana – če pa je s tem izpolnjena katera izmed biti inkriminacij (npr. umora, povzročitve telesne poškodbe, opustitve pomoči), pa je za ugotovitev o obstoju ravnanja povsem irelevantno. Vendarle pa avtor priznava, da obstoja opustitev včasih ni mogoče utemeljiti drugače kot z izhajanjem iz določenega zakonskega opisa. Primer: šele ko je določen davek zakonsko predpisan, je mogoče neplačilo takšnega davka šteti za opustitev, saj brez zakonskega predpisa ne bi obstajalo nikakršno pričakovanje plačila.¹¹⁴ V teh primerih ima torej tudi personalni pojem ravnanja težave s tem, da je obstoj ravnanja mogoče ugotoviti šele, ko poznamo ustrezen opis kaznivega dejanja (namesto da bi najprej ugotovili obstoj ravnanja in nato preverjali ali to ravnanje ustreza določenemu zakonskemu opisu). Vendar pa te značilnosti po Roxinovem mnenju ne kaže šteti za »lepotno napako« personalnega pojma ravnanja, ki bi jo bilo mogoče z drugače opredeljenim pojmom ravnanja odpraviti, temveč gre za samo naravo stvari, nerazdružljivo strukturno prepletenost biti in najstva (*Sein und Sollen*), dejstvo, da objekt vrednotenja (v konkretnem primeru: izraz osebnosti) včasih pač oživi šele s samim aktom pravnega vrednotenja (v konkretnem primeru: zapovedjo ravnanja, ki izhaja iz biti norme).

111 Prim. Roxin, 2003: 629.

112 Za podrobnejšo razčlenitev pričakovanja ravnanja kot nujne predpostavke opustitev glej Roxin, 2003: 629. Naj na tem mestu opozorim, da bi bilo ustrežneje govoriti o pričakovanju *aktivnega* ravnanja kot predpostavke opustitev.

113 V nadaljevanju odstavka povzemam po Roxin, 1997: 206 – 208.

114 Primer povzet po Roxin, 2003: 629. Situacije, ko šele pravni predpis ustvarja pričakovanje določenega aktivnega ravnanja, so značilne zlasti za nemško stransko kazensko zakonodajo – glej primere v Roxin, 1997: 207.

4. Sklep (z ozirom na pojem ravnanja v slovenskem kazenskem pravu)

Čeprav v slovenski doktrini opredelitev za to ali ono teorijo o ravnanju ni nikjer eksplicitno izražena, je mogoče reči, da je pri nas načelno sprejeto naturalistično pojmovanje ravnanja, s tem ko je kot značilna razlika, ki ločuje kazensko pravno relevantno ravnanje od vseh ostalih oblik človekovega vedenja, izpostavljena njegova voljnost¹¹⁵. Med funkcijami ravnanja je posebej poudarjena razmejitvena¹¹⁶, medtem ko se njegovim sistemskim funkcijam (temeljni element, povezovalni element) ne namenja obsežnejše pozornosti.

Razlogov, zakaj vztrajati pri naturalističnem pojmovanju ravnanja, je več. Ta koncepcija ravnanja namreč zelo dobro opravlja razmejitveno funkcijo (na samem začetku učinkovito izloča dogodke, ki ne sodijo v nadaljnjo kazensko pravno presojanje), njena odlika pa je tudi, da ne prevzema meril ostalih elementov kaznivega dejanja – omeji se namreč zgolj na deskriptivni pogled na ravnanje, s čimer se izogne »skušnjavi« preuranjenih normativnih sodb, ki sodijo šele v sklop neprava in krivde. Končno pa je treba izpostaviti tudi jasnost in preprostost takšnega pojmovanja ravnanja, kar je nesporno njegova odlika in najbrž tudi eden izmed razlogov, da je to pojmovanje razmeroma široko sprejeto še danes, ne samo pri nas.

Pomanjkljivost naturalističnega pojmovanja ravnanja, pa tudi drugih teorij ravnanja, ki skušajo enotnost ravnanja utemeljiti skozi empirično ugotovljive lastnosti, se (bolj kot na praktični) kaže na konceptualni ravni. Utemeljevanje enotnosti ravnanja na empirično ugotovljivih skupnih lastnostih (kot so npr. kavzalnost, voljnost, finalnost) odpove, ko je treba v pojem ravnanja umestiti opustitve. Kot je bilo pokazano, opustitve niso niti kavzalne niti finalne, opustitvam iz nezavestne malomarnosti (primeri, ko se storilec ne zaveda, da grozi uresničitev posledice, ki jo je dolžan preprečiti) pa manjka celo kakršen koli voljni impulz. Vendarle bi bilo mogoče reči, da praktične razsežnosti te pomanjkljivosti niti niso tako velike. Pravosodno odločanje lahko konec koncev v posameznih opustitvenih zadevah poteka tudi zgolj na podlagi predpostavke, da je za ravnanje »pač« treba šteti tudi opustitve, ne da bi imeli za takšno predpostavko oporo v jasno artikuliranih skupnih lastnostih storitev in opustitev. Z drugimi besedami: pragmatično gledano bi se bilo mogoče ambiciji poiskati skupno lastnost storitev in opustitev tudi odpovedati in v tem smislu pojem ravnanja uporabljati zgolj kot dogovorjeno skupno označbo za heterogene pojavnosti.

115 Bavcon, Šelih, [...], 2003: 174.

116 »Kaznivo dejanje more biti samo človekovo ravnanje, ne pa ravnanje živali ali delovanje naravnih sil. [...] Za človekovo ravnanje je v okviru kazenskega prava bistveno, da je voljno. To pomeni, da mora imeti človek svoje gibe, ravnanje ali vedenje v svoji oblasti. Ni voljno tisto človekovo ravnanje, ki je pod vplivom absolutne sile; [...] Glede ravnanj je treba še enkrat povedati, da imajo za kazensko pravo pomen samo tista, ki se izrazijo v zunanjem svetu. To pomeni, da se notranja človekova psihična dogajanja, kot so npr. njegove misli, želje, nameni, stališča in podobno, ne morejo šteti za kazniva dejanja.« Bavcon, Šelih, [...], 2003: 174 – 175.

S takšnim »pač« se nekateri avtorji niso mogli sprijazniti in skušali skupni imenovalec storitev in opustitev poiskati na normativni ravni. Na ta način je bilo mogoče utemeljiti skupne lastnosti storitev in opustitev, odprli pa so novi problemi, saj takšen, normativno strukturiran pojem ravnanja, pogosto ni bil več neodvisen od biti inkriminacije, temveč si je sposojal njena merila. Dodatna cena, ki jo je bilo treba plačati, je bila, da pojem ravnanja ni bil več tako jase in preprost kot v času formule »voljne povzročitve ali nepreprečitve spremembe v zunanjem svetu«.

Vprašanje, ki se na koncu neizogibno odpira, je naslednje: ali naj slovensko kazensko pravo vztraja pri preprostem in jasnem, a konceptualno nepopolnem naturalističnem pojmu ravnanja, ali pa naj sledi novejšim zamislim in sprejme katero izmed različic normativnih pojmov ravnanja. Naj si na to vprašanje, ki se izmika vsestransko zadovoljivemu odgovoru, dopustim odgovoriti alternativno. Če se pri odgovoru omejimo na pragmatični vidik, je mogoče reči, da imajo konceptualne pomanjkljivosti naturalističnega pojma ravnanja razmeroma majhne praktične razsežnosti, zato spreminjanje pojmovanja ravnanja ni nujno. Če pa se, po drugi strani, ne želimo odpovedati ambiciji konceptualno prepričljivo povezati storitve in opustitve v skupni pojem ravnanja, potem je naše pojmovanje le-tega vendarle treba modificirati. Kot je bilo pokazano, je šele na podlagi normativnih meril storitve in opustitve mogoče kolikor toliko prepričljivo povezati v enoten sistem, ki ni »od vrha do dna razklan na dvoje« (Radbruch).

III. IZPOLNJENOST BITI INKRIMINACIJE

Bit inkriminacije¹¹⁷ kot skupek zakonskih znakov, vsebovanih v določenem zakonskem opisu kaznivega dejanja, ki razodeva tipično vsebino (nepravo) tega kaznivega dejanja, me bo zanimala v dveh pogledih.

Najprej me bo zanimalo razlikovanje med zakonskimi znaki, ki opisujejo dejstva in dogajanja (t.i. deskriptivni zakonski znaki), in zakonskimi znaki, katerih vsebina je utemeljena na določeni normi, bodisi pravni bodisi kulturno-socialni (t.i. normativni zakonski znaki). To razlikovanje se kaže kot pomembno na več področjih kazenskega prava: na področju uresničevanja načela *lex certa* (zakonski znaki, ki so utemeljeni edino na kulturno-socialnih normah, so po naravi stvari manj določni), nadalje na področju razumevanja zavestne sestavine naklepa (razlike v spoznavanju deskriptivnih in normativnih zakonskih znakov) in z njim povezane razmejitve posameznih vrst zmot.

Poleg razlikovanja med deskriptivnimi in normativnimi zakonskimi znaki me bo v tem poglavju zanimal tudi način pripisovanja posledice storilčevemu ravnanju. Pripis posledice je mogoče opraviti na podlagi gole naravoslovne vzročnosti, mogoče pa je poleg naravoslovno pojmovane vzročnosti postaviti še dodatna, vrednostna merila, ki morajo biti izpolnjena, da neko posledico lahko štejemo za delo storilca. Da gola naravoslovna vzročnost za pripis posledice ni dovolj, je v sodobni doktrini kazenskega prava praktično nesporno. Precej sporno pa ostaja vprašanje, kakšna naj bodo dodatna vrednostna merila, ki morajo biti izpolnjena za pripisljivost posledice – temu vprašanju se posvečam v drugem delu poglavja.

117 Uporabljam v slovenski doktrini razmeroma ustaljen prevod za nemški izraz *Tatbestand*. Hrvaška doktrina govori o biću kaznenog djela (ta izraz se pojavi tudi v 47. členu hrvaškega KZ, ki nosi naslov *Zabluda o biću kaznenog djela*), v angleščino se izraz običajno prevaja kot *statutory paradigm* – glej Eser, 1987: 40.

A. Normativni zakonski znaki

1. Od Belingove vrednostno nevtralne koncepcije biti inkriminacije do »odkritja« normativnih zakonskih znakov

Za utemeljitelja pojma biti inkriminacije velja Ernst Beling¹¹⁸, ki v svojem delu *Die Lehre vom Verbrechen* iz 1906. leta¹¹⁹ ta pojem opredeli kot »skupek znakov, ki pokažejo, za katero kaznivo dejanje tipično gre«¹²⁰. Če je bilo do tedaj kaznivo dejanje največkrat opredeljeno kar kot protipravno in krivdno ravnanje, ki mu je zagroženo s kaznijo, zdaj Beling v deliktno zgradbo uvede novo kategorijo, ki jo imenuje izpolnjenost biti inkriminacije (*Tatbestandsmäßigkeit*) in ki jo je sistemsko mogoče umestiti med ravnanje in protipravnost. Ta nova kategorija po avtorjevem mnenju ponudi primerno okrilje za obravnavo naukov o vzročnosti, o posledici ravnanja, o objektu ravnanja in o vsebini opustitvenih kaznivih dejanj, ki do tedaj niso imeli jasno določenega mesta v zgradbi kaznivega dejanja.¹²¹

Bit inkriminacije, kot jo razume Beling¹²², je vrednostno povsem nevtralna. Gre zgolj za deskriptivno konturo, obris določenega kaznivega dejanja, ki še ne vsebuje nikakršnih pravnih pomenov in vrednotenj; je objekt vrednotenja, samo vrednotenje pa sledi šele v okviru protipravnosti. Tako tudi ugotovitev, da je nekdo izpolnil določeno bit inkriminacije, sama po sebi ne obremenjuje nikogar. Izpolnjenost biti inkriminacije pokaže zgolj paradigmatsko tipičnost dejanja, ne implicira pa dokončne normative ocene o njegovi protipravnosti.

Belingovi vrednostno nevtralni koncepciji biti inkriminacije se temelji prvič zamajejo 1915. leta, ko M.E. Mayer¹²³ opozori na normative zakonske znake. Tudi Mayer

118 Opozoriti je treba, da se sam izraz bit inkriminacije (*Tatbestand*) uporablja že prej (prvič naj bi ga leta 1796 uporabil Ferdinand Klein in z njim želel poleg materialnih zaobseči tudi določene procesne predpostavke), vendar pa je današnji pomen izrazu pripisal šele Beling. Za pregleden prikaz zgodovinskega razvoja pojmovanja biti inkriminacije v predklasičnem obdobju glej Singer, 1992: 61 – 64.

119 Opiram se na ponatis tega dela iz 1964. leta.

120 Beling, 1964: 3.

121 Beling 1964: 28.

122 V nadaljevanju odstavka povzemam po Beling, 1964; 112, 145 – 148.

123 V nadaljevanju odstavka povzemam po M.E. Mayer, 1923: 182 – 185 (opiram se na drugo, nespremenjeno izdajo avtorjevega dela).

načelno izhaja iz vrednostne nevtralnosti biti inkriminacije, katero razume kot »indic«¹²⁴ za protipravnost in ne kot njen sestavni del. Vendar pa opozori na normativne zakonske znake, kakršen je na primer zakonski znak »tuj« pri kaznivem dejanju tatvine. Ti ne opisujejo predmetov, temveč vsebujejo vrednotenje, ki deloma že prejudicira protipravnost. Zato Mayer meni, da so normativni zakonski znaki z enim koncem zasidrani v protipravnost, z drugim pa v bit inkriminacije: glede na to, da protipravnost utemeljujejo (in ne zgolj »indicirajo«), so njen sestavni del (imenuje jih pravi elementi protipravnosti), vendar pa jih moramo po drugi strani priznati tudi kot (neprave) elemente biti inkriminacije, saj zakon določa, da morajo biti zaobseženi s storilčevim naklepom.

Mayerjeve ugotovitve so imele za pojmovanje biti inkriminacije pomembne posledice: nauk o vrednostni nevtralnosti biti inkriminacije je bil presežen, koncept normativnih zakonskih znakov pa se je v takratni doktrini, za katero je bilo značilno naslanjanje na vrednostno zaznamovano novokantovsko filozofijo, hitro ustalil. Kmalu se je celo pokazalo, da je normativnih zakonskih znakov pravzaprav mnogo več, kot se je sprva domnevalo. Tako E. Wolf pokaže, da so tudi na prvi pogled deskriptivni pojmi (kot npr. »stvar«) v njihovih mejnih področjih normativni¹²⁵, njihove vsebine torej ne more razkriti vrednostno nevtralna deskripcija, temveč šele sodniško vrednotenje.¹²⁶

Omeniti velja, da je nauk o normativnih zakonskih znakih naletel na precejšen odpor v povojni doktrini nekaterih socialističnih držav. Tako je sovjetski kazenskopравни teoretik Trajnin Belingov nauk o vrednostno nevtralni biti inkriminacije sprejemal kot pozitivno pridobitev buržoaznega kazenskega prava, ostro pa je obsodil Mayerjeve teze o normativnih zakonskih znakih, češ da naj bi pomenile »pravno agresijo« na osnove buržoazne demokracije.¹²⁷ Na podoben način je priznanje normativnih zakonskih znakov komentiral vzhodnonemški kazenskopравни teoretik Lekschas. Nauk o normativnih zakonskih znakih je povezoval s prehodom kapitalizma v imperialistični

124 Kratko se velja posvetiti vprašanju, kaj pravzaprav pomeni formula, da »izpolnjenost biti inkriminacije *indici* protipravnost«, ki se kasneje v literaturi razmeroma široko uveljavi. Glavno sporočilo te formule je, da je z izpolnjenostjo biti inkriminacije praviloma podana tudi protipravnost. Metodološko to pomeni, da so z izpolnjenostjo biti inkriminacije hkrati izpolnjene vse pozitivne predpostavke za obstoj protipravnosti, tako da je na ravni protipravnosti treba ugotoviti le še, da ne obstaja nobena izmed okoliščin, ki bi protipravnost izključevala. Kindhäuser (2000: 80) opozarja, da je ta formula pravzaprav napačna: ker izpolnjenost biti inkriminacije seveda ne more indicirati, da ne bo podana nobena izmed okoliščin, ki bi protipravnost izključevala, tudi protipravnosti ne more indicirati. Reči je torej mogoče, da predmetna formula temelji, bolj kot na logiki, na izkustvenem spoznanju, da je v življenjskih primerih statistično gledano neobstoj okoliščin, ki bi izključevale protipravnost, pravilo, njihov obstoj pa izjema.

125 Najbrž avtorjevo misel najbolje ilustrira danes že »šolski« primer iz nemške judikature, v katerem se je pojavilo vprašanje, ali je električna energija »stvar« in ali je torej neupravičeno izkoriščanje električne energije tatvina. Podrobneje o ugotovitvi, da je pravzaprav le malo zakonskih znakov povsem (tudi v mejnih področjih) deskriptivne narave, v naslednjem razdelku.

126 Wolf, 1931: 58.

127 Trajnin, 1949: 19 – 20.

stadij ter z vzponom novokantovske filozofije, v njem (kot tudi v nauku o subjektivnih elementih protipravnosti) pa je videl zgolj izraz potrebe imperializma, da s pomočjo teorije kazenskega prava spodkoplje načelo zakonitosti, ki je vladajočemu razredu napoti pri obračunu z naprednimi silami.¹²⁸ V stališčih obeh avtorjev je mogoče zaznati zlasti strah, da bi zakonski znaki, ki ne bi bili trdno določeni »od zunaj«, temveč bi bila njihova vsebina odvisna od vsakokratne sodniške vrednostne presoje, odprli vrata sodniški samovolji in možnosti zlorab. Vendarle pa je pri tem treba opozoriti na dvoje. Prvič na to, da so Trajninovi očitki neupravičeno naslovljeni na Mayerja, saj je treba imeti pred očmi, da si Mayer ni sam »izmislil« normativnih zakonskih znakov, temveč je zgolj opozoril na to, da jih zakonski opisi vsebujejo. In drugič, da si kolikor toliko jedrnate nomotehniko ni mogoče zamisliti povsem brez uporabe normativnih zakonskih znakov, poleg tega pa je vprašljivo, kolikšen del zakonskih znakov, za katere tradicionalno menimo, da so deskriptivni, je res v celoti brez normativnih prvin. Kar pa je imel Trajnin prav, je, da so nekateri normativni zakonski znaki lahko sporni z vidika načela zakonitosti.¹²⁹ To vprašanje bom posebej obravnaval v nadaljevanju.

2. Poskusi sistematizacije normativnih zakonskih znakov

Posamezni zakonski znaki so sestavne enote inkriminacij, v katerih se pojavljajo, in s tem del posebnega dela kazenskega prava. Ker pa je delitev na deskriptivne in normativne zakonske znake značilna za vse inkriminacije in ker ima pomemben vpliv na razumevanje institutov splošnega dela (zlasti naklepa in zmot), doktrina to problematiko tradicionalno obravnava v okviru splošnega dela.

Kot deskriptivne se navadno označuje tiste zakonske znake, ki opisujejo določena dejstva in dogajanja in jih je mogoče spoznati brez posebnega vrednotenja, zgolj na podlagi običajnih življenjskih izkušenj (npr. zakonska znaka »žival« in »meso« iz kaznivega dejanja nevestnega pregledovanja mesa za prehrano iz 195. člena KZ). Nasprotno pa za normativne zakonske znake štejejo tisti, za spoznanje katerih je potrebno vrednotenje (npr. »tuja« [stvar] kot zakonski znak kaznivega dejanja tatvine iz 211. člena KZ ali pa »surovo« [ravnanje] kot zakonski znak kaznivega dejanja zanemarjanja mladoletne osebe in surovega ravnanja iz 201. člena KZ).

128 Navedba v Singer, 1992: 73.

129 Pravzaprav je osupljiv tako oster avtorjev upor v imenu pravne varnosti zoper normativne zakonske znake, če imamo po drugi strani pred očmi, da je v tistem času sovjetsko kazensko pravo še poznalo kaznivost na podlagi analogije. Je njegova kritika tuje doktrine hkrati prikrita kritika sovjetskega kazenskopravnega sistema tistega časa?

Glede na to, da je krog zakonskih znakov, ki jih je mogoče šteti za normativne, razmeroma širok, je v doktrini mogoče zaslediti poskuse njihove nadaljnje delitve v podskupine. Najbolj temeljna je delitev na tiste, ki predpostavljajo določeno pravno normo (npr. »tuja« [stvar]), in tiste, ki temeljijo na kulturno-socialni normi (npr. »surovo« [ravnanje]). Nekoliko bolj nadrobna je delitev, ki jo ponudita Jescheck in Weigend¹³⁰: normativne zakonske znake delita na pravne pojme v ožjem smislu (npr. zakonska zveza, javna listina), pojme, ki se nanašajo na vrednote (npr. nizkotni vzgibi), in tiste, ki se nanašajo na smisel (*sinnbezügliche Begriffe*, npr. spolno dejanje). Zelo znana je tudi delitev E. Wolfa¹³¹, ki je normativne zakonske znake razvrstil glede na to, ali uporabniku prava puščajo posebej širok manevrski prostor za vrednotenje, so torej takšni, da zahtevajo vsebinsko vrednostno napolnitev (*»wertungausfüllungsbedürftig«*, npr. »brezobzirno maščevanje« ali pa »nizkotni nagibi« kot zakonska znaka kaznivega dejanja umora iz 127. člena KZ), ali pa je njihova vrednostna vsebina uporabniku prava že v celoti ali v pretežni meri dana (npr: »tuja stvar«). Avtor meni, da ni videti pravega smisla v delitvah normativnih zakonskih znakov glede na vrednostna področja njihovega porekla, na primer glede na to, ali temeljijo na pravnih ali pa na kulturnih vrednotenjih. Sodniku naj bi bilo konec koncev popolnoma vseeno, ali uporablja etična, znanstvena, estetska ali gospodarska vrednostna merila. Ključno je po avtorjevem mnenju, ali sodnik operira z vrednotami, ki jih je izoblikoval že zakon sam, ali pa ima pred seboj zgolj vrednostne obrazce, katerih vsebinska napolnitev mu je prepuščena.

Pri opredeljevanju in razvrščanju normativnih zakonskih znakov kaže posebej raziskati še odnos med normativnimi zakonskimi znaki pravne narave in blanketnimi pravnimi normami, saj je podobnost med njimi kot na dlani: za poznavanje točne vsebine tako enih kot drugih je potrebno poznavanje določenih pravnih predpisov, ki so zunaj zakonskega opisa. Bele ugotavlja, da se pojem normativnih zakonskih znakov [pravne narave]¹³² prekriva s pojmom blanketne kazenskopravne norme v širšem pomenu¹³³, pri čemer za blanketne kazenskopravne norme v širšem pomenu šteje tiste norme, pri katerih »se kot blanketnost označuje tudi uporaba pojmov, ki so vsebinsko podrobno opredeljeni v normah zunaj kazenskega prava ali celo v drugem pravnem sistemu«¹³⁴. K temu je mogoče dodati, da je pojem normativnih zakonskih znakov pravne narave vendarle nekoliko širši, saj brez dvoma pokriva tudi pojme, katerih vsebina izhaja iz samega KZ (npr. pojmi kot uradna oseba, gospodarska dejavnost, listina, ipd., ki jih KZ definira v posebnem členu). Kadar se v določeni inkriminaciji pojavi takšen zakonski znak, imamo torej opraviti z normativnim zakonskim znakom pravne narave, ne pa hkrati z blanketno pravno normo. Kazenskopravna teorija namreč norm, ki se sklicujejo na normo iz istega predpisa, praviloma ne šteje za blanketne norme, ker naj bi šlo zgolj

130 Jescheck, Weigend, 1996: 270.

131 E. Wolf, 1931: 57 – 58.

132 Dodal M.A.

133 Bele, 1993: 151 – 152.

134 Bele, 1993: 33.

za poseben nomotehnični pristop, s katerim zakonodajalec povezuje posamezne norme v skupnem predpisu kot smiselni celoti.¹³⁵

Kljub temu, da doktrina ponuja razmeroma nadrobno sistematizacijo deskriptivnih in normativnih zakonskih znakov, pa je vendarle treba imeti pred očmi, da se niti eni niti drugi skoraj nikoli ne pojavljajo v povsem čisti obliki. Že če vzamemo pod drobnogled prvo dejanje, ki ga inkriminira slovenski KZ, tj. kaznivo dejanje umora (127. člen KZ), se pokaže, da je vsebino, na prvi pogled deskriptivnega zakonskega znaka »vzeti«, večkrat treba interpretirati na podlagi normativnih meril (to je še posebej očitno, kadar imamo opraviti z opustitvami). Nemara pa je za ponazoritev pronicanja normativnih prvin v deskriptivne zakonske znake še bolj primeren zakonski znak, ki pripada isti inkriminaciji, namreč »življenje«. Na vprašanje, kdaj imamo opraviti z življenjem, torej kdaj se življenje začne in konča, lahko odgovorimo šele na podlagi norm, ki opredeljujejo, kateri trenutek je škodi za začetek in kateri za konec človekovega življenja.^{136, 137} Po drugi strani pa tudi vsebina normativnih zakonskih znakov ne obsega zgolj vrednotenja, temveč tudi specifične deskriptivne substrate. Tako na primer »uradna listina« (265. člen KZ) ne obstaja zgolj skozi svojo pravno vsebino, temveč mora imeti tudi svojo čutno zaznavno snovno podlago.¹³⁸

Glede na povedano je mogoče reči, da potegniti trdno ločnico med deskriptivne in normativne zakonske znake ni mogoče, saj večina zakonskih znakov vsebuje tako deskriptivne kot normativne prvine (pri čemer pri nekaterih prevladujejo ene, pri drugih pa druge). Kljub temu pa večina avtorjev vztraja pri ločevanju teh dveh skupin zakonskih znakov, pri čemer praviloma uporabljajo Engischevo formulo¹³⁹ razmejčitve, po kateri za normativne zakonske znake štejejo le tisti, ki si jih je mogoče zamisliti zgolj in samo ob predpostavki določene norme. V tem smislu so torej »tuj«, »zahrbtn« in »listina« normativni zakonski znaki, ker za svoj obstoj nujno potrebujejo pravno ali kulturno-socialno normo, medtem ko pojma, kot sta »življenje« in »vzeti«, obstajata tudi neodvisno od norm, in ju je zato mogoče škodi za deskriptivna zakonska znaka. Takšno vztrajanje na ločevanju sicer ustvarja določeno preglednost, bistva problema pa vendarle ne rešuje. Normativne prvine ostajajo tudi v zakonskih znakih, ki jih po Engischevi formuli štejemo za deskriptivne. Teh normativnih prvin ne kaže kratko malo prezreti, temveč je treba tudi v zvezi z njimi upoštevati posebnosti, ki veljajo za normativne zakonske znake nasploh.

135 Podrobneje glej Bele, 1993: 4 – 5.

136 Prim. smiselno enako razmišljanje o zakonskem znaku »človek« pri Novoselec, 2004: 128.

137 O problematiki določitve začetka in konca življenja in o kazensko-pravnih razsežnostih te problematike glej Korošec, 2004: 197 – 207 in 247 – 250.

138 Prim. Roxin, 1997: 253.

139 Engisch, 1954: 147.

3. Normativni zakonski znaki in načelo zakonitosti

Vprašanje, ki se v zvezi z normativnimi zakonskimi znaki neizogibno odpira, je, ali ti (oziroma vsaj nekateri izmed njih) pomenijo grožnjo načelu zakonitosti in s tem garantni funkciji kazenskega zakonika. Normativni zakonski znaki so, za razliko od deskriptivnih, katerih vsebina naj bi vsaj v pretežni meri neposredno izhajala iz opazovanja in običajnih življenjskih izkušenj, pomensko veliko bolj odprti, zlasti kadar so utemeljeni edino na kulturno-socialnih normah. Še posebej tisti normativni zakonski znaki, ki so »*wertungsausfüllungsbedürftig*«, torej od sodnika zahtevajo vsebinsko vrednostno zapolnitev, bi lahko budili pomisleke, da omogočajo samovoljno odločanje sodišč.

Kot odgovor na te pomisleke se pogosto poudarja, da v primerih vsebinsko odprtih normativnih zakonskih znakov vendarle obstaja vezanost sodnika na zakon v tem, da mu zakonodajalec ne prepušča popolnoma osebnega vrednotenja, temveč izhaja iz obstoja skupnih socialno-etičnih vrednotenj, ki se jim mora sodnik podrediti.¹⁴⁰ To je sicer res, ni pa dovolj. Kljub temu namreč ostaja sporno, ali imamo v takšnih primerih opraviti z dovolj jasno in natančno določeno cono kaznivosti (zahteva po *lex certa* kot specifični vidik načela zakonitosti).

Zgoraj očitani problem ni preprost. Kljub izhajanju iz prepričanja, da vsebinsko odprti izrazi načeloma ne sodijo v zakonske opise kaznivih dejanj, realno ni mogoče pričakovati, da bi se bilo mogoče rabi nedoločnih pojmov v kazenski zakonodaji povsem odpovedati. Če se zakonodajalec želi izogniti pretiranemu obremenjevanju zakonskega besedila s kazuistiko, mora na pojmovni ravni nujno generalizirati in abstrahirati. Na primer: če bi se pri opredelitvi kaznivega dejanja razžalitve želeli izogniti pomensko precej odprtemu normativnemu zakonskemu znaku »razžaliti«, bi ga morali nadomestiti z nepreglednim (a najbrž še vedno ne izčrpnim) naštevanjem konkretiziranih načinov izvršitve dejanja. Zaradi tega teorija kazenskega prava šteje v nekaterih primerih vnašanje vsebinsko odprtih normativnih pojmov v zakonsko besedilo za neizogibno, obenem pa opozarja na »previdno uporabo«¹⁴¹ teh pojmov. Tako naj bi bilo takšne pojme v inkriminacijah dopustno uporabljati le, če je celotni predpis, ki naj bi jih vseboval, dovolj določen, zlasti če je iz njega razvidno, kakšen namen se z njim želi doseči (v tem smislu je na primer mogoče pojem »razžaliti« v povezavi s pravno dobrino, ki jo kaznivo dejanje razžalitve varuje, razmeroma natančno opredeliti).¹⁴² Gre pravzaprav za identično pravilo, kot ga pravna teorija razvija v zvezi s t.i. notranjimi pravnimi prazninami v oziroma v zvezi z uporabo analogij *intra legem* v kazenskem pravu: praznina, če se v kazenskopravnem predpisu že pojavi, mora biti določljiva s

140 Glej npr. Jescheck, Weigend, 1996: 130.

141 Glej npr. Novoselec, 2004: 128; Jescheck, Weigend, 1996: 130.

142 Novoselec, 2004: 74.

sredstvi, ki jih predvideva že samo pravno pravilo¹⁴³. Praznina, ki takšnega temelja nima, zgublja naravo notranje praznine, ki se še ujema z načelom zakonskega določanja kaznivega dejanja in njegovih znakov, kar je poglobitni razlog, da je v kazenskem pravu dovoljeno le sklepanje po podobnosti znotraj posameznega kazenskopravnega pravila, a tudi tu le ob predpostavki, da že samo pravilo vsebuje dovolj določna merila, s katerimi ga je mogoče vsebinsko opredeliti.¹⁴⁴

4. Naklep in zmote pri normativnih zakonskih znakih

Pomen razlikovanja med deskriptivnimi in normativnimi zakonskimi znaki se na ravni dogmatike kaže zlasti na področju doktrine naklepa ter pri razmejitvi zmote o biti inkriminacije (dejanske zmote v ožjem smislu) in zmote o protipravnosti (pravne zmote). Naj na tem mestu opozorim, da je proučevanje problematike normativnih zakonskih znakov ena izmed poti, po kateri pridemo do znane ugotovitve, da tradicionalni poimenovanji »dejanska zmota« in »pravna zmota« ne ustrezata v celoti vsebini institutov, ki ju označujeta. Kadar je storilec na primer v zmoti o normativnem zakonskem znaku, ki pripada sferi pravnih pojmov (npr. zakonski znak »tuj«), je mogoče, da se storilec moti glede določenega pravnega vprašanja in ne glede dejstev, torej je njegova »dejanska zmota« pravne narave.¹⁴⁵ Bolj posplošeno je mogoče reči: zmota, ki jo tradicionalno imenujemo »dejanska zmota«, je lahko tako zmota o dejanskem kot tudi zmota o normativnem.¹⁴⁶ Zato novejši kazenski zakoniki opuščajo tradicionalna naziva dejanska in pravna zmota in govorijo o zmoti o biti inkriminacije in o zmoti o protipravnosti.¹⁴⁷ Tudi sam bom zaradi večje jasnosti v nadaljevanju uporabljal ti dve poimenovanji.

143 Pavčnik, 2001: 396.

144 Pavčnik, 2001: 396.

145 Vsekakor zanimiv pojav, ki ga tukaj ne morem podrobneje obravnavati, je, da je za pregovorno eksaktni normativni sistem, kot je pravo, značilno razmeroma dolgotrajno vztrajanje pri poimenovanjih, ki ne izražajo jasno vsebine označevanega pojma, ali pa so celo zavajajoči. Karikirano je mogoče reči, da izmed vseh področij človekovega udejstvovanja še najbolj velja za pravo, da napačno poimenovanje ne škoduje (*falsa demonstratio non nocet*). Tako na primer številni pravni redi konju, oslu, psu in ostalim živalim tradicionalno pravijo »stvar«. Bržkone je vztrajanje pri nenavadnih poimenovanjih eden od izrazov tako imenovane »žlahtne« konservativnosti, značilne za pravo in pravnike.

146 Prim. Arzt, 1988: 1035. Glej tudi Jakulin, 2000: 127.

147 Tako na primer hrvaški KZ iz leta 1997. Nemški KZ govori o zmoti o biti inkriminacije (*Tatbestandsirrtum*) in zmoti o prepovedanosti (*Verbotsirrtum*).

4.1. Naklep

Pri naklepu se pomembnost razlikovanja med deskriptivnimi in normativnimi zakonskimi znaki pokaže pri presoji njegove zavestne (intelektualne) sestavine. Da bi ravnal naklepno, se mora storilec zavedati¹⁴⁸ vseh zakonskih znakov dejanja (natančneje: okoliščin, ki jih je mogoče subsumirati pod zakonske znake¹⁴⁹). Kaj pravzaprav pomeni »zavedati se« zakonskih znakov? Se narava zahtevanega zavedanja razlikuje glede na zakonski znak, s katerim imamo opraviti?

V zvezi z zastavljenima vprašanjema Roxin¹⁵⁰ pojasnjuje, da je v primeru deskriptivnih zakonskih znakov za zavedanje¹⁵¹ potrebno čutno zaznavanje (*sinnliche Wahrnehmung*) okoliščin dejanja: če storilec zaradi teme ne vidi človeka na cesti in ga povozi, mu manjka naklep do usmrtitve. Ob tem avtor dodaja, da seveda ni potrebno, da bi bilo podano čutno zaznavanje v ožjem pomenu: tudi če nekdo ni prisoten pri eksploziji bombe, ki jo je nastavil, je njegov naklep podan, saj za naklep zadošča že predstava čutno zaznavnih objektov in potekov, ki jih obsega ustrezna bit inkriminacije. Pri normativnih zakonskih znakih pa je za zavedanje potrebno razumevanje (*geistiges Verstehen*): če nekdo ni dojel, da stvar, ki jo je vzel, pripada nekomu drugemu, temveč jo ima zaradi takšnega ali drugačnega razloga za svojo, mu s tem manjka zavedanje okoliščine, da gre za tujo stvar in s tem naklep do tatvine.

Nekoliko drugače razlikovanje pojmovanja zavedanja pri deskriptivnih in normativnih zakonskih znakih razlagata Jescheck in Weigend.¹⁵² Tako avtorja pojasnjujeta, da je spoznanje zakonskih znakov, ki so predmeti realnega zunanjega sveta, dostopno že z neposrednim opazovanjem, pri tistih deskriptivnih zakonskih znakih, ki predpostavljajo umsko spoznanje (*geistige Erkenntnis*), takšen naj bi bil na primer zakonski znak »poškodovati«, pa mora storilec razumeti njihov naravni smisel. Za razliko od tega pa je pri normativnih zakonskih znakih potrebno popolno poznavanje njihovega pomena (*volle Bedeutungskennntnis*).

Najbolj očitna razlika med predstavljenima odgovoroma na vprašanje, kaj mora obsegati zavedanje pri deskriptivnih in kaj pri normativnih zakonskih znakih, je, da se Roxin pri deskriptivnih zakonskih znakih omeji zgolj na »čutno zaznavanje«, ki je po

148 Izraz, ki ga uporablja slovenski KZ v 17. in 20. členu.

149 V zvezi z zavestno sestavino naklepa je v literaturi razmeroma ustaljeno govoriti o »zavedanju (vseh) zakonskih znakov«. Tudi KZ v 20. členu (Dejanska zmeta) govori o tem, da »ni kazensko odgovoren storilec, ki se ob storitvi kaznivega dejanja ni zavedal kakšnega njegovega z zakonom določenega znaka«. Takšno izražanje je neprecizno, saj seveda ne gre za to, da bi se moral storilec zavedati zakonskih znakov kot abstraktnih označevalcev, temveč se mora zavedati konkretnih okoliščin dejanja, ki jih je mogoče subsumirati pod zakonske znake ustrezne inkriminacije. V pričujočem delu se vendarle ne bom v celoti izognil uporabi udomačene besedne zveze »zavedati se zakonskih znakov«.

150 V nadaljevanju odstavka povzemam po Roxin, 1997: 407.

151 Avtor sicer govori o »poznavanju« (*Kennntnis*), ta izraz namreč uporablja nemški KZ v 16. členu.

152 V nadaljevanju odstavka povzemam po Jescheck, Weigend, 1996: 295.

svoji naravi zelo blizu »neposrednemu opazovanju«¹⁵³ Jeshecka in Weigenda, razumevanje pa predvidi samo za normativne zakonske znake, medtem ko Jescheck in Weigend razumevanje predvidevata tudi pri nekaterih deskriptivnih zakonskih znakih. Vendar pa to razliko relativizira več dejavnikov. Najprej je treba opozoriti, da lahko prihaja do razlik med pojmovanji, katere zakonske znake šteti za normativne. Takšna spornost bi se lahko pokazala tudi pri zakonskih znakih, kot je na primer zakonski znak »poškodovati«, za katere Jescheck in Weigend predvidevata razumevanje – takšne zakonske znake bi bilo mogoče uvrstiti tudi med normativne (odgovor na vprašanje, kaj je poškodovanje, predpostavlja določeno (socialno) normo, ki mora povedati, kaj je škodljivo in kaj koristno). Po drugi strani pa je treba izpostaviti, da relativno ozkost »čutnega zaznavanja«, kot pogoja za zavedanje deskriptivnih zakonskih znakov, relativizira že Roxin sam, ko opozori, da namesto čutnega zaznavanja zadošča tudi »predstava čutno zaznavnih objektov in potekov«. Končno – in kot najbolj pomembno – pa je treba še enkrat poudariti, da so zakonski znaki tako ali tako le redko povsem deskriptivne ali povsem normativne narave, zato bo za njihovo zavedanje tako rekoč zmeraj potrebno oboje, čutno zaznavanje in umsko razumevanje: za naklep do uničenja uradnih listin (kaznivo dejanje odvzema ali uničenja uradnega pečata ali uradnih spisov iz 307. člena slovenskega KZ) mora storilec najprej *opaziti*, da skupaj s starimi časopisi meče v peč tudi nekakšno pisanje, poleg tega pa mora *razumeti*, da je to pisanje namenjeno dokazovanju v pravnem prometu in da mu ne pripada¹⁵⁴.

Veliko bolj sporno kot vprašanje, kaj mora obsegati zavestna sestavina naklepa v primeru deskriptivnih zakonskih znakov (pravilneje: glede deskriptivnih prvin v zakonskih znakih), je vprašanje, kaj mora obsegati zavestna sestavina naklepa v primeru normativnih zakonskih znakov (pravilneje: glede normativnih prvin v zakonskih znakih).

V doktrini kazenskega prava velja za praktično nesporno, da za razumevanje (Roxin) oziroma poznavanje pomena (Jescheck, Weigend) zakonskih znakov, ki je potrebno za naklep pri normativnih zakonskih znakih, ni potrebno, da storilec pozna vsebino *pravne* definicije ustreznega pojma, saj bi v tem primeru lahko »naklepno ravnali le pravniki«¹⁵⁵, v današnjem času, ki ga zaznamuje kompleksnost in razvejanost prava, pa najbrž niti vsi pravniki ne. Zadošča že, da storilec razume socialni pomen dogajanja, ali z drugimi besedami, da storilec razume pomen zakonskega znaka na laičen način. To je prvi jasno izrazil Mezger, v obliki znamenite formule, po kateri za poznavanje pomena

153 Če bi želeli biti dlakocepski, je vendarle boljše kot o »neposrednem opazovanju« govoriti o »čutnem zaznavanju«, saj slednje zaobseže tudi primere, ko storilec določeno okoliščino spozna s katerim od drugih čutil.

154 Primer smiselno prirejen po Roxin, 1997: 407.

155 Jescheck, Weigend, 1996: 295.

normativnih zakonskih znakov zadošča »vzporedna ocena v laični sferi«¹⁵⁶ (*»Parallelwertung in der Laiensphäre«*).¹⁵⁷

Povedano je mogoče nazorno ponazoriti na primeru, ki ga zaradi velike didaktične vrednosti pogosto obravnava učbeniška literatura¹⁵⁸: storilec na osebнем vozilu predružači številke motorja in karoserije, pri čemer kot pravni laik ne pozna definicije listine iz 126. člena KZ, po kateri je listina vsak predmet, ki je primeren in namenjen za dokaz kakšnega dejstva, ki ima vrednost za pravna razmerja. Kljub temu je v skladu z doktrino vzporedne ocene v laični sferi mogoče šteti, da je storilčev naklep do ponareditve listin (256. člen KZ) podan, če se storilec na laičen način zaveda, da so številke motorja in karoserije namenjene identifikaciji vozila v pravnem prometu.¹⁵⁹

Zmota, ilustrirana v zgornjem primeru, pri kateri storilec določen zakonski znak napačno (preozko) tolmači, tako da pride do sklepa, da njegovo ravnanje tega zakonskega znaka ne izpolnjuje, je v nemški doktrini imenovana subsumpcijska zmota. Ker v slovenski doktrini ta zmota ni podrobneje obdelana¹⁶⁰, jo v nadaljevanju kratko razčlenjujem.

4.2. Subsumpcijska zmota

Subsumpcijska zmota je po naravi stvari vezana na zakonske znake, v katerih prevladujejo normativne prvine, vendar pa do nje lahko pride tudi v primerih zakonskih znakov, ki so v pretežni meri deskriptivni, vendar pa jim pravni red zaradi tradicionalnih ali drugih razlogov pripisuje širši pomen, kot ga imajo v vsakdanji rabi.¹⁶¹

156 Povsem primerljivo formulo zasledimo kasneje pri Welzlu (1969: 76), avtor govori o »vzporedni presoji v storilčevi zavesti« (*»Parallelbeurteilung im Täterbewusstsein«*).

157 Mezger, 1931: 328. Avtor zapiše: »Od pravnega laika ni mogoče zahtevati formalne subsumpcije dejstev pod zakon. Pač pa je za takšno poznavanje pomena potrebna vzporedna ocena v laični sferi [...]« Besedna zveza »ni mogoče zahtevati«, bi utegnila ustvariti zavajajoč vtis, da gre tukaj za posebno uvidevnost pravnega reda do laikov. Seveda ne gre za nikakršno posebno uvidevnost, temveč za realistično ugotovitev, da pravni laiki pomenov pravnih pojmov praviloma ne poznajo, in iz nje izhajajočo zahtevo, da naj za njihov naklep (in posledično kaznivost) zadošča že laična predstava o teh pojmih.

158 Glej npr. Jescheck, Weigend, 1996: 315; Novoselec, 2004: 228. Glej tudi po smislu podobno zadevo (vožnja z doma narejeno registrsko tablico) iz slovenske sodne prakse, K 63/95 (Slovenske Konjice) in Kp 267/97 (Celje), ki je v skrajšani obliki objavljena v Šelih, Korošec, 2000: 108 – 109.

159 Z vidika življenjskih izkušenj bo takšno storilčevo zavedanje praviloma podano, saj tisti, ki predružačijo številke motorja in karoserije, storijo to praviloma ravno zato, ker vedo, da so namenjene identifikaciji vozila v pravnem prometu, in ne zaradi morebitnih numeroloških, estetskih ali kakšnih drugih vzgibov.

160 Omenja jo Dežman, 1996: 183.

161 Kot šolski primer je mogoče navesti storilca, ki zastrupi tujega psa, pri čemer misli, da ne gre za poškodovanje tuje stvari (224. člen KZ), ker ne ve, da pravo v tem oziru tudi živali šteje za stvari.

Odvisno od okoliščin primera je subsupcijska zmeta lahko zmeta o biti inkriminacije (dejanska zmeta v ožjem smislu), zmeta o protipravnosti (pravna zmeta) ali pa zgolj zmeta o kaznivosti določenega ravnanja.

V nekaterih primerih preozka interpretacija določenega zakonskega znaka storilcu zastre tudi socialni pomen tega zakonskega znaka. V teh primerih, ko storilec pomena zakonskega znaka ne razume niti v svoji »laični sferi«, storilčevega naklepa ni: če si nekdo prisvoji najdeno stvar, misleč da gre za nikogaršnjo stvar, ki si jo lahko vsakdo prisvoji, nima naklepa do tatvine, saj tudi v svoji laični predstavi ne razume, da gre za tujo stvar.

Drugače je, če storilec na laičen način razume pomen zakonskega znaka. V tem primeru je njegov naklep podan, storilec pa je lahko v zmoti o protipravnosti (pravni zmoti): storilec, ki predrugači številke motorja in karoserije, pri čemer na laičen način ve, da te številke služijo identifikaciji vozila v pravnem prometu, je v zmoti o protipravnosti, če meni, da se prepoved ponarejanja listin nanaša le na »papirnate dokumente«. V takšnem primeru je treba preveriti, ali je bila storilčeva zmeta o protipravnosti izogibna (v primerih kot je skicirani, bo praviloma šlo za izogibno zmeta o protipravnosti).¹⁶²

Tretja in zadnja možnost je, da storilec ob preozki pravni interpretaciji določenega zakonskega znaka sicer ve, da je tisto, kar počne, pravno prepovedano, zmotno pa misli, da ni kaznivo: vzemimo, da storilec iz prejšnjega primera laično razume pomen številke motorja in karoserije za pravni promet, poleg tega pa ve, da pravni red prepoveduje predrugačenje teh številke, zmotno meni le, da takšno predrugačenje ni kaznivo dejanje. V takšnem primeru je podana zgolj zmeta o kaznivosti, ki po večinskem mnenju nima pravnih učinkov.¹⁶³

Seveda si je mogoče zamisliti tudi »obrnjeno« subsumpcijsko zmeta, torej zmeta, pri kateri storilec določen zakonski znak preširoko tolmači. Za takšno zmeta bi šlo na primer v primeru, ko storilec z namenom, da bi zavedel bralce nekega časnika, preden gre časnik v tisk, spremeni navedbo o datumu neke gledališke predstave, pri čemer je prepričan, da pravni red časnike šteje za listine in da je posledično predrugačenje navedb v časniku kaznivo dejanje po 256. členu KZ.¹⁶⁴ V takšnem primeru gre za t.i. putativni delikt (*Wahndelikt*), ki je nekazniv, saj storilčeve napačne predstave na morejo vplivati na to, kaj pravni red šteje za listino. Toda: ali ne bi bilo mogoče zagovarjati tudi stališča, da imamo v tem primeru opraviti z »obrnjeno« zmeta o biti inkriminacije, torej neprimernim poskusom, ki je načelno kazniv?¹⁶⁵ Je kakšna razlika med

Nemara še bolj znan šolski primer je primer storilca, ki ne ve, da pravni red tudi električno energijo šteje za stvar.

162 Podrobneje o presoji izogibnosti V./B./2.3.

163 Podrobneje o tem V./B./2.1.

164 Primer prirejen po Schmidhäuser, 1984: 356.

165 Razliko med neprimernim poskusom in putativnim deliktom je mogoče lepo ponazoriti na podlagi »obrnjenih« zmot. Neprimerni poskus je »obrnjena« zmeta o biti inkriminacije: storilec zmotno predpostavlja obstoj določenega zakonskega znaka (npr. meni, da je ptičje strašilo, na katero strelja, človek), medtem ko je putativni delikt »obrnjena« zmeta o protipravnosti: storilec

»ponarejevalcem«, ki časopis zmotno šteje za listino, in »morilcem«, ki ptičje strašilo zmotno šteje za človeka?

Pri odgovoru na to vprašanje je omahovala tudi nemška sodna praksa. Tako je v neki povojni zadevi¹⁶⁶ zvezno sodišče menilo, da gre lahko za poskus ponarejanja listin, če je storilec živilske karte iz sovjetske okupacijske cone zmotno štel za listino. Nasprotno pa je v kasnejši zadevi¹⁶⁷, v kateri je storilec dal tiskati kupončke, s katerimi naj bi bilo mogoče kupovati cigarete v neki vojaški kantini, pri čemer je predmetne kupončke zmotno štel za listino, menilo, da gre zgolj za putativni delikt.

Pravilna rešitev je presoja po merilih putativnega delikta. Za razliko od storilcev neprimerne poskusa, ki »ne vedo, kaj delajo«, storilci v navedenih primerih natanko vedo, kaj delajo, motijo se le o obsegu kazenskopravne prepovedi. To, kar so si v opisanih zadevah predstavljali »ponarejevalci«, objektivno gledano ne pomeni ponarejanja listin. Medtem ko naklep storilca, ki strelja na ptičje strašilo, misli pa da strelja na človeka, ustreza objektivni biti inkriminacije umora, storilec iz skiciranih primerov manjka naklep, ki bi ustrezal objektivni biti inkriminaciji ponarejanja listin.¹⁶⁸

Roxin¹⁶⁹ opozarja, da gre zgolj za putativni delikt vselej, kadar storilec preširoko tolmači zakonske znake, ne glede na to ali gre za zakonski znak, ki je pretežno normativne ali pretežno deskriptivne narave. Povedano je mogoče ponazoriti na primeru zakonskega znaka »življenje« iz 127. člena KZ. Vzemimo za primer zdravnika, ki ve, da je oseba, priključena na medicinsko aparaturo, možgansko mrtva. Zdravnik izključi to medicinsko aparaturo, pri čemer pa pojem življenja razume širše in je posledično prepričan, da z odklopom aparature jemlje »življenje« (se ima torej za storilca umora).¹⁷⁰ Tudi v tem primeru gre le za putativni delikt. Če namreč le izhajamo iz prevladujočega stališča, po katerem življenje ugasne z možgansko smrtjo, je zdravnik izključil aparaturo mrtvecu. Ravnanje, ki bi ga pri ustrezni definiciji pojma »življenje«, šteli za nekaznivo, ne more postati kaznivo zgolj zaradi storilčeve napačne definicije tega pojma.

zmotno meni, da je njegovo ravnanje kaznivo dejanje, v resnici pa pravni red takšne inkriminacije sploh ne pozna (npr. stric, ki meni, da je storil kaznivo dejanje s tem, ko je imel spolne odnose s svojo nečakinjo, sicer starejšo od 15 let). Putativni delikt je povsem enostavno razmejiti od neprimerne poskusa, kadar gre za zmoto o *obstoju inkriminacije*. Težavnejši pa so primeri, kadar gre zmoto o *mejah inkriminacije*, saj je včasih težko ločiti, ali storilec napačno presoja dejstva (potem neprimerni poskus) ali pa zgolj obseg kazenskopravne prepovedi (potem putativni delikt).

166 BGHSt 7, 53.

167 BGHSt 13, 235.

168 Prim. Roxin, 2003: 460.

169 V nadaljevanju odstavka se opiram na Roxin, 2003: 460.

170 Primer je smiselno prirejen po Roxinu.

4.3. Poseben problem: protipravnost in podobni pojmi kot zakonski znaki

V nekaterih zakonskih opisih kaznivih dejanj je mogoče najti zakonske znake kot »protipravno«, »neupravičeno«, »v nasprotju s pravili mednarodnega prava« in podobne. Na prvi pogled se zdi, kot da bi zakonodajalec pri teh kaznivih dejanjih protipravnost nekako implantiral v bit inkriminacije, da bi med pogoje za sodbo o protipravnosti uvrstil tudi – pa naj se sliši še tako shizofreno – protipravnost samo. Kaj mora v takšnih primerih vsebovati naklep storilca oziroma kako v takšnih primerih postaviti ločnico med zmoto o biti inkriminacije in zmoto o protipravnosti?

Da je stališče, ki je dominiralo v nekdanji jugoslovanski, pa tudi starejši avstrijski, nemški in švicarski doktrini, po katerem mora v takšnih primerih naklep zaobseči tudi protipravnost¹⁷¹, pomanjkljivo, je že leta 1965 v članku *Problem razgraničenja stvarne i pravne zablude* pokazal Damaška.

Damaška izhaja iz predpostavke, da je stališče, trdno zasidrano v tedanji dogmatiki, po katerem mora naklep zaobseči popolnoma vse znake kaznivega dejanja – tudi tiste, ki predstavljajo negativno oceno dejanja s strani pravnega reda – posledica slabe teoretične obdelanosti nauka o biti inkriminacije. Avtor opozarja, da zakonodajalec včasih v zakonski opis kaznivega dejanja vključi tudi znake, ki nič ne prispevajo k esenci inkriminiranega vedenja: zakonodajalec jih v opis dejanja vključi iz raznih drugih razlogov ali pa preprosto po pomoti.¹⁷² Kadar esenca inkriminiranega vedenja ne izgubi ničesar, če zakonskemu opisu omenjene zakonske znake odvzamemo, tudi ni treba, da bi bili ti pokriti z naklepom.

V omenjenem članku Damaška upa, da se stališče, po katerem v določenih primerih ni treba, da bi bili zakonski znaki, kot na primer »protipravno«, pokriti s storilčevim naklepom, ne bi zdelo »preveč heretično«¹⁷³, v sodobni doktrini kazenskega prava pa je to stališče bolj ali manj splošno uveljavljeno. Naklep je koncipiran kot poznavanje socialnega pomena okoliščin, ki jih je mogoče subsumirati pod zakonske znake, in ne kot poznavanje pravne prepovedi ali zapovedi (temu pogledu ustreza tudi drugačno urejanje zmote o biti inkriminacije in zmote o protipravnosti). Kadar se storilčeva zmota nanaša *zgolj* na protipravnost njegovega ravnanja, ostaja zmota o protipravnosti, četudi

171 Glej npr. Srzentić, Stajić, 1978: 264. Podobno stališče je zastopano tudi pri nas, v učbeniku Bavcon, Šelih, [...] (2003: 293): »Med znaki kaznivega dejanja se včasih pojavijo tudi izrazi, kot npr. protipravno, neupravičeno, nezakonito, v nasprotju z zakonom. V teh primerih je postala protipravnost zakonski znak kaznivega dejanja in to pomeni, da se mora storilec zavedati tudi formalne protipravnosti ali nezakonitosti svojega dejanja.« V nadaljevanju bom skušal pokazati, da je treba to stališče korigirati in različno obravnavati situacije, ko se izraz protipravno (ali podoben izraz) nanaša na posamezen zakonski znak in situacije, ko se nanaša na inkriminirano ravnanje v celoti.

172 V tem smislu že M.E. Mayer, 1923: 185.

173 Damaška, 1965: 22.

zakonski opis iz takšnih ali drugačnih razlogov vsebuje pojme kot na primer »protipravno«.

Poleg tega se poudarja, da pojma zakonskega opisa kaznivega dejanja in biti inkriminacije, ki včasih nista bila deležna konciznega razločevanja¹⁷⁴, *ne sovpadata v celoti*. Pojmi kot na primer »protipravno«, ki jih včasih obsega zakonski opis, niso pravi zakonski znaki in niso sestavni del biti inkriminacije¹⁷⁵, zato zmeta o takšnem zakonskem znaku ne izključuje naklepa.

Vendarle pa je treba imeti pred očmi vsaj dve različni skupini primerov, v katerih se v zakonskih opisih pojavljajo zgoraj omenjeni pojmi.

Kadar se ti pojmi nanašajo na celotno ravnanje, ki ga zajema zakonski opis, kot na primer v kaznivem dejanju protipravnega odvzema prostosti iz 143. člena KZ, so ti pojmi konec koncev res popolnoma odveč: opis kaznivega dejanja protipravnega odvzema prostosti ne bi izgubil ničesar, če bi se namesto »Kdor koga protipravno zapre [...]« začel z »Kdor koga zapre [...]«. Kot razlog, zakaj zakonodajalec kljub temu vnaša protipravnost v zakonski opis, se navadno izpostavlja, da želi s tem sodnika še posebej napotiti k preverjanju, ali je bila protipravnost storilčevega ravnanja nemara izključena¹⁷⁶ (v tem primeru, ali je šlo za zakonito uporabo policijskih pooblastil). Povedano analogno velja tudi za uporabo pojma »neupravičeno« v kaznivem dejanju kršitve nedotakljivosti stanovanja iz 152. člena KZ. V slednjem primeru je mogoče sklepati, da je zakonodajalec pojem »neupravičeno« zakonskemu opisu dodal tudi zato, ker so vstopi v tuja stanovanja v vsakdanjem življenju precej pogosta praksa, in je zato želel že na ravni zakonskega opisa plastično pokazati, da za kaznivo dejanje kršitve nedotakljivosti stanovanja vendarle ne bodo odgovarjali vsi, ki vstopajo v tuja stanovanja.¹⁷⁷ Skleniti je torej mogoče, da kadar se v zakonskih opisih pojmi, kot je »protipravno«, nanašajo na celotno dogajanje, zajeto v opisu, in so za bit inkriminacije brez pomena, takrat za storilčev naklep *ni* potrebno zavedanje protipravnosti, zmeta o takšnem pojmu pa je zmeta o protipravnosti in *ne* »preraste« v zmeta o biti inkriminacije, četudi se ti pojmi pojavljajo v zakonskem opisu.

Drugače je, kadar se navedeni pojmi ne pojavljajo kot atributi zakonskega opisa kot celote, temveč kot atributi posameznega elementa, ki je del zakonskega opisa.¹⁷⁸ Kot primer takšne situacije je mogoče vzeti zakonski znak »protipravne [premoženjske koristi]« iz kaznivega dejanja goljufije (217. člen KZ). Kdor na podlagi napačnih pravnih premislekov meni, da mu korist, ki jo skuša pridobiti z goljufivim

174 V omenjenem članku Damaška teh dveh pojmov še ne ločuje strogo in ju občasno zamenjuje.

175 Glej Novoselec, 2004: 125.

176 Tako npr. že Mezger, 1931: 180.

177 Kljub povedanemu pa se ni mogoče povsem izogniti vtisu, da je vključevanje omenjenih pojmov v zakonske opise kaznivih dejanj bolj ali manj stihijsko, ne pa vselej utemeljeno na točno določenih didaktičnih ali drugih razlogih. Ni na primer videti razloga, zakaj zakonski opis kaznivega dejanja protipravnega odvzema prostosti (143. člen KZ) vsebuje pojem »protipravno«, zakonski opis kaznivega dejanja prisiljenja (142. člen KZ) pa ne.

178 Prim. Roxin, 1997: 238 – 239, 410 – 411.

prikazovanjem okoliščin, pripada, ta seveda tudi na laičen način ne more razumeti, da si bo na goljufiv način pridobil nekaj, kar mu ne pripada, zato storilčev naklep do goljufije ni podan. Podobno ob obravnavi tega primera ugotavlja Damaška: »Če bi ob tej priložnosti storilcu sodili za naklepno goljufijo, njegova predstava o dejanju ne bi zrcalila *ratio essendi* inkriminacije. On [storilec] se nahaja v zmoti, ki izključuje naklep – dejanski zmoti [zmoti o biti inkriminacije].«¹⁷⁹ Da bo slika popolna, je treba dodati še tisto, kar Damaška abstrahira. Pravni red izhaja iz prepovedi prisiljevanja in goljufanja tudi takrat, kadar posameznik želi uveljaviti tisto, kar mu pripada (kadar razpolaga z »dospelim zahtevkom«), seveda pa tudi, kadar želi uveljaviti nekaj, za kar *misli*, da mu pripada. Omenjeni storilec, ki skuša na goljufiv način pridobiti nekaj, za kar misli, da mu pripada, tako sicer nima naklepa do goljufije, ima pa naklep do samovoljnosti (313. člen KZ).

Gornje razmisleke bi torej lahko strnili v naslednji sklep: da bi ugotovili, ali morajo biti protipravnost in podobni pojmi, ki jih iz včasih bolj drugič manj jasnih razlogov omenjajo posamezni zakonski opisi, zajeti s storilčevim naklepom, je treba raziskati, ali ti pojmi kaj prispevajo k biti inkriminacije. V primerih, kadar se ti pojmi nanašajo na celoten opis kaznivega dejanja, je mogoče reči, da gre za pleonazme: tudi brez uporabe teh pojmov bi bilo jasno, da zakon grozi s kaznijo samo takrat, kadar je bit inkriminacije uresničena protipravno. V teh primerih je zmota o teh pojmih zgolj zmota o protipravnosti in na storilčev naklep nima vpliva. Nasprotno pa so ti pojmi lahko za bit inkriminacije konstitutivnega pomena, kadar se nanašajo zgolj na posamezne elemente zakonskega opisa, in ne na opis kot celoto.¹⁸⁰ V takšnih primerih morajo biti pokriti s storilčevim naklepom: v primeru, da ima storilec o njih napačno ali pa sploh nobene predstave, je v zmoti že o sami biti inkriminacije, kar pomeni negacijo naklepa.

Posebej je treba opozoriti še na inkriminacije, ki vsebujejo zakonske znake, ki dajejo vrednostni pečat celotni inkriminaciji, v kateri se nahajajo (*gesamttatbewertende Merkmale*). V slovenskem KZ je takšen zakonski znak na primer »grozovit način« iz 1. točke 2. odstavka 127. člena KZ. Ta vrsta normativnih zakonskih znakov odpira več težavnih doktrinarnih vprašanj, od katerih je za tukajšnje razpravljanje zlasti pomembno, ali te zakonske znake šteti kot del biti inkriminacije in zmoto o njih obravnavati kot zmoto o biti inkriminacije ali pa jih šteti kot del protipravnosti in zmoto o njih obravnavati (zgolj kot) zmoto o protipravnosti. Po eni strani dajejo ti zakonski znaki jasen pečat biti inkriminacije: če jih izpustimo, imamo opraviti z drugačno bitjo inkriminacije, kar je nesporen argument za to, da so ti zakonski znaki sestavni del biti inkriminacije, zmota o njih pa je zmota o biti inkriminacije. Po drugi strani pa bi takšna rešitev, po kateri morajo biti tudi zakonski znaki, ki vrednostno zaznamujejo celotno dejanje, pokriti s storilčevim naklepom, pomenila, da bi bila

179 Damaška, 1965: 23.

180 Tako na primer nemško zvezno sodišče v eni izmed sodb decidirano zapiše, da je protipravnost premoženjske koristi pri kaznivem dejanju izsiljevanja zakonski znak, zmota o protipravnosti premoženjske koristi pa je zmota o biti inkriminacije (BGHSt 4, 105). Nasprotno temu slovensko Vrhovno sodišče v sodbi I Ips 74/97 meni, da gre za pleonazem tudi, kadar se izraz protipravno nanaša na posamezen element zakonskega opisa.

kaznivost povsem odvisna od subjektivnih vrednotenj storilca samega: če na primer načina, na katerega je vzel življenje žrtvi, ne bi štel za grozovitega, bi s tem avtomatično odpadel njegov naklep do te kvalificirane oblike umora. To bi pravzaprav pomenilo, da odgovor na vprašanje, ali gre za grozovit način izvršitve umora ali ne, prepustimo vrednostni sodbi storilca samega, kar bi nasprotovalo naravi prava kot objektivnega reda.¹⁸¹ Večinsko sprejeta rešitev tega problema je, da dejanske okoliščine, ki delajo storilčevo ravnanje grozovito, štejemo za del biti inkriminacije, vrednotenje teh okoliščin pa umestimo na raven protipravnosti ter na podlagi tega rešimo tudi vprašanje zmot: zmoto o okoliščinah, ki delajo dejanje grozovito, obravnavamo kot zmoto o biti inkriminacije, napačno ovrednotenje teh okoliščin pa obravnavamo kot zmoto o protipravnosti.¹⁸² Povedano na primeru: če se storilec umora zaveda, da svoji žrtvi povzroča posebej intenzivno psihično trpljenje, to zadošča za zavestno sestavino naklepa do grozovitosti, četudi takšne izvršitve umora storilec sam ne šteje za grozovito.¹⁸³

5. Sklepno o normativnih zakonskih znakih

Brez uporabe normativnih zakonskih znakov si kolikor toliko pregledne in jedrnate kazenske zakonodaje ni mogoče zamisliti. Izključno deskriptivno formuliranih zakonskih opisov si ni mogoče zamisliti tudi zato, ker je deskriptivnim pojmom treba postaviti meje: to nalogo (do neke mere nujno arbitrarno) opravljajo norme, ki opredeljujejo, kje je začetek in kje konec življenja, kateri prostori štejejo za stanovanje in kateri ne, kaj je še spolno občevanje in kaj ne več, ipd. V teh mejnih področjih torej tudi deskriptivni pojmi postanejo normativno (so)opredeljeni. Nadalje pravo iz takšnih ali drugačnih razlogov določenim deskriptivnim pojmom pripisuje širšo vsebino, kot jo imajo v splošno pogovornem jeziku: čeprav kokoši v pogovornem jeziku nihče ne pravi stvar, je tudi kurji tat – tat, saj pravo kokoši šteje za stvari (enako velja na primer za tatu telefonskih impulzov, glede katerih nam v pogovoru prav tako ne pade na pamet, da bi jim rekli »stvar«). Tudi s pripisom širše vsebine sprva deskriptivni zakonski znaki v »razširjenem delu« postanejo normativni.

Eden bolj perečih problemov, povezanih z normativnimi zakonskimi znaki, je vprašanje njihove združljivosti z načelom določnosti kazenskopravne zakonodaje, zlasti kadar njihova vsebina ni enoznačno opredeljena v obče zavezujoči pravni normi, temveč

181 Seveda pa je res, da so zakonski znaki kot na primer »grozovit način« do te mere ohlapni, da je težko govoriti o njihovi »objektivno pravilni« vsebinski napolnitvi. Prav zaradi tega kaže pri snovanju inkriminacij restriktivno uporabljati tovrstne izraze.

