

ZAKLJUČNO POROČILO
O REZULTATIH OPRAVLJENEGA RAZISKOVALNEGA DELA
NA PROJEKTU V OKVIRU CILJNEGA RAZISKOVALNEGA
PROGRAMA (CRP) »KONKURENČNOST SLOVENIJE 2001 – 2006«

I. Predstavitev osnovnih podatkov raziskovalnega projekta

1. Naziv težišča v okviru CRP:

Učinkovita in cenejša državna uprava

2. Šifra projekta:

V5-0253

3. Naslov projekta:

Sodobne usmeritve materialnega kazenskega prava

4. Naziv nosilne raziskovalne organizacije:

Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

5. Trajanje projekta:

eno leto; 1. 10.2006 - 30. 9. 2007

6. Sofinancer/sofinancerji:

Ministrstvo za pravosodje

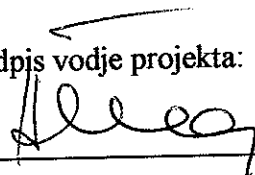
7. Šifra ter ime in priimek vodje projekta:

413

Alenka Šelih

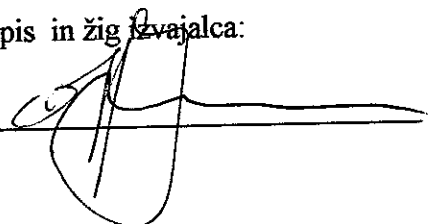
Datum: 26. 9. 2007

Podpis vodje projekta:





Podpis in žig izvajalca:



II. Vsebinska struktura zaključnega poročila o rezultatih raziskovalnega projekta v okviru CRP

1. Cilji projekta:

1.1. Ali so bili cilji projekta doseženi?

- a) v celoti
 b) delno
 c) ne

Če b) in c), je potrebna utemeljitev.

1.2. Ali so se cilji projekta med raziskavo spremenili?

- a) da
 b) ne

Če so se, je potrebna utemeljitev:

2. Vsebinsko poročilo o realizaciji predloženega programa dela¹:

I. Uvodno

Raziskovalni projekt, na katerega se nanaša zaključno poročilo, predstavlja drugi del projekta. V prvem so raziskovalci obravnavali predvsem probleme splošnega dela kazenskega prava, v drugem pa problematiko posebnega dela. Pri tem niso sistematično obdelali vseh problemov, temveč tiste, ki so jih ocenili kot problematične. Oba projekta in obe končni poročili sestavljata zato vsebinsko celoto.

II. Problemi splošnega dela

V projektu so obdelani naslednji problemi splošnega dela:

1. Pomen izrazov v kazenskem zakoniku

Skrčen obseg pomena izrazov v 126. členu KZ oziroma v XXIV. poglavju KZ na vsega sedem od do sedaj določenih petnajstih izrazov bi opravičeval nadaljnjo lokacijo te normativne vsebine v splošnem delu KZ in to morda celo v njegovem začetnem delu (npr. takoj za definicijo kaznivega dejanja). Izrazi »uradna oseba, vojaška oseba, zunajzakonska skupnost, listina, sila, motorno vozilo in majhna, večja ter velika premoženjska korist, škoda ali vrednost«, ki so vsi uporabljeni vsaj v dveh ali več poglavjih posebnega dela, pomenijo v resnici nekakšen miselni most med splošnim delom kazenskega zakona in kazenskopravnimi določbami posebnega dela ne glede na to, ali so določene v samem tem Kazenskem zakoniku ali pa zunaj njega. Glede na takšen pomen se tudi XXIV. poglavje lahko vključi pod določbo 6. člena KZ o veljavnosti splošnega kazenskega dela za vse kazenskopravne določbe v zakonih Republike Slovenije. Ob upoštevanju protipravnosti kot splošnega elementa kaznivega dejanja pa ta pomen izrazov lahko pomeni tudi miselni most med materialnim kazenskim pravom in vsemi drugimi pravnimi področji.

2. Pripravljalna dejanja

Ko inkriminira vse bolj zgodne faze izvršitve kaznivega dejanja zakonodajalec poseže po izjemno široko in abstraktno konceptualiziranih inkriminacijah, s katerimi zajame izjemno širok spekter življenjskih primerov, od dejansko manj nevarnih in zavržnih do takšnih, ki pomembno ogrozijo ali poškodujejo kazenskopravno dobrino. Zakonodajalec se za tovrstne inkriminacije odloča na podlagi političnih kriterijev. Ti so povečini izraz splošnih strahov, nanašajo se na generične tipe ravnanja, konkretni obdolženec pa je objektiviziran. V takšnem pravnem okvirju morajo obstajati instituti splošnega dela kazenskega prava in procesnega kazenskega prava, ki omogočajo sodiščem sorazmerno odločanje. V primeru izjemno širokih inkriminacij za sorazmerno odločitev namreč pogosto ne zadošča kaznovalni okvir, znotraj katerega sme sodišče izreči in odmeriti kazensko sankcijo (praviloma je pri tovrstnih inkriminacijah ta okvir strog).

Po drugi strani se s tem pozornost usmeri na odločanje pravosodnih organov, zlasti sodišč. Ob tem, ko sta zakonodajna in posredno izvršna veja oblasti pod pritiskom mednarodnih institucij, da širita cono kriminalnosti, ki jo (domnevno) opravičuje nova varnostna situacija v svetu, je sodna veja oblasti branik pred preveliko inkluzivnostjo tovrstnih inkriminacij in pred zlorabami. S tega vidika je pomembno poudarjati pomen avtonomnega in kreativnega pristopa odločanju v konkretnih primerih, pravne kulture, zlasti pa načela delitve oblasti in v tem okvirju neodvisnega položaja sodne veje oblasti.

¹ Potrebno je napisati vsebinsko raziskovalno poročilo, kjer mora biti na kratko predstavljen program dela z raziskovalno hipotezo in metodološko-teoretičen opis raziskovanja pri njenem preverjanju ali zavračanju vključno s pridobljenimi rezultati projekta.

Edini sprejemljivi in dopustni način inkriminiranja pripravljalnih dejanja je zato tisti, pri katerem zakonodajalec opredeli zakonske znake sui generis kaznivega dejanja natančno in restriktivno ter jih osamosvoji od kaznivega dejanja, ki se ga pripravlja.

3. Načelo ultima ratio

Načelo Ultima Ratio (UR) kot eno izmed temeljnih načel kazenskega materialnega prava zakonodajalcu nalaga zadržanost. Nalaga mu, da kazensko pravo oz. kazenskopravno silo kot odziv na določena škodljiva dejanja uporabi šele takrat, ko milejših sredstev ni (več) na voljo. Ker kazensko pravo predpisuje in z zakonom določa najhujše posege v svobodo posameznika, ga pravilno uporabimo zgolj in šele kot zadnje sredstvo.

V teoriji se v zvezi s tem odpirajo številna vprašanja kot so: gre pri UR za materialno ali »zgolj« za formalno načelo (glej v nadaljevanju), kakšna je njegova pravna narava, pravni status, se to načelo naslavlja zgolj na zakonodajalca ali tudi na sodnika v konkretni zadevi, itn... Mimo tovrstnih pravnih dilem pa bi lahko rekli, da načelo UR na nek način predpostavlja, da ima zakonodajalec kolikor toliko jasno predstavo o tem, kateri so različni možni odzivi na neko družbeno škodljivo dejanje oz. pojav. Še več, njegovo optimalno izvajanje predpostavlja zakonodajalca, ki ima zadovoljivo in realno predstavo o kratkoročnih in dolgoročnih učinkih posameznih orodij v danih konkretnih okoliščinah. Na podlagi te predstave in predvidevanj nato v idealnih razmerah najprej uporabi vsa druga sredstva, ki so mu na voljo in se h grožnji s kaznijo kot najhujšo sankcijo zateče šele takrat, ko nima več druge izbire.

4. Privolitev pacienta v kazenskem pravu

Privolitev pacienta je v slovenski kazensko pravni doktrini obdelana pomanjkljivo. Iz analize predvsem liberalnih struj v doktrini privolitve oškodovanca v nemško govorečih državah, ki so se tam uveljavile kot vodilne, izhaja, da bi se bilo treba zavzeti za doslednejše in bolj sistematično spoštovanje samoodločbe in avtonomije posameznika kot potencialne žrtve kaznivega dejanja in še posebej kot bolnika tudi v Sloveniji. To je mogoče doseči le z doslednejšo uporabo institutov privolitve oškodovanca in domnevane privolitve oškodovanca kot splošnih institutov materialnega kazenskega prava in zlasti znotraj splošnega pojma kaznivega dejanja.

5. Kazenske sankcije

Sistem kazenskih sankcij .- V okviru tega sklopa so raziskovalci opozorili na naslednje probleme: v zvezi s sistemom kazenskih sankcij se zastavlja vprašanje, ali ne bi bilo pravilneje izločiti celoten kompleks mladostniškega kazenskega prava, ki predstavlja določeno celoto in posebnost, tudi na zakonodajni ravni kot samostojno celoto. V zvezi s kazenskimi sankcijami bi to pomenilo, da se vzgojni ukrepi in kazni za mladostnike izločijo oz kazenskega zakonika.

V zvezi z varnostnimi ukrepi je že nekaj časa prisotno stališče, da ti ukrepi medicinske narave nimajo mesta v kazenskem pravu, saj se izrekajo storilcem, ki niso kazensko odgovorni. Zato nekateri zagovarjajo stališče, da bi bilo te ukrepe potrebno izločiti iz kazenskega prava, zagotoviti v drugem zakonodajnem okviru ukrepe te narave in njihovo izrekanje ter zagotoviti potrebne pravne garancije, ki bi varovale človekove pravice v postopkih izrekanja ukrepov zdravstvene narave za neprištevne storilce kaznivih dejanj.

Raziskovalci so se zavzeli za to, da se na zakonodajno raven ponovno vključi namene kazenskih sankcij in posebej kaznovanja; med temi nameni mora najti svoje mesto tudi namen resocializacije.

V okviru kazni kot temeljne vrste sankcij je potrebno zagotoviti alternativne oblike za kazen zapora, predvsem več oblik pogojne obsodbe in delo v korist lokalne skupnosti ter več oblik izvrševanja kazni zapora. Razmisliti velja tudi o takšni določbi v zvezi s kazenskimi sankcijami, ki bi omogočala izvajanje posamezne nove sankcije na omejenem

območju za časovno omejeno obdobje (eksperimentalno).

Sodni nadzor izvrševanja kazni zapora : Po veljavni slovenski zakonodaji imajo sodišča del pristojnosti, katere imajo »izvršilni sodniki« v državah, ki to institucijo poznajo, vendar pa sta nadzor nad izvrševanjem kazni zapora in varstvo pravic oseb, ki prestajajo zaporno kazen, še vedno v pravi vrsti upravna. Predsednik okrožnega sodišča, na območju katerega obsojenec prestaja kazen zapora, sicer ima določene možnosti in dolžnosti nadzorstva, vendar pa je to nadzorstvo izrazito podnormirano, zato obstaja nevarnost, da ostane mrtva črka na papirju.

Spričo dejstva, da so človekove pravice oseb, ki prestajajo zaporno kazen, potencialno še posebej ogrožene, so v številnih evropskih državah izpeljali zakonodajne reforme, katerih cilj je bila »judicializacija« izvrševanja kazni zapora. Z vidika varstva pravic oseb, ki prestajajo kazen zapora, bi bilo tudi za Slovenijo priporočljivo, da bi v bodočih reformah kazenske zakonodaje utrdili in nadrobneje uredili vlogo sodišč pri izvrševanju kazni zapora.

6. Implementacije Rimskega statuta v slovenski pravni red.

V luči povedanega je mogoče za vključitev poveljniške odgovornosti v slovenski pravni red izoblikovati naslednja priporočila:

1. Ločeno je treba obravnavati štiri nianse poveljniške odgovornosti:

a) naklepno nepreprečitev kaznivih dejanj podrejenih;

b) malomarno nepreprečitev kaznivih dejanj podrejenih (znotraj te nianse je mogoče nadalje diferencirati kaznovalni okvir glede na to, ali je šlo za naklepno ali malomarno opustitev nadzorstva);

c) naklepno opustitev predložitve zadeve v preiskavo in pregon;

e) malomarno opustitev predložitve zadeve v preiskavo in pregon;

2. Pri prvi obliki poveljniške odgovornosti (niansa pod točko 1.a) mora biti nadrejeni obravnavan, kot da bi kazniva dejanja izvršil sam, pri ostalih pa mileje.

3. Nianse pod 1.b, 1.c in 1.d. morajo biti oblikovane kot posebna kazniva dejanja, in ne kot oblika udeležbe.

4. Prag krivdnega ravnanja pri malomarnosti mora biti za vojaške poveljnike nižji (strožji) kot za civilne nadrejene.

5. Z vojaškimi poveljniki je treba izrecno izenačiti osebe, ki imajo v enotah dejansko moč poveljevanja ali vodenja in nadzora, s civilnimi nadrejenimi pa osebe, ki imajo v civilnih organizacijah ali podjetjih dejansko moč vodenja in nadzora.

III. Problemi posebnega dela

Pri tem področju so raziskovalci obdelali tista vprašanja posebnega dela, za katera so presodili, da so sedaj sprejete rešitve v kazenskem zakoniku potrebne kritične presoje in morebitnih sprememb. Gre za naslednje sklope problemov:

1. Hudodelska združba in inkriminiranje njenih dejavnosti

V Kazenskem zakoniku bi bilo potrebno določiti bistvene znake kaznivega dejanja organiziranja in sodelovanja v hudodelski združbi. Ti znaki bi morali imeti tri sestavine, in sicer: 1) tisto, ki se nanaša na oblike in stopnje organiziranosti skupine kot na primer: število članov, njihove medsebojne povezave, strukturiranost in hierarhija, način komunikacije med člani, razdelitev vlog in drugo.

2) tisto, ki se nanaša na skupni cilj, namen, ideologijo, ko ne gre samo za splošne in abstraktne opredelitve tega cilj ali namena, marveč tudi za njuno nadrobnejšo obdelavo v obliki plana s personalnimi, organizacijskimi, finančnimi itd. sestavinami. To je pomembno še zlasti zato, ker mora preiskava za nazaj ugotoviti, ali so dejansko izvršena

dejanja v vzročni, funkcionalni in subjektivni zvezi s planom, oziroma cilji in nameni, ki naj jih uresniči plan. S stališča vladavine prava je zelo vprašljiva obsodba kake osebe za dejanje, ki ga je storil nekdo drug in ki tudi sicer ni bilo nesporen sestavni del zločinskega načrta, ali bi iz njega izviralo.

3) v zvezi s tem pa je tudi tretji element, in sicer subjektivni, ki pomeni, da je obdolženi ne samo vedel za skupne zločinske cilje in za plan za njihovo izvedbo, marveč, da je pri izvedbi naklepno sodeloval. Pri tem seveda ni izključeno tudi kakšno nepravo opustitveno dejanje, nikakor pa ne pride v poštev malomarnost, zlasti ne nezavestna. Dejanje je po naravi stvari mogoče storiti samo naklepno, ker morata tako organizator, kakor tudi član hudodelske družbe imeti zavest o skupnem hudodelskem cilju in načrtu, zavest o pripadnosti takšni združbi, zavest o kaznivih dejanjih, ki jih namerava izvršiti (izvrševati) in voljo sodelovati pri tej dejavnosti.

2. Terorizem

Opravljena analiza je pokazala, da bi bilo potrebno dopolniti besedilo 355. in 388. člena z tremi izvršitvenimi dejanji (velika tatvina in njej podobna premoženjska dejanja, izsiljevanje in ponarejanje dokumentov), ki jih najdemo v 3. členu Okvirnega sklepa. Sicer pa se zdi, da je mreža, ki jo spleta naš KZ dovolj na gosto stkana, da ji ne more pobegniti nihče, ki je grozil, poskušal ali izvršil katero od terorističnih kaznivih dejanj

Čeprav se analiza ni obširneje ukvarjala z odgovornostjo organizatorja hudodelske združbe, se zdi, da bi bilo koristno preučiti institut s tem imenom iz KZ SFRJ (26. člen). Spričo novih konstrukcij »poveljniške odgovornosti« iz Rimskega statuta in spričo modela joint criminal enterprise, ki ga uporablja Haaško sodišče za nekdanjo Jugoslavijo, kaže, da smo določbo 26. čl. KZ SFRJ prehitro in preveč na lahko označili kot nedemokratično. Primerjava z omenjenima novostma iz mednarodnega kazenskega prava pove, da je določba o odgovornosti organizatorja hudodelske združbe natančneje, teoretično bolj čisto, predvsem pa je odgovornost za izvršena kazniva dejanja omejevala na organizatorja, ne pa kar povprek tudi na vse člane skupine (združbe) in udeležence »skupnega kriminalnega podviga«.

Toda ob vseh naporih za to, da bi že na normativni ravni preprečili kršitve postulatov vladavine prava, ostaja zelo široko polje za razlago odprtih in nepreciznih, dvoumnih itd. določb. Zato je izjemno pomembno nenehno opozarjati na pasti in nevarnosti, ki jih takšne določbe lahko pomenijo za človekovo svobodo in njegove pravice.

3. Inkriminacija mučenja

Konvencija proti mučenju OZN je eden temeljnih instrumentov mednarodnopravnega varovanja človekovih pravic, z izrazitim težiščem na kazenskem pravu. Odbor proti mučenju OZN očita Sloveniji, da svojega materialnega kazenskega prava nima v zadostni meri usklajenega z njenimi določbami. Slovensko materialno kazensko pravo s konstrukcijo stekov različnih inkriminacij skupaj z zelo široko definicijo uradne osebe inkriminira mučenje podobno kot velika večina držav. S tem brez dvoma v veliki meri zagotavlja ustrezno kaznivost mučenja v smislu konvencije.

Zlasti s kriminalitetnopolitičnega vidika res ni videti prav prepričljivih argumentov, zakaj si mučenje v konvencijskem smislu ne bi zaslužilo še posebne inkriminacije tudi v slovenskem KZ, podobno kot sta posebej inkriminirana npr. terorizem ali genocid. Pri tem bo treba skrbno paziti, da s skrajno vsebinsko široko in kompleksno definicijo mučenja, kot jo pozna Konvencija proti mučenju OZN ne bi v slovensko kazensko pravo uvozili z vidika načela zakonitosti (zlasti določnosti norme kot vidika zakonitosti) nevzdržne, za razne zlorabe na široko odprte inkriminacije ali vsaj neproduktivne, neuporabne norme. Seveda pa velja tudi glede mučenja: bistveno bolje ne spreminjati KZ, kot ga spreminjati nepremišljeno, delno, neuravnoteženo in brez upoštevanja in spoštovanja kazenskopravne

stroke.

4. Nasilje v družini

Po opravljeni razčlembi avtorica, ki je pripravila to vprašanje predlaga, da se v okviru poglavja »kazniva dejanja zoper zakonsko zvezo, družino in mladino« oblikuje novo kaznivo dejanje »nasilništvo v družini« in se glasi:

»Nasilništvo v družini

(1) Kdor družinskega člana hudo žali, z njim grdo ravna, mu dela nasilje ali ogroža njegovo varnost in s tem pri drugih družinskih članih povzroči ogroženost, hudo ponižanje ali prestrašenost

se kaznuje z zaporom do dveh let.

(2) Če storilec dejanja iz prvega odstavka tega člena družinskega člana lahko telesno poškoduje,

se kaznuje z zaporom do treh let.«

Nova inkriminacija v primerjavi s sedanjo inkriminacijo nasilja v družini v okviru 299.čl. KZ ne prinaša sprememb izvršitvenih ravnanj. Povzročitev posledice v družini oziroma pri družinskih članih še vedno ostaja objektivni pogoj kaznivosti, ki ga loči od klasičnih kaznivih dejanj zoper življenje in telo posameznika. Poleg občutkov ogroženosti in prestrašenosti, ki naj bi jih opisana dejanja povzročila pri družinskih članih, je dodano še hudo ponižanje (črtan pa je občutek zgražanja, ki ni prevladujoč pri nasilju v družini in je posredno zajet že v preostalih dveh pojmih). Pomembno je, da je dodan tudi ta občutek kot posledica nasilnih dejanj, saj je značilen za odrasle, samostojne družinske člane, za katere ne moremo trditi, da jih je zaradi zavedanja nasilja v družini strah za lastno varnost. S tem pogojem je tudi jasno pokazano, da niso samo mladoletni otroci tisti, katerih strah je pogoj, da je nasilje med partnerjema kaznivo dejanje po tem členu. Ta sprememba pa predstavlja razširitev inkriminacije, zajete v sedanjem 299. členu Kazenskega zakonika.

5. Kazniva dejanja zoper spolno nedotakljivost, krvoskrunstvo; spolno izkoriščanje otrok; prostitucija

Spolna nedotakljivost - Posamezne države imajo tudi znotraj Evrope včasih presenetljivo različne tradicije in pristope h kazenskopravni obravnavi spolnosti, tu in tam najdemo tudi kakšne primerjalnopravno zelo unikatne zasuke in odmike od povprečij in večin. Vse, kar ni povprečno in večinsko, seveda ni nujno slabo. Na podlagi povedanega pa se vendarle kaže potreba po temeljiti prevetritvi nekaterih slovenskih posebnosti na področju spolnega kazenskega prava.

Sem sodi najprej slovenska raba instituta hujše posledice. Logična, sistemska in kriminalitetnopolitično racionalna raba instituta hujše posledice v posebnem delu slovenskega KZ je brez dvoma cilj, ki se vsiljuje kar sam, vsaj dokler KZ ta institut pozna v splošnem delu. Odpovedovati se institutu hujše posledice posebej pri naklepnih nasilnih deliktih zoper osebne dobrine in še prav posebej le pri spolnih deliktih, po mojem mnenju sploh ni kazenskopravno utemeljivo. Potencial, ki ga omenjeni institut na področju spolnih deliktov nudi za večjo diverzifikacijo kazenskih okvirov (kot to omogočajo splošni kazenski okviri znotraj pravih stekov kaznivih dejanj), v Sloveniji brez dogmatično utemeljenih razlogov ni izkoriščen oziroma taka diverzifikacija (ki je v svetu očitno trend sodobnega spolnega kazenskega prava) v Sloveniji vsaj ni ustrezno kazenskopravno zavrnjena kot cilj.

Razvoj spolnega kazenskega prava v svetu, moderno razumevanje osebnostnih, človekovih in ustavnih pravic zelo jasno in nedvoumno kažejo na opuščanje posebnih inkriminacij, usmerjenih zgolj v prodiranje spolnega uda v nožnico (klasičnih definicij posilstva). Varovanje notranjosti telesa pred penetrativnimi spolnimi praktikami »ne glede na vstopna vrata« se je tako rekoč absolutno uveljavilo kot poseben (pod)cilj spolnega kazenskega prava. Tradicionalno ozko razumljeni koitus, to je spolno občevanje kot nožnično spolno občevanje je v sodobnem spolnem kazenskem pravu izgubil svoj smisel in kot zakonski znak ni več potreben oziroma je arhaičen ali celo odkrito diskriminatoren.

Slovensko kazensko pravo doslej ni prepričljivo vztrajalo na ozki razlagi pojma spolno občevanje niti tega v luči vrednostno prepričljivih sodobnih trendov spolnega kazenskega prava po svetu ne more. Za kvalificirane oblike spolnega prisiljenja je treba nedvoumno priznati tako nožnično, kot zadnjično in ustno spolno občevanje (vaginalni, analni in oralni koitus) in vse s temi oblikami vrednostno izenačljive prodorne spolne praktike (uvajanje prstov, predmetov, jezika ipd. v nožnico, zadnjik, morda v ustrezno hudih oblikah tudi v usta).

Spremembe definicij spolnih napadov na mladoletne, ki jih je slovensko kazensko pravo doživljalo z zadnjimi spremembami KZ, so doktrinarno diletantske. V prispevku zgoraj so kot take dovolj natančno prikazane in kričijo po umiku iz kazenskega prava oziroma po radikalnih reformulacijah na podlagi temeljitih doktrinarnih analiz.

Slovensko izrecno omejevanje kvalificiranih oblik nekaterih spolnih deliktov na sukcesivno udeležbo, še posebej očitno izključevanje simultane sotorilstvene udeležbe v določbi 181/II. člena KZ, ne kriminalitetnopolitično ne kako drugače ni smiselno in se mu kaže odpovedati.

Posebno kazenskopravno varstvo spolnosti zapornika (ki je sicer z vseh vidikov sodobno) kaže raztegniti na vse osebe, ki jim je (uradno) odvzeta prostost. Ni prepričljivih razlogov, zakaj bi bili glede varovanja spolne samoodločbe prav zaporniki kot kategorija oseb z odvzeto prostostjo oziroma omejeno svobodo gibanja v posebnem položaju.

Krvoskrustvo - Posebne inkriminacije incestnih ravnanj z otrokom so ob vzporednih inkriminacijah različnih zlorab položaja ali odvisnosti za spolna ravnanja in spolnih ravnanj z otrokom v določbah I. in zlasti II. odstavka 184. člena in 183. člena, še posebej III. odstavka KZ, vsaj logično odveč. Tradicija ne more utemeljevati ohranjanja logično odvečnih inkriminacij.

Spolno izkoriščanje otrok - Svet Evropske unije (v nadaljevanju Svet) je 22. decembra 2003 sprejel Okvirni sklep o boju proti spolnemu izkoriščanju otrok in otroški pornografiji (v nadaljevanju Okvirni sklep), ki je začel veljati 21. januarja 2004. Izhodišča za sprejetje so bila, da sta spolno izkoriščanje otrok in otroška pornografija hud poseg v človekove pravice, zlasti v temeljno pravico otroka do skladne vzgoje in razvoja. Po oceni Sveta je otroška pornografija še posebej zaskrbljujoča oblika spolnega izkoriščanja otrok, ki se v zadnjem času hitro razrašča in širi s pomočjo novih tehnologij, zlasti interneta. Zato Svet ugotavlja, da je treba proti spolnemu izkoriščanju otrok in otroški pornografiji na ravni EU nastopiti z usklajenimi instrumenti kazenskega prava, vključno z učinkovitimi, sorazmernimi in odvratilnimi sankcijami ter najširšim možnim pravosodnim sodelovanjem. Vendarle pa Okvirni sklep v uvodnih določbah poudarja, da se »skladno z načeli subsidiarnosti in sorazmernosti omejuje na minimum, ki je potreben za doseganje omenjenih ciljev na evropski ravni, in ne posega globlje, kot je treba za ta namen«.

Slovensko kazensko pravo je z Okvirnim sklepom v precejšnji meri usklajeno. Nekateri deli, kjer slovensko kazensko pravo z Okvirnim sklepom ni usklajeno, niso posebej problematični, saj Okvirni sklep glede nekaterih svojih zahtev dopušča možnost izjem (dopušča, da države članice nekaterih ravnanj ne inkriminirajo).

Dosledna izpeljava koncepta, v skladu s katerim morata biti že pridobitev in posest otroške pornografije sami po sebi kaznivi vodi v kazensko pravo, po katerem je posameznik lahko kazensko odgovoren, ker je obiskal spletne strani z določeno vsebino. Odgovarja lahko celo, če jih je obiskal nehote, pa ni zbrisal vsebine iz predpomnilniškega prostora na trdem disku računalnika (cache), saj je s tem postal »posestnik«. Na podlagi povedanega se zdi, da evropski zakonodajalec v svojih, sicer nesporno legitimnih, prizadevanjih omejiti trg otroške pornografije vendarle ni ostal pri »minimumu, ki je potreben za doseganje ciljev«, temveč je posegel globlje (vprašanje je seveda, ali se je možnih posledic ob snovanju Okvirnega sklepa zavedal). Okvirni sklep zdaj velja in je kakršen je, državam članicam pa na tej točki ne preostane drugega, kot da pri implementaciji skušajo najti načine, kako vsebino Okvirnega sklepa v nacionalno kazensko pravo prelitati čim bolj modro, brez pretirane gorečnosti in kar se da v duhu načela ultima ratio.

Prostitucija - Kazenskopravni sistemi po Evropi se danes praviloma ne borijo proti prostituciji sami po sebi, temveč proti določenim izkoriščevalskim praksam, ki prostitucijo pogosto spremljajo. Na takšen način je oblikovana tudi določba 185. člena slovenskega KZ (Zloraba prostitucije), ki ne inkriminira (več) kakršnega koli sodelovanja pri tuji prostituciji, temveč le različne oblike zlorab osebe, ki se prostituira. Kljub temu, da je zakonski znak »izkoriščanje«, ki ga je z namenom oženja polja kaznivosti uporabil slovenski zakonodajalec, vsebinsko zelo odprt, menim, da zaenkrat niso potrebni nadaljnji zakonodajni posegi, ki bi pojem nadomestili z določnejšim opisom izvršitvenih oblik. Kot je bilo pokazano, bi v takšnem primeru lahko prišlo do obširnega kazuističnega naštevanja, kar nomotehnično ni zaželeno. Določnejša zamejitev pojma »izkoriščanje« je zlasti naloga sodne prakse, ki bo skozi obravnavo konkretnih zadev pojem postopno vsebinsko napolnila. Obravnavani judikati kažejo, da naša sodišča v tej smeri že delujejo. Opozoriti pa velja, da je pojem »izkoriščanja« treba – tako kot vse druge kazenskopravne pojme, ki utemeljujejo kaznivost – razlagati restriktivno. Zato ne zadošča, da se izkoriščanje utemeljuje z »zasledovanjem finančnih koristi« oziroma »delovanjem za plačilo«, temveč je treba raziskati tudi prakso delitve dohodka: samo prejemanje dohodka namreč ni izkoriščevalsko, izkoriščevalska je lahko šele delitev dohodka.

6. Kazniva dejanja na področju delovnih razmerij

Primerjalno pravni pregled kaže, da številni pravni sistemi varujejo pravice, ki izhajajo iz delovnega razmerja, tudi s kazenskim pravom. Očitno je, da gre za pravice, ki so tako pomembne, da jih v večini držav varujejo tudi s kazenskim pravom. Vprašanje pa je, koliko je kazenskopravno varstvo teh pravic lahko učinkovito. Obstaja nevarnost, da se zadovoljimo z ugotovitvijo, da gre za pravice, ki uživajo kazenskopravno varstvo, pri tem pa pozabimo, da bi bilo pravno varstvo z drugimi pravnimi sredstvi morda bolj učinkovito. Pri varovanju pravic namreč ni toliko pomembno, s katero pravno vejo so varovane, kakor to, kako učinkovito je varstvo.

7. Sodobna gospodarska kriminaliteta;

De lege ferenda je priporočljivo, da bi bile inkriminacije posameznih kaznivih dejanj bolj dodelane, ožje, specializirane oziroma precizirane in zlasti usklajene s širšim področjem gospodarskega prava, ki ga določbe 24. poglavja KZ v končni fazi varujejo. Pregled inkriminacij gospodarskih kaznivih dejanj de lege lata namreč kaže, da so v določenem delu nenatančne, sporne in/ali pomanjkljive. Oziroma konkretnije:

a.) insolvenčna kazniva dejanja:

naziv kaznivega dejanja lažnega stečaja je neustrezen – ustrenejši bi bil npr. naziv »goljufivi stečaj«;

neustrezna je uporaba terminologije v opisu kaznivega dejanja povzročitve stečaja z nevestnim gospodarjenjem (primerna bi bila zamenjava terminov »upravljanje s premoženjem« in »vodenje gospodarske dejavnosti« s terminom »finančno poslovanje«).

b.) kazniva dejanja s področja varstva konkurence in industrijske lastnine:

sporna je nejasna določba drugega odstavka 235. člena KZ (kaznivo dejanje preslepitve pri pridobitvi posojila ali ugodnosti), iz katere ni razvidno, ali je predvidena kaznivost nenamenske uporabe posojila, ki je bilo pridobljeno s preslepitvijo; ali pa je kazniva nenamenska uporaba posojila, ki je bilo sicer pridobljeno legalno;

v kaznivem dejanju neupravičene uporabe tuje oznake ali modela je sporna navedba žiga, ki v našem pravnem redu ni opredeljen ne kot pravica, ne kot predmet (objekt) industrijske lastnine. Neustrezna je tudi uporaba termina »oznaka o geografskem poreklu« v opisu tega kaznivega dejanja po 238. členu KZ, saj Zakon o industrijski lastnini to pravico industrijske lastnine poimenuje kot »geografsko označbo«;

glede kaznivega dejanja neupravičene uporabe tujega izuma ali topografije ni jasno, zakaj je inkriminacija poleg izuma omejena zgolj na topografije polprevodniškega vezja. V pravu industrijske lastnine imajo enako sui generis varstvo kot topografija polprevodniškega vezja tudi npr. rastlinske sorte;

kot pomanjkljivost slovenskega KZ je mogoče označiti tudi odsotnost inkriminacije dogovorov, ki omejujejo konkurenco pri javnih naročilih (to je npr. izrecno opredeljeno kot kaznivo dejanje v § 298 nemškega StGB, pa tudi v §168b avstrijskega StGB).

c.) kazniva dejanja, povezana z vrednostnimi papirji:

sporno je, kaj se šteje za vrednostni papir v kazenskem pravu. V zakonu bi bila priporočljiva minimalna opredelitev, da je vrednostni papir v kazenskopravnem smislu tisti, 1.) ki je izdan na podlagi predpisa in ki vsebuje vse bistvene sestavine, ki se v obligacijskem pravu zahtevajo za vrednostni papir; 2.) za katerega zakon določa, da je vrednostni papir oziroma na katerem je izrecno označeno, da gre za vrednostni papir; in 3.) ki izpolnjuje pogoj formalnosti (v smislu forme), se pravi, da je izdan v vnaprej predpisani obliki (bodisi kot listina, kot zapis na elektronskem mediju ipd.) z namenom posredovanja v obtok;

v okviru 236. člena KZ je inkriminirana preslepitev pri poslovanju z vrednostnimi papirji, izmed izvedenih finančnih instrumentov pa pridejo v poštev le opcije. Vprašljivo je, zakaj niso v okviru 236. člena KZ enakovredno obravnavani vsi izvedeni finančni instrumenti;

vprašljiva je notranja skladnost prvega odstavka 243. člena KZ, saj je dejstvo, da storilec notranje informacije ne more niti posredno, niti neposredno izkoristiti za nakup ali prodajo vrednostnega papirja ali izvedenega finančnega instrumenta, če se z njima ne trguje.

Glede na stanje v praksi se zdi, da v slovenski zakonodaji manjka tudi inkriminacija površnega vodenja poslovnih knjig – v Nemčiji je npr. kaznivo naklepno ali malomarno kršenje dolžnosti vodenja poslovnih knjig (§ 283b StGB, Verletzung der Buchführungspflicht). Pri nas je takšen odnos do poslovne dokumentacije inkriminiran le kot eden izmed možnih izvršitvenih načinov kaznivega dejanja lažnega stečaja iz 232. člena KZ, Urejena poslovna dokumentacija je eden bistvenih garantov za transparentno in zakonito poslovanje gospodarskega subjekta, poleg tega pa lahko organi pregona iz nje ob ustreznem poznavanju pravil o vodenju poslovnih knjig razberejo morebitne nezakonite

posle in transakcije. Takšno kaznivo dejanje bi bilo skoraj zagotovo pogosto spremljevalno kaznivo dejanje pri težjih oblikah gospodarskega kriminala.

d) kaznivo dejanje poslovne goljufije

V zvezi s kaznivim dejanjem poslovne goljufije, ki je uzakonjeno v 234.a členu KZ, sta se pojavila dva predloga: po prvem naj bi se predpisane kazni znižale, po drugem naj bi se kaznivo dejanje v celoti odpravilo. Kazensko pravo res ni primeren mehanizem za urejanje družbenih razmerij in s tem za reševanje sicer zelo perečega vprašanja finančne (ne)discipline v našem gospodarstvu. Vendar pridobivanje kapitala in s tem praviloma konkurenčne prednosti na račun drugih gospodarskih subjektov ali celo fizičnih oseb z naklepnim goljufivim sklepanjem poslov ustreza pojmu nevarnosti, ki se zahteva za opredelitev takega dejanja kot kaznivega. Pri tem je treba opozoriti, da takšno ravnanje izpolnjuje (tudi) zakonske znake kaznivega dejanja goljufije iz 217. člena KZ. Pri poslovni goljufiji je odsotnost zakonskega znaka goljufivega namena pri sklenitvi posla vsekakor sporna, prav tako je sporno to, da dejanska plačilna nezmožnost posameznika ali posameznega gospodarskega subjekta ni ovira za obsodilno sodbo za poslovno goljufijo. Zato se upniki čedalje pogosteje poslužujejo kazenskih ovadb in adhezijskega postopka, da pridejo do poplačila svojih terjatev, sodišča pa v takih primerih izrekajo pogojne obsodbe z nizko določeno zaporno kaznijo, kratko preizkusno dobo in dodatnim pogojem, da mora storilec v določenem času poravnati dolg do oškodovanca. Namen kazenskega prava je s takšno prakso gotovo presežen, zato bi kazalo razmisliti o ustrezni spremembi zakonodaje na tem področju.

e) kaznivo dejanje zavarovalniške goljufije

je v celoti zajete v kaznivem dejanju goljufije v 217. členu KZ, njihova dokončna pravna kvalifikacija pa lahko zajema tudi katero drugo kaznivo dejanje v steku z goljufijo (umor, požig ipd.). Tak sistem omogoča pregon za najrazličnejše pojavne oblike zavarovalniških goljufij, zato ni potrebe po njegovem spreminjanju in uvajanju novega kaznivega dejanja, ki bi se od goljufije iz 217. člena KZ razlikovalo le po izrecni zakonski opredelitvi oškodovanca.

f) Kaznivo dejanje »ustvarjanja monopolnega položaja« (231. člen KZ)

Ta inkriminacija ni skladna z določbami konkurenčnega prava in jo je potrebno uskladiti z njim. Navedena uskladitev je možna v dveh smereh, in sicer bodisi s pomočjo uporabe blanketne inkriminacije ali pa brez nje; spremeniti pa bi bilo potrebno tudi samo poimenovanje kaznivega dejanja.

8. Inkriminacije s področja biomedicine;

Posamezno ravnanje s področja sodobne biomedicine mora izpolnjevati naslednje tri predpostavke, da bi lahko bilo inkriminirano:

- biti mora moralno-etično nevredno (pogoj vsebinske legitimnosti represije);
- obstajati mora široko družbeno soglasje o nevrednosti takšnega ravnanja (pogoj formalne legitimnosti represije);
- posegati mora v določene pravno zavarovane dobrine.

Način, na katerega posamezno ravnanje inkriminiramo, če se to pokaže za potrebno, pa mora izpolnjevati naslednje predpostavke:

- dosledno upoštevanje zahtev načela zakonitosti, kot je bilo to zgoraj opisano, skupaj z upoštevanjem nomotehničnih posebnosti kazenskega prava;
- določitev inkriminacije na tak način, da je praktično uporabljiva: njeni znaki morajo biti dokazljivi, dejanja je v praksi v resnici mogoče odkriti in preganjati, pri izvajanju določb pa je mogoče doseči tolikšno stopnjo enakosti, da je pravilo še mogoče šteti za pošteno;
- kaznen oziroma druga kazenska sankcija, ki je za dejanje predpisana, naj bo

sorazmerna z njegovo naravo, težo in nevarnostjo ter uravnotežena s sankcijami za druga kazniva dejanja.

Razmislek o morebitnih novih inkriminacijah bi bil primeren zlasti na naslednjih področjih: nadomestno materinstvo; biomedicinski poskusi na človeku; kazenskopravno varstvo nerojenega človeškega bitja; biomedicinska ravnanja, ki kršijo načelo človekove enkratnosti.

9. Kazenskopravni vidike trgovine z ljudmi;

Načelo ultima ratio, po katerem naj bi se zatekli h kazenskopravni prepovedi kot zadnjemu sredstvu (last resort), ne velja le za sprejemanje nove kazenske zakonodaje, novo inkriminiranje, novo širitev polja kriminalnosti, temveč tudi za razširjanje in podobno spreminjanje obstoječe zakonodaje. Pogodbe se seveda mora spoštovati in konvencija je mednarodni sporazum, zato je Slovenija zavezana ustrezno prilagoditi svojo zakonodajo v luči svojih novih mednarodnopravnih obveznosti, v kolikor je to potrebno. Lahko se namreč izkaže, da ni nujno potrebno, saj se z obstoječim arzenalom kaznivih dejanj in uporabo institutov splošnega dela KZ, doseže enak učinek. V teh primerih je lahko dodatno poseganje in spreminjanje KZ bolj škodljivo kot koristno. Kljub temu, da obstajajo določene pomanjkljivosti obstoječega besedila trgovine z ljudmi in določene novosti iz Konvencije, zaradi katerih bi veljalo ustrezno spremeniti obstoječi 387.a člen, bi bilo to zaželeno početi z omenjenim caveatom minimalnega, zgolj nujnega poseganja v kazenskopravno materijo v mislih.

10. »Mobbing« kot kaznivo dejanje;

Slovenska delovnopravna zakonodaja ne ureja celovito problema psihološkega nasilja na delovnem mestu. Zato je najprej potrebna celovita ureditev tega problema v delovnem pravu, ki je primarno za urejanje delovnega okolja. K temu teži tudi slovenski zakonodajalec, ki po znanih podatkih namerava problematiko mobbing-a obravnavati v novem ZDR-ju. Kazensko pravo naj v to problematiko poseže šele, ko se izkaže, da delovno pravo ne rešuje problematike zadovoljivo. Predpogoj za kazenskopravno urejanje te problematike pa je prav predhodna ureditev v delovnem pravu.

Ob primerni celoviti ureditvi v delovnem pravu bi si kazenskopravno obravnavo zaslužili zgolj ekscesi, katerih dejansko stanje ustreza zakonskim znakom že inkriminiranih kaznivih dejanj z uporabo pravil o stekih. To je ob sedanji kazenski zakonodaji že mogoče.

11. Sovražni govor kot kaznivo dejanje

(Sovražne) besede v celoti ni mogoče kontrolirati. »Med vrsticami«, podtonu, »v ozadju« jezika vedno ostaja nek del, ki ga ni mogoče nadzorovati, ga dokazovati ali z zagotovostjo pripisovati govorniku. Definicija sovražne besede, ki bi v celoti obsegla vse oblike in hkrati zaradi dovolj velike konkretnosti onemogočala zlorabe, je nemogoča. Zato je minuciozna izdelava pravnih meril sodne prakse pri definiranju sovražnega govora prvo zagotovilo svobode in hkrati omejitve eskalacije nasilja. Pri tem je potrebno upoštevati, da subjektivna presoja žrtve o obstoju »sovražnega govora« ne sme postati glavno merilo kaznovanja. Moč žrtve v družbi se povečuje, čeprav identifikacija in status žrtve ni nekaj samo po sebi umevnega. Status žrtve je v simbolna etiketa, ki jo je šele potrebno pridobiti, kar pa ni nikoli pravično do vseh žrtev. Poleg tega sovražni govor danes ni nekaj, kar dobiva epidemiološke (ali kar pandemiološke) razsežnosti in zato ni potreb po kazenskopravnem zaostrovanju, temveč zgolj po inkriminiranju, ki bo bolj pravično do vseh žrtev.

3. Izkoriščanje dobljenih rezultatov:

3.1. Kakšen je potencialni pomen² rezultatov vašega raziskovalnega projekta za:

- a) odkritje novih znanstvenih spoznanj;
- b) izpopolnitev oziroma razširitev metodološkega instrumentarija;
- c) razvoj svojega temeljnega raziskovanja;
- d) razvoj drugih temeljnih znanosti;
- e) razvoj novih tehnologij in drugih razvojnih raziskav.

3.2. Označite s katerimi družbeno-ekonomskimi cilji (po metodologiji OECD-ja) sovpadajo rezultati vašega raziskovalnega projekta:

- a) razvoj kmetijstva, gozdarstva in ribolova - Vključuje RR, ki je v osnovi namenjen razvoju in podpori teh dejavnosti;
- b) pospeševanje industrijskega razvoja - vključuje RR, ki v osnovi podpira razvoj industrije, vključno s proizvodnjo, gradbeništvom, prodajo na debelo in drobno, restavracijami in hoteli, bančništvom, zavarovalnicami in drugimi gospodarskimi dejavnostmi;
- c) proizvodnja in racionalna izraba energije - vključuje RR-dejavnosti, ki so v funkciji dobave, proizvodnje, hranjenja in distribucije vseh oblik energije. V to skupino je treba vključiti tudi RR vodnih virov in nuklearne energije;
- d) razvoj infrastrukture - Ta skupina vključuje dve podskupini:
 - transport in telekomunikacije - Vključen je RR, ki je usmerjen v izboljšavo in povečanje varnosti prometnih sistemov, vključno z varnostjo v prometu;
 - prostorsko planiranje mest in podeželja - Vključen je RR, ki se nanaša na skupno načrtovanje mest in podeželja, boljše pogoje bivanja in izboljšave v okolju;
- e) nadzor in skrb za okolje - Vključuje RR, ki je usmerjen v ohranjanje fizičnega okolja. Zajema onesnaževanje zraka, voda, zemlje in spodnjih slojev, onesnaženje zaradi hrupa, odlaganja trdnih odpadkov in sevanja. Razdeljen je v dve skupini:
- f) zdravstveno varstvo (z izjemo onesnaževanja) - Vključuje RR - programe, ki so usmerjeni v varstvo in izboljšanje človekovega zdravja;
- g) družbeni razvoj in storitve - Vključuje RR, ki se nanaša na družbene in kulturne probleme;
- h) splošni napredek znanja - Ta skupina zajema RR, ki prispeva k splošnemu napredu znanja in ga ne moremo pripisati določenim ciljem;
- i) obramba - Vključuje RR, ki se v osnovi izvaja v vojaške namene, ne glede na njegovo vsebino, ali na možnost posredne civilne uporabe. Vključuje tudi varstvo (obrambo) pred naravnimi nesrečami.

² Označite lahko več odgovorov.

3.3. Kateri so **neposredni rezultati** vašega raziskovalnega projekta glede na zgoraj označen potencialni pomen in razvojne cilje?

Rezultati raziskovalnega dela so enposredno lahko uporabljani pri strokovnih pripravah za spremembe kazenskega zakonika.

3.4. Kakšni so lahko **dolgoročni rezultati** vašega raziskovalnega projekta glede na zgoraj označen potencialni pomen in razvojne cilje?

Dolgoročno predstavljajo rezultati raziskave celoto znanja, ki jo je mogoče uporabiti tako pri nadaljnjih (morebitnih) spremembah zakonodaje; prav tako pa so ti rezultati uporabni za delo pravosodnih organov pri njihovem delu, torej pri uresničevanju zakonodaje in njeni uporabi v konkretnih primerih.

3.5. Kje obstaja verjetnost, da bodo vaša znanstvena spoznanja deležna zaznavnega odziva?

- a) v domačih znanstvenih krogih;
- b) v mednarodnih znanstvenih krogih;
- c) pri domačih uporabnikih;
- d) pri mednarodnih uporabnikih.

3.6. Kdo (poleg sfinancerjev) že izraža interes po vaših spoznanjih oziroma rezultatih?

sodišča, državno tožilstvo, odvetništvo, policija, organi za izvrševanje kazenskih sankcij

3.7. Število diplomantov, magistrstrov in doktorjev, ki so zaključili študij z vključenostjo v raziskovalni projekt?

V projektu so sodelovali trije mladi raziskovalci. Ker je projekt samo enoleten, v njegovem okviru ni nobeden izmed njih dokončal študija. Pač pa dva zaključujeta doktorski študij, tretja pa je magistrskega začela.

4. Sodelovanje z tujimi partnerji:

4.1. Navedite število in obliko formalnega raziskovalnega sodelovanja s tujimi raziskovalnimi inštitucijami.

Ker gre za raziskovanje, ki je pomembno za ohranjanje in razvijanje nacionalne identitete in suverenosti (področje kazenskega prava), sodelovanje s tujimi partnerji ni bilo predvideno. Tuji izsledki so bili uporabljeni na podlagi ustrezne tuje strokovne literature.

4.2. Kakšni so rezultati tovrstnega sodelovanja?

Priprava strokovnih podlag za spreminjanje zakonodaje se vedno opira tudi na tuje izkušnje in tuje znanje. Pomembno je uporabiti to znanje na način, ki ustreza domačim razmeram in naši pravni kulturi.

5. Bibliografski rezultati³ :

Za vodjo projekta in ostale raziskovalce v projektni skupini priložite bibliografske izpise za obdobje zadnjih treh let iz COBISS-a) oz. za medicinske vede iz Inštituta za biomedicinsko informatiko. Na bibliografskih izpisih označite tista dela, ki so nastala v okviru pričujočega projekta.

6. Druge reference⁴ vodje projekta in ostalih raziskovalcev, ki izhajajo iz raziskovalnega projekta:

Vodja projekta in sodelavci so sodelovali na domačih in mednarodnih konferencah o problematiki, s katero se ukvarja projekt. Natančni podatki so navedeni v prilogi.

³ Bibliografijo raziskovalcev si lahko natisnete sami iz spletne strani: <http://www.izum.si/>

⁴ Navedite tudi druge raziskovalne rezultate iz obdobja financiranja vašega projekta, ki niso zajeti v bibliografske izpise, zlasti pa tiste, ki se nanašajo na prenos znanja in tehnologije. Navedite tudi podatke o vseh javnih in drugih predstavitev projekta in njegovih rezultatov vključno s predstavitevami, ki so bile organizirane izključno za naročnika/naročnike projekta.

Sodelovanje na konferencah in drugih srečanjih v zvezi s CRP-om v letih 2006 in 2007

(Dr. Damjan Korošec)

2. do 7. maja 2006 na vabilo Pravne fakultete Karlove univerze v Pragi poročal na temo privolitev pacienta v sodobnem materialnem kazenskem pravu.

Naslov referata in objava: *Souhlas pacienta v novém slovinském medicinském trestním právu. Zdravotnictví a právo 2006; 7-8: str. 29-32.*

20. do 24. septembra 2006, Zlatibor

Dogodek: srečanje z naslovom »Nove tendencije krivičnog prava« v okviru tradicionalnega »Rednega letnega posveta Udruženja za krivično pravo i kriminologiju Srbije i Crne Gore v organizaciji Združenja za kazensko pravo Srbije in Črne gore

Referat (v soavtorstvu) je bil objavljen: *Korošec D., M. Ambrož. Nova rešenja u krivičnom zakoniku Slovenije i iskustva u njihovoj primeni s posebnim osvrtom na krivičnu odgovornost pravnih lica. V: Bejatović S. (ur.) Nova rešenja u krivičnom zakonodavstvu i dosadašnja iskustva u njihovoj primjeni. Beograd: Intermex, 2006 (str. 277-289).*

5. do 8. oktobra 2006, Dunaj

Dogodek: vabljeni udeleženec strokovnega posveta z mednarodno udeležbo v organizaciji Avstrijske sekcije AIDP in Avstrijskega združenja za kazensko pravo z naslovom Mednarodna kazenska sodišča in človekove pravice.

Poročilo s srečanja je bilo objavljeno: *Korošec D. Mednarodna kazenska sodišča in človekove pravice. Poročilo s kazenskopravnega simpozija (Dunaj, 6. oktober 2006). Pravna praksa 2006; 46: str. 30 [ISSN 0353-0730].*

7. do 10. novembra 2006, Rusija

Dogodek: mednarodni kongres ob šestdesetletnici Nürnberškega statuta v organizaciji Inštituta za pravo in red Generalnega državnega tožilstva Ruske federacije.

Referat o retroaktivnosti inkriminacij hudodelstev proti človečnosti je v tisku v Ruski federaciji (zbornik srečanja).

Mesece januar, februar in marec 2007, Freiburg (Inštitut Max Planck za tuje in mednarodno kazensko pravo) kot štipendist trimesečne raziskovalne štipendije tega inštituta.

20. do 22. september 2007, Zlatibor

Dogodek: srečanje »Nove tendencije krivičnog prava« v okviru »Rednega letnega posveta Udruženja za krivično pravnu teoriju i praksu Srbije v organizaciji Združenja za kazenskopravno teorijo in prakso Srbije na Zlatiboru v Srbiji.

Udeležba na konferencah in drugih srečanjih, povezanih s temo CRPa, 2006-2007

(Dr. Alenka Šelih)

9. – 11. 6. 2006, Pariz

Dogodek: seja glavnega odbora Association internationale de droit penal

25. – 26. 9. 2006, Ljubljana

Dogodek: znanstveni posvet »post-moderno kazensko pravo«, organizatorji Pravna fakulteta v Ljubljani, Pravna fakulteta v Poitiersu in Inštitut za kriminologijo v Ljubljani

Referat: Le développement du droit penal dans les pays postsocialiste: tradicionaliste, moderne ou postmoderne

Predavanja na konferencah in okroglih mizah, vezanih na temo CRPa, 2006-2007

(Dr. Katja Filipčič)

26.5. 2006, Pekre

posvet: Mladi in kriminal – otroci in mladostniki, žrtve in storilci kaznivih dejanj,

organizator: Policijska uprava Maribor

predavanje: Krog nasilja

7.6.2006, Kočevje

posvet: Medinstitucionalna obravnavava ogroženih otrok

organizator: CSD Kočevje, regijska koordinatorica za obravnavo nasilja

predavanje: Dolžnost prijavljanja zlorabe otrok – pravni in etični vidiki

15.9.2006, Ljubljana

posvetovanje: Pooblaščenec otrok žrtev kaznivih dejanj

organizator: Pravna fakulteta v Ljubljani

uvodno predavanje in strokovno vodenje posveta

9.11.2006, Ljubljana

okrogla miza: Nasilje nad ženskami

organizator: Informacijsko-dokumentacijski center Sveta Evrope

referat: Potrebujemo poseben zakon o varstvu pred nasiljem v družini?

14.11.2006, Brdo pri Kranju

seminar: Nasilje – kaj lahko še storimo?

organizator: Generalna policijska uprava

referat: Različni modeli obravnavanja nasilja v družini v državah EU

30.11.2006, Nova Gorica

posvet: Medinstitucionalna obravnavava ogroženih otrok

organizator: CSD Kočevje, regijska koordinatorica za obravnavo nasilja

predavanje: Dolžnost prijavljanja zlorabe otrok – pravni in etični vidiki

10.4.2007, Ljubljana

posvet Nasilje nad otroki

organizator: Zveza prijateljev mladine RS

referat: Pravni vidiki fizičnega kaznovanja otrok v družini

25.5.2007, Ljubljana

posvet»Nasilje nad ženskami. Enotna strategija dela institucij«

organizator: Urad za enake možnosti

referat: Od prakse k zakonu

**Sodelovanje na konferencah in drugih srečanjih, povezanih s temo CRPa,
2006-2007
(Dr. Matjaž Jager)**

26. -29.8.2006, Tübingen, Nemčija

Dogodek: Konferenca Evropskega združenja za kriminologijo

Referat: Investigation Fraud in Slovenia: the Process and its Effects

25. – 26. 9. 2006, Ljubljana

Dogodek: mednarodni kolokvij v organizaciji Inštituta za kriminologijo pri PF z
naslovom Le passage du droit penal. Vers un droit penal postmoderne?

Referat: Economy of the pre-trial police investigations: the concepts, distinctions and
applications

6. 11. 2006, Zagreb

Dogodek: mednarodno posvetovanje v organizaciji Pravne fakultete v Zagrebu

Referat: The Developing EU Criminal Law and the Ultima Ratio Principle (v
soavtorstvu s Katjo Šugman)

Raziskovalni projekt
»Sodobne usmeritve kazenskega materialnega
prava«

Vodja projekta: prof. dr. Alenka Šelih

Ljubljana 2007



PROBLEMI SPLOŠNEGA DELA -----	3
O POMENU »POMENA IZRAZOV« (XIV. POGLAVJE KZ) (I. BELE) -----	3
K VPRAŠANJU O STOPNJAH URESNIČEVANJA KAZNIVEGA DEJANJA – PRIPRAVLJALNA DEJANJA (P. MOZETIČ, L. BAVCON) -----	14
NAČELO <i>ULTIMA RATIO</i> V KAZENSKEM MATERIALNEM PRAVU (M. JAGER)-----	32
IMPLEMENTACIJA RIMSKEGA STATUTA V SLOVENSKI PRAVNI RED (S POSEBNIM OZIROM NA PROBLEM POVELJNIŠKE ODGOVORNOSTI) (M. AMBROŽ)-----	51
PRIVOLITEV PACIENTA V KAZENSKEM PRAVU (D. KOROŠEC)-----	65
HUDODELSKA ZDRUŽBA IN NJEN POMEN V SODOBNEM KAZENSKEM PRAVU (L. BAVCON)-----	91
IZVRŠEVANJE KAZNI ZAPORA IN SODNI NADZOR (M. AMBROŽ) -----	101
NEKATERI PROBLEMI V ZVEZI S KAZENSKIMI SANKCIJAMI IN NJIHOVIM IZVRŠEVANJEM (D. PETROVEC) -----	109
KAZENSKES SANKCIJE IN MOREBITNE SPREMEMBE (A. ŠELIH)-----	117
PROBLEMI POSEBNEGA DELA -----	131
TERORIZEM (L. BAVCON)-----	131
INKRIMINACIJA MUČENJA IN SLOVENSKO KAZENSKO PRAVO (D. KOROŠEC) -----	140
TRGOVINA Z LJUDMI: PROBLEMATIKA OBSTOJEČEGA ZAKONSKEGA BESEDILA IN POTENCIALNE NOVE SPREMEMBE (N. PERŠAK)-----	153
SODOBNA GOSPODARSKA KRIMINALITETA (L. SELINŠEK)-----	167
USTVARJANJE MONOPOLNEGA POLOŽAJA (B. HRASTNIK)-----	189
OKVIRNI SKLEP SVETA EU O BOJU PROTI SPOLNEMU IZKORIŠČANJU OTROK IN OTROŠKI PORNOGRAFIJI IN SPREMEMBE SLOVENSKE KAZENSKES ZAKONODAJE: VPRAŠANJE INKRIMINACIJE POSESTI OTROŠKE PORNOGRAFIJE (M. AMBROŽ)-----	211
KAZNIVA DEJANJA ZOPER SPOLNO NEDOTAKLJIVOST (ČLENI 180 DO 187 KZ) IN KAZNIVO DEJANJE KRVOSKRUNSTVO (ČLEN 204 KZ) (D. KOROŠEC) -----	218
NASILJE V DRUŽINI (K. FILIPČIČ)-----	244
ALI JE TREBA KAZNIVO DEJANJE ZLORABE PROSTITUCIJE OBLIKOVATI BOLJ DOLOČNO? (M. AMBROŽ) -----	251
NEDOVOLJENA PREKINITEV NOSEČNOSTI – PRIMERJALNOPRAVNI PRIKAZ (S. ZGAGA)-----	257
INKRIMINIRANJE RAVNANJ S PODROČJA SODOBNE BIOMEDICINE (M. BOŠNJAK)-----	269
KAZNIVA DEJANJA ZOPER DELOVNO RAZMERJE IN SOCIALNO VARNOST (V. JAKULIN) -----	298
MOBBING – NOVO KAZNIVO DEJANJE? (S. ZGAGA)-----	309
KONCEPT »SOVRAŽNEGA GOVORA« IN INKRIMINACIJA »ZBUJANJE SOVRAŠTVA, RAZDORA ALI NESTRPNOSTI, KI TEMELJI NA KRŠITVI NAČELA ENAKOSTI« (300. ČLEN KZ) (A. ZAVRŠNIK) -----	325
KIBERNETSKO MATERIALNO KAZENSKO PRAVO (A. ZAVRŠNIK)-----	360

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

PROBLEMI SPLOŠNEGA DELA

O pomenu »pomena izrazov« (XIV. poglavje KZ)

prof. dr. Ivan Bele

1. Pomen izrazov kot normativni problem

Zadnje poglavje v splošnem delu slovenskega KZ »pomen izrazov« je za teoretično raziskovanje očitno še vedno nezanimivo, ker le tu in tam kdo navaja zakonsko besedilo o posameznem izrazu pri obravnavanju vprašanj iz posebnega dela, medtem ko sistematično tega poglavja še nihče ni raziskoval. Ob upoštevanju, da je to poglavje pravzaprav precej obsežno (vsebuje sicer samo 126. člen, vendar če bi se besedilo o vsakem izrazu iz trinajstih odstavkov tega člena označilo kot samostojni člen, bi to poglavje po svojem obsegu bilo večje od večine vseh poglavij v KZ), ter da obstojijo tudi razlage posameznih izrazov pri posameznih členih posebnega dela, se predvsem moramo vprašati, čemu je sploh pomembno takšno pravno urejanje v splošnem delu, ki ga nekateri tuji evropski kazenski zakoni ne poznajo (npr. italijanski, danski idr.), drugi pa ga sicer poznajo, vendar v bistveno manjšem obsegu (npr. nemški, avstrijski, švicarski idr.).