182 Tako na primer Jescheck, Weigend, 1996: 248; Maurach, Zipf, 1992: 533; podobno Roxin, 1997: 410 – 411.

183 Glej tudi Novoselec, 1989: 1138 (komentar sodne prakse).

izhaja edino iz določene kulturno-socialne norme. Kljub predpostavki, da naj bi bili v teh primerih določnost in z njo predvidljivost zagotovljeni z vezanostjo sodnika na skupna socialno-etična vrednotenja, vendarle ni mogoče mimo tega, da so v sodobnih, (naj mi bo dovoljeno uporabiti nekoliko moden izraz) pluralnih družbah tudi socialno-etična vrednotenja lahko precej pluralna. Zato je, kadar gre za tovrstne pojme, potrebna »dvojna restriktivnost«: zakonodajalec mora posebej pozorno pretehtati, ali je uporaba tovrstnih nedoločnih pojmov neizogibna¹⁸⁴, uporabnik prava pa jih mora razlagati ozko.

Normativni zakonski znaki so povezani z določenimi posebnostmi na področju presoje zavestne sestavine naklepa in zmot. Temeljni pripomoček na tem področju je Mezgerjeva formula vzporedne ocene v laični sferi. Odlika te formule je njena preprostost, pomanjkljivost pa prej ko ne ta, da je nekoliko nedoločna, saj pogosto ni mogoče enoznačno opredeliti, kaj mora storilčeva »laična ocena« obsegati. Kljub številnim poskusom izdelati zanesljivejša merila¹⁸⁵, pa boljše formule kazenskopravna doktrina zaenkrat ne pozna.

Tipična zmota, ki se nanaša na normativne zakonske znake, je subsumpcijska zmota (čeprav, kot je bilo pokazano, ta ni izključena niti, kadar imamo opraviti z zakonskimi znaki, ki so v pretežni meri deskriptivni). Subsumpcijske zmote ne gre kratko malo odpraviti z argumentom, da je načelno neupoštevna. Subsumpcijska zmota namreč ni posebna zmota *sui generis*, ki bi jo lahko razglasili za upošteveno ali neupošteveno, temveč je le skupno ime za več različnih zmot, katerim je skupno to, da temeljijo na napačni interpretaciji določenega zakonskega znaka. Kot je bilo pokazano, je subsumpcijska zmota lahko bodisi zmota o biti inkriminacije bodisi (izogibna ali neizogibna) zmota o protipravnosti bodisi zgolj zmota o kaznivosti. Čeprav je res, da bo subsumpcijska zmota najpogosteje *izogibna* zmota o protipravnosti, tudi v teh primerih ne drži, da je neupoštevna: KZ daje v primeru takšne zmote sodišču izrecno pooblastilo za omilitev kazni.

Ob proučevanju »obrnjene« subsumpcijske zmote se je izkazalo, da je včasih težko razmejiti neprimeren poskus in putativni delikt. Obstajajo namreč primeri, ko ni povsem enostavno ugotoviti, ali gre za napačno presojo dejstev ali za napačno presojo meja inkriminacije. Vendarle je ta distinkcija pomembna: neprimerni poskus je načeloma kazniv, putativni delikt nikoli. Kadar v tovrstnih primerih analiza pokaže, da gre vendarle za neprimeren poskus, je omenjena bližina med načelno kaznivim in nekaznivim področjem za sodnika vsekakor lahko argument za odpustitev kazni, ki je v slovenskem KZ fakultativno predvidena pri neprimernem poskusu.

184 Prim. Weber, 2002: 123.

185 Za izčrpen pregled teh poskusov glej Roxin, 1997: 415 – 417.

B. Objektivna pripisljivost kot vrednostna dopolnitev naravoslovno pojmovane vzročnosti

1. Uvodna opomba: vzročnost kot naravni ali socialno pripisani pojav?

Znano je, da je problem vzročnosti sporen tako v filozofiji, naravoslovju kot tudi v družboslovju. V filozofiji je vzročnost radikalno problematiziral Hume, ki je menil, da vzročnost objektivno ne obstaja, temveč gre zgolj za proizvod človekove duševnosti. Prepričanje o povezanosti posameznih pojavov nastane iz navade: ker posamezne pojave velikokrat zaznamo v določenem zaporedju, izoblikujemo asociativno predstavo o njihovi povezanosti. Tako je vzročnost sicer utemeljena v izkustvu, ne pa v umskem spoznanju nečesa objektivnega, kar bi bilo del materialne resničnosti: če pojavu A sledi pojav B tisočkrat zapored, izkustveno menimo, da mu bo sledil tudi tisočprvičkrat, objektivno pa za to nimamo nikakršnega jamstva. Pojem vzročnosti je po avtorjevem mnenju torej nastal tako, da smo iz časovnega zaporedja napravili vzročno zvezo – pojem »potem« smo preoblikovali v pojem »zaradi tega«.¹⁸⁶

V naravoslovju je velik zasuk v pojmovanju vzročnosti povzročila kvantna fizika, ki se je dokopala do danes splošno sprejete predpostavke, da dogajanja v atomu niso vzročno determinirana, temveč sledijo statističnim zakonom, ki dovoljujejo zgolj verjetnostne sklepe. Po drugi strani je relativnostna teorija pokazala, da je predstava vzročnega poteka dogodkov v času smiselna zgolj v zelo omejenem obsegu.

Naštete omejitve zakonov vzročnosti, ki so jih razkrile naravoslovne znanosti, na pojmovanje vzročnosti v kazenskem pravu seveda ne morejo imeti bistvenega vpliva. Kolikšen pomen jim pripisuje kazenskopravna teorija, plastično ilustrira naslednja Roxinova misel: »Vse to [omejitve vzročnih zakonitosti, ki jih je dognalo naravoslovje] ne spremeni ničesar pri tem, da pravnik ne bi mogel še naprej operirati s tradicionalnim pojmom vzročnosti. Kajti dejstvo, da na subatomarnem področju veljajo zgolj statistični zakoni, ne preprečuje, da bi se s praktično absolutno gotovostjo zanesli na zakone vzročnosti v vsakdanjem življenju, s katerimi ima opraviti pravnik; po drugi strani pa relativnostna teorija običajne predstave vzročnosti napravi neuporabne zgolj pri razmišljanju v kozmičnih dimenzijah, medtem ko v omejenih prostorih prava rezultatov, do katerih pripelje zakon vzročnosti, ne more bistveno spremeniti.«¹⁸⁷

186 Podrobneje glej npr. Kunzmann, Burkard, Wiedmann, 1997: 125; Koriath, 1994: 406 – 410; Kos, 1970: 139 – 140.

187 Roxin, 1997: 292.

Prav tako sodobna spoznavna teorija ne sledi nauku o vzročnosti kot »proizvodu duševnosti«, temveč vzročnost šteje za realen, empiričen pojav. Kljub temu pa je v kazenskem pravu večkrat zaslediti tendenco vzročnost so-opredeliti s socialno-vrednostnimi merili.¹⁸⁸ Tako kazenskopravna doktrina in judikatura večkrat govorita npr. o »pravni vzročnosti«, vrednostnih merilih, po katerih naj se presoja vzročnost ipd. Vendar pa se v novejši doktrini ta pristop zavrača: poudarja se, da je vzročnost empirična kategorija, v kateri ne more biti prostora za vrednotenje. Seveda pa kazensko pravo ni empirična, temveč je normativna disciplina, ki se ne more zadovoljiti z golo ugotovitvijo vzročnega odnosa med storilčevim ravnanjem in nastalo posledico. Zato si mora poleg vprašanja vzročnosti zastaviti tudi vrednostno vprašanje, ali je nastalo posledico mogoče storilcu pripisati kot njegovo delo.¹⁸⁹

Na tej predpostavki gradijo teorije objektivne pripisljivosti, katerih temeljna naloga je ožiti cono kaznivosti v primerih, kadar bi golo ugotavljanje vzročnega odnosa med ravnanjem in nastalo posledico dalo preširoke rezultate. *Presoja objektivne pripisljivosti je torej dvostopenjski postopek: najprej je treba ugotoviti, ali obstaja naravoslovno pojmovana vzročna zveza med storilčevim ravnanjem in prepovedano posledico, v drugem koraku pa je treba oceniti, ali je ta zveza v pravnem in vrednostnem smislu bistvena.* Izjemo od tega pravila v določenem smislu predstavljajo nepravna opustitvena kazniva dejanja: če se postavimo na stališče, da pri teh kaznivih dejanjih po naravi stvari naravoslovno pojmovane vzročne zveze med ravnanjem in posledico ne more biti¹⁹⁰, potem se mora presojanje objektivne pripisljivosti zožiti zgolj na normativno oceno o povezanosti opustitvenega ravnanja in nastale posledice.

188 Glej tudi Dežman, 1996 a): 271, kjer se avtor sprašuje, »do kakšne mere je vzročnost naravoslovni pojem in v kolikšni meri pravna konstrukcija«.

189 Prim. Novoselec, 2004: 155.

190 Še danes je v doktrini sporno, ali je opustitev lahko vzrok za nastanek določene posledice. Če za vzročnost zahtevamo izvor energije, ki deluje v zunanjem svetu, potem o vzročnosti seveda ne moremo govoriti. Če pa se, nasprotno, zadovoljimo s tem, da za vzročnost zadošča, da sta opustitev in posledica povezana na podlagi določene zakonitosti (tako je npr. mogoče reči, da sta opustitev hranjenja otroka in njegova smrt zakonito povezana), je o vzročnosti mogoče govoriti. Ta spor je bolj ali manj neproduktiven, saj tudi avtorji, ki zanikajo vzročno moč opustitev, ne zagovarjajo nekaznivosti nepravilnih opustitev. Ti avtorji so pripravljeni v primeru nepravilnih opustitev objektivno pripisljivost priznati, ne glede na to, da vzročnosti v naravoslovnem smislu ni (ugotoviti pa je seveda treba, da storilec v nasprotju z garantno dolžnostjo posledice ni preprečil) – tako npr. Jescheck, Weigend, 1996: 278.

2. Razlogi za omejevanje rezultatov, pridobljenih na podlagi ekvivalenčne teorije vzročnosti, z vrednostnimi merili

Ekvivalenčna teorija je v doktrini in sodni praksi tradicionalno najpogosteje uporabljana teorija vzročnosti. Ta teorija vsem pogojem, ki so doprinesli k nastanku prepovedane posledice, pripisuje enak pomen (od tod tudi njeno poimenovanje), torej ne razločuje med bolj in manj oddaljenimi, bolj in manj pomembnimi, bolj in manj posrednimi ipd. Zaradi tega jo v literaturi pogosto enačijo z filozofsko-naravoslovnim pojmovanjem vzročnosti, kar pa je le deloma utemeljeno. Res je, da narava ekvivalenčne teorije vzročnosti ni pravna, temveč je filozofsko-naravoslovna v tem smislu, da pravno ne vrednoti pomena posameznih pogojev, ki so doprinesli k nastanku prepovedane posledice. Vendarle pa se od filozofsko-naravoslovnega pojmovanja vzročnosti loči po tem, da kot vzrok ne obravnava celote vseh pogojev, ki so potrebni za uresničitev določene posledice, temveč vsak pogoj obravnava kot samostojen vzrok: zanima jo zgolj povezava med določenim človekovim ravnanjem in določeno posledico, vse ostale dejavnike pa abstrahira (v tem smislu je njena narava torej pravna in ne filozofsko-naravoslovna).

Ekvivalenčna teorija pri ugotavljanju vzročnosti tradicionalno uporablja znamenito formulo »odmišljanja« (hipotetične eliminacije): če odmislimo določen pogoj in ugotovimo, da v tem primeru tudi posledica ne bi nastala, potem je vzročnost podana; ali z drugimi besedami: kot vzrok šteje vsak pogoj, brez katerega posledica ne bi nastala (od tod poimenovanje formule *condicio¹⁹¹ sine qua non*). Čeprav je ta formula zaradi svoje navidezne logičnosti in jasnosti široko sprejeta, je takoj treba opozoriti, da k sami ugotovitvi vzročnosti ne more prispevati ničesar, saj je odmišljanje lahko uporabno le, ko nam je vzročna povezava enkrat že znana. Dejstvo, da formula *condicio sine qua non* predpostavlja nekaj, kar naj bi šele sama ugotovila, se v literaturi navadno ilustrira z znamenito zadevo zdravila »Contergan« (generično talidomid): če želimo ugotoviti, ali je uporaba tega uspavalnega sredstva med nosečnostjo povzročila napačen embrionalni razvoj, nam ne more biti v pomoč miselna operacija, s katero odmislimo uporabo tega uspavalnega sredstva, in se vprašamo, če bi v tem primeru posledica nastopila, saj odgovora na to vprašanje ne poznamo. Na vprašanje lahko odgovorimo šele, če vemo, ali je uspavalno sredstvo vzročno vplivalo na napačen embrionalni razvoj.¹⁹²

Formulo *condicio sine qua non* lahko torej v najboljšem primeru uporabimo kot sredstvo, s katerim preverimo rezultat, do katerega smo prišli po drugi poti. Vendar pa tudi kot sredstvo preverjanja včasih napotuje na napačne sklepe. V primerih, ko bi namesto ravnanja, ki ga odmislimo, enako posledico povzročil drug vzrok (v verižnem

191 V literaturi je poimenovanje formule včasih pisano tudi s »t«, torej kot *conditio sine qua non*. Sam se držim načina zapisa, kot izhaja iz Bradačevega Latinsko-slovenskega slovarja.

192 Glej npr. Jescheck, Weigend, 1996: 281 – 282; Roxin, 1997: 296.

trčenju bi namesto voznika A naletel voznik B, ki je vozil za njim), ter v primerih, kadar je posledica povzročena z več istočasnimi ravnanji, od katerih vsako posamezno zadošča za njeno povzročitev (A in B neodvisno drug od drugega C-ju v hrano nasujeta strupa, pri čemer tako A-jev kot B-jev odmerek zadošča za smrt C-ja), formula *condicio sine qua non* napačno sugerira, da vzročnosti ni.¹⁹³

Zaradi navedenih pomanjkljivosti danes v kazenskopravni znanosti uporabo formule *condicio sine qua non* številni avtorji opuščajo, ekvivalenčno teorijo pa vežejo na formulo o zakonitem pogoju, ki jo je zasnoval Engisch¹⁹⁴, v novejšem času pa je eden njenih najvidnejših zastopnikov Jescheck¹⁹⁵. Po formuli zakonitega pogoja je vzročna zveza podana, kadar je sprememba v zunanjem svetu v skladu z določeno naravno zakonitostjo nujno povezana s predhodnim ravnanjem. Odlika te formule je, da nam v primerih, ko nam je vzročnost že znana, omogoča obstoj vzročnosti na jasn način potrditi, pri čemer nas ne vodi v zmote, do katerih lahko pripelje hipotetična eliminacija pri formuli *condicio sine qua non*.¹⁹⁶ Seveda pa nam tudi formula zakonitega pogoja ne more pomagati, kadar nam vzročnost ni poznana: formula namreč nič ne pove o vsebini naravnih zakonitosti v vsej njihovi pestrosti. Glede vezanosti ekvivalenčne teorije na različne formule je torej mogoče skleniti, da si v primerih, ko nam vzročnost ni že od samega začetka znana, pri njenem ugotavljanju ne moremo pomagati s to ali ono formulo, temveč je vzročnost mogoče ugotoviti šele z uporabo metod naravoslovnih znanosti, torej je v takšnih primerih nujna pritegnitev izvedencev.¹⁹⁷

193 Prim. Puppe, 1994: 299 – 300. V literaturi je navedenih obilo primerov, ki to slabost formule *condicio sine qua non* ilustrirajo – glej npr. Jescheck, Weigend, 1996: 282 – 283; Roxin, 1997: 296. Tako bi na primer v primeru vojaka, ki je nekoga v vojni protipravno usmrtil, pri čemer pa se sklicuje na to, da če usmrtitve ne bi izvršil, bi to osebo pač usmrtil drug vojak, na podlagi formule *condicio sine qua non* prišli do sklepa, da je vojakovo ravnanje mogoče odmisлити, posledica pa bi vseeno nastala, torej da vzročnosti ni. Poskus modificiranja formule, ki bi to slabost odpravila, je mogoče zaslediti pri Welzlu 1969: 44 – 45. Tako Welzel predlaga, da je treba, če imamo opraviti s takšnimi primeri, formulo zastaviti takole: od več pogojev, katere je mogoče alternativno (vsakega posebej) odmisлити, ni jih pa mogoče odmisлити kumulativno (vseh skupaj), ne da bi zaradi tega izostala posledica, je treba šteti, da je vsak izmed pogojev za posledico vzročen.

194 Tako Engisch (1931: 21) zapiše: »Ravnanje [...] se pokaže kot vzročno [...] takrat, kadar so temu ravnanju sledile spremembe v zunanjem svetu, ki so bile z ravnanjem povezane na podlagi (naravne) zakonitosti [...]«.

195 Glej Jescheck, Weigend, 1996: 283.

196 Tako v primeru vojaka, ki nekoga protipravno usmrti in se sklicuje na to, da bi v primeru, če tega na bi storil, to osebo pač ubil drug vojak, ne more biti nobenega dvoma, da je v skladu z naravnimi zakoni njegovo ravnanje povzročilo smrt te osebe.

197 Seveda pa bo tudi izvedenec včasih lahko sodišču postregel zgolj s splošnimi izsledki znanosti o vzročni povezanosti določenih pojavov, na vprašanje, ali je vzročna zveza obstajala v konkretni zadevi, ki jo obravnava sodišče, pa ne bo mogel odgovoriti. Podrobno o tem problemu, s katerim se je sodna praksa soočila zlasti v zadevah ugotavljanja kazenskopravne odgovornosti za škodo, ki jo domnevno povzročijo izdelki splošne potrošnje (»*Produkthaftung*«), Puppe, 1994 a): 1148 – 1151. Prim. Kuhlen, 1994: 1145 – 1146.

Ekvivalenčna teorija, izhajajoč iz naravoslovnega pojmovanja vzročnosti, zaobjame zelo širok krog vzrokov: vzročni pomen priznava tako časovno zelo oddaljenim ravnanjem (*regresus ad infinitum*) kot tudi ravnanjem, za katera je povzročitev določene posledice sicer skrajno netipična. Tako mora po eni strani kot vzrok smrti umorjene osebe šteti tudi rojstvo njenega morilca, po drugi strani pa sta v skladu z ekvivalenčno teorijo za smrt A-ja enako vzročni ravnanje B-ja, ki je A-ju predlagal sprehod na svežem zraku, in C-ja, ki ga je v prometni nesreči, ki se je pripetila na tem sprehodu, do smrti povozil.

Tradicionalna rešitev teh problemov je zanikanje možnosti subsumpcije pod določen zakonski znak¹⁹⁸ (rojavanja ni mogoče subsumirati pod zakonski znak »vzeti življenje«, saj gre konec koncev za njegovo diametralno nasprotje) ali pa argument, da storilec ni ravnal krivdno (B, ki je A-ju predlagal sprehod, ni imel naklepa povzročiti A-jevo smrt, niti ni bil do nje malomaren). Vendar pa ima omejevanje odgovornosti s pomočjo zanikanja krivde že načelno pomanjkljivost, ker ravnanja, za katera je povzročitev določene posledice skrajno netipična, šteje za protipravna; praktično nesprejemljive rezultate pa daje v primerih, kadar je storilec netipično posledico predvidel ali celo zaobjel s svojim naklepom¹⁹⁹ (recimo, da je B, ki je A-ju predlagal sprehod, upal, da bo A-ja na sprehodu povozil avto). Ta problem je skušal rešiti Welzel, ko je trdil, da imamo v primerih, kadar si storilec želi nastopa posledice, ki je komaj verjetna²⁰⁰, opraviti zgolj z upanjem oziroma željo, ne pa z voljo, ki bi imela moč realnega vplivanja na dogajanje, kakršna je potrebna za naklep.²⁰¹ Vendar pa je ta Welzlova argumentacija kasneje zavrnjena kot neprepričljiva, saj pri storilcu, ki je subjektivno hotel točno tisto, kar se je zgodilo, načrtovanje in realni potek dogajanja sovpadata (čeprav se je zdelo povsem neverjetno, se je zgodilo točno tisto, kar je storilec hotel). V takšnem primeru v prid neupravičenosti kaznovanja torej ne govorijo subjektivne predpostavke na storilčevi strani, temveč že sama objektivna naključnost (v bistvu: nepričakovanost, neobičajnost, nepredvidljivost) dogodka – popolnoma naključne povzročitve smrti že objektivno ne moremo šteti za usmrtitev v pravnem smislu.²⁰²

Zgoraj obravnavani primer je zgolj eden izmed skoraj nepregledne množice primerov, ki pokažejo nesprejemljivost rešitve, značilne za starejšo doktrino, po kateri ekvivalenčno pojmovana vzročna zveza med storilčevim ravnanjem in posledico zadošča za izpolnjenost objektivne biti inkriminacije, zadeve, pri katerih se kaznovanje zdi neprimerno, pa se skuša sanirati z zanikanjem naklepa. Tako je v sodobni doktrini nesporno, da za izpolnitev biti inkriminacije zgolj naravoslovno pojmovana vzročna povezava med ravnanjem in posledico ne zadošča, temveč mora biti mogoče ravnanju

198 Glej Novoselec, 2004: 153.

199 Glej Novoselec, 2004: 154.

200 Welzel (1969: 66) uporabi primer pošiljanja drugega v gozd ob bližajoči se nevihti, v upanju, da ga bo tam zadela strela. V novejši literaturi se v ilustracijo takšne situacije pogosto uporablja primer pošiljanja drugega na letalo, v upanju, da bo letalo strmoglavilo.

201 Welzel, 1969: 66.

202 Prim. Roxin, 1997: 310 – 311.

pripisati posledico tudi v vrednostnem smislu. Na tej ugotovitvi je najprej gradila teorija »adekvatne vzročnosti«, kasneje pa se je na njeni podlagi razvil nauk o objektivni pripisljivosti.

3. Teorija adekvatnosti

Rešitev, po kateri bi bilo odgovornost za skrajno netipične posledice posameznih ravnanj mogoče zanikati že na ravni vzročnosti²⁰³, je skušala ponuditi teorija adekvatnosti, katere začetki segajo v konec 19. stoletja. V svojih začetkih ta teorija uči, da je v kazenskopravnem smislu vzročno zgolj ravnanje, ki ima splošno tendenco, da povzroči določeno posledico, medtem ko pogoji, ki zgolj naključno pripeljejo do učinka, pravno niso relevantni.²⁰⁴ Kasneje teorijo adekvatnosti precizira Engisch²⁰⁵, ki pojasnjuje, da je določeno ravnanje moč šteti za ustrezen (adekvaten) pogoj za nastalo posledico, kadar glede na dane okoliščine ni povsem neverjetno, da bi to ravnanje za seboj potegnilo takšno posledico.²⁰⁶

Vprašanje adekvatnosti pogoja glede na posledico je seveda skrajno široko in dopušča različne interpretacije. V doktrini je bilo dolgo časa sporno, kakšna naj bodo podrobnejša merila za presojo tega vprašanja, zlasti s katere časovne točke (*ex post* ali *ex ante*), s čigavega zornega kota (storilca ali tretjega) in na podlagi čigavih znanj presojati adekvatnost. Danes je večinsko sprejet koncept »objektivno-naknadne prognoze«: sodnik se mora naknadno (torej v času sojenja) vživeti v položaj pred dejanjem presojajočega objektivnega opazovalca, ki razpolaga z znanjem razumnega človeka in hkrati s posebnimi znanji storilca.²⁰⁷ V znamenitem šolskem primeru, ko A pošlje B-ja na potovanje z letalom v upanju, da bo letalo strmoglavilo, nakar se to res zgodi, A s tem praviloma ne ustvari adekvatnega pogoja za smrt B-ja, kajti objektivni opazovalec bi pred poletom takšen dogodek štel za komaj verjetnega.²⁰⁸ Če pa je A

203 Teorijo adekvatnosti je kazenskopravna doktrina dolgo časa obravnavala kot teorijo vzročnosti (»adekvatna teorija vzročnosti«), čeprav po naravi stvari pri teoriji adekvatnosti ne gre za presojo vzročnosti v strogem smislu, temveč za postopek ločevanja pravno pomembnih in nepomembnih vzrokov. Tako se sam izogibam teorijo adekvatnosti imenovati teorija vzročnosti, v nadaljevanju pa bom skušal pokazati, da ne gre zgolj za terminološki purizem, temveč da lahko napačno poimenovanje zavede tudi k napačnemu metodološkemu pristopu.

204 Tako pojasnjuje bistvo teorije adekvatnosti njen utemeljitelj, freiburški logik in fiziolog Johannes v. Kreis (1853-1928). Navedba v Engisch, 1931: 41.

205 Glej Engisch, 1931: 41 – 74.

206 Engisch, 1931: 46.

207 Roxin, 1997: 308 – 309.

208 Vprašanje, ki se zastavi še pred presojo adekvatnosti pogoja glede na posledico, je seveda, ali je tovrstno »pošiljanje na potovanje z letalom« sploh mogoče šteti za ravnanje v smislu kazenskega

vedel, da je na letalu podtaknjena bomba, je presoja seveda drugačna: v tem primeru bi tudi objektivni opazovalec, ki bi razpolagal s storilčevim vedenjem, potovanje ocenil kot izjemno nevarno, zato je treba šteti, da je A ustvaril adekvaten pogoj za smrt B-ja.²⁰⁹

Posebej je treba poudariti, da teorija adekvatnosti ni teorija vzročnosti (čeprav je v literaturi pogosto tako imenovana). Teorija adekvatnosti lahko ponudi zgolj odgovor na vprašanje, kateri vzroki so pravno pomembni, o sami vzročnosti (torej o vprašanju, kaj so resnični vzroki določene posledice) pa ne pove ničesar. Za ponazoritev te trditve je zopet mogoče uporabiti znamenito zadevo zdravila »Contergan«: če želimo ugotoviti, ali je uporaba tega uspavalnega sredstva med nosečnostjo povzročila napačen embrionalni razvoj, pri tem ne more prav nič pomagati razglabljanje o tem, ali bi objektivni opazovalec štel za verjetno, da bo imelo uživanje tega uspavalnega sredstva takšne učinke. Tako je že Engisch²¹⁰ zapisal, da bi adekvatnost osebno raje obravnaval kot poseben element v biti inkriminacije, poleg vzročnosti; prav tako pa tudi Mezger²¹¹ teorije adekvatnosti ni štel za teorijo vzročnosti, temveč za »teorijo jamčevanja« (*Haftungstheorie*), oziroma teorijo pravne relevance, ki naj, ko je vzročnost enkrat že ugotovljena, pove, ali je ta vzročnost tudi pravno relevantna.

Teorija adekvatnosti je torej zgolj mehanizem selekcije, ne pa mehanizem odkrivanja vzrokov, in v tem smislu torej le dopolnitev, ne pa nadomestitev ekvivalenčne teorije. Včasih je bilo v kazenskopravni doktrini sicer razmeroma ustaljeno v zvezi z neobičajnimi vzročnimi poteki govoriti o »zanikanju vzročnosti«, v novejšem času pa se opozarja, da tovrstno poimenovanje zamegljuje, da moramo v takšnih primerih opraviti dve fazi razmišljanja, ki temeljita druga na drugi: *najprej je treba ugotoviti, če sta dve okoliščini v razmerju vzroka in posledice, nato pa presojati, ali je ta zveza v pravnem in vrednostnem smislu bistvena.*

Teorija adekvatnosti torej ni teorija vzročnosti, temveč je teorija pripisljivosti.²¹² Njen cilj je ugotoviti, ali je določen učinek, za katerega ni sporno, da je posledica storilčevega ravnanja, mogoče tudi v vrednostnem smislu pripisati storilcu. Vendar pa je sito, ki ga nudi teorija adekvatnosti, preveč prepustno: delovanje teorije adekvatnosti je omejeno predvsem na izključevanje pripisljivosti pri nenavadnih vzročnih potekih, obstajajo pa še številni drugi primeri, v katerih se zdi upravičeno, kljub podani vzročni zvezi, zanikati storilčevo odgovornost že po objektivni plati (ne da bi se torej spuščali v presojo njegove krivde)²¹³. Zato se vprašanje možnosti pripisati posledico storilčevemu

prava. Ne glede na to, katero od vidnejših teorij ravnanja izberemo (kavzalno, finalno, socialno ali personalno), ugotovimo, da gre za ravnanje v kazenskopravnem smislu.

209 Roxin, 1997: 309.

210 Engisch, 1931: 51.

211 Mezger, 1931: 122.

212 Jescheck, Weigend, 1996: 285; Roxin, 1997: 309.

213 Zlasti značilni so primeri, ko bi posledica nastala tudi, če bi storilec upošteval pravila dolžnostnega ravnanja. Te in še druge primere, ki jih teorija adekvatnosti ni mogla ustrezno rešiti, obravnavam v nadaljevanju.

ravnanju s teorijo adekvatnosti ne izčrpa – ta teorija je kot idejni agens predstavljala zgolj uvod v celovitejši nauk o objektivni pripisljivosti.

4. Vrednostna izhodišča nauka o objektivni pripisljivosti

Spričo spoznanja, da je vzročnost, kot jo razume ekvivalenčna teorija, nujen, ne pa tudi zadosten pogoj za izpolnjenost objektivne biti inkriminacije, ter zaradi ugotovitve, da tudi teorija adekvatnosti ni v celoti kos ustrezni selekciji tistih posledic, ki jih je storilcu v vrednostnem smislu mogoče pripisati, se je v šestdesetih letih prejšnjega stoletja v nemški kazenskoopravni doktrini začel oblikovati nauk o objektivni pripisljivosti. Danes je ta nauk v nemški doktrini že široko uveljavljen, vendarle pa so nekatere njegove posameznosti še sporne, prav tako pa ga v celoti še ni recipirala tamkajšnja sodna praksa.

Nauk o objektivni pripisljivosti torej izhaja iz stališča, da je za izpolnjenost objektivne biti inkriminacije poleg naravoslovno pojmovane vzročnosti potrebna še nadaljnja predpostavka, in sicer pozitivna ocena tega, da je posledico tudi v vrednostnem smislu mogoče šteti za storilčevo delo. Da bi bila ta nadaljnja predpostavka izpolnjena, mora biti zadoščeno dvema temeljnima zahtevama: (1.) storilčevo ravnanje mora ustvariti protipravno nevarnost za objekt ravnanja (Nemci govorijo tudi o nevarnosti, ki presega meje dovoljenega tveganja) in (2.) prav ta, protipravno povzročena nevarnost, se mora udejanjiti v posledici, ki jo predvideva ustrezna bit inkriminacije. V primeru, da storilec ustvari protipravno nevarnost za objekt ravnanja, vendar pa se kasneje ta nevarnost ne udejanji v posledici, predvideni v biti inkriminacije, lahko odgovarja za poskus, če je ta smiselno mogoč. Povedano seveda velja za poškodbeno kazniva dejanja, saj pri ogrožitvenih že sama povzročitev ustrezne (abstraktne ali konkretne) nevarnosti zadošča za dokončano kaznivo dejanje.

V primeru nečaka, ki svojega bogatega strica pošlje na letalo, ki strmoglavi, in v podobnih šolskih primerih (pošiljanje v gozd, pošiljanje na sprehod ipd.), pa tudi v primerljivih, a bolj realističnih primerih (npr. nekdo navduši drugega za nevaren šport, pri katerem se potem ta ponesreči), je treba objektivno pripisljivost zanikati že zato, ker se s takšnim ravnanjem (ne glede na to, kako zavržne cilje ima tisti, ki nagovarja!) za žrtev ni ustvarila pravno relevantna nevarnost. Enako je treba presojati tudi primere, pri katerih storilčevo ravnanje že obstoječo nevarnost zgolj neznatno poveča. Tovrstne zaplete je, kot sem pokazal, zadovoljivo reševala že teorija adekvatnosti; od te teorije nauk o objektivni pripisljivosti prevzema omenjena merila »objektivno-naknadne prognoze«, na podlagi katerih utemeljuje sodbo o tem, ali je storilčevo ravnanje pomenilo ustvarjanje pravno relevantne nevarnosti (oziroma ne-zanemarljivo zviševanje že obstoječe nevarnosti) za objekt ravnanja.

V okviru vprašanja, ali storilčevo ravnanje ustvarja protipravno nevarnost za objekt ravnanja, imajo posebno mesto zadeve, pri katerih storilec ne ustvari nevarnosti za

žrtev, temveč že obstoječo nevarnost zmanjša. Teh zadev tudi teorija adekvatnosti ni mogla izločiti iz nadaljnje obravnave. Če nekdo preusmeri udarec, ki je usmerjen proti glavi drugega, ali pa predmet, ki leti proti glavi drugega, tako, da udarec ali predmet žrtve ne zadane v glavo, ampak v kak drug del telesa, in jo poškoduje (sicer manj, kot pa če bi jo zadel v glavo), mu je v skladu s teorijo adekvatnosti posledico (poškodbo) mogoče pripisati, saj je bila le-ta predvidljiva. Tako tudi slovenska doktrina omenjenega problema ne bi reševala na ravni biti inkriminacije, temveč na ravni protipravnosti, z uporabo pravil o skrajni sili (na enak način je problem tradicionalno reševala tudi nemška doktrina). V novejši nemški doktrini pa je prevladalo stališče, da ne gre za problem skrajne sile, temveč za vprašanje pripisljivosti: po pravilih skrajne sile je treba presoјati zadeve, v katerih storilec, da bi preprečil uresničitev grozeče nevarnosti, ustvari novo samostojno nevarnost (npr. vrže otroka skozi okno gorečega stanovanja na reševalno platno, ki ga razpnejo gasilci), nasprotno pa v zadevah, kjer storilec zgolj zmanjša tisto nevarnost, ki je grozila, do vprašanja skrajne sile sploh ne more priti, ker posledice storilcu že objektivno ni mogoče pripisati.²¹⁴ Velja pa vendarle opozoriti, da tudi načelna nedoslednost tradicionalnega pristopa (ki bi v obeh primerih uporabil institut skrajne sile) na praktični ravni ne botruje napačnim rezultatom.

Objektivno pripisljivost je treba zanikati tudi, če storilec s svojim ravnanjem sicer ustvari protipravno nevarnost, vendar pa prepovedana posledica, ki nastane, ni realizacija te nevarnosti. To predpostavko nauka o objektivni pripisljivosti je pri naklepnih deliktih mogoče ilustrirati s primerom storilca, ki strelja na žrtev, da bi jo ubil, vendar pa jo samo lažje poškoduje, kasneje pa žrtev umre v požaru, ki zajame bolnišnico. Smrt v goreči bolnišnici sicer je posledica storilčevega ravnanja, vendar pa je ni mogoče šteti za realizacijo natanko tiste nevarnosti, ki jo je ustvaril storilec. To je na določen način upoštevala že tradicionalna nemška doktrina, ki je v primerljivih primerih štela, da gre zgolj za poskus umora, saj smrt v požaru ni pokrita s storilčevim naklepom (z naklepom mora biti vsaj v grobih črtah pokrit tudi vzročni potek). V novejši doktrini pa se poudarja, da takšna rešitev bistvo problema neupravičeno potiska na subjektivno stran: razlog za oprostitev ni šele manjkajoč storilčev naklep, temveč dejstvo, da smrt v požaru že objektivno ni storilčevo delo.²¹⁵

Večino doslej prikazanih primerov sem izbral zato, da bi lahko plastično ilustriral način razmišljanja, ki zaznamuje nauk o objektivni pripisljivosti. Očitno je, da so ti, v ponazoritvene namene izbrani primeri, z vidika vsakdanjega življenja, razmeroma malo verjetni (pošiljanje drugega na letalo, v želji, da bi letalo strmoglavilo). Po drugi strani pa sem opozoril na to, da pri večini obravnavanih primerov tudi tradicionalne rešitve (torej takšne, ki ne upoštevajo nauka o objektivni pripisljivosti) pripeljejo do smiselno primerljivih rezultatov (v primeru požara v bolnišnici tako tradicionalni pogled kot tudi novejši pogledi pripeljejo do enake rešitve, v skladu s katero storilec odgovarja za le za

214 Glej Jescheck, Weigend, 1996: 287 – 288. Gre v bistvu za mnenje, da zmanjševanja že obstoječe nevarnosti sploh ni mogoče šteti za poškodbo pravne dobrine, zato je treba zanikati že izpolnjenost biti inkriminacije in ne šele protipravnosti. Prim. SK-Rudolphi, pred § 1, rob. št. 58.

215 Glej Roxin, 1997: 311.

poskus umora). Vendar pa bi bil sklep, da gre pri nauku o objektivni pripisljivosti zgolj za dogmatični larpurlartizem, ki nima vidnejših praktičnih razsežnosti, preuranjen. Pomen in praktične razsežnosti nauka o objektivni pripisljivosti se namreč bistveno bolj jasno kot pri naklepnih kaznivih dejanjih pokažejo pri kaznivih dejanjih iz malomarnosti.

Predpostavko nauka o objektivni pripisljivosti, po kateri se mora v posledici uresničiti točno tista nevarnost, ki jo je ustvaril storilec, je na področju malomarnih kaznivih dejanj mogoče ilustrirati s primerom storilca, ki prehiteva v nasprotju s predpisi o varnosti cestnega prometa, med takšnim protipravnim prehitevanjem pa mu zaradi njemu neznane napake v materialu razžene pnevmatiko, zaradi česar pride do prometne nesreče. Ker se v posledici ni udeležila tista nevarnost, ki je nastala zaradi storilčeve kršitve dolžnostnega ravnanja, posledice storilcu ni mogoče pripisati.²¹⁶ Za razliko od navedenega primera, ki je razmeroma enostaven, pa ima sodna praksa opraviti z velikim številom zadev (zlasti na področjih kaznivih dejanj zoper varnost cestnega prometa in kaznivih dejanj zoper človekovo zdravje), kjer je težko ugotoviti, ali je nastala posledica realizacija nevarnosti, ki jo je ustvaril storilec. Pri reševanju tega problema si je mogoče pomagati z vprašanjem, ali bi do posledice prišlo tudi, če bi storilec zadostil zahtevam dolžnostnega ravnanja (torej v primeru t.i. alternativnega ravnanja v skladu s predpisi). Če bi posledica nastala tudi v tem primeru, je storilcu ni mogoče pripisati. Pri na videz preprostem opravilu, kot je primerjanje realnega in v primerjalne namene izbranega vzročnega poteka (primerjamo tisto, kar se je zgodilo, s tistim, kar bi se zgodilo, če storilec ne bi kršil dolžnostnega ravnanja), pa se odpirajo številna podvprašanja, zlasti, s kolikšno verjetnostjo mora biti ugotovljeno, da bi posledica nastopila tudi, če dolžnostno ravnanje ne bi bilo kršeno. Glede na to, da gre za v doktrini sporno problematiko, s katero se sodišča razmeroma pogosto srečujejo, jo posebej obravnavam v naslednjem razdelku.

Končno je treba opozoriti še, da je objektivno pripisljivost treba zanikati tudi, kadar storilec s kršitvijo dolžnostnega ravnanja povzroči posledico, ki pa ni zajeta v varovalnem področju (*Schutzbereich*) prekršene norme.²¹⁷ Storilcu, ki mu je sodišče izreklo stransko kazen prepovedi vožnje motornega vozila in v času trajanja te prepovedi povzroči prometno nesrečo, pri tem pa ne prekrši nobenega predpisa o varnosti cestnega prometa, povzročene prometne nesreče ni mogoče pripisati. Čeprav do prometne nesreče ne bi prišlo, če bi storilec upošteval prepoved vožnje, njegova kršitev v danem primeru ni odločilna, saj smisel prepovedi vožnje motornega vozila ni preprečevanje prometnih nesreč, pri katerih tisti, ki mu je izrečena prepoved, sicer vozi po predpisih.²¹⁸ Opozoriti je treba, da v zvezi s tem nekateri avtorji ločeno od vprašanja

216 V zadevi s podobno vsebino (BGHSt 12, 79) je nemško Zvezno sodišče storilca obsodilo z argumentom, da bi storilec lahko predvidel, da ima avtomobil skrito napako, ki lahko pripelje do prometne nesreče. Ta obrazložitev, ki se tako rekoč opre na nauk *versari in re illicita*, je v nemški doktrini naletela na številne kritike – glej npr. SK-Rudolphi, pred § 1, rob. št. 63.

217 Glej npr. Jescheck, Weigend, 1996: 586.

218 Novoselec, 2004: 156.

varovalnega namena norme, ki konstituira dolžnostno ravnanje (*Sorgfaltsnorm*) (na primer vprašanje namena omejitve hitrosti, prepovedi vožnje ipd.), obravnavajo vprašanje varovalnega namena biti inkriminacije (na primer vprašanje namena prepovedi usmrtnitve, poškodovanja, ipd.) kot poseben razlog izključevanja objektivne pripisljivosti.²¹⁹

5. Posebej o vrednotenju v t.i. primerih alternativnega ravnanja v skladu s predpisi

5.1. Opredelitev in zamejitev problema

Problematika, ki jo nemška literatura obravnava pod naslovom *alternativno ravnanje v skladu s predpisi* (*rechtmäßiges Alternativverhalten*) se nanaša na primere, pri katerih je bila posledica povzročena s storilčevo kršitvijo dolžnostnega ravnanja, vendar pa bi do enake posledice (bolj ali manj verjetno) prišlo tudi, če storilec dolžnostnega ravnanja ne bi kršil. To problematiko se v novejši literaturi praviloma obravnava ločeno od problematike t.i. *hipotetičnih potekov vzročnosti* (*hypothetische Kausalverläufe*), ki se nanaša na primere, pri katerih bi posledica, če je storilec ne bi povzročil, nastala zaradi drugega vzroka.

Glede možnosti, da bi objektivno pripisljivost zanimali v slednjih primerih, je kazenskopravna doktrina praviloma zelo zadržana. Načelno neupoštevnost hipotetičnih potekov vzročnosti se navadno utemeljuje v prvi vrsti s tem, da pravne prepovedi ne morejo izgubiti svoje moči že zato, ker so jih tudi drugi pripravljene prekršiti (tako na primer po drugi svetovni vojni nemška sodišča seveda niso upoštevala zagovora storilcev, ki so Žide pošiljali v koncentracijska taborišča, češ da bi, če tega ne bi storili, to namesto njih storili drugi). Enako velja tudi, če bi nadomestni storilec ravnal v skladu s pravom (znameniti primer očeta, ki tik preden rabelj izvede eksekucijo, sam usmrti na smrt obsojenega morilca svojih otrok), saj bi v nasprotnem primeru praktično ukinili omejitev, da je izvršitev določenih ravnanj dovoljena le omejenemu krogu oseb (npr. določenim uradnim osebam).²²⁰ Povedano velja tudi za primere, v katerih bi bil

219 Tako Roxin (1997: 334 – 351) pod naslovom »Domet biti inkriminacije« raziskuje primere, pri katerih je treba kljub temu, da se je uresničila nevarnost, ki jo je ustvaril storilec, pripisljivost zanimali, ker bit inkriminacije (in ne domet norme, ki konstituira dolžnostno ravnanje!) ni predvidena za preprečevanje takšnih nevarnosti. Gre zlasti za primere sodelovanja pri tujem samoogrožanju oziroma ogrožanja drugih z njihovim pristankom.

220 Stališče, da so hipotetični vzročni poteki, pri katerih bi nadomestni storilec ravnal v skladu s pravom, vselej neupoštevni, vendarle ni splošno sprejeto. Tako bi na primer Samson (1972: 143) zanimal izpolnjenost biti inkriminacije poškodovanja tuje stvari, če storilec poseka drevo, katerega posek je njegov lastnik naročil za naslednji dan.

hipotetični nadomestni vzrok naravni dogodek, saj bi v nasprotnem primeru prišli do s kriminalitetno-političnega vidika nesprejemljivih rezultatov – med drugim bi to pomenilo, da lahko na smrt bolnega vsakdo usmrti. Vendarle pa je v doktrini mogoče zaslediti razmeroma enotno stališče, da lahko hipotetični poteki vzročnosti izključujejo pripisljivost takrat, kadar storilec predvideni naravni potek vzročnosti zgolj nekoliko modificira, ne da bi s tem položaj za žrtev poslabšal, torej ne da bi se škoda za žrtev povečala ali pa v času približala.²²¹

Kot rečeno, pa novejša doktrina problematiko alternativnega ravnanja v skladu s predpisi obravnava ločeno od zgoraj očitane problematike hipotetičnih potekov vzročnosti. Kar imajo primeri alternativnega ravnanja v skladu s predpisi in primeri hipotetičnih potekov vzročnosti skupnega, je, da pri obeh realni vzročni potek primerjamo s hipotetičnim; značilna razlika med njima pa je, da gre v primerih hipotetičnih potekov vzročnosti za primerjavo z vzročnim potekom, ki se je v resnici imel zgoditi (ki bi se zgodil, če storilec ne bi interveniral), v primerih alternativnega ravnanja v skladu s predpisi pa z vzročnim potekom, ki je izmišljen v primerjalne namene (vzročni potek, v katerem storilec spoštuje pravila dolžnostnega ravnanja).²²²

Vsekakor je mogoče reči, da poimenovanje obeh skupin primerov ni najbolj posrečeno in bi utegnilo ustvarjati zmedo. Ker se tudi v literaturi ti dve skupini primerov včasih nejasno ločujeta, ne bo odveč še nekaj ugotovitev, ki naj pripomorejo k odpravljanju nejasnosti.

Najprej je torej treba poudariti, da razmejitev med obema skupinama primerov ne poteka nujno po meji med naklepnimi in malomarnimi kaznivimi dejanji. Tudi pri naklepnih kaznivih dejanjih je lahko relevantno, kaj bi bilo, če storilec dolžnostnega ravnanja ne bi kršil, čeprav bodo tovrstni primeri v praksi vsekakor redki: vodja del v predoru, ki je v sporu z delavcem, pri tem delavcu z usmrtitvenim naklepom opusti ukrepe varstva pri delu, zaradi česar se delavec smrtno ponesreči; naknadno se izkaže, da bi do delovne nesreče s smrtnim izidom prišlo tudi, če bi bila upoštevana vsa pravila varstva pri delu. Delovodja v tem primeru ne bo odgovarjal za umor, temveč za poskus umora.²²³

221 To pravilo razvije Samson, 1972: 96 – 108 (znameniti primer kretničarja, ki preusmeri vagon s tira A na tir B, ki je na določenem odseku zasut z zemeljskim plazom, tako da pride do nesreče, pri čemer bi do nesreče prišlo tudi na tiru A, saj je bil ta prav tako zasut). V posameznih primerih je lahko seveda sporno, ali je vzročni potek sploh modificiran. Puppe (1994: 306, 313) opozarja, da igra pomembno vlogo pri odgovoru na vprašanje, ali je vzročni potek sploh modificiran, terminologija, ki jo uporabljamo pri opisovanju posamezne zadeve.

222 Prim. Roxin, 1997: 331.

223 Sklep, da v takšnih primerih storilec ne bo odgovarjal za dokončano kaznivo dejanje, je v slovenski doktrini nesporen. Po učbeniku Bavcon, Šelih, [...] (2003: 184) je objektivno pripisljivost pri nepravih opustitvenih kaznivih dejanjih treba zanikati »[...] če se izkaže, da izpolnjena dolžnost na določen način aktivno ravnati za preprečitev dane posledice le-te sploh ne bi mogla preprečiti«. Vprašanje, ki ga je ob tem v slovenski doktrini mogoče šteti za do neke mere sporno, pa je, ali naj storilec odgovarja za poskus. Za Bavcona je značilen restriktiven pristop do kaznivosti nepravih opustitvenih kaznivih dejanj, v tem duhu je zavračal tudi kaznivost poskusa pri opustitvenih kaznivih dejanjih – glej Bavcon, Šelih, 1996: 257. Kasneje je Korošec

Nadalje je treba poudariti, da značilna razlika med obema skupinama primerov tudi ni v tem, da bi imeli v eni skupini primerov opraviti s kaznivimi dejanji, za katera je značilna kršitev dolžnostnega ravnanja, v drugi pa ne. Odločilno je zgolj, kateri hipotetični vzročni potek vzamemo za primerjavo: če se storilec, ki zaradi prevelike hitrosti ne more zavreti in povozi popolnoma opitega človeka, ki negibno leži na cesti, sklicuje na to, da bi pijanega človeka povožil tudi voznik, ki je z enako hitrostjo vozil za njim, ali pa da bi pijani človek tako ali tako zmrznil zaradi mraza, imamo opraviti s problematiko hipotetičnih vzročnih potekov; če pa se storilec sklicuje na to, da ne bi mogel pravočasno zavreti niti v primeru, ko bi vozil s še dovoljeno hitrostjo, imamo opraviti s problematiko alternativnega ravnanja v skladu s predpisi.

Za razliko od primerov hipotetičnih vzročnih potekov, pri katerih objektivne pripisljivosti praviloma ne zanikamo, je v doktrini praktično nesporno, da je treba ob primerjanju z alternativnim ravnanjem v skladu s predpisi objektivno pripisljivost zanikati, kadar je *gotovo*²²⁴, da bi enaka posledica nastala tudi, če storilec dolžnostnega ravnanja ne bi kršil.²²⁵ Izrazito sporno pa je, ali je posledico storilcu mogoče pripisati, kadar ni moč z gotovostjo ugotoviti, ali bi ta nastala tudi v primeru, da storilec dolžnostnega ravnanja ne bi kršil. Dilemo je mogoče ponazoriti z znamenito zadevo »voznika tovornjaka s priklopnikom«²²⁶, ki je v nemški kazenskopravni publicistiki izzvala silovite polemike: voznik tovornjaka s priklopnikom je prehitel kolesarja, pri tem pa ni upošteval predpisane bočne razdalje. Kolesar, ki je bil močno opit, je nenadoma sunkovito zavil na levo, pod kolesa priklopnika. Izvedenci so ocenili, da ni mogoče izključiti možnosti, da bi do enake posledice (smrti kolesarja) prišlo tudi, če bi voznik tovornjaka pri prehitevanju upošteval predpisano bočno razdaljo. Naj zaenkrat pustim ob strani, kako je v zadevi razsodilo nemško Zvezno sodišče, in obravnavam teoretične poglede na problematiko.

(2000: 192 – 193) izhajajoč iz stališč novejše nemške dogmatike utemeljeval možnost kaznivosti za poskus pri nepravih opustitvenih kaznivih dejanjih. Ta pogled je sprejela tudi nova izdaja učbenika (Bavcon, Šelih, [...], 2003: 330 -331).

- 224 Seveda ne more iti za absolutno gotovost, saj imamo opraviti s hipotetičnim presojanjem. Tako nemška sodna praksa in del doktrine govorita o verjetnosti, ki meji na gotovost – glej Jescheck, Weigend, 1996: 584. Sam si v nadaljevanju zaradi ekonomičnosti izražanja včasih dovolim govoriti kar o gotovosti, pri tem pa imam seveda pred očmi spoznavne omejitve, značilne za hipotetično presojanje.
- 225 Vendarle je treba opozoriti, da so se v doktrini pojavili tudi nekateri poskusi dokazati, da spekulacija o tem, kaj bi bilo, če storilec dolžnostnega ravnanja ne bi kršil, pri storitvenih kaznivih dejanjih ne more vplivati na kaznivost storilca – glej Spendel, 1961: 183 – 199. Ker ta stališča niso naletela na širši odziv, danes pa jih doktrina enotno šteje za presežena, jih na tem mestu ne razčlenjujem.
- 226 BGHSt 11, 1.

5.2. Teorija o prenehanju varstvene funkcije dolžnostnega ravnanja

V nemški doktrini se je ob iskanju odgovora na vprašanje, kako presoјati zadeve, v katerih je mogoče, da bi do posledice prišlo tudi ob upoštevanju dolžnostnega ravnanja, razvila skupina teorij, ki se sicer razlikujejo v odtenkih, njihova skupna lastnost pa je zahteva, da je storilcu treba dokazati, da je med njegovo kršitvijo dolžnostnega ravnanja in nastalo prepovedano posledico obstajala specifična povezava («*Zusammenhangtheorien*»). Starejša doktrina je govorila še o »vzročni zvezi med kršitvijo dolžnostnega ravnanja in nastalo posledico«²²⁷, tovrstna terminologija pa je bila kasneje opuščena, saj je »kršitev dolžnostnega ravnanja« pravna označba, in ne nekaj realnega, kar bi lahko imelo vzročne učinke²²⁸.

Kot reprezentativno med temi teorijami je mogoče izpostaviti teorijo o prenehanju varstvene funkcije dolžnostnega ravnanja.²²⁹ Ta teorija izhaja iz predpostavke, da so pravila dolžnostnega ravnanja pri nevarnih dejavnostih postavljena z namenom varovanja pravnih dobrin. Čeprav je z upoštevanjem pravil dolžnostnega ravnanja pravna dobrina praviloma zavarovana, so mogoče tudi situacije, v katerih bi do poškodbe pravne dobrine prišlo tudi ob upoštevanju pravil dolžnostnega ravnanja. V takšnih primerih varstvena funkcija dolžnostnega ravnanja preneha, s čimer postane zahteva po spoštovanju pravil dolžnostnega ravnanja v odnosu do konkretno poškodovanega objekta nesmiselna, s tem pa tudi kršitev te zahteve na ravni kazenskega prava nekazniva (storilec pa lahko odgovarja za ustrezní prekršek, npr. zaradi prehitre vožnje, vožnje pod vplivom alkohola ipd.). Med kršitvijo dolžnostnega ravnanja in nastalo posledico mora torej obstajati specifična povezava: posledico so morale povzročiti točno tiste okoliščine, ki predstavljajo kršitev dolžnostnega ravnanja. Takšno povezavo med kršitvijo dolžnostnega ravnanja in nastalo posledico je treba (podobno

227 Prim. zadevo iz slovenske sodne prakse Kp 14/96 (Ljubljana), ki je v skrajšani obliki objavljena v Šelih, Korošec, 2000: 17.

228 Arth. Kaufmann, 1961: 220. Kasneje Puppe (1983: 290) opozori, da pravi razlog ni v tem, da bi bila »kršitev dolžnostnega ravnanja« abstraktni ali vrednostni pojem, saj vendar govorimo o »konkretni kršitvi dolžnostnega ravnanja«, torej o posameznem primeru takšne kršitve. Pravi razlog, da ne moremo govoriti o vzročni zvezi med kršitvijo dolžnostnega ravnanja in posledico, je po avtoričinem mnenju v tem, da »kršitev dolžnostnega ravnanja« označuje, da si določeno ravnanje stoji v nasprotju z normo dolžnostnega ravnanja, označuje torej nasprotje dveh premis. Če smo pri tem, kaj je lahko sestavni del vzročne povezave, še tako velikodušni, si po avtoričinem mnenju ni mogoče zamisliti, da bi govorili o vzročni zvezi med nasprotjem dveh premis in nastalo posledico.

229 V nemški kazenskopravni doktrini jo je najbolj vidno zastopal Klaus Ulsenheimer, avtor odmevne monografije *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*. V hrvaški kazenskopravni doktrini si je ta rešitev pridobila naklonjenost Novoselca. V nadaljevanju odstavka se opiram na Novoselec, 1988: 9 – 10 in Ulsenheimer, 1965: 146 – 149. V slovenski literaturi to teorijo predstavi Dežman v svoji disertaciji o kazenskopravnem varstvu cestnega prometa (Dežman 1996 a): 131).

kot na primer vzročnost) opredeliti kot eno izmed predpostavk kaznivega dejanja, zato jo je treba, tako kot vse ostale predpostavke kaznivega dejanja, storilcu dokazati. V primerih, kadar ni mogoče z gotovostjo ugotoviti, ali bi do posledice prišlo tudi, če storilec dolžnostnega ravnanja ne bi kršil, si je torej treba pomagati z načelom *in dubio pro reo*. To pomeni, da je v skladu s teorijo o prenehanju varstvene funkcije dolžnostnega ravnanja storilca treba oprostiti tudi, kadar je kršil dolžnostno ravnanje, vendar pa bi do enake posledice *morda* prišlo tudi, če bi upošteval pravila dolžnostnega ravnanja.

V zvezi s povedanim se je treba posebej vprašati, katero naj bo pravzaprav tisto alternativno ravnanje v skladu s predpisi, ki naj ga sodnik vzame za primerjavo. Zamisliti si je seveda mogoče različne »scenarije«, po katerih storilec ne krši dolžnostnega ravnanja. Če na primer pijani voznik avtomobila povozí motorista, ki je tudi sam grobo kršil cestnoprometne predpise, si je namesto voznikove vožnje pod vplivom alkohola mogoče zamisliti različne poteke, pri katerih ta ne bi kršil dolžnostnega ravnanja: vozil bi trezen, šel bi peš, peljal bi ga nekdo drug.²³⁰ Tako nas lahko nekateri »scenariji« pripeljejo do sklepa, da storilcu posledice ni mogoče pripisati, drugi pa do nasprotnega sklepa. Za primerjavo je treba izbrati tisto ravnanje, ki je skladno s pravili dolžnostnega ravnanja v točno tistem pogledu, ki ga je storilec prekršil: če je vozil pijan, se moramo vprašati, kaj bi se zgodilo, če bi vozil trezen.²³¹ Ali pa: če je voznik tovornjaka proti predpisom parkiral svoj tovornjak na avtocesti, zaradi česar se je vanj zaletel motorist, je zagovor voznika tovornjaka, češ da bi se motorist zaletel v tovornjak tudi, če bi se ta premikal z neko majhno, a še dovoljeno hitrostjo, nerelevanten. Vprašati se moramo, kaj bi se zgodilo, če bi bil tovornjak pravilno parkiran.²³²

Posebej pa je treba opozoriti še, da mora imeti sodnik, ko primerja storilčevo ravnanje z izmišljenim alternativnim ravnanjem v skladu s predpisi, ves čas pred očmi varstveni namen norme, ki je bila prekršena. Tako na primer v primerih prometnih nesreč, do katerih pride zaradi prekoračitve hitrosti, ne sme podleči »logičnemu« argumentu, da do posledice gotovo ne bi prišlo, če bi storilec vozil z ustrezno hitrostjo, saj ga v tem primeru v trenutku, ko je na primer pešec nepričakovano stekel čez cesto, sploh še ne bi bilo na kraju nezgode. Kje bi bil voznik, če bi vozil z dovoljeno hitrostjo, je povsem nerelevantno, če imamo pred očmi varstveni namen omejitev hitrosti: ta namen seveda ni preprečiti, da bi se vozniki znašli ob določenem času na določenem kraju.²³³

230 Primer navaja Puppe, 1983: 291.

231 Prim. Novoselec, 1988: 14.

232 Podrobneje Puppe, 1982: 664. Tako tudi Novoselec, 1988: 14.

233 Glej npr. SK-Samson, dodatek k § 16, rob. št. 28; Kindhauser 2000: 111. Nadrobno Puppe, 1982: 663.

5.3. Teorija o povečanju tveganja

Zgoraj predstavljenemu pogledu, po katerem je treba storilca oprostiti, kadar mu ni mogoče dokazati, da ob spoštovanju dolžnostnega ravnanja do prepovedane posledice ne bi prišlo, nasprotuje Roxin²³⁴. Avtor opozarja²³⁵, da je treba pri spoštovanju pravil dolžnostnega ravnanja vztrajati tudi takrat, kadar to pravne dobrine ne zavaruje z absolutno gotovostjo, vendar pa možnost njene ohranitve vsaj poveča. V nasprotnem primeru pridemo po avtorjevem mnenju do kriminalitetnopolitično nesprejemljivih rezultatov – odpovemo se vsakršnim zahtevam po skrbnosti na področjih, kjer bi bila skrbnost še posebej potrebna: če na primer kirurg pri medicinsko indicirani rizični operaciji z grobimi kršitvami pravil medicinske znanosti in stroke povzroči smrt pacienta, bi ga morali v skladu s striktnim upoštevanjem načela *in dubio pro reo* oprostiti, ker tudi pri operaciji, ki bi bila izvedena *lege artis*, smrtnega izida ni mogoče izključiti.

Zato Roxinova²³⁶ teorija o povečanju tveganja izhaja iz predpostavke, da je povzročeno posledico storilcu treba pripisati že, če je storilec s kršitvijo dolžnostnega ravnanja na pravno relevanten način povečal nevarnost za nastanek posledice (povečanje tveganja). Vprašanje povečanja tveganja je treba presojati po normativnih merilih: preveriti je treba, ali je normo, ki konstituira določeno dolžnostno ravnanje, tudi po dogodku mogoče šteti za smiselno, torej takšno, ki zmanjšuje možnost nastopa posledice (v tem primeru je posledico storilcu treba pripisati), ali pa se je ta norma v konkretnem primeru izkazala kot neprimerna (v tem primeru posledice ni mogoče pripisati).²³⁷ Pri takšnem vrednotenju je treba upoštevati tudi izsledke »naravoslovno-statistične« primerjave realnega in hipotetičnega ravnanja.²³⁸

Prva pomisleka, ki ju zbuja teorija o povečanju tveganja, sta, da je nemogoče eksaktno ugotoviti, ali je do povečanja tveganja prišlo ali ne²³⁹, ter da je pri *ex post* presojanju

234 Avtor že v šestdesetih letih minulega stoletja začne kot alternativo temu pogledu razvijati svojo teorijo, ki jo imenuje teorija o povečanju tveganja. Svoje poglede prvič priobči 1962. leta v odmevnem članku *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*. Od takrat pa do danes je bila teorija o povečanju tveganja deležna številnih dopolnitev in preciziranj. S časom si je v literaturi pridobila kar nekaj privrženecv, številni nemški avtorji pa so ostali njeni goreči nasprotniki. Sprejela jo je tudi avstrijska sodna praksa, medtem ko nemška sodišča do nje ostajajo načeloma zadržana.

235 Roxin, 1997: 328 – 329.

236 V nadaljevanju odstavka povzemam po Roxin, 1997: 327 – 330.

237 Tukaj avtor spremeni svoje starejše naziranje, po katerem je vprašanje povečanja tveganja v prvi vrsti nekaj, o čemer naj se po merilih ustrezne znanosti izreče izvedenec – prim. Roxin 1962: 433 – 434.

238 S tem avtor omili svoje starejše stališče, da je vprašanje, kaj bi se v resnici zgodilo v primeru alternativnega ravnanja v skladu s predpisi, nerelevantno (»*Was de facto wirklich geschehen wäre, ist irrelevant.*«) Roxin, 1962: 434.

239 Glej npr. Puppe, 1994: 298; Koriath, 1994: 491; v hrvaški literaturi Novoselec, 1998: 12. V slovenski doktrini je do teorije o povečanju tveganja v tem oziru kritičen Dežman, 1996: a): 132.

povečanja tveganja težko zavzeti nevtralnno stališče, saj je človek psihološko nagnjen k temu, da zaradi uresničitve posledice sklepa tudi na obstoj nevarnosti²⁴⁰. Roxin²⁴¹ na ta pomisleka odgovarja, da kazensko pravo pozna številne načine normativnega mišljenja, a pri nobenem izmed njih na koncu ne pridemo do vrednotenja trdnih matematičnih količin, idealu eksaktnosti pa se je vendarle mogoče približati z upoštevanjem vseh relevantnih okoliščin posamezne zadeve. Tudi bojazen, da bi na presojanje povečanja tveganja vplival vtis nastale posledice, se avtorju ne zdi utemeljena, če se presoje povečanja tveganja lotimo pravilno, torej tako, da pogled najprej usmerimo na *ex ante* formulirano normo, saj naj bi v tem primeru upoštevanje okoliščin, ki so postale znane naknadno, po avtorjevem mnenju služilo zlasti omejevanju cone kaznivosti (*Strafbeschränkung*).

Naslednji pomislek, s katerim se sooča teorija o povečanju tveganja, je, da ta teorija krši načelo *in dubio pro reo*,²⁴² saj je pripravljena storilcu pripisati posledico tudi, kadar ni gotovo, da bi spoštovanje dolžnostnega ravnanja posledico preprečilo. Roxin²⁴³ argumentira, da teorija o povečanju tveganja ne krši načela *in dubio pro reo*, češ da tveganja ne smemo cepiti na dovoljeni in nedovoljeni del in za vsak del posebej ugotavljati, ali se je uresničil v posledici: če storilec prekorači dovoljeno tveganje in s tem še dopuščeno nevarnost dodatno poveča, ustvari tako v celoti prepovedano tveganje; ne more biti dvoma, da se ravno to, v celoti prepovedano tveganje, uresniči, ko nastopi posledica, zato po avtorjevem mnenju za uporabo načela *in dubio pro reo* nimamo maneverskega prostora.²⁴⁴

Vendarle pa je treba na tem mestu opozoriti, da je na predstavljeni argument proti uporabi načela *in dubio pro reo* mogoče pogledati tudi v drugi luči. Če načelno dopuščamo možnost, da je spekulacija o tem, kaj bi bilo, če storilec ne bi kršil pravil dolžnostnega ravnanja, lahko pravno relevantna, potem nam mora v primerjalne namene služiti hipotetična situacija, v kateri se storilec tveganega podjema sicer loti, vendar pri tem ostane v mejah dovoljenega tveganja (spoštuje pravila dolžnostnega ravnanja), in ne situacija, v kateri se storilec tveganega podjema sploh ne loti. Povedano na primeru »voznika tovornjaka«: za primerjavo nam mora služiti hipotetično prehitavanje, pri katerem storilec upošteva ustrezno bočno razdaljo, in ne hipotetična situacija, v kateri se voznik sploh ne loti prehitavanja. V tej luči se nam delitev tveganja na njegov dovoljeni in nedovoljeni del ne pokaže samo kot dopustna, temveč tudi kot nujna.

240 Koriath, 1994: 491 – 492.

241 Roxin, 1997: 330.

242 Samson, 1972: 47.

243 Roxin, 1997: 328.

244 To stališče zastopa tudi Rudolphi (SK-Rudolphi, pred §1, rob. št. 68): »Ogrožanja ni mogoče deliti na dovoljeni in nedovoljeni del in na ta način zanikati pripis posledice z utemeljitvijo, da ni ugotovljeno, ali se je v posledici udejanjil zgolj dovoljeni ali pa (tudi) nedovoljeni del povzročene ogrožanja.«

Pri odklanjanju uporabe načela *in dubio pro reo* gre Roxin²⁴⁵ celo še korak dlje in možnost uporabe tega načela zanika tudi, kadar ni mogoče ugotoviti, ali je prepovedano ravnanje sploh ustvarilo večjo nevarnost, kot bi jo ustvarilo ravnanje skladno s pravili dolžnostnega ravnanja (ali je sploh prišlo do povečanja tveganja). Po avtorjevem mnenju je treba vztrajati pri tem, da je treba pravila dolžnostnega ravnanja upoštevati tudi takrat, kadar njihovo kršenje nevarnosti za žrtev ne poveča z gotovostjo, ampak tudi zgolj verjetno ali pa mogoče.²⁴⁶ V zvezi s tem je treba opozoriti, da večina drugih privržencev teorije o povečanju tveganja vendarle ne sprejema tako radikalne rešitve, in nasprotno temu za pripisljivost zahteva, da mora biti povečanje tveganja nesporno ugotovljeno.²⁴⁷

Opozoriti je treba še na tretji pomislek, ki je poleg neeksaktnosti in kršenja načela *in dubio pro reo* pogosto naslovljen na teorijo o povečanju tveganja. Glede na to, da tej teoriji za pripisljivost posledice zadošča že ugotovitev povečanja tveganja za pripis posledice, se ji očita, da *de facto* spreminja poškodbeno kazniva dejanja v ogrožitvena in s tem nedopustno širi cono kaznivosti.²⁴⁸ Roxin²⁴⁹ na ta pomislek odgovarja, da se objektivna pripisljivost posledice tako ali tako vselej presoja skozi predhodno ogrožanje pravne dobrine. Po avtorjevem mnenju pa ni sporno, da se v primerih, kadar je povečanje tveganja podano, v nastali poškodbeni posledici uresniči točno tista nevarnost, ki jo je storilec ustvaril s svojo kršitvijo dolžnostnega ravnanja. To trditev avtor utemeljuje s sklicevanjem na že predstavljene argumente, s katerimi utemeljuje, da njegova teorija ne krši načela *in dubio pro reo*.