Če se sam pomen izrazov razlaga kot dajanje posebnega pravnega pomena izrazom, navedenim drugod v Kazenskem zakoniku, potem poglavje o pomenu izrazov z vidika načela zakonitosti ne more biti zaželjeno, ker se pravna vsebina, ki jo je treba skupaj uporabiti, razdeljuje po različnih mestih. V skladu z načelom zakonitosti bi torej kazniva dejanja morala biti določena tako, da jih vsi, ne pa samo sodniki in drugi pravniki, enako razumejo. Stari evropski kazenski zakoniki iz 18. in 19. stoletja (npr. Josephina iz 1987. leta, avstrijski kazenski zakonik iz 1852. leta, nemški StGB iz 1871. leta itd.) so se tega tudi držali in za svoje izraze, če so jim hoteli pri določanju kaznivega dejanja dati drugačen pomen kot v pogovornem jeziku, to v samem besedilu kazenskopravne določbe sproti navedli. V teh zakonih tudi ni najti nobenih tujk, za slovensko pogovorno področje pa je pomembno še poudariti, da se je pri prevajanju iz tujih jezikov v slovenščino vedno strogo uporabljalo slovenske izraze, kateri so se, če jih ni bilo, pač na novo skovali (na to vodilo, da je dejanje lahko velja kot določeno le, če je navedeno v domačem jeziku, se danes pogosto pozablja, na primer ob navajanju v 1. odstavku 239. člena KZ »zavarovan s patentom ali dodatnim

varstvenim certifikatom, ali registrirano topografijo polprevodniškega vezja»). Posebno določanje pomena izrazov se pojavi šele v kasnejših kazenskih zakonih ob prehodu iz 19. v 20. stoletje, nekako istočasno, ko se začnejo na široko uporabljati v kazenskem pravu tudi blanketne kazenskopravne norme. Gre pravzaprav za sočasni posledici določanja kazenskega prava v novih pravnih sistemih, ko se zakonodajalec, če se hoče enako izražati v kazenskem zakonu kot je že določeno v drugem predpisu, kratkomalo samo sklicuje na besedilo tega predpisa, če pa hoče izrazu dati drugačen pomen, kot ga ima v drugih predpisih, pa to v kazenskem zakonu tudi posebej zapiše. Seveda pa en in drug način normiranja vendarle pomenita odstopanje od sporočila v načelu zakonitosti, da naj bodo kazniva dejanja določena v zakonu tako, da jih vsak enako prepozna, kar pomeni, da bi se tak način normiranja moral omejiti le na nujne primere. Če je raznih sklicevanj na druge predpise in drugačne pomene izrazov v kazenskem zakonu preveč, to pravo postane razumljivo le pravnikom ob poklicnem ukvarjanju s pravom. Tako blanketno normiranje kot tudi posebno določanje pomena izrazov sta upravičena pravzaprav samo, kadar se lahko domneva, da ljudje druge predpise poznajo enako dobro kot kazensko pravo.

2. Pomen izrazov v prejšnjem in pozitivnem kazenskem pravu

Iz prej navedenih splošnih ugotovitev, kdaj in zakaj so se začele v kazenske zakone uvajati določbe o pomenu izrazov, pa seveda še ni mogoče odgovoriti tudi na vprašanje, zakaj ima slovenski KZ razmeroma obsežno poglavje o pomenu izrazov v svojem splošnem delu in to prav na njegovem koncu. Med kazenskimi zakoni, ki so veljali na ozemlju Republike Slovenije, je pomen izrazov najprej uvedel v splošnem delu KZ Kraljevine SHS iz 1929. leta. Ta je v splošnem delu takoj na začetku za določbami o veljavnosti (časovni, krajevni in osebni) v štirinajstem paragrafu razložil zakoniti pomen skupaj osmih uporabljenih izrazov, katerih razlaga je bila pomembna pri uporabi določb posebnega dela o kaznivih dejanjih. Kar zadeva lociranost pomena izrazov, se ta na samem začetnem delu ni razlikovala od večine kazenskih zakonov drugih držav oziroma je v tem pogledu bila tudi podobna preteklim in današnjim zakonom iz drugih področij in tudi mednarodnim pogodbam, ki pomen izrazov navajajo še pred njihovim navajanjem v nadaljnjem besedilu. Odstopanja od take splošne lociranosti pa so se začela s KZ FLRJ iz 1951. leta, ki je določbe o časovni in krajevni veljavnosti kazenskega zakona prenesel na konec splošnega dela, za njimi pa je tik pred začetkom posebnega dela določil še pomen izrazov. Taka umestitev pomena izrazov je bila povezana z dodano novo določbo, po kateri se je za enotno urejeno časovno in krajevno

veljavnostjo vseh jugoslovanskih kazenskih zakonov razglašala še enotna veljavnost splošnega dela zveznega kazenskega zakonika za vse kazenskopravne določbe iz republiških zakonov, kar je pomenilo, da je bila določba o pomenu izrazov nedvoumno omejena le na izraze iz posebnega dela »tega zakonika«. Tako umestitev pomena izrazov v splošnem delu je zadržal tudi KZ SFRJ iz 1977. leta, čeprav je sicer določbo o razglašeni enotni veljavi splošnega dela prenesel na njegov začetek med temeljne določbe. Novi slovenski KZ iz 1995. leta je tako posebno razmestitev določb v celoti prevzel, čeprav ta v okrilju spremenjene ustavne ureditve ni imela več svoje razumljive podlage. Predvsem ni najti nobenega pravega razloga za to, da določbe o veljavnosti Kazenskega zakonika niso, tako kot v večini drugih kazenskih zakonikov, navedene na samem njegovem začetku. Kar zadeva pa sam pomen izrazov, pa bi opravičilo za nadaljnje lociranje na koncu splošnega dela lahko iskali kvečjemu še v njegovi vsebinski povezanosti s posebnim delom.

3. Razlogi za določanje pomena izrazov v splošnem delu Kazenskega zakonika

V poglavju splošnega dela o pomenu izrazov je smotno zajemati samo take izraze, ki se pojavljajo tudi v posebnem delu Kazenskega zakonika. Če se izraz navaja izključno samo v splošnem delu, je treba pač racionalno določiti njegovo vsebino v tisti določbi, v kateri je naveden, saj nima nobenega smisla enotne vsebine splošnega dela razmeščati po raznih njegovih koncih. Takorekoč vsa t. i. kazenskopravna dogmatika predstavlja definiranje izrazov, ki naj bi bili pomembni za enotno uporabo vseh kazenskopравниh določb. S tem v zvezi je umestno opozoriti še na posebnost slovenskega Kazenskega zakonika, da po vzoru prejšnjega kazenskega prava vsebuje razmeroma mnogo definicij splošnih pojmov kazenskega prava, katerih opredeljevanje pa se sicer drugod prepušča razlagi v pravni znanosti in sodni praksi. Sklepamo lahko, da je takšen poseben zakonodajalski pristop tudi eden od vzrokov za to, da je v XIV. poglavje splošnega dela slovenskega Kazenskega zakonika v primerjavi z drugimi zakoniki vključeno nesorazmerno mnogo izrazov.

Že z bežnim pregledom določb 1. do 15. odstavka 126. člena KZ se lahko ugotovi, da gre v večini primerov za določanje pomena izrazov, ki so v posebnem delu navedeni kot znaki kaznivih dejanj. Večinoma je to določanje enosmerno v tem pogledu, da se preprečuje restriktivna razlaga ali pa se celo omogoča preseganje ekstenzivne razlage v tem pomenu, da se navaja še širša razlaga, kot bi sicer izhajala iz jezikovnega pomena izrazov ali pa iz njihovega pravnega opredeljevanja v drugih predpisih. V več primerih, ko se istemu znaku iz opisa kaznivih dejanj daje širši pomen z besedami »se šteje tudi...«, je na dlani, da gre za tako

ekstenzivno razlago, ki bi se zunaj zakona že lahko štela za nedovoljeno analogijo. Se pravi, da je navajanje pomena izrazov samo posebna dodatna oblika določanja kaznivega dejanja. V primerih, ko pomen izrazov zadeva znak enega samega kaznivega dejanja, je zato neopravičljivo, da se določenost kaznivega dejanja v zakonu ustvarja v dveh ločenih določbah iz dveh ločenih delov kazenskega zakona, splošnega in posebnega. V takem primeru bi pač moral biti razložen pomen izrazov že v okrilju kazenskopravne določbe, v katere besedilu je naveden. Tudi takrat, ko se isti izraz pojavlja v opisih več kaznivih dejanj, vendar iz istega poglavja, je njegova dodatna razlaga lahko izdvojena kvečjemu v skupno interpretativno določbo istega poglavja, saj se sicer izgubi pregled nad določenostjo kaznivega dejanja v zakonu. Seveda pa je pred uvedbo take skupne določbe (praviloma na koncu) poglavja posebnega dela treba skrbno pretehtati, ali je glede na razmerja med določbami v tem poglavju to sploh potrebno (npr. če je pomen izrazov pojasnjen pri temeljni obliki kaznivega dejanja ali pri eni od posebej določenih faz kriminalnega ravnanja, je povsem odveč poudarjati, da isti pomen velja tudi za njegovo uporabo v kvalificiranih ali privilegiranih oblikah ali pri *delicta sui generis* ali inkriminiranih nadaljnjih fazah istega kaznivega ravnanja). Samo takrat, ko se isti izraz pojavlja v dveh ali več poglavjih posebnega dela, bi še bilo opravičljivo njegov pomen navesti v splošnem delu, vendar s pridržkom, da si taka določba o pomenu izrazov nujno ne pridobiva enake veljave kot se sicer razglašča za ves splošni del, da velja tudi za vse kazenskopravne določbe v drugih – sprejetih ali še nesprejetih – zakonih (6. člen KZ). S tem, da se pomen izrazov nanaša samo na izraze »v tem zakoniku«, postane razumljivo lociranje tega pomena tik pred posebnim delom, kjer so izrazi zajeti v opisih kaznivih dejanj. S tako lokacijo pravzaprav pomen izrazov formalno še obstaja v splošnem delu, po vsebini pa že deluje kot uvod v določanje posebnega dela.

4. Reduciranje pomena izrazov v splošnem delu

Kazenski zakoni evropskih držav v določbah splošnega dela navajajo pravni pomen zelo različnih izrazov. Popolne enotnosti o tem sploh ni mogoče pričakovati, saj je presoja, kateremu izrazu naj se določi njegov pravni pomen, odvisna od pomena besed v posameznih jezikih, razvitosti pravne kulture, načina normativnega komuniciranja in posebnosti celovite pravne ureditve, ki se s kazenskim pravom varuje. Kljub vsemu pa pri vsakem kazenskem zakonu lahko naletimo na nekakšno »skupno jedro« okrog pet do deset tovrstnih izrazov s takorekoč enako opredelitvijo. To skupno jedro ni mogoče pripisati nekemu zakonodajnemu prepisovanju določb o pomenu izrazov, ampak gre najbrž že za posledico homogenizacije –

dirigirane ali spontane – evropskega kazenskega prava glede pomembnejših določb iz posebnega dela. Do istega jedra bi lahko prišli tudi v slovenskem Kazenskem zakoniku, če bi iz poglavja o pomenu izrazov izločili tiste izraze, ki po prej navedenih merilih ne spadajo v splošni del kazenskega zakona.

Od skupno petnajst v 126. členu KZ navedenih izrazov se po podrobnem njihovem preizkušanju vsaj za dva lahko oceni, da je določanje njunega posebnega pomena v kazenskem zakonu sploh nepotrebno (prvi in petnajsti odstavek 126. člena KZ), šest pa je skupaj takšnih, da bi morali biti pojasnjeni v posamezni kazenskopravni določbi posebnega dela ali pa v skupni (sklepni) določbi posameznega poglavja v tem delu (četrti, peti, osmi do deseti in štirinajsti odstavek 126. člena KZ). Vsi preostali izrazi (drugi, tretji, šesti, sedmi, enajsti, dvanajsti in trinajsti odstavek 126. člena KZ) lahko še naprej tvorijo skupno jedro pomena izrazov v splošnem delu Kazenskega zakonika, pri čemer bi se glede na njihovo širšo vsebinsko pomembnost in splošno uporabnost v kazenskem pravu lahko celo odpravila omejitev za veljavo le v tem zakoniku, kar pomeni, da bi se tudi zanje mogla uporabiti določba 6. člena KZ.

4.1 Izločitev iz kazenskega zakona

Povsem odveč je, da Kazenski zakonik v prvem odstavku 126. člena določa tudi pojem ozemlja Republike Slovenije, saj ni nobenih utemeljenih razlogov za to, da bi se ta pojem v kazenskem pravu drugače razlagal kot v mednarodnem ali ustavnem pravu ali v zakonih z drugih pravnih področij. Sicer pa ta določba ne navaja kakega posebnega pravnega stališča, ampak samo našteva fizikalne sestavine teritorija države, katerih pravni pomen pa je treba sicer razčlenjevati po mednarodnem pravu ali po drugih pomembnih nacionalnih zakonih, ki opredeljujejo te sestavine (npr. Pomorski zakonik). Takega pomena izraza ozemlje drugi kazenski zakoni niti ne navajajo, uvedlo ga je šele prejšnje jugoslovansko pravo, in sicer KZ FLRJ iz 1951. leta za ozemlje zvezne države kot enotno območje krajevne veljavnosti enotnega zveznega kazenskega zakona, nato pa še KZ SFRJ iz 1977. leta s posebnim navajanjem ozemlja zvezne države kot območja svoje krajevne veljavnosti in ozemlja republik in pokrajin kot območja krajevne veljavnosti kazenskih zakonov teh federalnih enot. Zanimivo je, da sam KZ SRS iz 1977. leta v svoji določbi o pomenu izrazov ni navajal izraza ozemlje Republike Slovenije, zato ga je veljavni Kazenski zakonik lahko prevzel le iz KZ SFRJ. Ker ni (več) potrebno, da bi še naprej tudi v kazenskem zakonu deklarirali spremembo statusa Republike Slovenije iz bivše federalne enote v samostojno državo, se lahko izraz

ozemlje, ki sicer v kazenskem pravu nima nekega separatnega pravnega pomena, enostavno črta.

Tudi določba petnajstega odstavka 126. člena KZ, ki je bila uvedena šele z zadnjo novelo KZ iz 2004. leta (– očitno samo zaradi potrjevanja privrženosti izvršilnih organov »globalni borbi zoper organizirani kriminal« -), je povsem odveč, ker nas ne seznanja z nobeno novo pravno vsebino. V Justinijanovih Digestah zapisana misel »Tres faciunt collegium« še danes povsod velja kot splošno sprejet pravni izrek (razen, seveda, pri potomcih anglosaksoncev, ki so se izrecno odrekli rimskega prava in ga nato začeli nenehno na novo izumljati), zato pač pri izrazu hudodelske združbe ni treba posebej navajati, da jo sestavljajo najmanj trije člani. Povsem nepotreben pa je tudi drugi del besedila, po katerem se izraz hudodelska združba nanaša samo na tiste združbe, ki imajo v svojem hudodelskem načrtu kazniva dejanja s predpisano kaznijo več kot tri leta zapora, saj je vendar že v določbi o kaznivem dejanju hudodelskega združevanja iz 297. člena KZ izrecno poudarjeno, da gre za ustanavljanje, članstvo ali vodenje združbe s hudodelskim načrtom za izvrševanje kaznivih dejanj s predpisano kaznijo več kot tri leta. Glede na to, da je pri uporabi kazenskega zakona treba vedno uporabljati tudi sistemsko razlago, ni prav nobene bojazni, da bi se ta izraz hudodelska združba pri kakšnem drugem kaznivem dejanju upošteval v drugačnem pomenu.

4.2 Premestitev iz splošnega v posebni del kazenskega zakona

Ob podrobnejšem pregledu obstoječih pomenov izrazov se pokaže, da se v nekaterih primerih nanašajo izključno na znake samo enega kaznivega dejanja v posebnem delu, zaradi česar bi bilo treba z vidika zahtevane določenosti kaznivega dejanja v zakonu pač premestiti nazaj med te določbe. Ne glede na to, da se izraz denar pojavlja pri več kaznivih dejanjih, se tak njegov pomen, kot je naveden v osmem odstavku 126. člena KZ, da gre za kovan ali papirnat denar, ki je na podlagi zakona v obtoku v Republiki Sloveniji ali v tuji državi, prilega le kaznivemu dejanju ponarejanja denarja po 249. členu KZ, pri čemer je treba še upoštevati, da sta bili obe določbi prenešeni v Kazenski zakonik iz istega mednarodnega pravnega vira, to je Ženevske konvencije o preprečevanju ponarejanja denarja iz 1929. leta. Kolikor se izraz denar pojavlja še v opisih drugih kaznivih dejanj (npr. poneverba po 245. členu KZ, pranje denarja po 252. členu KZ itd.), pa je na dlani, da je navedeni pomen tega izraza preozek in zato njegovo nadaljnje lociranje v splošnem delu celo negativno vpliva na pravilno razlago posebnega dela kazenskega zakona. Tudi izraz mamila s svojim pomenom iz štirinajstega odstavka 126. člena KZ ne spada drugam kot v določbo o neupravičeni proizvodnji in prometu z mamili iz 196. člena KZ. Res je, da se isti izraz navaja tudi v opisu kaznivega

dejanja omogočanja uživanja mamil iz 197. člena KZ, vendar pri tem ni nobenega dvoma, da bo vsak razlagalec prava predmet tega kaznivega dejanja, nanašajočega se na končno uporabo mamil, razumel enako kot pri predhodnem kaznivem dejanju, nanašajočem se na uporabo tega predmeta v predhodnih fazah kriminalnega delovanja iz prejšnjega člena.

V 126. členu KZ je navedenih tudi več takih izrazov, ki se sicer pojavljajo v opisih več kaznivih dejanj, vendar so vsa ta navedena v istem poglavju posebnega dela, pa bi zato bila v tistem poglavju potrebna neka skupna razlagalna določba. Brez pridržkov se to lahko trdi za izraz volitve in glasovanje, ki je zajet izključno samo v naslovu in kazenskoopravnih določbah iz XVII. poglavja KZ o kaznivih dejanjih zoper volilno pravico in volitve. Enako velja tudi za pojem gospodarske dejavnosti, ker se nanaša le na kazniva dejanja zoper gospodarstvo iz XXIV. poglavja KZ. Kljub morebitnim ugovorom je isto stališče mogoče sprejeti glede pomena izraza premična stvar po desetem odstavku 126. člena KZ, ker se nanaša le na kazniva dejanja, storjena na škodo tujega premoženja. Namreč, bistvo tega pomena izraza je, da se je pojem premične stvari iz predmetov razširil še na razne proizvedene energije, in sicer potem, ko se je ob raznih možnih oblikah njihovega trženja seveda takoj tudi pojavila možnost njihovega nezakonitega prilaščanja z enakimi dejanji kot se storijo pri prilaščanju predmetov (npr. tatvine, zatajitve, poneverbe, pogojno tudi neupravičene uporabe). Če bi bila vsa kazniva dejanja, ki se storijo z oškodovanjem premoženja, vključena v poglavje kaznivih dejanj zoper premoženje, bi se pokazalo, da ta izraz zunaj tega poglavja nima svojega pravega pomena. S tem v zvezi pa se utemeljeno lahko pojavljajo pomisleki, ali se ta pomen izrazov prilega tudi opisom kaznivih dejanj, katerih predmet je stvar, brez omejitve na premične stvari. Namreč, v takih primerih se pač pojem stvari razlaga v skladu s tradicionalno delitvijo na res immobiles in res mobiles, pri čemer je seveda tudi za slednje treba upoštevati njihovo tradicionalno ožjo omejeno razlago o predmetih, ki se dajo premikati.

4.3 Spremembe in dopolnitve pomena izrazov v splošnem delu

Ob izključitvah nekaterih izrazov iz kazenskega prava nasploh ali pa le iz njegovega splošnega dela in premestitvah v posebni del bi tako skupaj v 126. členu KZ upravičeno lahko ostalo skupaj sedem izrazov, ki se največkrat pojavljajo tudi v splošnem delu tujih kazenskih zakonov. Gotovo je beseda uradna oseba tista, katere pomen je razložen takorekoč posebej v vseh kazenskih zakonih, pač zato, da se s tem označi krog možnih storilcev delicta propria ali pa možnih oškodovancev, ki se jim namenja posebno kazenskoopravno varstvo. Pojem uradne osebe je v veljavnem kazenskem zakonu ustrezno razširjen tako, da poleg tistih, ki spadajo med uradne osebe po nacionalnem pravu, upošteva tudi tiste, ki so uradne osebe po

mednarodnem pravu ali po zakonih drugih držav. Pri tem je pomen izrazov morda nekoliko neustrezen v tistem delu, ko je bil za domače uradne osebe prevzet iz prejšnjega prava, ki ni poznalo delitve oblasti in je uradne osebe razlikovalo predvsem po tem, ali so izvoljene ali imenovane ali pa so to zgolj po svojih posebnih pooblastilih. S tem, ko se v prvi točki drugega odstavka 126. člena KZ izdvajajo zgolj poslanci in druge uradne osebe, med vsemi ostalimi pa se ne opravi diferenciacija po vejah oblasti, v okviru katere delujejo, pa ta zakon ni popolnoma usklajen z obstoječim pravnim redom, niti ne z navajanjem tujih uradnih oseb oziroma uradnih oseb iz okrilja mednarodnih organizacij v peti do sedmi točki istega odstavka, kjer so posebej izdvojeni tudi nosilci sodne funkcije.

Izraz vojaška oseba je v posebnem delu Kazenskega zakonika naveden v opisih kaznivih dejanj v več poglavjih: zoper vojaško dolžnost (XXVII. poglavje), zoper javni red in mir (XXIX. poglavje) in zoper obrambno moč države (XXXIV. poglavje). Če se upošteva, da je tudi po četrti točki drugega odstavka 126. člena KZ v izraz uradna oseba vključen izraz vojaška oseba, ni nobenih zadržkov, da se poleg izraza uradna oseba tudi še naprej zadrži v tem zakonu naveden pomen izraza vojaška oseba – seveda s primerno prilagoditvijo novi strukturi osebja v Slovenski vojski.

Izraz zunajzakonska skupnost iz šestega odstavka 126. člena KZ lahko še naprej ostane pojasnjen v splošnem delu KZ glede na to, da je naveden v kazenskoprvnih določbah iz več poglavij posebnega dela: zoper čast in dobro ime (XVIII. poglavje), zoper spolno nedotakljivost (XIX. poglavje) in zoper pravosodje (XXVIII. poglavje).

Pri določbah o ponarejanju listin, navedenih med kaznivimi dejanji zoper gospodarstvo (XXIV. poglavje), zoper pravni promet (XXV. poglavje) in zoper uradno dolžnost (XXVI. poglavje), bi bilo nemogoče ustrezno razločevati t. i. materialno in intelektualno falsifikacijo brez upoštevanja enotnega pojma listine v sedmem odstavku 126. člena KZ. Takorekoč nemogoče si je zamišljati, da bi enak pomen izraza listine ne bil upoštevan tudi pri uporabi procesnoprvnih določb oziroma kateregakoli predpisa, ki pri določanju pravnih razmerij predvideva listinsko obliko. Mnenje, da bi se enako kot listina po tej določbi morali s kaznivimi dejanji varovati tudi podatki v računalnikih, zaenkrat ne more biti sprejemljivo. Namreč, pri teh podatkih sta njihova pristnost in verodostojnost negotova in se jim zato tudi v pravnem prometu na splošno še ne priznava enak pomen kot listinam glede na njihovo primernost in namenjenost za dokazovanje pravnih razmerij. Tudi če se v kakšnem predpisu ali mednarodnem aktu želi dati računalniškemu zapisu enak pomen kakor ga ima listina po tej določbi splošnega dela KZ, se naj kazenskoprvno varstvo neokrnjenosti takih zapisov zagotavlja z določanjem »delicta sui generis«.

Izraz sila označuje splošno obliko storitve kaznivega dejanja, ki pomeni napad na človekove individualne vrednote (XV.-XIX. in XXIII. poglavje), pa tudi zoper splošne vrednote (XXXIII. – XXXV. poglavje), poleg tega pa je tudi že v samem splošnem delu opredeljen kot način delovanja na storilca, ki njegovemu dejanju odvzema naravo kaznivega dejanja (1. odstavek 13. člena KZ). Kar zadeva vsebino pomena izraza sila iz enajstega odstavka 126. člena KZ, pa se danes lahko pojavljajo tehtni pomisleki, ali je za današnje razmere še dovolj ustrezen. Namreč, v tej določbi se namreč ne opredeljuje sila v njenem standardnem pomenu, da gre za telesno delovanje na drugega zaradi vplivanja na njegovo odločanje, kar se enako upošteva povsod že od rimskega prava dalje, ampak se samo pripisuje enak pomen tudi netelesnemu delovanju na drugega z uporabo mamil ali hipnoze. Pri registriranih preteklih dogajanjih bi bilo nevzdržno, če ne bi pojem sila uporabljali tudi za razna posredna delovanja na telo in psiho drugega (npr. dolgotrajno izpostavljanje neznosnim zunanjim vplivom ali vodenje raznih tehničnih naprav iz večje ali manjše oddaljenosti kot je izrivanje vozila s ceste z drugim vozilom ipd.) ali pa tudi s samim opuščanjem nujne pomoči (npr. z neprijemanjem drugega, ko ta lahko vsak čas omahne v globino, z odtegovanjem pomirjeval zoper neznosne bolečine itd.). S tem v zvezi bi torej kazalo razmisliti, ali ne bi bilo umestno v pomenu izraza sila v samem zakonu omogočiti njeno razlago na način »analogia intra legem«.

V dvanajstem odstavku 126. členu KZ navedeni izraz motorno vozilo mora biti v kazenskem zakonu posebej določen predvsem zato, ker se ta izraz sicer pojavlja v ožjih ali širših pomenih v raznih drugih predpisih, na katere se včasih Kazenski zakonik celo blanketno sklicuje. Glede na to, da se izraz pojavlja tako pri kaznivih dejanjih zoper premoženje (XXIII. poglavje), zoper varnost javnega prometa (XXXI. poglavje) in zoper okolje, prostor in naravne dobrine (XXXII. poglavje), poleg tega pa tudi v splošnem delu v zvezi z opredeljevanjem kazni in varnostnih ukrepov, ne more biti tudi nobenih pomislekov o primernosti njegovega lociranja v splošnem delu.