5.4. Poskus kompromisne rešitve

Ne more biti sporno, da je opisano problemsko torišče izrazito težavno. Opraviti imamo s hipotetičnim presojanjem, pri katerem naravoslovne znanosti večkrat ne morejo dati decidiranih odgovorov (veliko število dejavnikov, ki bi jih bilo treba upoštevati, nemožnost oziroma nezanesljivost eksperimenta). Tako se znajdemo na področju operiranja z verjetnostmi, ki je kazenskemu pravu razmeroma tuje. Rešitve, ki so želele ostati načelne, so morale iti v nesprejemljive skrajnosti: bodisi zagovarjati popolno neupoštevnost primerjave z alternativnim ravnanjem v skladu s predpisi, bodisi se *de facto* odpovedati zahtevi po spoštovanju pravil dolžnostnega ravnanja, vselej kadar ta pravila določene pravne dobrine ne morejo zavarovati z absolutno gotovostjo.

245 Roxin, 1997: 330.

246 S tem se avtor v znatni meri približa stališču o irelevantnosti primerjave z alternativnim ravnanjem v skladu s predpisi – prim. Novoselec, 1988: 13.

247 Glej npr. Stratenwerth 1973: 234 – 236; SK-Rudolphi, pred § 1, rob. št. 69.

248 Glej npr. Samson, 1972: 155 – 159.

249 Roxin, 1997: 329. Tako tudi SK-Rudolphi, pred §1, rob. št. 70.

Danes zato večina avtorjev ponuja takšno ali drugačno »srednjo pot«, pri čemer je mogoče reči, da sporno ostaja le še vprašanje, »kje je sredina«. Tako tudi stališča zagovornikov in nasprotnikov teorije o povečanju tveganja ne ležijo na popolnoma nasprotnih bregovih. Tudi kritiki teorije o povečanju tveganja namreč ne zagovarjajo stališča, da je treba storilca oprostiti takoj, ko obstaja gola teoretična možnost, da tudi ravnanje v skladu s predpisi nastanka posledice ne bi moglo preprečiti; posledično seveda tudi ne bi oprostili kirurga, ki je pri operaciji z grobim kršenjem pravil medicinske znanosti in stroke povzročil smrt pacienta, že zgolj zato, ker tudi pri *lege artis* izvedenih operacijah smrti pacienta načelno ni mogoče povsem izključiti.²⁵⁰ Tako na primer Arthur Kaufmann²⁵¹ opozarja, da mora pri obravnavani problematiki veljati, tako kot velja za vse druge »negativne« predpostavke kaznivosti (npr. silobran, skrajna sila), da ni treba vsakič posebej ugotavljati njihovega ne-obstoja, temveč se je treba z njimi ukvarjati šele takrat, kadar so podane konkretne okoliščine, ki kažejo na njihov morebitni obstoj.

S tem pa seveda še ni odgovorjeno na vprašanje, kako razsoditi, kadar so podane konkretne okoliščine, ki kažejo na to, da bi do posledice lahko prišlo tudi ob spoštovanju dolžnostnega ravnanja. Kako visoko stopnjo verjetnosti, da bi do posledice tako ali tako prišlo, zahtevati za to, da lahko zanikamo objektivno pripisljivost?

V zvezi s tem je posebej zanimiv poskus Arthurja Kaufmanna²⁵², ki pri iskanju odgovora na zgoraj zastavljeno vprašanje izdelava posebno lestvico od nič do ena, pri čemer nič pomeni, da ob spoštovanju dolžnostnega ravnanja posledica gotovo ne bi nastala, ena pa pomeni, da bi tudi ob spoštovanju dolžnostnega ravnanja do posledice gotovo prišlo. Nato skuša pretvoriti stališča posameznih avtorjev v vrednosti na lestvici. Če Roxinovo stališče gravitira praktično proti ena (avtor bi oprostil le, kadar storilčevo ravnanje gotovo ni povečalo tveganja za poškodbo pravne dobrine, obsodil pa bi že, če je morebiti povečalo tveganje), Ulsenheimerjevo pa se nahaja nekje pri 0.1 (avtorju za oprostitev storilca zadošča že, da ni mogoče izključiti, da bi do prepovedane posledice prišlo tudi ob spoštovanju dolžnostnega ravnanja), se Kaufmann sam zavzame za vrednost 0.6: da je mogoče storilca oprostiti, mora biti *verjetneje*, da bi ob spoštovanju pravil dolžnostnega ravnanja prišlo do enake posledice, kot da ne bi.

Seveda bi bilo kot odgovor na vprašanje, kdaj zanikati pripisljivost posledice storilcu, neživljenjsko sodniku ponuditi decimalno število. Vendarle pa je prikaz s pomočjo omenjene lestvice zgovoren zato, ker nazorno pokaže, da razlike med stališči posameznih avtorjev v končni fazi niso vsebinske, temveč so predvsem količinske

250 V tem smislu tudi nemška sodišča, ki sicer načelno zavračajo teorijo o povečanju tveganja, ne izrekajo oprostilnih sodb že zgolj zato, ker je obstajala gola teoretična možnost, da bi do posledice prišlo tudi v primeru, če bi storilec ravnal v skladu s predpisi dolžnostnega ravnanja. Tako je na primer nemško Zvezno sodišče v dveh zadevah, pri katerih je šlo za zdravniško napako, izreklo obsodilno sodbo z argumentacijo, da bi ravnanje v skladu z dolžnostnim ravnanjem verjetno (ne pa gotovo!) preprečilo smrt pacienta – glej BGHSt 21, 59 in BGHSt 21, 219.

251 Arth. Kaufmann, 1985: 280 – 281.

252 Arth. Kaufmann, 1985: 279 – 280.

narave: vsem je skupno, da temeljijo na operiranju z verjetnostjo, razlikujejo se pa po tem, katero stopnjo verjetnosti zahtevajo za zanikanje pripisljivosti. Tako sta si na primer Roxin in Ulsenheimer edina, da je treba pripisljivost zanikati, kadar se določena norma dolžnostnega ravnanja v konkretnem primeru izkaže za nesmiselno, bistvena razlika pa je v njunih pogledih na to, *kdaj* šteti takšno normo za nesmiselno.

In katera je torej tista »prava« stopnja verjetnosti, da bi do posledice prišlo tudi v primeru ravnanja v skladu s predpisi, ki naj utemeljuje izključitev pripisljivosti?

Kot jedro problematike se kaže predvsem navzkrižje dveh temeljnih kriminalitetnopolitičnih načel: na eni strani načela, da omejenost možnosti spoznavanja (v našem primeru nemogućnost natanko vedeti, »kaj bi bilo, če bi bilo«) ne sme iti na rovaš obdolženca (*in dubio pro reo*) in na drugi strani načela, da je treba pri izvajanju nevarnih dejavnosti pravila dolžnostnega ravnanja spoštovati tudi takrat, kadar ni povsem gotovo, da bo njihovo spoštovanje lahko preprečilo poškodbo zavarovane pravne dobrine. Ne preostane nam drugega, kot poiskati ravnovesno točko med tema načeloma.

Pri iskanju te ravnovesne točke je treba najprej izključiti stališče strožje različice teorije o povečanju tveganja, po katerem za pripis posledice zadostuje že, da je storilčevo ravnanje *verjetno* ali pa *morda* povečalo tveganje za poškodbo pravne dobrine. Že sam koncept povečanja tveganja temelji na verjetnosti, če pa bi šli tako daleč, da bi se namesto dokazane verjetnosti zadovoljili že z »verjetno verjetnostjo« oziroma »morebitno verjetnostjo«, bi pristali na ohlapno merilo, ki je izpolnjeno praktično vselej.

Prav imajo vsi tisti avtorji, ki zahtevajo, da mora biti povečanje tveganja dokazano.²⁵³ Nadalje pa po tukaj zastopanem stališču za pripisljivost ne more zadoščati kakršno koli, še tako majhno povečanje tveganja, temveč mora biti povečanje tveganja bistveno.²⁵⁴ Povečanje tveganja pa je mogoče šteti za bistveno le takrat, kadar je verjetnost, da bi izpolnjeno dolžnostno ravnanje prepovedano posledico preprečilo, večja, kot da ne bi. To pomeni, da se tukaj zastopano stališče na Kaufmannovi lestvici spusti za eno točko nižje od tiste, ki jo zagovarja Kaufmann: oprostitev storilca mora biti dopustna že, kadar sta verjetnosti nastopa in izostanka posledice v primeru spoštovanja pravil dolžnostnega ravnanja enaki.²⁵⁵

253 Stratenwerth, 1973: 234 – 236; Arth. Kaufmann, 1985: 281; Jescheck, Weigend, 1996: 585, SK-Rudolphi, pred § 1, rob. št. 69.

254 Prim. Puppe, 1982: 663; Jescheck, Weigend, 1996: 585.

255 K tej rešitvi se nagiba tudi Novoselec, 1988: 11.

6. Nauk o objektivni pripisljivosti in nauk o prekinitvi vzročnosti: primerjava dveh rešitev

Objektivna pripisljivost ni nadomestek za vzročnost. Vzročnost tudi v okviru nauka o objektivni pripisljivosti ostaja nujni pogoj za izpolnjenost objektivne biti inkriminacije²⁵⁶, poleg nje pa mora biti izpolnjena nadaljnja predpostavka: storilčevo ravnanje in nastala posledica morata biti povezana tudi v vrednostnem smislu. Naloga vrednostnih premislekov v okviru nauka o objektivni pripisljivosti je, da že na ravni objektivne presoje²⁵⁷ nekega dogodka (torej ne da bi odpirali vprašanje storilčeve krivde) omogočijo iz nadaljnje obravnave izločiti tiste zadeve, pri katerih se kljub obstoju empirično pojmovane vzročne zveze med storilčevim ravnanjem in nastalo posledico zdi nepravilno, da bi nastalo posledico šteli za storilčevo delo.

Tudi slovenska teorija tradicionalno izhaja iz prepričanja, da naravoslovno pojmovanje vzročnosti daje preširoke rezultate.²⁵⁸ Kot možno korekcijo ponuja na eni strani »adekvatno teorijo vzročnosti«, na drugi strani pa nauk o »prekinitvi vzročnosti«²⁵⁹. Temeljne predpostavke nauka o »prekinitvi vzročnosti« so, da vzročnost lahko »prekinejo« naslednji dejavniki: a) ravnanje drugih oseb, ki izpolnjuje znake kaznivega dejanja, b) ravnanje drugih oseb, ki sicer ne izpolnjujejo znakov kaznivega dejanja, vendar pa imajo moč bistveno vplivati na učinke prvotnega storilčevega ravnanja in c) elementarni naravni dogodki. Glede na to, da so navedene predpostavke opredeljene precej široko, so praviloma konkretizirane z nadaljnjim obravnavanjem posameznih značilnih skupin življenjskih situacij: npr. situacij, v katerih več med seboj neodvisnih ravnanj povzroči posledico, situacij v katerih žrtev ravna izrazito neskrbno, situacije, kjer tudi ravnanje v skladu s predpisi ne bi moglo preprečiti nastanka posledice, ipd.²⁶⁰

Navedeni sistem meril je torej po eni strani zelo splošen in nato po drugi strani, ko skuša to splošnost preseči, precej kazuističen, vendar je ta njegova lastnost razumljiva spričo obširne množice življenjskih situacij, ki jih mora pokriti. Kot pokažejo polemike okrog posameznih meril nauka o objektivni pripisljivosti, tudi temu nauku za enkrat ni uspelo zgraditi univerzalnega sistema meril, ki bi omogočil nesporne rezultate v vseh

256 Izjemo od tega pravila, kot že opozorjeno, v določenem smislu predstavljajo opustitvena kazniva dejanja – glej III./B./1.

257 Razmislek vendarle pokaže, da tudi nauk o objektivni pripisljivosti v resnici ne odmisli vseh subjektivnih momentov. Tako se na primer ta nauk pri presoji vprašanja, ali je storilec s svojim ravnanjem ustvaril protipravno nevarnost za objekt ravnanja, opre na merila »objektivno-naknadne prognoze«, ki med drugim upoštevajo tudi posebna videnja in znanja, ki jih je imel storilec.

258 Glej npr. Bavcon, Šelih, [...], 2003: 183.

259 Glej Bavcon, Šelih, [...], 2003: 188; Bele, 2001: 76 (avtor uporablja tudi izraz »pretrganje vzročne zveze«).

260 Glej Bavcon, Šelih, [...], 2003: 188 – 190.

življenjskih situacijah. Bolj kot posamezna merila nauka o »prekinitvi vzročnosti« je kritičnemu razmisleku treba izpostaviti temeljno idejo, ki stoji za tem naukom, namreč, da je vprašanje vzročnosti (tudi) pravno oziroma vrednostno vprašanje.

Podobno kot je bilo glede »adekvatne teorije vzročnosti« že pokazano, da pravzaprav ne gre za teorijo vzročnosti, temveč teorijo pravne relevantnosti posameznih vzrokov, je mogoče reči, da tudi v primerih, v katerih govorimo o »prekinitvi vzročnosti«, vzročnost kot naravoslovna kategorija še vedno obstaja, le da je zaradi delovanja drugih dejavnikov ne štejemo več za bistveno. Na to stališče se postavi tudi osrednji slovenski učbenik kazenskega prava, ko ob obravnavi nekega primera »prekinitve vzročnosti« pravi: »Čeprav je A z lahko telesno poškodbo morda celo sprožil ves nadaljnji potek dogodkov in bi torej lahko rekli, da obstaja s stališča naravnega pojmovanja vzročna zveza med njegovim ravnanjem in B-jevo smrtjo, pa s stališča kazenskega prava takšne vzročne zveze ni [...]«²⁶¹ (poudarek moj). To stališče torej sugerira, da je vzročnost v kazenskem pravu nekaj drugega kot sicer. Takšno stališče je tudi sicer v literaturi in sodni praksi razmeroma pogosto zastopano. Tako je včasih mogoče zaslediti izraze, kot so na primer »pravna vzročnost«, »vrednostno pojmovana vzročnost«, »aksiološka vzročnost« in podobni. Čeprav so v ozadju uporabe teh izrazov načeloma pravilni pravni premisleki (ugotovitev, da vzročnost v naravoslovnem smislu za izpolnjenost objektivne biti inkriminacije ne more zadoščati), se kaže tovrstni terminologiji izogibati. V skladu s tukaj zastopanim pogledom, po katerem je vzročnost lahko le empirična kategorija, je govoriti o »pravni« ali »vrednostni vzročnosti« podobno kot govoriti o »lesenem železu«.²⁶² Seveda ne bi bilo prvič, da bi določenemu pojmu v pravu pač pripisali drugačno vsebino, kot jo ima sicer. Vendar pa menim, da v tem primeru to ni nujno, saj ni nikakršne potrebe, da bi – sicer nesporno potrebne – vrednostne premisleke umeščali v pojem vzročnosti. Še bolj pomembno pa je, da bi konstrukcija »pravne« oziroma »vrednostne vzročnosti« utegnila delovati zavajajoče. Ne izraža namreč dovolj jasno, da je pravilna pot pripisovanja posledice dvostopenjska: najprej ugotavljanje vzročnosti v naravoslovnem smislu, šele nato vrednotenje. Zato bi utegnila napeljati tudi k napačnemu sklepu, da se v primerih, ko vzročne zveze v naravoslovnem smislu ne moremo ugotoviti, lahko zadovoljimo z nekakšno »pravno vzročnostjo« oziroma s prosto presojo na podlagi sodnikovega subjektivnega prepričanja.

Prednosti, ki jih ima nauka o objektivni pripisljivosti pred teorijami »pravne vzročnosti«, je torej videti predvsem v njegovem metodološkem ustroju, ki empiričnih in vrednostnih vprašanj ne konfundira v enotnem pojmu »pravne vzročnosti«, temveč jih obravnava ločeno. Šele takšna, jasno ločena obravnava empiričnih in vrednostnih vprašanj, lahko v največji meri zagotovi, da bodo vrednostni premisleki v okviru pripisovanja posledice

261 Bavcon, Šelih, [...], 2003: 188. Prim. Bele, 2001: 76. Avtor pojasnjuje, da o pretrganju vzročnosti govorimo, kadar naknadni vzrok »prekrije *pomen* prvotnega vzroka« (poudarek moj). Tudi ta definicija pokaže, da je vprašanje »prekinitve« oziroma »pretrganja« vzročnosti vprašanje vrednotenja in ne vprašanje empirične vzročnosti.

262 Tako je tudi danes mogoče pritrditi Mezgerjevi (1931: 122) ugotovitvi, da je ekvivalenčna teorija v kazenskem pravu edina možna teorija vzročnosti, teorije o tem, katere vzročne zveze so pravno relevantne, pa s samo vzročnostjo nimajo opraviti nič.

storilčevemu ravnanju zgolj ožili cono kaznivosti. Po tukaj zastopanem stališču je namreč nujno, da so vrednostni preudarki vključeni v pripisovanje posledice tako, da lahko učinkujejo izključno »enosmerno«: da lahko zanikajo izpolnjenost biti inkriminacije tudi v primerih, ko je vzročnost podana, ne morejo pa vzpostaviti izpolnjenosti biti inkriminacije, kadar vzročnosti ni.

7. Sklepno o objektivni pripisljivosti

Glede na številnost obravnavanih vprašanj v tem poglavju naj sklepe tokrat izjemoma podam v obliki (šestih) strnjenih točk:

1. Za izpolnjenost biti inkriminacije ne zadošča gola ugotovitev, da sta bila storilčevo ravnanje in nastala posledica v razmerju vzroka in posledice. Poleg tega je treba ugotoviti, ali je nastalo posledico mogoče šteti za storilčevo delo tudi v pravnem in vrednostnem smislu.
2. Objektivno pripisovanje posledice mora torej potekati v dveh korakih: šele ko je vzročnost kot »ontološka baza« nesporno ugotovljena, si smemo in moramo zastaviti vprašanje o »vrednostni nadstavbi«. To vprašanje se glasi: ali je ugotovljena vzročna zveza v pravnem in vrednostnem smislu bistvena?
3. V prvem koraku, ki obsega ugotavljanje vzročnega odnosa med storilčevim ravnanjem in nastalo posledico, izhajamo iz vzročnosti kot empirične kategorije, zato je treba uporabiti ekvivalenčno teorijo vzročnosti. Te teorije pa ne kaže vezati na formulo *condicio sine qua non*, ker ta formula v nekaterih primerih botruje napačnim rezultatom. Bolj zanesljiva je formula zakonitega pogoja, vendar nam tudi ta ne more biti v pomoč, kadar nam vzročnost ni poznana; v takšnih primerih je nujna pritegnitev izvedenca ustrezne stroke.
4. Vrednostna presoja, ki jo opravimo v drugem koraku, se mora osredotočiti zlasti na vprašanja, ali je storilčevo ravnanje sploh ustvarilo protipravno nevarnost za objekt ravnanja in ali se je prav ta nevarnost uresničila v posledici, ki je določena v ustrezni biti inkriminacije.
5. V zvezi s presojo zadnjega vprašanja, torej presojo, ali se je v nastali posledici uresničila prav tista protipravna nevarnost, ki jo je ustvaril storilec, so še posebej sporni primeri storitvenih kaznivih dejanj iz malomarnosti, pri katerih ni mogoče z gotovostjo ugotoviti, ali bi ravnanje v skladu s predpisi sploh lahko preprečilo posledico. V teh primerih za objektivno pripisljivost ne more zadoščati že gola verjetnost, da je storilec s svojo kršitvijo dolžnostnega ravnanja povečal tveganje za poškodbo pravne dobrine, kot to predvideva teorija o povečanju tveganja v njeni strožji različici. Strinjati se je s tistimi avtorji, ki zahtevajo, da mora biti povečanje tveganja dokazano. Poleg zahteve, da mora biti povečanje tveganja dokazano, pa je treba postaviti še nadaljnjo zahtevo: za pripis posledice ne more zadoščati kakršno koli, še tako neznatno povečanje tveganja, temveč mora biti povečanje tveganja bistveno.

6. V primerjavi z naukom o »prekinitvi vzročnosti« oziroma »pravnim« ali »vrednostnim« pojmovanjem vzročnosti ima nauk o objektivni pripisljivosti to prednost, da empiričnih in vrednostnih vprašanj ne konfundira v enotnem pojmu »pravne vzročnosti«, temveč jih obravnava ločeno. S to metodološko izčiščenostjo lahko potencialno prispeva k utrjevanju garantne funkcije kazenskega prava.

IV. PROTIPRAVNOST

1. Uvodna opomba: protipravnost kot nujna normativna sestavina vsakega splošnega pojma kaznivega dejanja

Protipravnost kot sodba o tem, da neko ravnanje, ki izpolnjuje določeno bit inkriminacije, hkrati nasprotuje pravnemu redu kot celovitemu sistemu vrednot, prepovedi in zapovedi²⁶³, je seveda po naravi stvari normativna sodba. Reči je mogoče, da je protipravnost nujna normativna sestavina vsakega splošnega pojma kaznivega dejanja. Najkasneje na ravni protipravnosti mora vsaka, tudi najbolj naturalistična kazenskopravna dogmatika²⁶⁴, v deliktno zgradbo sprejeti normativni element: kazensko pravo, ki ne bi izhajalo iz določenega najstva, temveč bi se zgolj ukvarjalo s tistim, kar je, ne bi bilo pravo²⁶⁵.

Zgoraj povedano je samo po sebi umevno in ne potrebuje posebnega utemeljevanja. Ko pa preidemo od te splošne ugotovitve k preučevanju posamičnih značilnosti sodbe o protipravnosti, vendarle trčimo ob sporna vprašanja. V nadaljevanju želim izpostaviti dve takšni vprašanji, ki pri nas še nista bili izčrpno obdelani.

263 Prim. definicijo protipravnosti v Bavcon, Šelih, [...], 2003: 232. Gre pravzaprav za eno izmed redkih pozitivnih definicij protipravnosti. Sicer se večina avtorjev ponavadi, glede na to da je protipravnost z izpolnjenostjo biti inkriminacije praviloma podana, zadovolji z negativno definicijo protipravnosti v smislu »protipravnost ravnanja, ki izpolnjuje bit inkriminacije, je podana takrat, kadar ni podan noben izmed razlogov izključitve protipravnosti«.

264 Za ponazoritev te ugotovitve ni potreben imaginarni model, temveč je povedano mogoče ponazoriti z Liszt-Belingovo dogmatiko splošnega pojma kaznivega dejanja: naturalistično (kavzalno) koncipirano ravnanje, vrednostno nevtrarno pojmovana bit inkriminacije, edini pogoj za izpolnitev biti inkriminacije (naravoslovno pojmovana) vzročnost, sledi normativna protipravnost in koncu spet naturalistično (psihološko) pojmovana krivda.

265 Analogno o naravi (kazensko)pravne norme Zupančič (1991: 346): »Pravna norma sploh, in še posebej kazenskopravna norma, je po svoji naravi preskriptivna. Torej nekaj predpisuje. Če bi bila zgolj deskriptivna in bi le opisovala to, kar se že itak dogaja, bi norma ne bila potrebna. Govorili bi o normativni redundantnosti.«

Prvo vprašanje predstavlja dilema, ali naj bo presoja protipravnosti vselej omejena na binarno izbiro, torej na ugotavljanje, da protipravnost je ali pa ni podana (izključenost tretje možnosti, *tertium non datur*), ali pa so izjemoma možne tudi situacije, ko obstaja tudi tretja možnost, ko se mora pravo, zaradi soočenosti z etično dilemo, ki ji ni kos, vzdržati sodbe o tem, ali je določeno ravnanje protipravno ali ne (prava prosti prostor, nekakšen materialnopravni »*non liquet*«). Zamisel o prava prostem prostoru je zlasti na podlagi razprav njenega najvidnejšega zagovornika Arthurja Kaufmanna v nemški kazenskopravni doktrini izzvala ostre polemike. V novejšem slovenskem kazenskem pravu se vprašanja, ki smiselno ustrezajo problematiki prava prostega prostora, odpirajo predvsem na področju medicinskega kazenskega prava²⁶⁶.

Drugo vprašanje, ki ga želim obdelati, pa je, ali je protipravnost dopustno (oziroma nemara celo nujno) diferencirano obravnavati glede na posamezna pravna področja (torej ločevati kazenskopravno, prekrškovno, civilnopravno ipd. protipravnost) ali pa je protipravnost nekaj, kar mora enotno veljati na vseh pravnih področjih (t.i. načelo enotnosti pravnega reda). Praktične razsežnosti te dileme se pokažejo na primer v zvezi s privolitvami (ali lahko privolitev, ki je po civilnem pravu neveljavna, v kazenskem pravu izključi protipravnost), še bolj očitno pa v zvezi s pri nas skozi in skozi spornim institutom dejanja majhnega pomena. Večinsko stališče pri nas namreč veljavni institut dejanja majhnega pomena – zavedajoč se pomanjkljivosti te rešitve – obravnava kot razlog izključitve protipravnosti, pri čemer se sama po sebi zastavljajo vprašanja kot na primer, ali je neko dejanje, ki ga v kazenskem pravu razglasimo za neprotipravno, ker izpolnjuje merila dejanja majhnega pomena, lahko vendarle ostane protipravno na drugih pravnih področjih, ali se mu je dopustno upreti po pravilih o silobranu in ali pravila o akcesornosti udeležbe dopuščajo kaznivost udeležbe pri takšnem dejanju. Na ta vprašanja bom skušal odgovoriti tudi skozi prizmo koncepta »kazenskopravne protipravnosti«, ki ga je v novejši nemški doktrini razvil Hans-Ludwig Günther.

2. Vrednostni pat položaj in prava prosti prostor

Obstajajo življenjske situacije, v katerih pride do kolizije enakovrednih dobrin ali pa do kolizije takšnih dobrin, katerih vrednosti ni mogoče racionalno ovrednotiti. Učbeniško tipični primeri takšnih situacij so zlasti tisti, v katerih si stojijo nasproti življenja: primeri brodolomcev, primeri alpinistov v stiski, primeri odločitev, kateremu bolniku dati prednost pri zdravljenju na račun drugega bolnika. Ena od možnih pravnih rešitev takšnih mejnih eksistencialnih situacij je koncept prava prostega prostora. V skladu s tem konceptom, ki ga je v novejši nemški kazenskopravni doktrini najbolj vidno

266 Glej Korošec, 2004: 185 – 187.

zastopal Arthur Kaufmann²⁶⁷, se mora pravo, če je soočeno z nerešljivo etično dilemo, umakniti in prepustiti posamezniku, da ravna po svoji vesti. Takšno posameznikovo ravnanje posledično ni ne prepovedano ne dovoljeno.

Značilni prvi pomislek, ki ga vzbudi razmišljanje o prava prostem prostoru, je, da prava prosti prostor ne more obstajati: če določenega ravnanja ne označimo za protipravno, potem to logično pomeni, da je to ravnanje dovoljeno, tretje možnosti si po naravi stvari ni mogoče zamisliti. V skladu s takšnim razmišljanjem je oznaka prava prosti prostor v najboljšem primeru drugo ime za to, da je neko ravnanje dovoljeno.

Takšen apriorni argument proti konceptu prava prostega prostora je danes enotno zavržen. V zvezi s tem se opozarja, da bi naziranje, po katerem sta pojma protipravno in neprotipravno nasprotji, ki ne dopuščata tretje možnosti, držalo le v pravnem redu, v katerem bi bilo sleherno človekovo vedènje pravno normirano.²⁶⁸ V nasprotju s takšnim imaginarnim vseobsegajočim pravnim redom, pa je v demokratičnih pravnih redih (še vedno) le razmeroma majhen delež človekovega udejstvovanja pravno normiran. V nenormiranem delu človekovega udejstvovanja si je prava prosti prostor mogoče zamisliti in ga priznati. Na ravni kazenskopravne dogmatike to pomeni, da je koncept prava prostega prostora uporaben na področju ravnanj, ki ne izpolnjujejo nobene izmed biti inkriminacij. Toda zakaj bi se kazenski pravnik s tovrstnimi ravnanji sploh ukvarjal?

Na vprašanje je mogoče odgovoriti na primeru problematike prisilne preprečitve samomora (reševanja samomorilca proti njegovi volji). Glede na to da samomor v sodobnih pravnih redih ni prepovedan (ni inkriminiran kot kaznivo dejanje), se kazenski pravniki znajdejo pred razmeroma težavno nalogo, ko je treba utemeljiti, da prisilna preprečitev tujega samomora ni protipravna. Starejša doktrina in sodna praksa sta neprotipravnost prisilnega preprečevanja tujega samomora utemeljevali z argumentom, da samomorilska volja nasprotuje dobrim nravem, zaradi česar jo je škodljivo za neupoštevno. Novejša doktrina opušča argument nenravnosti samomorilske volje in govori preprosto o tem, da kdor drugega prisilno odvrne od samomora, ne ravna zavržno: država mora poskuse reševati življenje drugega (četudi proti njegovi volji) odobravati²⁶⁹. Eden izmed načinov, kako ta kriminalitetnopolitični argument izpeljati na ravni kazenskopravne dogmatike, je pravna figura prava prostega prostora. Z umestitvijo samomora v prava prosti prostor je mogoče tudi na ravni dogmatike utemeljiti stališče, da kljub neprotipravnosti samomora tudi prisilno preprečevanje samomora ni protipravno.²⁷⁰

Z izjemo zgoraj predstavljene uporabe koncepta prava prostega prostora na področju ravnanj, ki ne izpolnjujejo nobene izmed biti inkriminacij, pa večinsko mnenje

267 Temeljno na to temo Arth. Kaufmann, 1972.

268 Tako npr. Roxin, 1997: 511; podrobno Arth. Kaufmann, 1972: 332 – 336.

269 Za pregled novejših stališč o prisilnem preprečevanju samomora glej Korošec, 2004: 195.

270 Podobno, čeprav ne povsem identično rešitev v slovenski kazenskopravni doktrini, zastopa Bošnjak, 2003: 82 – 84.

nasprotuje splošnejši uporabi tega koncepta.²⁷¹ Ko storilec enkrat poseže v pravno dobroto (izpolni določeno bit inkriminacije), se v skladu z večinskim mnenjem pravo ne more več vzdržati sodbe o tem, ali je bil ta poseg protipraven ali ne. Ko je bit inkriminacije enkrat izpolnjena, se znajdemo v prostoru, ki je omejen na protipravno in neprotipravno, argument izključene tretje možnosti tukaj drži: če bi pravo v primeru storilca, ki izpolni bit inkriminacije, svojo prepoved ali zapoved umaknilo, bi s tem po naravi stvari izključilo protipravnost. V tej optiki bi bil koncept prava prostega prostora v bistvu (nadzakonski) razlog upravičljivosti (izključitve protipravnosti): če določen napad na pravno dobroto umestimo v prava prosti prostor, to pomeni, da ta napad ni protipraven in da zoper njega silobran ni dopusten.²⁷²

Na zgoraj predstavljeno večinsko mnenje, ki v primerih, ko je bit inkriminacije izpolnjena, vztraja pri dihotomiji protipravno – v skladu s pravom, in posledično zavrača tretjo možnost (prava prosti prostor), se je odzval Arthur Kaufmann²⁷³ in opozoril, da argument izključene tretje možnosti v normativni (deontični) logiki ne velja enako kot v ontični logiki, predvsem zato ne, ker pri vrednotenju nečesa kot bodisi protipravno bodisi v skladu s pravom vselej obstaja tudi tretja možnost: vzdržati se vrednotenja.

Ob tem Kaufmann opozarja, da so posamezni primeri, ki jih ni mogoče rešiti na podlagi dihotomije protipravno/v skladu s pravom vse prej kot novi.²⁷⁴ Problem naj bi prvi identificiral in s tem izzval nadaljnja razpravljanja grški filozof Karneades (rojen 214. pr.n.št.), ki naj bi prvi omenjal primer »plavajoče deske, ki lahko nosi samo enega brodolomca«. Domnevati je mogoče, da se je skicirani problem v zgodovini pomorstva kar nekajkrat »materializiral« pri resničnih brodolomih, najbolj znana zadeva, ki sodi v klasični repertoar vsakega učbenika materialnega kazenskega prava, pa je gotovo brodolom ladje Mignonnette.²⁷⁵ Če po drugi strani plavajočo desko nadomestimo z

271 V novejši literaturi tako na primer Schünemann, 1995: 168; Jescheck, Weigend, 1996: 333; Roxin, 1997: 512 – 513; prim. Hassemer, 1987: 217 -218.

272 Tako na primer Roxin (1997: 513) zapiše, da v tej luči od koncepta prava prostega prostora ostane le še »retorična gesta«.

273 Arth. Kaufmann, 1992: 983. Tako že isti avtor, 1972: 335.

274 Arth. Kaufmann, 1992: 983. Avtor opozarja, da se v filozofiji s tem problemom ukvarjajo že dva tisoč let, o njih so razpravljali med drugimi tudi: Aristotel, Cicero, Tomaž Akvinski, Pufendorf, Kant, Fichte, Hegel, Jaspers in Sartre.

275 V švicarskem učbeniku splošnega dela kazenskega prava Trechsel, Noll (1998) je problem Karneadove deske, kot nekakšen uvod v knjigo, celo likovno ilustriran takoj za notranjo naslovnico, posebna, dvostranska ilustracija pa je namenjena tudi zadevi Mignonnette (190 – 191). V tej znameniti zadevi so mornarji Dudley, Stephens, Brooks ter sedemnajstletni mornarski vajenec Parker 5. julija 1884 z ladjo Mignonnette 1600 milj pred Rtom dobre nade doživeli brodolom, zato so se bili prisiljeni vkrcati v rešilni čoln. V njem niso imeli zaloga pitne vode, temveč le dve pločevinki pese, s katero so se prehranjevali 3 dni, četrti dan pa so ujeli majhno želvo in jo pojedli. Poleg deževnice, ki so je nekaj ujeli v dežni plašč, niso imeli kaj piti. Ko so bili že sedmi dan brez hrane in peti dan brez vode, je Dudley s privolitvijo Stephensa in ob nasprotovanju Brooksa usmrtil mornarskega vajenca Parkerja, ki je bil zaradi pitja morske vode že povsem oslabiljen. Mornarji so se štiri dni prehranjevali z dečkovim tuplom, nato pa jih je

medicinsko aparaturo, brodolomca pa s pacientoma, ki takšno aparaturo potrebujeta, pridemo do problema »železnih pljuč«²⁷⁶, ki je aktualen v sodobnem medicinskem kazenskem pravu.

Različni avtorji so problem »Karneadove deske« razvijali v različnih izpeljankah, bistvo problema pa je vendarle mogoče ponazoriti takole: dva brodolomca se skušata rešiti s pomočjo plavajoče deske, ki pa lahko na vodnem površju drži le enega izmed njiju, tako da vsak izmed njiju skuša drugega pahniti stran, da bi se lahko sam s pomočjo plavajoče deske rešil. Tako se brodolomec A reši, brodolomec B pa utone. V luči današnje nemške kazenskopravne dogmatike je A, ki se je rešil za ceno B-jevega življenja, ravnal v opravičljivi skrajni sili (skrajni sili, ki izključuje krivdo), torej je protipravno usmrtil B-ja. Kar se zdi Kaufmannu²⁷⁷ še posebej paradoksalno, je, da je edina rešitev očitane situacije, ki bi bila v skladu s pravom, da bodisi utoneta oba bodisi eden od njiju prostovoljno.²⁷⁸ Vendar je predstavljeni paradoks še globlji, kot se zdi na prvi pogled: ko brodolomca drug drugega odrivata z deske, torej drug drugega protipravno (pa čeprav opravičljivo) napadata. Torej ima vsak izmed njiju pravico do silobrana proti drugemu. Znajdemo se v situaciji, ko je ravnanje vsakega izmed njiju kot napad protipravno, kot obramba pa neprotipravno. Ker v tem primeru napad in obramba po naravi stvari sovpadata, pridemo do protislovnega sklepa, da je njuno ravnanje hkrati protipravno in v skladu s pravom. Ta paradoks pomeni po Kaufmannovem mnenju dokončno kapitulacijo dogmatike, ki pozna zgolj vrednotenjski par protipravno/v skladu s pravom.²⁷⁹

Posebej je treba opozoriti, da Kaufmann²⁸⁰ »neprepovedano« ravnanje, kot imenuje ravnanje, ki se dogaja v prava prostem prostoru, *ne* šteje za dovoljeno in bi zoper njega

rešila ladja, ki je pripeljala mimo. Dudleya in Stephensa je angleško sodišče obsodilo na smrt, vendar ju je kraljica Viktorija pomilostila. Opis zadeve Mignonette povzet po Trechsel, Noll, 1998: 164.

- 276 V razmeroma bližnji preteklosti so morali aparati za zunanje spodbujanje dihanja (t.i. železna pljuča) oklepiti celotnega pacienta, zato so bili veliki in dragi, v bolnišnicah pa je vselej primanjkovalo prostora za zadostno količino takšnih aparatov (seveda pa tudi sredstev za njihov nakup). Zato so »železna pljuča« kmalu postala učbeniški primer za življenjsko nujen aparat, ki odpira etična in kazenskopravna vprašanja reševanja enega pacienta na račun drugega. Nadrobno o problematiki železnih pljuč glej Korošec, 2004: 185.
- 277 V nadaljevanju odstavka povzemam po Arth. Kaufmann, 1992: 983. Smiselno podobno že isti avtor, 1972: 327 – 328.
- 278 V optiki nediferencirajočega pristopa, ki ga uporablja slovenski KZ (ureja samo eno vrsto skrajne sile: takšno, ki izključuje protipravnost), je rešitev še bistveno bolj neprepričljiva: A je ravnal v opravičljivi skrajni sili, torej je imel pravico ubiti B-ja, B se pravzaprav niti ne bi smel braniti, saj A-jev napad ni bil protipraven. No, predstavljeni argument bi načelno lahko sebi v prid obrnil vsak izmed brodolomcev. Komu torej priznati skrajno silo? Tistemu, ki je prvi planil nad drugega?
- 279 Arthur Kaufmann (1992: 984) je prepričan, da je vztrajanje pri vrednotenjskem paru protipravno/v skladu s pravom in zavračanje tretje možnosti, ki jo v tem članku imenuje »neprepovedano« (*unverboten*), odraz tipično nemške neliberalnosti in netolerantnosti, prepričanja, da je vse in vsakogar potrebno podvreči reglementaciji.
- 280 V nadaljevanju odstavka povzemam po Arth. Kaufmann, 1972: 342.

dopustil silobran. Njegova rešitev predvideva, da se tako napad kot obramba odvijata v prava prostem prostoru. Avtor se sam zaveda, da ta rešitev seveda ni najbolj elegantna, vendar pa opozarja, da vendar iz same narave takšnih konfliktnih primerov izhaja, da vsestransko zadovoljive rešitve zanje ne obstajajo.

Kaj sklepno reči o konceptu prava prostega prostora? Domnevo, ki nujno izhaja iz zavračanja koncepta prava prostega prostora, namreč da bo pravo kos vsaki, še tako etično težavni dilemi in da bo imelo vselej pripravljen odgovor na to, kaj je prav in kaj ne, je seveda mirno mogoče razglasiti za fikcijo. Takšna fikcija se zdi še posebej nesimpatična zato, ker pristaja na očitno pretirano malikovanje prava, saj v bistvu pravi: predstavite pravniku še tako etično sporen konflikt interesov, pa vam bo povedal, kdo je ravnal »prav« in kdo »narobe«.

Vendar pa se je s takšno zoprno fikcijo najbrž nujno sprijazniti. V nasprotnem primeru, ko bi se zaradi izrazite etične težavnosti primera distancirali od pravne presoje in razglasili, da se tako poseg v pravno dobroto kot tudi morebitna obramba te pravne dobrine odvijata v prava prostem prostoru, bi to pomenilo regresijo na argument moči. V primerih »železnih pljuč«, ko je na voljo manj medicinskih aparatov, kot je pacientov, ki jih življenjsko nujno potrebujejo, bi se svojci v končni fazi v bolnišnici ruvali za aparate. Tovrstna »dvojna upravičljivost«²⁸¹, pri kateri bi se subjekta z nasprotnimi interesi sklicevala eden na to, da poseg v določeno pravno dobroto ni prepovedan, drugi pa na to, da obramba te dobrine ni prepovedana, bi v končni fazi pomenila, da lahko svoj interes uveljavi močnejši.

Pokazano je že bilo, da s pavšalnim sklicevanjem na argument izključene tretje možnosti uporabnosti koncepta prava prostega prostora ni mogoče zavriniti. V deontologiji je načelno mogoče poleg nasproti si stoječih vrednostnih polov pozitivno-negativno priznati še dve kategoriji: nevtralno vrednost in indiferenco. Vendar pa je slednji dve kategoriji mogoče priznati le, če ju normativni sistem, znotraj katerega se nahajamo, dopušča.²⁸² Kazensko pravo je v tem pogledu razmeroma tog normativni sistem. V njem se priznanje možnosti indiferentne vrednostne sodbe o določenem ravnanju po tem, ko je s tem ravnanjem storilec v določeno pravno dobroto že posegel, – kljub nedvomno tudi negativnim razsežnostim takšne togosti – ne kaže kot sprejemljiva rešitev. Takšna rešitev bi namreč nujno morala pomeniti dopuščanje neomejene samopomoči vseh vpletenih.²⁸³

281 Podrobneje o problematiki »dvojne upravičljivosti« (*»doppelte Rechtfertigung«*) glej Hassemer, 1987: 217 – 218.

282 Prim. Koriath, 1994: 70.

283 Ob uporabi argumenta, da vztrajanje pri pravnem vrednotenju posameznikovega ravnanja preprečuje zatekanje k samopomoči, je vendarle treba imeti realistično pred očmi, da je večina situacij, o katerih govorimo pri razpravi o prava prostem prostoru, povezana s hudimi eksistencialnimi stiskami, v katerih posameznik reagira povsem drugače kot v vsakodnevem življenju (*»Not kennt kein Gebot«*). Zato je lahko v precejšnji meri vprašljivo, kolikšen vpliv sploh lahko imajo pravna normiranja na vedenje ljudi v eksistencialni stiski.

Posebej pa naj poudarim, da gornja zavrnitev koncepta prava prostega prostora na področju ravnanj, ki izpolnjujejo bit inkriminacije, seveda ne pomeni zavzemanja za kaznivost storilcev, ki se soočeni s težavno etično dilemo odločijo poseči v določeno pravno dobrino.²⁸⁴ Pomeni le, da mora kazensko pravo v primeru ravnanj, ki izpolnjujejo bit inkriminacije, vselej odločiti ali je protipravno ali ne. Takšna odločitev je, zlasti v primerih kolizije dveh enakovrednih pravnih dobrin, pogosto izrazito težavna, a je nujna, saj umik od presoje pomeni zgolj prevalitev reševanja problema na raven samopomoči. Če na podlagi meril, ki jih nudi pravni red, ugotovimo, da je storilec, ki se je v etično težavni situaciji odločil poseči v določeno pravno dobrino, ravnal protipravno, to seveda ne pomeni nujno, da je storilec ravnal krivdno oziroma da je kaznovanje upravičeno.²⁸⁵

3. Posebnosti »kazenskopravne protipravnosti« in enotnost pravnega reda

3.1. Očrt problematike

Nadaljnje vprašanje, ki se v zvezi s protipravnostjo kaže kot sporno, je, ali lahko na različnih pravnih področjih obstajajo »različne protipravnosti« ali pa mora biti protipravnost le ena sama. Tradicionalno kazenskopravna doktrina izhaja iz načela

284 Posebej naj poudarim tudi, da zavrnitev koncepta prava prostega prostora v kazenskem pravu na področju ravnanj, ki izpolnjujejo biti inkriminacij, seveda ne pomeni zavrnitve uporabnosti tega koncepta na sploh. Vprašanje prava prostega prostora namreč še zdaleč ni zgolj vprašanje kazenskega prava, temveč se odpira tudi v drugih pravnih panogah. Za monografsko obdelavo problematike prava prostega prostora v različnih pravnih panogah glej Comes, 1976.

285 Glede primerov »železnih pljuč«, ko se zdravnik odloči, da bo nekomu pogubil življenje ter na ta način skušal rešiti življenje drugemu, ki ima večjo možnost preživetja, je v doktrini do neke mere sporno, ali je treba storilca opravičiti ali pa morda zgolj ne kaznovati. V nemški doktrini je večinsko mnenje glede tovrstnih primerov »izbire manjšega zla« (žrtvovanje nevpletenega, da bi s tem rešili večje število življenj, ali pa nekoga z večjo možnostjo preživetja) izrazito restriktivno in šteje, da je podana tako krivda storilca kot tudi, da je storilca treba kaznovati (možna pa je seveda omilitev kazni). To strogost se navadno utemeljuje z argumentom, da medicinskih pripomočkov in organov za transplantacijo skoraj vselej na voljo manj, kot je pacientov, ki jih potrebujejo. Nedopustno bi bilo, da bi zdravstveno osebje »tehtalo življenja« in v svoje roke jemalo »usodo« (odločalo o tem, kdo naj živi in kdo ne). Gre za naslednjo logiko: če danes dopustimo, da je mogoče nekaznovano pacientu odvzeti oskrbo z aparaturο, ki ga vzdržuje pri življenju, da bi dali aparaturο na voljo tistemu, ki ima večje možnosti preživetja, bomo morali jutri nekaznovano dopustiti jemanje organov z namenom dati jih tistim, ki jih »bolj potrebujejo«. Nadrobno o tem vprašanju glej Korošec, 2004: 185 – 186.

enotnosti pravnega reda.²⁸⁶ Bistvo tega načela je, da mora biti določeno ravnanje na vseh pravnih področjih enako ovrednoteno: bodisi kot protipravno bodisi kot dovoljeno. To pomeni, da je razlog izključitve protipravnosti, ki ga pozna na primer civilno ali pa javno pravo, neposredno uporaben tudi v kazenskem pravu, po drugi strani pa, da specifično kazenskopravni razlogi izključitve protipravnosti dejanje upravičujejo tudi na vseh drugih pravnih področjih.²⁸⁷

Prva razsežnost tako opredeljenega načela enotnosti pravnega reda je povsem nesporna. Razlogi, ki izključujejo protipravnost v civilnem ali v upravnem pravu, tudi v kazenskem pravu vselej izključujejo protipravnost ravnanja, ki izpolnjuje določeno bit inkriminacije. Nasprotna rešitev, po kateri bi lahko v kazenskem pravu kaznovali ravnanje, ki je na nekem drugem pravnem področju dovoljeno, bi pomenila nevzdržen konflikt vrednot znotraj pravnega reda in bila v nasprotju z načelom subsidiarnosti kazenskega prava kot skrajnega sredstva socialne politike.²⁸⁸

Druga razsežnost načela enotnosti pravnega reda, po kateri mora veljati tudi, da ravnanja, ki niso protipravna v kazenskem pravu, nikoli niso protipravna tudi v nobeni drugi pravni panogi, pa je sporna. Ta, druga razsežnost načela enotnosti pravnega reda, pravzaprav pomeni: ravnanja, ki so protipravna v kateri drugi pravni panogi, morajo biti nujno protipravna tudi v kazenskem pravu, če le izpolnjujejo določeno bit inkriminacije. Seveda je v večini primerov že tako, da ravnanja, ki izpolnjujejo določeno bit inkriminacije in hkrati nasprotujejo izrecni prepovedi iz določene druge pravne panoge, ne zbudajo dvomov v to, da predstavljajo tudi kazenskopravno relevantno nepravo²⁸⁹. Toda ali je to mogoče šteti za univerzalno pravilo? Mar ni mogoče, da se bodo našli tudi primeri, v katerih kljub kršitvi izrecne prepovedi določene pravne panoge, ob hkratni izpolnjenosti določene biti inkriminacije, ni treba, da se kazensko pravo odzove s svojim »težkim topništvo«?

Vzemimo za primer privolitev potencialnega oškodovanca, ki (še) nima popolne poslovne sposobnosti. Kazensko pravo lahko kot razlog izključitve protipravnosti prizna učinke (t.j. izključi protipravnost) tudi privolitvi poslovno omejeno sposobnega potencialnega oškodovanca, če je bila ta razsodna.²⁹⁰ Takšna privolitev pa je po civilnem pravu zaradi oškodovančeve omejene poslovne sposobnosti neveljavna, poseg v oškodovančevo dobrino pa posledično protipraven (in utemeljuje odškodninski

286 Tako na primer Jescheck, Weigend, 1996: 327; Arth. Kaufmann 1992: 981; Engisch 1987 (ponatis dela iz leta 1935): 58.

287 Jescheck, Weigend, 1996: 327.

288 Roxin, 1997: 514.

289 V slovenski literaturi govori Ferlinc (1998: 527) o »stopnjevanju formalne protipravnosti«. Bržkone gre za lapsus in je v resnici mišljeno nepravo, saj po splošno sprejetem razumevanju protipravnosti kot relacije, ki označuje neskladje s pravnim redom, le-te ni mogoče stopnjevati.

290 Bralec, ki izhaja iz stališča, da privolitev v kazenskem pravu onemogoča že subsumpcijo dogajanja pod inkriminacijo in se mu posledično zdi v ponazoritvene namene izbrani primer neuporaben, lahko dani primer preuredi tako, da se bo ta nanašal na nadomestno privolitev, glede katere je manj sporno, da njeni učinki sodijo v okvir protipravnosti.

zahtevek). Ta primer nas zelo jasno opozarja na morebitno razpoko, ki se odpira v enotnosti pravnega reda.²⁹¹

Z vidika ideje o enotnosti pravnega reda bi bilo mogoče poskusiti preseči razpoke, ki jih potencialno odpirajo takšni in podobni primeri, z argumentom, da je treba tudi v takšnih primerih šteti, da je protipravnost enotno podana, posamezne pravne panoge pa se na to protipravnost lahko odzovejo z različnimi pravnimi posledicami.²⁹² V gornjem primeru bi to pomenilo, da kazensko pravo nima možnosti avtonomno izključiti protipravnosti zgolj na svojem področju, temveč mora poseg v oškodovančevo dobro šteti za protipraven, ima pa proste roke glede izbire pravnih posledic, lahko se torej tudi odpove kakršni koli sankciji.

Rešitev, ki zadovolji s tem, da se kazensko pravo lahko odpove sankciji, pa spregleda, da včasih ni razloga niti za to, da bi kazensko pravo sploh neodobravalo (štelo za protipravno) neko ravnanje, čeprav je to isto ravnanje hkrati na primer v civilnem pravu nesporno protipravno, in čeprav to ravnanje izpolnjuje določeno bit inkriminacije. Tako nemški avtor Hans-Ludwig Günther v svojem habilitacijskem delu, izhajajoč iz ustavnega načela sorazmernosti, razvije tezo, da je treba priznati poleg splošnih razlogov izključitve protipravnosti tudi specifične razloge, ki izključijo protipravnost zgolj na področju kazenskega prava.

3.2. Güntherjev poskus delno relativizirati načelo enotnosti pravnega reda

Günther izhaja iz podmene, da kazenskopravni posegi zaradi svoje posebne intenzivnosti ter stigmatizirajoče narave vselej zahtevajo večje nepravo kot druge pravne panoge. Imenuje ga kaznovanja vredno nepravo (*strafwürdiges Unrecht*).²⁹³ Tako avtor razvije pojem »kazenskopravne protipravnosti« (*»Strafrechtswidrigkeit«*), ki ni več kategorija, ki bi tako kot protipravnost veljala na vseh pravnih področjih, temveč velja zgolj na področju kazenskega prava in predpostavlja povečano, kaznovanja vredno nepravo.²⁹⁴ Zaradi tega »kazenskopravna protipravnost« ravnanja, ki izpolnjuje določeno bit inkriminacije, ni izključena šele, ko je ravnanje dovoljeno oziroma odobravano s strani celotnega pravnega reda, temveč za njeno izključitev zadošča že, da manjka kaznovanja vredno nepravo. Izključitev »kazenskopravne protipravnosti« pomeni odpoved posebno intenzivnemu neodobravanju dejanja, ki je značilno za kazensko pravo, ne pomeni pa odpovedi vsakršnemu pravnemu neodobravanju dejanja. Tako po avtorjevem mnenju poleg razlogov izključevanja protipravnosti, ki ravnanje

291 Prim. Roxin, 1997: 482, 514.

292 Ta argument uporabi Engisch, 1987: 58.

293 Günther, 1983: 179, 245.

294 Günther, 1983: 245, 394. V nadaljevanju odstavka se opiram na strani 394 – 396.

napravijo dovoljeno, obstajajo tudi izvirno kazenskopravni razlogi izključevanja kazenskopravnega neprava (imenuje jih pravi razlogi izključevanja kazenskopravnega neprava – *echte Strafunrechtsausschließungsgründe*). Ti določajo, pod katerimi predpostavkami naj kazensko pravo zanj značilno posebej veliko neodobravanje ravnanja izjemoma opusti, hkrati pa ne posegajo v vrednotenje dejanja na drugih pravnih področjih.

Zgoraj predstavljena Güntherjeva teza v nemški doktrini ni bila širše sprejeta.²⁹⁵ Izhodišču avtorjevega razpravljanja, da mora nepravo, ki ga predstavlja storilčevo ravnanje, doseči določeno kazenskopravno relevantno količino, da se kazensko pravo lahko nanj odzove s sankcijo, seveda ne ugovarja nihče, značilni pomisleki pa se nanašajo na vprašanje, ali je za doseg tega cilja potrebna uvedba nove systemske kategorije »kazenskopravne protipravnosti«.

Kritiki Güntherjevih stališč poudarjajo²⁹⁶, da mora že systemska kategorija biti inkriminacije poskrbeti za to, da se kazensko pravo ukvarja zgolj s tistimi ravnanji iz množice socialno nesprejemljivih ravnanj, ki na splošno uresničujejo tolikšno količino neprava, da se kazen kot najostrejša oblika državne reakcije na socialno nesprejemljivo vedenje zdi legitimna. Z ustrezno interpretacijo naj bi bilo tako mogoče ugotoviti, da številna ravnanja, pri katerih bi Günther izključil »kazenskopravno protipravnost«, sploh ne izpolnjujejo biti inkriminacije. Po drugi strani pa naj bi bilo mogoče, če za to ne poskrbi že sama bit inkriminacije, v okviru systemske kategorije krivde priti do rezultata, da nekatera izmed ravnanj, pri katerih bi Günther izključil »kazenskopravno protipravnost«, ne bodo kaznovana.

Po mnenju nekaterih nemških kritikov uvedba nove kategorije »kazenskopravne protipravnosti« v kazenskopravni sistem ni samo nepotrebna, temveč tudi nedopustna. Uvedba te kategorije bi lahko v zadnji instanci pripeljala do pripoznanja splošnega izvenzakonskega razloga izključevanja kazenskopravnega neprava, ki bi temeljil na sklicevanju na odsotnost kaznovanjavrednosti (*Strafwürdigkeit*). To bi spričo nedoločnosti slednjega pojma pomenilo »ne samo ne več dopustno pravno negotovost in ne več sprejemljivo povečanje sodniške moči pri opredeljevanju kazenskopravnega neprava, temveč bi utegnilo biti tudi nezdržljivo z veljavnim pravom«²⁹⁷.

295 Vendarle jo podpre Roxin, 1997: 515.

296 V prikazu kritik Güntherjevih stališč se opiram na Rudolphi, 1989: 374 – 377.

297 Rudolphi, 1989: 376 – 377. Poleg tega naj bi po avtorjevem mnenju proti pripoznanju splošnega zunajzakonskega razloga izključevanja »kazenskopravne protipravnosti« govorili tudi enaki argumenti, ki so utemeljeno preprečili pripoznanje splošnega zunajzakonskega razloga izključevanja krivde.

3.3. Vprašanje enotnosti pravnega reda v slovenskem kazenskem pravu

a) Praktična razsežnost problematike

Čeprav torej Günther s svojim poskusom delno relativizirati načelo enotnosti pravnega reda v nemškem prostoru ni širše prodril, pa je njegov koncept »kazenskopravne protipravnosti« vsekakor vreden obravnave tudi z vidika slovenskega pravnega reda.

Glede na poseben institut dejanja majhnega pomena, ki ga pozna slovenski KZ, je očitno, da je zakonodajalec izhajal iz predpostavke, da sistemska kategorija biti inkriminacije, glede na svojo abstraktno naravo, ne more vselej poskrbeti za to, da bi iz kalejdoskopsko pestre množice življenjskih situacij izločila vse tiste, ki v kazensko pravo ne sodijo. Tako je zakonodajalec v zakonsko besedilo vključil kontroverzni 14. člen, ki pravi, da »ni kaznivo dejanje tisto dejanje, ki [...] je majhnega pomena«. Institut dejanja majhnega pomena je bil v slovenski doktrini deležen precejšnje pozornosti in številnih, tudi nasprotujočih si razlag. Kot prevladujoče pa je vendarle mogoče izluščiti stališče, da načelo restriktivne razlage kazenske zakonodaje ne dopušča, da bi besedno zvezo »ni kaznivo dejanje« pri institutu dejanja majhnega pomena razlagali drugače kot pri institutu silobrana (11. člen KZ) ali skrajne sile (12. člen KZ).²⁹⁸ To pomeni, da je treba šteti – navkljub vsem paradoksom, ki jih to prinaša – da je protipravnost dejanja, ki je majhnega pomena, izključena.²⁹⁹ Posledice te ugotovitve so, glede na to da slovenska doktrina pri tem implicitno izhaja iz enotnega pojma protipravnosti³⁰⁰, seveda nevzdržne. Silobran zoper dejanje majhnega pomena ne bi smel biti dopusten, saj je ravnaje, ki izpolnjuje merila dejanja majhnega pomena, po volji zakonodajalca – dovoljeno. Prav tako bi morale biti vse vrste udeležb pri takšnem ravnanju nujno

298 »Kljub številnim notranjim neskladjem instituta majhnega pomena dejanja, [...] ki po mojem osebnem mnenju naravnost kričijo po izrecni reformulaciji 14. člena KZ v smeri »ne kaznuje se«, pa sistematična razlaga zakona take razlage ta trenutek ne bi dopuščala, enako je iz že opisanih razlogov ne bi dopuščalo načelo zakonitosti.« Korošec v monografiji *Majhen pomen dejanja kot institut materialnega kazenskega prava* (Korošec, Ambrož, Filipčič, Bavcon, 2004: 54 – 55). Primerjalno pravno velja opozoriti, da na Hrvaškem, kjer je zakonodajalec pri institutu »*beznačajno djelo*« (28. člen hrvaškega KZ) ravno tako uporabil formulo »ni kaznivo dejanje« (*»nema kaznenog djela«*), Novoselec (2004: 268 – 269) ne vidi tovrstnih zadržkov pri interpretaciji zakonskega besedila. Avtor meni: »Majhen pomen dejanja je treba šteti za *razlog izključitve kazni* kot posebne (negativne) predpostavke kaznivosti, saj je o kaznivem dejanju mogoče govoriti le, če dejanje ni majhnega pomena. V tem smislu je treba razumeti besedno zvezo »ni kaznivo dejanje« iz 28. člena. Ne bi bilo mogoče namreč sprejeti, da ta besedna zveza, tako kot pri silobranu, skrajni sili, sili in grožnji ter zakoniti uporabi prisilnih sredstev napotuje na izključitev protipravnosti [...]« (poudarek v originalu).

299 Glej zlasti Korošec, Ambrož, Filipčič, Bavcon, 2004: npr. 52, 139, 166.

300 V hrvaški doktrini iz načela enotnosti pravnega reda izhaja Novoselec (2004: 269, glej tudi 1985: 171), nasprotno pa v srbski doktrini Stojanović (2002: 158) izhaja iz relativnega pojmovanja protipravnosti, ko govori o izključitvi protipravnosti zgolj za področje kazenskega prava.

neprotipravne. Premisa, da institut dejanja majhnega pomena izključuje protipravnost, ob hkratnem togem vztrajanju pri enotnosti pravnega reda, pa bi načelno morala pomeniti tudi, da takšno dejanje ne more biti niti prekršek niti disciplinska kršitev³⁰¹. V tej luči seveda ne preseneča, da se je slovenska doktrina razmeroma enotno izrekla za spremembo 14. člena KZ, pri čemer naj bi ta *de lege ferenda* po vzoru § 42. avstrijskega KZ določal, da se dejanje majhnega pomena ne kaznuje.³⁰²

Tudi sam sem kot soavtor sodeloval pri raziskavi »Majhen pomen dejanja kot institut materialnega kazenskega prava«, ki v sklepnem delu predlaga spremembo dikcije 14. člena KZ, tako da bi ta sledila avstrijskemu zgledu. Vendarle pa naj na tem mestu opozorim še na eno možno doktrinarno rešitev, ki ne zahteva spremembe pozitivne zakonodaje.³⁰³ Ta »alternativna rešitev« temelji na nekaterih nastavkih, ki jih je razvil Günther, opira pa se tudi na nekatere rešitve, ki so jih precej pred Güntherjevo tezo o »kazenskopravni protipravnosti« razvili v japonski kazenskopravni doktrini.

b) Alternativna rešitev »problema« instituta dejanja majhnega pomena

Japonska kazenskopravna misel, čeprav načeloma močno vezana na dognanja nemške dogmatike, nekaterih nemških rešitev ne sprejema in razvija lastne. Tako na primer tradicionalno izhaja iz prepričanja o »relativnosti protipravnosti« (s čemer je mišljeno nasprotovanje načelu stroge enotnosti pravnega reda).

V japonskem pravu od nekdaj obstaja teleološko utemeljen pojem »kazenskopravne protipravnosti«, ki ga sprejemata tako prevladujoča doktrina kot tudi sodna praksa.³⁰⁴ Idejo o »kazenskopravni protipravnosti« prvo razvije 1910. leta japonsko vrhovno sodišče v znameniti zadevi »tobakovega lističa«. Obdolženec, pridelovalec tobaka, je enega izmed pridelanih tobakovih listov (3 g) porabil sam. Po takrat veljavnem tobačnem zakonu je bilo treba pridelani tobak brez izjem oddati državi. Višje tokijsko sodišče je na podlagi kazenskih določb tobačnega zakona pridelovalca tobaka obsodilo. Vrhovno sodišče pa ga je oprostilo z utemeljitvijo, da njegovo dejanje sploh ni kaznivo dejanje: kriminalna količina tega dejanja je tako neznatna, da storilčevo ravnanje ne predstavlja kaznovanja vredne poškodbe pravne dobrine. S to odločitvijo se je japonsko vrhovno sodišče prvič postavilo na stališče, da mora dejanje doseči določeno stopnjo nepravda, da je lahko kaznivo dejanje. To stališče vrhovnega sodišča je bilo kmalu zatem

301 Glede disciplinskih kršitev je del nemške doktrine, ki tradicionalno vztraja pri enotnosti pravnega reda, vendarle pripravljen priznati izjemo – glej Jescheck, Weigend, 1996: 327.

302 »Kaznivost ravnanja zunaj klasičnih elementov splošnega pojma kaznivega dejanja (skladnosti ravnanja z bitjo inkriminacije, protipravnosti in krivde) se po povedanem zdi zlasti kriminalitetopolitično najboljša rešitev za morebitno reformulacijo sedanjega 14. člena KZ. Predlog besedila novega 14. člena KZ se zato glasi: 'Ne kaznuje se storilec dejanja, ki ima sicer z zakonom določene znake kaznivega dejanja, je pa majhnega pomena. [...]'« Korošec, Ambrož, Filipčič, Bavcon, 2004: 167.

303 Ta možnost je pritegnila mojo pozornost šele po zaključku omenjene raziskave.

304 Asada, 1985: 465. V nadaljevanju se opiram na avtorjevo izčrpno predstavitev pojmovanja »kazenskopravne protipravnosti« v japonskem pravnem redu (1985: 465 – 479).

precizirano v doktrini. Tako je še pred drugo svetovno vojno japonski kazenskopравни teoretik Saeki razvil nauk o »kaznovanja vredni protipravnosti« (*strafwürdige Rechtswidrigkeit*). Oprijel se je ideje, da je »kaznovanjavrednost« (*Strafwürdigkeit*) nujni konstitutivni element vsakega kaznivega dejanja, vendar pa je ni štel za samostojni element kaznivega dejanja, temveč za sestavni del protipravnosti. Po avtorjevem mnenju protipravnost sicer enotno velja za vsa pravna področja, vendarle pa mora v kazenskem pravu doseči določeno stopnjo intenzitete, to je stopnjo, ki je vredna kaznovanja. Po drugi svetovni vojni je bil v japonski doktrini nauk o »kaznovanja vredni protipravnosti« večinsko sprejet, prav tako pa ga je najprej implicitno, potem pa tudi eksplicitno sprejela sodna praksa.

Zgoraj predstavljeni nauk o »kaznovanja vredni protipravnosti« po svojem bistvu ustreza Güntherjevemu nauku o »kazenskopravni protipravnosti«. Za oba nauka je značilno, da kategorijo »kaznovanjavrednosti« razumeta kot sestavni del protipravnosti in ne kot samostojno kategorijo znotraj splošnega pojma kaznivega dejanja. Samo po sebi se razume, da ima v obeh naukih klavzula »kaznovanjavrednosti« lahko le učinek oženja kaznivosti in ne obratno. Tudi glede rešitve posameznih dogmatičnih vprašanj sta si nauka podobna, vendar ne povsem identična.

Tako je za oba nauka značilno – in to je treba posebej poudariti – da protipravnosti napada kot pogoja za silobran ne razumeta kot »kazenskopravno protipravnost«, temveč kot splošno protipravnost.³⁰⁵ Z drugimi besedami: oba nauka dopuščata silobran tudi zoper napad, ki mu manjka zadostna količina neprava, da bi lahko bil »kazenskopravno protipraven«.

Določena razlika med naukoma obstaja glede meril akcesornosti udeležbe. Günther meni, da je protipravnost ravnanja glavnega storilca kot pogoj za udeležbo treba razumeti kot kazenskopravno protipravnost.³⁰⁶ To pomeni, da se beneficij odsotnosti »kaznovanja vrednega neprava« avtomatično razteza na vse udeležence. Nasprotno temu pa japonska doktrina šteje, da za pogoj za udeležbo zadošča splošna protipravnost glavnega dejanja.³⁰⁷ To pomeni, da so udeleženci načeloma lahko kaznivi tudi, če dejanje storilca ni kazenskopravno protipravno. Vendarle pa se ob tem podarja, da je to načelna rešitev, praviloma pa v življenjskih situacijah ni potrebe, da bi kaznovali udeležence, kadar glavni storilec ni ravnal »kazenskopravno protipravno«.³⁰⁸

V skladu s predstavljeno japonsko rešitvijo kot tudi Güntherjevim naukom o »kazenskopravni protipravnosti« načelo enotnosti pravnega reda še vedno velja v tistem delu, ki pravi, da v kazenskem pravu nikoli ne more biti protipravno ravnanje, ki je na nekem drugem pravnem področju dovoljeno. Relativizirano pa je v drugi smeri, s tem ko je kazenskemu pravu dopuščena možnost, da avtonomno in zgolj »za lastne potrebe« (ne da bi se vmešavalo v presojo ravnanja na drugih pravnih področjih) izključi

305 Asada, 1985: 474; Günther, 1983: 303 – 306.

306 Günther, 1983: 390.

307 Asada, 1985: 474.

308 Asada, 1985: 474 – 475.

»kazenskopravno protipravnost«. Na podlagi tega doktrinarnega izhodišča je mogoče rešiti tudi probleme majhnega pomena dejanja, ki jih odpira 14. člen slovenskega KZ. Takšna izključitev protipravnosti »za potrebe« kazenskega prava ne jemlje možnosti drugim pravnim panogam, da bi se odzvale na bagatelni delikt, ne jemlje možnosti oškodovancu, da bi se bagatelnemu deliktu uprl, in končno, ne jemlje možnosti sodišču, da bi subtilno presojalo udeležbe³⁰⁹.

Predstavljena rešitev torej ne zahteva sprememb KZ (je le interpretacijsko pravilo, kako razumeti dikcijo »ni kaznivo dejanje« iz 14. člena KZ), prav tako pa ni revolucionarna glede na načinu uporabe 14. člena KZ, ki se je uveljavil v naši sodni praksi³¹⁰. Glede na znamenito avstrijsko rešitev (42. člen avstrijskega KZ) pa je v nekaterih ozirih celo manj problematična. Opozoriti je namreč treba na nekatere, v avstrijski doktrini obsežno obravnavane kontroverze tega člena³¹¹, ki se jih v kazenskoprvnih sistemih, ki so prenovili ali pa želijo prenoviti bagatelni delikt na podlagi avstrijskega vzora, pogosto spregleda. Pri nas je na težave, s katerimi se ob tolmačenju in uporabi 42. člena avstrijskega KZ spopadata tamkajšnja doktrina in sodna praksa, opozoril že Karakaš³¹², zato bom tukaj navedel le nekaj najbolj ilustrativnih primerov.

Avstrijski avtor Reinhard Moos je naštel osem možnosti, kako je formulo »ne kaznuje se« iz 42. člena avstrijskega KZ mogoče interpretirati³¹³, nato pa se je sam opredelil za to, da ta formula ne more vplivati na obstoj kaznivega dejanja (torej tudi bagatelni delikt zahteva obsodilno sodbo), narekuje pa sodniku, da odmeri kazen »nič«. ³¹⁴ Po Moosovem mnenju vprašanje bagatelnega delikta torej ne sodi v okvir predpostavk kaznivosti, temveč v okvir odmere kazni. Nasprotno temu je Nowakowski³¹⁵ v polemiki z Moosom dokazoval, da bi takšna rešitev povsem enoznačno nasprotovala tistemu, kar je hotel avstrijski zakonodajalec, ki je storilcu bagatelnega delikta poleg kazni želel prihraniti tudi stigmatizacijo, ki jo v sebi nosi krivdorek. V skladu s prepričanjem avtorja torej ne more biti dvoma o tem, da institut bagatelnega delikta zahteva

309 Trditev o udeležbi velja seveda ob predpostavki rešitve, po kateri je pogoj za udeležbo le splošna (in ne kazenskopravna) protipravnost ravnanja glavnega storilca.

310 Zdi se pravzaprav, da predstavljeno rešitev slovenska sodna praksa v nekem smislu že sprejema. Tako slovenski tožilci nimajo zadržkov po tem, ko zavržejo ovadbo zaradi majhnega pomena dejanja, za isto dejanje predlagati uvedbo postopka pri sodniku za prekrške (glej Filipčič v Korošec, Ambrož, Filipčič, Bavcon, 2004: 146). Prav tako ni podatkov o tem, da bi tožilci preganjali varnostnike velikih nakupovalnih središč, ki začasno omejujejo svobodo gibanja flagrantno zasačenim strankam, ko te skušajo brez plačila s seboj odnesti kakšno malenkost.

311 Tako na primer avstrijski avtor Nowakowski (1985: 527) svojo razpravo o institutu bagatelnega delikta začne z ugotovitvijo, da je bilo »le malo določb avstrijskega KZ obravnavanih tako kritično kot določba o nekaznivosti zaradi manjkajoče kaznovanjavrednosti (*Strafwürdigkeit*)«.

312 Glej Karakaš, 1999: 78 – 98.

313 Moos, 1983: 164 – 165.

314 Moos, 1983: 183 – 186.

315 Nowakowski, 1985: 528 – 529.

oprostitilno sodbo.³¹⁶ To stališče je danes v avstrijski doktrini in sodni praksi splošno sprejeto, vendarle pa sama narava izključitve kaznivosti v primeru bagatelnega delikta ostaja precej sporna.³¹⁷ Vprašljivo je tudi, ali je rešitev, ki bagatelni delikt pojmuje kot protipravno in krivdno ravnanje, ter hkrati, sledeč ciljem ekonomičnosti, dopušča možnost ustavitve postopka brez sojenja, vendarle ne posega v obdolženčevo pravico do poštenega sojenja. Slednje vprašanje je pridobilo precejšnjo odmevnost ob zadevi, o kateri je na zadnji instanci odločalo Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP)³¹⁸, v kateri je pritožnik, avstrijski državljan, zatrjeval kršitve Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP), ker je bil na podlagi uporabe 42. člena avstrijskega KZ postopek zoper njega ustavljen, ne da bi imel možnost z uporabo procesnih možnosti, ki jih daje na voljo EKČP, dokazati, da očitane dejanja sploh ni storil.

Naštete težave zbuja dvome, ali je »avstrijska« rešitev res optimalna ali pa vsaj, ustrežna do te mere, da bi jo kazalo prevzeti tudi pri nas.³¹⁹ Nikakor seveda ne trdim, da je zgoraj predstavljena »alternativna« rešitev brez potencialnih pomanjkljivosti (v nadaljevanju jih bom nekaj obravnaval), moj namen je le podati vzpodbudo za morebitno nadaljnjo kritično razpravo o bagatelnem deliktu. V takšni razpravi je kajpak treba upoštevati tudi potencialne pomanjkljivosti rešitve, ki sem jo predstavil kot možno alternativo avstrijski rešitvi.

Prva pomanjkljivost predstavljene »alternativne« rešitve, ki ne predvideva spremembe 14. člena KZ, je, da so med trenutno veljavnimi merili za presojo pomena dejanja tudi takšna, ki so subjektivne narave (nizka stopnja storilčeve kazenske odgovornosti, storilčeve osebne okoliščine). V sistemu, kakršen je naš, ki nepravo v pretežni meri razume kot objektivno kategorijo, je seveda nelogično govoriti o izključitvi protipravnosti – četudi zgolj »za potrebe kazenskega prava« – in se pri tem med drugim

316 To rešitev sprejema tudi avstrijska sodna praksa, izhaja pa tudi iz določb avstrijskega zakona o kazenskem postopku. Ne kaže spregledati tudi, da stališču Nowakowskega govori v prid tudi dejstvo, da je eden izmed ciljev, ki so vgrajeni v materialnopravni institut bagatelnega delikta tudi zagotavljanje procesnopravne ekonomičnosti: skrajno nesmotrno bi namreč bilo v primeru tatvine ene cigarete izvesti celoten kazenski postopek, nato pa storilcu odmeriti kazen »nič«.

317 Glej Triffterer, 1985: 101.

318 Judikat ESČP *Adolf case* z dne 24. februarja 1982.

319 Osrednja značilnost, ki dela avstrijsko rešitev kljub naštetim pomanjkljivostim zanimivo, je, da bagatelni delikt obravnava izven klasičnih elementov splošnega pojma kaznivega dejanja, kar je v določenem oziru nesporno elegantno. Tudi sicer je v novejši doktrini mogoče večkrat zaslediti utemeljevanje potrebe po dodatnem, četrtem elementu splošnega pojma dejanja. Vendarle pa je treba opozoriti, da je vzpostavitev morebitnega dodatnega elementa v splošnem pojmu kaznivega dejanja (nemara bi ga lahko imenovali »kaznivost«) v doktrini ne uživa enotne podpore. Na znanstvenem srečanju kazenskih pravnikov v Coimbri leta 1991 so se ob obravnavi tega vprašanja referenti večinoma izrekli proti priznanju takšnega dodatnega elementa v prepričanju, da je vprašanja, povezana s kaznivostjo, treba integrirati v obstoječe elemente splošnega pojma kaznivega dejanja – podrobneje glej Roxin, 1997: 908. V hrvaški doktrini podobno mnenje izrazi Novoselec (2000: 278), ko pravi, da kaznivost ni samostojen element kaznivega dejanja, temveč samo posledica obstoja preostalih treh elementov (izpolnjenosti biti kaznivega dejanja, protipravnosti in krivde).

sklicevati tudi na nizko stopnjo kazenske odgovornosti in storilčeve osebne okoliščine. Na to pomanjkljivost rešitve, ki v majhnem pomenu dejanja vidi institut izključitve protipravnosti, je opozarjala že raziskava Majhen pomen dejanja kot institut materialnega kazenskega prava.³²⁰ Te pomanjkljivosti tudi predstavljena »alternativna« rešitev – vsaj v okviru veljavnih meril za presojo majhnega pomena dejanja – ne more preseči.

Nadaljnji ugovor zoper predstavljeno »alternativno« rešitev bi lahko bil, da je delna odpoved načelu enotnosti pravnega reda, ki je značilna za to rešitev, nesprejemljiva. No, odstopov od načel samih po sebi seveda ni mogoče vrednotiti kot dobre ali slabe, zato si je treba tudi v tem primeru zastaviti vprašanje, kaj takšen odstop od načela pomeni. V pričujočem delu je že bil poudarjen pomen prve razsežnosti načela enotnosti pravnega reda, v skladu s katero je nujno, da razlogi, ki izključujejo protipravnost na drugih pravnih področjih, tudi v kazenskem pravu vselej izključijo protipravnost, saj bi imeli v nasprotnem primeru opraviti z nevzdržnim konfliktom vrednot znotraj pravnega reda, kazensko pravo pa ne bi več nastopalo le kot skrajno sredstvo socialne politike, temveč bi se represivno odzivalo tudi na ravnanja, ki bi bila na drugih pravnih področjih izrecno dovoljena. V to razsežnost načela enotnosti pravnega reda tudi »alternativna« rešitev nikakor ne posega.

Pač pa »alternativna« rešitev temelji na predpostavki, da se kazensko pravo izjemoma lahko odpove zanj značilnemu posebej intenzivnemu in stigmatizirajočemu neodobranju ravnanja, čeprav to ravnanje izpolnjuje bit določene inkriminacije in čeprav ga druge pravne panoge štejejo za protipravno. Kakšne nevarnosti predstavlja odstop od te druge razsežnosti načela enotnosti pravnega reda?

Tukaj si je mogoče v spomin priklicati Rudolphijev argument, da bi takšno popuščanje utegnilo pripeljati do pripoznanja splošnega izvenzakonskega razloga izključevanja »kazenskopravne protipravnosti«, kar bi spričo nedoločnosti meril za uporabo tega instituta pomenilo nedopustno pravno negotovost in nesprejemljivo povečanje sodniške moči.³²¹ Vendarle pa ta argument, če ga postavimo v okvire tukaj obravnavane problematike, izgubi precej prepričevalne moči. V našem primeru namreč ne gre za poskus uvajanja splošnih izvenzakonskih razlogov izključevanja protipravnosti, temveč gre le za tolmačenje instituta, *ki ga veljavno pravo že pozna in katerega uporabo veže na razmeroma nadrobna merila*. Res je seveda, da tudi s še tako nadrobnim predpisovanjem meril morebitne arbitrarne uporabe ni mogoče absolutno preprečiti, toda to konec koncev velja za vse institute (kazenskega) prava. Zato po tukaj zastopanem stališču delni odstop od načela enotnosti pravnega reda v mejah, ki jih predvideva »alternativna« rešitev, ne predstavlja grožnje pravni enakosti in predvidljivosti.

Na koncu je treba v pretres vzeti še stališče, da so razmisleki o »kazenskopravni protipravnosti« v precejšnji meri nepotrebni, saj mora že sistemska kategorija biti

320 Glej Korošec v Korošec, Ambrož, Filipčič, Bavcon, 2004: 104 – 105.

321 Rudolphi, 1989: 376 – 377.

inkriminacije ob ustrezni uporabi možnosti, ki jih daje pravna interpretacija, omogočati izločitev zadev, ki ne terjajo kazenskopravnega neodobravanja.³²²

Res je, da je bagatelne zadeve večkrat mogoče izločiti iz nadaljnje obravnave že na ravni biti inkriminacije. Nemška doktrina je razmeroma nadrobno razvila koncept *socialne sprejemljivosti* (*soziale Adäquanz*), ki kot interpretacijsko pravilo utemeljuje, da nekaterih ravnanj, kljub temu da na jezikovni ravni ustrezajo določenemu zakonskemu opisu, pod ta zakonski opis vendarle ni mogoče subsumirati, saj ne posegajo v pravno dobrino, ki jo predmetna inkriminacija varuje.³²³

Vendarle pa je z uporabo tega interpretacijskega pravila mogoče iz kazenskopravne obravnave izločiti le del zadev, ki so bagatelne narave. V nadaljevanju bom očrtal domet koncepta socialne sprejemljivosti in skušal pokazati, da gre sicer za pomemben interpretacijski pripomoček, ki pa ne more biti nadomestek za institut majhnega pomena dejanja, kot ga poznamo pri nas. Čeprav koncept socialne sprejemljivosti danes bolj ali manj nesporno uvrščamo v okvir sistemske kategorije biti inkriminacije (in bi torej njegova obravnava v okviru pričujočega dela bolj sodila v prejšnje poglavje), ga obravnavam v tem poglavju, da bi lažje predstavil njegovo razmerje do tukaj obravnavanih problemskih sklopov.

c) Koncept socialne sprejemljivosti: njegov domet in razmejitev z institutom dejanja majhnega pomena

Ravnanja, ki sicer izpolnjujejo določeno bit inkriminacije, vendar pa izpolnjujejo merila za uporabo instituta dejanja majhnega pomena, je treba razlikovati od tistih ravnanj, ki jih zaradi njihove socialne sprejemljivosti sploh ni mogoče subsumirati pod bit inkriminacije.³²⁴ Če prvo skupino ravnanj zaznamuje to, da zavarovano pravno dobrino le neznatno poškodujejo (na primer tatvina običajnega kemičnega svinčnika kot neznaten poseg v lastninsko pravico), je za drugo skupino ravnanj značilno, da zaradi njihove socialne sprejemljivosti zavarovane pravne dobrine pravzaprav sploh ne poškodujejo. Včasih zakonski opis dejanja že sam izrecno prepoveduje subsumpcijo socialno sprejemljivih ravnanj: tako je na primer slovenski zakonodajalec pri snovanju 236. člena KZ (Preslepitev pri poslovanju z vrednostnimi papirji) izhajal iz predpostavke, da je v svetu borznega špekulantstva propaganda, ki ne temelji na povsem realnih temeljih, pač ustaljena in do neke mere tudi socialno sprejemljiva praksa, zato je inkriminacijo omejil le na lažno prikazovanje podatkov, ki *pomembno* vplivajo na vrednost delnic in drugih vrednostnih papirjev. Podobno je KZ pred novelo KZ-B v 247. členu (Neupravičeno sprejemanje daril) izhajal iz predpostavke, da je dajanje

322 Prim. Rudolphi, 1989: 374.

323 V slovenski pravni teoriji se primerljivo vlogo pripisuje interpretacijski figuri teleološke redukcije – podrobneje v naslednjem razdelku.

324 Prim. Novoselec, 2004: 269.

manjših daril v poslovni praksi socialno sprejemljivo, zato je inkriminiral le sprejemanje *nesorazmernih nagrad*^{325 326}.

Kadar pa takšnega izrecnega navodila v zakonu ni, je na podlagi interpretacije treba ugotoviti, ali ravnanja, ki jezikovno gledano sicer ustrezajo določenemu zakonskemu opisu, res posegajo v pravno dobroto, ki jo varuje ta zakonski opis. Če predstavniki vaškega gasilskega društva na priložnostni veselici organizirajo srečelov s simboličnimi nagradami, s tem v ljudeh ne zbujajo igralske strasti, ki bi jih gnala v nespametno trošenje, kar želi preprečiti 2. odstavek 234. člena KZ (Organiziranje denarnih verig in nedovoljenih iger na srečo). Zaupne izjave v ozkem družinskem krogu ne rušijo socialnega ugleda osebe, na katero se nanašajo, kar želijo preprečiti inkriminacije iz poglavja kaznivih dejanj zoper čast in dobro ime.³²⁷ Obredno pretirano hvaljenje vozila bodočemu kupcu na avtomobilskem sejmu, na podlagi katerega se kupec odloči za nakup in odšteje za vozilo nekaj desetakov več, kot je to v resnici vredno, bi bilo strogo jezikovno gledano nemara mogoče šteti za goljufijo, ker pa se s takšnim značilnim hvalisanjem kvalitet vozila ne posega v pravno dobroto avtonomije pri razpolaganju s premoženjem, ne gre za goljufijo v smislu 217. člena KZ.

Našteti ravnanj torej zaradi njihove socialne sprejemljivosti ni mogoče subsumirati pod ustrezne zakonske opise, čeprav bi se to mehanično-jezikovno zdelo mogoče. Vprašanje socialne sprejemljivosti je vrednostno vprašanje, ki je po eni strani izrazito zgodovinsko pogojeno (to kar se zdi eni generaciji povsem sprejemljivo, je lahko še v prejšnji generaciji veljalo za nezaslišano in narobe), po drugi strani pa je močno odvisno od vrednostnih stališč presojujočega posameznika (kaj je socialno sprejemljivo različni ljudje seveda različno ocenjujejo). Kako je pojmovanje socialne sprejemljivosti odvisno od posameznikovih vrednostnih nazorov, lepo ilustrirajo polemike, ki so bile v nemškem pravnem prostoru aktualne ob ustanavljanju »varnih sob« (posebnih prostorov, v katerih bi bili uživalcem mamil zagotovljeni pogoji za bolj higiensko in socialno manj stigmatizirano uživanje mamil) v devetdesetih letih minulega stoletja. Osrednje vprašanje je bilo, ali bi bilo upravljanje takšne varne sobe kaznivo dejanje omogočanja uživanja mamil³²⁸. Po mnenju enega pola avtorjev naj upravljanja varnih sob sploh ne bi bilo mogoče subsumirati pod inkriminacijo omogočanja uživanja mamil, saj zmanjševanje zdravstvenih tveganj, povezanih z uživanjem mamil, ne posega v pravno dobroto javnega zdravja, ki jo varuje ta inkriminacija.³²⁹ Po mnenju nasprotnega pola pa naj ne bi bilo zadržkov, da bi bila bit inkriminacije omogočanja uživanja mamil

325 Prim. Deisinger, 2002: 536. Z novelo KZ-B je bilo to vprašanje urejeno s tehniko blanketnega urejanja, tako da določba 247. člena KZ po novem govori o »nedovoljeni nagradi«.

326 Tudi iz tujih zakonodaj so znani številni primeri, da že KZ sam izrecno izključi možnost subsumpcije socialno sprejemljivih ravnanj. Tako na primer nemški KZ v 184. c členu za spolna dejanja šteje le tista, ki so »pomembna v luči vsakokrat varovane pravne dobrine«, hrvaški KZ pa v 290. členu (Nedovoljena trgovina z zlatom) izrecno zahteva, da mora imeti proti predpisom prodano zlato znatno premoženjsko vrednost.

327 Primera prirejena po Roxin, 1997: 244.

328 Šlo je za 11. točko 1. odstavka § 29 tedanjega Zakona o mamilih (BtMG).

329 Najbolj reprezentativno Körner, 1994: 683 – 686.

izpolnjena, četudi bi šlo nemara res zgolj za izboljševanje zdravstvenih pogojev uživanja mamil že obstoječim uživalcem.³³⁰

Glede na svojo vrednostno zaznamovanost se merila socialne sprejemljivosti kažejo kot potencialno precej zmuzljiva. Zato so nekateri avtorji ta koncept zavračali kot nesprejemljiv z vidika pravne varnosti, ali pa so, sklicujoč se na bolj ustaljene metode razlage kazenskega zakona menili, da je njegovo uvajanje nepotrebno.³³¹ Vendarle pa je konceptu socialne sprejemljivosti postopno uspelo prodreti, tako da ga danes večina avtorjev priznava, hkrati pa poziva k njegovi zadržani in subsidiarni uporabi.³³² Opozarja se, da mora uporaba koncepta socialne sprejemljivosti temeljiti na nadrobni interpretaciji vsakokrat varovane pravne dobrine, in ne zgolj na pavšalnem in nediferenciranem sklicevanju na socialno neproblematičnost določenega ravnanja, saj bi v tem primeru obstajala »nevarnost odločitev na podlagi golega pravnega občutka ali pa celo, da bi se za splošno razširjene zlorabe razglasilo, da ne izpolnjujejo biti inkriminacij«³³³.

Opozoriti je treba, da je bilo v razvoju koncepta socialne sprejemljivosti do neke mere sporno, v katerega izmed elementov kaznivega dejanja ta koncept sodi. Tako je bilo socialno sprejemljivost mogoče zaslediti kot oviro za subsumpcijo pod bit inkriminacije, kot razlog izključitve protipravnosti ter celo kot razlog izključitve krivde.³³⁴ Stališče, da socialna sprejemljivost ravnanja izključuje šele storilčevo krivdo, je mogoče brez težav ovreči. Če bi bilo namreč to tako, bi to pomenilo, da je treba socialno sprejemljiva ravnanja šteti za protipravna, zoper njih pa dopustiti silobran, kar bi bilo v očitnem neskladju s splošnim načelom kazenskega prava, da je kot protipravna mogoče razglasiti le socialno posebej škodljiva in nezaželena ravnanja.

Nekoliko več subtilnosti pri presoji pa zahteva vprašanje, ali socialna sprejemljivost izključuje bit inkriminacije ali protipravnost. V tej luči je zanimivo spreminjanje stališča pri Welzlu, ki šteje za utemeljitelja koncepta socialne sprejemljivosti.³³⁵ Welzel je v svojem zgodnjem obdobju štel, da ravnanja, ki so v skladu z zgodovinsko danim socialnoetičnim redom, ki so torej socialno sprejemljiva, nikoli ne izpolnjujejo biti inkriminacije, čeprav bi bila subsumpcija glede na dikcijo zakonskega opisa mogoča.³³⁶ V svojem srednjem obdobju pa se je Welzel vrnil k Belingovem pojmovanju o vrednostni nevtralnosti biti inkriminacije, ki je vrednotenje dopuščalo šele v okviru

330 Glej zlasti Winkler, 1995: 216 – 218.

331 Glej npr. Hirsch, 1962: 134 – 135; Gallas, 1955: 22.

332 Glej npr. Jescheck, Weigend, 1996: 252 – 253; če ga le uporabljamo v ustrezno ozkem obsegu se zdi avtorjema »pravni koncept socialne sprejemljivosti kot omejitev biti inkriminacije nepogrešljiv«. Prim. Roxin, 1997: 243 – 244. V novejši hrvaški kazenskopравни literaturi koncept socialne sprejemljivosti prizna Novoselec, 2004: 269.

333 Roxin, 1997: 244.

334 Glej pregled pri Peters, 1974: 420 – 421.

335 Glej strnjen pregled razvoja Welzlovih stališč glede »domicilnega področja« socialne sprejemljivosti v Peters, 1974: 419 – 420.

336 Glej Welzel, 1939: 516 – 519. Gre za pionirsko utemeljitev nauka o socialni sprejemljivosti.

protipravnosti, zato je socialno sprejemljivost videl kot iz socialnoetičnega reda izvirajoč (običajno pravni) razlog izključevanja protipravnosti. Vendarle pa je ta pogled spregledal, da če pojmuje razmerje med bitjo inkriminacije in izključitvijo protipravnosti kot razmerje med splošno prepovedjo (oziroma zapovedjo) in izjemno dovolitvijo, potem je treba za ravnanje, ki je že samo po sebi (ne da bi bile podane izjemne okoliščine) primerno, šteti, da ne izpolnjuje niti biti inkriminacije.³³⁷ Zato je Welzel kasneje zopet spremenil svoj pogled in se vrnil k svojemu izhodiščnemu pojmovanju, po katerem socialno sprejemljivo ravnanje nikoli ne more izpolniti biti inkriminacije.³³⁸

Tudi danes je ta sklep nesporen, če le izhajamo iz danes večinsko sprejetega pojmovanja biti inkriminacije kot »tipiziranega neprava« (in torej ne iz Belingove koncepcije biti inkriminacije kot vrednostno brezbarvne tvorbe). Kajti ravnanje, ki ni zgolj izjemoma, v posamičnem primeru, temveč je neodvisno od okoliščin in splošno sprejemljivo, ne uteleša tipiziranega neprava in zato tudi ne more izpolnjevati biti inkriminacije.³³⁹

Koncept socialne sprejemljivosti danes torej bolj ali manj nesporno uvrščamo v sistemski okvir biti inkriminacije, pri čemer pa ga ne kaže razumeti kot poseben, samostojen element znotraj biti inkriminacije, ki bi imel možnost to sistemsko kategorijo mehanično izključevati, temveč kot *metodo interpretacije*.³⁴⁰ V okviru te interpretacije je treba najprej prepoznati pravno dobrino, ki jo varuje vsakokratna bit inkriminacije, nato pa na podlagi zožujoče interpretacije presoditi, ali je zakonodajalec s tem zakonskim opisom hotel preprečiti tudi ravnanja, ki se v luči zavarovane pravne dobrine kažejo kot socialno sprejemljiva. Gre pravzaprav za interpretacijsko figuro, ki jo (tudi v slovenski pravni teoriji) poznamo pod imenom *teleološka redukcija*.³⁴¹ S to metodo prebijemo jezikovni pomen predpisa in s tem dosežemo, da se tako utesnjeni pomen ujema z namenom, ki ga pravno pravilo ima.³⁴²

Nikakršne ovire ni, da ne bi s to splošno uveljavljeno metodo razlage smiselno ožili tudi zakonskih opisov kaznivih dejanj. Napačen bi bil namreč sklep, da takšen način tolmačenja nasprotuje načelu zakonitosti v kazenskem pravu: jezikovni pomen kot meja interpretacije (*Wortlautgrenze*) omejuje interpretacijo »v širino« – razlaga, ki bi cono kaznivosti širila preko te meje, bi pomenila prepovedano analogijo; načelu zakonitosti pa seveda ne nasprotujejo teleološke razlage, ki ožijo domet vsakokratne biti

337 Prim. S/S-Lenckner pred § 13, rob. št. 70; Roxin, 1997: 237.

338 To prepričanje zasledimo tudi v zadnji, enajsti izdaji avtorjevega učbenika – glej Welzel, 1969: 55 – 58.

339 Prim. Roxin, 1997: 241.

340 Welzel, 1969: 54; S/S-Lenckner pred § 13, rob. št. 70; Jescheck, Weigend, 1996: 252; Roxin, 1997: 244. Zato morebitna storilčeva zmota o socialni sprejemljivosti njegovega ravnanja ne bo zmota o biti inkriminacije (dejanska zmota v ožjem smislu), temveč bo kvečjemu (praviloma izogibna) zmota o protipravnosti (pravna zmota).

341 Jescheck in Weigend (1996: 252) koncept socialne sprejemljivosti definirata dobesedno kot »teleološko redukcijo biti inkriminacije«.

342 Pavčnik, 1998: 151.

inkriminacije.³⁴³ Tako na primer Jescheck in Weigend zapišeta: »Dejstvo, da predstavlja besedni pomen v kazenskem pravu mejo med dopustno interpretacijo in nedopustno analogijo, ne pomeni, da sme iti interpretacija v vsakem primeru do te meje. Večkrat formulacija določene biti inkriminacije prekorači področje uporabe, ki ga je želel zakonodajalec. V takšnih primerih je naloga razlagalca zakona zagotoviti 'volji zakona' veljavnost skozi teleološko redukcijo [...]«³⁴⁴.

Kljub načelni dopustnosti uporabe koncepta socialne sprejemljivosti pa je treba imeti pred očmi, da je ta izrazito vrednostno obarvani koncept razmeroma ohlapen. Zato je v sodobni kazenskopravni doktrini praktično nesporno, da je treba, kadar je bit inkriminacije mogoče ustrezno omejiti že z drugimi, eksaktnejšimi metodami, dati prednost tem metodam, koncept socialne sprejemljivosti pa uporabiti šele subsidiarno.³⁴⁵ Z razvojem vedno bolj dodelanih konceptov normativnega mišljenja v sodobni dogmatiki, se je obseg zadev, ki so bile reševane s formulo socialne sprejemljivosti, močno zmanjšal. Če je starejša nemška doktrina primere udeležbe v prometu, obratovanja industrijskih naprav in športnih tekmovanj, pri katerih pride do poškodbe pravne dobrine kljub storilčevemu spoštovanju pravil skrbnosti oziroma športnih pravil, pa tudi primere atipičnih kavzalnih potekov (famozno pošiljanje bogatega strica na avion/na vlak/v gozd, kjer se ta ponesreči) reševala z nekoliko pavšalnim sklicevanjem na socialno sprejemljivost storilčevega ravnanja³⁴⁶, z razvojem nauka o objektivni pripisljivosti, ki je postavil veliko konciznejša pravila, te potrebe ni bilo več. Tako je uporaba koncepta socialne sprejemljivosti danes omejena le še na razmeroma majhen krog zadev, kot je razvidno tudi iz primerov, ki sem jih navedel v ilustracijo.

Zgoraj opredeljene meje uporabnosti koncepta socialne sprejemljivosti potrjujejo izhodiščno tezo, da ta koncept ne more biti rešitev, ki bi lahko iz nadaljnje obravnave izločila vse zadeve, ki so bagatelne narave. V primeru številnih inkriminacij je namreč zavarovana pravna dobrina poškodovana že s povsem neznatnim posegom vanjo. Tako na primer bagatelne tatvine v skladu z danes prevladujočim pojmovanjem lastnine kot zavarovane pravne dobrine vselej izpolnjujejo bit inkriminacije, kajti pravna dobrina lastnine je poškodovana tudi, kadar je vrednost vzete stvari neznatna (šolski primer: tatvina ene cigarete).³⁴⁷ V takšnih primerih, ko je zavarovana pravna dobrina poškodovana, ni več mogoče govoriti o socialni sprejemljivosti, hkrati pa zaradi neznatnosti poškodbe še zdaleč ni mogoče govoriti o nepravu, ki bi lahko bilo

343 Posledično načelu zakonitosti ne nasprotuje niti analogija v korist storilca, če je ta uporabljena v primeru t.i. nenamerne pravne praznine. O vprašanju analogije v korist storilca glej Novoselec, 2000 a).

344 Jescheck, Weigend, 1996: 160. Podobno Roxin, 1997: 246.

345 Glej npr. S/S-Lencker pred § 13, rob. št. 70; Jescheck, Weigend, 1996: 253. Podobno že Zipf, 1970: 650.

346 Glej ilustrativne primere, ki jih v pionirski utemeljitvi nauka o socialni sprejemljivosti 1939. leta uporabi Welzel (1939: 514 – 518).

347 Prim. Roxin, 1997: 244; Novoselec, 2004: 269.

relevantno za kazensko pravo. To je po tukaj zastopanem stališču tudi zadosten dokaz, da sistemska kategorija biti inkriminacije – četudi oborožena z obširnim interpretacijskim instrumentarijem – ne more biti edini materialnopravni instrument, ki naj omogoča izločitev bagatelnih zadev iz nadaljnjega obravnavanja.

4. Sklep

Na splošno veljajo za protipravnost enake logične zakonitosti, kot sicer veljajo za normativne relacije. To med drugim pomeni, da si je poleg vrednostnih polov protipravno/dovoljeno mogoče zamisliti tudi nevtralno vrednost: nekaj, kar ni ne protipravno ne dovoljeno.

Takšna vrednostna nevtralnost, čeprav logično mogoča, je lahko neskladna s cilji, ki (naj) jih zasleduje kazensko pravo. Če sprejmemo predpostavko, da je ena izmed nalog (kazenskega) prava preprečevanje samopomoči, je možnost razglasitve prava prostega prostora načeloma nesprejemljiva: odpoved pravni presoji pomeni dopustitev samopomoči vpletenih posameznikov. Zavrnitev koncepta prava prostega prostora torej ni logična nuja, kot se želi včasih predstaviti, temveč je lahko kvečjemu izraz določenih pravno-političnih izhodišč. Tudi po tukaj zastopanem stališču, ki se omejuje na kazensko pravo, se od presoje protipravnosti ravnanja, ki izpolnjuje bit inkriminacije, ni več mogoče distancirati. Vsekakor pa dejanj izvršenih v eksistencialnih stiskah, čeprav se izkažejo za pravno nesprejemljiva (torej protipravna), pogosto njihovim storilcem vendarle ni mogoče očitati (tj. da so storilci ravnali brez krivde oziroma z bistveno zmanjšano krivdo). Na tej točki zato le nemara ni odveč ponoviti znano ugotovitev, da slovensko pozitivno pravo z eno samo vrstno skrajne sile te distinkcije ne more v zadostni meri upoštevati. V tej luči je tudi razprava o prava prostem prostoru, problematiki, ki je po svoji naravi vezana predvsem na kolizijo enakovrednih dobrin, lahko vzpodbuda za razmislek o spremembi ureditve skrajne sile v slovenskem KZ.

Protipravnost je relacija, ki izraža nasprotje s pravnim redom. V tem smislu je lastna celotnemu pravnemu redu: to, kar je protipravno na enem pravnem področju, je protipravno na vseh pravnih področjih, izključitev protipravnosti na enem pravnem področju pa učinkuje tudi na vseh drugih pravnih področjih. Namen kazenskega prava ni ukvarjati se z vsemi ravnanji, ki nasprotujejo pravnemu redu, temveč le s peščico teh: s tistimi, ki so tako nevarna in škodljiva, da se kazenskopravni posegi kot najbolj brutalna oblika (pravno dopustne) družbene reakcije na socialno nesprejemljivo vedenje zdijo upravičeni. Nalogo selekcije takšnih ravnanj iz množice ravnanj, ki nasprotujejo pravnemu redu, opravlja sistemska kategorija biti inkriminacije. Ta sistemska kategorija, ki jo danes razumemo kot »tipizirano nepravo«, na tipski, tj. abstrakten način odgovarja na vprašanje, katera ravnanja dosegajo tolikšno stopnjo neprava, da upravičujejo odziv kazenskega prava kot skrajnega sredstva socialne politike. V večini primerov to selekcijo opravi uspešno. Vendarle pa za razliko od biti inkriminacije, ki je abstraktna kategorija, življenje poteka na konkretni ravni: »banalni vsakdan« zaznamuje

neskončna množica dogodkov, situacij in človekovih ravnanj. Nekatera izmed teh ravnanj ustrezajo abstraktnim zakonskim opisom kaznivih dejanj, a hkrati ne dosegajo stopnje neprava, ki bi jih napravila relevantna za kazensko pravo. To neskladje lahko uporabnik prava, če le ni strogi pozitivist, včasih razrešiti že z interpretacijo: če ta pokaže, da ravnanje sploh ni poškodovalo zavarovane pravne dobrine, lahko izvede sklep, da bit inkriminacije ni izpolnjena. Toda čim je zavarovana dobrina (četudi neznatno) poškodovana, takšen sklep ni več mogoč.

Vprašanje se na tej točki glasi: kako v kazenskem materialnem pravu presoјati ravnanja, ki sicer izpolnjujejo določeno bit inkriminacije, a hkrati uresničujejo le neznatno količino neprava? Tukaj sem predstavil koncept »kazenskopravne protipravnosti« kot (še) enega izmed možnih odgovorov na zastavljeno vprašanje. Kot je bilo pokazano, ne gre za revolucionarni koncept, ki bi teptal načelo enotnosti pravnega reda: izključitev »kazenskopravne protipravnosti« ne pomeni izključitve protipravnosti. Ne pomeni odobravanja ravnanja, temveč zgolj odpoved kazenskopravnemu neodobravanju ravnanja. Ali z drugimi besedami: pri konceptu »kazenskopravne protipravnosti« ne gre za tehtanje med pravom in nepravom, temveč za vprašanje, ali ravnanje uresničuje zadostno količino neprava, da bi bilo lahko relevantno za kazensko pravo. Zato po tukaj zastopanem stališču koncepta »kazenskopravne protipravnosti« ni mogoče *a priori* zavriniti kot nezdržljivega z načelom enotnosti pravnega reda, prav tako pa mu v kazenskopravnem sistemu, kjer bi bil vezan na jasna merila, ni mogoče očitati, da nesprejemljivo povečuje moč pravosodnih organov. Opozoril sem na nekatere »komparativne prednosti« tega koncepta pred rešitvami, ki vprašanje bagatelnega delikta urejajo izven tradicionalnih elementov kaznivega dejanja, a prav tako na njegove pomanjkljivosti. Zato je treba še enkrat poudariti, da je predstavljena rešitev eden izmed možnih odgovorov na vprašanje, zastavljeno na začetku tega odstavka, nikakor pa nima ambicije, biti zadnja beseda na področju obravnave materialnopravne problematike bagatelnega delikta.

V. KRIVDA

Poglavje o krivdi bom razdelil na dva dela. V prvem delu me bo zanimala krivda kot (vrednostni) temelj, na podlagi katerega je mogoče posamezniku pripisati subjektivno odgovornost za njegovo protipravno ravnanje. Opredelitev takšnega materialnega jedra krivde je razmeroma neodvisna od pozitivnopravnih predpostavk zgodovinsko danega pravnega reda in je po svoji naravi pravzaprav, bolj kot pravno, filozofsko vprašanje. Gre za eno najbolj temeljnih in hkrati najbolj spornih vprašanj kazenskega prava, s katerim se ukvarja domala nepregledna količina literature. Zato se bom prisiljen omejiti (zlasti ob zgodovinski in primerjalnopravni obravnavi tega vprašanja) le na razmeroma skromen izsek iz vseh teorij in stališč, zaobseženih v literaturi.

V drugem delu pa me bo zanimala krivda v »formalnem smislu«, tj. krivda kot sklop predpostavk, ki so v danem pravnem redu opredeljene kot elementi krivde. V tem delu poglavja bom torej skušal odgovoriti na posamezna značilna vprašanja, povezana z vrednostnimi prvini v konceptih prištevnosti, zavesti o protipravnosti, naklepa in malomarnosti.

A. Normativnost krivde

1. Uvodna opomba: Večno vprašanje o determinizmu in svobodni volji³⁴⁸

Pogoj za to, da bi lahko ravnanje nekoga moralno presojali, nanj naslovili očitek ali pohvalo, je, da je tisti, čigar ravnanje presojamo, ravnal svobodno.³⁴⁹ To stališče je

348 Arthur Kaufmann (1985 a): 102) opozarja, da gre pri besedni zvezi »svobodna volja« pravzaprav za pleonazem. K bistvu volje namreč spada, da je svobodna, če ne bi bila svobodna, sploh ne bi bila volja. Kljub temu sem se odločil uporabljati tudi (nepotreben) pridevnik »svobodna«, delno zato da bi sledil ustaljenim (čeprav napačnim) terminološkimi konvencijam, delno pa zato da z njim bolj plastično opozorim na jedro problema.

349 Ayer, 1984: 1.

danes splošno uveljavljeno tako v filozofiji, pravu kot tudi v običajnih, vsakodnevnih medčloveških praksah. Vendar pa se odgovori na vprašanje, ki nujno sledi, namreč kaj pomeni svoboda oziroma kdaj je neko ravnanje svobodno, med seboj vidno razlikujejo. Najbrž je edina splošna iztočnica, glede katere obstaja soglasje, da je nujni pogoj za svobodnost ravnanja dejstvo, da bi tisti, ki je na določen način ravnal, lahko ravnal drugače.³⁵⁰

Toda, kaj pravzaprav pomeni, da bi subjekt lahko ravnal drugače? Je ta pogoj sploh kdaj izpolnjen? Ali je sploh mogoče ugotoviti, kdaj je ta pogoj izpolnjen? Je to tudi zadostni pogoj svobode? Če ne, kaj mora biti poleg tega pogoja še izpolnjeno?

Tem vprašanjem se seveda ni moglo in se ne more izogniti niti kazensko pravo. Iz domala nepregledne količine kazenskopravne literature, namenjene tej problematiki, je mogoče izluščiti štiri osrednja stališča (v številnih odtenkih in medsebojnih prehajanjih), ki so si skozi različna obdobja zgodovine kazenskopravne misli izmenjevala primat: indeterminizem, determinizem, zmerni (relativni) determinizem in indiferentizem (agnosticizem).³⁵¹

Tudi v sodobni teoriji kazenskega prava polemike glede vprašanja svobode posameznika še zdaleč niso zamrle, diametralno nasprotna stališča glede tega vprašanja še danes obstajajo. Če bi iz teh razpravljanj vendarle želeli izluščiti prevladujoče stališče, nekakšen (zelo širok) skupni imenovalec, bi se ta glasil približno takole: (1.) za enkrat niti svobode posameznika niti njegove determiniranosti ni mogoče »znanstveno« dokazati in (2.) kolikor toliko mirnega in urejenega sobivanja ljudi si brez priznavanja elementarne svobode njihovega ravnanja pač ni mogoče zamisliti. Ti dve predpostavki sta bolj ali manj eksplicitno artikulirani v obsežni literaturi, naj na tem mestu zgolj za ilustracijo kratko povzamem le nekaj najznačilnejših mnenj. Arthur Kaufmann meni, da iz dejanja ni mogoče eksaktno ugotoviti, ali je človek v konkretni situaciji lahko svobodno odločal in svobodno ravnal, kljub temu pa svobode načeloma sploh ni mogoče postavljati pod vprašaj, kajti eksistencialna svoboda človeka je konec koncev identična s posameznikovo sposobnostjo za duševno samoodločbo.³⁵² Za Schünemanna svoboda volje ni preprosto bio-psihološko dejstvo, pač pa del t.i. družbene rekonstrukcije resničnosti in sodi k najbolj temeljni plasti zahodne kulture.³⁵³ Avtor za svobodo volje nadalje pravi, da je vsajena v elementarne strukture naših družbenih komunikacij in že zato realna.³⁵⁴ Dreher kategorično zapiše, da je problem svobode osrednji problem kazenskega prava, zato ga le-to ne more obiti. Po njegovem naj bi bili svoboda in odgovornost nekaj, čemur se ni mogoče odpovedati v medčloveških odnosih. Ker nimamo druge resničnosti od tiste, ki jo sami doživljamo, to načelo ne

350 Ayer, 1984: 2. Na tem mestu je lepo razvidna tesna prepletenost filozofskega koncepta svobode in kazenskopravnega koncepta krivde, pomislimo samo na široko uveljavljeno pojmovanje temelja krivdnega očitka v »možnosti drugačnega ravnanja« (*Andershandelnkönnen*).

351 Za jedrnat pregled glej npr. Arthur Kaufmann, 1985 a): 102 – 116.

352 Arth. Kaufmann, 1986: 226 – 227.

353 Schünemann, 1984: 163.

354 Schünemann, 1984: 166.

potrebuje ne miselnega ne empiričnega dokaza, saj se nahaja zunaj področja, ki bi bilo dostopno dokazovanju.³⁵⁵

Tudi sam bom v nadaljevanju, podobno kot citirani avtorji, izhajal iz predpostavke o elementarni svobodnosti človekovih ravnanj, kljub temu, da »znanstvenega« dokaza zanjo seveda tudi sam ne morem ponuditi.

2. Psihološke teorije krivde

Psihološke teorije krivde so bile v nemški kazenskopravni dogmatiki dominantne v drugi polovici devetnajstega stoletja in imele močan vpliv na koncepcijo krivde v številnih drugih kazenskopravnih sistemih dvajsetega stoletja. Psihološko pojmovanje krivde je bilo tesno prepleteno s filozofskim pozitivizmom in naturalizmom, kar je pomenilo koncepcijo krivde, ki se omejuje na objektivno spoznavni svet (»empirične danosti«), hkrati pa se je naslonilo na Belingovo dogmatiko, za katero je bilo značilno strogo ločevanje objektivnih (ravnanje, bit kaznivega dejanja, protipravnost) in subjektivnih elementov kaznivega dejanja (krivda). Tako psihološke teorije opredeljujejo krivdo kot odnos storilca do njegovega dejanja, ki se lahko pojavlja v obliki naklepa ali v obliki malomarnosti. S tem se vsebina krivde tudi izčrpa, kar pomeni, da v njej ni prostora za vrednotenje o tem, ali je storilčevo dejanje vredno očitka. Slednje je mogoče plastično ilustrirati z naslednjo mislijo Franza von Liszta o nesprejemljivosti »etičnega žigosanja« za kazensko pravo: »Ni naša 'zasluga', da se še nismo znašli pred kazenskim sodnikom in ni njegova [obdolženčeva] 'krivda', da so ga okoliščine prignale na pot zločina.«³⁵⁶

Kljub temu pa se tudi von Liszt kot najvidnejši predstavnik avtorjev, ki so zagovarjali psihološke teorije krivde, ni v celoti odpovedal vrednostni oceni pri presoji krivde. V svojem učbeniku namreč zapiše, da sodba o krivdi vsebuje tudi pravno-socialno neodobranje storilca in njegovega dejanja, v zvezi s tem pa opozarja, da smo do takšnega neodobravanja upravičeni le, če izhajamo iz stališč determinizma, le ta lahko namreč ustrezno pojasni odnos med posameznim dejanjem in celotnim psihološkim ustrojem storilčeve osebnosti ter ponudi merilo intenzitete krivde.³⁵⁷ Poanta, ki jo ponudi avtor, je, da v primeru, ko bi izhajali iz indeterminističnih predpostavk, odnosa med storilcem in dejanjem ne bi mogli razumeti, s tem bi nam umanjala podlaga, ki bi omogočala presojo intenzivnosti krivde, ter hkrati podlaga, na kateri bi bilo mogoče utemeljiti neodobranje. Toda, kako je mogoče izhajati iz determinističnih predpostavk

355 Dreher, navedba v Roxin, 1997: 742.

356 Von Liszt, 1905: 45. Takoj na naslednji strani pa avtor zapiše znamenito primerjavo, da bi bilo v luči determinizma neumno in nemoralno prezirati tako gobavca kot tudi zločinca.

357 Von Liszt, 1911: 164.

in hkrati vrednostno presoјati storilca in njegovo dejanje? Vrednostna sodba, o kateri v zvezi s krivdo govori von Liszt, ni mišljena kot očitek storilcu, temveč zgolj ugotovitev socialne nesprejemljivosti storilčevega odnosa do njegovega dejanja in posledice. Storilec, ki je zaradi različnih dejavnikov takšen, kakršen je, odstopa od »normalnega«, običajnega državlјana. Zaradi svoje specifične osebnostne strukture ne upošteva zahtev, ki jih nanj naslavlja pravni red, kar sicer lahko vrednotimo kot socialno nesprejemljivo, ne moremo pa na storilca naslavlјati kot očitek (to bi bilo v deterministični optiki enako nespametno kot bolniku očitati njegovo bolezen). Vidimo torej, da je tudi von Lisztovo pojmovanje krivde v nekem smislu pravzaprav normativno, saj njena empirična, psihološka plat (storilčev odnos do dejanja in posledice) predstavlja le osnovo za vrednostno sodbo o socialni nesprejemljivosti. Vendar pa takšnega pojmovanja krivde zaradi terminoloških konvencij ne moremo uvrstiti med »normativne teorije krivde«, ta izraz se je namreč uveljavil za tiste teorije krivde, ki bistvo krivde vidijo v očitku oziroma možnosti očitka storilcu.

Pa je krivda brez očitka mogoča, ali pa bi šlo v tem primeru nemara res za »nenavadni pojmovni amalgam, ki v končni fazi ni nič drugega kot *contradictio in adiecto*«³⁵⁸? Na tem mestu se namreč ne moremo izogniti vprašanju, kaj je tisto, kar daje pravo legitimnost, da se na storilčevo ravnanje odzove s kaznijo. Če se odpovemo očitku storilcu, nam kot razumna alternativa, ki takšno sankcijo opravičuje, preostane le še storilčeva nevarnost. Pa je zgolj nevarnost storilca lahko zadostni temelj za odziv s kaznijo? Če bi bil odgovor pozitiven, bi to pomenilo, da ni več bistvene razlike med ukrepom, s katerim pravo omeji gibanje kužnemu bolniku, in kaznijo, ki jo naloži storilcu kaznivega dejanja. Tega protislovja, ki ga odpre koncept krivde brez očitka, se je zavedal tudi von Liszt sam, a ga v okviru psihološkega pojmovanja ni mogel prepričljivo preseči.

3. Prehod k normativnemu pojmovanju krivde in nadaljnji razvoj

Za temeljno delo, ki je odprlo pot normativnemu pojmovanju krivde, velja kratek sestavek Reinharda Franka z naslovom *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, priobčen leta 1907.³⁵⁹ V njem avtor gradi na predpostavki, da izhajajoč iz psihološkega pojmovanja krivde ni mogoče pojasniti instituta opravičljive skrajne sile (*entschuldigender Notstand*). Če namreč v krivdi ne vidimo ničesar drugega razen vsote naklepa in malomarnosti (ta dva pojma pa sta sestavljena iz zavedanja oziroma lahkomiselnosti v odnosu do prepovedane posledice), potem ne more biti jasno, kako

358 Besedna zveza po Novoselec, 1985: 92.

359 V nadaljevanju odstavka povzemam po Frank, 1907: 6 – 9.

lahko (opravičljiva) skrajna sila izključi krivdo, saj tisti, ki ravna v skrajni sili, ve, kaj dela, zato bi bilo v takšnem primeru izključevati storilčev naklep nelogično. Poleg tega je po avtorjevem mnenju pojmovanje, da je prištevnost predpostavka krivde, neprepričljivo, saj tudi duševno bolni lahko želi ravnati na določen način in ima pri tem tudi določeno predstavo o znakih dejanja, lahko pa celo ve, da je njegovo ravnanje kaznivo. Zaradi tega prištevnost ne more biti predpostavka krivde, temveč po avtorjevem prepričanju sodi v sam pojem krivde.

Na podlagi tega je R. Frank izvedel sklep, da krivda ni sestavljena zgolj iz odnosa storilca do posledice njegovega ravnanja, temveč iz treh enakovrednih elementov: prištevnosti, naklepa ali malomarnosti in normalnih okoliščin, v katerih storilec ravna.³⁶⁰ Razvoj pojmovanja krivde v dvajsetem stoletju pa je najbrž najbolj zaznamoval kratek stavek, ki ga je avtor zapisal v poudarjenem tisku: »Krivda pomeni možnost očitka³⁶¹.« (»*Schuld ist Vorwerfbarkeit.*«)³⁶². V skladu z avtorjevim prepričanjem krivda torej ni psihični odnos storilca, temveč je sodba pravne reda o tem, ali je izvršeno protipravno dejanje storilcu mogoče očitati.

Naslednji korak v razvoju normativnih teorij krivde je napravil James Goldschmidt, ki je skušal podrobneje utemeljiti pojem možnosti očitka (*Vorwerfbarkeit*), ki ga je vpeljal Frank. Goldschmidt je opozoril na to, da možnost očitka ne temelji na kršitvi pravne norme (na kršitvi te je namreč osnovana že protipravnost), temveč na kršitvi posebne dolžnostne norme (*Pflichtnorm*)³⁶³, torej nekakšne meta dolžnosti spoštovati pravne norme. Slednji pojem je avtor uvedel s pojasnilom, da poleg vsake pravne norme, ki od posameznika zahteva določeno zunanje vedenje, obstaja tudi »tiha«, nezapisana norma, ki nalaga posamezniku, da svoje notranje vedenje (*inneres Verhalten*)³⁶⁴ uskladi tako, da bo lahko zadostil zahtevam, ki mu jih v zvezi z njegovim zunanjim vedenjem nalaga pravni red.³⁶⁵ Tako je Goldschmidt najbrž prvi avtor, ki razvije dosleden in jasen sistem razlikovanja med razlogi upravičljivosti in opravičljivosti³⁶⁶, pokaže namreč, da pravna norma in »dolžnostna norma« ne sovpadata: prva se nanaša na vse, druga pa na konkretnega posameznika in njegove individualne sposobnosti, zato je mogoče, da posameznik ravna protipravno, toda ne tudi krivdno.

Na temeljih, ki sta jih postavila Frank in Goldschmidt, je normativno pojmovanje krivde naprej razvijal Berthold Freudenthal. V svojem delu *Schuld und Vorwurf* iz leta 1922 se ukvarja s pojmom spremljevalnih okoliščin, ki jih je kot enega izmed elementov krivde

360 Frank, 1907: 12 – 13.

361 Nemški izraz *Vorwerfbarkeit* prevajam kot »možnost očitka«, opozoriti velja tudi na danes že nekoliko arhaičen prevod – očitavnost. Glej Maklecov, 1940: 139.

362 Frank, 1907: 11.

363 V angleščino se izraz običajno prevaja kot »*duty norm*« – glej Eser, 1987: 44. V hrvaški literaturi je mogoče zaslediti prevod »*dužnost kao norma*« – glej Novoselec, 1985: 123.

364 V komentarjih Goldschmidtove teorije v angleščini je mogoče zaslediti prevod »notranji odnos« (*internal attitude*) – glej Eser, 1987: 44.

365 Goldschmidt 1913, 144.

366 Glej Eser, 1987: 44 – 46.

utemeljil Frank. Iz njih razvije splošni nadzakonski razlog izključevanja krivde: če so okoliščine izvršitve dejanja takšne, da od nikogar ne bi bilo mogoče razumno pričakovati, da bi se izvršitvi dejanja lahko izognil, odpade možnost očitka, s tem pa tudi krivda.³⁶⁷ Ta Freudenthalova teza je v doktrini kasneje naletela na kritike³⁶⁸, ki so opozarjale na nesprejemljivost takšne rešitve z vidika pravne varnosti³⁶⁹, tako da se nadzakonski razlog izključevanja krivde, imenovan »nemožnost zahtevati drugačno ravnanje« (*Unzumutbarkeit*)³⁷⁰, ni splošno uveljavil. Velja pa opozoriti, da danes nemška doktrina ta razlog izključevanja krivde v določeni meri priznava pri opustitvenih kaznivih dejanjih in kaznivih dejanjih iz malomarnosti³⁷¹.

Nadaljnji razvoj normativnih teorij krivde je prineslo finalistično pojmovanje ravnanja, ki je povzročilo znatno »prezidavo« strukture kaznivega dejanja. Izhajajoč iz premise, da je bistvo človekovega ravnanja izvajanje ciljno usmerjene dejavnosti³⁷² ter na podlagi izenačevanja takšne ciljnosti z naklepom, finalisti pridejo do sklepa, da v strukturi kaznivega dejanja naklep pripada že ravnanju in ne šele krivdi. Analogno premestijo malomarnost, čeprav jim to povzroči določene težave, glede na to da storilec, ki iz malomarnosti povzroči prepovedano posledico, po naravi stvari ne ravna »ciljno«.³⁷³ Takó finalistično pojmovanje ravnanja krivdi odvzame elementa, ki sta v psiholoških teorijah predstavljala celotno vsebino krivde.³⁷⁴ Na ta način je po mnenju finalistov normativni koncept krivde šele dosledno izveden, saj je iz krivde izpadel objekt vrednotenja, ostalo je le še vrednotenje, vprašanje možnosti očitka storilcu, ki ga utemeljujejo na treh elementih: prištevnosti, možnosti zavesti o nepravu in možnosti zahtevati ravnanje v skladu s pravom (*Zumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens*).³⁷⁵

367 Freudenthal, 1922: 7.

368 Glej npr. Schumacher, 1927 ter Schaffstein, 1933.

369 Poleg tega se Freudenthalovi tezi očita tudi, da temelji na etiki, pri čemer pa naj bi Freudenthal narobe razumel odnos med pravom in moralo (Schumacher, 1927: 47 – 49, Schaffstein, 1933: 26 – 31). Za razliko od nemških kritikov, Novoselec (1985: 129 – 130) ne išče slabosti Freudenthalovega pojmovanja krivde v tem, da ni zadosti upošteval narave odnosa med pravom in moralo, temveč meni, da je Freudenthal sodbo o krivdi izpeljal iz gole dejanskosti (*pukog fakticiteta*), na temelju preučevanja možnosti, ki jih je imel delinkvent, pri tem pa je zanemaril njegovo dolžnost spoštovati pravno normo.

370 V angleščino se izraz prevaja kot »*lack of fair expectability*« – glej Eser, 1987: 60.

371 Podrobneje v V./B./4.4.

372 Welzel, 1969: 33.

373 Za strnjen prikaz poskusov preseči to protislovje glej npr. Roxin, 1997: 191 – 192.

374 Glede na to da so vse poprej opisane izpeljanke normativne koncepcije krivde ohranjale tudi psihološki substrat, jih je mogoče imenovati psihološko-normativne teorije krivde. Kadar pa bom imel v mislih normativno pojmovanje krivde, nastalo pod vplivom finalne teorije ravnanja, ki iz vsebine krivde izloči naklep in malomarnost, ga bom imenoval »popolnoma normativne teorije krivde«.

375 Welzel, 1969: 152– 186.

Finalistično pojmovanje ravnanja je bilo kasneje v kazenskoopravni doktrini preseženo.³⁷⁶ Tudi popolnoma normativne teorije krivde so bile kritizirane, češ da s tem, ko iz vsebine krivde izločajo objekt vrednotenja in jo s tem ožijo na golo vrednostno sodbo, v bistvu vpeljujejo enoten pojem krivde, ki ni več sposoben ustrezno upoštevati modalitet naklepa in malomarnosti, oziroma celo lahko pripeljejo do tega, da se sodba o krivdi lahko nanaša na karkoli, konec koncev tudi na ravnanja, ki se storilcu nikakor ne bi mogla pripisati kot naklepna ali malomarna.³⁷⁷ Vendarle je treba opozoriti, da razlika med popolnoma normativnimi in psihološko-normativnimi teorijami krivde ni tako velika, kot bi se utegnilo zdeti na prvi pogled. Tudi popolnoma normativne teorije krivde namreč ne zanikajo psihološkega substrata krivde, temveč ga le izločijo iz krivde in premestijo v nepravo.³⁷⁸

Koncept krivde, v katerem ni bilo prostora za naklep in malomarnost, v nemški doktrini ni v celoti prevladal. Del avtorjev namreč zastopa kompromisno rešitev, po kateri je »naklep kot splošni subjektivni znak neprava hkrati tudi predmet očitka krivde«. ³⁷⁹ Tako je naklep (podobno velja tudi za malomarnost³⁸⁰), ki so ga finalistične teorije iz krivde prestavile v nepravo, spet pojmovan tudi kot samostojni element krivde – v nemški doktrini se je za takšno pojmovanje uveljavil izraz »dvojni položaj naklepa« (*Doppelstellung des Vorsatzes*).³⁸¹

4. Normativno pojmovanje krivde v novejši nemški doktrini

Danes je v nemški doktrini in sodni praksi normativno pojmovanje krivde splošno sprejeto, pri tem pa mnenja posameznih avtorjev o tem, kaj naj bi bilo merilo za naslovitev očitka krivde na storilca, še zdaleč niso enotna. Nemško zvezno sodišče je krivdo opredelilo takole: »Krivda pomeni možnost očitka. Z negativno vrednostno sodbo krivde se storilcu očita, da je ravnal protipravno, da se je odločil za nepravo, čeprav bi lahko ravnal v skladu s pravom, se odločil za pravo. Temelj krivde je v tem, da je človeku dana svobodna, odgovorna moralna samoodločba in je zato sposoben odločati se za pravo in proti nepravu [...]«³⁸²

376 Podrobneje v II./2.

377 Glej Singer, 1992: 135.

378 Prim. Novoselec, 2004: 211; Roxin, 1997: 731.

379 Jescheck, Weigend, 1996: 429.

380 Podrobneje v V./B./4.2.

381 Jescheck, Weigend, 1996: 430.

382 BGHSt 2, 200. Podobno opredelitev krivde ponudi Arth. Kaufmann, 1985 a): 117.

Takšnemu pojmovanju ostro nasprotuje Roxin.³⁸³ Po avtorjevem mnenju zgoraj navedeno stališče Nemškega zveznega sodišča, njegovi »vsakodnevno teoretični« (alltagstheoretischen) všečnosti navkljub, ni sprejemljivo. Predpostavko (sicer nedokazljive) svobodne volje bi še bilo mogoče podpreti, saj je ta v razmeroma ozkih mejah, v katerih jo danes njeni zagovorniki zastopajo, kot izhodiščna hipoteza sprejemljiva – tudi strogi determinizem namreč ni empirično dokazljiv, po vrh vsega pa je še praktično neizvedljiv. Kritični moment, v katerem doktrina o možnosti drugačnega ravnanja odpove, pa je ta, da tudi ob predpostavki teoretično predstavljuje svobode odločanja, možnost individualnega storilca v trenutku izvršitve kaznivega dejanja ravnati drugače, znanstvenemu spoznanju ni dostopna. Če za ugotovitev krivde potrebujemo empirični izvid, ki je našemu spoznanju načelno nedostopen, bi moralo to v skladu s temeljnim načelom *in dubio pro reo* voditi k oprostilni sodbi. Kazensko pravo utemeljeno na krivdi (*Schuldstrafrecht*) bi bilo v takšnem primeru nemogoče.

Proti navedenemu stališču Nemškega zveznega sodišča se opredelita tudi Jescheck in Weigend, ko v zvezi z njim pravita, da v modernem času le še redko kdo zagovarja klasično dogmo indeterminizma, v skladu s katero naj bi človek lahko v vsakem trenutku sledil »tako glasu vesti kot tudi glasu skušnjave«, torej bi se njegove zasluge in krivda določale glede na njegovo svobodno odločitev.³⁸⁴ Zato avtorja³⁸⁵ pojasnjujeta, da očitka krivde ni mogoče utemeljiti na individualni možnosti storilca ravnati drugače. Do takšne ugotovitve namreč ni mogoče priti, saj bi bila zanjo potrebna zmožnost dokazati za konkretnega posameznika v konkretnem primeru svobodo volje. Takšna utemeljitev krivde bi bila navsezadnje tudi kriminalitetnopolitično nesprejemljiva, saj bi imela za posledico naslednji paradoks: slabši značaj ko bi imel nekdo, v manjši meri bi bil kriv, kar bi nas moralo nujno voditi v opustitev očitka krivde pri najhujših storilcih, ki jim manjka elementarna povezanost s pravnim redom. Na podlagi tega Jescheck in Weigend menita, da se vprašanje o možnosti očitka krivde lahko glasi edino, ali bi se nekdo drug na storilčevem mestu skušnjavi lahko uprl (socialno-primerjalno merilo). Merilo krivde je torej lahko le povprečna sposobnost (*durchschnittliches Können*), kot jo predpostavlja pravni red, ko npr. krivdno nesposobnost veže na točno določene psihopatološke omejitve. Povprečne sposobnosti ne smemo razumeti v smislu statističnega povprečja, temveč kot tisto, kar lahko pravno občestvo v normalnih okoliščinah od človeka pričakuje. Sodnik se mora torej vprašati, ali je bilo moč ravnati drugače, pri tem pa ni bistven človek kar povprek, »vse človeštvo z edino izjemo storilca samega« (zu Dohna), ampak pravnim vrednotam zavezan človek, ki je po svojih lastnostih (spolu, starosti, poklicu, telesni zgradbi, ipd.) podoben storilcu.

Socialno-primerjalno merilo, ki ga zastopata Jescheck in Weigend ni ostalo brez kritik. Po Roxinovem³⁸⁶ mnenju bi bilo očitek krivde, utemeljen na merilu poprečnega človeka, strnjeno mogoče predstaviti takole: »storilec bi v situaciji, v kateri se je znašel,

383 V nadaljevanju odstavka povzemam Roxin, 1997: 732 -733.

384 Jescheck, Weigend, 1996: 409.

385 V nadaljevanju odstavka povzemam po Jescheck, Weigend, 1996: 427 – 429.

386 V nadaljevanju odstavka povzemam po Roxin, 1997: 733 – 734 (poudarek v kurzivi je njegov).

lahko ravnal drugače, če bi po naših izkušnjah v enakovrstni situaciji *drugi na njegovem mestu* z naprežanjem moči volje, ki ga pri storilcu morebiti ni bilo, ravnal drugače«. Takšen očitok krivde pa je za Roxina nesprejemljiv, saj iz stališča indeterminizma moralnega očitka individualni osebi nikakor ne moremo opreti na sposobnosti, ki jih druge osebe nemara imajo, storilcu pa ravno umanjajo. To po avtorjevem mnenju ne bi bilo samo nelogično, ampak bi hkrati pomenilo tudi stališča, da mora biti storilcu samemu mogoča svobodna odločitev za pravo oziroma nepravo.

Roxin³⁸⁷ se želi izogniti slabostim, ki jih prinaša individualno merilo možnosti drugačnega ravnanja na eni strani in socialno-primerjalno merilo krivde na drugi strani tako, da krivdo preprosto definira kot storilčevo odločitev za nepravo, kljub njegovi normativni dostopnosti (*normative Ansprechbarkeit*), krivda je po njegovem mnenju torej podana, če je bil storilec v času storitve dejanja glede na njegovo duhovno in duševno stanje dovzeten za klic norme ter če mu je bila na voljo (naj bo to svobodna ali pa determinirana) psihična možnost upravljanja s samim sabo (*psychische Steuerungsmöglichkeit*). Pri tem po avtorjevem mnenju ne gre za nedokazljivo hipotezo, temveč za na izkušnjah temelječo znanstveno ugotovitev (*erfahrungswissenschaftlichen Befund*), psihologija in psihiatrija namreč razvijata merila za presojo omejitev svobode upravljanja s samim sabo. Takšna koncepcija krivde bi morala biti po avtorjevem mnenju sprejemljiva tako za indeterministe kot tudi za agnostike in deterministe, saj ne gradi na vprašanju, ali bi storilec lahko ravnal drugače, na katerega ni mogoče odgovoriti, temveč zgolj na predpostavki, da sta bili podani intaktna možnost storilca upravljanja s samim sabo in njegova normativna dostopnost. V tem smislu avtor izhaja iz svobode posameznika, kot »normativne predpostavke«, socialnega pravila igre, ki je neodvisno od teoretičnih in naravoslovnoznanstvenih problemov svobode volje.³⁸⁸

Za takšno koncepcijo krivde Roxin pravi³⁸⁹, da je mešana empirično-normativna danost. Empirično ugotovljiva je načelna sposobnost posameznika za upravljanje s samim seboj in z njo podana posameznikova normativna dostopnost³⁹⁰, normativno pa se pripiše iz te empirične podlage izpeljana možnost pravno korektnega obnašanja. Izhajajoč iz tega, da je vprašanje dejanske možnosti drugačnega ravnanja neodgovorljivo, avtor meni, da predstavljeni pojem krivde ni primeren za legitimacijo niti maščevanja niti moralnih očitkov storilcu. Utemeljuje zgolj posameznikovo kazenskopravno dolžnost »stati za« (*Einstehenmüssen*) svojim socialno napačnim ravnanjem in hkrati varuje pred močnejšimi posegi, ki bi bili možni na podlagi popolnoma preventivsko usmerjenega prava. Od koncepcije možnosti drugačnega ravnanja prevzema vse, kar je forenzično spoznavno, zato Roxin meni, da ga je mogoče

387 V nadaljevanju odstavka povzemam po Roxin, 1997: 740 – 741.

388 V tej luči Roxin (1997: 741) primerja pravni koncept svobodne volje s pravnim konceptom enakosti: »Če pravni red izhaja iz enakosti ljudi, s tem ne gradi na nesmiselni predpostavki, da so vsi ljudje enaki, temveč samo odreja, da morajo biti ljudje pred zakonom enako obravnavani.«

389 V nadaljevanju odstavka povzemam po Roxin, 1997: 743 – 744.

390 V zvezi s tem avtor pravi, da ne zanika, da v mejno področje normativne dostopnosti kot empirične kategorije pronicajo tudi vrednotenja, vendar da je to pač tako pri vseh pravnih pojmi (navedeno delo: 743).

sprejeti tudi s stališča indeterminizma³⁹¹, le-tega po avtorjevem mnenju ni nujno povezovati z maščevanjem in moralnimi očitki.