Pomen izrazov v prvi do tretji točki trinajstega odstavka 126. člena KZ se nanaša na materialno vrednotenje razlik med majhno, večjo in veliko premoženjsko koristjo, škodo ali vrednostjo, kar vse se takorekoč v vseh poglavjih posebnega dela, kjer je pač to mogoče, upošteva kot kriterij za razlikovanje med temeljnimi, kvalificiranimi in privilegiranimi oblikami kaznivih dejanj. Žal pa je ta kriterij v tem pomenu izrazov predstavljen premalo določno zato, ker utemeljuje materialno vrednotenje na delih ali količnikih uradno objavljene povprečne mesečne neto plače v Republiki Sloveniji, o čemer pa vsakdo ne more voditi evidence in so zato lahko samo sodišča tista, ki na podlagi posebnih njim sporočenih statističnih podatkov ugotovijo materialno vrednost v času storitve kaznivega dejanja. Kako

naj preprosti ljudje kot storilci ali kot oškodovanci vedo za leta nazaj, kolikor trajajo sodni postopki, za kakšno obliko kaznivega dejanja je šlo, kar zadeva tujce, pa bi se jim v tem delu upravičeno morala vedno priznati v korist dejanska znota. V sedanjih razmerah, ko je možno predvideti trajnejšo finančno in gospodarsko stabilnost, ni nobenih zadržkov, da se omenjene graduacije materialne vrednosti ne bi mogle ustrezno izraziti kar v določenih denarnih zneskih v evrih.

5. Sklepna ugotovitev in predlogi

Skrčen obseg pomena izrazov v 126. členu KZ oziroma v XXIV. poglavju KZ na vsega sedem od do sedaj določenih petnajstih izrazov bi opravičeval nadaljnjo lokacijo te normativne vsebine v splošnem delu KZ in to morda celo v njegovem začetnem delu (npr. takoj za definicijo kaznivega dejanja). Izrazi »uradna oseba, vojaška oseba, zunajzakonska skupnost, listina, sila, motorno vozilo in majhna, večja ter velika premoženjska korist, škoda ali vrednost«, ki so vsi uporabljeni vsaj v dveh ali več poglavjih posebnega dela, pomenijo v resnici nekakšen miselni most med splošnim delom kazenskega zakona in kazenskopравnimi določbami posebnega dela ne glede na to, ali so določene v samem tem Kazenskem zakoniku ali pa zunaj njega. Glede na takšen pomen se tudi XXIV. poglavje lahko vključi pod določbo 6. člena KZ o veljavnosti splošnega kazenskega dela za vse kazenskopравne določbe v zakonih Republike Slovenije. Ob upoštevanju protipravnosti kot splošnega elementa kaznivega dejanja pa ta pomen izrazov lahko pomeni tudi miselni most med materialnim kazenskim pravom in vsemi drugimi pravnimi področji. Glede na to, da določanje protipravnih dejanj za kazniva dejanja pomeni pravzaprav sklepno dejanje urejanja posameznih pravnih področij, ima lahko v splošnem delu določen pomen izrazov tudi pomembno vlogo za samo določanje prava, ki naj se varuje s kazenskim pravom. Se pravi, če v drugih zakonih ali predpisih ni določen drugačen pomen izrazov, je s tem tudi pri njih dovoljena kot subsidiarna uporaba pomena izrazov iz Kazenskega zakonika.

Seveda bodo pomeni ožjega izbora izrazov v splošnem delu lahko popolneje opravili svojo povezovalno vlogo v celovitem pravnem sistemu, če bodo vsebinsko ustrezno spremenjeni in dopolnjeni v skladu v prej nakazani meri ob njihovi podrobni analizi. De lege ferenda se torej zakonodajalcu lahko predlaga, da opravi redukcijo že izbranih izrazov, spremeni in dopolni zadržani ožji izbor pomena izrazov in nato dosledno odklanja določanje pomena novih izrazov v splošnem delu. Težnje, da bi se z uvajanjem nekaterih novih kaznivih dejanj določal pomen novih izrazov v splošnem delu, so neutemeljene, še manj pa bi seveda bilo opravičeno.

da bi se v pomen izrazov vključevala razna kriminalno politična in druga nepravna gesla, ki nimajo sicer nobene prave povezave s posebnim delom ali drugimi kazenskopravnimi določbami. Kazenski zakonik ni učbenik kriminologije ali priročnik kriminalne politike.

K vprašanju o stopnjah uresničevanja kaznivega dejanja – pripravljalna dejanja

Polona Mozetič, prof. dr. Ljubo Bavcon

1. Uvod

Dejanska pot uresničevanja kaznivega dejanja (*iter criminis*) je dinamičen in kompleksen proces. Kazenskopravna teorija ga deli v štiri faze: goli naklep, pripravljalna dejanja, poskus in dokončano kaznivo dejanje.¹ Te faze so abstraktne konstrukcije, ki bolj ali manj odražajo dejanski proces uresničevanja kaznivega dejanja. Vendar pravna konceptualizacija faz uresničevanja kaznivega dejanja v kazenskopravni teoriji nima zgolj hevristične vrednosti², pač pa je normativno-teoretičnega pomena. Katere stopnje uresničevanja kaznivega dejanja naj bodo kaznive, je namreč eno temeljnih kriminalitetnopolitičnih in tudi kazenskopravnih vprašanj. Ena izmed temeljnih dilem vprašanja o fazah uresničevanja kaznivega dejanja je kaznivost pripravljalnih dejanj.

2. Kriminalitetnopolitični razlogi za trend večjega inkriminiranja pripravljalnih dejanj

Medtem ko je pod vplivom spoznanj o zlorabah avtoritarnih režimom še do nedavno prevladoval trend omejevanja inkriminiranja pripravljalnih dejanja, je danes vse bolj izrazit trend, da se v cono kaznivosti umestijo vse bolj zgodnje faze izvršitve kaznivega dejanja (pripravljalna dejanja) in dejanja, ki pomenijo zgolj abstraktno ogrožanje kazenskopravne dobrine³. Zakonodajalec se za tovrstne inkriminacije odloča na podlagi političnih meril in to

¹ Glej na primer Bavcon / Šelih s sodel. 2003: 322-4; Novoselec 2004: 270.

² Življenjski primeri dejanskega uresničevanja kaznivega dejanja so seveda veliko bolj kompleksni od pravnih konceptov. Faze uresničevanja kaznivega dejanja, kot jih koncipira kazenskopravna teorija, izhajajo iz domneve, da ima storilec najprej idejo (namen), da bi izvršil kaznivo dejanje, ki jo v naslednji fazi prične udejanjati. Dejansko pa je uresničevanje kaznivega dejanja lahko razdeljeno v več tovrstnih sklopov, storilec lahko svojo prvotno zamisel o kaznivem dejanju spreminja, potem ko je dejanje že pričel izvrševati ipd. Poleg tega pri uresničevanju določenega kaznivega dejanja niso nujne ali po naravi stvari sploh niso možne (pri opustitvenih kaznivih dejanjih) vse štiri faze izvrševanja kaznivega dejanja, ki jih pozna kazenskopravna teorija.

³ Lagodny 1999: 277. Primer je inkriminacija gole posesti. Tako npr. Okvirni sklep Sveta 2004/68/PNZ z dne 22. decembra 2003 o boju proti spolnemu izkoriščanju otrok in otroški pornografiji v 1. členu opredeljuje »otroško pornografijo« kot pornografsko gradivo, ki med drugim slikovno prikazuje ali predstavlja resnično osebo, ki izgleda kot otrok, ali celo realistične podobe neobstoječega otroka. Države članice morajo sprejeti potrebne ukrepe, da zagotovijo, da se kaznuje naklepno izdelovanje, dostavljanje, razširjanje in posredovanje, oskrbovanje ali omogočanje dostopnosti ter pridobitev ali posedovanje otroške pornografije. Tudi Konvencijo Sveta Evrope o kibernetški kriminaliteti (Zakon o ratifikaciji Konvencije o kibernetški kriminaliteti in Dodatnega protokola h Konvenciji o kibernetški kriminaliteti, ki obravnava inkriminacijo rasističnih in ksenofobičnih dejanj, storjenih v informacijskih sistemih, Ur.l. RS-MP, št. 17/2004), ki v 9. členu državam pogodbenicam nalaga, da kot kazniva opredelijo dejanja, ki se nanašajo na otroško pornografijo, ki zajema tudi slikovni prikaz osebe, za katero se zdi,

pogosto v nasprotju s stališči kazenskoopravne in kriminološke stroke. Pri tem ga k inkriminiranju pogosto spodbujajo ali celo zavezujejo mednarodni dokumenti in dokumenti Evropske Unije⁴.

Inkriminiranje pripravljajalnih dejanj se je vselej in se tudi zdaj nanaša praviloma samo na delikte, ki po naravi stvari odstopajo od klasične figure o individualnem storilcu, katerega ravnanje je vzrok prepovedane posledice in ki mora biti kriv, da bi ga lahko kaznovali. Od te figure so nekoč odstopala politična kazniva dejanja in zdaj odstopata tako imenovana organizirana kriminaliteta in terorizem. Od nje odstopa tudi kriminaliteta zoper okolje, vendar se ta odločujočim političnim silam zahodnega dela sveta zaenkrat še ne zdi tako moteča kot trije že omenjeni sklopi inkriminacij.⁵ Težnja po inkriminaciji zgodnejših faz izvrševanja tovrstne kriminalitete je med drugim posledica dejstva, da je njena narava dinamična in spremenljiva.

Skupne značilnosti politične kriminalitete, organizirane kriminalitete in terorizma, pri katerih je težnja po inkriminiranju zgodnjih faz uresničevanja kaznivega dejanja posebej močna, so zlasti v tem, da gre za dejanja, ki povzročijo veliko škodo, imajo veliko oškodovancev in kot taka vzbujajo v družbi velik strah in posledično spodbujajo kaznovalno usmerjenost družbe.⁶ Zanje je značilna tudi udeležba velikega števila ljudi na strani storitve, njihova kompleksna organizacija ter posebnosti in pestrost notranjih odnosov v storilski skupini (npr. »uradna« ali prostovoljna subordinacija, izsiljevanje, fanatična privrženost itd.). Značilna je kompleksna strukturiranost izvedbe dejanja, ki obsega vse znane stopnje uresničevanja dejanja: od zelo oddaljenih in posrednih »dejanj, ki merijo na to, da bi ...«, ki jih je kot takšne mogoče prepoznati samo s sklepanjem za nazaj ali pa, kar je nevarno za človekovo svobodo, s špekulativnim logičnim sklepanjem, obogatenim z bujno domišljijo, do izvršitvenih dejanj. Značilna je specifična politična, nacionalistična, ideološka in/ali religiozna motiviranost udeležencev, ki je glede cilja lahko - ne pa nujno - kriminalna. Končno, a ne nazadnje je posebnost teh oblik kriminalitete tudi odziv nanjo v javnosti, medijih in politiki, predvsem

da je mladoletnik, ki sodeluje v nedvoumnem spolnem dejanju. Država pogodbenica sicer lahko uveljavlja pridržek k tej določbi konvencije. Kritično se je do Okvirnega sklepa opredelil Ambrož 2002.

⁴ Glej na primer Okvirni sklep Sveta 2002/475/PNZ z dne 13. junija 2002 o boju proti terorizmu.

⁵ Vendar pa že obstaja predlog Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o kazenskoopravnem varstvu okolja, ki je dostopen na spletni strani:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0051:FIN:SL:HTML>. (29. 7. 2007).

⁶ Glej npr. Crawford 2002; Bauman 2002; Mythen + Walklate 2006; Hetzer 2007.

strah, občutek nevarnosti, nebogljenosti in zato pripravljenost sprejeti, soglašati, podpirati in pretrpeti vse represivne in omejevalne ukrepe.

Napetost med težnjo po uporabi kazenskega prava za preprečevanje škodljivega ravnanja in nevarnostjo prevelikega širjenja cone kriminalnosti na določena ravnanja je posebej očitna pri vprašanju inkriminiranja pripravljalnih dejanja. Inkriminiranje pripravljalnih dejanj ima namreč izrazito preventiven namen. Inkriminiranje zgodnejših faz uresničevanja kaznivega dejanja opravičuje tudi zgodnejšo policijsko represivno intervencijo, ki obsega globoke posege v človekove pravice (npr. hišne preiskave, prikriti preiskovalni ukrepi) med kazenskim postopkom pred končno sodbo, ki ne bo nujno obsodilna.

Že v veljavni kazenskoprocesni zakonodaji se dokazni standard utemeljeni razlogi za sum pogosto nanaša na tri različne situacije: (1) kazenski postopek oz. preganjanje kaznivih dejanj (*post delictum*); (2) preprečevanje kaznivih dejanj (*ante delictum*); (3) obveščevalna dejavnost (priprava oz. organiziranja še neizvršenega kaznivega dejanja).⁷ Zakon o kazenskem postopku (v nadaljevanju ZKP)⁸ tako dopušča posege v človekove pravice tudi na podlagi določene stopnje suma, da se kaznivo dejanje šele pripravlja. Tako so dopuščeni posegi na podlagi suma pripravljalnih dejanj, ki niso samostojno inkriminirana. Tudi v primeru, da se izvedbo tovrstnega dejanja prepreči, ga ni mogoče kazensko preganjati, ker sploh ni kaznivo.⁹

Možnost poseganja v človekove pravice na podlagi utemeljenih razlogov za sum, da se pripravlja ali organizira kaznivo dejanje, je sporno tudi zato, ker je veliko bolj špekulativno utemeljiti obstoj suma kaznivega dejanja, ki naj bi se zgodilo v prihodnosti, kot pa sum že dokončanega kaznivega dejanja. Zato lahko poseg, ki je odrejen na podlagi suma, da se pripravlja ali organizira kaznivo dejanje drugih oseb, služi temu, da se odkrije ali dokaže pretekla dokončana kazniva dejanja, za katera policija ne bi uspela izkazati dokaznega standarda, ki se zahteva za odobritev tovrstnega posega. Zlasti to velja za posege v komunikacijsko zasebnost (npr. prisluškovanje) osebe, ki naj bi pripravljala kaznivo dejanje, saj je z neselektivnim prestrezanjem njenih izjav in izjav drugih oseb, s katerimi komunicira,

⁷ Glej prvi odstavek 149.a člena, prvi odstavek 150. člena in prvi odstavek 155.a člena ZKP.

⁸ Uradni list RS, št. 8/2006 (uradno prečiščeno besedilo - UPB3).

⁹ Zato v tem primeru sploh ne bi smeli govoriti o »osumljencu«, kot ga opredeljuje ZKP v 144. členu: osumljenec, ki označuje osumljenko in osumljenca, je oseba, zoper katero je pred uvedbo kazenskega postopka pristojni državni organ opravil določeno dejanje ali ukrep zaradi obstoja razlogov za sum, da je storila ali sodelovala pri storitvi kaznivega dejanja.

mogoče pridobiti informacije o že dokončanih kaznivih dejanjih, na katera se odredba ni nanašala. Če na primer primerjamo hišno preiskavo in prisluškovanje, ki sta preiskovalna ukrepa, ki primerljivo močno posegata v posameznikovo zasebnosti, so med njima razlike v obsegu dejstev, ki ga registrirata. S hišno preiskavo se ugotovi določeno (zamrznjeno) stanje, ki obstaja ob predhodni ugotovitvi obstoja dokaznega standarda. Poleg tega je hišno preiskavo mogoče omejiti na določene prostore, za katere obstaja verjetnost, da se tam nahajajo dokazni predmeti, ki se nanašajo na kaznivo dejanje iz odredbe. Prisluškovanje pa je poseg drugačne narave, saj se od njegove uvedbe dalje neselektivno snemajo izjave posameznikov (ne samo osumljenca, ampak tudi drugih oseb) brez njihove vednosti.

Naštete in druge značilnosti organizirane kriminalitete in terorizma postajajo argument za širjenje cone kriminalnosti v vse bolj zgodnje faze uresničevanja kaznivega dejanja. Zato je na mestu skrb, da se utegne kazensko pravo preobraziti v goli instrument »vojne proti terorizmu in drugim oblikam kriminaliteti«, v kateri se zdi edino legitimno vprašanje, kaj je učinkovito. Vendar mora zakonodajalec, ko si prizadeva ugoditi zahtevam učinkovitostne usmeritve, upoštevati zlasti varnostne mehanizme kazenskega in ustavnega prava. Težnja po širjenju cone kriminalnosti na vse bolj zgodnje faze uresničevanja kaznivega dejanja pa lahko hitro nasprotuje pravilom, ki morajo voditi oblikovanje kazenskopravnih norm. Prav na slednjih bo poudarek v tem prispevku. Pri tem velja razlikovati med kaznivostjo pripravljalne faze uresničevanja kaznivega dejanja v obliki *delictum preparatum* in v obliki *sui generis* kaznivih dejanj.

3. Pravne omejitve zakonodajalca pri določanju kaznivosti pripravljalne faze uresničevanja kaznivega dejanja kot *delictum preparatum*

Poskus omejitve kaznivosti pripravljalnih dejanj v Splošnem delu KZ je sprejela že Ljudska skupščina FLRJ leta 1947, ki je pričel veljati leta 1948. V njegovem 20. členu je bila pod naslovom »Pripravljalna dejanja« podana splošna opredelitev pripravljalnih dejanj, ki je njihovo kaznivost povezovala s težo pripravljalnega dejanja in s tem, da mora dobiti pripravljalno dejanje določeno obliko. Te oblike so bile primeroma naštete v treh točkah in so se nanašale na nabavljanje sredstev za izvršitev kaznivega dejanja, na odstranitev ovir za izvršitev kaznivega dejanja in na iskanje osebe, ki bi sodelovala ali izvršila kaznivo dejanje.

KZ SFRJ iz leta 1951 takšne določbe ni več poznal. Navidezna in uradna razlaga umika te določbe iz KZ je bila, da pripravljalna dejanja sama po sebi sploh ne morejo biti kazniva. V resnici pa je bila s tem odstranjena ovira iz Splošnega dela KZ za uporabo tistih določb Posebnega dela, v katerih so bila pripravljalna dejanja pri političnih kaznivih dejanjih inkriminirana kot *delicta preparata* s formulama: »dejanje, ki meri na ...« in »kdor pripravlja ...«. Tovrstne opredelitve sicer pozna veliko evropskih držav (veleizdaja, izdaja domovine ipd.), toda v resničnosti so jih uporabljale in zlasti zlorabljale praviloma samo avtoritarne države zoper svoje politične nasprotnike. Podoben jim je namreč ti. »delikt lotevanja« (*Unternehmensdelikt*) v nemškem, avstrijskem in švicarskem kazenskem pravu. Vendar je treba poudariti, da so nemški teoretiki dosegli omejitev te formule, tako da »delikt lotevanja« pomeni samo dokončano dejanje ali poskus.¹⁰

V KZ SFRJ iz leta 1977 ponovno zasledimo določbo o pripravljalnih dejanjih v 18. členu Splošnega dela, ki je izrecno povedala, katera dejanja se lahko štejejo za pripravljalna. Ta določba je bila eden od rezultatov prizadevanj za demokratizacijo in za uveljavitev temeljnih načel vladavine prava v tedanjem kazenskem pravu.¹¹

Vztrajati velja na stališču, da je kaznivost pripravljalnih dejanj v obliki *delicta preparata* v nasprotju z načelom zakonitosti. V kolikor pa bi jih kazenski zakon poznal, bi se zastavilo vprašanje, ali bi kazalo določiti omejevalne pogoje še z določbo splošnega dela KZ, ki bi bila lahko podobna tisti iz 18. člena KZ SFRJ iz leta 1977.

¹⁰ Tako *Roxin* pravi, da »delikt lotevanja« izenači poskus in dokončano kaznivo dejanje. Praktični pomen te pravne konstrukcije je v tem, da storilca ni mogoče kaznovati mileje za poskus in da ne pride v poštev prostovoljni odstop, ki tudi omogoča milejše kaznovanje (*Roxin 2006: 338*).

Da bi se preprečilo nesorazmerno kazensko sankcioniranje, nemški kazenski zakonik (*Strafgesetzbuch*) pri »deliktih lotevanja« pogosto določa lažji kaznovalni okvir za manj resne primere. Glej npr. § 81 (*Hochverrat gegen den Bund*):

(1) *Wer es unternimmt, mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt*

1. *den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu beeinträchtigen oder*

2. *die auf dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland beruhende verfassungsmäßige Ordnung zu ändern, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder mit Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren bestraft.*

(2) *In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.*

¹¹ Več o tem v zelo konciznem komentarju *Bavcon* s sodel. 1984: 63- 5. Še več o pripravljalnih dejanjih pa v *Bavcon* s sodel. 1987: 85- 9, 179-80.

Pravna narava tovrstne zakonske določbe splošnega dela KZ za zakonodajalca sicer ne bi bila zavezujoča. Pravnoformalno ga ne bi zavezovala pri prihodnjem poseganju v KZ ali pri oblikovanju in spreminjanju stranske ali posebne kazenske zakonodaje. Tovrstna pravna zaveza zakonodajalca bi namreč lahko izhajala zgolj iz Ustave, ne pa iz zakona.¹² Če bi bila v splošnem delu KZ tovrstna določba, zakonodajalec pa se je kasneje ne bi držal in bi na primer v stranskem kazenskem zakonu določil, da so pripravljalna dejanja kazniva na način, ki bi bil v nasprotju s tovrstno določbo splošnega dela KZ, bi imeli dve nasprotujoči si določbi zakonskega ranga. To nasprotje bi morali v skladu z ustaljenimi metodami pravne razlage¹³ – *lex posterior* in *lex specialis* – razrešiti tako, da bi obveljala kasnejša določba.

Kljub temu bi tovrstna določba splošnega dela KZ utegnila biti koristna, saj se od zakonodajalca pričakuje, da bo upošteval omejitve, ki si jih je sam zastavil, oz. bo morebitna odstopanja od njih posebej prepričljivo utemeljil. Poleg tega tovrstna – lahko bi ji rekli celo »programska« - določba ne bi bila kakšna posebnost v splošnem dele KZ. Tudi na primer določba 2. člena ali določba 7. člena KZ nista pravno zavezujoči za zakonodajalca.

Ugovor zoper stališče, da bi se v splošni del KZ vneslo določbo, ki bi omejevala kaznivost pripravljalnih dejanj, je argument, da je nepotrebna, ker je zakonodajalec pri inkriminiranju pripravljalnih dejanj v zadostni meri omejen že z načelom določenosti kaznivega dejanja v zakonu. Prvi odstavek 28. člena Ustave namreč določa: »Nihče ne sme biti kaznovan za dejanje, za katero ni zakon določil, da je kaznivo, in ni zanj predpisal kazni, še preden je bilo dejanje storjeno.« *Lex certa* je eno od podnačel načela zakonitosti v kazenskem pravu. Določna opredelitev kaznivega dejanja je ena temeljnih garancij v kazenskem materialnem pravu in izhaja iz širše formuliranega načela zakonitosti, po katerem ni kaznivega dejanja, če le-to ni bilo poprej z zakonom določeno kot kaznivo (*nullum crimen sine lege praevia*). Iz ustavnosodne presoje izhaja, da načelo *lex certa* zahteva, da je predpis, ki neko ravnanje opredeljuje kot kaznivo, vnaprej določen, jasen in predvidljiv. Smisel te zahteve je v tem, da storilec vnaprej ve, kaj je kaznivo, in se zaveda, da dela nekaj, kar je določeno kot kaznivo ravnanje. Namen načela zakonitosti in s tem določenosti v kazenskem materialnem pravu je

¹² Zato bi kazalo razmisliti o vprašanju podnormiranosti Ustave v smislu materialnega kazenskega prava in narediti posebno raziskavo na to temo.

¹³ Nasprotje oz. neuskkljenost med dvema pravnima praviloma iste stopnje razrešimo s pomočjo kronološkega argumenta in argumenta specialnosti. Kronološki argument upošteva čas, v katerem je pravni akt nastal (*Lex posterior derogat legi priori*), argument specialnosti pa izhaja iz zahteve, da je treba enako obravnavati subjekte, ki sodijo v isto kategorijo (*Lex specialis derogat legi generali*). Več v Pavčnik 1991: 157-9.

preprečiti samovoljo in arbitrarno uporabo državnega kaznovalnega sankcioniranja v situacijah, ki ne bi bile vnaprej točno opredeljene.¹⁴ Le vnaprej predvidena in določno opredeljena zapoved oziroma prepoved lahko učinkovito odvrne od njenega kršenja.¹⁵ Kazenskopravna norma izpolnjuje te zahteve, če je mogoče z ustaljenimi metodami razlage ugotoviti vsebino prepovedanega ravnanja in je na ta način ravnanje organov, ki ga morajo izvajati, določeno in predvidljivo. Iz načela *lex certa* samo po sebi ne izhaja, da bi morala kazenskopravna norma vsebovati tudi vse možne izvršitvene oblike kaznivega ravnanja. V kaznovalnem pravu je dopustna tudi uporaba nedoločnih pravnih pojmov, kadar se v kazenski normi niti primeroma ne more opisati vsebine prepovedi ali zapovedi. Vendar pa morajo biti ti vsaj določljivi z uporabo že izoblikovanih in ustaljenih standardov. Gre za vprašanje, ali je od povprečnega naslovljenca norme mogoče pričakovati, da ve, kakšno ravnanje se od njega pričakuje.¹⁶

4. Pripravljalna dejanja kot *sui generis* kazniva dejanja

Inkriminiranje pripravljanih dejanj v obliki *delictum preparatum* torej ni dopustno. Vendar tudi inkriminiranje pripravljanih dejanj v *sui generis* obliki ni vedno sprejemljivo, četudi je inkriminacija v zakonu opredeljena objektivno semantično jedrnato oz. natančno, kot to zahteva načelo *lex certa*. *Ratio legis* inkriminiranja pripravljanih dejanj je njihovo razmerje do kaznivih dejanja, ki naj bi se pripravljala. *Novoselec* opredeljuje pripravljala ravnanja kot tista ravnanja, ki so izvršena s ciljem, da se omogoči ali olajša izvršitev kaznivega dejanja. Sama po sebi so vrednostno nevtralna, kriminalno vsebino dobijo, šele ko jih povežemo s zločinskim namenom.¹⁷ Če se konkretnega posameznika preganja zaradi izvršitve kakšnega kaznivega dejanja, ki je po naravi pripravljalo, pomeni, da tega namena oz. cilja ni realiziral, saj bi se ga v nasprotnem primeru po pravilih o steku (odnos subsidiarnosti) preganjalo zaradi izvršitve dokončanega kaznivega dejanja. Pri inkriminiranju pripravljanih dejanj gre za kaznovanje za **še nerealiziran namen**.

Inkriminiranja pripravljanih dejanj kot *sui generis* kaznivih dejanja se lahko zakonodajalec loti na dva načina. Zakonodajalec lahko na zakonski opis dejanskega stanja določenega

¹⁴ 12. točka U-I-6/93 z dne 1. 4. 1994. Uradni list RS, št. 23/94 in OdlUS III, 33.

¹⁵ 10. točka U-I-183/96 z dne 16. 7. 1998. Uradni list RS, št. 56/98 in OdlUS VII, 146.

¹⁶ 7. točka Up-332/98 z dne 18. 4. 2002. Uradni list RS, št. 39/2002 in OdlUS XI, 117.

¹⁷ *Novoselec* 2004: 271.

dejanja, ki je tipsko povsem nenevarno (na primer obiskovanje letalske šole, nakup avtomobila, uporaba svetovnega spleta), veže poseben **namen storilca, da bo izvršil** določeno kaznivo dejanje, ki običajno velja za izjemno nevarno oz. resno. Med zakonskimi znaki pripravljanih kaznivih dejanja je tako poseben namen storilca, da bi dokončal določeno kaznivo dejanje. Zakonski opis inkriminacije pripravljalnega dejanja se tako sklicuje na opis kaznivega dejanja, ki se ga pripravlja. Prav poseben namen storilca pa je tisti razlikovalni znak, ki inkriminacijo pripravljalnega dejanja razločuje od ravnanja, ki ni kaznivo ali pa bi izpolnjevalo znake kakšne inkriminaciji, za katero je predpisana običajno bistveno nižja kazen.¹⁸ Tako na primer Okvirni sklep Sveta 2002/475/PNZ z dne 13. junija 2002 o boju proti terorizmu¹⁹ v 1. členu zavezuje države članice, da inkriminirajo na primer posedovanje orožja, kadar ima storilec namen, da bi tako resno zastrašil prebivalstvo, nezakonito izsiljeval vlado ali mednarodno organizacijo ali da bi resno rušil ali uničeval temeljne politične, ustavne, gospodarske ali socialne strukture. V 3. členu pa Okvirni sklep določa, da država članica zagotovi, da so med kaznivimi dejanji, povezanimi s terorizmom, tudi velika tatvina, izsiljevanje in izdelava lažnih dokumentov s ciljem, da se izvrši eno od dejanj, naštetih v 1. členu.²⁰ Skupno stališče sveta z dne 27. decembra 2001 o boju proti terorizmu pa v 1. členu določa, da je namerno prispevanje ali zbiranje denarnih sredstev državljanov držav članic Evropske unije ali na njenem ozemlju z namero, da se denarna sredstva uporabijo, ali ob vednosti, da bodo uporabljena za izvajanje terorističnih dejanj, predmet kazenske odgovornosti.²¹

Druga možnost je, da zakonodajalec pripravljalna dejanja, ki so inkriminirana kot *sui generis* kazniva dejanja, v zakonu opredeli tako, da je že na ravni njihovih objektivnih tipskih znakov razvidno, da gre za pripravljalna dejanja (na primer 251. člen KZ: pripomočki za ponarejanje). Tipski znaki inkriminacije so določeni tako, da je že na abstraktni ravni razvidno, da gre za pripravljalna ravnanja, tj. iz objektivnih (ne zgolj subjektivnih)²² znakov

¹⁸ Slednje niso pripravljalna dejanja *stricto sensu*, pač pa kvalificirane oblike kaznivih dejanj. Vendar so opredeljena tako, da jih od temeljnih kaznivih dejanja loči prav poseben neuresničen namen storilca (npr. tatvina za namene terorizma), ki je njihov kvalifikatorni znak.