Čeprav bi se utegnilo zdeti, da so bregovi, ki ločijo Roxinovo pojmovanje krivde s tistim, ki ga razvijata Jescheck in Weigend, precej oddaljeni, je med tema dvema pojmovanjema tudi precej pomenljivih podobnosti. Njuna najbolj elementarna skupna točka je resignirana ugotovitev o nespoznavnosti možnosti drugačnega ravnanja konkretnega posameznika v konkretni situaciji. Na tej točki se njuni poti sicer ločita, a vendarle kasneje posegata po podobnem instrumentariju. Čeprav Jescheck in Weigend izhajata iz posplošujočega merila (povprečnega človeka kot merila krivde), je to njuno stališče precej relativizirano s tem, ko pri izbiri povprečnega človeka, ki naj služi za primerjavo, iščeta takšnega, ki bi bil po svojih lastnostih podoben storilcu. Nadalje je obema pojmovanjema skupno, da za sodbo o krivdi iščeta trdno empirično zaledje, mnenje iz »zakladnice izkušenj izvedencev«³⁹², na drugi strani pa je za obe pojmovanji značilna načelna nenaklonjenost, da bi imela sodišča možnost zanikati krivdo, na podlagi normativne presoje, da glede na okoliščine konkretne situacije izvršitve dejanja od posameznika ni bilo mogoče zahtevati drugačnega ravnanja (*Unzumutbarkeit*).³⁹³ Za obe pojmovanji je torej značilna načelna nenaklonjenost t.i. nadzakonskim razlogom izključevanja krivde in poudarjanje vezanosti razlogov izključevanja krivde oziroma opravičljivosti³⁹⁴ na (1.) empirično spoznavne predpostavke in na (2.) z zakonom predvidene okoliščine.

391 Ta trditev najbrž predstavlja že odziv na kritike, s katerimi Roxinovemu pojmovanju krivde ni bilo prizanešeno, kljub temu je zanj avtor zapisal, da bi moralo biti sprejemljivo s stališča vseh pogledov na vprašanje svobode posameznika. Kritično so se odzvali zlasti zastopniki indeterminizma, ki jih Roxinova predpostavka o svobodi kot nič več kot socialnem pravilu igre ni zadovoljila, menili so namreč, da če celotni pravni red podvržemo svobodi volje, je ne smemo imeti zgolj za nekakšno domnevo ali celo fikcijo, temveč moramo vanjo verjeti.

392 Glej Jescheck, Weigend, 1996: 427 ter Roxin, 1997: 740.

393 Glej Jescheck, Weigend, 1996: 503 – 505, Roxin, 1997: 142 – 145.

394 Naj na tem mestu opozorim na razlikovanje med razlogi izključevanja krivde (*Schuldausschließungsgründe*) in razlogi opravičljivosti (*Entschuldigungsgründe*), ki ga je mogoče zaslediti v nemški doktrini. Pri prvih (mednje uvrščajo neprištevnost in neizogibno pravno zmoto), naj bi bila krivda manjkala od samega začetka, pri drugih (mednje uvrščajo npr. opravičljivo skrajno silo in prekoračeni silobran) pa naj bi bila določena, sicer zmanjšana krivda sicer podana, vendar pa je zaradi specifičnih okoliščin storilčevo ravnanje mogoče šteti za opravičeno. To razlikovanje nekateri avtorji kritizirajo kot nedosledno oziroma nepotrebno – glej Eser, 1987: 57 – 58.

5. Pojmovanje krivde v slovenskem kazenskem pravu

5.1. Zgodovinski razvoj

V obdobju med svetovnima vojnama je slovenska kazenskopravna doktrina razvijala normativno pojmovanje krivde. Tako Dolenc in Maklecov v opredelitvi pojma krivde zapišeta: »Šele notranja psihična vez med dejanjem in storilcem, ki ravna protipravno in zoper svojo dolžnost, opravičuje negativno sodbo o njem raz stališče pravnega reda. V takih primerih upravičeno govorimo, da je storilec zakrivil nekaj, kar mu moremo očitati (normativna ocena dejanja).«³⁹⁵

Za obdobje po drugi svetovni vojni pa je bil za socialistične države značilen povratak k psihološkemu pojmovanju krivde oziroma nenaklonjenost normativnemu pojmovanju krivde in vrednostnim konceptom v kazenskem pravu nasploh. Ta preobrat je mogoče slikovito ilustrirati z besedami vzhodnonemškega kazenskopravnega teoretika Lekschasa, ki je normativnemu pojmu krivde očital, da ni nič drugega kot sredstvo imperialističnih krogov za zatiranje in teror. Takšno pojmovanje je po avtorjevem mnenju plod »filozofskega trika«, ki deli svet na svet kaosa, stvari in pojmov ter svet spekulativnih vrednot, zanj pa je značilno licemersko sklicevanje na Kantov filozofski nauk. Tako naj bi normativna koncepcija krivde krivdo zožila na imaginarne, neobstoječe vrednote, ki obstajajo zgolj kot očitek sodnika, s čimer so se odprla vrata za samovoljo sodišč, imperialistična reakcija pa je lahko mirno obračunala s predstavniki naprednih gibanj.³⁹⁶ Na podoben odpor je normativno pojmovanje naletelo v Sovjetski zvezi. Zlasti po letu 1958, ko se je v sovjetskem kazenskem pravu uveljavilo načelo zakonitosti, deloma pa, paradoksalno, tudi že prej, je dominantni tabor sovjetskih kazenskopravnih teoretikov ostro zavračal kakršnokoli sodniško vrednotenje, saj naj bi to ogrožalo socialistično zakonitost.³⁹⁷

Slovenska povojna kazenskopravna doktrina ni sledila takšnemu srditemu zavračanju normativnega pojmovanja krivde. Tako je Bavcon leta 1959 na mednarodnem kongresu o problemih kazenske odgovornosti v Strasbourgu, kljub pozivom poljske delegacije, naj »v navzočnosti zahoda ne razbija enotnosti socialističnega tabora«, nastopil z

395 Dolenc, Maklecov, 1934: 83. Kasnejši preobrat v pojmovanju krivde v nekdanji jugoslovanski doktrini je mogoče ilustrativno ponazoriti na primer z dejstvom, da je Maklecov (1940: 41) opozarjal na možnost, da kljub podanem storilčevem naklepu ali malomarnosti njegove krivde ni, medtem ko sta kasneje Srzentić in Stajić (1966: 134) vztrajala pri formuli, da »brez naklepa ali malomarnosti krivde ni, toda kadar sta naklep ali malomarnost podana, krivda vselej obstaja«.

396 Lekschas, navedba v Singer, 1992: 97. Glej tudi Lekschas in Seidel v Lekschas, Seidel, Dettenborn, 1975: 11 – 33

397 Glej Fletcher, 2000: 498 – 499.

referatom, v katerem je zavrnil stališča, ki so terjala opustitev »mističnih« pojmov krivde, kazenske odgovornosti in prištevnosti, ter poudaril, da je še vedno potrebno, da ima reakcija zoper odraslega, relativno normalnega storilca kaznivega dejanja pomen negativne moralne ocene izvršenega dejanja in njegovega storilca kot važno sredstvo za utrjevanje temeljnih moralnih pojmov v družbeni zavesti.^{398, 399}

Kasneje se tudi Bavcon pod vplivom nekaterih idej gibanja za novo družbeno obrambo kritično opredeli do samega instituta krivde v (neo)klasičnem kazenskem pravu.⁴⁰⁰ Vse teorije krivde, pojasnjuje avtor, so zgolj različice ene same filozofije, namreč te, da je treba poiskati sprejemljivo razlago in opravičilo za to, da se družba na kriminaliteto odziva s kaznovanjem. Tako vse teorije krivde iščejo merilo, ki bi omogočalo razmejitve med primeri, ko je storilcu dejanje mogoče moralno očitati in, tistimi, pri katerih to ni mogoče, saj se moralno očitavanje kaže kot edino opravičilo za uporabo represivne in retributivne kazni.⁴⁰¹ Vendar pa avtor po eni strani izrazi določen dvom v smiselnost abstraktno koncipiranega pojma krivde, saj naj bi bila v realnem življenju sodba o krivdi pravzaprav nekakšna fikcija, ki jo vzpostavimo naknadno, na podlagi že ustvarjenega prepričanja, da je kaznivo dejanje treba obsoditi, storilca pa kaznovati.⁴⁰² Po drugi strani pa podvomi, da je ravno kazen edina mogoča posledica posameznikove odgovornosti za izvršeno negativno, za družbo ali drugega posameznika škodljivo in nevarno dejanje. Ljudska misel je zgolj kazni pripisala funkcije negativne moralne in etične vrednostne sodbe, generalne in specialne prevencije, vendar pa jih najbrž lahko ravno tako dobro, če ne še mnogo bolje, opravljajo tudi druge vrste sankcij.⁴⁰³ Zato se avtor zavzame za to, da bi bilo treba kazensko pravo namesto na tradicionalnem silogizmu »kaznivo dejanje – kazenska odgovornost – kazen« utemeljiti na naslednji način: »kaznivo dejanje – storilec v družbeni sredini – ustrezna kazenska sankcija«. ⁴⁰⁴ Glede na tako opredeljeno izhodišče bi morala sodišča namesto uporabe apriorističnih in metafizičnih konstrukcij, ki so značilne za ugotavljanje krivde, v večji meri

398 Bavcon, 1959: 29.

399 Na tem mestu velja opozoriti tudi na odgovor na nekatera stališča vzhodnonemškega kazenskopravnega teoretika Lekschasa, ki so ga napisali slovenski avtorji Bavcon, Skaberne in Vodopivec ter ga v objavo poslali tedaj osrednji pravniški reviji v Nemški demokratični republiki *Staat und Recht*. Uredništvo njihove polemike ni objavilo, temveč jim je svetovalo, naj nesporazume z Lekschasom uredijo »z izmenjavo misli na osebni ravni«. Prispevek je bil kasneje objavljen v *Reviji za kriminalistiko in kriminologijo* – glej Bavcon, Skaberne, Vodopivec, 1968: 101 – 109.

400 Gre za stališča, ki jih je avtor predstavil v referatu na simpoziju o problemih kazenske odgovornosti v Beogradu leta 1965. Opiram se na nekoliko dopolnjeno različico referata, ki je bila istega leta objavljena v *Jugoslovenski reviji za kriminologijo i krivično pravo* (Bavcon, 1965: 305 – 330).

401 Bavcon, 1965: 313.

402 Bavcon, 1965: 325.

403 Bavcon, 1965: 321 – 322.

404 Bavcon, 1965: 320. Prim. Bavcon, 1970: 22.

upoštevati osebnost storilca ter na podlagi kriminološke ekspertize določiti ustrezno sankcijo.⁴⁰⁵

Kritike⁴⁰⁶ so tem Bavconovim stališčem očitale zlasti scientizem in zanikanje posameznikove moralne odgovornosti⁴⁰⁷ ter nadalje, da kljub nesporni prežetosti s humanimi ideali lahko vodijo v kazensko pravo, v katerem je kriminalitetnopolitična smotrnost postavljena pred pravičnost, kar lahko pomeni večjo grožnjo za posameznikovo osebno svobodo in dostojanstvo kot kaznovanje, ki je utemeljeno na krivdi⁴⁰⁸.

Glede pomisleka, da predstavljena stališča zanikajo pomen posameznikove moralne odgovornosti, so kritike najbrž v premajhni meri upoštevale razliko med avtorjevim zavzemanjem za opustitev moralizatorskih stališč v kazenskem pravu⁴⁰⁹ in morebitnim zanikanjem moralnega temelja kazenske odgovornosti. Bavcon kasneje sam pojasni, da besedo »moraliziranje« in njene izvedenke uporablja zato, da bi mogel razločevati moralo od moraliziranja: na področju kazenskega prava mu moraliziranje pomeni tisto prakso, ki se zgraža in s pozicij moralne vzvišenosti kaznuje ali to zahteva, ne da bi jo količkaj zanimalo vprašanje o družbenih in individualnih vzrokih kaznivega dejanja.⁴¹⁰ Z odklanjanjem moralizatorskih namenov in kriterijev v kazenskem pravu, pojasnjuje Bavcon, pa ne želi zmanjševati pomena vrednostnih sodb in moralnih vrednotenj za kazensko pravo.⁴¹¹

Pač pa Bavcon kasneje, zavedajoč se nevarnosti neomejenih posegov v posameznikovo integriteto, do katerih lahko pride v popolnoma preventivno orientiranem kazenskem pravu,⁴¹² opusti stališče, da je treba ugotavljanje krivde nadomestiti s kriminološko ekspertizo o storilčevi osebnosti, in se v tem smislu vrne k pojmovanju krivde kot negativne vrednostne sodbe o kaznivem dejanju in njegovem storilcu ter se opredeli za psihološko-normativno pojmovanje krivde.⁴¹³

405 Bavcon, 1965: 323 – 324.

406 Za prikaz odzivov udeležencev na simpoziju glej Cotič, 1965: 401 – 407. Med pisnimi odzivi na predstavljeni referat velja opozoriti na Novoselčevega (1985: 86 – 91) in Singerjevega (1992: 88 – 111).

407 Novoselec, 1985: 86 – 91.

408 Singer, 1992: 105 – 111.

409 Bavcon, 1965: 319.

410 Bavcon, 1970: 21.

411 Bavcon, 1970: 22.

412 »Samo ob vrednostnem pojmovanju krivde se nam zdi dovoljena, upravičena in smiselna uporaba kazenskih sankcij, zlasti pa seveda kazni, ki je funkcija krivde. To stališče je tudi dosleden izraz načela subjektivne odgovornosti, ki šele utemeljuje in opravičuje represivne posege v človekove (storilčeve) dobrine [...] V nasprotnem primeru bi se namesto subjektivne, krivdne odgovornosti uveljavila objektivna odgovornost, s tem pa tudi kazenskopravna represija kot čista 'družbena obramba', brez slehernih moralnoetičnih pregrad, z možnostjo vsakršnih posegov v človekove pravice in svoboščine.« Bavcon v Bavcon, Šelih, 1978: 188.

413 Glej Bavcon v Bavcon, Šelih 1978: 188; Bavcon v Bavcon et al., 1980: 12.

5.2. Konceptcija krivde v veljavnem slovenskem KZ

Krivdno načelo (*nulla poena sine culpa*) je bilo v slovenskem kazenskem pravu, čeprav ni bilo določeno z zakonom, vseeno nesporno uveljavljeno že pred sprejetjem KZ iz leta 1994, novi KZ pa je to načelo izrecno opredelil v 4. členu.^{414,415} Nadalje je ta KZ sprejel psihološko-normativno pojmovanje krivde, za katerega se je slovenska doktrina izrekla že približno dve desetletji poprej.⁴¹⁶ KZ je ohranil strukturo, za katero je značilen pojem kazenske odgovornosti kot višji skupni pojem za prištevnost in krivdo, v krivdo pa je poleg naklepa in malomarnosti umestil tudi zavest o protipravnosti, pri čemer je sprejel rešitev, ki je v doktrini znana pod imenom teorija krivde (*Schuldtheorie*). V skladu s to rešitvijo zavest o protipravnosti ni sestavina naklepa, temveč je samostojna sestavina krivde, tako za izvršitev naklepnega kot malomarnega kaznivega dejanja pa zadošča že, da bi se storilec moral in mogel zavedati, da je njegovo dejanje prepovedano (t.i. potencialna zavest o protipravnosti). Ravno uvedba zavesti o protipravnosti, kot dodatnega elementa krivde, pomeni močan zasuk od psihološkega k normativnemu pojmovanju krivde, v skladu s katerim za obstoj krivde ne zadošča zgolj določen psihični odnos storilca do svojega dejanja in posledice, temveč je potrebna tudi normativna ocena kot temelj za očitek storilcu – očitek storilcu pa ne more biti utemeljen, če se storilec ni mogel zavedati prepovedanosti svojega dejanja.⁴¹⁷

Zakonodajalec pa ni sledil rešitvi, ki je sicer značilna za normativno pojmovanje krivde, namreč, razlikovanju upravičljive (*rechtfertigender Notstand*) in opravičljive skrajne sile (*entschuldigender Notstand*). Domnevati je, da razlog za takšno odločitev ni bilo načelno nasprotovanje diferencirajočemu pristopu, temveč dejstvo, da bi dosledna uvedba takšnega pristopa zahtevala precej korenite spremembe naše obstoječe kazenskopravne dogmatike⁴¹⁸ ter bojazen, da sodna praksa takšne rešitve zaradi njene relativne kompleksnosti ne bi sprejela.

414 Primerjalnopravno je zanimiv pristop hrvaškega zakonodajalca, ki krivdnega načela ni omejil zgolj na kazni, temveč je izrek vseh kazenskih sankcij vezal na storilčevo krivdo.

415 Posebno vprašanje je, ali ima krivdno načelo v slovenskem kazenskem pravu tudi značaj ustavnega načela, tako kot na primer v Nemčiji, kjer mu je takšen značaj izrecno priznalo Zvezno ustavno sodišče (glej Jescheck, Weigend, 1996: 23). K pozitivnemu odgovoru na to vprašanje se nagiba Bele (2001: 46), ko pravi, da je KZ z uveljavitvijo pojma krivde postal formalno usklajen z Ustavo Republike Slovenije. Vendarle pa je v zvezi s tem treba opozoriti, da je do takšnega odgovora mogoče priti šele z interpretacijo, saj s pojmom krivde, ki ga uporablja slovenska Ustava v 27. členu (domneva nedolžnosti), ni mišljena krivda v materialnem smislu, temveč krivda v procesnem smislu (torej krivda, kot skupek predpostavk, ki so potrebne za obsodilno sodbo).

416 Glej npr. Bavcon v Bavcon, Šelih, 1978: 188.

417 Glej Novoselec, 2000: 278.

418 O tem, katere spremembe bi morala nujno za sabo potegniti dosledna uvedba diferencirajočega pristopa, glej Novoselec, 2000: 276.

V slovenski kazenskoopravni publicistiki ni mogoče zaslediti polemičnejših odzivov na opisane novosti v koncepciji krivde v slovenskem KZ, najbrž tudi zato ne, ker te novosti v pretežni meri pomenijo pravzaprav zgolj uzakonitev stališč, ki jih je doktrina zagovarjala že desetletja poprej. Še najbolj je kritičnemu pretresu izpostavljena rešitev, ki se ni spremenila, namreč povezovanje prištevnosti in krivde v skupni višji pojem kazenske odgovornosti. Tako Bele zapiše: »Kazenski zakonik je sicer uvedel pojem krivde in ga tudi kolikor toliko [...] jasno opredelil, ni pa prikazal povsem jasno razmerij tega pojma do drugih pojmov, še posebej ne do pojma kazenske odgovornosti, ki se je prej uporabljal kot nekakšen surogat za krivdo [...]«⁴¹⁹. V nadaljevanju⁴²⁰ se zdi avtorju odveč, da se pri določbah splošnega dela, ki se nanašajo na izključitev krivde, še naprej uporablja fraza »ni kazensko odgovoren«, zato se mu v tem pogledu zdijo natančnejši tisti tuji kazenski zakoni, ki namesto o izključitvi kazenske odgovornosti govorijo o izključitvi krivde.⁴²¹ Glede dejstva, da je slovenski KZ zadržal pojem kazenske odgovornosti, je manj kritičen Bavcon, ki v zvezi s to problematiko opozori zgolj, da nekateri avtorji zlasti v nemški teoriji zanikajo potrebo po pojmu kazenske odgovornosti kot skupnega višjega pojma za prištevnost in krivdo, saj menijo, da pojem krivde zadostuje, ker je v njegov okvir mogoče umestiti tudi prištevnost.⁴²²

Glede na to, da je vprašanje, ali je v slovenskem KZ smiselno ohranjati pojem kazenske odgovornosti, razmeroma aktualno – tako je na primer Hrvaški KZ, ki je leta 1998 krivdo opredelil podobno kot slovenski KZ, pojem kazenske odgovornosti odpravil – mu v nadaljevanju namenjam nekoliko bolj sistematično pozornost.

5.3. O (ne)potrebnosti in (ne)primernosti pojma kazenske odgovornosti in o perspektivi rabe tega pojma

Nastanek koncepta kazenske odgovornosti kot višjega skupnega pojma za prištevnost in krivdo je mogoče pripisati vplivu psiholoških teorij krivde. Te namreč niso mogle umestiti prištevnosti (ki je ni bilo mogoče koncipirati povsem deskriptivno⁴²³) v psihološko opredeljeno krivdo, zato so iz nje napravile predpostavko krivde, ter uvedle koncept kazenske odgovornosti, ki je zaobjel prištevnost in krivdo skupaj.⁴²⁴ Čeprav so

419 Bele, 2001: 138.

420 Bele, 2001: 139.

421 V hrvaški literaturi na nedoslednost slovenskega KZ, ki je zadržal pojem kazenske odgovornosti, opozarja Novoselec (2000: 277).

422 Bavcon v Bavcon, Šelih, [...], 2003: 272.

423 Za ugotovitev neprištevnosti v sodobnem kazenskem pravu namreč ne zadošča zgolj ugotovitev določenega patološkega stanja, temveč je potrebna tudi normativna ocena o tem, kako je to stanje vplivalo na zmožnost storilca v trenutku storitve kaznivega dejanja razumeti pomen svojega dejanja ter na njegovo sposobnost imeti v oblasti svoje ravnanje. Podrobneje v V./B./1.2.

424 Prim. Novoselec, 1985: 120 – 121 in 273.

psihološke teorije krivde v nemški kazenskopravni doktrini začele izgubljati prevladujoči položaj že kmalu po prelomu devetnajstega v dvajseto stoletje, so bile v socialističnih državah, nastalih po drugi svetovni vojni, še razmeroma dolgo vplivne. Razloge za vsečnost psiholoških teorij v socialistično orientiranih družbah je glede na tedanje razprave iskati v tem, da je bilo s psihološkimi teorijami krivdo mogoče utemeljiti v skladu s takrat prevladujočim materialističnim filozofskim izhodiščem, jo prikazati kot »realno kategorijo«, »dejstvo, ki pripada objektivni resničnosti«, in ne morebiti »metafizično kategorijo« ali spekulativno »metajuridično koncepcijo«, temelječo na »buržoaznem moralizatorstvu« in »reakcionarni novokantovski filozofiji«.

Čeprav so bili zgoraj navedeni, z ekspresivnimi izraznimi sredstvi podani pomisleki, najbolj prepoznaven in glasen argument proti normativnemu pojmovanju krivde, pa niso bili edini tovrstni argument. V ozadju nasprotovanja vrednostnim konceptom v kazenskem pravu je bilo razbrati tudi bojazen, da bi ti lahko razvrednotili pridobitev načela zakonitosti.⁴²⁵ Želja po čim bolj trdnih pravnih načelih in pravilih, ki ne dopuščajo diskrecije, je v kazenskopravnih sistemih, ki jih je zaznamovala tradicija samovolje in nezakoničnosti (kakaršen je bil na primer v tistem času sovjetski), razumljiva. Kljub temu pa se zdi tedanja bojazen pred normativnim pojmovanjem krivde pretirana. Spregleda namreč, da tudi v skladu z normativnim pojmovanjem krivde (če le ne bi šlo za do skrajnosti prignano različico tega pojmovanja, ki bi opuščala kakršno koli vezanost na psihološki substrat) ni mogoče izreči krivdnega očitka tam, kjer krivde v skladu s psihološkim pojmovanjem ne bi bilo. Učinek vrednotenja v normativnem pojmovanju krivde je torej lahko obdolžencu le v prid (primeri, kjer kljub izkazanemu storilčevemu naklepu ali malomarnosti ni podlage za krivdni očitek), to vrednotenje pa ne more utemeljiti krivdnega očitka tam, kjer naklep ali malomarnost nista podana.

Kakorkoli že, tudi v kazenskopravnih sistemih, kjer je vladala deklarativna opredeljenost za psihološko pojmovanje krivde, se nekaterim značilnostim normativnega pojmovanja krivde ni dalo izogniti. Tako je bilo mogoče v dveh doktrinah, ki ju v tem pogledu štejemo za najbolj »ortodoksni«, namreč v sovjetski in vzhodnonemški, zaslediti stališča, ki po svojem bistvu pomenijo sprejemanje normativnega pojmovanja krivde.⁴²⁶ Več poljskih⁴²⁷ in jugoslovanskih avtorjev⁴²⁸ pa se je povsem eksplicitno opredelilo, da pojem krivde vsebuje tudi normativne prvine.

425 Ravno z argumentom, da bi normativna koncepcija krivde omogočala sodnikom ekscesivno diskrecijsko vrednotenje in na ta način onemogočala enako obravnavanje in zakonitost, so bila v petdesetih letih minulega stoletja zavržena prizadevanja Utevskega, da bi sovjetska doktrina po nemškem vzoru prevzela normativno pojmovanje krivde. Glej Fletcher, 2000: 498 – 503 ter Kelina, 1987: 455 – 459.

426 Za pregled stališč sovjetskih avtorjev, ki v svojem bistvu razodevajo psihološko-normativno razumevanje krivde, glej Novoselec, 1985: 116 – 119. Psihološko-normativno pojmovanje so dejansko zastopali tudi ognjevitvi vzhodnonemški ideološki nasprotniki normativististične smeri v pravni teoriji – glej Singer, 1992: 100 ter Bavcon, v Bavcon, Šelih, 1978: 188. Posebej nazorno se to pokaže v Lekschas, Seidel, Dettenborn, 1975: 19.

427 Glej E. Weigend, 1978: 479.

Ko so se v osemdesetih in devetdesetih letih minulega stoletja v takratnih socialističnih državah začele pripravljati reforme kazenskih zakonikov, je bil kritikam izpostavljen tudi pojem kazenske odgovornosti kot ostanek psiholoških pojmovanj krivde.⁴²⁹ Glavne kritike je mogoče povzeti takole: (1.) pojem kazenske odgovornosti ne izraža dovolj jasno etične narave krivde oziroma očitka uperjenega proti storilcu (uporaben bi bil lahko npr. tudi v popolnoma preventivno orientiranem kazenskem pravu); (2.) pojem kazenske odgovornosti je nejasen, saj ga je mogoče razumeti tudi v smislu izpolnjenosti vseh predpostavk kaznivosti⁴³⁰; (3.) pojem kazenske odgovornosti je odvečen (po nepotrebnem dela strukturo kaznivega dejanja bolj kompleksno).

Naštete kritike pojma kazenske odgovornosti velja pazljivo preučiti in odgovoriti na vprašanje, ali je potrebno, da tudi slovenski KZ opusti pojem kazenske odgovornosti.

Res je, da sam izraz »odgovornost« ne obsega nujno očitajočih konotacij, odgovornost je navsezadnje lahko tudi civilna, objektivna, kolektivna, politična, ipd. Tako bi bilo tudi izraz »kazenska odgovornost« na načelni ravni mogoče razumeti ločeno od kakršnega koli očitka storilcu: različni dejavniki so ga pač pripeljali do tega, da je, kakršen je, z ugotovitvijo njegove kazenske odgovornosti (in posledično s sankcijo) pa skušamo zgolj (brez iskanja opore v moralnih razsežnostih) nevtralizirati njegov »nevarnostni potencial«. Vendar pa se v dejanskosti, kot skušam pokazati zgoraj, pojem kazenske odgovornosti nikoli in nikjer ni uveljavil kot izključno tehnični pojem. Kazensko pravo je vselej, četudi včasih bolj včasih manj navdahnjeno z idejami pozitivizma, igralo vlogo nekakšne »moralne čistilnice družbe«, v tem smislu tudi v državah, ki so uporabljale v svojih zakonodajah pojem kazenske odgovornosti, storilci kaznivih dejanj niso seveda nikoli uživali zgolj pietete in sočutja, ki ju kaže izkazovati bolnim, niti niso bili nikoli deležni zgolj ekspertnih tretmanskih programov, temveč so vselej služili tudi temu, da je družba lahko na njih »brusila« svojo moralno zavest (*conscience collective*).^{431, 432} Očitek storilcu v resnici ni nikoli izostal, čeprav je bil v različnih političnih sistemih nemara nekoliko drugače utemeljen.⁴³³

428 S. Frank, 1955: 49; Radovanović, 1966: 217 – 218; Bačić, 1978: 233; Bavcon, v Bavcon, Šelih, 1978: 188.

429 V nekdanji jugoslovanski doktrini glej zlasti Novoselec, 1985: 273 – 274.

430 V tem smislu je mogoče razumeti tudi Beletovo (2001: 139) misel, da bi bilo bolj jasno, če bi slovenski KZ namesto besedne zveze »ni kazensko odgovoren«, uporabljal besedno zvezo »ni kriv«.

431 Na to razsežnost kazenskega prava je prvi opozoril Durkheim. V slovenski kriminološki literaturi glej v zvezi s tem zlasti Kanduč, 1999: 81 in Kanduč, 2003: 123.

432 Kako kazensko pravo pripomore k »brušenju moralne zavesti ljudi« plastično opisuje Tolstoj v Vstajenju. Še posebej zgovoren je naslednji odlomek (1986: 40): »Izvoščki, branjevci, kuharice, delavci in uradniki so se ustavljali in si radovedno ogledovali jetnico; nekateri so zmajevali z glavami, misleč: 'Vidite, kam pride človek, če živi malopridno, ne tako, kakor mi.'«

433 »[G]otovo bo očitek politično-ideološko različno usmerjen v pravnih sistemih, ki ščitijo različne razredne odnose, vendar to še ne pomeni, da je tudi njegov pravni pomen drugačen: v vsakem primeru je njegovo bistvo namreč ugotovitev, da je storilec prišel v konflikt z vladajočimi vrednotami, ki so izražene v pravnih normah.« Novoselec, 1985: 118.

Z vidika kritike pojma kazenske odgovornosti zgoraj zapisano niti ne bi smelo biti sporno. Bistvo prvega argumenta proti uporabi pojma kazenske odgovornost je iskati drugje, in sicer v bojazni, da pojem kazenske odgovornosti ne bi dovolj jasno izražal etične omejitve kazenskopravni represiji, ali z drugimi besedami, da ne bi bil sposoben že na pojmovni ravni izraziti, da še tako velika preventijska potreba ne more opravičevati kazni brez krivde.

Glede na to, da se, gledano v zgodovinski perspektivi, slovenska doktrina kljub rabi pojma kazenska odgovornost ni odpovedovala etičnemu temelju kazenskopravne represije ter da je veljavni KZ tudi izrecno opredelil krivdno načelo, pa se vendarle zdi, da je bojazen, da bi pojem kazenske odgovornosti vodil v etično brezbarvno kazensko pravo, odveč.

Kritikom pojma kazenske odgovornosti pa je treba dati prav, da ni nobene ovire, da bi pojem krivde pokrival tudi prištevnost kot svojo lastno predpostavko. Prav tako je res, da raba pojma kazenska odgovornost utegne povzročiti določena terminološka prekrivanja (kadar rečemo na primer, da nekdo ni bil kazensko odgovoren, s tem ne izrazimo jasno, ali je šlo za to, da ni bila podana njegova krivda, ali pa je morda odpadla katera druga predpostavka kaznivosti).

Glede na vse povedano je mogoče skleniti, da pojem kazenske odgovornosti v slovenskem kazenskem pravu ni več nujen, vprašljivo je le, če ga je glede na njegovo ustaljenost res smiselno opuščati.

Na koncu je treba še opozoriti, da pojmu (kazenske) odgovornosti tudi novejša nemška doktrina ne odkazuje mesta v ropotarnici zgodovine kazenskega prava. Med aktualnimi nemškimi avtorji pojem »odgovornosti« razvija Roxin⁴³⁴, ki v njem vidi skupni višji pojem za krivdo in preventijsko potrebo kaznovanja. Krivda je za avtorja še vedno nujna predpostavka kazni, ne pa tudi zadostna. Možni so namreč primeri, ko kljub uresničnemu nepravu in podani krivdi storilca ni potrebe storilca kaznovati. V tem smislu naj bi bilo priznanje preventivne potrebe po kaznovanju kot dodatne predpostavke kaznivosti zgolj dodatno varstvo človeka pred posegi kazenskega prava.

Ne glede na to, da konkretna izpeljava (zaenkrat zgolj doktrinarnega) koncepta »odgovornosti« ni v skladu s tukaj zastopanimi stališči⁴³⁵, pa je vse pozornosti vredna temeljna ideja, v skladu s katero ugotovitev, da je storilec ravnal protipravno in krivdno,

434 V nadaljevanju odstavka povzemam po Roxin, 1997: 724 – 725.

435 Konkretna izpeljava koncepta »odgovornosti« se zdi problematična zato, ker Roxin nekatera ravnanja, ki bi jih v skladu s tradicionalnim pojmovanjem šteli za nekrivdna (opravičena), razglasi za krivdna, odpoveduje pa se zgolj kaznovanju. Tako je po njegovem mnenju na primer institut opravičljive skrajne sile (35. člen nemškega KZ) treba razlagati tako, da je ravnanje storilca krivdno, saj je imel alternativo ravnati v skladu s pravom, zakonodajalec pa se je odpovedal zgolj kaznovanju. V zvezi s tem avtor (1997: 727) dobesedno pravi: »Če 35. člen za storilca v skrajni sili pravi, da ravna 'brez krivde', to pomeni 'brez odgovornosti, četudi z (zmanjšano) krivdo'. Če zakonodajalec še ni poznal razlikovanja med krivdo in odgovornostjo, nas to ne sme ovirati pri takšni [...] diferenciaciji v znanstveni rabi [...]« Po tukaj zastopanim stališču je nesprejemljivo s sklicevanjem na razvoj kazenskopravne znanosti predvideti za storilca načelno strožje rešitve od tistih, ki jih predvideva zakon.

ne zadošča vselej za izrek kazni. Ni nemogoče, da se bodo z razvojem kazenskega prava poleg tradicionalnih pojavile tudi nove, dodatne predpostavke kaznivosti. V tem trenutku seveda še ni mogoče reči, če bodo morebitne nadaljnje predpostavke splošnega pojma kaznivega dejanja zares sistemsko uvrščene tako, da bodo skupaj s krivdo ustvarjale določen višji skupni pojem, ali pa bodo samostojno nastopale kot poseben element splošnega pojma kaznivega dejanja. Vsekakor pa kaže imeti pri morebitnih razmišljanjih o opustitvi pojma kazenske odgovornosti pred očmi tudi tovrstne razvojne tendence dogmatike splošnega pojma kaznivega dejanja.

6. Sklep: Merila oblikovanja sodbe o krivdi in slovensko kazensko pravo

Sodobno kazensko pravo temelji na konceptu krivdne odgovornosti. Glede na to, kako samoumevno in nesporno zveni danes ta trditev, bi bilo moč sklepati, da je tudi opredelitev, kaj je krivda in kako jo utemeljiti, nesporna. A vendar ni. Načelna opredelitev za normativno pojmovanje krivde je danes sicer bolj ali manj splošno sprejeta, predmet številnih polemik pa ostaja vprašanje, na podlagi kakšnih meril utemeljiti negativno vrednostno sodbo, ki jo krivda izraža.

Kazenske pravnike že od nekdaj bega, da je odgovor na vprašanje o možnosti individualnega storilca v trenutku izvršitve kaznivega dejanja ravnati drugače načeloma nedostopen empiričnemu spoznanju. Načelna nedostopnost tega spoznanja utegne pripeljati do resignacije in privolitve v to, da je krivdo treba objektivizirati, jo namesto na individualnih možnostih storilca v trenutku izvršitve dejanja, utemeljiti na nečem objektivnem, na primer na merilu povprečnega človeka. Toda objektivizacija krivde ne pomeni nič drugega kot odpoved krivdnemu načelu. To lepo pokaže primer koncepcije krivde, ki skuša krivdo utemeljiti na merilu povprečnega človeka: ta koncepcija v končni fazi pripelje do tega, da je storilec kriv zato, ker bi nekdo drug, povprečen državljani lojalni pravnemu redu, na njegovem mestu ravnal drugače. V zvezi s tem je treba posebej opozoriti, da se tudi socialno-primerjalno merilo krivde, ki ga razvijata Jescheck in Weigend, po svojem bistvu močno približuje individualnemu merilu. Povprečnega človeka, ki ga jemljeta za primerjavo, avtorja namreč oblikujeta tako, da ga po spolu, starosti, poklicu, telesni zgradbi in lastnostih naredita podobnega storilcu. Če smo pri izbiri »povprečnega človeka«, ki nam bo služil za primerjavo, le dovolj dosledni pri tem, da izberemo takšnega, ki je čim bolj podoben storilcu, pridemo v končni fazi do tega, da storilca primerjamo z njim samim, le v »boljši izdaji«⁴³⁶, to pa je bistvo individualnega merila krivde.

436 Novoselec, 1985: 248.

Čeprav slovenska kazenskoppravna doktrina ne namenja obširne pozornosti vprašanju, kaj naj bo merilo za oblikovanje sodbe o krivdi, je mogoče nesporno reči, da sprejema individualno merilo.⁴³⁷ To, po tukaj zastopanem stališču z vidika krivdnega načela pravzaprav edino možno opredelitev, kaže še naprej izpopolnjevati in vsebinsko dograjevati. Opredelitev za to, da je lahko le posameznik merilo lastne krivde (individualno merilo krivde), namreč ni le splošna, »programska« opredelitev, temveč ima pomemben praktičen pomen pri presoji značilnih vprašanj v zvezi s prištevnostjo, malomarnostjo in zavestjo o protipravnosti. Tako se problem individualnega merila krivde najprej odpre v zvezi z ugotavljanjem neprištevnosti, kjer se kaže v težavni razmejitvi med empirično in normativno metodo ter v težavni razmejitvi dela med sodiščem in izvedencem, predvsem pa v do danes nerešenem sporu med izvedenci psihiatrične stroke o tem, do kod je psihiatrična znanost usposobljena dajati odgovore o tem, ali je bil konkretni storilec v konkretni situaciji sposoben razumevanja in obvladovanja samega sebe. Nadalje se kaže v zvezi s kaznivimi dejanji iz malomarnosti in sicer pri vprašanju, kako vrednotiti primere, ko sposobnosti storilca odstopajo (navzgor ali navzdol) od povprečnih sposobnosti, ter v okviru katerega elementa kaznivega dejanja upoštevati takšne odstopa. Jasno se kaže tudi v zvezi s presojo izogibnosti zmote o protipravnosti ter končno v zvezi z morebitnim upoštevanjem t.i. nadzakonskih razlogov izključevanja krivde. Vse to so vprašanja, ki kličejo po bolj poglobljeni obravnavi tudi v slovenskem kazenskem pravu. V nadaljevanju se z njimi spoprijemam tudi sam.

B. Vrednostne prvine v posameznih elementih krivde

1. Prištevnost

Večina sodobnih kazenskih zakonodaj prištevnosti ne definira posebej, izhaja namreč iz predpostavke posameznikovih neokrnjenih sposobnosti razumevanja in obvladovanja samega sebe, torej prištevnost šteje za nekakšno naravno, izhodiščno stanje stvari, ki ga načelno ni treba posebej raziskovati in utemeljevati.⁴³⁸ Tako kazenski zakoniki običajno ponujajo le merila, po katerih je to predpostavko mogoče ovreči in ugotoviti, da je bil storilec neprišteven. Z razvojem kazenskega prava se je izoblikovalo več metod

437 Glej npr. Bavcon, Šelih, 1996: 208 – 216, 221 – 223, 236, 239.

438 Tako tudi tiste redke kazenske zakonodaje, ki pozitivno definirajo prištevnost, ne predvidevajo dokazovanja sposobnosti, ki jih obsega prištevnost, temveč nasprotno, zgolj dokazovanje, da teh lastnosti v konkretni zadevi ni bilo. Glej Bavcon, Šelih, [...] 2003: 274. Glej tudi Bavcon, 1970: 45.

ugotavljanja neprištevnosti. Posamezne metode se med seboj značilno razlikujejo glede na razmerje med empiričnimi in normativnimi prvinami v merilih ugotavljanja neprištevnosti.

1.1. Empirična metoda

Metoda, ki se je najbolj približala popolnoma empiričnemu ugotavljanju neprištevnosti, je bila znamenita »biološka« metoda, ki so jo uzakonile velike kazenske kodifikacije Francije iz 1810. leta⁴³⁹, Bavarske iz 1813. leta in Prusije iz 1851. leta. Za to metodo je bilo značilno, da je za ugotovitev neprištevnosti zadostovala že diagnoza duševne bolezni pri storilcu, v horizont te metode pa ni sodilo vprašanje, kakšen je bil vpliv te duševne bolezni na storilčev razum in voljo v času izvršitve kaznivega dejanja.⁴⁴⁰ Očitna pomanjkljivost te metode je, da sam obstoj duševne bolezni še ne izključuje nujno razumskega uvida oziroma voljne sposobnosti upravljati s sabo v konkretni situaciji.

1.2. Empirično-normativna metoda

Kot nadgradnja »biološke« metode se je razvila metoda, ki jo tradicionalno imenujemo »biološko-psihološka« metoda. Po tej metodi je za ugotovitev neprištevnosti treba najprej pri storilcu ugotoviti obstoj določenega organskega stanja (t.i. biološka sestavina neprištevnosti), nato pa oceniti, kako je to stanje vplivalo na razumske in voljne sposobnosti storilca (t.i. psihološka sestavina neprištevnosti). Tako kot večina sodobnih kazenskih zakonodaj to metodo sprejema tudi naš KZ. Poimenovanje metode sugerira, da tudi ta metoda temelji predvsem na ugotavljanju empiričnih danosti: ustreznih »bioloških« in »psiholoških« dejstev. Vendarle pa se v novejši doktrini poudarja, da je poimenovanje »biološko-psihološka« metoda vseskozi napačno. Izraz »biološko« je seveda neroden že zato, ker mnoge motnje zavesti, ki jih štejemo za »biološko« osnovo prištevnosti, ne temeljijo na organskih (»bioloških«) anomalijah, temveč so lahko povsem psihološkega značaja.⁴⁴¹ V luči tukajšnjega razpravljanja pa je bolj pomembna

439 Podrobno o obravnavanju neprištevnosti v francoskem KZ iz leta 1810 Bavcon, 1970: 43 – 44 in Bavcon, 1972, v celoti.

440 Zaradi te pomanjkljivosti je čista »biološka« metoda postopno ostala le še »črka na papirju«, teorija in praksa pa sta začeli uporabljati še obe sestavini t.i. psihološkega elementa neprištevnosti – glej Bavcon, 1972: 35.

441 Glej npr. Roxin, 1997: 756, Jescheck, Weigend, 1996: 437. Tako tudi Bavcon, Šelih, [...] (2003: 275): »Izraz 'biološki pogoji', ki ga uporabljamo, je samo konvencionalen, saj duševne abnormnosti, ki jih kazenski zakonik klasificira v štiri skupine, niso nujno po svoji naravi in izvoru biološke.« Prim. tudi Bele, 2001: 146.

pomanjkljivost tega poimenovanja, da ugotavljanje zmožnosti razumeti pomen dejanja in sposobnosti imeti v oblasti svoje ravnanje, ni zgolj ugotavljanje neke psihološke danosti, temveč je v prvi vrsti normativna ocena: ovrednotiti je treba, ali bi storilec mogel premagati biopsihološke vplive in se vzdržati izvršitve kaznivega dejanja.⁴⁴² Na to je pri nas že leta 1972 opozoril Bavcon, ko je v razpravi »Kritičen pogled na neprištevnost v kazenskem pravu« zapisal: »Tako tudi za kazensko pravo ni dovolj, da je kdo duševno bolan ali moten, temveč zahteva še nekaj več – vrednostno sodbo o storilcu. *Ugotovitev o storilčevi prištevnosti ali neprištevnosti torej ni v prvi vrsti diagnoza ali ugotovitev določenega dejstva [...], temveč je vrednostna sodba.*«⁴⁴³

Zato nekateri predlagajo, da bi se opisana metoda ugotavljanja neprištevnosti morala imenovati »biopsihološko normativna«⁴⁴⁴ ali pa kar »psihološko-normativna«⁴⁴⁵, drugim pa se niti takšna alternativna poimenovanja ne zdijo posrečena, temveč bi se kakršnemu koli poimenovanju najraje kar odpovedali⁴⁴⁶.

Bistveno bolj pomembno od vprašanja, kako poimenovati preplet empiričnih in normativnih prvin, ki zaznamujejo to metodo, je še do danes ne povsem odgovorjeno vprašanje, kako posamezne naloge v okviru ugotavljanja neprištevnosti razdeliti med izvedenca in sodišče. V slovenski doktrini načeloma velja, naj se izvedenec, čigar metoda dela je naravoslovna, ukvarja z empiričnimi vprašanji, sodišče, čigar metoda dela je vrednostna, pa z normativnimi vprašanji.⁴⁴⁷ Toda takšna razdelitev ne more biti več kot zgolj načelna, okvirna. Kajti že pri prvi stopnički ugotavljanja neprištevnosti, torej pri ugotavljanju obstoja duševne bolezni, motnje ali zaostalosti, se ni mogoče povsem izogniti vrednostnim vprašanjem, kot to nazorno pokaže že pojem »hude duševne motnje« iz 16. člena slovenskega KZ. Na vprašanje, katera duševna motnja je huda, se namreč ne da odgovoriti zgolj na podlagi diagnosticiranja tistega, kar je, temveč odgovor nujno predpostavlja tudi vrednostno oceno.

Da izvedenčev način dela ni le naravosloven, postane še bolj očitno na drugi stopnički ugotavljanja neprištevnosti. Slovenski ZKP v 3. odstavku 265. člena med drugim določa, da mora izvedenec, če v duševnem stanju dožene motnjo, podati svoje mnenje o tem, kako je ugotovljeno duševno stanje vplivalo in kako še sedaj vpliva na pojmovanje in ravnanje obdolženca. To določbo je mogoče razumeti vsaj na dva načina. Lahko jo razumemo tako, da se mora izvedenec decidirano izjaviti o tem, ali se je storilec zavedal pomena svojega dejanja in imel v oblasti svoje ravnanje, in s tem pravzaprav že implicitno povedati, ali je bil prišteven ali ne. Lahko pa jo razumemo tudi tako, kot da od izvedenca zahteva le, da na vprašanje o vplivu duševnega stanja na pojmovanje in ravnanje storilca odgovori zgolj opisno, sodišču pa prepusti vrednostno sodbo o tem, ali

442 Prim. Novoselec, 2004: 217.

443 Bavcon, 1970: 48 (poudarek v navedku je moj).

444 Glej Bačić, 1995: 192.

445 Glej Jescheck, Weigend, 1996: 437.

446 Tako npr. Roxin, 1997: 756.

447 Bavcon, Šelih, [...], 2003: 281 – 282.

so navedena dejstva ovirala storilčevo sposobnost razumevanja in obvladovanja samega sebe in v kolikšni meri. V slovenski sodni praksi se je pretežno uveljavila prvo razumevanje te določbe, torej sodišča od izvedenca praviloma pričakujejo, da bo dal decidirano izjavo o tem, ali se je konkretni storilec v konkretni situaciji mogel zavedati pomena svojega dejanja in ali je mogel imeti v oblasti svoje ravnanje.⁴⁴⁸ Če izvedenec to stori – ne glede na to, da se pri tem izogne uporabi izrazov prištevnost in neprištevnost – s tem opravi tudi normativni del ugotavljanja neprištevnosti in s tem že *de facto* odloča o storilčevi kazenski odgovornosti. Pojemovna substitucija, ki jo potem opravi sodišče, ko tako oblikovano izvedensko mnenje pretvori v oznako »prišteven« ali »neprišteven«, pa je le še bolj ali manj simbolična gesta.

Iz nemškega pravnega prostora je v zvezi s tem znan upor t.i. agnostičnih izvedencev psihiatrične stroke, med katerimi je bil najvidnejši Kurt Schneider⁴⁴⁹. Po mnenju teh psihiatrov izvedenec psihiatrične stroke ne more odgovoriti na vprašanje o storilčevi sposobnosti razumevanja in obvladovanja samega sebe, saj bi odgovor na to vprašanje impliciral tudi odgovor na vprašanje o posameznikovi svobodi volje v konkretni situaciji, kar bi presegalo domet psihiatrije kot medicinske panoge.⁴⁵⁰ Psihiater naj bi se zato omejil na ugotavljanje morebitnega obstoja duševne bolezni v času izvršitve kaznivega dejanja in v najboljšem primeru opozoril na njene mogoče vplive na sposobnost razsojanja in obvladovanja samega sebe. Nasprotnemu polu psihiatrov (teh se je v učbeniški literaturi prijela oznaka »agnostiki«) pa se zdi zadržanost »agnostikov« pretirana. Čeprav tudi po njihovem mnenju ne kaže spregledati omejitvev psihiatrije kot empirične discipline, pa vendarle nasprotujejo popolni »normativni abstinenci psihiatrov«.⁴⁵¹

Nemška kazenskopravna doktrina agnostikom navadno odgovarja, da njihovi pomisleki temeljijo na nesporazumu, saj naj ne bi od njih nihče zahteval, da se izrečejo o svobodi volje storilca v konkretni situaciji oziroma o njegovi individualni možnosti ravnati drugače. Jescheck in Weigend menita⁴⁵², da je dolžnost izvedenca psihiatrične stroke povedati zgolj, ali je duševna motnja dosegla takšno stopnjo, da je bila po spoznanjih znanosti sposobna resno prizadeti usklajeno delovanje osebnosti storilca. Od izvedenca se torej ne zahteva drugega kot primerjalna sodba. Gre za analogno stališče, kot ga avtorja razvijata v zvezi s krivdo nasploh, namreč da očitka krivde ni mogoče utemeljiti

448 Prim. Bavcon, 1970: 49. Avtorja ne čudi, da se je v sodni praksi v večji meri uveljavila prva razlaga, kar pojasnjuje takole: »Kazenski zakonik namreč sili sodišče k uporabi kazni, če storilca razglasi za prištevnega. Le v primeru, če ga razglasi za neprištevnega, se lahko reši neprijetnega primera, ki budi dvome, nemir, lastno negotovost, in ga prepusti psihiatrični službi. V večini primerov išče sodna praksa pomoč psihiatrov, kadar sodi, da v danem primeru ne gre uporabiti kazni, to pa lahko stori le, če namesto sodišča odloča psihiater. Če ta odloči, da je storilec prišteven, potem se sodniku vest pomiri in izreče kazen.«

449 Glej zlasti odmevno Schneiderjevo razpravo *Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit* (1956), predvsem strani 16 – 20.

450 V slovenski literaturi o tem vprašanju Milčinski, 1963: 117 – 119.

451 Prim. Novoselec, 2004: 226 in Novoselec, 1985: 31 – 33

452 Jescheck, Weigend, 1996: 441 – 442.

na individualni zmožnosti storilca ravnati drugače, temveč na podlagi socialno-primerjalnih meril. Tako naj tudi pri ugotavljanju neprištevnosti izvedencu ne bi bilo treba izrekati se o sposobnostih konkretnega storilca, temveč zgolj o vplivih, ki jih ima po izkušnjah znanosti diagnosticirana duševna motnja na ljudi.

Tudi Roxin načeloma zavrača pomisleke »agnostikov«. ⁴⁵³ Njihovo stališče, da ne morejo ničesar povedati o storilčevi sposobnosti razumevanja (*Einsichtsfähigkeit*) in obvladovanja samega sebe (*Hemmungsfähigkeit*), po avtorjevem mnenju temelji na nesporazumu, da se od njih zahteva mnenje o svobodi volje oziroma o individualni možnosti storilca ravnati drugače. V resnici pa naj ne bi šlo za to, temveč zgolj za sodbo o tem, če in koliko je bil storilec v trenutku izvršitve dejanja normativno dostopen (*normativ ansprechbar*), tj. če je pravna norma v motivacijskem procesu storilca sploh imela možnost postati učinkovita. To je po Roxinovem mnenju načelno empirična ugotovitev ⁴⁵⁴, o kateri sodobna psihologija in psihiatrija lahko kaj povesta.

Kljub poskusom preseči značilne kontroverze, ki jih vprašanje delitve nalog med izvedencem in sodiščem odpira, se vendarle zdi, da popolnoma nesporna formula še ni bila odkrita. Če drži, da je vprašanje storilčeve možnosti razumevanja in obvladovanja samega sebe mogoče zvesti na vprašanje storilčeve »normativne dostopnosti« (Roxin), potem slednje vprašanje ne more biti nič bolj empirično (oziroma manj normativno) kot izhodiščni vprašanja, iz katerih smo ga izpeljali. Po drugi strani je odgovor na vprašanje razumevanja in možnosti obvladovanja samega sebe, ki ga oblikujemo na podlagi socialno-primerjalnih meril (Jescheck, Weigend), mogoče izpostaviti enakim pomislekom kot socialno-primerjalne sodbe v kazenskem pravu nasploh: na njihovi podlagi lahko storilcu pripišemo nekaj, kar sicer temelji na določeni splošni zakonitosti, vendar pa v storilčevem individualnem primeru ne drži.

Opisani težko razvezljivi splet empiričnih in normativnih prvin, ki otežuje enostavno in jasno delitev dela med izvedencem in sodiščem, bi utegnil napeljati k sklepu, da je treba metodo ugotavljanja neprištevnosti poenostaviti. V zvezi s tem velja predstaviti zamisel o odpravi mešane metode in uvedbi »popolnoma normativne metode« ugotavljanja neprištevnosti, čeprav si ta zamisel po razpoložljivih podatkih ni utrla poti v nobeno izmed evropskih kazenskih zakonodaj.

1.3. Popolnoma normativna metoda

Dejstvo, da so biopsihološki temelji neprištevnosti v sodobnih kazenskih zakonodajah opredeljeni razmeroma široko ⁴⁵⁵, je nekatere avtorje napeljalo na sklep, da so

453 V nadaljevanju odstavka povzemam po Roxin, 1997: 768 – 769.

454 Tu avtor opozarja, da tudi v to empirično ugotovitev pronicajo vrednotenja, vendar da je temu pač tako pri vseh pravnih pojmi.

455 Res je mogoče reči, da je zgodovina biopsiholoških temeljev neprištevnosti zgodovina njihove širitve. Njihovo širitev nazorno ponazarja razvoj razumevanja pojma demence iz francoskega KZ

pravzaprav nepotrebni. Tako se je na primer ob veliki reformi nemškega KZ v 70. letih minulega stoletja pojavila zamisel, da je treba opustiti mešano »biološko-psihološko« metodo in uvesti popolnoma »psihološko« – tj. normativno – metodo ugotavljanja neprištevnosti.⁴⁵⁶ V skladu s to metodo bi iz mešane metode odpadel prvi korak ugotavljanja neprištevnosti, odgovoriti bi bilo treba le še na vprašanje o storilčevi možnosti razumevanja in obvladovanja samega sebe. Poleg argumenta, da so biopsihološki temelji, ki jih ugotavljamo v prvem koraku mešane metode, tako široki, da praktično ne delujejo več selektivno, je bil izpostavljen tudi argument, da mora sodnik pri svojem delu sprejeti številne vrednostne odločitve, za katere nima opore v izvedenskem mnenju – zakaj bi bilo pri ugotavljanju neprištevnosti kaj drugače? V zvezi s tem so zagovorniki zamisli o črtanju biopsiholoških temeljev opozarjali zlasti, da je storilčeva sposobnost uvideti nepravo svojega dejanja kot predpostavka prištevnosti⁴⁵⁷ po svojem bistvu enaka potencialni zavesti o protipravnosti, pri ugotavljanju katere sodnik praviloma nima osnove v ekspertnih mnenjih, temveč je prepuščen lastni presoji.

Zamisli o »popolnoma normativni metodi«⁴⁵⁸ ugotavljanja neprištevnosti se v evrokontinentalnem pravnem prostoru ni uspelo uveljaviti. Kot osrednji argument proti njej se izpostavlja, da bi bilo presojanje storilčeve neprištevnosti, ki ne bi bilo vezano na biopsihološke temelje, nesprejemljivo z vidika pravne varnosti.⁴⁵⁹ Čeprav je seveda res, da mora sodišče rešiti številna vrednostna vprašanja, ne da bi pri tem imelo oporo v ekspertnih mnenjih, ni jasno, zakaj bi se takšni opori odrekli tam, kjer je le-ta mogoča.⁴⁶⁰ Kljub številnim kontroverzam, ki jih odpira sodelovanje sodišča in izvedenca psihiatrične/psihološke stroke, ni mogoče mimo dejstva, da sta psihološka in psihiatrična znanost oblikovali številna splošna spoznanja o vplivu posameznih biopsiholoških dejavnikov na razumske in voljne sposobnosti ljudi, ter da lahko izvedenci teh dveh strok sodišču, če drugega ne, vsaj opišejo potek določenega abnormnega stanja v konkretni zadevi. Za odločitev sodišča so to dragocene orientacijske točke, brez katerih bi »popolnoma normativna metoda« ugotavljanja

iz leta 1810. Če je sodna praksa ta pojem sprva razumela v psihiatričnem smislu kot specifično bolezen, za katero je značilen drastičen upad razumskih sposobnosti, ga je kasneje vse bolj razumela kot juridični pojem, ki naj pokrije tudi druge psihične anomalije s podobnimi simptomi. Glej Bavcon, 1970:44.

456 Glej Novoselec, 1985: 154 – 155. Avtor navaja predlog poslanca Arndta, naj se vprašanje neprištevnosti uredi takole: »Ni kriv storilec, ki ne more uvideti neprava svojega dejanja ali ne more ravnati skladno s tem uvidom.«

457 Nemški KZ v 20. členu t.i. intelektualno sestavino psihološkega pogoja neprištevnosti definira kot »nemožnost uvideti nepravo dejanja«.

458 Poimenovanje »popolnoma normativna metoda« pišem v navednicah zato, ker si »čistega vrednotenja«, torej vrednotenja, ki ne bi imelo na voljo empiričnega substrata, na katerega bi se nanašalo, ni mogoče zamisliti. Razlika med biopsihološko-normativno metodo in »popolnoma normativno metodo« je torej le v tem, da je pri prvi sodnik vezan na zakonsko določene biopsihološke temelje, pri drugi pa si empirični substrat lahko prosto izbere sam.

459 Jescheck, Weigend, 1996: 437.

460 Prim. Novoselec, 1985: 155 – 156.

neprištevnosti lahko kaj kmalu postala »popolnoma arbitrarna metoda« ugotavljanja neprištevnosti.

1.4. Sklep

Obravnava posameznih metod ugotavljanja neprištevnosti pokaže, da tudi mešana metoda ni brez spornih točk, a je – z ozirom na alternative – »zaenkrat najboljša metoda, kar jih poznamo«. Težko razvezljiv splet empiričnih in normativnih prvin, ki zaznamuje to metodo, otežuje delitev dela med izvedencem in sodiščem. Preprosta in jasna smernica, naj se izvedenec ukvarja z empiričnimi, sodišče pa z vrednostnimi vprašanji, je težko izvedljiva, saj v mnenje izvedenca, če le to skuša povedati kaj o vplivu biopsiholoških temeljev na razumske in voljne sposobnosti storilca, nujno pronicajo tudi normativni nastavki. Popolna »normativna abstinenca« izvedencev bi konec koncev sodnika postavila v nezavidljiv položaj, v katerem bi bil soočen le z blodnjakom potencialnih vplivov, ki jih lahko ima določena duševna motnja ali bolezen na ljudi, na vprašanja o vplivih na konkretnega storilca pa izvedenec ne bi hotel dajati odgovorov. Zato je prav, da izvedenec opiše tudi potek duševne motnje ali bolezni v konkretni zadevi in, če je mogoče, pojasni tudi njene vplive na razumske in voljne sposobnosti konkretnega storilca v času izvršitve kaznivega dejanja. S tem bo, res, sodišču hkrati že sugeriral normativno oceno, vendarle pa dokončno oblikovanje te ocene ostaja naloga sodišča, pri opravljanju katere sodišče prosto odloča, v kolikšni meri bo sledilo sugestijam izvedenca.⁴⁶¹

2. Zavest o protipravnosti

Zavest o protipravnosti nekateri avtorji imenujejo normativna sestavina krivde *par excellence*.⁴⁶² Ta trditev bi se utegnila zdeti osupljiva, če pomislimo, da je posameznikova zavest o nečem, pa naj bo to kar koli: protipravnost ali pa kaj drugega, psihično dejstvo, ki je, ali pa ga ni. Kaj je v tem normativnega?

Karikirano je mogoče reči, da normativna narava zavesti o protipravnosti postane najbolj očitna, kadar zavesti o protipravnosti ni. Bolj točna pa je trditev, da pride normativnost zavesti o protipravnosti najbolj do izraza, kadar zavesti o protipravnosti ni, bi pa ta »mogla in morala biti«. Gre za primere t.i. potencialne zavesti o

461 Tako npr. Rudolphi meni, da morebitna izvedenčeva izjava o storilčevi možnosti razumevanja in obvladovanja samega sebe za sodnikovo odločitev ne sme pomeniti več kot indic. SK-Rudolphi, §20, rob. št. 23.

462 Tako npr. Novoselec, 1985: 158.

protipravnosti, torej primere, ko se storilec ni zavedal, da je njegovo ravnanje protipravno, bi se pa tega mogel in moral zavedati. Ugotovitev, da bi se storilec protipravnosti svojega ravnanja mogel in moral zavedati presega golo ugotavljanje dejstev: je vrednostna ocena, ki jo oblikujemo tako, da predpostavljamo določeno normo, kako bi moral storilec ravnati, da bi se svoji zmoti izognil, nato pa ugotovimo, da je storilec to normo prekršil. V tem pogledu je narava potencialne zavesti primerljiva z naravo nezavestne malomarnosti: v obeh primerih govorimo o nečem, česar ni, bi pa po vrednostni oceni tistega, ki presoja, moglo in moralo biti.

Za razliko od potencialne zavesti o protipravnosti, ki obstaja le na ravni tistega, kar naj bi bilo, pa aktualna zavest o protipravnosti obstaja tudi na ravni tistega, kar je, in je v tem smislu psihično dejstvo. Vendarle pa v kontekstu normativnega pojmovanja krivde tudi aktualni zavesti o protipravnosti pripisujejo, da presega raven gole dejstvenosti in dobiva tudi vrednostno razsežnost s tem, ko kaže, da se je storilec vedé odločil za nepravo.⁴⁶³

S tem ko je slovenski zakonodajalec v 15. členu KZ določil, da je kriv lahko le storilec, ki »se je zavedal ali bi se moral in mogel zavedati, da je njegovo dejanje prepovedano«, je napravil z vidika normativnega pojmovanja krivde ne samo logičen, temveč tudi nujen korak. Če namreč nekdo ni imel možnosti pridobiti spoznanja o protipravnosti svojega ravnanja, mu tega njegovega ravnanja ni mogoče očitati, in zato v skladu z normativnim pojmovanjem krivde ne more biti kriv. Z uvedbo te določbe v slovenski KZ je bila tako dokončno presežena znamenita formula o »škodljivosti nepoznavanja prava«, odprlo pa se je obsežno novo poglavje kazenskega prava, v katerem se sprožajo številne polemike. Osrednja vprašanja na tem področju so:

1. Kaj točno mora obsegati »zavest o prepovedanosti« (tukaj uporabljam v doktrini udomačen izraz zavest o protipravnosti)?
2. Kam v deliktno zgradbo to zavest umestiti?
3. Po katerih merilih oblikovati vrednostno oceno, da bi se storilec »mogel in moral zavedati, da je njegovo dejanje prepovedano«? Slednje vprašanje je mogoče zastaviti tudi takole: po katerih merilih presojati izogibnost zmote o protipravnosti?

Glede na razmeroma kratko tradicijo, ki jo ima pri nas veljavna ureditev zavesti o protipravnosti (in zmote o protipravnosti)⁴⁶⁴, so ta vprašanja do neke mere še odprta, kar se kaže tudi v zadržanosti sodišč do rabe instituta zmote o protipravnosti.⁴⁶⁵

463 Glej Novoselec, 2004: 247 in 1985: 159.

464 Za primerjavo: v nemški teoriji je bila zmota o protipravnosti kot razlog za izključitev krivde priznana že v štiridesetih letih minulega stoletja, nemško zvezno sodišče je leta 1952 priznalo načelo, da krivdno lahko ravna zgolj tisti, ki lahko prepozna, da je njegovo ravnanje pravno prepovedano, institut zmote o protipravnosti (*Verbotsirrtum*), ki lahko izključi storilčevo krivdo, pa je bil v nemškem KZ pozitivno urejen leta 1975.

465 Podobno Grozdaničeva (2002: 586) ugotavlja, da so hrvaška sodišča izredno zadržana do uporabe instituta zmote o protipravnosti. Tako v štiriletnem obdobju (1. 1. 1998 – 1. 1. 2002) na štirih največjih občinskih sodiščih (Zagreb, Split, Reka, Osijek) ni bilo niti ene zadeve, ki bi se končala z oprostilno sodbo zaradi upoštevanja neizogibne zmote o protipravnosti, prav tako ni bilo niti

Pred podrobnejšo obravnavo naštetih vprašanj je treba še enkrat kratko pojasniti razloge za nekatera tukajšnja terminološka odstopanja od izrazov, ki jih uporablja veljavni slovenski KZ. Ta govori o storilčevi zavesti o *prepovedanosti* (15. in 21. člen) in o *pravni zmoti* (21. člen). Izraz zavest o prepovedanosti je oblikovan po meri storitvenih kaznivih dejanj: če ga razumemo ozko, ni najbolj posrečen glede opustitvenih kaznivih dejanj, kjer predmet zmote ni prepovedanost temveč zapovedanost določenega aktivnega ravnanja.⁴⁶⁶ Poimenovanje vendarle ni napačno, če imamo pred očmi, da je mogoče namesto o zapovedanosti aktivnega ravnanja govoriti o prepovedanosti njegove opustitve; v tem, širšem smislu je mogoče poimenovanje »zavest o prepovedanosti« uporabljati tako v kontekstu storitvenih kot opustitvenih kaznivih dejanj.⁴⁶⁷ Vendarle pa sem se v pričujočem delu odločil za uporabo v doktrinarni rabi bolj udomačenega izraza »zavest o protipravnosti«, ki je lahko tudi brez posebnega utemeljevanja uporaben tako glede storitvenih kot tudi opustitvenih kaznivih dejanj.⁴⁶⁸

Nadalje v pričujočem delu ne sledim tradicionalnemu poimenovanju, ki govori o »dejanski« in »pravni« zmoti. To poimenovanje je neprecizno zato, ker so številne »dejanske zmote« v resnici pravne narave.⁴⁶⁹ Zato v pričujočem delu namesto o »dejanski zmoti v ožjem smislu« govorim o zmoti o biti inkriminacije, namesto o »pravni zmoti« pa govorim o zmoti o protipravnosti⁴⁷⁰.