¹⁹ Uradni list L 164, 22. 6. 2002.

²⁰ Teroristična kazniva dejanja odstopajo od tradicionalnih opisov resnih kaznivih dejanj, ker se osredotočajo na razloge, zaradi katerih je bilo dejanje storjeno, in na to, zoper koga je bilo dejanje usmerjeno, ne pa na to, kaj je bilo storjeno. Definicije terorizma so tako utemeljene na posebnem namenu storilca, da širi strah z izvrševanjem ideološko motiviranih kaznivih dejanj (McSherry 2004: 355, 357).

²¹ Uradni list L 344, 28. 12. 2001.

²² Objektivne in subjektivne zakonske znake kaznivega dejanja razlikuje Novoselec 2004: 128-30.

kaznivega dejanja. Zakonodajalec tako že na splošni ravni objektivno opredeli, katera ravnanja šteje za pripravljalna. Zakonski opis tovrstne inkriminacije se tako osamosvoji od kaznivega dejanja, v razmerju do katerega je pripravljalno.

Prvi pristop k inkriminiranju pripravljalnih dejanja kot posebnih kaznivih dejanja je posebej problematičen. V kazenskopravni teoriji velja, da je načeloma kaznivo zgolj dokončano kaznivo dejanje. Faza golega naklepa²³ ne more biti zajeta v kriminalno cono. To se zdi razumljivo, ker ni mogoče razbrati, kaj si posameznik misli, kaj čustvuje in sploh kaj se dogaja v njegovi duševnosti. Iz ne tako davne preteklosti pa so znani primeri, ko so v totalitarnih režimih za obsodbo in celo za smrtno kazen zadostovale že domneve o tem, kaj kdo misli in kaj da je nameraval storiti.²⁴ Z drugimi besedami: kaznivost golega naklepa je nelegitimna zaradi nezmožnosti dokazovanja, kaj se dogaja v posameznikovi duševnosti, in zaradi možnosti zlorab²⁵ tovrstnih inkriminacij. To sta pragmatična ugovora zoper kaznivost golega namena. Šele ravnanje, ki je zaznavno v zunanjem svetu je lahko predmet kazenskopravnega normiranja. Stališče, da sme zakonodajalec inkriminirati le ravnanje, ki je zaznavno v fizičnem svetu, ima tako garantni pomen. Kaznivost že golega naklepa bi namreč odprla vrata potencialnim zlorabam. Poleg tega pa bi bilo sodišče pri dokazovanju golega naklepa nujno soočeno z nepremostljivimi spoznavnimi omejitvami, ko bi moralo (onstran razumnega dvoma) ugotavljati goli namen, ki ga storilec dejansko ne bi uresničil. Zato je kaznovanje za goli namen v demokratični družbi nelegitimno.²⁶

Poskus in pripravljalna dejanja so lahko navkljub očitni odsotnosti nastanka prepovedane posledice kazniva iz dveh razlogov. Prvič, če je storilec izkazal enako zavržen subjektivni odnos kot vsak drug storilec, odsotnost prepovedane posledice pa je posledica naključja, ne pa volje storilca (povračilni vidik). In drugič, da bi se odvrčalo potencialne storilce od tega, da

²³ Najbrž bi bilo namesto izraza »naklep« bolje uporabiti izraz »namen«. Koncept naklepa je namreč v kazenskem pravu natančno izdelan in ga ne gre enačiti z golim namenom posameznika, da bo izvršil kaznivo dejanje.

²⁴ Bavcon / Šelih s sodel. 2003: 323. Podobno tudi Novoselec 2004: 271.

²⁵ V leposlovju tovrstne primer opisuje *Solženicyn* v romanu *Prvi krog*. Glej tudi Weisberg 1974.

Prva oseba, ki je bila v Avstraliji obtožena izvršitve novih (iz leta 2002) terorističnih kaznivih dejanje, je bila obtožena na podlagi naslednje določbe avstralskega KZ, ki določa kaznivost za pripravljalna dejanja: *Section 101.6(1) A person commits an offence if the person does any act in preparation for, or planning, a terrorist act. Penalty: Imprisonment for life* (McSherry 2004: 366).

²⁶ To seveda ne pomeni, da je ugotavljanje objektivnih zakonskih znakov kaznivega dejanja ne povzroča težav (glej Zupančič 1991). Gibanje *Critical Legal Studies* je zaslužno za skepso do pravilnega ugotavljanja dejstev o preteklem neponovljivem dogodku, kakršno je kaznivo dejanje (Tushnet / Jaff 1986: 361).

bi ravnali na način, ki praviloma rezultira v prepovedano posledico (preventivni vidik). Utemeljitev kaznovanja obeh zgodnejših faz izvrševanja kaznivega dejanja je torej enaka kot pri dokončanih kaznivih dejanjih. Vendar smo že pri poskusu, še bolj pa pri pripravljanih dejanjih, prav zaradi odsotnosti prepovedane posledice v dvomu, ali je imel storilec naklep oziroma namen tipičnega storilca.²⁷ Zakaj? Četudi je krivda izrazito subjektivni element kaznivega dejanja, je njeno **dokazovanje** v kazenskih postopkih praviloma **objektivizirano**.²⁸ Sodišče namreč ne more vedeti, kaj je bilo v glavi obdolženca, ko je uresničeval zakonske znake inkriminacije, pač pa se to dokazuje bolj ali manj posredno. Še toliko bolj problematično pa je ugotavljanje potencialnega oz. neuresničenega namena storilca. Spoznavne omejitve sodišča pri na primer dokazovanju posebnega namena storilca tatvine, da si prisvoji tujo premično stvar, so manjše od omejitev pri ugotavljanju neuresničenega namena. Ker so objektivni zakonski znaki tatvine dejansko uresničeni in objektivno zaznavni v dejanskem svetu, ima sodišče za dokazovanje subjektivnih okoliščin načeloma na voljo več potencialnih dokaznih virov. Pri poskusu storitve kaznivega dejanja je dokazovanje subjektivnih okoliščin težje, vendar je tudi po definiciji poskusa storilec uresničil vsaj nekatere znake kaznivega dejanja.

V primeru terorističnih kaznivih dejanj iz Okvirnega sklepa je potrebno dokazati motiv storilca, zaradi katerega je izvršil kaznivo dejanje, ne pa zgolj njegov naklep do izvršitve kaznivega dejanja. Prav ta motiv je tisti razlikovalni znak, ki loči teroristično kaznivo dejanje od »navadnega« (tj. neterorističnega) napada na na primer človekovo življenje, uničenja javnih objektov, posedovanja orožja itd.²⁹ Tega lahko sodišče v večini primerov ugotavlja le špekulativno s pomočjo vrste posrednih dokazov ali indicev (npr. simpatiziranje z določeno skupino, pripadnost kakšni organizaciji, etnična ali verska pripadnost, zanimanje za določene vsebine, druženje ali poznanstvo z določenimi ljudmi), s katerimi dokazuje pripravljenost

²⁷ »We punish attempts (despite the general absence of harm) for two reasons: first, because the actor has manifested the same blameworthy disposition as any other criminal, the lack of harm is a fortuity outside his control; second, because we wish to deter people from taking steps that ordinary result in harm, and it may add significantly to deterrence to punish people even when they fail in their aim. Of course, the failure to consummate the harm **makes us doubt whether the actor had the malicious resolve of the typical effective offender. If the defendant is apprehended when we are still especially uncertain about the resoluteness of the criminal plan, we call the action "preparation".**« (Kelman, 1981: 653).

²⁸ Zato pogosto zasledimo takšne obrazložitve kazenskih sodb: »Obtoženec je oškodovanca zadel v prsni koš, pri tem pa sodišče ugotavlja, da so v prsnem košu človeškega telesa življenjsko pomembni organi in to **dejstvo je splošno znano vsem ljudem v našem kulturnem okolju, torej tudi obtožencu. Obtoženec se je torej zavedal svojega dejanja in ga je hotel storiti. Očitano kaznivo dejanje je storil z direktnim naklepom.**«

²⁹ McSherry 2004: 359-64.

(nagnjenost) posameznika, da bo izvršil kaznivo dejanje.³⁰ To je tudi izvorni greh tistih inkriminacij pripravljanih dejanj – bodisi v obliki *delicta preparata* ali pa *sui generis* kaznivih dejanj - katerih bistveni razlikovalni znak je poseben namen storilca, ki ni bil uresničen. Ugotavljanje tovrstnega potencialnega namena se zato lahko sprevrže v zlorabe tovrstnih inkriminacij za politično ali ideološko preganjanje posameznikov ali preprosto za preganjane, ki je osnovano na strahu in zahtevi javnosti po iskanju grešnih kozlov.

Zakonske opredelitve kaznivih dejanj morajo biti takšne, da omogočajo strankam kazenskega postopka racionalno dokazovanje. V nasprotnem primeru je možnost zlorab prevelika ali pa je na podlagi tovrstne inkriminacije mogoče preganjati le izjemno majhen delež njenih dejanskih storilcev. Ker je dokazovanje potencialnega bodočega namena storilca epistemološko nemogoče oz. kvečjemu izjemno špekulativno, so inkriminacije, pri katerih je tovrsten namen edini razlikovalni znak med nekaznivim in kaznivim ravnanjem, nedopustne.

Opisan pristop k inkriminiranju pripravljanih dejanj kot posebnih kaznivih dejanj je sporen tudi v luči ustaljene ustavnosodne presoje. Ustavno sodišče je v odločbi, v kateri je odločilo o ustavnosti in zakonitosti Uredbe o vojaških sodiščih, zapisalo: »V kazenskopravni teoriji je razčiščeno vprašanje o sprejemljivi nomotehnično določni opredelitvi kaznivosti. Pri tem je jasno, da zakonodajalec kot kaznivega ne more opredeljevati nedokazljivega statusa človeka kot po biti opredeljenega hudodelca. [...] **[P]ravna varnost v pravnem sistemu ne trpi takih inkriminacij, ki spričo svoje nedoločnosti in nedokazljivosti ne bi mogle postati predmet osredotočenega dokazovanja in sploh spora** med državo in posameznikom v kazenskem postopku. Kazensko pravo vztraja ne pri inkriminaciji osebnosti, ampak pri inkriminaciji dejanj, s katerimi osebnost po svoji volji ali s svojo malomarnostjo **pušča dokazljivo konkretno in specifično sled v zaznavnem svetu**. Samo taki učinki kaznivih dejanj so namreč dejansko lahko v kazenskem postopku predmet določnega dokazovanja. Samo okrog tako opredeljenih dejstev - ne pa abstraktnega in nedoločnega statusa - lahko v kazenskem postopku nastane spor, v katerem imata obe stranki možnost dokazovati krivdo oziroma nedolžnost. [...] Problem s statusnimi označbami v kazenskem pravu seveda ni v tem, da "vojni zločinci" ipd. ne bi smeli biti kaznovani. Vendar je načelu določnosti, ki je eno od podnačel načela zakonitosti v kazenskem pravu, zadoščeno šele, ko je splošna statusna

³⁰ Izjema bi bili primeri, ko bi obdolženec sam povedal (priznal), da je nameraval izvršiti teroristično kaznivo dejanje. Vendar pa je v ZKP določba (232. člen ZKP), da tudi če obdolženec prizna, sodišče ne more utemeljiti njegove obsodbe izključno na priznanju.

opredelitev kaznivega dejanja specifično in koncizno določena s posameznimi objektivnimi in subjektivnimi elementi ravnanja, okoliščin in (včasih) posledic ravnanja, ki statusni opredelitvi dajejo take vrste vsebino, da o njej lahko nastane konkreten spor, ki ima za predmet **oprijemljiv in dokazljiv historični dogodek**. Vidimo torej, da je problem s statusnimi inkriminacijami **podoben problemu nedoločnosti**. Namen načela zakonitosti in s tem določnosti v kazenskem materialnem pravu (*lex certa*) je **preprečiti samovoljo in arbitrarno** uporabo moči državnega kaznovalnega sankcioniranja v situacijah, ki ne bi bile že vnaprej dovolj točno opredeljene.«³¹

Da ti kriteriji ne veljajo zgolj za statusne³² inkriminacije, je mogoče razbrati tudi iz odločitve Ustavnega sodišča v zadevi Up-758/03. »Vprašanje zahtevnosti dokazovanja samo po sebi ni povezano z vprašanjem kršitve načela zakonitosti kazenskega materialnega prava iz prvega odstavka 28. člena KZ. Načelo zakonitosti je za vprašanje dokazovanja pomembno le toliko, kolikor **zahteva po določnosti zakona, ki določa kaznivo dejanje, hkrati preprečuje, da bi se kot znaki kaznivega dejanja uporabljali pojmi in okoliščine, glede katerih ni mogoče osredotočeno dokazovanje**.«³³

Zahteva, da konstitutivni znak inkriminacije ne more biti goli namen storilca, ki ni bil uresničen, pač pa mora imeti ravnanje določene objektivne posledice v zunanjem svetu, je globoko usidrana v konceptu pravičnega kaznovanja. Zakaj? Prvič, služi kritičnemu dokaznemu namenu, ki podpira ostale dokaze, ki dokazujejo zločinski namen. Neizogibno tveganje napake pri ugotavljanju mentalnega stanja je nesprejemljivo visoko, če ugotavljanje mentalnega stanja storilca ni usidrano z dokazi, ki dokazujejo objektivno demonstrabilno ravnanje. Drugič, zahteva po ravnanju služi razlikovanju med dnevnim sanjarjenjem in fiksnim namenom storilca o izvršitvi kaznivega dejanja. Mentalnega stanja ni le težko dokazati, pač pa je tudi nestalno, fluidno in raznoliko. Če ni realnega predvidevanja, da bo zločinska misel prešla v zločinsko ravnanje, ni legitimne podlage za kaznovanje. Zahteva po ravnanju tako preprečuje kaznovanje za fantazije, želje, domneve ipd. In tretjič, zahteva po

³¹ 12. točka U-I-6/93 z dne 1. 4. 1994, Uradni list RS, št. 23/94 in OdlUS III. 33.

³² Vrhovno sodišče Združenih držav je v zadevi *Robinson v. California* (370 U.S. 660 (1962)) odločilo, da klavzula poštenega pravnega postopanja (v ang. *due process*) iz 14. amandmaja k ameriški Ustavi zahteva, da je lahko posameznik kaznovan le zaradi ravnanja, ne pa zaradi svojega statusa. Kalifornijski zakon je namreč določal, da je kazniv status posameznika, da je odvisnik od mamil. Gre za enega redkih primerov, ko se je Vrhovno sodišče Združenih držav ukvarjalo z ustavnostjo materialnih kazenskih določb (Fletcher 1998: 158).

³³ 18. točka Up-758/03 z dne 23. 6. 2005, Uradni list RS, št. 66/2005.

ravnanju ohranja določeno polje posameznikove svobode, tako da omejuje kaznivost na določeno še znosno sfero.³⁴

5. Načelo sorazmernosti in pomen sodne veje oblasti

Tudi, ko je inkriminacija pripravljalnega dejanja v zakonu oblikovana tako, da ne nasprotuje zgoraj opisanim zahtevam, je lahko še vedno v nasprotju z Ustavo, konkretnije z načelom sorazmernosti.

V kazenskem postopku sta namreč možni le dve vrsti meritornih odločitev sodišča, oprostilna in obsodilna sodba. To pomeni, da mora sodišče vse dejanske primer, ki so izjemno raznoliki, razrešiti na en ali drugi način. Kazensko pravo sicer znotraj obsodilne sodbe ponuja različne možnosti, ki zagotavljajo, da je kazenskopravna reakcija kar najbolj sorazmerna z ugotovljeno kršitvijo kazenskopravne prepovedi ali zapovedi. Sorazmernost se zasleduje tako z objektivnimi kot subjektivnimi merili. Tako je storilcu, ki je spoznan za krivega določenega kaznivega dejanja, mogoče odpustiti kazen, jo omiliti, izreči primerno kazen znotraj zakonskega okvira ipd. Te pravne možnosti so izraz načela individualizacije kazenskih sankcij. Tudi v okviru oprostilne sodbe se zasleduje sorazmernost med odločitvijo in ugotovljenim dejanskim stanjem, saj ima sodišče na voljo spekter različnih utemeljitev oprostitev obdolženca. Tako se razlogi oprostilne sodbe vrednostno razlikujejo.³⁵

Skladno z načelom legitimnosti in omejenosti represije, ki je eno temeljnih načel kazenskega prava³⁶, je kazenska represija upravičena samo, kadar in kolikor varstva človeka in drugih temeljnih vrednot ni mogoče zagotavljati drugače. To načelo ima svojo ustavno podlago v načelu pravne države oz. je kazenskopravni vidik načela sorazmernosti, ki je izpeljano iz načela pravne države. Nemško ustavno sodišče je v razvpiti zadevi »kanabis«³⁷ odločilo, da je zakonodajalec tako pri oblikovanju inkriminacij kot pri določitvi kazenskih sankcij zanje omejen z načelom sorazmernosti. Najprej mora biti že sama kazenska prepoved oz. zapoved ustavnopravno upravičena ne glede na vrsto in višino kazenske sankcije, ki je predvidena za

³⁴ Jeffries / Stephan 1979: 1371.

³⁵ O temu, da imajo različni razlogi za oprostitev obdolženec različne vrednostne naboje, piše Korošec, v Korošec s sodel. 2004: 41.

³⁶ Bavcon / Šelih s sodel. 2003: 136-8. To načelo je povzel tudi zakonodajalec v 2. členu KZ.

³⁷ BVerfGE 90, 145 z dne 9. 3. 1994.

njeno kršitev.³⁸ Prepoved oz. zapoved, za kršitev katere je predvidena kazenska sankcija, daje državi pravico, da v moralnem smislu graja in kaznuje osebo, ki je normo prekršila. Tudi gola obsodba (brez kazenske sankcije) je poseg v človekove pravice in temeljne svoboščine obsojenca, bolj konkretno v njegovo dostojanstvo. Kazenska obsodba sporoča, da je posameznik ravnal v nasprotju z najpomembnejšimi družbenimi normami in vrednotami. Ker je javna, obsodba stigmatizira in sramoti storilca v njegovem družbenem življenju. Tovrsten poseg v človekovo dostojanstvo zato zahteva specifično in dovolj visoko mejo ustavne sprejemljivosti vsake inkriminacije. Načelo sorazmernosti nadalje terja od zakonodajalca, da utemelji, da je določeno sredstvo – v tem primeru inkriminacija - primerno in nujno za doseg želenega cilja. Poleg tega mora biti zadoščeno tudi načelu sorazmernosti v ožjem smislu.

Tako je na primer **inkriminacija pripravljalnega dejanja, ki je sicer lahko primerna in nujna za varovanje določene kazenskopravne dobrine, ustavnopravno sporna, če bi bil konkretni poseg v posameznikovo človekovo pravico prevelik v primerjavi z interesom varovanja kazenskopravne dobrine.** Nemško ustavno sodišče je v zadevi »kanabis« presojalo ustavnost izjemno široke inkriminacije, ki je med drugim prepovedovala ravnanje, ki je pripravljalno za osebno uživanje majhnih količin marihuane in kot tako ni nevarno za tretje osebe. Odločilo je, da tovrstna inkriminacija sama po sebi ni v nasprotju z načelom sorazmernosti v ožjem smislu, če je zakonodajalec pooblastil pravosodne organe (tožilstvo, sodišče), da za ravnanja, ki so mejna, ne izrečejo kazenske sankcije ali opustijo njihov

³⁸ S podobnim vprašanjem se je ukvarjalo tudi Ustavno sodišče RS, ki pa je omejitve, v katerih se sme gibati zakonodajalec, zapisalo nekoliko manj jasno: »Odločitev, katero škodljivo oziroma nevarno ravnanje bo v posameznem primeru zakonodajalec opredelil kot kaznivo, načeloma sodi v polje njegove proste presoje, pod pogojem, da odločitev o inkriminaciji ali neinkriminaciji ne pomeni nedopustnega posega v človekove pravice ali temeljne svoboščine oziroma v druga temeljna ustavna jamstva, predvsem v načelo pravne države (2. člen Ustave).« (21. točka U-I-335/02).

pregon.³⁹ Instituti, kakršni so na primer dejanje majhnega pomena⁴⁰ ali različne možnosti procesne oportunitete⁴¹, so torej v službi načela sorazmernosti v ožjem smislu.

Tudi slovensko ustavno sodišče je, ko je presoјalo ustavnost poseganja države v človekove pravice ali temeljne svoboščine, oblikovalo t.i. strogi test sorazmernosti.⁴² Ustavno sodišče RS je do sedaj uporabljalo strogi test sorazmernosti v kazenskih zadevah, ko je šlo za posege v človekove pravice in temeljne svoboščine v kazenskem postopku (npr. v pravico do pravnega sredstva⁴³, v pravico do osebne svobode zaradi ponovitvene nevarnosti⁴⁴, v človekovo osebno dostojanstvo, osebnostne pravice, zasebnost in varnost s posebnimi preiskovalnimi ukrepi⁴⁵, v pravico do lastnine in domnevo nedolžnosti z začasnim zavarovanjem premoženjskoprnega zahtevka⁴⁶). Nemško ustavno sodišče pa je v zadevi »kanabis« odločilo, da pride strogi test sorazmernosti v poštev tudi pri ustavni presoji določb materialnega kazenskega prava. Kazenski zakon namreč opredeljuje pogoje, ki morajo biti izpolnjeni, da sme država poseči v dostojanstvo posameznika (sama obsodilna sodba je namreč poseg v to človekovo pravico) in druge človekove pravice in svoboščine, v katere

³⁹ *Bošnjak* pravi, da ima vsak pravni red že na ravni oblikovanja abstraktnega predpisa opraviti z odločanjem, katera izmed ravnanj zajeti v cono kriminalnost, kaj pa prepustiti urejanju v okviru drugih vej prava, npr. upravnega ali civilnega. Vendar življenje prinaša primere, ki silijo organe, ki abstraktne predpise uporabljajo v praksi, naj odločijo, ali je kazenskopravna reakcija sploh potrebna, čeprav dejanje izpolnjuje znake, ki so kot znaki katerega izmed kaznivih dejanj zapisani v kazenski zakonodaji. Pri tem odločanju pa je treba, vsaj v okviru pravne kulture, ki ji pripada tudi slovenski pravni red, že na abstraktni, po možnosti zakonski ravni, oblikovati zavezujoče smernice, ki naj praksi povedo, kateremu konkretnemu dejanju, ki ima znake kaznivega dejanja, naj ne sledi kazenskopravna intervencija (*Bošnjak* 2000: 40).

⁴⁰ Več o dejanju majhnega pomena glej v Korošec s sodel. 2004, nekoliko drugačno interpretacijo 14. člena KZ pa v Mozetič 2007. Glej tudi Hoskins 1973: 253-4.

⁴¹ Več *Bošnjak* 2007.

⁴² »Poleg tega, da lahko poseg v človekove pravice temelji le na legitimnem, stvarno upravičenem cilju, je treba po ustaljeni ustavnosodni presoji vselej oceniti še, ali je ta v skladu z načeli pravne države (2. člen Ustave), in sicer s tistim izmed teh načel, ki prepoveduje prekomerne posege države tudi v primerih, ko se z njimi zasleduje legitimni cilj (splošno načelo sorazmernosti). Oceno, ali ne gre morda za prekomeren poseg, opravi Ustavno sodišče na podlagi t.i. strogega testa sorazmernosti. Ta test obsega presojo treh vidikov posega: 1) ali je poseg sploh nujen (potreben) v tem smislu, da cilja ni mogoče doseči brez posega nasploh (kateregakoli) oziroma da cilja ni mogoče doseči brez ocenjevanega (konkretnega) posega s kakšnim drugim, ki bi bil po svoji naravi blažji; 2) ali je ocenjevani poseg primeren za doseg zasledovanega cilja v tem smislu, da je zasledovani cilj s posegom dejansko mogoče doseči: če ga ni mogoče doseči, poseg ni primeren; 3) ali je teža posledic ocenjevanega posega v prizadeto človekovo pravico proporcionalna vrednosti zasledovanega cilja oziroma koristim, ki bodo zaradi posega nastale (načelo sorazmernosti v ožjem pomenu oziroma načelo proporcionalnosti). Šele če poseg preстане vse tri vidike testa, je ustavno dopusten.« (25. točka U-I-18/02 z dne 24. 10. 2003, Uradni listRS, št. 108/03 in OdlUS XII, 86).

⁴³ U-I-190/00 z dne 13. 2. 2003. Uradni listRS, št. 21/2003.

⁴⁴ Glej npr. Up-74/95 (z dne 7. 7. 1995, OdlUS IV, 131) ali Up-75/95 (z dne 7. 7. 1995, OdlUS IV, 132).

⁴⁵ U-I-158/95 z dne 2. 4. 1998. Uradni listRS, št. 31/98.

⁴⁶ U-I-296/02 z dne 20. 5. 2004. Uradni listRS, št. 68/04 in OdlUS XIII, 41.

poseže z izrekom in izvršitvijo posameznih vrst kazenskih sankcij (na primer v pravice do osebne svobode v primeru kazni zapora). Z vidika načela sorazmernosti torej ni razlike, če se v posameznikove človekove pravice posega med kazenskim postopkom ali pa na podlagi obsodilne sodbe.

Ko inkriminira vse bolj zgodne faze izvršitve kaznivega dejanja zakonodajalec poseže po izjemno široko in abstraktno konceptualiziranih inkriminacijah, s katerimi zajame izjemno širok spekter življenjskih primerov, od dejansko manj nevarnih in zavržnih do takšnih, ki pomembno ogrozijo ali poškodujejo kazenskopravno dobrino.⁴⁷ Zakonodajalec se za tovrstne inkriminacije odloča na podlagi političnih kriterijev. Ti so povečini izraz splošnih strahov, nanašajo se na generične tipe ravnanja, konkretni obdolženec pa je objektiviziran. V takšnem pravnem okvirju morajo obstajati instituti splošnega dela kazenskega prava in procesnega kazenskega prava, ki omogočajo sodiščem sorazmerno odločanje. V primeru izjemno širokih inkriminacij za sorazmerno odločitev namreč pogosto ne zadošča kaznovalni okvir, znotraj katerega sme sodišče izreči in odmeriti kazensko sankcijo (praviloma je pri tovrstnih inkriminacijah ta okvir strog).

Po drugi strani se s tem pozornost usmeri na odločanje pravosodnih organov, zlasti sodišč. Ob tem, ko sta zakonodajna in posredno izvršna veja oblasti pod pritiskom mednarodnih institucij, da širita cono kriminalnosti, ki jo (domnevno) opravičuje nova varnostna situacija v svetu, je sodna veja oblasti branik pred preveliko inkluzivnostjo tovrstnih inkriminacij in pred zlorabami. S tega vidika je pomembno poudarjati pomen avtonomnega in kreativnega pristopa odločanju v konkretnih primerih, pravne kulture, zlasti pa načela delitve oblasti in v tem okviru neodvisnega položaja sodne veje oblasti.

7. Sklep

Edini sprejemljiv in dopusten način inkriminiranja pripravljalnih dejanja je tisti, pri katerem zakonodajalec opredeli zakonske znake *sui generis* kaznivega dejanja natančno in restriktivno ter jih osamosvoji od kaznivega dejanja, ki se ga pripravlja.

⁴⁷ »Der Gesetzgeber statuiert eine Norm „für alle Fälle“ – und daher meist für zu viele Fälle« (Volk 1985: 896).