2.1. Vsebina zavesti o protipravnosti

Česa se mora zavedati storilec, da ravna z zavestjo o protipravnosti? Iz starejše doktrine je znan zlasti spor o tem, ali je poleg zavesti o materialni protipravnosti potrebna tudi zavest o formalni protipravnosti. Z drugimi besedami: ali za zavest o protipravnosti zadošča, da storilec ve, da je njegovo ravnanje družbeno škodljivo⁴⁷¹ oziroma da se

ene zadeve, v kateri bi sodišče storilcu kazni omililo zaradi izogibne zmote o protipravnosti. Avtorica meni, da je odsotnost zadev, ki bi obravnavale problematiko izogibne zmote o protipravnosti, mogoče pojasniti s tem, da so sodišča v takšnih primerih uporabila institut omilitve kazni in s tem dosegla enak učinek, ne da bi se spuščala v zapleteno problematiko zavesti o protipravnosti.

466 Prim. Bele, 2001, 190, kjer avtor med drugim zapiše: »Po strogi jezikovni razlagi se torej pravna zmota sploh ne bi mogla pojavljati pri opustitvenih kaznivih dejanjih, ki se storijo s kršitvijo zapovednih pravnih pravil. Toda tukaj se je treba opreti ne le na jezikovno, marveč tudi na sistemsko razlago zakona, ki pove, da vse, kar je v Kazenskem zakoniku, v njegovem splošnem in posebnem delu navedeno o storitvenih kaznivih dejanjih smiselno velja tudi za opustitvena kazniva dejanja.« Glej tudi Jakulin, 2000: 126.

467 Prim. Novoselec, 1985: 163.

468 Glej tudi Welzel, 1969: 167.

469 Glej III./A./4.1.

470 V slovenski doktrini Jakulin opozori, da tudi takšno poimenovanje ni najbolj posrečeno – glej Jakulin, 2000: 126. V pomanjkanju boljšega vendarle uporabljam kar to poimenovanje.

471 Tako Arth. Kaufmann, 1985 a): 142 – 147.

zaveda socialnega pomena svojega ravnanja⁴⁷² ali pa se mora zavedati tudi, da je njegovo ravnanje pravno prepovedano.

Danes je ta spor mogoče šteti za presežen. Kot nekakšna sinteza se je uveljavila formula, da vsebino zavesti o protipravnosti tvori zavedanje storilca o tem, da njegovo ravnanje *nasprotuje družbenemu redu in je zaradi tega pravno prepovedano*⁴⁷³. Tako je po eni strani mogoče reči, da zavest o družbeni škodljivosti ravnanja ali pa zavest o nemoralnosti ravnanja ne more zadoščati. Takšna zavest bo vsekakor okoliščina, ki daje storilcu vzpodbudo za to, da naj se pozanima o morebitnih pravnih prepovedih na tem področju, ni ju pa mogoče preprosto enačiti s poznavanjem teh pravnih prepovedi. Z drugimi besedami: gola zavest o družbeni škodljivosti ali nemoralnosti še ni zavest o protipravnosti, je pa okoliščina, ki praviloma kaže na to, da je bila storilčeva zmota o protipravnosti izogibna. Po drugi strani pa zahteva, da mora vsebina zavesti o protipravnosti obsegati tudi zavedanje *pravne* prepovedanosti ravnanja, ne pomeni, da mora storilec poznati konkretno vsebino pravnega pravila, ki ga krši, zadošča že storilčevo laično zavedanje, da počne nekaj pravno prepovedanega⁴⁷⁴. Nadalje v skladu s prevladujočim mnenjem v doktrini ni nujno, da bi se storilec zavedal kaznivosti svojega ravnanja, temveč zadošča tudi zavest o kršenju predpisa, ki pripada kateri drugi pravni panogi (npr. civilnopravnega ali pa upravnopravnega predpisa).

V novejši nemški doktrini so razmeroma na drobno obdelana še nekatera druga vprašanja, povezana z vsebino zavesti o protipravnosti.⁴⁷⁵ Storilčeva zavest o protipravnosti je podana tudi v primerih, kadar se storilec v dvomu, ali je določeno ravnanje protipravno ali ne, sprijazni s kršitvijo prava, sicer pa je takšne situacije treba presojski po merilih izogibnosti zmote o protipravnosti.⁴⁷⁶ Nadalje ni nujno, da je zavest o protipravnosti v trenutku storitve dejanja storilcu jasno pred očmi (ni treba, da si storilec med izvršitvijo kaznivega dejanja sam pri sebi reče: »Zdaj počnem nekaj protipravnega!«), temveč zadošča tudi latentno prisotna, pri dejanju samem pa neaktualizirana zavest o protipravnosti⁴⁷⁷ (npr. pri kaznivih dejanjih storjenih v afektu). Vsebina o zavesti o protipravnosti mora obsegati specifično vsebino neprava, značilno za relevantno kaznivo dejanje, tako je v zvezi s kaznivimi dejanji v idealnem steku mogoče, da je glede nekaterih zavest o protipravnosti podana, glede drugih pa ne (načelo deljivosti zavesti o protipravnosti). Šolski primer za ponazoritev načela

472 Tako Bačić, 1998: 256 – 258.

473 Jescheck, Weigend, 1996: 453. Prim. Bavcon v Bavcon, Šelih, [...], 2003: 319.

474 Že spet gre pravzaprav za Mezgerjevo »vzporedno oceno v laični sferi«. Glej Mezger, 1931: 332 – 333. Prim. Triffterer, 1985: 271.

475 Glej npr. SK-Rudolphi, § 17; SK-Schroeder, § 17; Kindhauser, 2000: 329 – 332; Jescheck, Weigend, 1996: 454 – 455.

476 Če se storilec svojih dvomov znebi, pa četudi na diletantski način, ni več mogoče govoriti o aktualni zavesti o protipravnosti, temveč se je treba vprašati ali je bila njegova zmota o protipravnosti izogibna. O merilih za presojo izogibnosti zmote o protipravnosti glej V./B./2.3.

477 Welzel (1969: 160) to stališče podkrepi s primerjavo, da ne more biti sporno, da storilec pozna pravila seštevanja in odštevanja in še mnoga druga pravila, čeravno tisti hip ne misli na njih.

deljivosti zavesti o protipravnosti je zadeva »jugoslovanskega očima« iz nemške sodne prakse⁴⁷⁸: jugoslovanski državljani, ekonomski imigrant v Zvezni republiki Nemčiji, je imel spolne odnose z mladoletno pastorko, pri čemer se je zavedal protipravnosti spolne zlorabe odvisne osebe (tedaj 174. člen nemškega KZ), ni pa imel zavesti o protipravnosti glede kaznivega dejanja nepravega krvoskrunstva (tedaj 173. člen nemškega KZ), katero je bilo takrat v nemškem pravu še inkriminirano, medtem ko jugoslovansko kazensko pravo takšne inkriminacije ni poznalo.⁴⁷⁹

Vprašanje o vsebini zavesti o protipravnosti je mogoče skleniti z ugotovitvijo, da mora biti le-ta opredeljena ustrezno ozko, saj lahko njene široke in medle opredelitve *de facto* vodijo nazaj k načelu *ignorantia iuris nocet*. Izpostavljeno je že bilo, da zavest o socialno-etični nesprejemljivosti, čeprav prav gotovo predstavlja vzpodbudo za posameznika, da naj preveri pravno sprejemljivost svojega ravnanja, sama po sebi vendarle ni zavest o protipravnosti. Moralna vrednotenja so v pluralnih družbah pogosto precej raznolika, znano pa je seveda tudi, da večkrat ne sovpadajo s pravnimi, zato zavest o nemoralnosti ne more nadomestiti zavesti o protipravnosti. Analogno velja, da zavest o družbeni škodljivosti sama po sebi še ni zavest o protipravnosti. Podobno kot moralna prepričanja so tudi prepričanja o tem, kaj je družbeno škodljivo, lahko raznolika in ne sovpadajo nujno s pravnimi vrednotenji. Skratka: ker zavest o nemoralnosti ali družbeni škodljivosti sami po sebi storilcu ne razkrijeta nujno splošno zavezujoče moči prekršene pravne norme,⁴⁸⁰ je za zavest o protipravnosti potrebna (vsaj) laična zavest storilca o tem, da počne nekaj pravno prepovedanega.

V prizadevanju vsebino zavesti o protipravnosti opredeliti ustrezno koncizno in ozko, se velja na koncu vendarle vprašati, ali je pravilno večinsko stališče, da za zavest o protipravnosti zadošča že, da storilec ve, da krši pravno normo s kakšnega drugega pravnega področja (npr. civilnopravnega ali pa upravnopravnega), in torej ni treba, da storilec ve, da krši tudi kazenskopravno normo.

Res je, da bi zakonodajalec, če bi želel krivdo pogojevati s storilčevo zavestjo o kaznivosti, lahko to izrecno napravil. Ker pa, nasprotno, KZ namesto o zavesti o kaznivosti, govori le splošno o zavesti o prepovedanosti, je mogoč sklep *a contrario*, da zavest o kaznivosti ni potrebna.⁴⁸¹ Vendar pa nas tukaj ne zanima samo eksegeza

478 BGHSt 10, 35.

479 Zadeva si je v učbeniški literaturi pridobila status »šolskega primera« za ilustracijo deljivosti zavesti o protipravnosti. Omenja jo celo ameriški učbenik *Rethinking Criminal Law* G.P. Fletcherja (2000: 744). Ugotovitev, da je zavest o protipravnosti deljiva, je mogoče uporabiti tudi kot ključ za rešitev problematike t.i. dvojne zmote o protipravnosti, ki jo je mogoče ponazoriti z naslednjim primerom: stric ima spolne odnose s svojo 14-letno nečakinjo, pri čemer ne ve, da je prepovedano imeti spolne odnose z osebo mlajšo od petnajst let, zmotno pa misli, da so spolni odnosi med stricem in nečakinjo inkriminirani kot krvoskrunstvo. Primer prirejen po SK-Rudolphi par. 17, rob. št 10.

480 Prim. SK-Rudolphi, § 17, rob. št. 4.

481 V Nemčiji, kjer KZ ravno tako ne zahteva zavesti o kaznivosti, nekateri avtorji vendarle zastopajo stališče, da je z zavestjo o protipravnosti pravzaprav mišljena zavest o kaznivosti. Tako

veljavnega KZ, temveč je treba tudi načelno odgovoriti na vprašanje o pomenu zavesti o kaznivosti za krivdo.

Pri odgovoru na to vprašanje je treba začeti s predpostavko, da se pravnih norm ne sme kršiti – ne glede na to, kateri pravni panogi pripadajo. Načelno seveda velja, da bi moralo že samo poznavanje prepovedi (in ne šele grožnja s kazenskopravno sankcijo!) storilca dovolj motivirati, da bi ravnal v skladu s pravom.⁴⁸² Vendarle pa ni mogoče povsem mimo dejstva, da imajo kazenskopravne norme, glede na specifično vlogo kazenskega prava v družbi, izrazito drugačne motivacijske razsežnosti kot na primer civilnopravne ali upravnopravne.⁴⁸³ Da je slednja predpostavka točna, dokazuje že sam obstoj kazenskega prava: če ne bi držala, kazensko pravo niti ne bi bilo potrebno, saj bi relativni družbeni mir lahko zagotovili že s pravili manj represivnih pravnih panog.

Grožnja s kaznijo nosi v sebi sporočilo o najbolj intenzivnem družbenem neodobravanju določenega ravnanja, katero bistveno presega neodobravanje, ki spremlja kršitev civilnopravne ali upravnopravne norme. Zmota o kaznivosti tako ni le zmota o tem, kakšna sankcija grozi določenemu protipravnemu ravnanju, temveč je vsaj do neke mere tudi zmota o socialnem neodobravanju tega ravnanja.⁴⁸⁴ Zato je krivda storilca, ki se ne zaveda, da je za njegovo ravnanje zagrožena kazen, praviloma zmanjšana, četudi ve, da s svojim ravnanjem krši civilnopravne ali upravnopravne prepovedi.⁴⁸⁵

Da bi to razliko v krivdi lahko ustrezno upoštevali, manjšinsko stališče v doktrini poziva, da je za vsebino zavesti o protipravnosti treba zahtevati tudi zavest o

na primer Otto (1975: 595) meni, da 17. člen nemškega KZ govori o zavesti o protipravnosti v ožjem smislu, t.j. zavesti storilca, da krši kazenskopravno normo.

482 Prim. Roxin, 1997: 799.

483 Nekakšen praoče te ugotovitve je A. Feuerbach, ki je s teorijo »psihološke prisile« utemeljeval, da je lahko le poznavanje grožnje s kaznijo tisto, ki posameznika motivira k neizvršitvi kaznivega dejanja. Ko se je kasneje v kazenskopravni doktrini pojavila dilema, ali naj za zavest o protipravnosti zadošča storilčevo zavedanje o socialno-etični nesprejemljivosti njegovega ravnanja, je bil eden od argumentov proti tudi ta, da kršitev socialno-etične norme utemeljuje le socialno-etično odgovornost: tisti, ki krši takšne norme in pri tem ne ve, da krši tudi pravne, vzame v račun pač »zgolj« socialno-etično odgovornost za svoja dejanja. *Mutatis mutandis* bi bilo mogoče reči, da tisti, ki misli, da krši le pravila civilnega prava, v račun vzame le civilnopravno odgovornost. Obe situaciji vendarle nista povsem primerljivi: prvi storilec lahko sebi v prid izpostavi »pluralnost« socialno-etičnih vrednotenj, medtem ko drugi ve, da krši pravo kot objektivni red, ki zavezuje vsakogar.

484 Prim. LK-Schroeder, § 17, rob. št. 7.

485 S to trditvijo se številni avtorji ne strinjajo. Tako na primer Rudolphi (SK-Rudolphi, § 17, rob. št. 5) meni, da je vprašanje, ali storilec svoje dejanje šteje za kaznivo nepravo ali pa zgolj za nepravo, ki ustvarja odškodninsko obveznost ali pa terja upravnopravno sankcijo, povsem brez pomena za storilčevo svobodno prilagajanje svojega ravnanja pravnim normam. Vendarle se zdi, da ta pogled podcenjuje razliko med kaznijo in drugimi pravnimi sankcijami. V tem oziru ima prav F.C. Schroeder (LK-Schroeder, § 17, rob. št. 7), ko pravi, da kazen ni le ena izmed pravnih sankcij, ki stoji ob bok z vsemi ostalimi, temveč je hkrati specifična sodba o izrazitem neodobravanju storilčevega ravnanja. Zato zmota o tem, ali pravni red za določeno ravnanje grozi s kaznijo ni le zmota o pravnih sankcijah (*Rechtsfolgenirrtum*), temveč je (hkrati) zmota o socialno-etičnem neodobravanju.

kaznivosti.⁴⁸⁶ Čeprav se to stališče na prvi pogled nemara zdi radikalno, na praktični ravni niti ne pomeni korenito drugačnih rešitev. Kajti zmota storilca, ki se zaveda protipravnosti svojega ravnanja, ne ve pa, da je njegovo ravnanje tudi kaznivo, bo praviloma izogibna, ne bo torej izključila krivde, temveč bo sodišču dala le posebno pooblastilo za fakultativno omilitev kazni.⁴⁸⁷ To, da je krivda takšnega storilca praviloma manjša, kar mora biti upoštevanja vreden dejavnik pri odmeri kazni, pa priznavajo tudi nekateri zagovorniki večinskega stališča, po katerem za zavest o protipravnosti ni potrebna tudi zavest o kaznivosti.⁴⁸⁸

Tudi po tukaj zastopanem stališču ne more biti sporno, da je poznavanje dejstva, da pravo za neko ravnanje grozi s kaznijo, lahko za storilca pomemben indikator pomena zavarovane pravne dobrine in pomemben motivacijski dejavnik. Zato (ne)poznavanje grožnje s kaznijo lahko vpliva na višino storilčeve krivde. Seveda je res, da bodo primeri, ko storilec ve, da ravna protipravno, ne ve pa, da je njegovo ravnanje hkrati kaznivo dejanje, v praksi razmeroma redki (šolski primer je na primer storilec, ki si brez dovoljenja »sposodi« znančev avtomobil, pri čemer ve, da je takšna »tatvina rabe« v civilnem pravu protipravna, ne ve pa, da je to hkrati tudi kaznivo dejanje⁴⁸⁹). Še zlasti bodo redki zato, ker pravni laiki pogosto niti ne razlikujejo jasno med posameznimi pravnimi področji in večino prepovedi štejejo kar za kazensko-pravne prepovedi.⁴⁹⁰ Vendarle pa to ne bi smela biti absolutna ovira za iskanje ustrezne rešitve za tiste redke primere, ko res pride do tega, da se storilec moti o kaznivosti svojega ravnanja, čeprav ve, da je protipravno. Po tukaj zastopanem stališču je večinsko sprejeta rešitev, po kateri ni treba, da bi zavest o protipravnosti obsegala tudi zavest o kaznivosti, sprejemljiva le ob pogoju, da sodišče v vsakem primeru posebej skrbno presodi, kakšen pomen je imela odsotnost zavesti o kaznivosti za storilčevo krivdo in to ustrezno upošteva pri odmeri kazni. Če bi bila v konkretnem primeru krivda storilca bistveno zmanjšana, načelno ni zadržka, da bi ta okoliščina predstavljala »posebno olajševalno okoliščino« v smislu 2. odstavka 42. člena KZ, ki omogoča odmero kazni pod predpisano mejo.

486 Najvidnejši predstavnik tega manjšinskega stališča je v nemškem pravnem prostoru F.C. Schroeder – glej npr. LK-Schroeder, § 17, rob. št. 5 – 8. Zanimivo »kompromisno« stališče zastopa Neumann, ki za zavest o protipravnosti zahteva zavest o kršitvi norme kaznovalne narave (*sanktionsbewehrte Norm*): za zavest o protipravnosti naj bi torej zadoščalo, če storilec prekršeno normo šteje za normo prekrškovega prava, ne pa, da storilec svoje ravnanje šteje le za kršitev civilnega ali upravnega prava – glej Neumann, 1993: 795.

487 Tudi F.C. Schroeder sam zapiše: »Zmota o kaznivosti bo ob siceršnjem zavedanju protipravnosti zelo redko neizogibna, prav tako pa si pogosto ne bo zaslužila niti omilitve kazni.« LK-Schroeder, § 17, rob. št. 7.

488 Glej npr. Roxin, 1997: 799.

489 Primer je seveda uporaben le ob dodatni predpostavki, da ni bilo niti domnevane privolitve oškodovanca.

490 To slikovito ponazori Novoselec (2004: 249), ko pravi, da državljani praviloma menijo, da se nečesa ne sme narediti zato, »ker se gre za to v zapor«.

2.2. Mesto zavesti o protipravnosti v pojmu krivde

Opredelitev glede vprašanja, kam v strukturo kaznivega dejanja umestiti zavest o protipravnosti, ključno vpliva na učinke zmote o protipravnosti. Z več odtenki in medsebojnimi prehajanji sta se izoblikovali dve temeljni opredelitvi, teorija naklepa (*Vorsatztheorie*) in teorija krivde (*Schuldtheorie*).

V skladu s teorijo naklepa je zavest o protipravnosti nujna sestavina naklepa. Ta teorija bistvo kaznivega dejanja vidi v storilčevem zavestnem dvigu zoper pravno normo, zato za naklepno krivdo zahteva poleg zavesti o zakonskih znakih (bolje: okoliščinah, ki jih je mogoče subsumirati pod zakonske znake) tudi storilčevo zavest o protipravnosti. Ker intelektualna sestavina naklepa seveda ni združljiva s »konceptom potencialnosti«, potencialna zavest o protipravnosti (zavest, ki je ni bilo, bi pa mogla in morala biti) za naklep ne more zadoščati. To pomeni, da sta zmota o biti inkriminacije in zmota o protipravnosti po učinku izenačeni: tudi zmota o protipravnosti vselej, ne glede na izogibnost, izključi naklep, ostane pa možnost kaznivosti za malomarnost, če je pri zadvenem kaznivem dejanju v zakonu predvidena.

Na kriminalitetnopolitični ravni je glavno posledico dosledno izpeljane teorije naklepa mogoče opisati kot »nepoznavanje prava se spleča«: kdor o pravnih prepovedih in zapovedih ne ve nič, pa četudi iz popolne brezbržnosti ali celo načrtnega izogibanja spoznanju pravnih norm, ne bo nikoli odgovarjal za naklepno kaznivo dejanje, v primerih, kadar ni kazniva malomarna oblika izvršitve kaznivega dejanja, pa se bo kazenski odgovornosti v celoti izognil.

To Ahilovo peto teorije naklepa so njeni zagovorniki skušali preseči z različnimi pravnimi figurami⁴⁹¹, ki bi v primeru izogibne zmote o protipravnosti omogočale kaznovanje kot za naklepno kaznivo dejanje. To pa je hkrati pravzaprav že pomenilo sprejetje stališča značilnega za teorijo krivde in opustitev izhodiščne pozicije, da je za naklepno kaznivo dejanje dopustno kaznovati le v primeru storilčeve zavestne kršitve pravne norme.

Teorija krivde zavest o protipravnosti obravnava kot samostojno sestavino krivde, od katere naklep ni odvisen. Tako za malomarna kot tudi za naklepna kazniva dejanja zadošča že potencialna zavest o protipravnosti. Na ravni pravne kvalifikacije ta teorija ne dela razlike med ravnanjem tistega, ki se ni zavedal, da ravna protipravno, bi se pa tega mogel in moral zavedati, in tistega, ki je zavestno ravnal protipravno. V izogib pretirani strogosti pa teorija krivde vendarle dopušča omilitev kazni storilcu, ki je ravnal le s potencialno zavestjo o protipravnosti. Glede na ta izhodišča imata zmota o biti

491 Za izčrpen pregled in analizo teh pravnih figur glej Welzel, 1969: 160 – 161. Med njimi je posebej znan Mezgerjev predlog, da bi bilo v primerih, ko storilec ni imel zavesti o protipravnosti zaradi »pravne slepote« ali »sovražnosti pravu«, storilca mogoče kaznovati, kot da bi ravnal z naklepom. V nekdanji jugoslovanski doktrini se je Damaška (1965 a): 151) zavzel za uvedbo instituta »pravne malomarnosti«, ki naj bi odpravil vrzel, katero odpira teorija naklepa.

inkriminacije in zmota o protipravnosti različne učinke: prva vselej izključuje naklep, druga na naklep nima vpliva, krivdo pa izključuje le, če je neizogibna.

Za teorijo krivde se je 1975. leta opredelil nemški KZ, istega leta pa je nemško zvezno ustavno sodišče presodilo, da razlikovanje med učinki zmote o biti inkriminacije in zmote o protipravnosti, ki jih prinaša takšna rešitev, ni protiustavno. Tudi na doktrinarni ravni je prevladalo prepričanje o pravno-politični utemeljenosti takšne rešitve.⁴⁹² Argumentacije v prid teoriji krivde⁴⁹³ izhajajo iz predpostavke, da razlog za kaznovanje naklepnega kaznivega dejanja ni v storilčevi zavestni pravni nepokorščini, temveč zlasti v tem, da storilec na nevdzdržen način ignorira potrebe drugih. Če nekdo na primer oderuško izrablja stisko drugega ali pa brutalno trpinči svojega otroka, njegova krivda ni manjša, četudi na protipravnost svojega ravnanja še pomisli ne. Krivda storilca, ki se ne zaveda protipravnosti svojega ravnanja, bo sicer v številnih primerih vendarle manjša kot krivda storilca, ki se protipravnosti zaveda, toda to razliko je mogoče ustrezno upoštevati z omilitvijo kazni oziroma z izključitvijo krivde v primeru neizogibne zmote o protipravnosti. Nadalje se v prid teorije krivde izpostavlja, da bi pogojevanje naklepa s storilčevo aktualno zavestjo o protipravnosti pravzaprav pomenilo prepuščanje veljavnosti kazensko-pravnih norm dispoziciji njihovih naslovnikov: posamezniku o določeni biti kaznivega dejanja ni treba vedeti nič, pa bo varen pred grožnjo kazni. V skrajni instanci bi imeli opraviti s situacijo, ko se ne bi več kaznovalo, kadar zakonodajalec zagrozi s kaznijo, temveč šele takrat, ko bi posameznik nekaj štel za prepovedano, kar bi bilo nezdržljivo z naravo prava kot objektivnega reda.

Tudi veljavni slovenski KZ je sprejel teorijo krivde. Ta opredelitev zakonodajalca je razvidna iz 2. odstavka 15. člena KZ, kjer je zavest o protipravnosti opredeljena kot samostojna sestavina krivde, pa tudi iz 20. in 21. člena KZ, ki različno urejata učinke zmote o biti inkriminacije in zmote o protipravnosti. Reči je mogoče, da ta rešitev tudi na doktrinarni ravni uživa razmeroma enotno podporo. Če se je v učbeniku Kazensko materialno pravo – splošni del Bavcon še nagibal k teoriji naklepa, s tem ko je v zvezi z izogibno zmoto o protipravnosti zapisal, da je »kaznivost storilca možna le, če gre za kaznivo dejanje, ki je kaznivo tudi, če je storjeno iz malomarnosti«⁴⁹⁴ in da je »neizogibna pravna zmota [...] negacija naklepa, tako kot to velja za dejansko zmoto«⁴⁹⁵, se v kasneje objavljeni razpravi »K vprašanju o pravni zmoti«⁴⁹⁶ decidirano opredeli za teorijo krivde, ko zapiše: »Opravičena, neizogibna pravna zmota [...] izključi kazensko odgovornost drugače, ne prek izključitve naklepa, temveč neposredno z izključitvijo krivde.«⁴⁹⁶ ter ko zapiše, da mora sodišče storilca »v primeru izogibne

492 Oster nasprotnik teorije krivde v nemškem pravnem prostoru je ostal Eberhard Schmidhäuser – glej Schmidhäuser, 1984: 218 – 224.

493 V nadaljevanju odstavka se opiram na Roxin, 1997: 795 – 797.

494 Bavcon v Bavcon, Šelih, [...], 2003: 320.

495 Bavcon v Bavcon, Šelih, [...], 2003: 320.

496 Bavcon, 2005: V (strani v prilogi Pravne prakse so označene z rimskimi številkami).

pravne zmote obsoditi za naklepno kaznivo dejanje, sme mu pa omiliti kazen.«⁴⁹⁷ Od drugih slovenskih avtorjev se v prid teoriji krivde izrečeta še Dežman⁴⁹⁸ in Bele⁴⁹⁹.

Tudi po tukaj zastopanem stališču ne more biti sporno, da je teorija krivde ustrežnejša rešitev kot teorija naklepa. Vendarle pa je treba izpostaviti kritičnemu preudarku še eno, z njo povezano vprašanje.

Teorija krivde bolj poudarja zahtevo po odgovornosti ljudi in onemogoča, da bi bili storilci zaradi brezbriznosti do pravnega reda deležni privilegijev. Takšna, glede na teorijo naklepa, večja strogost ne more biti sporna glede tistih inkriminacij, ki sovpadajo z elementarnimi socialno-etičnimi normami (t.i. *mala in se*). Brez pridržka drži, da bi bilo kriminalitetnopolitično nesprejemljivo bistveno mileje obravnavati nekoga, ki brezobzirno tepta interese drugih, četudi pri tem protipravnosti svojega ravnanja niti ne vzame v račun. Teorija krivde pa vendarle izgublja svojo prepričljivost, kadar imamo opraviti z inkriminacijami, ki ne temeljijo na elementarnih socialno-etičnih normah, (t.i. *mala prohibita*). Pri takšnih kaznivih dejanjih namreč pogosto šele poznavanje pravne prepovedi pri posamezniku izoblikuje predstavo o socialni nezaželenosti njegovega ravnanja in ga motivira k temu, da se prepovedanega ravnanja ne loti. Vprašanje je, ali ni v primeru takšnih inkriminacij ustrežnejša teorija naklepa.

Čeprav večinsko mnenje v doktrini ne zanika, da v takšnih primerih teorija naklepa »pridobiva plavzibilnost«⁵⁰⁰, vendar ni pripravljeno sprejeti rešitve, po kateri bi v primeru t.i. *mala prohibita* nepoznavanje prava avtomatsko pomenilo oprostitev storilca (kadar je inkriminirana le naklepna izvršitev kaznivega dejanja). Poudarja se, da tudi v primeru takšnih kaznivih dejanj kriminalitetnopolitično teorija naklepa ne bi bila sprejemljiva rešitev, saj bi »ohromila prizadevanja ljudi za poznavanje prava ter norme, za katere se nihče ne briga, praktično derogirala«⁵⁰¹.

Tudi sicer si je težko zamisliti splošno merilo, po katerem bi v morebitnem »dvoirnem sistemu« presojali, za katera kazniva dejanja velja teorija krivde in za katera teorija naklepa.⁵⁰² Vendarle pa je treba, če sprejmemo večinsko stališče, da je tudi pri obskurnejših inkriminacijah treba načelno vztrajati pri teoriji krivde, naravo teh inkriminacij ustrezno upoštevati pri presoji izogibnosti storilčeve zmote o protipravnosti in ne postaviti nerazumno visokih meril za sklep, da je bila storilčeva zmeta neizogibna. Eno ključnih meril za presojo izogibnosti zmote o protipravnosti je namreč pozitiven odgovor na vprašanje, ali je storilec sploh imel vzpodbudo za preverjanje skladnosti svojega ravnanja s pravnim redom. Vzpodbuda, ki jo daje golo poznavanje okoliščin

497 Bavcon, 2005: VI.

498 Dežman, 1996: 174 – 176; Dežman, 1996 a): 167.

499 Bele, 2001: 193.

500 Roxin, 1997: 796; prim. Jescheck, Weigend, 1996: 459.

501 Roxin, 1997: 797.

502 Seveda pa je tudi v sistemu, ki enotno sprejema teorijo krivde, mogoče, da zakonodajalec v posamezni inkriminaciji storilčev naklep pogojuje s poznavanjem določene pravne prepovedi ali zapovedi. Gre za poseben tip inkriminacij, ki grozijo s kaznijo le, kadar storilec »vedoma ne ravna po predpisih«.

dejanja, kadar gre za *mala prohibita*, pa je lahko razmeroma majhna ali pa je sploh ni. Merila izogibnosti zmote o protipravnosti podrobneje obravnavam v naslednjem razdelku.

2.3. Vrednotenje (ne)izogibnosti zmote o protipravnosti

Za krivdo je potrebno, da se je storilec zavedal protipravnosti svojega ravnanja, ali pa da bi se je bil vsaj mogel in moral zavedati. V slednjem primeru govorimo o t.i. potencialni zavesti o protipravnosti, tj. zavesti, ki je storilec ni imel, bi jo pa mogel in moral imeti. Potencialna zavest o protipravnosti je drugo ime za izogibno zmoto o protipravnosti: zmota o protipravnosti je izogibna, kadar bi storilec mogel in moral spoznati, da je njegovo ravnanje protipravno.

Omenjeno je že bilo, da je koncept potencialne zavesti o protipravnosti po svoji naravi primerljiv s konceptom nezavestne malomarnosti. V obeh primerih imamo opraviti z normativnim konstruktom: nečim, kar ne obstaja, bi pa glede na določeno (pravno ali družbeno) normo moralo obstajati in bi glede na storilčeve (psihične in fizične) sposobnosti tudi lahko obstajalo. Operirati z nečim, česar ni, bi pa lahko bilo in moralo biti, je nehvaležno, predvsem pa nezanesljivo. Nezanesljivo je še zlasti takrat, kadar je sodba, da bi nekaj »moralo biti« odvisna le od (bolj ali manj nedoločne) družbene oziroma kulturne norme, katere vsebino si lahko vsakdo razlaga po svoje. Zato ne preseneča, da so nekateri avtorji izrazili dvome v to, ali odgovornost za nezavestno malomarnost v kazensko pravo sploh sodi, ter strah, da bi skozi to krivdno obliko v kazensko pravno pronicala objektivna odgovornost. Vendarle pa so se z razvojem nauka o kršitvi dolžnostnega ravnanja izoblikovala razmeroma trdna pravila o tem, kdaj je storilcu mogoče pripisati, da je ravnal z nezavestno malomarnostjo. Po drugi strani pa so merila izogibnosti zmote o protipravnosti zaenkrat še precej nedodelana.

Zlasti v starejši doktrini in sodni praksi je bilo večkrat mogoče zaslediti zelo strogo oblikovana merila za neizogibnost zmote o protipravnosti⁵⁰³: skoraj vse tovrstne zmote so bile označene za izogibne, razen tistih redkih primerov, pri katerih se zdi tako rekoč nemogoče, da bi storilec pravočasno pridobil ustrezna pravna znanja. Teoretično se je res skoraj vsaki zmoti o protipravnosti mogoče izogniti, če se posameznik le dovolj dolgo in intenzivno informira.⁵⁰⁴ Vendar pa pojma neizogibnosti ne smemo razumeti kot absolutne neizogibnosti. Takšna strogost bi nasprotovala stvarnim pogledom na svet in ne bi bila združljiva z željo po kolikor toliko nemotenem potekanju socialnega življenja, poleg tega pa bi *de facto* pomenila povratek k načelu *ignorantia iuris nocet*. Zato je zmota o protipravnosti šteti za neizogibno že tedaj, če je storilec zadostil zahtevam

503 Prim. Arzt, 1988: 1046.

504 Z besedami Fletcherja (2000: 744) »Če veljavno pravo ni varovano kot tajnost in če je njegovo tolmačenje mogoče razumno predvideti, vedno obstajajo določene poti, po katerih posameznik lahko ugotovi, če je njegovo ravnanje v skladu s pravom.« Prim. Jakulin, 2000: 126.

»normalne lojalnosti pravu«⁵⁰⁵, če je imel »razumne razloge«⁵⁰⁶ za to, da je svoje ravnanje štel za skladno s pravom.

Pravnega standarda neizogibnosti, ki je pogoj za to, da zmeta o protipravnosti izključi storilčevo krivdo, torej ne kaže razumeti v »fizičnem«⁵⁰⁷ oziroma absolutnem smislu, temveč gre veliko bolj za vrednostno oceno o relativni neizogibnosti, ki ima na eni strani pred očmi sposobnosti konkretnega storilca in okoliščine konkretne zadeve, na drugi strani pa ne izhaja iz neživljenjske predpostavke, da se mora posameznik tako ali tako »pri vsem, kar namerava narediti, prepričati, če je to v skladu z načeli pravnega najstva«⁵⁰⁸.

Kakšna naj bodo torej konkretna merila za oblikovanje vrednostne ocene o neizogibnosti pravne zmote?

V prvi vrsti morajo biti ta merila subjektivne narave: ključno je lahko le, ali bi protipravnost ravnanja spoznal storilec sam, in ne ali bi protipravnost ravnanja lahko spoznala kakšna posplošena entiteta, kot npr. »vesten državljan« ali pa »skrben nosilec določenega poklica«⁵⁰⁹. V doktrini je vendarle mogoče zaslediti tudi stališča, da morajo biti ta merila objektivno-subjektivne narave⁵¹⁰, prav tako nekatere zakonodaje, ki pozitivnopravno urejajo merila izogibnosti zmote o protipravnosti, uvajajo objektivno-subjektivna merila. Tako na primer hrvaški KZ v 3. odstavku 46. člena določa, da je zmoto o protipravnosti »šteti za izogibno, če bi mogel vsakdo, pa tudi storilec enostavno spoznati protipravnost svojega dejanja«.⁵¹¹ Tisti »vsakdo« v zakonskem besedilu je pravzaprav »povprečni državljan«, zato gre v tem delu za objektivno merilo, vendarle pa zakon hkrati zahteva, da bi protipravnost dejanja mogel spoznati tudi storilec sam,

505 Roxin, 1997: 810.

506 Roxin, 1997: 811. Gre pravzaprav za primerljiv standard, kot ga je pred novelo z dne 13. decembra 2002 (začetek veljavnosti 1. 1. 2007) v 20. členu uporabljal švicarski KZ, ko je govoril o »zadostnih razlogih« (*zureichende Gründe*). O tolmačenju tega standarda v švicarski doktrini glej Trechsel, Noll, 1998: 160 – 163.

507 Izraz uporabi Fletcher, 2000: 744. Gre za to, da sodba o izogibnosti ne sme temeljiti zgolj na dejstvenih predpostavkah (v fizičnem – nemara je bolje reči v psihološkem smislu – se je tako rekoč vsaki zmoti mogoče izogniti), temveč mora hkrati temeljiti tudi na normativni oceni o tem, kaj je od storilca še mogoče pričakovati. Prim. LK-Schroeder, § 17, rob. št. 27, kjer avtor možnost spoznanja protipravnosti definira kot »*ein Produkt aus der faktischen Möglichkeit und der normativen Zumutbarkeit des Erkennens*«.

508 Tako dejansko nemško zvezno sodišče v eni izmed starejših odločitev. Glej BGHSt 2, 201.

509 S tem v zvezi je bila v literaturi upravičeno izpostavljena številnim kritikam odločba Nemškega zveznega sodišča, ki je izogibnost zmote o protipravnosti nekega vinogradnika, ki je kršil določbe vinskega zakona, utemeljevala z argumentom, da bi lahko vsak skrben vinogradnik prepoznal prepovedanost svojega ravnanja (BGHSt 9, 172). Kritično npr. Roxin 1997, 810.

510 Tako npr. Srzentić, Lazarević, Stajić 1995: 220.

511 V celoti se v izvirniku 3. odstavek 46. člena hrvaškega KZ glasi: »*Zabluda će se smatrati otklonjivom ako bi svatko pa i počinitelj mogao lako spoznati protupravnost djela, ili ako se radi o počinitelju koji je s obzirom na svoje zvanje, zanimanje ili službu bio dužan upoznati se s odgovarajućim propisom.*«

kar je individualno, subjektivno merilo.⁵¹² Glede na to, da zakon objektivno in subjektivno merilo kumulira, bo vselej odločilno subjektivno merilo: če storilec sam ni mogel spoznati protipravnosti svojega dejanja, bo zmeta neizogibna, tudi če bi celotno občestvo, z edino izjemo storilca, protipravnost dejanja lahko spoznalo.⁵¹³

Nadalje je mogoče reči, da merila za presojo izogibnosti zmote o protipravnosti ne smejo biti strožja kot tista za presojo nezavestne malomarnosti.⁵¹⁴ Iz starejše nemške sodne prakse so znani primeri, da so sodišča za izogibnost zmote o protipravnost postavljala strožja merila kot za izključitev malomarnosti, s tem ko so gradila na predpostavki, da je »s tem ko ravnanje izpolnjuje bit inkriminacije njegova protipravnost praviloma podana in kot taka splošno znana«⁵¹⁵. Takšno stališče je v doktrini naletelo na številne kritike.⁵¹⁶ Tako gre po mnenju Jeschecka in Weigenda⁵¹⁷ izhajati iz tega, da naj bi poznavanje dejanskih okoliščin, ki indicirajo nepravo, storilcu dajalo [zgolj] vzpodbudo, da naj preveri razmerje med dejanjem in pravnim redom. Kajpak pa se moč takšne vzpodbude glede na posamezne deliktne tipe razlikuje. Če dejanje ni zgolj kršitev prava, ampak hkrati nevzdržna kršitev moralnega reda, bo zmeta o protipravnosti praviloma izogibna⁵¹⁸. Po drugi strani pa je lahko vzpodbuda za razmislek o protipravnosti, ki jo daje poznavanje dejanskih okoliščin, v zvezi z nekaterimi inkriminacijami tudi razmeroma majhna. Tako Arzt opozarja, da bolj kompleksno ko je pravno pravilo, s katerim imamo opraviti, manj realistična je domneva, da že samo poznavanje dejanskih okoliščin deluje kot indikator protipravnosti.⁵¹⁹

Doktrina in judikatura v zvezi z vrednotenjem izogibnosti pravne zmote posebej poudarjata poklic storilca oziroma njegovo lotevanje dejavnosti, ki je podvrženo

512 Novoselec, 2004: 261.

513 V tem smislu je objektivno merilo podrejeno subjektivnemu in ima le naravo indica. Na to je opozoril že Novoselec (1985: 195) z naslednjim sklepom: če bi objektivno-subjektivno merilo razumeli alternativno, bi prišli do s stališča krivdnega načela nesprejemljivega rezultata, da za neizogibnost zmote zadošča, da bi se zmoti lahko izognil povprečen storilec, ne pa tudi konkretni, s podpovprečnimi sposobnostmi. Če pa objektivno-subjektivno merilo razumemo kumulativno, pridemo do pravilnega rezultata, saj ne moremo razglasiti za krivega tistega, ki se glede na svoje osebne sposobnosti zmoti ni mogel izogniti; v slednjem primeru je vselej odločilno subjektivno merilo, objektivno pa tako postane v precejšnji meri odvečno.

514 Še bolj decidirano Jescheck in Weigend (1996: 458): »Merilo izogibnosti je lahko le enako tistemu, ki se uporablja za presojo storilčeve dolžnosti preverjanja (*Prüfungspflicht*) pri kaznivih dejanjih iz malomarnosti.« Prim. SK-Rudolphi, § 17, rob. št. 30 a; LK-Schroeder, §17, rob. št. 27.

515 BGHSt 4, 243. Arzt (1988: 1045) domneva, da je v ozadju tako oblikovanega stališča želja postaviti preprost in učinkovit jez pred poplavo obramb temelječih na zmoti o protipravnosti, v veliko tovrstnih obrambah je namreč le malo kredibilnosti, pomenijo pa veliko dela za sodišče.

516 Glej npr. Arzt, 1988: 1045 – 1047, 1053; Jescheck, Weigend, 1996: 458; Roxin 1997: 812.

517 V nadaljevanju odstavka povzemam po Jescheck, Weigend, 1996: 458.

518 V hrvaški doktrini smiselno enako Bačić, 1995: 233.

519 Arzt, 1988: 1047.

posebnim pravnim ureditvam.⁵²⁰ Če je storilec v zmoti glede pravne norme, ki se tiče njegovega poklica, ali pa posebej pravno urejene dejavnosti, ki se jo je lotil, je treba šteti, da je imel storilec, četudi ni šlo za očitne kršitve elementarnih pravil človeškega sožitja, posebne razloge za preverjanje skladnosti svojega ravnanja s pravnim redom.

Zgoraj predstavljena merila nekateri avtorji poskušajo umestiti v sistem, ki bi v posameznih zadevah omogočal smotrno, pregledno in sistematično presojo izogibnosti pravne zmote. Tako Roxin⁵²¹ razvija sistem treh zaporednih stopenj, ki temeljijo druga na drugi. Prvo predpostavko predstavlja pozitiven odgovor na vprašanje, ali je storilec sploh imel povod za razmišljanje o morebitni protipravnosti svojega ravnanja.⁵²² Naslednja predpostavka je, da si storilec kljub temu, da je imel povod, ni prizadeval spoznati pravnih pravil ali pa so bila ta prizadevanja nezadostna. Zadnja predpostavka pa je pozitiven odgovor na vprašanje, ali bi zadostna prizadevanja sploh lahko pripeljala do ustreznega poznavanja prava. Če umanjka ena izmed naštetih predpostavk, je po avtorjevem mnenju zmoto treba šteti za neizogibno.

Po avtorjevem mnenju je prva predpostavka, torej povod za razmišljanje o protipravnosti ravnanja, podana v treh skupinah primerov⁵²³: (1.) če storilec sam ali zaradi namigov drugih pride v dvome glede skladnosti nameravanega ravnanja s pravom⁵²⁴, (2.) če storilec sicer nima tovrstnih dvomov, vendar pa ve, da se giblje na področju, ki je podvrženo posebni pravni ureditvi⁵²⁵ in (3.) če je storilcu znano, da njegovo ravnanje posameznikom ali skupnosti povzroča škodo^{526 527}.

520 V nemški judikaturi glej zlasti BGHSt 3, 105; BGHSt 4, 80; BGHSt 18, 192. Hrvaški KZ med merili za presojo izogibnosti zmote o protipravnosti posebej omenja poklic storilca (3. odstavek 46. člena).

521 V nadaljevanju odstavka povzemam po Roxin, 1997: 815 – 817.

522 Prim. SK-Rudolphi, § 16, rob. št. 30.

523 Ukvarjanja z vprašanjem, kdaj je mogoče šteti, da je storilcu dan povod za preverjanje skladnosti svojega ravnanja s pravom, je mogoče šteti za korak naprej od starejšega, strogega stališča Nemškega zveznega sodišča, po katerem se mora posameznik tako ali tako »pri vsem, kar namerava narediti, prepričati, če je to v skladu z načeli pravnega najstva« (BGHSt 2, 201). Takšna zahteva je po Roxinovem (1997: 815) mnenju, poleg tega da je nerealistična, tudi nepravilna, saj izhaja iz stališča, da je v svobodnem (*freiheitlich*) pravnem redu lahko kar vsako vedenje prepovedano; končno pa naj bi tako zaradi svoje neizpolnljivosti naravnost izzivala nespoštovanje in »napeljevala« k opustitvi preverjanja tudi tam, kjer bi bilo to zares potrebno.

524 Prim. Jescheck, Weigend, 1996: 455.

525 Gre v bistvu za že omenjeno dolžnost tistega, ki se udejstvuje na področjih, za katera veljajo specifični pravni predpisi (npr. trgovina z živili, finančno poslovanje, prevoznništvo, gostinstvo ipd.), da se s temi predpisi seznanijo.

526 Podobno štejeta Jescheck in Weigend (1996: 454) kot povod za preverjanje protipravnosti določenega ravnanja storilčevo zavest o socialno-etični nesprejemljivosti. Roxin (1997: 817) priznava, da gre pri zavedanju o povzročanju škode in zavedanju o socialno-etični nesprejemljivosti praviloma za isto stvar, saj zavest o škodovanju v sebi nosi tudi zavest o socialno-etični nesprejemljivosti. Kljub temu pa je po avtorjevem mnenju ustrezneje govoriti o zavedanju o povzročanju škode, saj naj bi bilo bistvo nepravila praviloma ravno v družbeni škodljivosti in ne v goli kršitvi morale.

Če obstaja povod v opisanem smislu, predstavlja naslednji korak preverjanje obsega storilčevih prizadevanj, da bi spoznal pravne predpise. V nemški doktrini so bile svoj čas aktualne polemike o tem, kaj je šteti kot spoznavno sredstvo za pridobitev znanj o nepravu. Tako je na številne kritike naletela starejša odločba Nemškega zveznega sodišča, ki je za sredstvo za pridobitev uvida v nepravo štelo »naprezanje vesti« (*die Anspannung des Gewissens*)⁵²⁸. Kritiki so takšnemu stališču očitali, da je, prvič, vprašljivo, ali je vest sploh mogoče umetno naprezati, in drugič, da naprezanje vesti pač ne more dati informacij o vsebini pravnih norm (če bi bilo to tako, študij prava sploh ne bi bil potreben).⁵²⁹ Zato se je kasneje tako v doktrini kot v judikaturi uveljavilo stališče, da je kot sredstvi za pridobitev znanj o nepravu šteti razmišljanje in poizvedovanje.⁵³⁰ V nemški doktrini je mogoče zaslediti obširne in nadrobne razprave o tem, katera je tista mera poizvedovanja, ki omogoča sklep, da je bila storilčeva zmeta neizogibna.⁵³¹ Tako naj bi praviloma zadoščalo, da se tisti, ki je v dvomu, pozanima pri osebi, večči prava (odvetniku), pri čemer ni potrebno, da bi se moral iskalec nasveta spraševati o solidnosti in posebnih znanjih odvetnika.⁵³² Analogno velja, da državljani lahko zaupa informaciji, ki jo je pridobil od državnega organa⁵³³ – če je bila informacija napačna, je zmeta šteti za neizogibno.⁵³⁴ Posebno vprašanje je, ali za sklep o neizogibnosti zmete

527 Roxin, 1997: 816 – 817.

528 BGHSt, 2, 201.

529 Glej npr. SK-Rudolphi, § 17, rob. št. 32; Roxin, 1997: 813.

530 Glej SK-Rudolphi, § 17, rob. št. 33; Roxin, 1997: 813.

531 V nadaljevanju odstavka se opiram na analizo v Roxin, 1997: 818 – 823.

532 Prim. SK-Rudolphi, § 17, rob. št. 40.

533 Če posameznik od državnih organov pridobi nasprotujoče si informacije ali pa če informacije, ki jih je dobil od državnega organa, nasprotujejo tistim, ki jih je dobil od odvetnika, mora opraviti še nadaljnje poizvedbe in ne kratko malo slediti zanj ugodnejši razlagi. Prim. SK-Rudolphi, § 17, rob. št. 31.

534 V zvezi s tem velja opozoriti na problematiko, ki ji nemška doktrina namenja posebno pozornost, do dobra pa je pretresla tudi tamkajšnjo laično javnost: kako presoјati dejanja vzhodnonemških obmejnih organov, ki so na nekdanji meji med vzhodno in zahodno Nemčijo streljali na rojake, ki so skušali prebegniti »na zahod«. Osrednje vprašanje v zvezi s tem je, ali so preprosti graničarji lahko razumeli ničnost par. 27 takrat veljavnega Zakona o državni meji. Nemška sodišča so se postavila na stališče, da ni relevantno, kakšne informacije so dajali takratni predstavniki vzhodnonemškega režima, temveč, ali je ljudstvo Nemške demokratične republike odobravalo ta ravnanja. Po mnenju dela nemških teoretikov vodi takšno odstopanje od načela, da je informacijam državnih organov mogoče zaupati, v izvotlitev določbe o zmoti o protipravnosti in v obširno širitev kaznivosti. Po drugem mnenju pa so takšna odstopanja od predmetnega načela v primeru nepravne države (*Unrechtsstaat*) nujna, saj bi bila sicer vsaka pravna zmeta neizogibna, kaznovanje najhujših zločincev pa nemogoče. Nadalje naj bi bilo v takšnih primerih odstopanje od načela zaupanja v informacije državnih organov tudi državnopravno utemeljeno, saj so dejanja graničarjev pomenila najtežje kršitve človekovih pravic: šlo je za »flagrantno nepravo«, ki bi ga običajen državljani lahko prepoznal. Temu zagovorniki prvega mnenja oporekajo, da nekoga, ki so ga zavestno puščali v nejasnosti glede zavezujočnosti ukazov uporabe strelnega orožja, hkrati pa je živel v svetovnonazorsko izoliranem (ne)pravnem sistemu, ne moremo šteti za osebo, od katere bi lahko pričakovali boljši uvid v pravno naravo svojih ravnanj. Za obširnejši pregled

zadošča, da se je pravni laik sam zagrizel v študij: doktrina daje tu praviloma negativen odgovor, saj naj bi se laik pač moral zavedati, da je mogoče, da ne bo kos kompleksnim pravnim vprašanjem. Vendarle pa naj bi izjemoma (pri enostavnejših vprašanjih) za sklep o neizogibnosti zmote zadoščalo, da se je pravni laik brez strokovne pomoči skušal dokopati do informacij, saj bi v nasprotnem primeru prišli do nevzdržnega sklepa, da je vsebina pravnih predpisov dostopna samo pravnikom.

Če sta podani tako prva (povod za razmišljanje o protipravnosti nameravanega ravnanja) kot druga predpostavka (odsotna ali nezadostna prizadevanja za spoznanje protipravnosti), je treba preveriti še, ali bi ustrezna prizadevanja sploh lahko pripeljala do ustreznih znanj. Če nekdo kljub podanemu povodu ni vložil nikakršnih naporov v to, da bi se prepričal, ali je njegovo ravnanje protipravno, ali pa so bili njegovi naporu nezadostni (npr. diletantski študij literature), je njegovo zmoto vendarle šteti za neizogibno, če v tistem času tudi zaupanja vreden pravnik ne bi mogel prepoznati protipravnosti takšnega ravnanja.⁵³⁵ Zaplet, s katerim se ukvarja ta, zadnja predpostavka se v življenjskih situacijah pojavlja razmeroma redko, vendarle pa nemška sodna praksa beleži tudi tovrstne zadeve.⁵³⁶

Končno velja opozoriti tudi na zanimivo doktrinarno vprašanje, ali s tem ko v primeru izogibnosti pravne zmote storilca štejejo za krivega, ne opuščamo načela, da mora biti storilčeva krivda podana v času izvršitve kaznivega dejanja in se mora nanašati prav na to konkretno dejanje (načelo krivde za dejanje). V nekaterih zadevah so okoliščine takšne, da bi se storilec zmoti lahko izognil še med izvrševanjem dejanja, v takšnih zadevah načelo krivde za dejanje ni ogroženo. Seveda pa so možne tudi zadeve (in te bodo najbrž v večini), ko bi se storilec zmoti lahko izognil le, še preden je dejanje izvršil, med izvrševanjem oziroma v trenutku izvršitve pa mu ustrezno spoznanje ni bilo več dostopno. V takšnih zadevah pa je lahko vprašljivo, ali je še mogoče govoriti o krivdi za dejanje. Iz starejše nemške judikature je znana odločba zveznega sodišča, ki je rešitev iskala ne v krivdi dejanja, temveč v krivdi zaradi načina življenja (*Lebensführungsschuld*).⁵³⁷ Takšna rešitev je bila kasneje v doktrini označena kot nesprejemljiva in napačna.⁵³⁸ Koncept krivde zaradi načina življenja, ki sodbo o krivdi posameznika za določeno dejanje širi na sodbo o krivdi za način, na katerega posameznik živi, je bil v doktrini zavrnjen kot preohlapien in kot tak nesprejemljiv z

polemike glej Roxin, 1997: 821 – 823. Glej tudi Saliger, 2005 (prevod iz nemščine Damjan Korošec).

535 Roxin, 1997: 823.

536 Izčrpen pregled judikature, ki se je ukvarjala s tem problemom, je na voljo v SK-Rudolphi, §17, rob. št. 42 – 43.

537 »Otopeli storilec iz navade je s svojim kaznivim življenjskim stilom izgubil dostopnost in z njo sposobnost z naprežanjem vesti dokopati se do uvida v nepravo. Njegova krivda je krivda zaradi načina življenja.« BGHSt 2: 208.

538 V novejši doktrini pri nekoliko modificirani rešitvi, temelječi na konceptu »krivde zaradi načina življenja«, vztraja Rudolphi – glej SK-Rudolphi, § 17, rob. št. 45.

vidika demokratičnega pravnega reda.⁵³⁹ Gornji rešitvi Nemškega zveznega sodišča pa je neodvisno od vprašanja, ali koncepcijo krivde zaradi načina življenja štejemo za sprejemljivo ali ne, mogoče očitati tudi, da je napačna: krivdni očitek ima v primeru izogibne zmote podlago v točno določeni opustitvi preverjanja, v konkretni kršitvi skrbnosti⁵⁴⁰, in ne v celotnem načinu življenja kar povprek.⁵⁴¹

Očitno je torej, da bo za utemeljitev krivde v primerih izogibne zmote o protipravnosti treba poiskati drugo rešitev, kot je koncepcija krivde zaradi načina življenja. Novoselec meni⁵⁴², da je v tem primeru pojem »v času izvršitve dejanja« treba razumeti širše, saj razmišljanje o protipravnosti in zbiranje informacij v času, ko so se izvršitvena dejanja že začela, praviloma ne pridejo več v poštev. Zato je pod tem pojmom treba razumeti časovni interval, ki se začne s prvimi razmišljanji storilca o tem, kako bo izvedel konkretno dejanje, in se konča v trenutku, ko je storilec izvršil vse, kar je potrebno za uresničitev biti kaznivega dejanja. Tako je po avtorjevem mnenju pojem krivde za dejanje resda razširjen, vendar pa še ni sprejeta koncepcija krivde zaradi načina življenja. Tako se po eni strani storilcu očita točno določeno opustitev (*propust*), ne pa njegov način življenja ali njegov značaj, po drugi strani pa je ohranjena tesna povezava med opustitvijo zbiranja informacij in dejanja samega, saj je dejanje izvršeno v okviru določene dejavnosti, ki vzpostavlja dolžnost zbiranja informacij.

Nekoliko drugače reši omenjeni problem Roxin. Rešitve ne išče v širitvi pojma »čas storitve kaznivega dejanja«, temveč ponudi rešitev po analogiji koncepcije krivde prevzema (*Übernahmeverschulden*), ki jo je doktrina razvila v zvezi s kaznivimi dejanji iz malomarnosti.⁵⁴³ Podobno kot je očitek malomarnosti vozniku, ki se prometni nesreči zaradi kratkovidnosti ni mogel izogniti, mogoče utemeljiti s tem, da se je usedel za volan brez naočnikov, je mogoče »pravno malomarnost« (*»Rechtsfahrlässigkeit«*), ki je vraščena v izogibno zmoto o protipravnosti, utemeljiti na storilčevih predhodnih konkretnih kršitvah skrbnosti.⁵⁴⁴ Ta rešitev se niti ne razlikuje bistveno od tiste, ki jo

539 Tako so kritiki koncepcije krivde zaradi načina življenja poudarjali, da sodba o krivdi ne sme biti vseobsegajoča sodba o storilčevi osebnosti, temveč jo je dopustno oblikovati samo v luči določenega kaznivega dejanja, ki ga je posameznik izvršil. Na to koncepcijo so bile naslovljene tudi kritike povsem pravne narave: v času pred kaznivim dejanjem načelno ne obstaja nikakršna pravna dolžnost na določen način živeti (oziroma se določenemu načinu življenja izogibati). Nekateri avtorji so posegali celo po argumentu, da je koncepcija krivde zaradi načina življenja nesprejemljiva tudi zato, ker bi bili možni primeri, ko bi krivda »zastarala«, še preden bi bilo kaznivo dejanje sploh izvršeno. Za strnjen prikaz filozofskega ozadja koncepcije krivde zaradi načina življenja in kritik te koncepcije glej Novoselec, 1985: 25 – 30.

540 Če bi želeli biti povsem natančni, je treba opozoriti, da kršitev skrbnosti ni zadosten pogoj za sklep o izogibnosti zmote in posledično o tem, da je storilec kriv. Kot pokažem zgoraj, je v primerih, ko tudi ustrezna prizadevanja ne bi pripeljala do zavesti o protipravnosti, zmoto šteti za izogibno, čeprav ustrezne skrbnosti pri storilcu ni bilo.

541 Prim. Roxin, 1997: 814.

542 V nadaljevanju odstavka povzemam po Novoselec, 1985: 196 – 197.

543 Roxin, 1997: 814.

544 Roxin, 1997: 814.

ponudi Novoselec: obema je skupno, da krivdo vežeta na točno določeno kršitev skrbnosti, ki časovno leži neposredno pred ravnanjem, in zavračata utemeljitev krivde na posplošenem očitku življenjskega sloga. Zato se razlika v izpeljavi (ena rešitev temelji na širšem razumevanju pojma »čas izvršitve kaznivega dejanja«, druga pa na analogiji s koncepcijo krivde prevzema) niti ne zdi bistvena.

Končno je v zvezi s problematiko izogibnosti zmote o protipravnosti treba opozoriti še na nekaj. Načelno velja, da izogibna zmota o protipravnosti storilca ne opravičuje. Vendarle pa lahko zakonodajalec v posameznih zakonskih opisih inkriminira le ravnanja, pri katerih storilec »vedoma ne ravna po predpisih«. Takšna zakonodajna tehnika pravzaprav pomeni, da zakonodajalec v primeru takšne inkriminacije odstopi od teorije krivde in se postavi na stališče teorije naklepa. V teh primerih vsaka zmota o protipravnosti, tudi izogibna, terja oprostilno sodbo. Nikakor pa seveda ne bi bil dopusten obraten primer, da bi zakonodajalec s posameznim zakonskim opisom inkriminiral tudi storilčevo ravnanje v neizogibni zmoti o protipravnosti, saj bi to pomenilo kršitev krivdnega načela.

2.4. Sklep

Učinki zmote o protipravnosti so odvisni od soigre treh dejavnikov: (1.) od opredelitve, kaj mora zavest o protipravnosti obsegati, (2.) od systemske umestitve zavesti o protipravnosti znotraj krivde in (3.) od meril, ki jih postavimo za presojo izogibnosti zmote o protipravnosti.

Našteti trije dejavniki morajo biti opredeljeni v prvi vrsti tako, da onemogočajo, da bi bil lahko kdo »brez krivde kriv«: z vidika normativnega pojmovanja krivde bi bilo nesprejemljivo krivdni očitek nasloviti na nekoga, ki ni imel niti možnosti pridobiti spoznanja o protipravnosti svojega ravnanja.

Pri nadrobnejši opredelitvi naštetih treh dejavnikov igrajo pomembno vlogo kriminalitetnopolitični premisleki, ki se v končni fazi zlijejo v eno samo temeljno vprašanje: kako široko odpreti vrata opravičljivim učinkom zmote o protipravnosti? Preširoko odprta vrata bi lahko pomenila popolno subjektivizacijo kazenskega prava,⁵⁴⁵ ki bi imela za posledico, da ljudje ne bi bili več motivirani za poznavanje kazenskopravnih norm. Takšna nezainteresiranost bi bila navsezadnje oportuna, saj bi veljalo načelo: manj ko več, manj ti je mogoče očitati.

Med avtorji, ki so se ukvarjali z vprašanji zmote o protipravnosti, se za takšno popolno subjektivizacijo kazenskega prava kajpak ni izrekel nihče, temveč so vsi skušali poiskati nekakšno ravnovesje med na eni strani z vidika krivdnega načela nesprejemljivim načelom *ignorantia iuris nocet* in na drugi strani situacijo, ko bi kazenskopravne norme

545 V slovenski doktrini tako na primer Zupančič, 1987 : 318.

obvezovale le še tiste, ki bi jih poznali.⁵⁴⁶ Že spet je mogoče reči, da je ostalo do neke mere sporno le še vprašanje, »kje je ravnovesje«.

Tukaj zastopano stališče glede treh temeljnih vprašanj, povezanih z zavestjo o protipravnosti, je mogoče na moč strnjeno povzeti takole:

1. Z zavestjo o protipravnosti ravna storilec, ki ve, da je njegovo ravnanje socialno nesprejemljivo in zaradi tega pravno prepovedano. Za zavest o protipravnosti ni potrebno, da bi se storilec zavedal tudi kaznivosti svojega ravnanja. Vendarle pa je krivda storilca lahko manjša, če njegova zavest o protipravnosti ne obsega zavesti o kaznivosti. Zato mora sodišče v takšnem primeru posebej proučiti, kakšen pomen je imela odsotnost zavesti o kaznivosti za storilčevo krivdo, ter to ustrezno upoštevati pri odmeri kazni, pri čemer ni izključena uporaba določb o omilitvi kazni pod zakonsko predpisano mejo.
2. Zavest o protipravnosti je samostojna sestavina krivde. Za krivdo je potrebno, da je storilec poznal protipravnost svojega ravnanja, ali pa da bi jo vsaj moral in mogel poznati. To načelno velja tudi v primeru inkriminacij, ki niso fundirane na elementarnih socialno-etičnih normah (t.i. *mala prohibita*). Vendarle pa je pri presoji izogibnosti zmote o protipravnosti treba ustrezno upoštevati, da v primeru t.i. *mala prohibita* golo poznavanje dejanskih okoliščin storilcu daje razmeroma majhno, včasih pa celo nobene vzpodbude za razmišljanje o protipravnosti njegovega ravnanja.
3. Izogibnosti zmote o protipravnosti je treba vselej presojati glede na položaj in sposobnosti konkretnega storilca. Da lahko določeno zmoto o protipravnosti razglasimo za izogibno, je treba pozitivno odgovoriti na naslednja tri vprašanja: (1.) Ali je imel storilec sploh kakšen povod za to, da bi razmišljal o protipravnosti svojega ravnanja? (2.) Ali je storilec takšnemu povodu navkljub opustil razumne ukrepe preverjanja skladnosti svojega ravnanja s pravnim redom? in (3.) Ali bi takšni razumni ukrepi storilca sploh lahko pripeljali do ustreznih pravnih znanj?

Tukaj zastopano stališče ne odstopa od temeljnih izhodišč, ki so v zvezi z zavestjo o protipravnosti določena v veljavnem slovenskem KZ, temveč jih le vsebinsko dopolnjuje. V zvezi z morebitnimi spremembami te zakonske materije *de lege ferenda* se tako zastavlja zlasti vprašanje, ali kaže merila izogibnosti zmote o protipravnosti urediti tudi na pozitivnopravni ravni.⁵⁴⁷ Po tukaj zastopanem stališču teh meril (še) ne kaže »zacementirati« v zakonu in s tem otežiti njihov nadaljnji razvoj. Vendarle pa jih je mogoče ponuditi v oporo sodni praksi, za primere, kadar se znajde pred vprašanjem o

546 Zato ni naključje, da so tisti avtorji, ki so bili pri opredelitvi enega izmed dejavnikov bolj permisivni, to skušali kompenzirati pri opredelitvi drugega dejavnika. Tako je bilo na primer za zagovornike teorije naklepa značilno, da so za zavest o protipravnosti zahtevali le zavest o socialni nesprejemljivosti ravnanja. Glej npr. Schmidhäuser, 1984: 200.

547 Tako je na primer hrvaški KZ v že citiranem 3. odstavku 46. člena določil (razmeroma splošne) smernice za presojo izogibnosti zmote o protipravnosti. Primerjalnopravni pregled, kako še nekatere druge tuje kazenske zakonodaje urejajo to vprašanje, je na voljo v Jakulin, 2000: 121 – 124.

izogibnosti storilčeve zmote o protipravnosti. Od odgovora na vprašanje o izogibnosti zmote o protipravnosti bo v končni fazi odvisno, ali bo storilec kriv ali ne, zato je to vprašanje treba nadrobno raziskati in ga ne odpraviti zgolj s kratko in rutinsko ugotovitvijo o (ne)izogibnosti zmote.

3. Naklep

Naklep v slovenskem kazenskem pravu pripada izključno krivdi.⁵⁴⁸ Hkrati šteje za element in obliko krivde.⁵⁴⁹ Reči je mogoče, da gre za temeljno obliko krivde, saj je v naklepni obliki kaznivo poškodovanje vseh dobrin, ki jih varuje kazensko pravo, medtem ko je kaznivost malomarnosti predvidena samo, kadar gre za najpomembnejše kazenskopravne dobrine (v večini primerov življenje in telo).⁵⁵⁰ Splošne definicije naklepa naš KZ ne pozna, ponudi le ločeni definiciji direktnega in eventualnega naklepa.

V okviru pričujočega dela nas zanima, ali je naklep tudi vrednostna kategorija. Ker je bilo na to vprašanje v prejšnji poglavjih po fragmentih že odgovorjeno⁵⁵¹, ga na tem mestu obravnavam le na kratko, z namenom zaokrožitve.

V zgodovinski perspektivi je v grobem mogoče identificirati tri temeljne poglede na vprašanje, ali je naklep razumeti (tudi) kot vrednostno kategorijo. Značilna razlika med temi tremi pogledi je odgovor na vprašanje, kaj mora obsegati zavestna sestavina naklepa.

Po enem stališču, ki je danes le še poredko zastopano, se za naklep zahteva tudi storilčeva zavest o protipravnosti njegovega ravnanja, s čimer naklep postane vrednostna kategorija: mogoč je le kot t.i. *dolus malus*, torej kot storilčev »zavestni dvig zoper pravni red«. Zlasti kriminalitetnopolitično je takšnemu stališču težko pritrditi, saj če je dosledno udejanjeno, vselej neselektivno izključuje odgovornost za naklepna kazniva dejanja, celo v primeru načrtnega izogibanja spoznavanju pravnih norm.⁵⁵²

548 V tem smislu slovenski sistem sprejema rešitev, značilno za t.i. (neo)klasični splošni pojem kaznivega dejanja, in ne sledi tektonskim premikom, do katerih je v deliktni zgradbi prišlo pod vplivom finalizma.

549 Ker naklep in malomarnost nista (več) edina elementa krivde, se zastavi vprašanje, ali ju je upravičeno šteti za edini krivdni obliki. Ta dva elementa dajeta vendarle tako značilen pečat krivdi, da se zdi upravičeno, nekako po sistemu »*pars pro toto*« govoriti o njiju hkrati kot o oblikah krivde. Prim. Novoselec. 1985: 211 – 212.

550 Prim. Novoselec, 2004: 227.

551 Glej III./B./4.

552 Podrobneje v V./B./2.1.

Po drugem skrajnem stališču je naklep popolnoma vrednostno nevtralen. Tako naj bi za njegovo zavestno sestavino zadoščalo, da storilec zgolj kognitivno, ne pa tudi vrednostno, spozna okoliščine, ki jih je mogoče subsumirati pod zakonske znake. Pomembno je torej, da storilec pozna dejstva⁵⁵³, povsem irelevantno pa je, kako ta dejstva vrednoti oziroma kakšen pomen jim pripisuje.⁵⁵⁴ Bistvo predstavljenega stališča pride najbolj jasno do izraza pri normativnih zakonskih znakih. V primeru kaznivega dejanja spolne zlorabe slabotne osebe (182. člen KZ) bi za storilčevo zavest o tem, da je oseba, s katero ima spolne odnose, duševno bolna, zadoščalo, da storilec zazna simptome duševne bolezni, ne glede na to, kakšen (če sploh kakšen) pomen jim pripisuje. Še bolj nazoren primer: za storilčevo zavest o tem, da uničuje uradno listino (307. člen KZ) bi zadoščalo, da se storilec zaveda, da v peč meče nekakšne papirje, ne glede na to, ali zadevnim papirjem pripisuje pomen za dokazovanje v pravnem prometu. Tudi to stališče, ki naklep pojmuje kot vrednostno popolnoma sterilno kategorijo, ni sprejemljivo. Res je, da smo zavrnilo stališče, po katerem je za naklep potrebna storilčeva zavest o pravni nesprejemljivosti njegovega ravnanja, vendar pa to nikakor ne pomeni, da za naklep ni potrebno nikakršno vrednotenje. Kajti posamezne biti inkriminacij seveda opisujejo človekovo ravnanje v socialni stvarnosti in ne v nekakšnem filozofskem imaginariju, v katerem bi bili pojavi očiščeni njihovega socialnega pomena.⁵⁵⁵ Zato mora storilec, da bi ravnal naklepno, dejstvom, ki jih zaznava, vsaj na laičen način pripisati tudi ustrezen socialni pomen, šele takrat bo namreč sploh vedel »za kaj gre« in postal dostopen apelu, naj svoje ravnanje uskladi z zahtevami pravnega reda. Tako v primeru kaznivega dejanja spolne zlorabe slabotne osebe ni treba, da bi postavil z vidika psihiatrične znanosti pravilno diagnozo duševne bolezni, mora pa vsaj na laičen način oceniti, da je oseba, s katero ima spolne odnose, duševno motena⁵⁵⁶; v primeru kaznivega dejanja uničenja uradne listine (307. člen KZ), ni treba, da pozna eksaktno juridično definicijo listine iz 126. člena KZ, vendarle pa mora vedeti, da ima kos papirja, ki ga meče v peč, dokazni pomen za pravna razmerja in da ne pripada njemu.

S tem sem pravzaprav že predstavil »tretje stališče«, ki je zastopano tudi v tem delu: za naklep ni potrebna zavest o protipravnosti, vendar pa tudi golo poznavanje dejstev ne more zadoščati. Da bi se storilec ravnal naklepno, mora pravilno (četudi zgolj na »laičen

553 V literaturi je mogoče zaslediti tudi drugačna poimenovanja za to, čemur tukaj pravim preprosto »dejstva«. Tako npr. Damaška (1965: 14) govori o »kognitivnih podlagah« oziroma o »dejstvenih substratih«.

554 Takšen pogled je zastopal npr. avstrijski teoretik Nowakovski (1953: 387): po njegovem mnenju naklep izključuje le zmota v kogniciji (*Wissensirrtum*), zmota v vrednotenju (*Bewungsirrtum*) pa je vselej neupoštevna.

555 Podobno nemški avtorji opozarjajo, da se zakonski znaki le redko nanašajo na gola dejstva iz sveta naravoslovnih znanosti, temveč gre praviloma za socialno skovane pojme. Glej npr. Welzel, 1969: 75; LK-Schroeder § 16, rob št. 42.

556 Edmund Mezger, avtor znamenite formule vzporedne ocene v laični sferi, ob obravnavi tega primera zapiše, da se mora storilec zavedati duševne motenosti tako, kot je ta pojem razumljen v krogu ljudi, ki mu pripada storilec. Mezger, 1931: 328.

način«) oceniti tudi socialni pomen okoliščin, ki jih je mogoče subsumirati pod zakonske znake.⁵⁵⁷ V tem obsegu je naklep vsekakor tudi vrednostna kategorija.

Če le izhajamo iz predpostavke, da se zakonski znaki nanašajo na pojave in odnose v socialnem svetu in ne v nekakšnem aksiološkem vakuumu, potem je predstavljeno stališče, po katerem je za naklep potrebno tudi poznavanje pomena posameznih okoliščin dejanja, logično nujno. Vendarle pa v posameznih primerih obstaja nevarnost, da sodišče to dimenzijo naklepa spregleda ali zanemari. Tako je na primer Nemško zvezno sodišče v neki zadevi⁵⁵⁸ presodilo, da pri kaznivem dejanju »nevarne telesne poškodbe« (*Gefährliche Körperverletzung*, zdaj 224. člen nemškega KZ), ki je izvršeno z »življenje ogrožajočim postopanjem« (*mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung*), za naklep do slednjega zakonskega znaka zadošča poznavanje okoliščin, iz katerih izhaja ogrožanje življenja, ni pa potrebno, da bi storilec sam spoznal, da njegovo ravnanje ogroža življenje. Takšen sklep ustreza stališču, da za zavestno sestavino naklepa zadošča že golo poznavanje dejstev oziroma »stvarnih podlag«, ki smo ga tukaj odločno zavrnili. Sodišče svojo odločitev utemeljuje s tem, da bi bil v nasprotnem primeru storilec, ki mu zaradi lahkomišelnosti sploh ne pride na misel, da žrtvi ogroža življenje, na boljšem od storilca, ki je manj lahkomišeln ter manj nepremišljen, in zaradi tega spozna, da je njegovo ravnanje življenjsko nevarno. Ta argument ne more prepričati. Če ga skušamo posplošiti, se glasi takole: v posameznih primerih lahko storilčeva malomarnost izraža večji prezir do kazenskopravnih dobrin kot naklep. Četudi bi to držalo⁵⁵⁹, si sodišče seveda ne more jemati pooblastila, da bi storilca, ki je ravnal malomarno, obravnavalo, kot da bi bil ravnal naklepno.

Na koncu je treba še enkrat, kot nekakšno izjemo, omeniti zakonske znake, ki dajejo vrednostni pečat celotnemu inkriminiranemu ravnanju (t.i. *gesamttatbewertende Merkmale*). Kot primer takšnega zakonskega znaka je že bil naveden zakonski znak »na grozovit način« iz 1. točke 2. odstavka 127. člena KZ. Ti zakonski znaki po eni strani izrazito vrednostno obarvajo celotno inkriminirano ravnanje in v tem oziru »silijo« v okvir protipravnosti, po drugi strani pa dajejo konturo biti inkriminacije, v kateri se nahajajo: če jih izpustimo, nimamo več opraviti z enako bitjo inkriminacije. Doktrina je tem zakonskim znakom pripisala naravo nekakšnega hibrida: dejstva, ki so podlaga skupni vrednostni oceni ravnanja (ga delajo na primer grozovitega), naj pripadejo biti

557 To stališče, ki ga tukaj imenujem »tretje«, izredno jasno predstavi japonski avtor Taira Fukuda v kratki razpravi z naslovom *Bedeutungskennntnis und Vorsatz* (Fukuda, 1999: 175 – 182). To je hkrati stališče, ki je danes večinsko – seveda z nekoliko različnimi končnimi izpeljavami – sprejeto v nemški doktrini. Posamezne izpeljave se razhajajo zlasti v nadrobnostih pri opredelitvi, kaj natanko mora obsegati »poznavanje pomena« (*Bedeutungskennntnis*), ki je potrebno za naklep.

558 BGHSt 19, 352.

559 Ta predpostavka v konkretnem primeru ne drži – večja osveščenost storilca, ki spozna življenjsko nevarnost svojega ravnanja za žrtev, storilcu nikakor ne govori v prid, saj pokaže, da se je žrtve lotil, čeprav je vedel, da jo bo spravil v nevarnost za življenje.

inkriminacije, sama vrednostna ocena o ravnanju (na primer ocena, da je ravnanje grozovito) pa naj pripade protipravnosti.⁵⁶⁰

Razglasitev teh zakonskih znakov za hibride v opisanem smislu pravzaprav po obvozni poti rehabilitira tukaj načelno zavrnjeno stališče, po katerem za naklep zadošča poznavanje dejstev oziroma »stvarnih podlag«, nepomembno pa je, kako storilec ta dejstva oziroma podlage vrednoti. Glede na to, da na podlagi opisanega doktrinarnega manevra biti inkriminacije pripadajo le še dejstva, ki predstavljajo podlago določeni vrednostni oceni ravnanja, sama vrednostna ocena pa je preseljena v protipravnost, zdaj res velja, da za naklep zadošča že golo poznavanje »stvarnih podlag«. Poudariti je treba, da ne gre za splošno rehabilitacijo tukaj zavrjenega stališča, temveč zgolj za priznanje, da je v njem »zrno resnice«: kadar imamo opraviti z vrednostnimi sodbami o celotnem inkriminiranem ravnanju, bi bilo nesprejemljivo to vrednostno sodbo prepustiti storilcu samemu. V slovenski doktrini problematika teh zakonskih znakov še ni natančno obdelana, niti še ni izdelan katalog tovrstnih zakonskih znakov, ki jih vsebuje veljavni KZ. Že na tej točki pa je mogoče reči, da zakonski znaki, ki vrednotijo celotno inkriminirano ravnanje, pomenijo izjemo, ki ji – kot načelno velja za izjeme v pravu – pritiče restriktivna obravnava na vseh ravneh: zakonodajalec naj takšen zakonski znak uporabi le, kadar ima za to posebej upravičene razloge, uporabnik prava pa naj v dvomu šteje, da gre za običajen zakonski znak, za katerega veljajo splošna pravila o naklepu.

4. Malomarnost

Naklepni delikt je vselej veljal za paradigmatško tipično deliktno obliko, osnovo za gradnjo dogmatike splošnega pojma kaznivega dejanja. Koncept malomarnosti⁵⁶¹ pa je tako vso zgodovino kazenskopravne misli odpiral dogmatične težave, saj ga je bilo v strukturo, ki je temeljila na naklepem deliktu, mogoče umestiti le z različnimi, včasih bolj včasih manj posrečenimi doktrinarnimi manevri. Že na začetku razvoja sodobnega kazenskega prava so imeli A. Feuerbach in nasledniki Heglove kazenskopravne misli, ki je temeljila na storilčevi volji do uresničitve prepovedane posledice, težave z

560 Tako na primer Jescheck, Weigend, 1996: 248; Maurach, Zipf, 1992: 533; podobno Roxin, 1997: 410 – 411.

561 Glede na omejitve, zastavljene v uvodu (glej I.3.), bom obravnaval le malomarnost kot element in hkrati obliko krivde, ne bom pa mogel posebej obravnavati razmeroma obširne problematike malomarnostnega kaznivega dejanja, posebnega tipa kaznivega dejanja, ki ga je s KZ '94 slovenski zakonodajalec poskusno uvedel v primeru štirih inkriminacij. Samo po sebi pa se razume, da v nadaljevanju predstavljene omejitve odgovornosti za malomarnost veljajo tudi za ta tip kaznivega dejanja. Malomarnostnemu kaznivemu dejanju je sicer v domači literaturi namenjena razmeroma velika pozornost – glej npr. Bavcon, Šelih, [...], 2003: 304 – 307; Bavcon, 2004: 297 – 301; Bavcon, 1995; Bavcon, 1980; Bavcon v Bavcon s sodelavci, 2000: 149 – 158; Novoselec v Bavcon s sodelavci, 2000: 159 – 192; Dežman, 1996 a): 74 – 79.

malomarnim kaznivim dejanjem in bili prisiljeni začeti z »lovom« na voljni element v malomarnosti.⁵⁶² Kasneje pa je v Liszt-Belingovi dogmatiki prišla na površje problematika normativnega značaja (zlasti nezavestne) malomarnosti, ki nas zanima tukaj.

4.1. Brezuspešni »lov« na psihični substrat v nezavestni malomarnosti

Za von Lisztovo psihološko pojmovanje krivde je bilo značilno, da je v psihičnem odnosu storilca do dejanja videlo element, ki naj bi bil skupen naklepu in malomarnosti in ju tako povezoval v skupni pojem krivde. Analogno kot so imeli Heglovi nasledniki težave z iskanjem storilčeve volje, če je šlo za malomarno izvršitev kaznivega dejanja, so imeli von Liszt in njegovi nasledniki težave z iskanjem psihičnega odnosa storilca do dejanja pri nezavestni malomarnosti. Bistvo nezavestne malomarnosti je namreč ravno, da storilec do svojega dejanja ni imel nikakršnega psihičnega odnosa: ni se zavedal, da s svojim ravnanjem lahko povzroči prepovedano posledico in s tem izpolni bit določene kazenskopravne norme, čeprav bi se tega lahko zavedal in bi se bil dolžan zavedati. Nezavestna malomarnost torej temelji izključno na normativni oceni, zato je bilo iskanje povezovalnega elementa z zavestno malomarnostjo in naklepom v psihičnem odnosu storilca do dejanja povezano z velikimi težavami.

Da bi ta problem rešili in s tem obranili psihološko pojmovanje krivde, so zagovorniki tega pojmovanja ponudili več rešitev. Z vidika psihološkega pojmovanja krivde najbolj načelna (hkrati pa tudi najbolj radikalna) je bila ideja, da glede na to, da nezavestna malomarnost ne obsega storilčevega odnosa do dejanja, ta ne more pomeniti krivde in zato ne sodi v kazensko pravo. Takšno stališče je v začetku 20. stoletja zastopal na primer Kohlrausch, vendar pa tudi sam prišel do sklepa, da si kriminalitetno-politično pač ni mogoče zamisliti popolne izločitve nezavestne malomarnosti iz kazenskega prava.⁵⁶³ Po drugi strani pa so znani poskusi, tudi v nezavestni malomarnosti poiskati določen psihičen odnos storilca do dejanja, tako je Radbruch v svojem habilitacijskem nastopu opozoril na to, da lahko (nezavestno) malomarnost umestimo v krivdo ob bok naklepu, če na oba gledamo kot na specifično čustveno stanje storilca.⁵⁶⁴ Tudi ta pogled se kasneje ni širše uveljavil.

Teoretično konsistentno rešitev skiciranega problema so lahko ponudile šele normativne teorije krivde. Če bistvo krivde ni psihični odnos storilca do dejanja, temveč sodba pravnega reda, da je storilčevo ravnanje vredno očitka, potem ni videti ovir za to, da bi šteli tudi ravnanje iz nezavestne malomarnosti za krivdno. Problem, ki na tej točki

562 Glej npr. Jescheck, Weigend, 1996: 556. Za izčrpen prikaz poskusov v malomarnosti poiskati voljne elemente glej Singer, 1992: 121 – 131.

563 Navedba v Singer, 1992: 134.

564 Navedba v Singer, 1992: 133.

ostaja odprt je, da katerokoli ravnanje ne more biti predmet krivdnega očitka. Krivdni očitek mora imeti svojo podlago, ta pa se v primeru nezavestne malomarnosti kaže le kot normativna relacija (»moral in mogel vedeti«), ne pa kot nekaj empirično oprijemljivega, tako da obstaja nevarnost, da bi sodišča s sklicevanjem na nezavestno malomarnost lahko obsodila tudi za golo povzročitev posledice (objektivna odgovornost). Zato so bili nekateri avtorji, kljub temu da so sprejemali psihološko-normativno pojmovanje krivde, ki načelno nima težav z umestitvijo nezavestne malomarnosti v krivdo, do te oblike malomarnosti še vedno zadržani. Arthur Kaufmann je išoč v vseh krivdnih oblikah nekaj substancialnega ter izhajajoč iz stališča, da je krivda zavestna usmeritev volje v nepravo, menil, da nezavestna malomarnost ne more biti krivda v materialnem smislu.⁵⁶⁵

Pri nas je Bavcon⁵⁶⁶ menil, da v kazensko pravo spadajo le tisti primeri nezavestne malomarnosti, ko se v storilčevem ravnanju razodeva veliko pomanjkanje skrbnosti in pozornosti, ki je že zelo blizu preziru do družbenih vrednot. Kazenskopravno relevantna nezavestna malomarnost bi bila po avtorjevem mnenju podana, kadar storilec ne bi imel niti za potrebno, da bi se seznanil s predpisi in pravili, ki veljajo za opravljanje kakšne tvegane dejavnosti. Ker je takšnih primerov razmeroma malo, je avtor ocenjeval, da večina nezavestnih malomarnosti v kazensko pravo v ožjem pomenu ne sodi.⁵⁶⁷

Manj dvomov v kazensko odgovornost, utemeljeno na nezavestni malomarnosti, je izrazil Novoselec.⁵⁶⁸ Pokazati je želel, da ima tudi (nezavestna) malomarnost značaj moralne krivde (in s tem posledično nudi zadostno oporo za krivdni očitek). Tako je avtor polemiziral s tezo Arthurja Kaufmanna, da se mora kazenskopravno relevantna volja manifestirati kot »zavestna in voljna odločitev za nepravo«. Če bi bilo to tako, zapiše Novoselec, za nezavestno malomarnost zares ne bi bilo prostora v krivdi. Vendar pa meni, da je s to tezo Arthur Kaufmann ostal preveč vezan na psihološke teorije, ki so za krivdo zahtevale določen psihični odnos storilca in na ta način za vsako ceno želele zvesti krivdo na preverljivo dejstvo. Če pa v skladu s psihološko-normativnimi teorijami v krivdi vidimo enotnost psihološkega substrata in sodbe o krivdi, za obstoj malomarnosti ni treba vztrajati na »zavestni in voljni odločitvi za nepravo«, temveč zadošča hotenje ravnanja ob možnosti in dolžnosti predvideti posledico. Na takšen način je mogoče preseči psychologizem, saj možnost in dolžnost predvideti posledico nista več psihološki dejstvi, temveč pripadata sferi vrednotenja ali normativnega. V tem duhu

565 Arth. Kaufmann, 1961 a): 153, 162. Vendar pa tudi Kaufmann zaradi kriminaliteno-političnih razlogov ni nasprotoval temu, da nezavestna malomarnost ostane v kazenskem pravu.

566 V nadaljevanju odstavka povzemam po Bavcon, 1963: 317.

567 V kasnejših delih je avtor to svoje stališče omilil in bil pripravljen zaradi nevarnosti sodobnega tehniziranega življenja v večji meri dopustiti kazensko odgovornost za nezavestno malomarnost. Glej npr. Bavcon, 1980: 305 – 306. Kasneje celo eksplicitno zapiše, da ima »[...]kaznivost kakega prepovedanega ravnanja in iz njega nastale ogrožitvene ali poškodbene posledice iz nezavestne malomarnosti [...] utemeljene razloge«, ob tem pa opozori, da to ne pomeni, da v kriminalno cono sodijo naključne nesreče in da skozi ta vrata v kazensko pravo ne bi smeli spuščati objektivne odgovornosti. Bavcon v Bavcon, Šelih [...], 2003: 300 – 301.

568 V nadaljevanju odstavka povzemam po Novoselec, 1985: 226.

avtor sklene: »V okviru psihološko-normativnega pojmovanja je krivda izgubila povsem ontološki značaj, ne tudi vse opore v ontološkem; postala je psihološko normativna kategorija, v kateri sta 'bit in najstvo prepletena v neločljivo celoto'. V takšen kontekst postavljena malomarnost kot krivdna oblika, ima globoke etične korenine, saj nam pokaže, da malomarnega storilca zaznamuje določeno psihološko-moralno stanje, ki ga lahko v najboljšem primeru označimo kot ravnodušnost, v težjih primerih pa tudi sebičnost, neodgovornost ali brezobzirnost do interesov drugih.«

Dandanes v doktrini kazenskega prava ni več zaslediti odločnejših pomislekov glede tega, ali odgovornost za (nezavestno) malomarnost sploh sodi v kazensko pravo.⁵⁶⁹ Splošno sprejeto stališče je, da tudi ta oblika malomarnosti v določenih primerih zahteva kazenskopravno reakcijo, vendar pa ob tem doktrina vlaga ogromne napore v to, da koncept (nezavestne) malomarnosti ne bi mogel služiti kot ventil, skozi katerega bi v kazensko pravo pronicala objektivna odgovornost. Najbolj očitna pregrada pred tem je nadrobno razvita dogmatika kršitve dolžnostnega ravnanja⁵⁷⁰, ki jo sodobna doktrina kazenskega prava razvija v prepričanju, da je bit malomarnega kaznivega dejanja treba dopolniti s sodnikovo vrednostno presojo o tem, ali je v konkretni zadevi prišlo do kršitve dolžnostnega ravnanja.⁵⁷¹

4.2. Kršitev dolžnostnega ravnanja kot pogoj za odgovornost za malomarnost

Tudi slovenska doktrina razvija dogmatiko kršitve dolžnostnega ravnanja, pri čemer, kot je značilno za sodobno doktrino kazenskega prava, razlikuje med objektivno kršitvijo dolžnostnega ravnanja (vprašanje, ali je objektivno obstajala dolžnost na določen način ravnati, ter vprašanje, ali bi to dolžnost lahko izpolnil abstraktni naslovnik norme) in subjektivno kršitvijo dolžnostnega ravnanja (vprašanje, ali bi konkretni storilec v danih okoliščinah in glede na svoje osebne lastnosti zmožel izpolniti dolžnosti, ki mu jih nalaga pravni red), obe pa obravnava – pri tem se naslanja na starejšo rešitev – v okviru krivde.⁵⁷²

569 Še vedno pa kaznivo dejanje iz malomarnosti predstavlja nekakšen tujek, posebnost v dogmatiki kazenskega prava. To je lepo razvidno tudi iz umestitve te problematike v nemških učbenikih in sistemih kazenskega prava – praviloma je obravnavana v čisto posebnem poglavju in ne integralno.

570 Uporabljam v slovenski doktrini udomačen izraz za »dolžnost skrbnosti« (*Sorgfaltspflicht*).

571 Glej Jescheck, Weigend, 1996: 564.

572 Bavcon (v Bavcon, Šelih, [...] 2003: 302 – 303) problematiko, ki smiselno ustreza zgoraj skicirani, obravnava v okviru nezavestne malomarnosti in sicer med merili za razmejitev nezavestne malomarnosti od naključja. Takšna sistematika smiselno izhaja iz opredelitve malomarnosti v 18. členu slovenskega KZ (glede na to, da na subjektivno merilo zakon napotuje zgolj glede nezavestne malomarnosti). Vendar pa ni sporno, da pravila o objektivni in subjektivni

Obraevnanje objektivne kršitve dolžnostnega ravnanja v okviru krivde ima določene slabosti, saj v presojo krivde vnaša merila objektivne narave, ki načelno sodijo v protipravnost.⁵⁷³ V okvir protipravnosti namreč sodijo splošne norme, ki so naslovljene na vse oziroma na abstraktnega naslovnika, v okvir krivde pa vprašanje, ali bi konkretni posameznik v dani situaciji takšno splošno normo lahko izpolnil. Tradicionalno gledanje, ki tako objektivno kot subjektivno kršitev dolžnostnega ravnanja obraevna v okviru krivde, konec koncev lahko pripelje v situacijo, ko je treba tudi pravno ustrezno ravnanje (ravnanje, ki ne prestopi meja dovoljenega tveganja), šteti za protipravno (izključiti pa je mogoče šele krivdo). Zaradi navedenih razlogov nemška doktrina (pri tem pa ji sledijo avstrijska, švicarska, v zadnjem času pa tudi italijanska in španska doktrina⁵⁷⁴) objektivno kršitev dolžnostnega ravnanja uvršča v domeno protipravnosti.

Takšna rešitev ni le doktrinarno preciznejša, temveč ima tudi nekaj praktičnih prednosti. Najbolj bistvena se zdi, da sili pravosodje k identifikaciji vsebine splošnega dolžnostnega ravnanja v konkretni situaciji, kar je še posebej pomembno, kadar ta ne izhaja neposredno iz pravnih predpisov in tehničnih pravil. Nadalje je prednosti rešitve, v skladu s katero se objektivno plat malomarnosti presoja v okviru protipravnosti, mogoče videti tudi v tem, da samostojno vrednotenje neprava ravnanja kaznivih dejanj iz malomarnosti lahko predstavlja protiutež v sodni praksi pogosto pretirano poudarjeni odgovornosti za povzročeno posledico.⁵⁷⁵ Končno pa je treba opozoriti, da ta rešitev jasno postavlja zgornjo mejo odgovornosti, kadar obstaja nevarnost, da bi na posameznike naslavljali pretirane zahteve s sklicevanjem na njihove izredne sposobnosti.⁵⁷⁶ Zato bi tudi v slovenski kazenskopravni doktrini kazalo razmisliti o »dvostopni rešitvi«, po kateri bi objektivno plat malomarnosti presojali v okviru protipravnosti, njeno subjektivno plat pa v okviru krivde. Kot kažejo zgoraj predstavljeni argumenti, takšna diferenciacija ne bi bila zgolj »sholastične« narave, temveč bi lahko v primerih kaznivih dejanj iz malomarnosti zagotovila bolj rafinirane sodne odločbe in posledično večjo pravno varnost.⁵⁷⁷

kršitvi dolžnostnega ravnanja veljajo tudi glede zavestne malomarnosti. Že neposredno iz krivdnega načela namreč izhaja, da od nikogar ni mogoče zahtevati več, kot zmore.

573 V zvezi z nezavestno malomarnostjo je na to pri nas opozoril že Korošec (1995: 197): »V definiciji nezavestne malomarnosti (kot oblike krivde) je kriterij 'moral vedeti [...]' napotilo na ugotavljanje [...] dolžnostnega ravnanja, zato sodi v bistvu v sfero protipravnosti.«

574 Glej Jescheck, Weigend, 1996: 575.

575 Glej Jescheck, Weigend, 1996: 565.

576 Podrobneje v V./B./4.3.

577 Posebno vprašanje je seveda, ali slovenska kazenskopravna teorija in sodna praksa v tem trenutku lahko gradita drugačno sistematiko, namreč takšno, ki bi objektivno kršitev dolžnostnega ravnanja obraevnala v okviru protipravnosti, glede na to, da je v slovenskem KZ malomarnost opredeljena izključno kot sestavni del krivde.

4.3. Značilne dileme v zvezi z individualizacijo in generalizacijo malomarnosti

Dandanes bi težko našli avtorja, ki bi zanikal, da morata biti objektivna in subjektivna kršitev dolžnostnega ravnanja podani kumulativno. Drugačna rešitev bi pomenila zanikanje krivdnega načela in uvedbo objektivne odgovornosti, saj bi bilo mogoče posameznika šteti za kazensko odgovornega zgolj na podlagi objektivne kršitve dolžnostnega ravnanja, ne glede na morebitne deficite njegovih osebnih sposobnosti. Kljub svoji nespornosti pa ta rešitev odpira določene težave, kadar imamo opraviti s storilcem z nadpovprečnimi sposobnostmi. Kot šolski primer za ponazoritev tega problema se navadno navaja »voznik rallya«, ki bi lahko prometno nezgodo preprečil tudi v situaciji, ki ji povprečni šofer ne bi mogel biti kos. Rešitev, ki se ponuja kar sama od sebe, je, da bomo od voznika rallya pač zahtevali, naj prepreči tudi nezgode, ki jih je mogoče preprečiti zgolj z njegovimi nadpovprečnimi sposobnostmi: od vsakogar po njegovih sposobnostih, od nikogar preko njegovih zmožnosti⁵⁷⁸. Tudi kriminalitetno-politično se zdi od posameznika utemeljeno zahtevati aktivacijo nadpovprečnih sposobnosti, še zlasti kadar te lahko rešijo človeško življenje. Vendar pa je to rešitev doktrinarno težko utemeljiti. Pogoj, da se lahko spustimo v presojo kršitev subjektivnega dolžnostnega ravnanja, je, da poprej ugotovimo kršitev objektivnega dolžnostnega ravnanja. Vprašljivo je, ali posameznik z nadpovprečnimi sposobnostmi, ki ravna kot povprečnež, krši objektivno dolžnostno ravnanje: je mogoče reči, da rally voznik, ki vozi v skladu s splošnimi zahtevami, ki jih pravo naslavlja na udeležence v prometu, ravna protipravno?

V kazenskopravni doktrini je bilo v želji ta problem rešiti prelitega mnogo črnila. Večinsko mnenje sledi zgoraj predstavljeni »dvostopni rešitvi«, po kateri je nepravdo kaznivih dejanj iz malomarnosti utemeljeno na storilčevi kršitvi objektivnih meril (objektivna kršitev dolžnostnega ravnanja), medtem ko vprašanje, ali je storilec ta merila lahko izpolnil, ostaja izključno v domeni (malomarne) krivde. Z besedami Jeschecka in Weigenda: »Šele če je objektivna stran kaznivega dejanja iz malomarnosti ugotovljena (nepravdo), lahko presojamo naprej, ali je bila splošna zahteva po skrbnosti in predvidevanju za individualnega storilca glede na njegovo inteligentnost in izobrazbo, njegovo spretnost in usposobljenost, njegove življenjske izkušnje in socialni položaj, izpolnljiva (krivda).«⁵⁷⁹

Del avtorjev⁵⁸⁰ pa nasprotno tej rešitvi razvija tezo, da je že izpolnitev biti kaznivega dejanja iz malomarnosti oziroma njegova protipravnost⁵⁸¹ odvisna od individualnih

578 Maksima sposojena pri Bačić, 1995: 213. Podobno Bavcon (v Bavcon, Šelih [...], 2003: 303): »Pravilo, da od nikogar ne moremo zahtevati več, kot zmore, lahko tudi obrnemo in tako dobimo pravilo, po katerem lahko od vsakogar zahtevamo toliko, kot osebno zmore.«

579 Jescheck, Weigend, 1996: 565.

580 Najbolj reprezentativno Stratenwerth, glej npr. Stratenwerth, 1985, v celoti.

sposobnosti storilca. V ozadju tega stališča je prepričanje, da od tistega, ki ima večje sposobnosti, tudi pravo lahko zahteva več: pri neaktivaciji posebnih sposobnosti je pri nadpovprečno usposobljenem storilcu kaznivost mogoča, čeprav bi pri normalno usposobljenem posamezniku enako ravnanje šteli za primerno. Kdor pa, nasprotno, po svojih sposobnostih zaostaja za povprečno osebo in povzroči prepovedano posledico, ne ravna protipravno, čeprav bi enako ravnanje normalno usposobljenega posameznika šteli za protipravno. Stratenwerthu se zdi ta sklep kot na dlani že zato, ker »lahko neskrbno (*unsorgfältig*) ravna le tisti, ki bi bil lahko ravnal skrbno«.⁵⁸²

Zgoraj predstavljeno stališče se ni splošno uveljavilo. Vodilni argument zagovornikov tega stališča, da zakonska prepoved ali zapoved lahko segata le do koder ju konkretni posameznik lahko izpolni, namreč ni brez napak. V naravi kazenskopravne norme je, da se načelno obrača na vse. Stališča, ki protipravnost individualizirajo, lahko kaj hitro vodijo nazaj v zlivanje protipravnosti in krivde. Tako bi imeli opraviti z nepreglednimi situacijami, ko bi bilo za določenega posameznika določeno ravnanje protipravno, za drugega pa ne, odvisno pač od njunih sposobnosti (ki pa so vnaprej in navzven praviloma težko razpoznavne).⁵⁸³ V zvezi z argumentom, da (abstraktna) norma ne more zahtevati subjektivno neizvedljivega, pa je končno treba opozoriti, da je nezmanjševanje zahtev abstraktnih prepovedi in zapovedi pri posameznikih s podpovprečnimi sposobnostmi potrebno tudi zato, da osebam, katerih sposobnosti so na določenem področju slabše, jasno pokaže, kaj se od njih na tem področju pričakuje in jih odvrne od morebitnih prevzemanj tveganih ravnanj.⁵⁸⁴

581 Na tem mestu je treba opozoriti, da se stališče, po katerem je objektivno kršitev dolžnostnega ravnanja treba obravnavati v okviru protipravnosti, pojavlja v dveh variantah. Po prvi varianti je v primeru, ko nekdo povzroči prepovedano posledico, pri čemer ravna v skladu s pravili dolžnostnega ravnanja, treba šteti, da je bit inkriminacije izpolnjena, izključiti pa je treba protipravnost (v nemški doktrini ta razlog izključitve protipravnosti najpogosteje imenujejo dovoljeno tveganje). Po drugi varianti pa ravnanje v skladu s pravili dolžnostnega ravnanja izključuje že samo bit kaznivega dejanja, saj ga je mogoče šteti za socialno sprejemljivo. Drugemu stališču v prid govori dejstvo, da se nekatere inkriminacije že same sklicujejo na kršitev dolžnostnega ravnanja, tako npr. 325. člen slovenskega KZ (Povzročitev prometne nesreče iz malomarnosti) govori o »kršitvi predpisov o varnosti cestnega prometa«. Vendar pa ta argument zavrne Novoselec (1985: 245), ko opozori na stališče, da vsi elementi zakonskega opisa kaznivega dejanja ne predstavljajo hkrati tudi biti kaznivega dejanja. V skladu s tem stališčem je treba šteti, da je bit inkriminacije izpolnjena že s samo povzročitvijo posledice (v navedenem primeru torej s povzročitvijo prometne nesreče). Po avtorjevem mnenju napotila na vir dolžnostnega ravnanja (podobno kot na primer omenjanje protipravnosti inkriminiranega ravnanja) v zakonskih opisih niso nujno potrebna, njihovo umestitev v zakonski opis pa upravičujejo didaktični razlogi (potreba, da bi bil zakon čim bolj dostopen tudi laikom).

582 Stratenwerth, 1985: 286.

583 Če se omejimo zgolj na področje (cestnega) prometa, postane kaj hitro jasno, da bi takšno naziranje povsem relativiziralo načelo zaupanja v prometu.

584 Roxin, 1997: 938. Avtor opozarja, da bi v sistemu individualizirane protipravnosti tisti, ki zaradi določene telesne ali duševne pomanjkljivosti ni kos vožnji avtomobila, pa se zavedajoč se te pomanjkljivosti usede za krmilo in povzroči prometno nesrečo (ki je glede na njegove

Kljub navedenim pomanjkljivostim pa Roxin meni, da je zgoraj predstavljeni, t.i. individualizirajoči teoriji (teoriji, ki bodisi podpovprečne bodisi nadpovprečne sposobnosti posameznika upošteva že na ravni protipravnosti) treba pritrčiti v delu, ki se nanaša na nadpovprečne sposobnosti.⁵⁸⁵ Njegova rešitev je torej kompromisna: če imamo opraviti s posameznikom s podpovprečnimi sposobnostmi, potem je protipravnost kaznivega dejanja iz malomarnosti treba razumeti tradicionalno objektivno (glede na povprečne sposobnosti), če pa imamo opraviti s posameznikom z nadpovprečnimi sposobnostmi, moramo od njega zahtevati več (in v tem smislu pojem protipravnosti individualizirati).

Na podlagi takšne, »delno fleksibilno pojmovane protipravnosti« je mogoče utemeljiti protipravnost ravnanja tistih posameznikov, ki niso aktivirali svojih izjemnih sposobnosti, po drugi strani pa se odpira nevarnost, da bi sodišča s sklicevanjem na obdolženčeve izjemne sposobnosti nanj naslavljala pretirane zahteve, zato je ta rešitev lahko vprašljiva z vidika pravne varnosti.

Kazensko pravo že na splošni ravni do neke mere upošteva različne usposobljenosti ljudi. Tako je vsebina objektivnega dolžnostnega ravnanja odvisna tudi od standardiziranih posebnih sposobnosti, ki so značilne za krog ljudi, ki mu pripada posameznik (specifična vsebina objektivnega dolžnostnega ravnanja npr. za zdravnike – specialiste, ali pa npr. za poklicne voznike)⁵⁸⁶. Res je seveda, da s tem ko izhajamo iz standardiziranih posebnih sposobnosti, celotnega razpona v dejanskosti možnih individualnih sposobnosti ne moremo ustrezno upoštevati. To pomeni, da za povprečnega in izjemnega kirurga veljajo enaka pravila dolžnostnega ravnanja in da izjemno sposobnega kirurga ne bo mogoče kaznovati, tudi če bo operiral kot povprečen kirurg in zaradi tega ne bo rešil življenja pacientu, čeprav bi mu ga lahko.

Seveda je pričakovati, da bodo sodišča tovrstno problematiko načenjale razmeroma redko, tudi zato, ker je povezana s precejšnjimi dokaznimi težavami. Ne glede na to, pa se kaže vprašati, ali je takšna rešitev sprejemljiva. Res je, da se bo v skladu s to rešitvijo posameznik, ki ne aktivira tistih svojih sposobnosti, ki presegajo standardizirane posebne sposobnosti kroga ljudi, kateremu pripada, izognil kazenski odgovornosti (ne pa nujno vsem drugim oblikam odgovornosti!). Vendar pa bi bila cena, ki bi jo bilo treba plačati za to, da bi doktrinarno koncizno vzpostavili kazensko odgovornost takšnega posameznika, v tem trenutku previsoka. *Zato menim, da je treba še naprej vztrajati pri tradicionalnem stališču, v skladu s katerim izpolnitev biti inkriminacije oziroma protipravnost ne moreta biti odvisni od individualnih, pravno nestandardiziranih sposobnosti posameznika.* Drugačna rešitev bi pomenila ukinitve trdne in jasne meje, kaj se od koga v dani situaciji zahteva, in bi lahko odprla vrata arbitrarnemu višanju zahtev, zlasti kadar bi imeli opraviti s posebej tragičnimi primeri, v zvezi s katerimi izkustvo uči, da je človeška narava pogosto nagnjena k temu, da želi za

sposobnosti neizogibna), ravnal v skladu s pravom, krivde prevzema (*Übernahmeverschulden*) pa ne bi bilo mogoče vzpostaviti.

585 Roxin, 1997: 938 – 940.

586 Prim. Jescheck, Weigend, 1996: 565.

vsako ceno poiskati »krivca«. Z vidika pravne varnosti je torej bolje odpovedati se možnosti kaznovanja tistih nadpovprečnih posameznikov, ki brez opravičila ravnajo »zgolj« po standardih, ki veljajo za krog ljudi, kateremu pripadajo, kot pa zrahljati meje protipravnosti na zgoraj opisani način.

4.4. Druge omejitve odgovornosti za malomarnost

Sodobna doktrina kazenskega prava poleg pravil o kršitvi dolžnostnega ravnanja postavlja tudi druge omejitve odgovornosti za malomarnost. Tako je nemška doktrina kljub načelni nenaklonjenosti priznati nadzakonski razlog izključevanja krivde oziroma opravičljivosti, ki ga imenuje »nemožnost zahtevati drugačno ravnanje« (*Unzumutbarkeit*), tega pripravljena priznati pri kaznivih dejanjih iz malomarnosti.

Zamisel o tem nadzakonskem razlogu opravičljivosti je tesno povezana z razvojem normativnega pojmovanja krivde. Posamezni avtorji, ki so to pojmovanje razvijali, so namreč pokazali, da so možni primeri, ko od storilca v določeni življenjski situaciji ni mogoče zahtevati, da bi ravnal drugače, hkrati pa njegovega ravnanja tudi ni mogoče uvrstiti pod beneficij zakonsko priznanih razlogov opravičljivosti. Vendar sta nemška kazenskopravna doktrina in sodna praksa zavrnila splošno priznanje takšnega nadzakonskega razloga opravičljivosti, saj naj bi tako izrazita individualizacija kazenskega prava lahko pripeljala do ošibitve ali celo popolnega onemogočenja kazenskega prava.⁵⁸⁷ Kljub temu pa danes ta razlog opravičljivosti priznavata v omejenem obsegu, zlasti v specifičnih situacijah, ki po svojem bistvu spominjajo na zadeve, v katerih bi bilo mogoče uporabiti institut opravičljive skrajne sile (na primer tako imenovane skupine v stiski, nekatere oblike kolizije dolžnosti, situacije izbire manjšega zla in v določenih primerih kazniva dejanja izvršena na podlagi odločitve vesti) ter pri opustitvenih kaznivih dejanjih in kaznivih dejanjih iz malomarnosti.

Izhodišče razvoja instituta »nemožnosti zahtevati drugačno ravnanje« je znamenita zadeva »kočijaža z neposlušnim konjem« (*Leinenfängerfall*), v kateri je kočijaž vpregel konja, čeprav je vedel, da je ta neposlušen, saj mu je sicer grozila izguba službe. Zaradi konjeve neposlušnosti je prišlo do nesreče, v kateri je bila ena oseba telesno poškodovana. Sodišče je presodilo, da zaradi stiske, v kateri se je znašel kočijaž (grožnja z izgubo službe), od njega ni bilo mogoče zahtevati, da bi nevarno vožnjo opustil, ter ga zato oprostilo.⁵⁸⁸ Danes, ko je delovnopravna zakonodaja razmeroma urejena in do takšnih stisk načeloma ne bi smelo več priti, je takšna zadeva do neke mere obsoletna, mogoče pa si je zamisliti druge primere, v katerih bi se porajalo smiselno enako vprašanje. Tako se v literaturi navaja primer moškega, ki ne odpelje pravi čas svojega otroka v bolnico zaradi pretresenosti, ker je v nesreči življenje

587 Prim. Eser, 1987: 60.

588 Za analizo vpliva, ki ga je imela ta zadeva na nadaljnji razvoj nemške kazenskopravne dogmatike, glej Achenbach, 1997: 631 – 636.

izgubila njegova žena. Nadalje so znani primeri iz prometa, ko ljudje zaradi nenadnega strahu zaradi nezakrivljene in nepričakovane situacije odreagirajo napačno. Posebna vprašanja odpirajo tudi primeri, ko nevarnost temelji zgolj na minimalni prekoračitvi predpisa (na primer neznatna prekoračitev dovoljene hitrosti v cestnem prometu).⁵⁸⁹ Tako se sodobna nemška doktrina v takšnih in podobnih primerih, izhajajoč iz prepričanja, da od posameznika ni mogoče zahtevati, da v stresnih situacijah vselej pravilno reagira in da vse življenje deluje natančno kot stroj, zavzema za rešitev, po kateri je storilčevo ravnanje treba šteti za opravičeno.

Vprašanje, ki se zastavi, je, ali kaže tudi v slovensko kazensko pravo uvajati koncept »nemožnosti pričakovati drugačno ravnanje« kot razlog opravičljivosti pri kaznivih dejanjih iz malomarnosti.

Glede na to, da ima struktura krivde v našem kazenskem pravu jasno normativno komponento, si je na načelni ravni takšen razlog opravičljivosti tudi v našem sistemu mogoče zamisliti. Kljub temu pa uvoz te rešitve najbrž ni nujno potreben, saj je do smiselno enakih rezultatov (oprostitve storilcev kaznivih dejanj iz malomarnosti, pri katerih zaradi posebnih spremljevalnih okoliščin ni podlage za očitke storilcu) mogoče priti z ustrezno široko razlago pravil o storilčevi subjektivni nezmožnosti izpolniti dolžnostno ravnanje. V zvezi s tem velja opozoriti, da tudi del nemške doktrine meni, da pri »nemožnosti zahtevati drugačno ravnanje« v zvezi s kaznivimi dejanji iz malomarnosti pravzaprav ne gre za priznanje nadzakonskega razloga opravičljivosti, temveč zgolj za omejitev zahtev subjektivnega dolžnostnega ravnanja.⁵⁹⁰

Pričujoči prikaz instituta »nemožnosti zahtevati drugačno ravnanje« torej ni predlog za uvoz novega instituta, temveč zgolj vzpodbuda slovenski sodni praksi, da v okviru presoje malomarne krivde skrbno preuči tudi vprašanje, ali je bilo glede na okoliščine situacije od storilca človeško mogoče pričakovati, da bi ravnal drugače, kot je. Če je odgovor na to vprašanje negativen, naj se s smiselno uporabo že uveljavljenega kazenskopravnega instrumentarija (konkretno: z zožitvijo zahtev subjektivnega dolžnostnega ravnanja) krivdnemu očitku odpove.

4.5. Sklep

Malomarnost od nekdanj velja za »kamen spotike« (Singer) v kazenskem pravu, nevalglačno točko, kjer se odpira potencialna nevarnost, da bo posameznik obsojen že zgolj zato, ker je povzročil določeno prepovedano posledico. To še zlasti velja za nezavestno malomarnost, pravni standard, ki ga je v primeru, da ostane vsebinsko nekonkretiziran, mogoče ponazoriti z žugajočim prstom sodnika, ki nad obdolžencem rohni z besedami: »Mogel in moral bi vedeti!«

589 Primeri povzeti po Roxin, 1997: 961. Glej tudi številne primere v Jescheck, Weigend: 597.

590 Jescheck, Weigend, 1996: 597.

Da bi se takšni nevzdržni pravni negotovosti in poljubnosti pri utemeljevanju krivdnega očitka izognili, je bilo nujno izdelati nadrobnejša doktrinarna merila, ki naj utemeljijo, pod katerimi pogoji je posamezniku mogoče pripisati malomarno krivdo. Ta merila imenujemo merila kršitve dolžnostnega ravnanja. Kot je bilo pokazano, je kršitev dolžnostnega ravnanja večplasten pravni standard, ki načelno delno sodi v protipravnost (kršitev objektivnega dolžnostnega ravnanja), delno pa v krivdo (kršitev subjektivnega dolžnostnega ravnanja). Vendarle pa je z vidika slovenskega kazenskega prava sporno, ali je takšni diferenciaciji mogoče slediti, saj je v slovenskem KZ malomarnost izrecno opredeljena izključno kot sestavni del krivde. V hrvaški doktrini, kjer se srečujejo z enakim problemom, se Novoselec⁵⁹¹ opredeli za to, da je treba strogo slediti zakonski rešitvi in malomarnost v celoti presojati v okviru krivde, obenem pa opozarja, da je mogoče (pravzaprav nujno) tudi v tem primeru razlikovati med kršitvijo objektivnega in subjektivnega dolžnostnega ravnanja.⁵⁹² S tem je sicer v krivdo vpeljana tudi objektivno merilo, ki bi načelno sodilo v protipravnost, vendar pa je v celoti ohranjena z zakonom predvidena struktura kaznivega dejanja iz malomarnosti.

V primeru, da se sprijaznimo s takšno rešitvijo, je treba po tukaj zastopanem stališču vztrajati pri vseh zgoraj predstavljenih omejitvah odgovornosti za malomarnost.⁵⁹³ Še zlasti je treba vztrajati pri tem, da meje zahtev objektivnega dolžnostnega ravnanja, kljub temu da tudi to presojamo šele v okviru krivde, ostanejo objektivne in trdne, torej veljajo enako za vse iz kroga naslovnikov (npr. za vse kirurge, za vse šoferje, za vse lovce ipd.) in jih ni mogoče višati na podlagi sklicevanja na posameznikove nadpovprečne sposobnosti. Če se izkaže, da je storilec pravila takšnega, strogo objektivno opredeljenega dolžnostnega ravnanja prekršil, to za krivdo seveda ne zadostuje, temveč mora sodišče raziskati, ali bi konkretni storilec v danih okoliščinah in glede na svoje osebne lastnosti zmogel izpolniti zahteve objektivnega dolžnostnega ravnanja. Pri presoji slednjega vprašanja načelno ni ovir za to, da bi tudi pri nas upoštevali dodatne omejitve odgovornosti, ki jih nemška doktrina obravnava pod skupno označbo »nemožnost zahtevati drugačno ravnanje«.

591 Novoselec, 2004: 239.

592 Načelno primerljiva je Bavconova rešitev v Bavcon, Šelih, [...], 2003: 302 – 303.

593 Enako Novoselec, 2004: 239.

VI. SKLEPNO

Strukturo kaznivega dejanja si je mogoče predstavljati kot sklop vprašanj, na katera je treba odgovoriti po točno določenem vrstnem redu. Na nekatera izmed teh vprašanj je mogoče odgovoriti na ravni tega, kar je: ali je storilec premaknil prst, s katerim je oklepal sprožilec pištole, ali je bil izstreljeni projektil vzrok žrtvine poškodbe, ali je storilec vedel, da strelja na človeka ipd. Ta vprašanja bi pogojno lahko imenovali empirične oziroma deskriptivne prvine kaznivega dejanja.

Na drugo skupino vprašanj znotraj strukture kaznivega dejanja lahko odgovorimo šele ob predpostavki določenih norm, ki so podlaga naši presoji, na primer ali je komplikacije pri zdravljenju žrtve v vrednostnem smislu mogoče šteti za delo storilca, ki je žrtev s strelom poškodoval, in ali bi bil ta storilec mogel in moral vedeti, da strelja na človeka. Ta vprašanja bi lahko imenovali normativne prvine kaznivega dejanja.

V resnici razmejitev teh dveh skupin ni tako preprosta in neproblematična. Tako v primeru vprašanj iz prve skupine, sklepov ne utemeljujemo »zgolj na dejstvih«, kajti podlaga omenjenim sklepom seveda ne morejo biti poljubna dejstva, temveč potrebujemo skrbno selekcionirana, tj. »pravno relevantna dejstva«. Status »pravne relevantnosti« pa podeljujejo – norme. *Mutatis mutandis* pa se morajo v primeru vprašanj iz druge skupine naši normativni sklepi navezati na *nekaj, kar obstaja*. Vsaka normativna izjava mora namreč imeti svoj empirični substrat, da je lahko sploh smiselna.

Vprašanje, ali določeno prvino kaznivega dejanja označiti kot empirično ali normativno, torej ni vprašanje izključnosti, temveč je vselej vprašanje pretežnosti. Enako velja za razglašanje določene kazenskopravne dogmatike bodisi za naturalistično bodisi za normativistično.

V svoji raziskavi sem obravnaval značilna mesta v zgradbi kaznivega dejanja, ki so pretežno normativno strukturirana. Skozi soočanje različnih doktrinarnih mnenj in stališč sem iskal najsprejemljivejše rešitve za slovensko kazensko pravo na tem področju. Vsekakor bi zvenelo bolj prepričljivo, če bi namesto o »najbolj sprejemljivih rešitvah« govoril o »pravilnih rešitvah«, vendar bi bilo to dokaj kratkovidno: naj se zdi še tako bridko, prav je treba dati Jeschecku, ko nekje med razpravljanjem o splošnem pojmu kaznivega dejanja ugotovi: »Ga ni nauka o kaznivem dejanju, ki bi lahko bil več kot minljiv osnutek.«⁵⁹⁴

594 Jescheck, Weigend, 1996: 216 – 217.

Bralcu bržkone ni bilo težko prepoznati rdeče niti, ki me je vodila pri krmarjenju med posameznimi doktrinarnimi rešitvami. To je bila garantistična naravnost: po tukaj zastopanem stališču je treba tudi danes (morda celo še bolj kot kdajkoli prej) vztrajati pri von Lisztovem idealu o kazenskem pravu kot Magni Charti Libertatum obdolženca. S tem seveda ne želim reči, da je treba ostati vezan tudi na sredstva, ki jih je von Liszt izbral za uresničevanje tega ideala, tj. na dogmatiko, ki se omejuje predvsem na ugotavljanje dejstev in formalno-logične sklepe. Nasprotno, normativne prvine v splošnem pojmu kaznivega dejanja lahko, če so le ustrezno dodelane in omejene, ožijo cono kaznivosti in posamezniku nudijo večje varstvo pred kazenskopravnimi posegi kot pretežno empiristično naravnani splošni pojem kaznivega dejanja. To je zelo lepo razvidno na primer pri konceptu objektivne pripisljivosti, ki oži rezultate, pridobljene na podlagi naravoslovno pojmovane vzročnosti, nadalje pri konceptu socialne sprejemljivosti ter pri konceptu bagatelnega delikta (ki ga pri nas imenujemo institut majhnega pomena dejanja), pa tudi pri normativnem pojmovanju krivde, kadar zanikamo krivdo, čeprav bi bila ta v psihološkem smislu podana. Za vse našete primere je značilno, da na podlagi vrednostnih preudarkov zožimo cono kaznivosti, ki bi jo ustvaril vrednostno nevtralno strukturirani splošni pojem kaznivega dejanja.

Da normativne prvine v kaznivem dejanju ne bi mogle neutemeljeno širiti cone kaznivosti, je nujno, da so vezane na trdna in jasna merila in da ne izgubijo stika s svojimi empiričnimi podlagami. Vrednostne sodbe, ki nimajo opore v dejstvih, so lahko zlorabljene kot instrument, s katerim je posamezniku mogoče pripisati karkoli.

Stik med vrednotenjem in njegovo empirično podlago je torej nujen, vendarle pa je lahko včasih bolj včasih manj neposreden. Zelo neposreden je na primer pri presoji objektivne pripisljivosti, pri kateri gre za oceno, ali je naravoslovno pojmovano vzročno zvezo (empirični substrat) mogoče šteti za pomembno tudi v pravnem in vrednostnem smislu (vrednotenje). Včasih pa je ta stik razmeroma oddaljen in ohlapen. Tako na primer storitvenega kaznivega dejanja iz nezavestne malomarnosti ne zaznamuje nikakršna »psihična vez med storilcem in posledico«, zato je lahko edina empirična podlaga za presojno storilčeve krivde to, da je storilec z svojim voljnim ravnanjem povzročil določeno spremembo v zunanjem svetu (kateri v pravu pripnemo oznako »prepovedana posledica«). Toda ta empirična ugotovitev sodi že v sklop ravnanja in izpolnjenosti biti inkriminacije, tako da ostane presoja krivde omejena le na bolj ali manj normativen diskurz⁵⁹⁵ o kršitvi dolžnostnega ravnanja. Nemara še bolj zgovoren primer za to, kako je v kazenskem pravu vez med vrednotenjem in empirično podlago včasih šibka, pa so opustitvena kazniva dejanja iz nezavestne malomarnosti. Pri teh nimamo ne z impulzom volje zaznamovanega ravnanja (kaj šele »finalno krmiljenega« ravnanja!), ne naravne vzročne zveze med pasivnostjo in posledico, ne storilčevega specifičnega psihičnega odnosa do dejanja in posledice, tako da nam kot empirični

595 Bolj ali manj normativen pravim zato, ker spada v presojno kršitve subjektivnega dolžnostnega ravnanja tudi ugotavljanje sposobnosti konkretnega storilca, kar je načelno empirična ugotovitev.

temelj pripisa odgovornosti posamezniku preostane le še sprememba, ki se je zgodila v zunanjem svetu, vse ostalo pa je bolj ali manj vprašanje normativne presoje⁵⁹⁶.

V takšnih primerih, ko se vrednotenje veže na oddaljeno in razmeroma splošno empirično podlago, je pravna varnost potencialno najbolj ogrožena. Še zlasti, če je prišlo do tragične posledice, ki vzbuja pretresenost, v javnosti pa včasih tudi zgražanje in revolt, je sodišče lahko soočeno s skušnjava, da za vsako ceno poišče »krivca«, tj., da na obdolženca naslovi nesorazmerno velike zahteve, kaj vse bi bil dolžan narediti, da do posledice ne bi prišlo, ali pa da preceni, kaj bi bil v dani situaciji sposoben narediti. Zato je v teh primerih še posebej pomembno, da sodišče sledi jasno in nadrobno dodelanim merilom vrednostne presoje.

S tem ko sem posebej izpostavil primere, v katerih se na razmeroma skromno empirično zaledje navežejo številna vrednotenja, zaradi česar obstaja povečana nevarnost neupravičenega pripisa odgovornosti, ne želim ustvariti vtisa, da je sicer vrednostna presoja lahko bolj poljubna. Tudi kadar imamo opraviti z vrednostnimi prvinami v splošnem pojmu kaznivega dejanja, ki so naravnane predvsem v prid storilca (npr. koncept socialne sprejemljivosti, institut bagatelnega delikta), je vezanost na trdna in dodelana merila presoje ključna: le tako je mogoče slediti idealom racionalnosti, enakopravnosti, predvidljivosti, naknadne preverljivosti in nenazadnje tudi pravičnosti pravosodnih odločitev. V knjigi, ki s temi vrsticami prihaja h koncu, sem skušal poiskati nekaj doktrinarnih opornih točk, ki bi lahko bile v pomoč pri uresničevanju zgoraj naštetih idealov.

Kot vsako delo s področja kazenskopravne dogmatike, tudi pričujoče pušča številna vprašanja nedogovorjena. S tem ne mislim na samo po sebi umevno lastnost doktrinarnih del, da nikdar ne morejo obdelati prav vsakega vprašanja ali dileme, ki bi se utegnila odpreti, temveč na neki veliko bolj specifičen vtis nepopolnosti, ki ga za seboj puščajo dela s področja kazenskopravne dogmatike. Ta namreč pogosto ustvarjajo vtis, da temeljne predpostavke družbene ureditve niso problematične, kot tudi da je način družbenega reagiranja na pojav, ki mu pravimo kriminaliteta, načeloma pravilen, dogovoriti pa se je treba le še o nekaj »doktrinarno zanimivih vprašanjih«, na primer glede razmejitev neprimerne poskusa in putativnega delikta. V tem smislu se je tudi pričujoče delo, ko se je omejilo na zgradbo kaznivega dejanja, znotraj nje pa na normativne prvine, lotilo obravnavanja družbenega odzivanja na kriminaliteto pravzaprav nekje na vrhu piramide, medtem ko njegovih najbolj temeljnih predpostavk ni postavilo pod vprašaj. Ostalo je torej v okvirih bolj ali manj konvencionalnega razumevanja kazenskega prava in njegove vloge v družbi. Vendarle pa upam, da mu je vsaj znotraj teh okvirov uspelo zagovarjati rešitve, ki omejujejo kazenskopravno represijo, utrjujejo pogled na kazensko pravo kot skrajno sredstvo socialne politike in lahko pripomorejo k varovanju posameznika pred neutemeljenimi posegi kazenskopravnega pravosodja.

596 Povedano že spet velja z omejitvijo, da so del te presoje tudi empirične ugotovitve o storilčevih sposobnostih in zmožnostih.

VII. LITERATURA

V seznamu literature so naslovi nekaterih periodičnih publikacij okrajšani. Uporabljene so naslednje kratice:

GA	–	Goldammer's Archiv für Strafrecht
HLJKPP	–	Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu
JRKKP	–	Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo
Jura	–	Juristische Ausbildung
JuS	–	Juristische Schulung
JZ	–	Juristenzeitung
NZ	–	Naša zakonitost
PP	–	Pravna praksa
RKK	–	Revija za kriminalistiko in kriminologijo
StV	–	Strafverteidiger
ZPFZ	–	Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu
ZStW	–	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZZR	–	Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani

Veliki sistemski komentarji nemškega KZ so citirani na naslednji način:

<i>Leipziger Kommentar</i>	–	LK-priimek soavtorja, št. paragrafa, robna št.
<i>Schönke, Schröder Kommentar</i>	–	S/S-priimek soavtorja, št. paragrafa, robna št.
<i>Systematischer Kommentar</i>	–	SK-priimek soavtorja, št. paragrafa, robna št.