LITERATURA

- Ambrož, Matjaž (2007): Council Framework Decision on Combating the Sexual Exploitation of Children and Child Pornography and the Slovenian Criminal Law. V: Tomášek, Michal (ur.): **European Law and National Criminal Legislation**. Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, Praha, str. 140-151.
- Bauman, Zygmunt (2002): Violence in the Age of Uncertainty. V: Crawford, Adam (ur.): **Crime and Insecurity: The governance of Safety in Europe**. Willan Publishing, Cullompton, Portland.
- Bavcon, Ljubo, Bele, Ivan, Kobe, Peter, Šelih, Alenka (1984): **Kazenski zakon SFR Jugoslavije s pojasnili, sodno prakso in literaturo**. Uradni list SR Slovenije, Ljubljana.
- Bavcon, Ljubo, Bele, Ivan, Kobe, Peter, Pavčnik, Marijan (1987): **Kazenskopravno varstvo države in njene družbene ureditve: politični delikti**. Globus, Zagreb.
- Bavcon, Ljubo, Šelih, Alenka, s sodelavci (2003): **Kazensko pravo, splošni del** (4. izd.). Uradni list RS, Ljubljana.
- Bošnjak, Marko (2003): Dejanje majhnega pomena – razumevanje in uporaba instituta v tožilski praksi. V: Bavcon, Ljubo (vodja raziskave), s sodelavci: **Uveljavljanje novih institutov kazenskega materialnega in procesnega prava**. Uradni list RS, Ljubljana, str. 39-66.
- Bošnjak, Marko (2006): Izbirni mehanizmi v kazenskem postopku. **Zbornik znanstvenih razprav**, let. 66, str. 43-67.
- Crawford, Adam (2002): The Governance of Crime and Insecurity in an Anxious Age: The Trans-European and the Local. V: Crawford, Adam (ur.): **Crime and Insecurity: The governance of Safety in Europe**. Willan Publishing, Cullompton, Portland.
- Fletcher, George P. (1998): The Meaning of Innocence. **University of Toronto Law Journal**, let. 48, št. 2, str. 157-174.
- Hetzer, Wolfgang (2007): Terrorist Attacks: Criminal Prosecution or National Defence? **European Journal on Criminal Policy and Research**, let. 13, št. 1-2, str. 33-55.
- Hoskins, Richard J. (1973): A Comparative Analysis of the Crime of Conspiracy in Germany, France and the United States. **New York University Journal of International Law and Politics**, let. 6, str. 245-270.
- Jeffries, John Calvin, Jr., Stephan, Paul B., III (1979): Defenses, Presumptions, and Burden of Proof in the Criminal Law. **Yale Law Journal**, let. 88, št. 7, str. 1325-1407.

- Karakaš, Aleksander (2000): Uporaba posebnih (preiskovalnih) metod in sredstev v kazenskem postopku. V: Bavcon, Ljubo (vodja raziskave), s sodelavci: **Uveljavljanje novih institutov kazenskega materialnega in procesnega prava**. Uradni list RS, Ljubljana, str. 240-278.
- Kelman, Mark (1981): Interpretive Construction in the Substantive Criminal Law. **Stanford Law Review**, let. 33, št. 4, str. 591-673.
- Korošec, Damjan (vodja raziskave), s sodelavci: **Majhen pomen dejanja kot institut materialnega kazenskega prava**. Uradni list RS, 2004, Ljubljana.
- Lagodny, Otto (1999): The Case of Substantive Criminal Law before the Bars of Constitutional Law – An Overview from the Perspective of the German Legal Order. **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, let. 7, št 3, str. 277–288.
- McSherry, Bernadette (2004): Terrorism Offences in the Criminal Code: Broadening the Boundaries of Australian Criminal Laws. **University of New South Wales Law Journal**, let. 27, št. 2, str. 354-372.
- Mozetič, Polona (2007): "Kaznivost": element splošnega pojma kaznivega dejanja? **Pravnik**, let. 62, št. 4/5, str. 203-230.
- Mythen, Gabe, Walklate, Sandra (2006): Communicating the Terrorist Risk: Harnessing a Culture of Fear? **Crime Media Culture**, let. 2, št. 2, str. 123-142.
- Novoselec, Petar (2004): **Opći dio kaznenog prava**. Udžbenici Sveučilišta u Zagrebu / Manualia Universitatis studiorum Zagrabienensis, Zagreb.
- Roxin, Claus (2006): **Strafrecht, Allgemeiner Teil**, 1. knjiga (4. izd.). C. H. Beck, München.
- Tushnet, Mark, Jaff, Jennifer (1986): Critical Legal Studies and Criminal Procedure. **Catholic University Law Review**, let. 35, št. 2, str. 361-384.
- Volk, Klaus: Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, let. 97 (1985), zvezek 4, str. 871-918.
- Weisberg, Richard (1974): Solzhenitsyn's View of Soviet Law in *The First Circle*. **University of Chicago Law Review**, let. 41, št. 3, str. 417-438.
- Zupančič, Boštjan M. (1991): Nekateri značilnosti pravne epistemologije. V: Zupančič, Boštjan M.: **Odločbe in razprave** (3. izd.), ČZ Uradni list RS, Ljubljana, str. 223-236.

Načelo *ultima ratio* v kazenskem materialnem pravu

doc. dr. Matjaž Jager

»Il y a deux genres de corruption: l'un, lorsque le peuple n'observe point les lois; l'autre, lorsqu'il est corrompu par les lois; mal incurable, parce qu'il est dans le remède même.«
(Montesquieu, De L'Esprit des lois, L 6, Ch. 9)

1. Uvodno

Kazenskopravno odzivanje na nek (domnevno) škodljiv družbeni pojav kot prvo in morda še edino orodje je lahko pri politiki/zakonodajalcu zavestno ali intuitivno ocenjeno kot najboljša »rešitev« problema. Ta »rešitev« je relativno hitra, poceni, hkrati pa jo spremlja takojšen medijski učinek, ki prinaša v demokratični liberalni demokraciji prepotrebne populistične točke. In res je tovrstno reševanje problemov danes prej pravilo kot izjema. Kot je zapisal profesor Jareborg:

“Criminalization is regularly used as first resort (*sola ratio*) partly because a new criminalization does not involve obvious immediate costs that have to be taken into consideration in the budget proposals of criminal justice authorities. As a result we need to live with ‘criminal law inflation’ (Jareborg, 524).”

Tovrstni inflaciji smo v Republiki Sloveniji neposredno in frapantno priča na področju predpisovanja prekrškov, do neke mere pa tudi na področju kaznivih dejanj in vedno novih zahtev po postrožitvah predpisanih in izrečenih kazni. (Cf. Bele.....).

Predvidevajoč tovrstne pritiske načelo *Ultima Ratio* (UR) kot eno izmed temeljnih načel kazenskega materialnega prava zakonodajalcu nalaga zadržanost. Nalaga mu, da kazensko pravo oz. kazenskopravno silo kot odziv na določena škodljiva dejanja uporabi šele takrat, ko milejših sredstev ni (več) na voljo. Ker kazensko pravo predpisuje in z zakonom določa najhujše posege v svobodo posameznika, ga pravilno uporabimo zgolj in šele kot zadnje sredstvo.

V teoriji se v zvezi s tem odpirajo številna vprašanja kot so: gre pri UR za materialno ali »zgolj« za formalno načelo (glej v nadaljevanju), kakšna je njegova pravna narava, pravni status, se to načelo naslavlja zgolj na zakonodajalca ali tudi na sodnika v konkretni zadevi, itn ... Mimo tovrstnih pravnih dilem pa bi lahko rekli, da načelo UR na nek način predpostavlja, da ima zakonodajalec kolikor toliko jasno predstavo o tem, kateri so različni možni odzivi na neko družbeno škodljivo dejanje oz. pojav. Še več, njegovo optimalno izvajanje predpostavlja zakonodajalca, ki ima zadovoljivo in realno predstavo o kratkoročnih in dolgoročnih učinkih posameznih orodij v danih konkretnih okoliščinah. Na podlagi te predstave in predvidevanj nato v idealnih razmerah najprej uporabi vsa druga sredstva, ki so mu na voljo in se h grožnji s kaznijo kot najhujšo sankcijo zateče šele takrat, ko nima več druge izbire.

Vprašanje je, ali zakonodajalec lahko doseže tako visoko raven vedenja o problemu, ki se ga namerava lotiti. Ker v praksi temu praviloma ni tako, se lahko vprašamo, ali je treba to načelo razumeti zgolj kot neke vrste splošni poziv k zadržanosti ali pa moramo to idejo še bolj konceptualno in vsebinsko izdelati. Takšna analiza bi dobrovernemu zakonodajalcu podati usmeritve kako se lahko v to smer potrudil po svojih najboljših močeh. S tem bi vsebinsko pomagali zakonodajalcu v konkretnih okoliščinah njegovega odločanja, mu odprli oči za možne pozitivne in negativne spodbude, blažje alternativne, preventivne in represivne ukrepe. Po drugi strani pa bi s tem vzpostavili pregleden in predvsem vsebinski nadzor nad njegovimi odločitvami. V nadaljevanju analiziram tako formalne kot vsebinske vidike načela UR in skušam skicirati odgovore na gornje dileme.

2. Na kratko o razvoju in današnjem pomenu načela UR v kazenskem materialnem pravu

Običajno pravimo, da se je načelo UR v teoriji trdneje izoblikovalo v dobi razsvetljenstva, kot eden izmed odgovorov na škandal kapriciozne, netransparentne in ekscesne kazenske justice *ancie regima*. Skorajda nemogoče je, seveda, da se pozornim opazovalcem kaznovalnih praks podobni razmisleki ne bi pojavljali vseskozi v zgodovini. Ob Voltairu in Rousseauju je npr. Montesquieu v svojem delu *O duhu*

zakonov (1748) trdil, da so stroge kazni odraz despotskih vladavin, ki temeljijo na terorju.¹ Za njim je to misel leta 1764 povzel Beccaria in ga parafraziral takole: Vsaka kazen, ki ni neizpodbitno potrebna, je tiranska.« (2002: 62). V utemeljevanju tega načela je izhajal iz teorije družbene pogodbe, čemur je sledil npr. tudi naš Jelenc dvajset let kasneje. V svoji razpravi *Splošna načela kriminalnega prava* je temu vprašanju posvetil celo krajše poglavje, dodal slikovite prisposode in načelo UR že formuliral bolj ali manj na način kot ga poznamo danes: »In vendar ne more in ne sme zdravnik izžigati, dokler še ima manj drastična sredstva; Trdno in nepremagljivo zato ostaja načelo: vsaka kazen je nasilno, je zadnje sredstvo; če vsa druga ne obrodijo sadu, če popustijo vse vrvi, potem lahko naredimo korak naprej h kaznovanju.« (1785: 139-140).

Z deloma drugačnih, klasično utilitarnih izhodišč je kazen kot skrajnje sredstvo utemeljeval tudi nesojeni Newton družbenih ved Jeremy Bentham. Zanj je bilo izhodišče kriminalitetne politike načelo, da je vsako kaznovanje samo po sebi zlo, ker zmanjšuje agregatno količino dobrobiti v družbi. Iz te izhodiščne premise je Bentham razdelal celo vrsto zaključkov, ki predstavljajo še danes zanimivo analizo pojmovanja kaznovanja kot *ultima ratio* s klasično utilitarnih izhodišč (1988, 1781: 170).²³

Zgodovina ideje načela UR oz. njenega utemeljevanja bodisi s teorijo družbene pogodbe, bodisi skozi klasična utilitarna izhodišča zasluži daljšo in posebno obravnavo in kritiko.⁴ Za naš tukajšnji namen sem želel zgolj pokazati, da pri načelu UR ne gre za teoretični domislek pravne dogmatike. Načelo UR ima svoj izvor v praksi, je konkreten rezultat prizadevanj razsvetljenskih mislecev in reformatorjev za prenehanje prakse nelegitimne in ekscesne uporabe kazenskega prava.

¹ Glej 6. knjigo, pogl. 9. Ob tem je Montesquieu navrgel še naslednjo socialno-psihološko opombo o nosilcih ekscesne strogosti, ki bi si zaslužila posebno obravnavo ob drugi priložnosti: »Les hommes extrêmement heureux, et les hommes extrêmement malheureux, sont également portés à la dureté; témoins les moines et les conquérants. Il n'y a que la médiocrité et le mélange de la bonne et de la mauvaise fortune, qui donnent de la douceur et de la pitié.« (Ibid.)

² Za primerjavo Beccarie in Benthama in podrobnejšo predstavitev argumentacije z vidika teorije družbene pogodbe in argumentacije z vidika načela »the greatest happiness of the greatest number« glej npr. Jager (2000).

³ Glej tudi *infra* ko je govora o pogledih sodobne ekonomske analize kazenskega prava.

⁴ Prim. npr. pred kratkim Minkinen 2006, ki utemeljitev načela UR izvaja iz temeljne predpostavke, da »država sploh ne sme poseči vmes«. Glej tudi *infra* Jareborg, str. 13.

3. Načelo UR v kazenskem materialnem pravu R Slovenije

Uvodoma lahko ugotovimo, da je danes načelo UR v teoriji brez dvoma uveljavljeno načelo, ki se uvršča v železni repertoar učbenikov kazenskega materialnega prava na kontinentu.⁵ Po drugi strani pa v literaturi pomen in posledice tega načela niso bile zelo obširno analizirane in komentirane. To na koncu koncev ni presenetljivo glede na implikacije, ki jih to načelo za prakso ima oz. bi jih lahko imelo.

V danes edinem slovenskem učbeniku splošnega dela materialnega kazenskega prava ga Bavcon uvršča v okvir načela legitimnosti in omejenosti represije. S tem je načelo UR postavljeno v širši okvir zahteve po legitimnem kazenskem pravu, ki se naslavlja na zakonodajalca tako glede materialnih kot formalnih pogojev za legitimno inkriminiranje določenih ravnanj. Načelo UR (vendar zgolj le njegov t.i. formalni pomen, glej infra) najdemo izrecno zapisano v temeljnih določbah veljavnega slovenskega kazenskem zakoniku. Člen 2 z naslovom *Podlaga in meje kazenskopravne prisile* določa: »Določanje kaznivih dejanj in predpisovanje kazenskih sankcij v zakonu je upravičeno samo, kadar in kolikor varstva človeka in drugih temeljnih vrednot ni mogoče zagotavljati drugače.«

Tako izraženo načelo UR je jasno naslovljeno neposredno na zakonodajalca in bi zato moralo biti v ustavi.⁶ Podobno bi po našem mnenju veljalo tudi za sorodno načelo humanosti, kolikor se nanaša na materialno kazensko pravo.⁷ Njegovo kompromisno lociranje v kazenskem zakoniku je lahko odraz zadrege ob zavedanju, da podrobnejša analiza posledic in konkretne uporabe tega načela v pravni praksi ni izvedena in je tudi ni lahko izvesti. To vpliva, kot bomo videli v nadaljevanju, na, za mnoge v biti negotov pravni status tega načela.

Po drugi strani pa prevod načela UR v Načelo legitimnosti in omejenosti represije jasneje pokaže, da naj bi po tem razumevanju načelo UR igralo dvojno vlogo. Po eni strani naj bi zagotavljalo materialno legitimnost inkriminacij. Pomanjkanje vseh vsebinskih kriterijev na tej točki to njegovo vlogo postavlja močno pod vprašaj in zamegljuje razpravo o njegovem pomenu.

⁵ Širše in primerjalno o teoriji načel, ki naj bi zakonodajalca v zadevah materialnega kazenskega prava omejevala v državah Common law, glej Peršak (2007).

⁶ Tako tudi Bele (2006: 57)

⁷ O njegovi vsebini Bavcon *et al.*, str. 122-124.

Po drugi strani pa načelo UR nalaga klasično in formalno »brzdanje« zakonodajalca v konkretnem primeru, ko le ta predhodno že ugotovi »materialno« legitimno potrebo po kazenskoopravni reakciji na neko družbeno zlo. Načelo UR v tem primeru zgolj nalaga, da naj bo inkriminiranje nekega škodljivega ravnanja zadnje sredstvo, o merilih določitve »škodljivosti« pa ne pove kaj dosti. Tako bi lahko po tem razumevanju karikirano rekli, da bi v Sloveniji, če bi želel, demokratičen zakonodajalec lahko inkriminiral npr. družbeno zlo čarovništva. Pri tem bi ga načelo UR zavezovalo le v toliko, da bi moral skrbno pretehtati in utemeljiti, da »blažja« sredstva ne bi dosegla zastavljenih ciljev pri odzivanju na ta pojav.

Ugotovimo lahko torej, da igra v slovenski teoriji načelo UR poleg svoje temeljne formalne vloge tudi vlogo materialnega omejevanja zakonodajalca glede izbora inkriminacij. Vprašanje je, če je ta njegova vloga zadostna.⁸ Vsekakor lahko ugotovimo, da ni podrobneje teoretično izdelana in ne

V pričujočem prispevku se zato pri obravnavi načela UR omejujem v dvojnem smislu. Najprej se zavestno omejujem le na obravnavo načela UR kot načela formalne, ancilarne legitimacije kazenskega prava kot zadnjega sredstva, ki nam v tej vlogi neposredno ničesar ne nalaga glede »materialne« legitimnosti neke inkriminacije. Po drugi strani se pri analizi načela UR omejujem zgolj na tisto klasično pojmovanje tega načela, ki je v tem, da se to načelo naslavlja le na zakonodajalca. Načelo se naslavlja na zakonodajalca v fazi snovanja abstraktne pravne norme. Na tej ravni zakonodajalec sprejema odločitve, ki *in abstracto* in za naprej definirajo vsebino zgornjih premis.

Upoštevajoč navedeno razumevanje načela UR lahko ugotovimo, da ga lahko postavimo na ravni kaznovalnega prava nasploh, torej pravnega polja, ki združuje kazensko pravo, pravo o prekrških in pravo disciplinskih prestopkov. Ob tem je treba takoj dodati, da se načelo UR v teoriji zelo redko omenja v zvezi s prekrški ali npr. v zvezi z disciplinskimi sankcijami. Praviloma najdemo to načelo jasno in najbolj sistematično izraženo in glosirano zgolj v okviru polja kazenskega prava.

⁸ O tem in podrobneje o primerjavi med obstoječimi materialnimi načeli legitimiranja inkriminacij v kazenskoopravnih sistemih kontinentalnega tipa in v sistemih Common law glej npr. Peršak 2007.

Načelo UR zavezuje zakonodajalca oz. mu postavlja določene meje.⁹ Nalaga mu, da pri (pravnem) odzivanju na družbeno škodljiva ravnanja kazensko pravo uporablja zgolj kot zadnje sredstvo, t.j. zgolj v tistih primerih, ko drugi milejši ukrepi niso ustrezni oz. niso zadostni. V zvezi s kazenskim pravom mora biti zakonodajalec zadržan pri premisleku:

- a) ali naj se kazensko pravo sploh uporabi oz. ali naj se neko konkretno ravnanje inkriminira, prav tako pa tudi
- b) glede načina kako ga uporabimo, če ugotovimo, da ni druge možnosti kot da ga uporabimo (Tako npr. Healy, 2005:7)

Glede drugega vprašanja se zadržanost odraža na več ravneh: v zakonodajalčevem definiranju zakonskih znakov kaznivega dejanja, v določitvi stopnje krivde, v določitvi vrste in višine kazenske sankcije.

Pri kazenskem pravu imamo torej opraviti z orodjem družbenega inženiringa, ki naj nastopi v skrajni sili šele takrat, ko nimamo na razpolago nobene milejše in manj boleče in s tem družbeno bolj sprejemljive alternative. Skratka, gre za skrajno pravno-politično orodje pri katerem naj bi bila zadržanost ob njegovi uporabi imanentno prisotna.

Če v R Sloveniji načelo UR umeščamo v načelo legitimnosti in omejenosti represije, najdemo drugod še celo vrsto podobnih umestitev in poimenovanj, ki se nanašajo na bolj ali manj isto vsebino. Tako literatura govori v zvezi s tem o načelu proporcionalnosti, načelu subsidiarnosti, načelu *in dubio contra delictum*, o fragmentarnosti kazenskega prava, o njegovi sekundarni naravi itn...Ta načela se do neke mere vsebinsko prekrivajo, tudi teorija v zvezi s tem ni vedno dovolj natančna.

Prekrivanje, delno različno razlaganje in ne dovolj podrobno izdelana teorija kazenskopravnih načel omogočajo, da se na isto načelo (nesankcionirano) sklicujejo zagovorniki zelo različnih konkretnih kriminalnopolitičnih rešitev. Če npr. kriteriji načela *ultima ratio* niso podrobneje izdelani, se lahko vsakdo sklicuje na to, da je to načelo v »danih konkretnih okoliščinah« upošteval. Poleg tega so lahko resnici na

⁹ O tem, da se oblast načeloma izogiba (samo)omejevanju glej npr. Elster 2000.

ljubo po posameznih državah konkretne okoliščine tako glede konkretnih škodljivih ravnanj kot glede ostalih alternativ, ki naj bi bile na voljo, različne.

4. Nekaj o zapovedovanju zadržanosti

Kot smo že ugotovili zakonodajalec, ki želi slediti načelu UR pristaja na načelno omejevanje svoje “demokratske svobode inkriminiranja”.

Načelo zakonodajalcu nalaga, da se pri uporabi kazenskega prava zadržan, obrzdan. Na nek način mu nalaga naj nekaj ne stori, opustitev inkriminiranja če je le mogoče, je predstavljena kot ideal. Načelo UR je v tej vlogi negativno načelo, ki nalaga vzdržanost, nedejavnost, ki naj prepreči razvoj družbe v smeri scenarija *Pessima res publica, plurimae leges*.¹⁰

Na zanimiv problem zapovedovanja tovrstne zadržanosti, zadržanja oz. obrzdane opustitve opozarja Healy:

“For the most part, like good judgment or polite manners, restraint is a virtue that cannot be codified even if aspects of it might be expressed in rules, principles or other conventions of conduct. In large measure, the most important features of restraint must lie always unspoken, in silence, for where there is a need to express the virtue of restraint in rules or other positive precepts it is due in part to a failure of restraint. (Healy 2005:2)”.

Nesorazmernost, čezmernost v praksi je sprožila odgovor v obliki utesnjujočega načela UR. Načelo UR je rezultat civilizacijskega pritiska, odraža umerjenost, zadržanost, mentaliteto razmisleka in štetja do deset in ovira impulzivno, spontano reakcijo. Čeprav gre za izrazito normativno prvino, le ta deluje v družbeni praksi, kar

¹⁰ Lahko se seveda vprašamo ali načelo *ultima ratio* po drugi strani ne nalaga dolžnost inkriminiranja v tistih primerih, ko so izčrpana vsa alternativna sredstva (pozitivna dolžnost inkriminiranja)? Lahko bi zadevo razlagali tudi tako, čeprav je res, da običajno tega načela nikakor ne vidimo v tej luči. Nasploh lahko vidimo, da so vsa načela kazenskega materialnega prava naravnana restriktivno, omejevalno (načelo zakonitosti, načelo omejenosti represije, načelo ozke razlage in prepovedi analogije, načelo *in dubio pro reo*, načelo *ne bis in idem* v svojem materialnopravnem vidiku, itn.). S tega vidika igra kazensko pravo vlogo garanta zoper neselektivno in ekscesno oblastno nasilje. Ali kot je strnjeno povzel Feuerbach – kazensko pravo je *Magna Charta* posameznika. Ta njegova ključna vloga se jasno zrcali npr. v inkriminacijah, ki inkriminirajo zlorabo in prekoračitev pooblastil oblastnih organov.

omogoča sociološko, kriminološko analizo njenega vpliva. Epistemološki problem z »merjenjem« zadržanosti je, da je zmeraj relativna, v odvisnosti od predmeta primerjave in ostalih okoliščin. Med te okoliščine se danes vedno bolj uvršča tudi subjektivni občutek varnosti, tako na ravni posameznika kot družbe. In nenazadnje, na celoten okvir konkretnega vpliva načela UR v praksi vpliva obseg t.i. zakonodajnega optimizma – miselne držbe, ki je neredko prisotna predvsem, a še zdaleč ne izključno med pravniki. Ena temeljnih stalnic tega pogleda na svet je predpostavka, da je mogoče družbene probleme reševati s predpisovanjem pravnih norm:

»The observance of restraint in the creation of criminal law is not easy; nor is it uncontroversial because, as already noted, the meaning and value of restraint in any particular context is often a matter for reasonable political disagreement. Putting aside this element of controversy, however, two notable factors affect the degree to which restraint can be observed in any given state. One is that, just as restraint often does not come easily to a person who is insecure, restraint in the application of criminal law cannot come easily to a society that is not collectively secure in its public institutions and the integrity of its officials. Another and a related concern is that restraint in the creation of criminal law is unlikely to prevail either among people who believe that the positive law can actually achieve or cause the result for which it was created or, more generally, among people who believe that law can actually resolve deep political or social disagreements. Adherence to restraint presupposes some understanding that the law, especially the criminal law, has only limited value as an efficient agent of social ordering.« (Healy, 2005:8)

Če pa zaenkrat ostanemo še na normativni ravni razprave je na mestu vprašanje, ali gre pri načelu UR za pravno ali nepravno, etično dolžnost zakonodajalca?

5. Pravna narava načela *ultima ratio*?

Navkljub izmuzljivi naravi ideje "zadržanosti" najdemo v literature predvsem dve poglavitni razlagi zavezujoče narave načela UR.

Jareborg na primer meni, da pri načelu UR ne moremo govoriti, da gre za pravno zavezujoče načelo. Po njegovem mnenju ne gre za ustavno načelo, ki bi zakonodajalca zavezovalo glede vsebine npr. materialnega kazenskega prava, temveč za načelo zakonodajne etike, ki pa po sami naravi stvari ni pravno zavezujoče. V zvezi je kvalitativna razlika v primerjavi s pravnimi normami, ki se kaže tudi na področju argumentacije, jasna. Pravna narava načela UR lahko bistveno določa njegov pomen in težo v praksi. Ni isto ali ga uporabimo kot element argumentacije v pravu ali pa »zgolj« kot etični oz. moralni napotek.¹¹

Po drugi strani pa tudi drži, da sama po sebi, pravna narava načela ne vpliva nujno na obseg njegovega upoštevanja. Zakonodajalec ga lahko vsebinsko ustrezno upošteva tudi če mu priznava zgolj status načela zakonodajne etike. In velja seveda tudi obratno, s to razliko, da bi se s tem, ko ne bi sledil temu načelu, ki bi mu sicer priznaval pravno veljavo, zakonodajalec izpostavil korektivu pravne presoje konkretnih zakonodajnih rešitev z vidika testa načela UR.

Kot smo že omenili se načelo UR v teoriji pojavlja pod različnimi imeni. V R Sloveniji je npr. vsebina tega načela vsebovana v temeljnem Načelu legitimnosti in omejenosti represije, ob bok načelu zakonitosti, načelu humanosti, načelu subjektivne ali krivdne odgovornosti in načelu individualizacije kazenskih sankcij (Bavcon, Šelih et al. ...).

Kontinentalna kazenskopravna doktrina pozna še druga načela, ki so vsebinsko blizu načeli UR, so pa morda manj temeljna oz. predstavljajo bolj ali manj »zgolj« logično konkretizacijo nekega drugega temeljnega načela.

Največ razprav o načelu *ultima ratio* in sorodnih načel in poimenovanj zanje najdemo v nemški kazenskopravni doktrini, nanjo se večina ostale literature tudi rada sklicuje (Cf. Jareborg, 523 in tam prikazan pregled nemške literature). Nemška doktrina tako npr. govori o tem, da ima kazensko pravo »fragmentarno naravo« (Cf. Jescheck 46-47). Fragmentarnost pomeni, da kazensko pravo varovane dobrino ne more varovati v celoti, temveč jo lahko poskuša varovati zgolj zoper izbrane oblike napadov nanjo. Lahko bi rekli, da je zaradi fragmentarnosti njegova prava domena v

¹¹ "In comparison with legal argumentation, moral argumentation is much more open; it is more like argumentation *de lege ferenda* than argumentation *de lege lata*. We cannot expect any criminalization principle to be unqualified and exceptionless (Jareborg, 523)."

varovanju dobrin pred najhujšimi in najbolj škodljivimi napadi. Načelo fragmentarne zaščite je odraz realnosti v kateri vseh interesov, ki bi jih želeli varovati, ni moč poskušati zaščititi s kazenskim pravom. Načelo oz. ocena fragmentarnosti vsake kazenskopravne zaščite (zgolj, kot pravimo »le vrha ledene gore«) ne izhaja iz načela *ultima ratio*, temveč je odraz realnosti (Tako npr. tudi Jareborg 526). Gre bolj za opis dejanskega stanja kot za normativno načelo.

Nekaterim se zdi bolj zapleteno razmerje med načelom UR in t.i. načelom subsidiarnosti. Jareborg se npr. sprašuje ali imamo opraviti z dvema neodvisnima načeloma ali pa gre morebiti za eno samo načelo z dvema imenoma?

Roxin npr. govori v zvezi z načelom UR izrecno o subsidiarnosti kazenskega prava (25-27). Kazensko pravo praviloma ni edini možni način s katerim lahko zavarujemo izbrano varovano dobrino. Najprej moramo uporabiti vsa preostala in v tem smislu primarna pravna sredstva in šele potem, ko se le ta izkažejo za nezadostna lahko pride na vrsto kazensko pravo. Kazenskopravna zaščita varovanih dobrin je v tem smislu subsidiarna (načelo subsidiarnosti), »*subsidiärer Rechtsgüterschutz*« in praviloma le delna, selektivna oz. fragmentarna. Kazen je »*ultima ratio der Sozialpolitik*« (Roxin 25).

Po drugi strani Maurach in Zipf v zvezi z načelom UR govorita raje o sekundarni naravi kazenskega prava (*Die sekundäre Natur des Strafrechts*), mislita pa na isto. Kot pravita, je kazensko pravo sekundarna, »zadnja linija pravne obrambe«:

» ..eine schwerere Massnahme (ist) nicht berechtigt, solange eine mildere den gleichen Erfolg erwarten laest (Grundsatz des relativ mildesten Mittel ...) *Jure est civiliter utendum*: bei Auswahl der staatlichen Machtmittel sollte das Strafrecht, eine wahre ultima ratio, an letzter Stelle stehen und nur dann auf den Plan treten, wenn dies zur Wahrung des oeffentlichen Friedens unerlaesslich ist (letzte verteidigungslinie des rechts ...)

Bistveno pa je, da nemška doktrina (tako npr. Jescheck, Roxin, kot Maurach in Zipf) poudarja, da ima tovrstno omejevanje kazenskopravnega zakonodajalca svoj temelj v meta-kazenskopravnem, ustavnem načelu pravne države. Načelo UR je izraz tistega materialnega vidika načela pravne države, ki določa vsebinske vidike

kazenskopravne zakonodaje (Cf. Jescheck 22). Še natančneje, načelo UR vsebinsko pokriva eno temeljnih načel pravne države - načelo sorazmernosti sredstva («*Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit der Mittel*») oz. prepoved nesorazmernosti («*Uebermassverbot*«).

Tako Nemško zvezno ustavno sodišče načelo UR izvaja iz vrhovnega načela (so)razmernosti, proporcionalnosti (*Verhältnismassigkeit*) oz. t.i. prospektivne proporcionalnosti. Da je načelo sorazmernosti del načela pravne države je potrdila sodba nemškega ustavnega sodišča BVerfGE 19, 343 (cit v Jescheck).

Izrecno o tem govori tudi sodba istega sodišča iz leta, ki poudarja, da je kazensko pravo *ultima ratio* v instrumentariju zakonodajalca. Načelo UR postavlja izrecno pod okrilje načela sorazmernosti, ki je eno izmed temeljnih načel pravne države in velja za vso javno pravo. V skladu z načelom sorazmernosti, ki vlada celotnemu javnemu pravu mora zakonodajalec ta instrument uporabiti »pazljivo in zadržano« (BVerfG NJW 75, 576, nav. v Maurach, Zipf 25).

V tem okviru je jasno, da sklicevanje na načelo sorazmernosti kot eno izmed načel pravne države predstavlja močan pravni in ne morda zgolj etični in nezavezujoč argument za dosledno izpeljavo načela UR.

Tovrstno razlago vsebine načela pravne države je pred kratkim izrecno sprejelo tudi Ustavno sodišče R Slovenije. V svoji odločbi U-I-335/02¹² je načelo pravne države apliciralo tudi na področje materialnega kazenskega prava. Iz obrazložitve navedene odločbe izhaja, da ustavno načelo pravne države posameznika varuje tudi pred nezakonitimi, samovoljnimi in čezmernimi posegi kazenskega represivnega aparata (Ibid.). Ustavno sodišče je še dodalo:

»Odločitev, katero škodljivo oziroma nevarno ravnanje bo v posameznem primeru zakonodajalec opredelil kot kaznivo, načeloma sodi v polje njegove proste presoje, pod pogojem, da odločitev o inkriminaciji ali neinkriminaciji ne pomeni nedopustnega posega v človekove pravice ali temeljne svoboščine oziroma v druga temeljna ustavna jamstva, predvsem v načelo pravne države (2. člen Ustave).«

¹² Ur. List RS, št. 37/2005.

Podrobneje o ustavni zahtevi sorazmernosti oz. o varstvu pred »čezmernostjo« (v širšem smislu) pa je Ustavno sodišče odločilo že v odločbi iz leta 1994 (U-I-137/93), ki se sicer ni nanašala na kazensko zadevo.¹³ Pri tem se je sklicevalo na »ustaljena in splošno sprejeta pojmovanja v svetu«. V skladu s temi pojmovanji so na splošno » ... kakršnekoli omejitve ustavnih pravic dopustne le, če so v skladu s t.i. načelom sorazmernosti, kar pomeni tri pogoje za dopustnost takih omejitev ali posegov (nujnost, primernost in sorazmernost v ožjem smislu): 1. poseg mora biti nujen – v tem smislu, da cilja ni mogoče doseči z nobenim blažjim posegom v ustavno pravico ali celo brez njega; 2. poseg mora biti primeren za dosego zaželenega, ustavno dopustnega cilja (...); in 3. upoštevati je treba tudi t.i. sorazmernost v ožjem smislu, kar pomeni, da je pri ocenjevanju nujnosti posega treba tudi tehtati pomembnost s posegom prizadete pravice v primerjavi s pravico, ki se s tem posegom želi zavarovati, ...« (Ibid.).¹⁴

Skratka, če strnemo, formalni vidik kazenskopravnega načela UR je odraz ustavnega načela sorazmernosti, ki je eno izmed temeljnih ustavnih načel pravne države.¹⁵ Še bolj podrobno – če sklepamo po razlogovanju ustavnega sodišča RS – skriva se v prvem pogoju strogega testa sorazmernosti, ki zahteva, da je poseg v splošno svobodo ravnanja v obliki inkriminacije, med drugim dopusten šele takrat, ko je nujen v tem smislu, da varstva varovane dobrine ni moč doseči z nobenim pravnim ukrepom ali sankcijo, ki bi bila blažja od kazni ali celo brez kakršnegakoli (pravnega) ukrepanja.

Ali z drugimi besedami in še enkrat, zakonodajalec je ustavnopravno zavezan tudi in predvsem kazensko pravo uporabiti šele takrat, ko nima na razpolago milejšega sredstva (*načelo milejšega oz. najmanj obremenjujočega sredstva*).¹⁶

¹³ Ur. List RS, št. 42/94.

¹⁴ Zelo podobno razlaga t.i. »strogi test sorazmernosti« Ustavno sodišče tudi v Odločbi U-I-18/02 (Ur. l. RS 108/2003).

¹⁵ Načela sorazmernosti naša Ustava nikjer izrecno ne omenja. Na ustavno raven ga je povzdignila praksa Ustavnega sodišča (Cf. Šturm 55).

¹⁶ Šturm, 56. Glede t.i. materialnega kriterija inkriminiranja pa po Šturmju tudi to izhaja iz ustavnega načela sorazmernosti, vendar tistega njegovega dela, ki se nanaša na t.i. »test legitimnosti«, ki je sestavljen iz dveh preizkusov: 1. ali je cilj, ki ga zasleduje država, legitimen, to je stvarno upravičen in 2. ali so od države uporabljena sredstva kot taka pravno dopustna. Ibid. Tukaj bo očitno potrebno še veliko teoretičnega dela, saj npr. prva točka tega testa ne nudi potrebnega vsebinskega merila, saj v bistvu tavitološko ugotavlja, da je inkriminacija legitimna le takrat, če je legitimna.

7. Je praktičen „Vodnik po alternativah za državo, ki bi rada dodala novo inkriminacijo” sploh možen in kateri bi lahko bili njegovi elementi? Kaj naj bi bila *prima*, kaj *secunda*, kaj *terca* itn. *ratio*...

Moderni slovenski in evropski zakonodajalec se v zvezi z načelom UR danes sooča z ustavnopravno zavezo, ki ga sistemsko sili v kontinuirano izbiro (naj)milejšega sredstva na vseh področjih. Ima ob tem na voljo konkreten in uporaben test alternativ, ki bi v konkretnih okoliščinah konkretno podal kriminalitetno politične gradacije reakcije države na nek družbeni problem? Tega pripomočka nima. Ali kot ugotavlja Jareborg:

“I have never seen a comprehensive discussion of what should be the *prima ration*, *secunda ratio*, and so on. But there should be some basic assumption that the State should not interfere at all. If interference is necessary, then aid, support, care, insurance and licence arrangements should take precedence over coercive measures. If coercive measures are necessary, they need not consist in sanctions. If sanctions are necessary, private law sanctions might be preferable to administrative sanctions (Jareborg 524).”

Potrebujemo torej ravno to – kolikor je le možno »comprehensive discussion« o gradaciji različnih kriminalitetnopolitičnih orodij v luči doktrine sorazmernosti in načela UR. Če ponovimo za Jareborgom gre prvenstvo seveda t.i. preventivnim sredstvom. Sledijo lahko različna, bolj ali manj mila in bolj ali manj prisilno delujoča sredstva. Na tem mestu naj zgolj navržem nekatere osnovne obstoječe alternative in se pri tem omejujem le na tiste, ki imajo bolj ali manj naravo sankcije:

Zasebno pravo pozna npr:

- neiztožljivost določenih zahtevkov (npr. ob nemoralni kavzi);
- ničnost in izpodbojnost pravnih poslov;
- povrnitev nezakonite obogatitve;
- povrnitev škode pri poslovnih in neposlovnih obveznostih;
- pogodbeno kazen;
- zamudne obresti;

- sodne penale ob neizpolnitvi nadenarne obveznosti iz pravnomočne sodbe in, nenazadnje
- civilno kazen (kot npr. po čl. 168 zakona o avtorskih in sorodnih pravicah).

Po drugi strani pa so lahko alternativne sankcije tudi javnopravne narave in sicer kot

- upravnopravne sankcije ali
- disciplinske sankcije.

Načelu *ultima ratio* so na svoj način blizu tisti kriminologi in ostali družboslovci, ki v kazenskem pravu vidijo le eno, še zdaleč ne najučinkovitejše orodje za urejanje družbe in sobivanja v njej.¹⁷ Tem vprašanjem se je npr. zelo posvečala ekonomska analiza (kazenskega) prava v zadnjih dveh desetletjih. Nanizala je vrsto argumentov ki govore v prid uporabe kazenskega prava zgolj v določenih okoliščinah, ko so npr. tako imenovane civilnopravne sankcije premalo uspešne pri preprečevanju kazenskopravne škode. S tem v zvezi se vprašamo kdaj zelo verjetno na splošno in *in abstracto* alternativni milejši ukrepi in sankcije ne bodo zadostovale? Kazenskopravna intervencija bo kot zadnje sredstvo za zmanjševanje družbeno škodljivega ravnanja prišla v poštev predvsem v primerih, ko:

- žrtve nastalo škodo nepopolno ali sploh ne zaznavajo (se ne prepoznavajo kot žrtve);
- je nastala škoda razpršena ali jo trpi t.i. javno dobro (npr. pri različnih oblikah onesnaževanja okolja), civilnopravna alternativa so pri tem morda t.i. *class actions* (ki pa nosijo v sebi problem *collective action* in ev. pravni problem aktivne legitimacije v sporu);

¹⁷ Tudi npr. ekonomska analiza prava kazensko pravo ne vidi kot vsemogočno orodje družbenega inženiringa. Ekonomsko videnje vloge kazenskega prava lepo povzemajo Bowles, Faure in Garoupta (2005: 14), ko jo definirajo takole: »At heart economics treats the criminal law as one of the mechanisms for controlling potentially harmful activities. It competes with alternatives such as civil law, administrative law, private cooperation and excise taxes as a means of helping prevent those activities, and only those activities, which impose social costs that exceed their social benefits. The basic criterion for choosing a criminal law approach in preference to any of the alternatives is that, given the structure of costs and benefits, it enables society to get closer to a socially optimal level for the activity. The appropriate domain for the use of criminal law is thus a matter that is determined pragmatically by relative costs and benefits.«

»It requires empirical investigation to establish the best institutional response in any particular context.« (sic!)

- žrtve ne zahtevajo odškodnino, ker se bojijo maščevanja storilcev;
- civilna sankcija (odškodnina) načeloma ne vzpostavlja tolikšne stigme kot kazenskopravna sankcija in v tem smislu ne učinkuje v tolikšni meri zastraševalno;
- imamo opravka s škodljivimi dejanji, katerih storilce je težko odkriti predstavlja v okviru predpostavk teorije uspešnega zastraševanja visoko postavljena kazenskopravna sankcija edini možen korektiv nizki verjetnosti prijetja storilca.

V tem okvirju bi lahko razliko med civilno in kazenskopravno sankcijo videli tudi takole: civilno pravo zgolj določa denarno ceno določenim ravnanjem (oseba A lahko povzroči škodo osebi B pod pogojem, da plača denarno ceno v obliki popolne odškodnine), ko pa gre za zelo huda dejanja le tem ne določimo cene temveč jih želimo kolikor je mogoče zmanjšati in omejiti. To skušamo doseči tudi z instrumenti kazenskega prava, ki poleg denarne odškodnine storilcu naložijo še dodatno denarno kazen ali še hujšo kazen odvzema prostosti ali oboje. Predpostavimo na primer, da gre v obeh primerih za malomarnost (Cf. Cooter 1984).

Upoštevati velja tudi, da bi lahko bila v določenih okoliščinah civilnopravna alternativa institut t.i. kazenske odškodnine »*punitive damages*« (pri nas je temu institutu zelo podobna t.i. civilna kazen). Ob tem tovrstna analiza poudarja, da civilnopravne sankcije ne delujejo v primeru insolventnih storilcev. Nenazadnje je pomembno tudi to, da kazensko pravo omogoča intervenco že pred dejanjem npr. ob poskusu ali drugih pripravljalnih dejanjih.

V iskanju blažjega sredstva v odnosu med kaznivimi dejanji in prekrški je potrebno paziti na poskuse preusmeritve strogega kaznovanja v okvir prava o prekrških (tako pri nas kot npr. na ravni EU). *In abstracto* pa je treba upoštevati, da je strošek postopka o prekršku sicer praviloma nižji, ob tem, da je družbena škoda ob kaznovanju nedolžnega v kazenskem postopku zaradi strožjih kazni dosti višja.

V praksi bo zaradi fragmentarne zaščite varovane dobrine s strani kazenskega prava velikokrat prisotna večnivojska, hkratna zaščita. Polivalentna zaščita se lahko

izkaže za optimalno v zmanjševanju družbeno škodljivih ravnanj. Na področju varstva okolja so nepravniki npr. v zvezi s tem prišli do naslednjih zaključkov:

»...the detailed structure of a mix of fiscal, regulatory and legal provisions may be used in an effort to internalize an externality. Finding the cost minimising combination, including the most appropriate role (if there is to be one) for criminal law, requires empirical investigation of the incentive structure facing participants in the activity. There are many parallel examples to which such an analysis could be applied, such as the control of gambling, alcohol and tobacco markets. These are all areas where criminal law plays an important role without necessarily being directed directly at the prevention of an activity, such as murder, rape or theft that society is seeking to minimise.« (Bowles, Faure, Garoupa 29)

Skratka če že uporabimo zadnje sredstvo, potem naj bo to vedno tudi skupaj z drugimi, milejšimi ukrepi. Ti ukrepi morajo učinkovati komplementarno in eden drugega ne smejo nevtralizirati (Ibid.) Ob tem avtorji izražajo zanimivo skepso v zvezi z počeznimi, zelo splošno načelnimi vodili za uporabo kazenskega prava. Po njihovem mnenju bi pravilno določanje svežnja najoptimalnejših odzivnih ukrepov na neko škodljivo ravnanje moralo izhajati iz čimbolj natančne empirične analize strukture spodbud vseh akterjev v zvezi z nekim konkretnim škodljivim ravnanjem (Ibid.)

8. Logične spremembe v postopku nastajanja inkriminacij

Nenazadnje lahko ugotovimo, da ima načelo UR tudi svoj proceduralni vidik in sicer v tem smislu, da vzpostavlja afirmativno dokazno breme na predlagatelja kazenskopravnega odzivanja na neko škodljivo ravnanje.

Po drugi strani pa vsaj implicitno nalaga tudi alternativne prijeme pri snovanju kriminalitetne politike kot so že omenjene empirične analize, eksperimenti, pilotske raziskave in podobno.

Poglejmo si za konec poučen zgled zakonodajne analize, ki gre po našem mnenju v smer zelenih elementov neke bodoče »comprehensive discussion« o izbiri najmilejših sredstev. V njej se v t.i. »oceni učinka« (Impact Assessment) zakonodajalec izrecno opredeljuje glede sredstev, ki jih predlaga. Argumentira tudi zakaj mora po njegovem mnenju poseči po kazenskem pravu in kako v okviru te odločitve izvaja načelo UR.

Gre za spremno gradivo k Direktivi o kazenskoopravnem varstvu okolja, ki jo je pred kratkim sprejela Evropska komisija.¹⁸ Ta spremni dokument k predlogu direktive med drugim izrecno obravnava in analizira vprašanja upravičenosti ali neupravičenosti (usklajenega) kazenskoopravnega odziva na ta problem. To delovno gradivo uvodoma ugotavlja, da je bil »[p]roblem okoljskega kriminala v preteklih letih analiziran v številnih študijah in na strokovnih srečanjih.«, kjer so ugotavljali, da so za učinkovit odziv na ta problem potrebna različna »orodja«. Delovno gradivo uvodoma analizira vprašanja kot so: vzroki škodljivih ravnanj zoper okolje (npr. visoki profiti, rastoča mednarodna trgovina, obstoječe sankcije); posledice tovrstnih škodljivih ravnanj; obstoječi ukrepi zoper tovrstna dejanja; ocene nadaljnjega razvoja problematike ob obstoječih ukrepih.¹⁹

V nadaljevanju delovno gradivo določa zastavljene cilje oz. želeno stanje na tem področju in definira več alternativnih možnih načinov za doseganje teh ciljev. Končno oceni učinke različnih možnih ukrepov na izbrana področja kot so: zaščita okolja, policijsko in pravosodno sodelovanje med državami članicami, obremenitve in koristi za poslovne subjekte in obremenitve in koristi za javne službe. Vse navedene učinke različnih alternativ in podalternativ na koncu povzema pregledna tabela.

Glede uporabe kazenskega prava kot zadnjega sredstva predlog direktive strnjeno dobesedno navaja:

»Skupnost in države članice so sprejele številne zakonodajne akte, katerih namen je varstvo okolja. Vendar pa različne študije kažejo, da trenutno veljavne sankcije v državah članicah vedno ne zadoščajo za učinkovito izvedbo politike Skupnosti za varstvo okolja. Kazenske sankcije ne veljajo v vseh državah članicah za vsa huda kazniva dejanja zoper okolje, čeprav imajo iz več razlogov samo kazni za kaznivo dejanje zadostni odvračalni učinek:

Prvič, nalaganje kazenskih sankcij kaže družbeno nestrinjanje, ki je po kakovosti drugačne narave kot v primeru upravnih sankcij ali mehanizmov nadomestil v civilnem pravu.

Drugič, upravne ali druge finančne sankcije po vsej verjetnosti ne bodo odvračalne, če so storilci kaznivega dejanja bodisi finančno zelo šibki ali nasprotno, finančno zelo močni. V takšnih primerih so lahko potrebne zaporne kazni.

¹⁸ Cit. COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT *Accompanying document to the Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the protection of the environment through criminal law* IMPACT ASSESSMENT [COM(2007) 51 final SEC(2007) 161] on http://ec.europa.eu/governance/impact/docs/ia_2007/sec_2007_0160_en.pdf

¹⁹ Ibid., str. 12- 22.

Poleg tega so sredstva preiskave kaznivega dejanja in sodnega pregona (ter medsebojne pravne pomoči med državami članicami) močnejša od orodij upravnega ali civilnega prava in lahko povečajo učinkovitost teh postopkov.

Končno, kazni zagotavljajo dodatno jamstvo za nepristranskost, saj pri preiskavi kaznivega dejanja sodelujejo preiskovalni organi, tj. drugi organi oblasti kot tisti upravni organi, ki so podelili dovoljenja za izkoriščanje ali onesnaževanje.«²⁰

Ne da bi se ob tem primeru opredeljeval glede izbrane rešitve v konkretnem primeru verjamem, da predstavlja način tovrstne ocene učinka korak v pravo smer do celovite razprave z vidika načela UR. Najmanj kar to načelo nalaga je, da se predlagatelj kazenskopravnega odzivanja v zvezi z načelom najmilejšega sredstva podrobno in vsebinsko argumentirano opredeli, kar dosedaj, vsaj v Sloveniji nikakor ni bila praksa. Vsebinski argumenti že v dovolj zgodnji fazi javne razprave bi omogočili izmenjavo kvalificiranih strokovnih mnenj in s tem načeloma bolj kvalitetno končno rešitev.

²⁰ Predlog DIREKTIVE EVROPSKEGA PARLAMENTA IN SVETA o kazenskopravnem varstvu okolja (predložila Komisija) {SEC(2007) 160} {SEC(2007) 161}

Literatura:

- Bavcon et al., Kazensko pravo – splošni del, Uradni list RS, Ljubljana 2003.
- Bentham, J., The Principles of Morals and Legislation, Prometheus Books, New York, 1988 (orig. izd. 1781).
- Bowles, R., Faure, M., Garoupa, N., Why Criminal Law?, paper presented on EALE Conference, Ljubljana, Slovenia, September 2005.
- Cooter R., Ulen. T.S., Law and Economics 4th ed.,
- Cooter, R., Prices and Sanctions, Columbia Law Review, Vol. 84, 1984, 1523-....
- Elster, J., Ulysses Unbound: studies in rationality, precommitment and constraints, Cambridge Univ. Press, Cambridge UK *et al*, 2000.
- Healy, P., Restraint in the Criminal Law, www.justice.gc.ca/en/ps/inter/healy/Healy-Restraint-EN.pdf (16.7. 2007)
- Jager, M., Beccaria in Bentham kot predhodnika ekonomske analize kazenskega prava, Zbornik znanstvenih razprav PF v Ljubljani, LX. Letnik, št. 1, str. 97-117.
- Jareborg, N., Criminalization as Last Resort (*Ultima Ratio*), Ohio State Journal of Criminal Law, Vol 2, pp. 521-534.
- Jelenc, F.K., Dva govora o splošnih načelih kriminalnega prava in njegovi literarni zgodovini, prev. D. Debenjak, v Beccaria, C., O zločinih in kaznih, Jelenc, F.K., Dva govora splošnih načelih kriminalnega prava in njegovi literarni zgodovini, Bavcon, L.(ur.), Pravna fakulteta v Ljubljani in Cankarjeva založba, Ljubljana, 2002.
- Minkinen, P., 'If taken in Earnest': Criminal Law Doctrine and the Last Resort, The Howard Journal of Criminal Justice, Vol. 45, No.5, December 2006, pp. 521-536.
- Peršak, N., Criminalising Harmful Conduct: The Harm principle, its Limits and Continental Counterparts, Springer, New York, 2007.
- Husak D., Applying Ultima Ratio: Skeptical Assesment, Ohio State Journal of Criminal Law, Vol 2, pp. 535-545.
- Šturm, L. (ur.), Komentar Ustave R Slovenije. Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije. Ljubljana, 2002.

Implementacija Rimskega statuta v slovenski pravni red (s posebnim ozirom na problem poveljniške odgovornosti)

doc. dr. Matjaž Ambrož

Uvod

Zadnja novela kazenskega zakonika (KZ-B) je že prinesla nekatere rešitve, cilj katerih je bila vključitev Rimskega statuta Mednarodnega kazenskega sodišča (v nadaljevanju: Rimski statut) v slovenski pravni red. Vprašanju implementacije poveljniške odgovornosti pa se je zakonodajalec takrat zavestno izognil. Razlogi za takšno odločitev so pojasnjeni v obrazložitvi predloga novele: »V akademski in strokovni javnosti je močno izraženo stališče, da so nekatere določbe – ena od njih je tudi 28. člen – v splošnem delu Rimskega statuta zelo sporne, celo slabe, ter da bi njihova implementacija v Kazenski zakonik pomenila korak nazaj od sedanje ureditve. [...] Glede na navedeno ocenjujemo, da v tem trenutku ne gre vnašati novega instituta, ki je določen v 28. členu Rimskega statuta, v splošni del slovenskega Kazenskega zakonika.«¹

Danes so v primerjalnem pravu na voljo številni zgledi kompromisnih rešitev, cilj katerih je bil vključiti v nacionalni pravni red institut poveljniške odgovornosti, kot ga predvideva Rimski statut, in hkrati »ostati zvest«² glavnim pridobitvam evrokontinentalne kazenskopravne dogmatike. Ti zgledi kažejo, da je možno vključiti poveljniško odgovornost v domači pravni red brez pretirane škode za obstoječi sistem splošnega dela kazenskega prava. Ob tokratnem spreminjanju KZ je odlična priložnost (in skrajni čas²), da na podlagi dobrih zgledov iz primerjalnega prava poveljniško odgovornost vključimo tudi v slovenski pravni red. V prispevku bodo najprej predstavljeni splošni modeli implementacije Rimskega statuta, sledi analiza vprašanja, kateri deli poveljniške odgovornosti s slovenskim kazenskim pravom za enkrat niso pokriti, na koncu pa so navedeni predlogi, kako poveljniško odgovornost urediti v slovenskem pravnem redu *de lege ferenda*.

Modeli implementacije - splošno

¹ Poročevalec Državnega zbora RS, št. 93/2003: 35.

² Če je Republika Slovenija razmeroma hitro podpisala in ratificirala Rimski statut, pa se z ažurnostjo pri njegovi implementaciji ne moremo posebej pohvaliti. Res je seveda, da formalnih mehanizmov, ki bi nas prisilili k implementaciji, ni, vendar pa dolgo odlašanje za mednarodni ugled države ni priporočljivo.

Primerjalnopravno je znanih več modelov implementacije Rimskega statuta v nacionalne pravne sisteme držav pogodbenic.³ Nemara najbolj preprost način je, da domače pravo kaznivost mednarodnih hudodelstev uredi z blanketnim sklicem na kazniva dejanja, ki jih Rimski statut ureja v členih od 6 do 8 (v nadaljevanju: model blanketnega sklicevanja). Na podlagi blanketnega sklica kazniva dejanja, ki so urejena v Rimskem statutu, postanejo (hkrati) del domače kazenske zakonodaje. Tako je na razmeroma enostaven način doseženo, da je domače kazensko pravo zvest odsev (kopija) Rimskega statuta – vendar le njegovega posebnega dela. Odprto ostane vprašanje skladnosti splošnega dela nacionalnega kazenskega prava z Rimskim statutom, kar je prav gotovo slabost tega modela in najbrž eden od razlogov, da je takšen model implementacije Rimskega statuta v primerjalnem pravu sorazmerna redkost⁴.

Bistveno pogosteje je uporabljen model, po katerem države v nacionalnih zakonodajah avtonomno oblikujejo kazenske določbe, ki naj pokrijejo materijo zajeto v Rimskem statutu (v nadaljevanju: model lastnih kazenskih določb). Na ta način je tudi vsebina mednarodnih hudodelstev državljanom lažje dostopna kot v primeru blanketnega urejanja, rešitev pa je tudi boljša z vidika načela zakonitosti (čeprav blanketno urejanje kaznivih dejanj samo po sebi ni v nasprotju z načelom zakonitosti, se v primerih, ko se celotna vsebina kaznivega dejanja uredi s sklicem na izpolnitveno blanketno normo, približa robu skladnosti s tem načelom). Potencialna nevarnost pri tem modelu je, da so pri oblikovanju kazenskih določb nacionalni zakonodajalci lahko površni, in ne zajamejo celotnega spektra ravnanj, ki so inkriminirana v Rimskem statutu, vendarle pa se je s skrbnostjo pri pripravi določb mogoče takšnemu tveganju skoraj v celoti izogniti. Nadaljnja značilnost modela lastnih kazenskih določb je, da je v primerjavi z modelom blanketnega sklicevanja bolj tog: če se polje kaznivih ravnanj v Rimskem statutu (oziroma v Znakih kaznivih dejanj) razširi, mora nacionalni zakonodajalec spreminjati zakone, da bi ostal usklajen z Rimskim statutom, med tem ko pri blanketnem sklicevanju to po naravi stvari ni potrebno. Ne glede na to, pa so prednosti modela lastnih kazenskih določb pred modelom blanketnega sklicevanja tolikšne, da je v primerjalnem pravu izrazito prevladal.

Iz primerjalnega prava sta znotraj modela lastnih kazenskih določb znana dva »podmodela«. Nekaterе države so nove določbe, s katerimi so zaobsegle materijo Rimskega

³ Za jednat pregled različnih modelov recepcije mednarodnega kazenskega prava v nacionalne pravne sisteme glej Kreicker, 2004.

⁴ Po podatkih, ki jih navaja Kreicker (2004: 9), so takšen model recepcije mednarodnega kazenskega prava uporabili na primer v Novi Zelandiji, Angliji, Walesu in na Škotskem.

statuta, integrirale v obstoječe kazenske zakonike oz. v obstoječe vojaške kazenske zakonike (tako npr. Italija, Španija, Poljska, Francija, Rusija, Hrvaška), druge pa so v ta namen oblikovale posebne kodifikacije, t.i. mednarodne kazenske zakonike (tako npr. Nemčija, Nizozemska, Švedska). V prid vsakemu od podmodelov je mogoče poiskati nekaj argumentov. Še preden pa soočim argumente in se opredelim, kateri je primernejši za slovensko kazensko pravo, je koristno vsaj v grobih črtah predstaviti dva tipična predstavnika podmodelov: nemški *Völkerstrafgesetzbuch* (kar bi bilo mogoče prevajati kot »mednarodni kazenski zakonik«) in hrvaško uskladitev z Rimskim statutom na podlagi novele KZ z dne 15. julija 2004.