1. *Achenbach H.: Fahrlässigkeit, Schuld, und Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens – Das Leinenfängerfall-Urteil (RGSt. 30, 25). Jura 1997 (12): 631 – 637.*
2. *Ancel M.: Društvena odbrana. Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, 1991.*
3. *Arzt G.: The Problem of Mistake of Law; v Eser A., Fletcher G.P. (ur.): Rechtfertigung und Entschuldigung – Rechtsvergleichende Perspektiven, Vol. 2 (s. 1025 – 1054). Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1988.*
4. *Asada K.: Strafwürdigkeit als strafrechtliche Systemkategorie. ZStW 1985: 465 – 479.*
5. *Ayer A.J.: Freedom and Morality and Other Essays. Oxford: Clarendon Press, 1984.*
6. *Ayer A.J.: Language, Truth and Logic. London: Penguin Books, 2001.*
7. *Bačić F.: Krivično pravo – Opći dio. Zagreb: Informator, 1995.*
8. *Bačić F.: Krivično pravo – Opći dio. Zagreb: Informator, 1998.*
9. *Bačić F.: Krivično pravo – Opći dio. Zagreb: Informator, 1978.*
10. *Bačić F.: Krivično pravo – Opći dio. Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu, 1986.*
11. *Baumann J., U. Weber, W. Mitsch: Strafrecht – Allgemeiner Teil. Bielefeld: Verlag E. und W. Giesecking, 1995.*
12. *Baumann J.: Hat oder hatte der Handlungsbegriff eine Funktion?; v Dornseifer G. et al. (ur.): Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann (s. 181 – 188). Köln: Carl Heymanns Verlag, 1989.*
13. *Bavcon L.: K vprašanju o pravni zmoti. PP 2005 (8): I – VIII.*
14. *Bavcon L.: Kaznovalnopravno varstvo varnosti cestnega prometa. Pravnik 1982 (7-9): 231 – 255.*
15. *Bavcon L.: Kriminalna politika in njene tendence v socialistični družbi. Ljubljana: Cankarjeva založba, 1958.*
16. *Bavcon L.: Kritičen pogled na neprištevnost v kazenskem pravu. ZZR 1970: 37 – 60.*
17. *Bavcon L.: Malomarnost kot krivdna oblika v sodobnem kazenskem pravu. Pravnik 1963 (7-8): 302 – 319.*
18. *Bavcon L.: Malomarnostna kazniva dejanja v cestnem prometu: koncept, struktura in problemi. Izobraževanje in usposabljenje v javni upravi 1995 (1): 7 – 17.*

19. *Bavcon L.: Malomarnostna kazniva dejanja. ZZR 1980: 297 – 316.*
20. *Bavcon L.: Neki teoretski problemi krivične odgovornosti. JRKKP 1965 (3): 305 – 330.*
21. *Bavcon L.: O problemu kazenske odgovornosti. RKK 1959 (2): 24 – 31.*
22. *Bavcon L.: Položaj duševno abnormnih storilcev kaznivih dejanj v francoskem in belgijskem kazensko-pravnem sistemu. ZZR 1972: 4 – 25.*
23. *Bavcon L.: O zamislih za kazenskopravno reagiranje zoper nedisciplino v cestnem prometu; v Zbornik X. dnevi javnega prava (s. 293 - 302). Ljubljana: Inštitut za javno upravo, 2004.*
24. *Bavcon L.: Seminar o obravnavanju bagatelne kriminalitete. Pravosodni bilten 2/2001.*
25. *Bavcon L.: Temeljna načela, kaznivo dejanje in krivda v osnutku kazenskega zakona Republike Slovenije. Podjetje in delo 1993 (5-6): 387 – 392*
26. *Bavcon L., Šelih A., Filipčič K., Jakulin V., Korošec D.: Kazensko pravo – splošni del. Ljubljana: ČZ Uradni list Republike Slovenije, 2003.*
27. *Bavcon L., Šelih A.: Kazensko pravo – splošni del. Ljubljana: ČZ Uradni list Republike Slovenije, 1996.*
28. *Bavcon L., Šelih A.: Kazensko pravo – splošni del. Ljubljana: ČZ Uradni list SR Slovenije, 1987.*
29. *Bavcon L., Šelih A.: Kazensko pravo – splošni del. Ljubljana: ČZ Uradni list SR Slovenije, 1978.*
30. *Bavcon L., Skaberne B., Vodopivec K.: Kriminaliteta v socialistični družbi: odgovor na Lekschasovo kritiko naših stališč. RKK 1968 (3): 101 – 109.*
31. *Bavcon L. et al.: Uveljavljanje novih institutov kazenskega materialnega in procesnega prava. Ljubljana: Uradni list RS, 2000.*
32. *Bavcon L. et al.: Kazenski zakonik Republike Slovenije z uvodnimi pojasnili Ljuba Bavcona ... (et al.) in stvarnim kazalom Vida Jakulina. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 1994.*
33. *Bavcon L. et al.: Kazenskopravno varstvo države in njene družbene ureditve. Politični delikti. Zagreb: Globus, 1987.*
34. *Bavcon L. et al.: Ugotavljanje kazenske odgovornosti. Ljubljana: ČZ Uradni list SRS, 1980.*
35. *Beccaria C.: O zločinih in kaznih. Ljubljana: Pravna fakulteta in Cankarjeva založba, 2002.*
36. *Bele I.: Kazenski zakonik s komentarjem – splošni del. Ljubljana: GV založba, 2001.*

37. *Beling E.: Die Lehre vom Verbrechen. Aalen: Scientia Verlag, 1964 (ponatis izdaje iz 1906).*
38. *Beyleveld D., Brownsword R.: Law as a Moral Judgment. London: Sweet & Maxwell 1986.*
39. *Bošnjak M.: Razvoj sodobne biomedicine in kazensko pravo. Ljubljana: Cankarjeva založba, 2004.*
40. *Bradač F.: Latinsko-slovenski slovar. Ljubljana: DZS, 1990.*
41. *Burgstaller M.: Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Wien: Manz, 1974.*
42. *Busch R.: Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum; v Engisch K., Maurach R.: Festschrift für Edmund Mezger (s. 165 – 181).*
43. *Card R.: Criminal Law. London: Butterworths, 1995.*
44. *Čejović B.: Krivično pravo – opšti deo. Beograd: Izdavačka radna organizacija "Privredna štampa", 1979.*
45. *Comes H.: Der rechtsfreie Raum. Zur Frage der normativen Grenzen des Rechts. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.*
46. *Cotič D.: Simpozijum o krivičnoj odgovornosti. JRKKP 1965 (3): 401 – 407.*
47. *Creifelds C. et al.: Rechtswörterbuch. München: C.H. Beck 1994.*
48. *Damaška M.: Problem razgraničenja stvarne in pravne zablude. NZ 1965 (19), str. 9-31.*
49. *Damaška M.: Ignorantia iuris prodest. ZPFZ 1965 (1-4):141 – 171. Citirano kot: Damaška 1965 a).*
50. *Deisinger M.: Kazenski zakonik s komentarjem – posebni del. Ljubljana: GV Založba, 2002.*
51. *Dežman Z.: Sprememba v strukturi krivde in pojem pravne zmote. Pravniki 1996 (4-5): 169 – 184.*
52. *Dežman Z.: Kazenskopravno varstvo cestnega prometa in temeljne predpostavke kaznivosti. Doktorska disertacija, 1996. Citirano kot: Dežman, 1996 a).*
53. *Dias J.F.: Resultate und Probleme beim Aufbau eines funktionalen und zweckrationalen Strafrechtssystem; v Schünemann B., Dias J.F. (ur.): Bausteine des europäischen Strafrechts (s. 357 – 366). Köln.: Carl Heymanns Verlag KG, 1995.*
54. *Dolenc M., Maklecov A.: Sistem celokupnega kazenskega prava kraljevine Jugoslavije. Ljubljana: Tiskovna zadruga, 1934.*
55. *Engisch K.: Die Einheit der Rechtsordnung. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1987.*

56. *Engisch K.: Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1931.*
57. *Engisch K.: Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht; v Engisch K., Maurach R.: Festschrift für Edmund Mezger (s. 127 – 163). München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1954.*
58. *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen. Köln-Berlin: Carl Heymanns Verlag, od 1951 dalje.*
59. *Eser A.: Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime; v Eser A., Fletcher G.P. (ur.): Rechtfertigung und Entschuldigung – Rechtsvergleichende Perspektiven, Vol. 1 (s. 17 – 65). Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1987.*
60. *Eser A.: Absehen von Strafe – Schuldspruch unter Strafverzicht; v Schroeder F.-C., Zipf H. (ur.): Festschrift für Reinhart Maurach (s. 257 – 273). Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, 1972.*
61. *Fabjančič M.: Kriteriji za oceno neznatne družbene nevarnosti po členu 8/II KZ SFRJ. Pravnik 1986 (1-2): 33 – 54.*
62. *Fabjančič M.: Teoretični temelji neznatne družbene nevarnosti in prikaz tujih zakonodaj. Pravnik 1985 (8-10): 349 – 365.*
63. *Fabjančič M.: Zmota o pojmu materialne protipravnosti. Pravnik 1987 (11-12): 586 – 593.*
64. *Ferlinc A.: O namenoma izzvani zmoti v kazenskem pravu. Pravnik 1991 (6-8): 255 – 265.*
65. *Ferlinc A.: O protipravnosti v kazenskem zakoniku Republike Slovenije. Pravnik 1998 (9-10): 519 – 540.*
66. *Ferlinc A.: Protipravnost kot element kaznivih dejanj s področja gospodarske kriminalitete. Pravnik 1987 (3-4): 161 – 168.*
67. *Ferlinc A.: Protipravnost v razmerju do določenosti kaznivega dejanja v zakonu. Pravnik 1989 (3-4): 127 – 136.*
68. *Fišer Z.: Objektivni pogoj kaznivosti. Doktorska disertacija, 1995.*
69. *Fletcher G.P.: Rethinking Criminal Law. Oxford: 2000.*
70. *Foucault M.: Nadzorovanje in kaznovanje. Ljubljana: Delavska enotnost, 1984.*
71. *Frank R.: Über den Aufbau des Schuldbegriffs. Giessen: Alfred Töpelmann, 1907.*
72. *Frank S.: Teorija kaznenog prava po krivičnom zakoniku od godine 1951. Zagreb: Školska knjiga, 1955.*
73. *Freudenthal B.: Schuld und Vorwurf. Tübingen: F.C.B. Mohr, 1922.*

74. *Frey E.R.: Schuld, Verantwortung, Strafe. Zürich: Schulthess & Coag, 1964.*
75. *Fukuda T.: Bedeutungskennntnis und Vorsatz; v Weigend T., Küpper G.: Festschrift für Hans Joachim Hirsch (str. 175 – 182). Berlin: Walter de Gruyter, 1999.*
76. *Furlan B.: Problem pravne kaznalnosti. ZZR 1937-38: 85 – 228.*
77. *Gallas W.: Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen. ZStW 1955: 1 – 47.*
78. *Goldschmidt J.: Der Notstand, ein Schuldproblem. Wien: Manz, 1913.*
79. *Göppinger H. (ur.): Handbuch der forensischen Psychiatrie. Berlin-Heidelberg: Springer: 1972.*
80. *Grozđanić V.: Svijest o protupravnosti kao element krivnje. ZPFZ 2002 (3-4): 575-587.*
81. *Günther H.-L.: Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1983.*
82. *Han J.: Normative Tatbestandsmerkmale und umgekehrter Irrtum: eine normative und sprachphilosophische Analyse. Doktorska disertacija (Friedrich-Wilhelms Universität Bonn), 1993.*
83. *Hart H.L.A.: The Concept of Law. Oxford: Claredon Press, 1994.*
84. *Hassemer W.: Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik. Reinbek: Rowohlt, 1974.*
85. *Hassemer W.: Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht. Thesen und Kommentare; v Eser A., Fletcher G.P. (ur.): Rechtfertigung und Entschuldigung – Rechtsvergleichende Perspektiven, Vol. 1 (s. 175 – 227). Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1987.*
86. *Hippel v. E.: Zur Ontologie des Rechts; v Kaufmann Arth. (ur.): Die ontologische Begründung des Rechts. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965.*
87. *Hirsch H.J.: Soziale Adäquanz und Unrechtslehre. ZStW 1962: 78 – 135.*
88. *Hofmann F.: Die normativen Elemente des besonderen und allgemeinen Tatbestands im Strafrecht. Breslau: Schletter'sche Buchhandlung 1930.*
89. *Horn H.R.: Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit. Berlin: Duncker & Humblot, 1962.*
90. *Horvatić Ž., P. Novoselec: Kazneno pravo – opći dio. Zagreb: Ministarstvo unutarnjih poslova – Policijska akademija, 2001.*
91. *Jähnke B., Laufhütte H.-W., Odersky W. (ur.): StGB Leipziger Kommentar. Berlin: Walter de Gruyter, 1994. Citirano kot: LK-priimek soavtorja, št. paragrafa, robna št.*

92. *Jakobs G.: Der strafrechtliche Handlungsbegriff. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992.*
93. *Jakobs G.: Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1996.*
94. *Jakobs G.: Strafrecht – Allgemeiner Teil – Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Berlin: De Gruyter Verlag, 1993.*
95. *Jakulin V.: Pravna zmota. ZZR 2000 (1): 119 – 131.*
96. *Jescheck H.-H., Weigend T.: Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.*
97. *Jescheck H.-H.: Wege und Irrwege in der Strafrechtswissenschaft; v Vogler T. (ur.): Hans Heinrich Jescheck – Beiträge zum Strafrecht 1980 – 1998 (s. 641 – 654). Berlin: Duncker & Humblot, 1998.*
98. *Jovanović L.: Krivično pravo – opšti deo. Beograd: Savremena administracija, 1980.*
99. *Kanduč Z.: Kriminologija. (Stran)poti vede o (stran)poteh. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, 1999.*
100. *Kanduč Z.: Onkraj zločina in kazni. Ljubljana: Študentska založba, 2003.*
101. *Kanduč, Z.: Žrtve, viktimizacije in viktimološke perspektive v optiki tranzicije iz moderne v po(zno)moderno družbo; v Kanduč, Z. (ur.): Žrtve, viktimizacije in viktimološke perspektive (s. 125 – 245). Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri pravni fakulteti, 2002.*
102. *Kant I.: Metafizika morala. Sremski Karlovci: Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, 1993.*
103. *Karakaš A.: Bagatelno (kaznivo) dejanje – de minimis lex non curat? Magistrska naloga, 1999.*
104. *Karakaš A.: De minimis lex non curat – Vprašanje ustreznosti materialno-kazenskopravnega obravnavanja bagatelne kriminalitete po 14. členu KZ RS. Pravniki 2001 (1-3): 47 – 69.*
105. *Karsten W.: Strafbarkeit leicht fahrlässigen Verhaltens? Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999.*
106. *Kaufmann Arm.: „Objektive Zurechnung“ beim Vorsatzdelikt?; v Vogler T. et al. (ur.): Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag (s. 251 – 271). Berlin: Duncker & Humblot, 1985.*
107. *Kaufmann Arm.: Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1982.*

108. Kaufmann Arth.: *Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht*; v Bockelmann P., Gallas W. (ur.): *Festschrift für Eberhard Schmidt* (s. 200 – 231). Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1961.
109. Kaufmann Arth.: *Das Schuldprinzip – Eine strafrechtlich-rechtphilosophische Untersuchung*. Heidelberg: Winter, 1961. Citirano kot: Arth. Kaufmann, 1961 a).
110. Kaufmann Arth.: *Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie*; v Vogler T. et al. (ur.): *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag* (s. 273 – 283). Berlin: Duncker & Humblot, 1985.
111. Kaufmann Arth.: *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts*. Aalen: Scientia Verlag Aalen, 1985. Citirano kot: Arth. Kaufmann, 1985 a).
112. Kaufmann Arth.: *Die ontologische Struktur der Handlung – Skizze einer personalen Handlungslehre*; v Naucke W. et al. (ur.): *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft – Festschrift für Helmuth Mayer*. Berlin: Duncker & Humblot, 1966.
113. Kaufmann Arth.: *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung*; v Schroeder F.-C., Zipf H. (ur.): *Festschrift für Reinhart Maurach* (s. 327 – 345). Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, 1972.
114. Kaufmann Arth.: *Strafloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmäßig oder was?* JZ 1992 (20): 981 – 985.
115. Kaufmann Arth.: *Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht*. Jura 1986 (8): 225-233.
116. Kaufmann Arth.: *Uvod v filozofijo prava*. Ljubljana: Cankarjeva založba, 1994.
117. Kelina S.G.: *Umstände, die die Strafbarkeit einer Tat ausschließen. Vergleichende Analyse der sowjetischen und der westdeutschen Konzeption*; v Eser A., Fletcher G.P. (ur.): *Rechtfertigung und Entschuldigung – Rechtsvergleichende Perspektiven, Vol. 1* (s. 453 – 490). Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1987.
118. Kienappfel D.: *Strafrecht – Allgemeiner Teil. Eine systematische Darstellung des österreichischen Strafrechts*. Wien: Manz, 1991.
119. Kindhäuser U.: *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000.
120. Kobe P.: *Kazenska odgovornost, krivda in neprištevnost v Kazenskem pravu Nemške Demokratične Republike*. RKK 1969 (3): 138 – 157.
121. Koriath H.: *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

122. Körner H.-H.: *Gutachten zur Zulässigkeit von Gesundheitsräumen für den hygienischen und stressfreien Konsum von Betäubungsmitteln durch Opiatabhängige*. StV 94 (12): 683 – 686.
123. Korošec D.: *Vidnejše posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj*. ZZR 2000 (1): 179 – 198.
124. Korošec D.: *Medicinsko kazensko pravo*. Ljubljana: Pravna fakulteta in Cankarjeva založba, 2004.
125. Korošec D.: *Privolitev oškodovanca in splošni pojem kaznivega dejanja*. ZZR 1999: 163 – 186.
126. Korošec D.: *Privolitev oškodovanca v kazenskem pravu (primerjava dveh kazenskopravnih sistemov)*. Doktorska disertacija, 1997.
127. Korošec D.: *Ravnanje po pravno zavezujočem navodilu nadrejenega – izključenost protipravnosti ali krivde?* ZZR 1994: 215 – 231.
128. Korošec D.: *Sila in grožnja – razlikovanje izključenosti protipravnosti od izključenosti krivde*. Pravniki 1994 (1-3): 73 – 81. Citirano kot: Korošec 1994 a).
129. Korošec D.: *Splošni pojem kaznivega dejanja po Kazenskem zakoniku Republike Slovenije*. ZZR 1995: 187 – 200.
130. Korošec D., Ambrož M., Bavcon L., Filipčič K.: *Majhen pomen dejanja kot institut materialnega kazenskega prava*. Ljubljana: Uradni list RS, 2004.
131. Kos J.: *Oris filozofije*. Ljubljana: Cankarjeva založba, 1970.
132. Kranjc J.: *Latinski pravni reki*. Ljubljana: Cankarjeva založba, 1998.
133. Krey V.: *Deutsches Strafrecht – Allgemeiner Teil II*. Stuttgart: Kohlhammer, 2002.
134. Krümpelmann J.: *Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten*; v Vogler T. et al. (ur.): *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag* (s. 313 – 335). Berlin: Duncker & Humblot, 1985.
135. Kühl K.: *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. München: Verlag F. Vahlen, 1994.
136. Kuhlen L.: *Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung*. JZ 1994 (23): 1142 – 1147.
137. Kunzmann P., Burkard F.-P., Wiedmann F.: *DTV Atlas filozofije*. Ljubljana: DZS, 1997.
138. Kurz R.: (2000). *Svet kot volja in dizajn*. Ljubljana: Krtina, 2000.
139. Lampe E.-J.: *Die Kausalität und ihre strafrechtliche Funktion*; v Dornseifer G. et al. (ur.): *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann* (s. 189 – 212). Köln: Carl Heymanns Verlag, 1989.

140. Laszlo E., Wilbour J.B. (ur.): *Value Theory in Philosophy and Social Science*. New York: Gordon and Breach Science Publishers, 1973.
141. Lazarević L.: *Krivično pravo – opšti deo*. Beograd: Savremena administracija, 2000.
142. Lekschas J., Seidel D., Dettenborn H.: *Studien zur Schuld*. Berlin: Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik, 1975.
143. Liszt F.v., Schmidt E.: *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*. Berlin: de Gruyter, 1932.
144. Liszt F.v.: *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*. Berlin: de Gruyter, 1919.
145. Liszt F.v.: *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*. Berlin: de Gruyter, 1891.
146. Liszt F.v.: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Berlin: J. Guttentag, 1911.
147. Liszt F.v.: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Berlin: J. Guttentag, 1905.
148. Maihofer W.: *Der soziale Handlungsbegriff*; v Bockelmann P., Gallas W. (ur.): *Festschrift für Eberhard Schmidt*, (s. 156 – 182). Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1971 (2. izd).
149. Maklecov A.: *Vračunljivost, krivda in nevarnost*. ZZR 1939-40: 116 – 158.
150. Marxen K.: *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1975.
151. Maurach R., Zipf H.: *Strafrecht – allgemeiner Teil*. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1992.
152. Mayer M.E.: *Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*. Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1923 (druga, nespremenjena izdaja).
153. McLaughlin, E., Muncie, J. (ur.): *The Sage Dictionary of Criminology*. London: Sage, 2001.
154. Mezger E.: *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*. Berlin: Duncker & Humblot, 1950.
155. Mezger E.: *Strafrecht*. München: Duncker & Humblot, 1931.
156. Milčinski L.: *Prištevnost v očeh izvedenca psihiatra*. RKK 1963 (3-4): 115 – 122.
157. Moccia S.: *Die systematische Funktion der Kriminalpolitik. Normative Grundsätze eines teleologisch orientierten Strafrechtssystem*; v Schünemann B., Dias J.F. (ur.): *Bausteine des europäischen Strafrechts* (s. 45 – 69). Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1995.
158. Moore G.E.: *Principia ethica*. Ljubljana: Študentska založba, 2000.
159. Moos R.: *Die mangelnde Strafwürdigkeit nach § 42 öStGB*. ZStW 1983: 153 – 219.

160. Neumann U.: *Der Verbotsirrtum*, (§ 17 StGB). *JuS* 1993 (33): 793 – 799.
161. Neumann U.: *Die Schuldlehre des Bundesgerichtshofs – Grundlagen, Schuldfähigkeit, Verbotsirrtum*; v Roxin C., Widmaier G. (ur.): *50 Jahre Bundesgerichtshof (Band IV.: Strafrecht, Strafprozessrecht)* (s. 83 – 109). München: Verlag C.H. Beck, 2000.
162. Nietzsche F.: *Volja do moči*. Ljubljana: Delavska matica, 1991.
163. Noll P.: *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*. *ZStW* 1965: 1 – 36.
164. Norrie A.: *Legal and Moral Judgment in the 'General Part'*; v Rush P. et al. (ur.): *Criminal Legal Doctrine* (s. 1 – 27). Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997.
165. Novoselec P.: *Temeljni aktualni problemi krivnje u krivičnom pravu. Doktorska disertacija*, 1985.
166. Novoselec P.: *Odredba o pravnoj zabludi u Krivičnom zakonu SFRJ i princip krivnje*. *JRKKP* 1985 (1): 73 – 87. Citirano kot: Novoselec, 1985 a).
167. Novoselec P.: *Promjene u strukturi nehatnih delikata*. *NZ* 1985 (11-12): 1284 – 1298. Citirano kot: Novoselec, 1985 b).
168. Novoselec P.: *Hipotetički kauzalitet kod nehatnih delikata i delikata ugrožavanja*. *ZPFZ* 1988 (1): 5-16.
169. Novoselec P.: *Ubojstvo na okrutan način [komentar sodne prakse]*. *ZPFZ* 1989 (5-6): 1138.
170. Novoselec P.: *Kritički osvrt na neke odredbe općeg djela Kaznenog zakona*. *HLJKPP* 2000 (2): 263-293.
171. Novoselec P.: *Analogija u korist počinitelja [komentar sodne prakse]; v HLJKPP* 2000 (1): 233 – 234. Citirano kot: Novoselec, 2000 a).
172. Novoselec P.: *Krivično pravo (Krivično djelo i njegovi elementi)*. Osijek: Pravni fakultet sveučilišta u Osijeku, 1990.
173. Novoselec P.: *Opći dio kaznenog prava*. Zagreb: Sveučilište u Zagrebu, 2004.
174. Nowakowski F.: *Nochmals zu §42 ÖStGB (Mangelnde Strafwürdigkeit der Tat)*; v Vogler T. et al. (ur.): *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag* (s. 521 – 535). Berlin: Duncker & Humblot, 1985.
175. Nowakowski F.: *Rechtfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz*. *ZStW* 1953: 379 – 402.
176. Nowakowski F.: *Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit*. *ZStW* 1951: 287 – 331.
177. Ostendorf H.: *Dokumentation des NS-Strafrechts*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000.
178. Otto H.: *Personales Unrecht, Schuld und Strafe*. *ZStW* 1975: 539 – 597.

179. *Outhwaite W.: The Philosophy of Social Science; v Turner S.B. (ur.): The Blackwell Companion to Social Theory. Oxford: Blackwell Publishers, 1999.*
180. *Pavčnik M.: Argumentacija v pravu (od življenjskega primera do pravne odločitve). Ljubljana: Cankarjeva založba, 1998.*
181. *Pavčnik M.: Teorija prava. Ljubljana: Cankarjeva založba, 2001.*
182. *Pavčnik M.: Utemeljitev pravne odločitve. Podjetje in delo 1990 (16), 5: 462-476.*
183. *Pavčnik M.: Vprašanje analogije v kazenskem pravu. Pravniki 1986 (3-4): 133 – 152.*
184. *Pavčnik T.: Nevarna stvar in nevarna dejavnost. Pravniki 2003 (1-3): 47 – 71.*
185. *Pavišić B., Veić P.: Hrvatski kazneni zakoni: bilješke, literatura, sudska praksa. Zagreb: VIV inženjering, 1995.*
186. *Perić B.: Pravna znanost i dijalektika. Zagreb: Narodne novine, 1962.*
187. *Perović M.: Krivično pravo SFRJ – opšti deo. Beograd: Savremena administracija, 1975.*
188. *Peters K.: Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip; v Stratenwerth G. et al. (ur.): Festschrift für Hans Welzel (s. 415 – 430). Berlin: Walter de Gruyter, 1974.*
189. *Philips L.D.: Toward a Just Social Order. Princeton: Princeton University Press, 1986.*
190. *Puppe I.: Naturalismus und Normativismus in der modernen Strafrechtsdogmatik. GA 1994: 297 – 318.*
191. *Puppe I.: „Naturgesetze“ vor Gericht. JZ 1994 (23): 1147 – 1151. Citirano kot: Puppe, 1994 a).*
192. *Puppe I.: Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung. JuS 1982 (22): 660 – 665.*
193. *Puppe I.: Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung (Band 1: Die Lehre vom Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld). Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002.*
194. *Puppe I.: Zurechnung und Wahrscheinlichkeit. ZStW 1983: 287- 315.*
195. *Radovanović M.: Krivično pravo SFRJ – Opšti deo. Beograd: Savremena administracija, 1975.*
196. *Rath J.: Das subjektive Rechtfertigungselement. Berlin: Springer, 2002.*
197. *Roxin C.: »Schuld« und »Verantwortlichkeit« als strafrechtliche Systemkategorien; v Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft – Festschrift für Heinrich Henkel (str. 171 – 198). Berlin: Walter de Gruyter, 1974.*

198. Roxin C.: *Finalität und objektive Zurechnung*; v Dornseifer G. et al. (ur.): *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann* (s. 237 – 251). Köln: Carl Heymanns Verlag, 1989.
199. Roxin C.: *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*; v *Festschrift für Richard M. Honig* (str. 133 – 150). Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co., 1970.
200. Roxin C.: *Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1998.
201. Roxin C.: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlin: Walter de Gruyter 1970.
202. Roxin C.: *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*. ZStW 1962: 411 – 444.
203. Roxin C.: *Strafrecht – Allgemeiner Teil I (Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre)*. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997.
204. Roxin C.: *Strafrecht – Allgemeiner Teil II (Besondere Erscheinungsformen der Straftat)*. München: Verlag C.H. Beck, 2003.
205. Roxin C.: *Strafrecht – Allgemeiner Teil. Vol. I*. München: C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992.
206. Roxin C.: *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht*. JuS 1964 (10): 373 – 381.
207. Roxin C.: *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*. ZStW 1962: 515 – 561. Citirano kot: Roxin, 1962 a).
208. Roxin C.: *Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik*; v *Jus humanum – Festschrift für Ernst-Joachim Lampe* (s. 423 – 438). Berlin: Duncker & Humblot, 2003. Citirano kot: Roxin, 2003 a).
209. Roxin C.: *Prilog novijem razvoju kriminalne politike*. JRKKP 1990 (4): 3 – 12.
210. Rudolphi H.-J. et al.: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Neuwied: Lucherland, 2003. Citirano kot: SK-priimek soavtorja, št. paragrafa, robna št.
211. Rudolphi H.-J.: *Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*; v Dornseifer G. et al. (ur.): *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann* (s. 371 – 379). Köln: Carl Heymanns Verlag, 1989.
212. Saliger F.: *Pravnofilozofski problemi zlorabe prava*. (Članek je v pripravi za objavo reviji *Pravnik*. Prevod iz nemščine: Korošec D.)
213. Samson E.: *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*. Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag, 1972.
214. Schaffstein F.: *Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund*. Leipzig: Deichert, 1933.

215. Schmidhäuser E.: *Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz (§16 I Satz und §17 StGB)*. JZ 1979 (11-12): 361-369.
216. Schmidhäuser E.: *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1984.
217. Schmidt E.: *Soziale Handlungslehre*; v Bockelmann P., Kaufmann Arth.: *Festschrift für Karl Engisch* (s. 339 – 352). Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1969.
218. Schneider K.: *Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit*. Stuttgart: Georg Thieme Verlag, 1956 (tretja izdaja).
219. Schönke A., Schröder H.: *Strafgesetzbuch Kommentar*. München: Verlag C.H. Beck, 1988. Citirano kot: S/S-priimek soavtorja, št. paragrafa, robna št.
220. Schroeder F.-C.: *Die Gliederung der Straftat in der Sowjetunion und in der DDR*; v Vogler T. et al. (ur.): *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag* (s. 1249 – 1264). Berlin: Duncker & Humblot, 1985.
221. Schroeder F.-C.: *Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen*; v Schroeder F.-C., Zipf H. (ur.): *Festschrift für Reinhart Maurach* (s. 127 – 142). Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, 1972.
222. Schumacher O.: *Um das Wesen der Strafrechts*. Mannheim: Bensheimer, 1927.
223. Schönemann B., Achenbach H. (ur.): *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin: de Gruyter, 1984.
224. Schönemann B.: *Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld*; v Schönemann B., Dias J.F. (ur.): *Bausteine des europäischen Strafrechts*. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1995.
225. Schönemann B.: *Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland*; v Gimbernat E., Schönemann B., Wolter J. (ur.): *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte* (s. 49 – 82). Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1995. Citirano kot: Schönemann, 1995 a).
226. Schönemann B.: *The System of Criminal Wrongs: The Concept of Legal Goods and Victim-based Jurisprudence as a Bridge between the General and Special Parts of the Criminal Code*. *Buffalo Criminal Law Review* 2004 (2): 551 – 582.
227. Schönemann B.: *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Strafrechtsschuld*; v *Jus humanum – Festschrift für Ernst-Joachim Lampe* (s. 537 – 560). Berlin: Duncker & Humblot, 2003.
228. Shiner R.A.: *Norm and Nature*. Oxford: Claredon Press, 1992.
229. Singer M.: *Krivično pravo i kriminologija*. Zagreb: Globus, 1992.

230. *Spendel G.: Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen; v Bockelmann P., Gallas W. (ur.): Festschrift für Eberhard Schmidt (s. 183 – 199). Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1961.*
231. *Srzentić N., Stajić A., Lazarević Lj.: Krivično pravo Jugoslavije. Beograd: Savremena administracija, 1995.*
232. *Srzentić N., Stajić A.: Krivično pravo – opšti i posebni deo. Sarajevo: Zavod za izdavanje udžbenika, 1966.*
233. *Srzentić N., Stajić A.: Krivično pravo Socialističke federativne republike Jugoslavije – opšti deo. Beograd: Savremena administracija, 1978.*
234. *Srzentić N., Stajić A.: Krivično pravo federativne narodne republike Jugoslavije – opšti deo. Beograd.: Savremena administracija, 1961.*
235. *Stojanović Z.: Krivično pravo – opšti deo. Beograd: Službeni glasnik, 2002.*
236. *Stratenwerth G.: Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung; v Lackner K. et al. (ur.): Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag (s. 227 – 239). Berlin: Walter de Gruyter, 1973.*
237. *Stratenwerth G.: Unbewußte Finalität?; v Stratenwerth G. et al. (ur.): Festschrift für Hans Welzel (s. 289 – 305). Berlin: Walter de Gruyter, 1974.*
238. *Stratenwerth G.: Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt; v Vogler T. et al. (ur.): Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag (s. 285 – 302). Berlin: Duncker & Humblot, 1985.*
239. *Šelih A. (vodja projekta), Korošec D. (uredil in komentiral): Materialno kazensko pravo – splošni del: Judikatura slovenskih sodišč. Ljubljana; Uradni list RS, 2000.*
240. *Šelih A.: Človekove pravice in kazensko pravo. Raziskovalec 1992 (22), 1: 5-11.*
241. *Tahović Đ.J.: Krivično pravo – opšti deo. Beograd: Savremena administracija, 1961.*
242. *Tolstoj L.N.: Vstajenje. Ljubljana: Cankarjeva založba, 1986.*
243. *Trajnin A.: Učenje o biću krivičnog dela. Beograd: Izdavačko preduzeće Narodne republike Srbije, 1949.*
244. *Trechsel S., Noll P.: Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998.*
245. *Triffterer O.: Österreichisches Strafrecht – Allgemeiner Teil. Dunaj: Spriger-Verlag, 1985.*
246. *Ule, M.: Temelji socialne psihologije. Ljubljana: Znanstveno in publicistično središče, 1997.*
247. *Ulsenheimer K.: Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten. Bonn: Ludwig Röhrshceid Verlag, 1965.*

248. *Wagner K.: NS-Ideologie im heutigen Strafrecht. Frankfurt: Peter Lang, 2002.*
249. *Weigend E.: Entwicklung und gegenwärtiger Stand der Strafrechtsdogmatik in Polen. ZStW 1978: 481-503.*
250. *Welzel H.: Das Deutsche Strafrecht. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969.*
251. *Welzel H.: Naturrecht und materiale Gerechtigkeit. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1962.*
252. *Welzel H.: Studien zum System des Strafrechts. ZStW 1939: 491 – 566.*
253. *Welzel H.: Zur Dogmatik im Strafrecht; v Schroeder F.-C., Zipf H. (ur.): Festschrift für Reinhart Maurach (s. 3 – 8). Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, 1972.*
254. *Winkler K.-R.: Zur Zulässigkeit von „Fixerstuben“. StV 95(4): 216 – 218.*
255. *Wolf E.: Die Typen der Tatbestandsmässigkeit. Breslau: Ferdinand Hirt, 1931.*
256. *Wolter J.: Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem; v Gimbernat E., Schünemann B., Wolter J. (ur.): Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte (s. 3 – 25). Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1995.*
257. *Zipf H.: Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht. ZStW 1970: 633 – 654.*
258. *Zlatarić B., Z. Šeparović: Krivično pravo – opći dio. Zagreb: Informator, 1977.*
259. *Zlatarić B.: Krivični zakonik u praktičnoj primjeni (1. svezak). Zagreb: Narodne novine, 1956.*
260. *Zlatarić B.: Krivično pravo (1. svezak). Zagreb: Informator, 1970.*
261. *Zupančič B.M.: Deontologija pravne zmote – meje subjektivizacije kazenskega prava. Pravniki 1987 (5-7): 305 – 320.*
262. *Zupančič B.M.: Kazensko procesno pravo: odločbe in razprave. Ljubljana: ČZ Uradni list RS, 1991 (tretja dopolnjena izdaja).*

POVZETEK

Avtor v monografiji razčlenjuje vrednostne (normativne) prvine v splošnem pojmu kaznivega dejanja, kot ga razume slovenska doktrina. Pri tem se omeji na najožje jedro splošnega pojma kaznivega dejanja, torej ne obravnava problematike opustitev, poskusa in udeležb, prav tako pa obravnava le nekatere, z vidika izbrane teme relevantne značilnosti sodbe o protipravnosti, ne pa tudi posameznih razlogov izključitve protipravnosti. Uporabljeni sta zlasti analitična in primerjalnoppravna metoda (kot osrednji referenčni sistem za primerjavo avtor izbere novejšo kazenskopravno doktrino Zvezne republike Nemčije), v manjši meri pa tudi zgodovinska metoda. Izhajajoč iz teze, da morajo biti vrednostni preudarki znotraj splošnega pojma kaznivega dejanja vezani na trdna in dodelana merila, saj je le tako mogoče slediti idealom racionalnosti, enakopravnosti, predvidljivosti, naknadne preverljivosti in končno tudi pravičnosti pravosodnega odločanja, skuša avtor kritično ovrednotiti in po potrebi dopolniti posamezna vrednostna merila znotraj slovenske dogmatike splošnega pojma kaznivega dejanja.

V uvodu sta predstavljeni, tudi skozi zgodovinsko perspektivo, naturalistična in normativistična usmeritev v kazenskopravni dogmatiki. Avtor pokaže, da sta tako »čisti naturalizem« kot »čisti normativizem« neizvedljiva: »čisti naturalizem« ni izvedljiv zato, ker si kazensko pravo zgolj z ugotavljanjem in opisovanjem dejstev ne more kaj prida pomagati, temveč vselej potrebuje norme, po katerih ta dejstva izbira, ureja in vrednoti; »čisti normativizem« pa ni izvedljiv zato, ker je za oblikovanje smiselnih normativnih sodb vselej potrebna empirična danost, materialni substrat, na katerega se vrednotenje naveže. Vsakokratni splošni pojem kaznivega dejanja je zato po naravi stvari lahko le splet empiričnih in normativnih prvin, pri čemer so seveda možni različni poudarki v eno ali drugo smer. Jugoslovanska, znotraj nje pa tudi slovenska kazenskopravna doktrina, je bila v obdobju po drugi svetovni vojni deloma zadržana do normativnih koncepcij v kazenskopravni dogmatiki, vendar nasprotovanje tem koncepcijam ni bilo tako izrazito in deklarativno kot v doktrinah nekaterih drugih socialističnih držav, še posebej značilno Sovjetske zveze in Nemške demokratične republike. V novejši slovenski dogmatiki normativni nastavki pridobivajo vse večji pomen, pri čemer pa številni izmed njih kličejo k nadaljnji dodelavi. Prispevek k temu želi dati tudi avtor s svojo monografijo.

Osrednji del knjige je razdeljen na štiri poglavja, od katerih vsako obravnava en element kaznivega dejanja (ravnanje, izpolnjenost biti inkriminacije, protipravnost in krivdo).

V poglavju o ravnanju avtor sooča slovensko, pretežno naturalistično pojmovanje ravnanja, z novejšimi normativnimi koncepcijami ravnanja (na primer socialni pojem ravnanja, personalni pojem ravnanja). Pri tem opozarja, da se pomanjkljivosti naturalističnega pojmovanja ravnanja (kot tudi vseh drugih koncepcij ravnanja, ki

skušajo enotnost ravnanja utemeljiti skozi empirično ugotovljive lastnosti), bolj kot na praktični, kažejo na konceptualni ravni, s tem ko skupnih lastnosti storitev in opustitev ni mogoče prepričljivo utemeljiti na ravni empirije, temveč šele z uporabo vrednostnih meril. Doktrinarna doslednost bi po avtorjevem mnenju zahtevala, da bi tudi v slovenski doktrini pojem ravnanja so-opredelili z vrednostnimi merili. Vendarle ob tem avtor opozori tudi na potencialne težave, ki jih odpira normativni pojem ravnanja, zlasti nevarnost prevzemanja meril, ki sodijo šele k vprašanju izpolnjenosti biti inkriminacije.

V poglavju o biti inkriminacije avtor najprej raziskuje razmerje med deskriptivnimi in normativnimi zakonskimi znaki. Razlika med tema dvema skupinama zakonskih znakov je danes precej relativizirana spričo ugotovitve, da so tudi na videz povsem deskriptivni zakonski znaki v svojih mejnih področjih normativni, in da po drugi strani tudi vsebina normativnih zakonskih znakov ne obsega zgolj vrednotenij, temveč nujno tudi deskriptivne substrate. Kljub temu normativne prvine v zakonskih znakih še vedno odpirajo več težavnih vprašanj za kazenskopravno dogmatiko, zlasti na področju zavestne sestavine naklepa in razmejnitve med zmoto o biti inkriminacije in zmoto o protipravnosti. Pri obravnavi teh vprašanj skuša avtor na posameznih primerih konkretizirati Mezgerjevo formulo vzporedne ocene v laični sferi, razčlenjuje v slovenski doktrini relativno zanemarjeno problematiko subsumpcijske zmote in kritično obravnava trdno usidrano stališče slovenske doktrine o »prehodu« zmote o protipravnosti v zmoto o biti inkriminacije v primerih, kadar se izraz »protipravno« pojavi v zakonskem opisu.

V drugem delu tega poglavja se delo ukvarja z normativnimi merili pri pripisovanju posledice storilčevemu ravnanju. Avtor sooča tradicionalna nauka o »adekvatni vzročnosti« in »prekinitvi vzročnosti« z novejšim naukom o objektivni pripisljivosti. Glavno odliko nauka o objektivni pripisljivosti vidi avtor v tem, da ta nauk empiričnih in vrednostnih vprašanj ne konfundira v enotnem pojmu »pravne vzročnosti«, temveč jih obravnava ločeno, v dveh korakih. Ta metodološka čistost lahko po avtorjevem mnenju pripomore k večji pravni varnosti, zato se zavzema, da bi tudi slovenska doktrina v večji meri upoštevala izsledke nauka o objektivni pripisljivosti.

V četrtem poglavju avtor razčlenjuje nekatere lastnosti protipravnosti kot normativne sodbe, ki v slovenski doktrini še niso bile deležne obširnejše pozornosti. Tako avtor razpravlja o konceptu prava prostega prostora, ki ga načeloma zavrne z argumentom, da bi njegovo priznanje lahko pomenilo prevalitev reševanja problema na neomejeno samopomoč vpletenih. Razprava o prava prostem prostoru je avtorju hkrati iztočnica, da opozori na relativno okornost slovenskega kazenskopravnega sistema, ki pozna eno samo vrsto skrajne sile (upravičljivo skrajno silo). Čeprav nekateri primeri hudih eksistencialnih stisk niso vsestransko zadovoljivo rešljivi niti v kazenskopravnih sistemih, ki poznajo dve vrsti skrajne sile, je nesporno, da bi uvedba opravičljive skrajne sile vendarle ponudila možnost za bolj rafinirano pravosodno odločanje.

V poglavju je nadalje obravnavana tudi možnost izključitve »kazenskopravne protipravnosti« v primerih, kadar neko ravnanje sicer izpolnjuje določeno bit inkriminacije, ne uresničuje pa zadostne stopnje neprava, da bi zahtevalo kazenskopravno reakcijo. Avtor zagovarja stališče, da je določbo o majhnem pomenu dejanja iz 14. člena KZ najbolje razumeti skozi prizmo izključitve »kazenskopravne

protipravnosti«, in skuša dokazati, da takšna rešitev ne pomeni nesprejemljivega odstopa od načela enotnosti pravnega reda.

Na koncu avtor obravnava normativne prvine znotraj krivde. Slovenski kazenski zakonik iz leta 1994 je sprejel psihološko-normativno pojmovanje krivde, za katero se je slovenska doktrina izrekla že dve desetletji poprej. Kljub temu, da normativna komponenta v krivdi torej ni več novost v slovenskem kazenskem pravu, nekatera vprašanja povezana z njo vendarle še kličejo k nadrobnejši doktrinarni obravnavi. Tako avtor poleg temeljne dileme, kako znotraj normativnega pojmovanja krivde utemeljiti očitek, ki ga sodba o krivdi naslavlja na storilca, obravnava posamezna značilna vprašanja normativnih prvin v predpostavkah krivde: prištevnosti, zavesti o protipravnosti, naklepu in malomarnosti. Zlasti glede zavesti o protipravnosti (normativne prvine krivde *par excellence*, kot jo imenujejo nekateri avtorji), ki jo od leta 1994 slovenski KZ opredeljuje kot samostojno sestavino krivde, avtor v slovenski doktrini prepozna nekaj še ne razjasnjenih vprašanj in skuša nanje odgovoriti.

Rdeča nit, ki vodi avtorja skozi celotno monografijo, je garantistična naravnost: v kazenskem pravu (še vedno) vidi predvsem Magno Charta Libertatum obdolženca. Avtor je prepričan, da lahko normativno obarvani splošni pojem kaznivega dejanja oži cono kaznivosti in nudi posamezniku večje varstvo pred posegi kazenskega prava kot pretežno empiristično naravnani splošni pojem. Da bi bil kos dosegi tega cilja in da ne bi mogel biti zlorabljen v nasprotni smeri, pa je nujno, da so normativne prvine vezane na trdna in jasna merila ter da ne izgubijo stika s svojimi empiričnimi podlagami.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Autor setzt sich in der Monographie mit wertbezogenen (normativen) Elementen des allgemeinen Verbrechensbegriffs auseinander, wie er in der slowenischen Doktrin verstanden wird. Dabei begrenzt sich der Autor auf den innersten Kern des allgemeinen Verbrechensbegriffs, befasst sich also nicht mit den besonderen Erscheinungsformen der Straftat (die Problematik der Unterlassungen, des Versuchs und der Beteiligung), er analysiert auch nur einige Eigenschaften des Rechtswidrigkeitsurteils, nicht jedoch einzelne Rechtswidrigkeitsausschlussgründe. Verwendet werden vor allem die analytische und die rechtsvergleichende Methode (als Hauptreferentssystem für die Vergleichen verwendet der Autor die neuere Strafrechtsdoktrin der Bundesrepublik Deutschland), in kleinerem Umfang auch die rechtsgeschichtliche Methode. Die These des Autors ist, dass die normativen Überlegungen innerhalb des allgemeinen Verbrechensbegriffs auf feste und ausgearbeitete Maßstäbe gebunden sein müssen, da nur so den Idealen der Rationalität, der Gleichberechtigung, der Vorhersehbarkeit, der nachträglichen Überprüfbarkeit und schließlich auch der Gerechtigkeit des justiziellen Entscheidens gefolgt werden kann. Aus dieser These versucht der Autor einzelne normative Maßstäbe innerhalb der slowenischen Dogmatik des allgemeinen Verbrechensbegriffs kritisch zu bewerten und nach Bedarf zu vervollständigen.

In der Einführung werden, auch durch die geschichtliche Perspektive, die naturalistische und normativistische Richtung in der strafrechtlichen Dogmatik dargestellt. Der Autor stellt fest, dass sowohl der „reine Naturalismus“ als auch der „reine Normativismus“ undurchführbar sind: der Erste, weil das Strafrecht lediglich mit der Feststellung und Deskription der Tatsachen sich nicht aushelfen kann, sondern immer Normen braucht, nach denen es die Tatsachen auswählt, einordnet und wertet; der Zweite deswegen, weil für die sinnvollen normativen Aussagen immer empirische Gegebenheiten, ein materielles Substrat, auf das sich die Wertung anknüpft, festgestellt werden müssen. Der jeweilige allgemeine Verbrechensbegriff kann dafür naturgemäß nur eine Verflechtung der empirischen und normativen Elemente sein, wobei selbstverständlich verschiedene Betonungen in die eine oder andere Richtung möglich sind. Die jugoslawische und in ihrem Rahmen slowenische Strafrechtsdoktrin waren in der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg teilweise zurückhaltend gegenüber normativen Konzeptionen in der Dogmatik des allgemeinen Verbrechensbegriffs, die Ablehnung war jedoch nicht so ausgeprägt und deklarativ wie in den Doktrinen einiger anderen sozialistischen Staaten, wie zum Beispiel in der Sowjetunion und der DDR. In der neueren slowenischen Dogmatik gewinnen normative Ansätze an Bedeutung, wobei viele davon weitere dogmatische Ausarbeitungen bedürfen. Der Autor möchte mit der vorliegenden Monographie seinen Beitrag zu diesen Ausarbeitungen leisten.

Der Hauptteil der Monographie ist auf vier Kapitel gegliedert, die jeweils einem Element des allgemeinen Verbrechensbegriffs gewidmet sind (die Handlung, die Tatbestandsmäßigkeit, die Rechtswidrigkeit, die Schuld).

Im Kapitel über die Handlung konfrontiert der Autor das slowenische, überwiegend naturalistische Verständnis der Handlung mit neueren normativen Konzeptionen der Handlung (zum Beispiel der soziale Handlungsbegriff, der personale Handlungsbegriff). Dabei stellt er fest, dass sich die Schwachpunkte des naturalistischen Handlungsbegriffs (wie auch aller anderen Konzeptionen, die die Einheit der Handlung durch das empirisch vorfindbare Etwas begründen), mehr als auf der praktischen, auf der konzeptuellen Ebene zeigen. Denn die gemeinsamen Eigenschaften des Tuns und Unterlassens kann man nicht überzeugend auf der Ebene der Empirie begründen, sondern erst mit der Verwendung der normativen Maßstäbe. Die doktrinaire Folgerichtigkeit verlangt nach Meinung des Autors, dass auch in der slowenischen Doktrin der Begriff der Handlung durch normative Maßstäbe mitbegründet werden muss. Er weist aber gleichzeitig auf potentielle Schwierigkeiten hin, die mit dem normativen Begriff Einhand gehen, vor allem auf die Gefahr der Übernahme der Maßstäbe, die erst zur Frage der Tatbestandsmäßigkeit gehören.

Im Kapitel über die Tatbestandsmäßigkeit erforscht er zuerst die Beziehung zwischen deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmalen. Der Unterschied zwischen diesen beiden Gruppen von Tatbestandsmerkmalen gilt heute als einigermaßen relativisiert im Lichte der Feststellung, dass auch deskriptive Merkmale in ihren Grenzgebieten normativ sind und dass auf der anderen Seite auch der Inhalt der normativen Tatbestandsmerkmalen nicht nur Wertungen umfasst, sondern zwingend auch deskriptive Substrate. Trotzdem eröffnen normative Elemente mehrere schwierige Fragen für die strafrechtliche Dogmatik, besonders auf dem Gebiet der Wissenskomponente des Vorsatzes und der Abgrenzung zwischen dem Tatbestandsirrtum und dem Verbotsirrtum. Bei der Abhandlung dieser Fragen konkretisiert der Autor auf einzelnen Fällen die Mezgersche Formel der Parallelwertung in der Leiensphäre, behandelt weiters die in der slowenischen Strafrechtsdoktrin relativ vernachlässigte Problematik des Subsumptionsirrtums und kritisiert die in der slowenischen Doktrin fest verankerte Auffassungen über „den Übergang“ des Verbotsirrtums in den Tatbestandsirrtum in Fällen, wo der Ausdruck „rechtswidrig“ unter den Tatbestandsmerkmalen der Inkrimination erscheint.

Im zweiten Teil dieses Kapitels befasst sich die Monographie mit normativen Merkmalen bei der Erfolgszurechnung. Der Autor konfrontiert die traditionelle Lehre über die „Adäquanzkausalität“ und „den Abbruch der Kausalität“ mit der neueren Lehre über die objektive Zurechnung. Den wichtigsten Vorteil der Lehre über die objektive Zurechnung sieht der Autor darin, dass diese Lehre empirische und normative Fragen nicht in einem einheitlichem Begriff der „rechtlichen Kausalität“ konfundiert, sondern sie getrennt in zwei Schritten behandelt. Diese methodologische Klarheit kann nach Meinung des Autors zur größeren Rechtsicherheit beitragen, deshalb plädiert er dafür, dass auch die slowenische Doktrin im größeren Maße die Ergebnisse der Lehre der objektiven Zurechnung berücksichtigt.

Im vierten Kapitel analysiert der Autor einige Eigenschaften der Rechtswidrigkeit als normativen Urteils, die in der slowenischen Doktrin noch keine umfangreichere Aufmerksamkeit genossen haben. So diskutiert der Verfasser das Konzept des rechtsfreien Raums, das er prinzipiell mit dem Argument ablehnt, dass seine Einführung eine Überwälzung der Problemlösung auf die unbegrenzte Selbsthilfe der Beteiligten

bedeuten könnte. Die Diskussion über den rechtsfreien Raum ist dem Autor gleichzeitig ein Ausgangspunkt dafür, dass er auf die relative Rudimentarität des slowenischen Strafrechtssystems zeigt, das nur eine einzige Art des Notstandes (den rechtfertigenden Notstand) kennt. Obwohl einige Fälle schwerer existenzieller Not, auch in Strafrechtssystemen, die zwei Arten des Notstandes kennen, nicht allgemein befriedigend gelöst werden können, steht für den Autor außer Zweifel, dass die Einführung des entschuldigenden Notstandes doch die Möglichkeit des raffinierteren justiziellen Entscheidens mit sich bringt.

Im Kapitel wird weiters die Möglichkeit des Ausschlusses der „Strafrechtswidrigkeit“ in Fällen behandelt, wo eine gewisse Handlung zwar tatbestandsmäßig ist, jedoch keinen genügenden Unrechtsgrad erfüllt, den eine strafrechtliche Reaktion verlangen würde. Der Autor teilt die Meinung, dass die Bestimmung über die geringe Bedeutung der Tat aus Artikel 14 StGB am besten durch die Optik des Ausschlusses der „Strafrechtswidrigkeit“ zu verstehen sei und beweist gleichzeitig, dass so eine Lösung keine unerträgliche Ausnahme vom Prinzip der Einheit der Rechtsordnung darstellt.

Schließlich befasst sich der Autor mit normativen Elementen innerhalb der Schuld. Das slowenische StGB aus dem Jahre 1994 führte die psychologisch-normative Konzeption der Schuld ein, für die sich die slowenische Strafrechtsdoktrin schon zwei Jahrzehnte zuvor eingesetzt hatte. Auch wenn die normative Komponente der Schuld also keine Neuigkeit mehr im slowenischen Strafrecht ist, verlangen einige Fragen über diese Komponente weitere doktrinaire Klärungen. Der Verfasser befasst sich so neben dem Grunddilemma, wie innerhalb des normativen Schuldbegriffs den Vorwurf zu begründen, den das Schuldurteil über den Täter macht, auch mit einzelnen typischen Fragen der normativen Elemente in den Voraussetzungen der Schuld: der Zurechnungsfähigkeit, dem Unrechtsbewusstsein, dem Vorsatz und der Fahrlässigkeit. Besonders bezüglich des Unrechtsbewusstseins (des normativen Elements der Schuld *par excellence*, wie es von einigen Autoren genannt wird), das seit dem Jahr 1994 im slowenischen StGB als eigenständiges Element der Schuld bestimmt wird, erkennt der Autor in der slowenischen Doktrin einige noch ungeklärte Fragen und versucht in der Monographie Antworten auf sie zu finden.

Der Leitfaden, der den Autor durch die gesamte Monographie führt, ist der Garantismus: im Strafrecht sieht er (weiterhin) vor allem die Magna Charta Libertatum des Beschuldigten. Der Autor ist der Meinung, dass ein normativ gezeichneter allgemeiner Verbrechensbegriff, wenn entsprechend ausgearbeitet, die Strafbarkeit einengt und den Einzelnen besseren Schutz vor Eingriffen des Strafrechts als ein überwiegend empiristisch orientierter Verbrechensbegriff bietet. Um diesem Ziel Herr zu werden und nicht in einer Gegenrichtung missbraucht werden zu können, ist es nötig, dass normative Elemente des allgemeinen Verbrechensbegriffs auf feste und klare Maßstäbe gebunden sind und dass sie nicht den Kontakt mit empirischen Grundlagen verlieren.

STVARNO KAZALO

A

absolutna sila 29, 35–36, 39
adekvatnost (teorija adekvatne vzročnosti) 26, 64–65, 79–80,
agnosticizem – glej indiferentizem
agnostiki 114, 128–129
akcesornost udeležbe 84, 95
alternativno ravnanje v skladu s predpisi 68–71, 73–74, 76–78, 79, 81
analogija 16, 21, 44, 47, 102–103

B

blanketne pravne norme 45, 52, 100
buržoazno 43, 121
cona kaznivosti 75, 165
condicio sine qua non 61–62, 81
Contergan (zadeva) 61, 65

Č

človekove pravice 24, 97, 145

D

dejanje majhnega pomena 84, 93–99, 165
dejanska zmota v ožjem smislu – glej zmota o biti inkiriminacije
deljivost zavesti o protipravnosti 134–135
deontična logika – glej normativna logika
deskriptivni zakonski znaki 41, 43–44, 46–51, 53, 57, 58

disciplinska kršitev 94
dolus malus 150
dolžnostno ravnanje 65, 68–78, 81, 165–163, 165
družbena nevarnost 21–22, 134–135, 144
dvojna restriktivnost 58
dvojna upravičljivost 88
dvojna zmota o protipravnosti 135
dvojni položaj naklepa 19, 112

E

EKČP 97
ekvivalenčna teorija 61–66, 80–81
električna energija 43
empirična metoda (ugotavljanja neprištevnosti) 126
empirično-normativna metoda (ugotavljanja neprištevnosti) 126–127
enotnost pravnega reda – glej načelo enotnosti pravnega reda
Evropsko sodišče za človekove pravice 97

F

falsa demonstratio 48
fikcija 88, 115, 117
filozofija 15–17, 19, 31, 43, 59, 61, 86, 106–108, 116–117, 121, 147
finalizem, finalnost 16–18, 30–35, 39, 65, 111–112, 150, 165
formalna protipravnost 13, 54, 90, 133
formula zakonitega pogoja 62, 81

garantna funkcija 47, 82
gibanje za novo družbeno obrambo –
glej Nova družbena obramba
gnostiki 128
graničarji (zadeva) 145
grozovit način 56–57, 152–153

H

hipotetična eliminacija 61–62
hipotetični potek vzročnosti 69–71

I

ignorantia iuris nocet 135, 141, 148
imperializem 20–21, 43–44, 116
in dubio pro reo 73–78, 113
indeterminizem 113–115
indiferentizem (agnosticizem) 107
intelektualna sestavina naklepa – glej
zavestna sestavina naklepa
izogibnost (zmote o protipravnosti)
115, 12, 132, 133–134, 137–150
izvedenec 62, 71, 74, 81, 115, 125,
127–131

J

Japonska 94–95, 152
Jugoslavija 21–22, 54, 116, 121–122,
135, 138
jugoslovanski očim (zadeva) 135
kapitalizem 43
Karneadova deska 86–87
kavzalnost – glej vzročnost
kazen 11, 16, 68, 92, 96–97, 117, 128,
133, 136, 140

kazenska odgovornost 20, 25, 97–98,
116–124, 136, 139
kaznovanja vredno nepravo 91
kočijaž z neposlušnim konjem (zadeva)
161
kriminalitetna politika 22–24, 90
kriminološka ekspertiza 118
krivda 106–164
krivda, normativne teorije 15, 17, 20–
21, 25–26, 109–124
krivda, psihološke teorije 13–14, 22,
108–109, 116, 120–122
krivda v formalnem smislu 106
krivda zaradi načina življenja 146–147
krivda zaradi prevzema 147–148, 160
krivda, socialno–primerjalno merilo
113–114, 124
kulturno-socialne norme 12, 41, 45–47,
58
lex certa – (glej tudi načelo zakonitosti)
41, 47

M

Magna Charta Libertatum 16, 165
mala in se 140
mala prohibita 140–141, 149
malomarnost 13–14, 18, 32–34, 68, 81,
111–112, 125, 153–163
materialistična filozofija 19, 121
Mignonnette (zadeva) 86
morala 18, 22, 106, 108, 111, 114–115,
117–118, 122, 134–135, 143–144,
155–156
moraliziranje 118, 121

N

nacionalsocializem 16, 19

načelo enotnosti pravnega reda 26, 84, 90–95, 98, 105
načelo zakonitosti 19, 21, 32–33, 44, 47–48, 93, 102–103, 116, 121
nadzakonski razlogi izključitve krivde 111, 115, 125, 161–162
naklep 17–19, 25–26, 33, 41, 48–58, 63, 67, 70, 109–112, 119, 138–154
namišljeni delikt – glej putativni delikt
naprežanje vesti 145–146
naturalizem, naturalistično 13, 15, 108
Nemčija (ZRN) (glej tudi Vzhodna Nemčija) 14–16, 18, 23–24, 119, 135, 145
nemožnost zahtevati drugačno ravnanje 111, 161–163
nepravo 17–19, 39, 41, 90–95, 97, 102–105, 111–112, 123, 134, 144, 157
neprimerni poskus 52–53, 58, 166
neprištevnost (glej prištevnost)
nomotehnika 44
non liquet 84
normativna dostopnost 114, 129
normativna logika 86
normativna metoda (ugotavljanja neprištevnosti) 128–130
normativne teorije krivde – glej krivda, normativne teorije
normativni zakonski znaki 14, 20, 26, 41–57
Nova družbena obramba 21–22, 117
novokantovstvo 15, 17, 43–44, 116, 121
nullum crimen sine lege – glej načelo zakonitosti

O

objektivna pripisljivost 23, 26, 59–81

objektivno–naknadna prognoza 64, 66
objektivno–subjektivno merilo (za presojo izogibnosti zmote o protipravnosti) 142–143
očitek 17, 106, 109, 113–116, 119, 122, 147–147, 155, 162
odgovornost (Roxinov koncept) 23, 123–124
ogrožitvena kazniva dejanja 66, 76, 155
objektivna odgovornost 118, 141, 155–156
ontična logika 86
opustitev 14, 18, 26–40, 42, 60, 70–71, 111, 133, 161

P

pars pro toto 150
Poljska 20, 116, 121
poskus (glej tudi neprimerni poskus) 27, 33, 66–68, 70–71
poškodbena kazniva dejanja 66–76
potencialna zavest o protipravnosti 32, 119, 130–132, 138, 141
povečanje tveganja – glej teorija o povečanju tveganja
prava prosti prostor 84–89
pravna dobrina 12, 17–18, 47, 67, 72, 74, 76–78, 81, 86, 88–91, 94, 99–103, 118, 137, 150, 152
pravna malomarnost 147
pravna praznina 47–48, 103
pravna zmota – glej zmota o protipravnosti
prekršek 72, 94
prepoved vožnje motornega vozila 68
prevencija 23–24, 114, 117–118, 122–123

prištevnost 110–111, 119–120, 125–131
privolitev 84, 90
protipravnost 13, 15, 19–22, 26, 28, 42–44, 54–56, 83–104
protipravnost kot zakonski znak 54–56
psihiatrija 114, 128–199
psihologija 17, 114, 129
psihologizem 155
psihološke teorije krivde – glej krivda, psihološke teorije
psihološki substrat 17, 111–112, 121, 154–155
putativni delikt 52–53, 58

R

ravnanje 13–14, 17–19, 27–28, 29–40
ravnanje, finalni pojem 17–18, 32–34
ravnanje, naturalistični pojem 31–34
ravnanje, negativni pojem 37
ravnanje, personalni pojem 36–40
ravnanje, socialni pojem 34–36
regresus ad infinitum 63
retribucija 117

S

samomor 85
samoogrožanje 69
samopomoč 88–89, 104
silobran 24, 77, 84, 86–88, 93, 95, 101, 115
skrajna sila 14, 25, 67, 77, 87, 93, 104,, 109–110, 115, 119, 123, 161
socializem 19–21, 43, 116, 121–122
socialna sprejemljivost 99–104, 163–166

socialni pomen 50, 52, 151–152
Sovjetska zveza 20–22, 43–44, 53, 116, 121
stek kaznivih dejanj 134
subjektivizacija kazenskega prava 148
subsumpcijska zmota 51–53
surovo ravnanje 44–45

T

talidomid – glej Contergan
teleološka redukcija 99, 102–103
teorija adekvatne vzročnosti – glej adekvatnost
teorija jamčevanja (teorija pravne relevance) 65
teorija krivde 119, 138–141
teorija naklepa 138–141
teorija o povečanju tveganja 74–76, 81
tertium non datur 84
tipizirano nepravo 102, 104
tobakov listič (zadeva) 94
tretman 122

U

udeležba 27, 84, 93, 95–96, 103
ultima ratio (kazensko pravo kot skrajno sredstvo socialne politike) 104, 166
ustava 24, 91, 119, 139

V

varne sobe 100
varovalno področje norme 68–69
varstveni namen norme 73
versari in re illicita 68

voznik rallya (primer) 158
voznik tovornjaka s priklopnikom
(zadeva) 71
Vzhodna Nemčija 20–22, 43, 116–117,
121, 145
vzporedna ocena v laični sferi 51, 58,
136, 151
vzročnost 23, 26, 32–33, 41, 59–81

Z

zakonski opis kaznivega dejanja 11, 36,
38, 41, 54–56, 159
zavest o kaznivosti 135–137, 149

zavest o protipravnosti 25–26, 106,
118, 125, 130–149
zavestna sestavina naklepa 26, 41, 50,
58, 150
zmota o biti inkriminacije 26, 48, 52,
54–58, 102, 133, 139
zmota o kaznivosti 52, 58, 137
zmota o protipravnosti 48–52, 54–58,
152, 132–151

Ž

železna pljuča (primer) 84–89

IMENSKO KAZALO

A

Abegg 31
Achenbach 161
Adolf 97
Akvinski 86
Ambrož 26, 93–98
Ancel 21
Aristotel 86
Arndt 130
Arzt 48, 141, 143
Asada 94–95
Ayer 106–107

B

Bačić 21, 122, 127, 134, 143, 158
Bavcon 16, 20–22, 25–26, 39, 54, 70–71, 79–80, 83, 93–94, 96, 98, 116–122, 125–128, 130, 134, 139–140, 153, 155–156, 158, 163
Bele 25, 45–46, 79–80, 119–120, 122, 126, 133, 140, 146
Beling 13–14, 17, 19–20, 22, 31, 33, 42–43, 83, 101–102, 108, 154
Berner 31
Bošnjak 85
Bradač 61
Brooks 86
Burkard 59

C

Cicero 86
Comes 89

194

Cotič 118

D

Damaška 54–56, 138, 151
Deisinger 100
Dettenborn 20–21, 116, 121
Dežman 126, 51, 60, 72, 74, 140, 153
Dias 23
Dohna 113
Dolenc 116
Dreher 107–108
Dudley 86–87
Durkheim 122

E

Engisch 37, 46, 62, 64–65, 90–91
Eser 41, 100–111, 115, 161

F

Fabjančič 21
Ferlinc 90
Feuerbach 136, 153
Fichte 86
Filipčič 26, 93–94, 96, 98
Fletcher 20–21, 116, 121, 135, 141–142
Frank, Reinhardt 15–16, 109–111
Frank, Stanko 21, 122
Freudenthal 110–111
Fukuda 152

G

Gallas 18,101
Gimbernat 23
Goldschmidt 15, 110
Grozđanić 132
Günther 84, 91–95

H

Hälschner 31
Hassemer 86,88
Hegel 31, 86
Hirsch 101
Hume 59
Husserl 16

J

Jakobs 33
Jakulin 26, 48, 133, 141, 149
Jaspers 86
Jescheck 16, 19, 23, 29–30, 35–37, 45,
47, 49–51, 57, 60–62, 65, 67–68, 71,
78, 86, 90, 94, 101–103, 112–113, 115,
119, 124, 126–130, 134, 140, 143–144,
153–154, 156–158, 160, 162, 164

K

Kanduč 122
Kant 15–17, 19, 22–23, 43–44, 86, 116,
121
Karakaš 96
Karneades 86–87
Kaufmann, Armin 33, 36
Kaufmann, Arthur 72, 77–78, 84–87,
90, 106–107, 112, 133, 155
Kelina 21, 121

Kindhäuser 43, 73, 134

Klein 42

Kohlrausch 154

Koriath 59, 74–75, 88

Körner 100

Korošec 25–26, 34, 46, 51, 70, 72, 84–
85, 87, 89, 93–94, 96, 98, 146, 157

Kos 59

Köstlin 31

Kreis 64

Kuhlen 62

Kunzmann 59

L

Lampe 32

Lazarević 142

Lekschas 20–21, 43, 116–117, 121

Lenckner 102

Liszt 13–14, 17, 19–20, 22, 31–33, 35,
83, 108–109, 154, 165

M

Maihofer 35

Maklecov 110, 116

Marxen 16–17, 19

Maurach 57, 153

Mayer 14–15, 42–44, 54

Mezger 15, 43, 50–51, 55, 58, 65, 80,
134, 138, 151

Moos 96

N

Neumann 137

Noll 86–87, 142

Novoselec 18, 20, 23, 36, 46–47, 51, 55, 57, 60, 63, 68, 72–74, 76, 78, 93, 97, 99, 101, 103, 109–112, 118–122, 124, 127–128, 130–133, 137, 143, 147–148, 150, 153, 155, 159, 163

Nowakowski 96

Ostendorf 16

Otto 136

P

Parker 86

Pavčnik 48, 102

Peters 101

Pufendorf 86

Puppe 62, 70, 72–74, 78

R

Radbruch 31, 34, 40, 154

Radovanović 21, 122

Roxin 18, 22–24, 27, 29–31, 33, 36–38, 46, 49–50, 53, 55, 57–59, 61–65, 67, 69–70, 74–78, 85–86, 90–92, 97, 100–103, 108, 111–115, 123, 126–127, 129, 136–137, 139–140, 142–147, 153, 159–160, 162

Rudolphi 35, 67–68, 75–76, 78, 92, 98–99, 131, 134–136, 143–146

S

Saeki 95

Saliger 146

Samson 69–70, 73, 75–76

Sartre 86

Schaffstein 16, 111

Schmidhäuser 52, 139, 149

Schmidt 35

Schneider 128

Schönke 102–103, 167

Schröder, Horst 102–103, 167

Schroeder, Friedrich Christian 21, 134, 136–137, 142–143, 151

Schumacher 111

Schünemann 23, 86, 107

Seidel 20–21, 116, 121

Singer 17, 20, 31, 42, 44, 112, 116, 118, 121, 154, 162

Skaberne 117

Spendel 71

Srzentić 22, 54, 116, 142

Stajić 22, 54, 116, 142

Stephens 86

Stojanović 93

Stratenwerth 33, 76, 78, 151–159

Š

Šelih 20–22, 25–26, 39, 51, 54, 70–72, 79–80, 83, 118–122, 125–127, 134, 139, 153, 155–156, 158, 163

T

Tolstoj 122

Trajnin 20, 43–44

Trechsel 86–87, 142

Triffterer 97, 134

U

Ulsenheimer 72, 77–78

Utevski 21, 121

V

Vodopivec 117

W

Wagner 17, 19

Weber 58

Weigend, Ewa 121

Weigend, Thomas 16, 19, 23, 29–30,
35–37, 45, 47, 49–51, 57, 60–62, 65,
67–68, 71, 78, 86, 90, 94, 101–103,
112–113, 115, 119, 124, 126–130, 134,
140, 143–144, 153–154, 156–158, 160,
162, 164

Welzel 17–18, 31–33, 51, 62–63, 101–
103, 111, 133–134, 138, 151

Wiedmann 59

Winkler 101

Wolf 43, 45

Wolter 23

Z

Zipf 57, 103, 153

Zupančič 83, 148

Novejše monografije Inštituta za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani

- 1996 Bojan Dekleva (ur.) : Nove vrste vzgojnih ukrepov za mladoletnike.
- 1997 Zoran Pavlović in dr.: Slabo ravnanje z otroki v Sloveniji – opažanje in obravnavanje.
- 1998 Katja Filipčič: Obravnavanje mladoletnikov – primerjalnopravni vidik.
- 1998 Zoran Kanduč, Damjan Korošec in Marko Bošnjak: Spolnost, nasilje in pravo.
- 1998 Bojan Dekleva: Droge med srednješolsko mladino.
- 1998 Zoran Kanduč: Kriminologija. (Stran)poti vede o (stran)poteh.
- 2002 Zoran Kanduč: Žrtve, viktimizacije in viktimološke perspektive.
- 2002 Bojan Dekleva, Špela Razpotnik: Čefurji so bili rojeni tu. Življenje mladih priseljencev druge generacije.
- 2004 Gorazd Meško (ur.): Preprečevanje kriminalitete – teorija, praksa in dileme.
- 2005 Zoran Kanduč (ur.): Kriminaliteta, družbeno nadzorstvo in postmodernizacijski procesi.
- 2005 Katja Šugman (ur.): Poligraf v kazenskem postopku.
- 2006 Zoran Kanduč (ur.): Droge, zapori, ženske – postmoderna družba in njene zasvojenosti.
- 2006 Katja Šugman (ur.): Izhodišča za nov model kazenskega postopka.
- 2006 Katja Filipčič (ur.): Uvajanje vzgojnih ukrepov dela v korist skupnosti in socialnih treningov.
- 2007 Zoran Kanduč: Kriminologija. (Stran)poti vede o (stran)poteh. 2. izd.
- 2007 Alenka Šelih (ur.): Sodobne usmeritve kazenskega materialnega prava. Gradivo za spremembe.
- 2007 Matjaž Ambrož: Kaznivo dejanje in njegove vrednostne prvine.
- 2007 Primož Gorkič, Matjaž Jager, Katja Šugman (ur.): Policija, državni tožilci in uspešnost preiskovanja kaznivih dejanj.
- 2007 Zoran Kanduč: Subjekti in objekti (ne)formalne socialne kontrole.