Nemški zakonodajalec je sprejel *Völkerstrafgesetzbuch* 26. junija 2002, zakon pa je začel veljati 30. junija 2002 (to je en dan preden je začel veljati Rimski statut). Osrednja cilja⁵, ki sta bila zasledovana pri pripravi zakona sta bila zlasti »zaobseči specifično nepravo kaznivih dejanj zoper mednarodno pravo« in zapolniti vrzeli med nemškim in mednarodnim kazenskim pravom. Omeniti namreč velja, da do sprejema tega zakona nemško kazensko pravo ni poznalo mednarodnih hudodelstev, z izjemo kaznivega dejanja genocida. Nadalje naj bi bila z zakonom, ki sistemsko ureja vprašanja mednarodnega kazenskega prava, zagotovljena tudi »večja pravna določnost in jasnost ter lažja uporaba mednarodnega kazenskega prava v sodni praksi nacionalnih sodišč«. Pomemben cilj zakona je bil prav gotovo tudi poskrbeti za to, da bi bila ZRN v luči načela komplementarnosti zmožna sama preganjati kazniva dejanja iz pristojnosti MKS. Končno pa naj bi sprejetje mednarodnega kazenskega zakonika prispevalo k utrjevanju in širitvi mednarodnega humanitarnega prava. Zakon je razdeljen na splošni in posebni del. Splošni del je razmeroma skromen (obsega vsega 5 členov). V 2. členu je predvideno, da se uporabljajo splošna pravila nemškega KZ, kolikor ni v mednarodnem kazenskem zakoniku drugače določeno. Specialne določbe predvideva mednarodni kazenski zakonik le za ravnanje na ukaz (3. člen), poveljniško odgovornost (4. člen) in nezastarljivost (5. člen), kar pomeni, da se glede vprašanj naklepa, zmot, skrajne sile, silobrana, opustitev, udeležbe. ipd., uporabljajo splošne kazenskopravne določbe. V posebnem delu so inkriminirani: genocid (6. člen), hudodelstva zoper človečnost (7. člen), vojna hudodelstva (členi 8 do 12), kot posebni kaznivi dejanji pa sta inkriminirani dve obliki poveljniške odgovornosti⁶.

⁵ Prim. Werle, 2003: 88.

⁶ Podrobneje glej spodaj.

Hrvaški KZ iz leta 1997 je že vseboval poglavje »Kazniva dejanja zoper dobrine zavarovane z mednarodnim pravom«, v katerem je bil inkriminiran del mednarodnih hudodelstev. Z novelo KZ z dne 15. julija 2004 je hrvaški zakonodajalec dodal še inkriminacijo hudodelstev zoper človečnost, opredelitev vojnih hudodelstev pa je dopolnil z dotlej manjkajočimi izvršitvenimi oblikami. Poveljniško odgovornost je hrvaški zakonodajalec uredil po nemškem zgledu, s to razliko, da posameznih oblik poveljniške odgovornosti ni razdelil med splošni in posebni del, temveč je vse uredil v posebnem delu.

Iskanje najustreznejšega (pod)modela

Samo po sebi se zastavlja naslednje vprašanje: kateri od podmodelov je ustrežnejši – samostojna kodifikacija ali integracija v obstoječi KZ? Kot prednost posebne kodifikacije se običajno navaja dejstvo, da ta pristop na zaokrožen in relativno samostojen način obravnava problematiko mednarodnih hudodelstev, kar naj bi imelo didaktične prednosti (npr. pri izobraževanju vojakov), ter da je po drugi strani kazenski zakonik razbremenjen določb, ki pri vsakodnevnem pravosodnem odločanju ne igrajo posebnega pomena.⁷ Kot pomanjkljivosti rešitve, ki mednarodnokazenskopravno materijo »odriva« v poseben zakon, pa se izpostavlja nevarnost vzbujanja napačnega vtisa, da gre pri mednarodnih hudodelstvih za manj pomembna kazniva dejanja (glede na to, da niso urejena v kazenskem zakoniku, temveč v stranski kazenski zakonodaji).⁸

Precej očitno je, da so zgoraj navedene odlike in slabosti bolj ali manj kozmetične narave. Pri odločitvi za ta ali oni podmodel (integracija v KZ ali samostojna kodifikacija) res ne more biti odločilno, ali bomo KZ razbremenili za nekaj kaznivih dejanj (še posebej se zdi takšna skrb za »relevantnost z vidika vsakodnevnega pravosodnega odločanja« močno pretirana ob dejstvu, da je v KZ – tako v slovenskem kot v tujih – na ducate kaznivih dejanj, ki se v sodni praksi praktično ne pojavljajo). Prav tako pri odločitvi ne bi smelo biti ključno ukvarjanje z vprašanjem, ali bi se pravnim laikom genocid utegnil zdeti manj pomembno kaznivo dejanje, če ne bi bil vključen v KZ, temveč v poseben zakon.

Pri izbiri podmodela je veliko bolj pomembno, da ustrezno upoštevamo značilnosti pravnega sistema, znotraj katerega se odločamo. Primerjalnopравни pogled pokaže, da je bil eden od dejavnikov pri odločanju, ali je kazenski zakonik že vseboval določena kazniva

⁷ Prim. Kreicker 2002: 11.

⁸ Kreicker, *ibidem*.

dejanja zoper mednarodno pravo (potem uskladitev z Rimskim statutom s pomočjo novele KZ)⁹, ali pa kazenski zakonik takšnih kaznivih dejanj še ni vseboval (potem sprejem posebnega zakona)¹⁰. Še bolj pomembno pa je upoštevati, ali država že ima stransko kazensko zakonodajo ali ne. Za Nemčijo, ki ima obsežno stransko kazensko zakonodajo, dodatna kodifikacija s področja mednarodnega kazenskega prava ni bila nič posebnega (lahko bi nekako rekli »še en stranski kazenski zakon gor ali dol«). Za državo, ki nima stranske kazenske zakonodaje, pa je uvedba prvega stranskega kazenskega zakona lahko pomemben precedens.

Slovenija je ena izmed redkih evropskih držav, ki nimajo stranske kazenske zakonodaje. Z vidika pravne varnosti je to posebna odlika v več pogledih. S tem, ko kazniva dejanja niso raztresena po številnih zakonih, temveč so zbrana na enem mestu, je ustvarjena določena preglednost, ljudje pa imajo lahko boljši vpogled v to, kaj je kaznivo (s čimer je možnost pravnih zmot manjša). Poleg tega pa je nastanek novih inkriminacij, ki ne bi bile usklajene s temeljnimi načeli kazenskega prava, manj verjeten. Res je seveda, da tudi KZ ni imun pred neustreznimi spremembami in dopolnitvami (relativno pogosto spreminjanje kazenske zakonodaje danes ni več tabu), vendar pa spreminjanje KZ praviloma vzbudi več strokovne pozornosti, kot če se spreminja stranska zakonodaja, zato je nevarnost, da bi se v KZ vtihotapila nestrokovna ali sistemsko neusklajena rešitev, manjša.

Slovenski KZ je sicer predvidel morebitni obstoj stranske kazenske zakonodaje, s tem ko je v 6. členu določil, da splošne določbe KZ »veljajo za vse kazenskopravne določbe v zakonih Republike Slovenije«. Seveda pa ni nič narobe, če ta možnost ostane neizkoriščena. Poseben kazenski zakon za mednarodna hudodelstva bi lahko pomenil zeleno luč tudi za druge stranske kazenske zakone in s tem potencialno ogrozil pravno varnost in koherentnost kazenskopravnega sistema.

Poveljniška odgovornost v slovenskem pravnem redu de lege lata

Institut poveljniške odgovornosti (*command responsibility, superior responsibility*) vzpostavlja odgovornost vojaških poveljnikov in civilnih nadrejenih za kazniva dejanja, ki jih

⁹ Prim. Novoselec v Josipović, 2005: 256. Avtor pojasnjuje, da je Hrvaška pri implementaciji Rimskega statuta ubrala nekoliko drugačno pot od nemške zato, kar je hrvaški KZ že vseboval poglavje kaznivih dejanj zoper dobrine, zaščitene z mednarodnim pravom, tako da je bilo neskladja z Rimskim statutom mogoče odpraviti z novelo KZ.

¹⁰ Tipična država, ki je sprejela poseben zakon, je Nemčija, katere KZ ni vseboval mednarodnih hudodelstev (razen genocida).

izvršijo njim podrejene osebe. Razločevati je mogoče dve obliki poveljniške odgovornosti.¹¹ O neposredni poveljniški odgovornosti (*direct command responsibility*) govorimo, kadar nadrejeni odredi izvršitev kaznivih dejanj. V takšnih primerih gre pravzaprav za obliko napeljevanja ali posrednega storilstva (glej člen 25/3/b Rimskega statuta), zato za te primere poseben institut, ki bi urejal poveljniško odgovornost, ni potreben. O posredni poveljniški odgovornosti pa govorimo, kadar poveljnik opusti nadzor nad svojimi podrejenimi, ti pa izvršijo kazniva dejanja. V tem primeru gre za poveljniško odgovornost v ožjem smislu (poveljniška odgovornost *stricto sensu*), ki je ni mogoče obravnavati po pravilih napeljevanja in posrednega storilstva, temveč jo je treba urediti v obliki posebnega instituta (28. člen Rimskega statuta).

V slovenskem kazenskem pravu je na podlagi pravil o udeležbi mogoče vzpostaviti *neposredno poveljniško odgovornost* (poveljniško odgovornost za primere, ko nadrejeni odredi izvršitev kaznivih dejanj), posredno poveljniško odgovornost oz. poveljniško odgovornost *stricto sensu* (t.j. odgovornost, ki temelji na opustitvi nadzorstva nad podrejenimi, ki izvršijo kazniva dejanja) pa je v našem kazenskem pravu zaenkrat mogoče vzpostaviti le v omejenem obsegu. V nadaljevanju bo govor le o slednji obliki poveljniške odgovornosti, saj le v zvezi z njo obstaja potreba po spremembah slovenskega kazenskega prava.

Poveljniško odgovornost *stricto sensu* (odgovornost zaradi opustitve nadzorstva nad podrejenimi, ki izvršijo kazniva dejanja) je, kot rečeno, v slovenskem kazenskem pravu mogoče vzpostaviti le v omejenem obsegu. Delno jo je mogoče vzpostaviti na podlagi določbe 3. odst. 8. člena KZ, ki ureja odgovornost za t.i. neprava opustitvena kazniva dejanja¹², vendar pa nikakor ne v tolikšnem obsegu, kot ga predvideva Rimski statut. 3. odst. 8. člena KZ določa, da je z opustitvijo lahko izvršeno tudi kaznivo dejanje, ki je v zakonu določeno kot storitveno, če storilec ne prepreči prepovedane posledice, pod pogojem, da je bil dolžan preprečiti nastanek prepovedane posledice (garantna dolžnost) in da je opustitev za nastanek takšne posledice enakega pomena kot storitev. Vojaškega poveljnika veže garantna dolžnost, v skladu s katero mora svojim podrejenim preprečiti izvršitev kaznivih dejanj. Takšna garantna dolžnost izhaja iz 44. člena Zakona o obrambi¹³, kot tudi iz številnih določb

¹¹ Prim. Ambos, 2002: 667, 670, 672.

¹² Nadrobneje o nepravih opustitvenih kaznivih dejanjih glej v Bavcon/Šelih s sodelavci, 2003: 177-180.

¹³ ZObr-UPB1, Uradni list RS 103/2001.

mednarodnega prava. Na ta način slovensko kazensko pravo pokrije situacije, ko vojaški poveljnik ve, da bodo podrejeni izvršili kazniva dejanja, pa jim tega ne prepreči.

Več težav bi slovensko kazensko pravo utegnilo imeti z vzpostavitvijo poveljniške odgovornosti v primeru civilnih nadrejenih. Za razliko od vojaških poveljnikov, pri veliki večini civilnih poklicev zakon ne predvideva garantne dolžnosti, ki bi nadrejenim nalagala preprečevanje kaznivih dejanj podrejenih. Za garantno dolžnost sicer ni nujno, da je predvidena z zakonom, temveč lahko izhaja tudi iz drugih virov (npr. podzakonskih predpisov, pogodb, in celo golih predhodnih ravnanj)¹⁴. Vendar pa je tudi ob upoštevanju teh, dodatnih virov garantnih dolžnosti, močno vprašljivo, ali bi bilo po slovenskem kazenskem pravu mogoče vzpostaviti garantno dolžnost (in z njo poveljniško odgovornost) civilnih nadrejenih, v primerih, kadar ta ni določena z zakonom.¹⁵

Nadaljnji točka, kjer je možnost vzpostavitve poveljniške odgovornosti po slovenskem kazenskem pravu ožja kot po Rimskem statutu, je vprašanje vzročne zveze. Po slovenskem kazenskem pravu je nujna predpostavka vseh kaznivih dejanj, tudi nepravih opustitvenih kaznivih dejanj, vzročna zveza med storilčevim ravnanjem in nastankom prepovedane posledice. Poveljniška odgovornost bo po slovenskem kazenskem pravu torej lahko podana le, kadar bo nadrejenemu mogoče dokazati, da so njegovi podrejeni izvršili kazniva dejanja zaradi njegove pasivnosti (opustitve nadzorstva). Tako po naravi stvari odpade možnost, ki jo predvideva Rimski statut, da bi nadrejeni odgovarjal za kazniva podrejenih, ker je opustil represivne ukrepe (ukrepe za preiskavo in pregon storilcev), saj opustitev, ki časovno sledi izvršenim kaznivim dejanjem, ne more biti njihov vzrok. V teh primerih bi po veljavnem slovenskem kazenskem pravu potencialno prišla v poštev odgovornost za kaznivi dejanji pomoči storilcu po storitvi kaznivega dejanja (287. člen KZ) in opustitve ovadbe kaznivega dejanja ali storilca (286. člen KZ), ki pa zaradi svoje splošne narave in sistemske umestitve (uvrščeni sta v poglavje kaznivih dejanj zoper pravosodje), ne moreta v celoti zajeti specifičnega neprava, značilnega za mednarodna hudodelstva.

Posebej je treba opozoriti, da bi se po slovenskem kazenskem pravu drugače presoјalo primere, v katerih bi nadrejeni podrejenim v naprej (pred izvršitvijo kaznivih dejanj) obljubil opustitev represivnih ukrepov oziroma prikrivanje izvršenih kaznivih dejanj. V takšnih

¹⁴ Nadrobneje o virih garantnih dolžnosti glej v Bavcon/Šelih s sodelavci, 2003: 177-178.

¹⁵ Prim. podobne dvome za hrvaško kazensko pravo, pred novelo njihovega kazenskega zakonika z dne 15. junija 2004, ki je uredila vprašanje poveljniške odgovornosti, pri Novoselec: *Substantive International Criminal Law in the Amendments of the Croatian Criminal Code of 15 July 2004*, v zborniku Josipović (ur.): *Responsibility for war crimes*, str. 258.

primerih bi se nadrejenega lahko obravnavalo kot pomagača pri kaznivih dejanjih podrejenih, saj se vnaprejšnja obljuba storilcu kaznivega dejanja, da se bo kazniva dejanja prikrilo (kar storilca ohrabruje in utrjuje v odločitvi izvršiti kazniva dejanja), obravnava kot oblika (psihične) pomoči pri kaznivem dejanju.¹⁶ V primeru nadrejenih, katere veže garantna dolžnost preprečiti kazniva dejanja podrejenih (kot je bilo pokazano zgoraj, takšna dolžnost veže vse vojaške poveljnike), pa bi bilo mogoče vzpostaviti njihovo odgovornost celo na podlagi pravil o odgovornosti za neprava opustitvena kazniva dejanja, saj vnaprejšnje obljubljanje opustitve represivnih ukrepov hkrati pomeni, da so nadrejeni vedeli, da bodo podrejeni izvrševali kazniva dejanja, pa jim tega niso niti poskusili preprečiti. V slednjem primeru bi bila odgovornost nadrejenih načeloma strožja kot v primeru odgovornosti za pomoč, saj naš KZ pomoč šteje za milejšo obliko udeležbe, s tem ko izrecno omogoča milejše kaznovanje pomagača (27. člen KZ).

Poveljniška odgovornost je po slovenskem kazenskem pravu v primerjavi z Rimskimim statutom ožja tudi kar se tiče krivde. Rimski statut omogoča vzpostavitev poveljniške odgovornosti tudi v primerih, ko je narejeni ravnal malomarno. Po slovenskem kazenskem pravu to ni mogoče, saj je udeležba v ožjem smislu (kamor uvrščamo napeljevanje in pomoč) mogoča le, če je udeleženec ravnal naklepno. Zahteva se celo t.i. dvojni naklep, kar pomeni, da se mora udeleženec pri kaznivem dejanju: (1.) zavedati svojega udeležbenega ravnanja (napeljevanja ali pomoči) in ga tudi hoteti ali vanj vsaj pristati in (2.) zavedati kaznivega dejanja glavnega storilca in ga tudi hoteti ali vanj vsaj pristati.

V primeru, da bi nadrejeni ravnal zgolj malomarno, torej ne bi mogel odgovarjati niti kot napeljevalec niti kot pomagač pri kaznivih dejanjih podrejenih, niti ne bi mogel odgovarjati po pravilih o odgovornosti za neprava opustitvena kazniva dejanja, saj kaznivih dejanj, ki so koncipirana kot naklepna kazniva dejanja (kar mednarodna hudodelstva so), ni mogoče izvršiti iz malomarnosti.

Na podlagi povedanega je očitno, da so temelji poveljniške odgovornosti v Rimskem statutu bistveno širši kot možnosti njene vzpostavitve slovenskem kazenskem pravu. Za Slovenijo je s podpisom in ratifikacijo Rimskega statuta nastala zaveza, da morajo naša sodišča v primeru kaznivih dejanj, ki sodijo v pristojnost MKS, soditi v skladu z Rimskim statutom, sicer tvegamo, da po 17. členu Rimskega Statuta sojenje prevzame MKS, ker država

¹⁶ Prim. Bavcon/Šelih s sodelavci. 2003: 360.

pogodbenica »noče ali dejansko ne more izvesti preiskave ali pregona«. ¹⁷ Mednarodno kazensko pravo torej ne predvideva formalnih sankcij za primer, da države, ki so ratificirale Rimski statut, njegovih določb ne sprejmejo v notranji pravni red, vendar pa morebitni prevzemi postopkov s strani MKS prav gotovo niso nekaj, kar bi si države želele, saj pomenijo določeno osramotitev v očeh mednarodne skupnosti. Zato slovensko kazensko pravo že nekaj časa stoji pred nalogo, poiskati najustreznejši način vključitve določb Rimskega statuta v domače kazensko pravo. Ta način mora biti takšen, da zajame vse oblike poveljniške odgovornosti, ki jih predvideva Rimski statut, hkrati pa čim manj pretrese obstoječa temeljna načela slovenskega kazenskega prava.

Implementacija poveljniške odgovornosti

Razlog za razkorak med slovenskim kazenskim pravom in Rimskim statutom glede poveljniške odgovornosti ni v tem, da bi bilo slovensko kazensko pravo posebej specifično; s problemom neskladja so se soočale tudi druge države pogodbenice Rimskega statuta in iskale poti, kako neskladje odpraviti, ob enem pa ne radikalno spreminjati obstoječe kazenskopravne dogmatike. Njihovih izkušenj ne kaže spregledati, ko se bomo implementacije lotevali pri nas.

Primerjalnopravno je zlasti pomembna rešitev, na podlagi katere je bila v nemški pravni red prenesena določba Rimskega statuta o poveljniški odgovornosti. Nemški mednarodni kazenski zakonik jo je »razstavil« na tri člene, od katerih je eden v splošnem, dva pa v posebnem delu. V navedenih treh členih so različno urejeni trije različni položaji:

1. *Nadrejeni je vedel, da bodo njegovi podrejeni izvršili mednarodna hudodelstva, pa jim tega ni preprečil (4. člen).* V tem primeru se nadrejenega kaznuje, kot da bi sam izvršil mednarodna hudodelstva, ki so jih izvršili podrejeni. Gre pravzaprav za opustitveno udeležbo pri kaznivih dejanjih podrejenih, zato je ta položaj urejen v splošnem delu. Glede na to, da zakon predvideva subsidiarno uporabo splošnih kazenskopravnih določb, se samo po sebi razume, da je pogoj za to obliko poveljniške odgovornosti tudi vzročna zveza, tako da nadrejeni odgovarja le, če bi njegovo ustrezno ravnanje preprečilo mednarodna hudodelstva podrejenih. Za to obliko poveljniške odgovornosti malomarnost ne zadošča, temveč mora nadrejeni vedeti, da bodo podrejeni izvršili mednarodna hudodelstva, in to tudi hoteti, ali pa na to vsaj pristati (vzeti v račun).

¹⁷ Tako Bošnjak (v Bavcon et al., 2003: 166) kot eno bistvenih ovir za uspešno sodelovanje med MKS in državami pogodbenicami vidi ravno v neskladjih med Rimskim statutom in notranjim pravom.

2. Nadrejeni je naklepno ali malomarno opustil nadzorstvo nad podrejenimi, ki so izvršili mednarodna hudodelstva, pri čemer pa bi bil lahko spoznal, da podrejeni nameravajo izvršiti mednarodna hudodelstva, in bi jim bil to lahko preprečil (13. člen). Tudi v tem primeru gre za opustitev nadzorstva nadrejenega, zaradi katere (vzročne zveza!) podrejeni izvršijo mednarodna hudodelstva. Razlika s prejšnjim primerom je v krivdi nadrejenega: v prejšnjem primeru mora narejeni vedeti, da bodo podrejeni izvršili mednarodna hudodelstva, in to tudi hoteti, ali na to vsaj pristati, v tem primeru pa je inkriminirana malomarnost nadrejenega («bi lahko spoznal»). Pri tej obliki poveljniške odgovornosti *ne gre za udeležbo* pri kaznivih dejanjih podrejenih (nemožnost malomarne udeležbe pri naklepnem kaznivem dejanju!), zato je inkriminirana v posebnem delu kot *delictum sui generis*. Glede na to, da je pri tej obliki poveljniške odgovornosti inkriminirana blažja krivdna oblika, je predviden tudi blažji kaznovalni okvir. Ta je diferenciran, glede na to, ali je nadrejeni opustil nadzorstvo naklepno ali iz malomarnosti. V primeru naklepne opustitve nadzorstva je zagrožena kazen do petih let zapora, v primeru malomarne opustitve nadzorstva pa do treh let zapora.

3. Nadrejeni ni seznanil organov, pristojnih za preiskavo ali pregon, da so podrejeni izvršili mednarodna hudodelstva (14. člen). Ta, zadnja oblika poveljniške odgovornosti je predvidena za primer, ko nadrejeni ne izvrši potrebnih ukrepov za preiskavo in pregon mednarodnih hudodelstev, ki so jih izvršili njegovi podrejeni. Tudi v tem primeru ne gre za udeležbo pri mednarodnih hudodelstvih, temveč za obliko pomoči storilcem po storitvi kaznivega dejanja, zato je tudi ta oblika poveljniške odgovornosti urejena v posebnem delu kot *delictum sui generis*. Glede na to, da krivdna oblika ni posebej omenjena, velja splošno pravilo, da je to kaznivo dejanje mogoče izvršiti zgolj naklepno. Predvideni kaznovalni okvir je kazen zapora do petih let.

Pri vseh naštetih oblikah poveljniške odgovornosti je nemški mednarodni kazenski zakonik kot storilce predvidel vojaške poveljnike in z njimi izenačene osebe («osebe, ki imajo v enoti dejansko moč poveljevanja ali vodenja in nadzora»), ko tudi civilne nadrejene in z njimi izenačene osebe («osebe, ki imajo v civilnih organizacijah ali podjetjih dejansko moč vodenja in nadzora») ¹⁸. Odgovornost navedenih oseb je načeloma enako stroga, z edino izjemo, da za malomarnost vojaških poveljnikov zadošča, da bi »lahko spoznali«, da bodo podrejeni izvršili mednarodna hudodelstva, med tem ko pri civilnih nadrejenih zakon krivdo

¹⁸ V izvorniku se besedilo 2. odstavka 4. člena nemškega mednarodnega kazenskega zakonika glasi: »*Einem militärischen Befehlshaber steht eine Person gleich, die in einer Truppe tatsächliche Befehls- oder Führungsgewalt und Kontrolle ausübt. Einem zivilen Vorgesetzten steht eine Person gleich, die in einer zivilen Organisation oder einem Unternehmen tatsächliche Führungsgewalt und Kontrolle ausübt.*«

pogojuje s tem, da bi »brez nadaljnega lahko spoznali« (*ohne weiteres erkennbar war*), da bodo podrejeni izvršili mednarodna hudodelstva.

Ureditev poveljniške odgovornosti v nemškem mednarodnem kazenskem zakoniku je v celoti izenačena z ureditvijo iz Rimskega statuta le v delu, ko gre za odgovornost nadrejenega, ki naklepno ne prepreči kaznivih dejanj podrejenih (položaj obravnavan pod tč. 1, zgoraj), sicer pa za ureditvijo v Rimskem statutu »zavestno in izrecno zaostaja«, kot se je izrazil nemški avtor Satzger¹⁹. »Zaostaja« v tem smislu, da nemški zakonodajalec ni bil pripravljen obravnavati nadrejenih, kot da bi sami naklepno izvršili mednarodna hudodelstva, v primerih ko so bili do mednarodnih hudodelstev svojih podrejenih zgolj malomarni (položaj obravnavan pod tč. 2, zgoraj) in v primerih, ko so zgolj opustili ukrepe za preiskavo in pregon že izvršenih mednarodnih hudodelstev (položaj obravnavan pod tč. 3, zgoraj).

S tem je nemški zakonodajalec ostal »zvest« temeljnemu načelom nemške kazenskopravne doktrine²⁰, vprašanje pa je, ali mu je uspelo institut poveljniške odgovornosti, kot ga je uredil Rimski statut, v zadovoljivo prenesti v nemško kazensko pravo.

Satzger na to vprašanje odgovarja pritrdilno.²¹ Po njegovem mnenju opisani odklon od Rimskega statuta ne pomeni, da bi nemški mednarodni kazenski zakonik puščal na področju poveljniške odgovornosti »nekaznive cone« (*Strafbarkeitslücken*), temveč zaostaja za standardi, ki jih je vzpostavil Rimski statut, »le v kvantitativnem pogledu« (nižje kazni pri določenih oblikah poveljniške odgovornosti). Nemško pravosodje bi bilo zato po avtorjevem mnenju v celoti »sposobno in voljno« izvesti pregon v smislu 17. člena Rimskega statuta.

Vendarle avtor spregleda eno »luknjo« oziroma »nekazniva cono«, ki jo je napravil nemški zakonodajalec na področju poveljniške odgovornosti. Opustitev seznanitve organov, pristojnih za preiskavo ali pregon, da so podrejeni izvršili mednarodna hudodelstva, po nemškem pravu (14. člen mednarodnega kazenskega zakonika) *ni kazniva* v primeru, da je podana zgolj malomarna krivda nadrejenega. Presenetljivo je, da tudi gradivo iz postopka sprejemanja zakona v nemškem parlamentu molči o tem, zakaj se je zakonodajalec odločil na tem mestu odstopiti od ureditve v Rimskem statutu. Vse kaže na to, da so pripravljavci zakona kljub skrbnemu delu eno izmed nians poveljniške odgovornosti, ki so predvidene v Rimskem

¹⁹ Satzger, 2002: 129.

²⁰ Prim. Novoselec: *Substantive International Criminal Law in the Amendments of the Croatian Criminal Code of 15 July 2004*, v zborniku Josipović (ur.): *Responsibility for war crimes*, str. 260.

²¹ Satzger, 2002: 129.

statutu, spregledali. Znano je, da se nemški avtorji s področja mednarodnega kazenskega prava precej radi hvalijo z rešitvami iz *Völkerstrafgesetzbuch-a*, češ da gre za tako izvrstno delo, da je lahko vsem za zgled.²² V luči ravnokar povedanega bi jim vsekakor kazalo svetovati nekoliko več skromnosti, saj je očitno, da se lapsusi lahko pripetijo tudi najdoslednejšim.

Gledano primerjalnopravno je zanimivo, da je hrvaški zakonodajalec, ki je prenos instituta poveljniške odgovornosti v nacionalni pravni red izvedel bolj ali manj po nemškem vzoru, na identičen način odstopil od Rimskega statuta: pri inkriminaciji opustitve naznanitve, da so podrejeni izvršili mednarodna hudodelstva, ne omenja krivdne oblike nadrejenega²³, kar pomeni, da je kaznivo dejanje mogoče izvršiti samo naklepno. Sicer pa je glavna razlika med nemškim in hrvaškim pristopom k implementaciji poveljniške odgovornosti ta, da je hrvaški zakonodajalec vprašanje poveljniške odgovornosti v celoti uredil v posebnem delu (167.a člen hrvaškega KZ). Tako je v posebni del prišla tudi tista oblika poveljniške odgovornosti, kjer gre za naklepno nepreprečitev kaznivih dejanj podrejenim. S tem je vprašanje udeležbe pri kaznivem dejanju urejeno v posebnem delu, kamor načeloma ne sodi, je pa res, da je s tem, ko posamezne oblike poveljniške odgovornosti niso razdrobljene po zakonu, ustvarjena boljša preglednost.

Sklep - priporočila za vključitev poveljniške odgovornosti v slovenski pravni red

V luči povedanega je mogoče za vključitev poveljniške odgovornosti v slovenski pravni red izoblikovati naslednja priporočila:

1. Ločeno je treba obravnavati štiri nianse poveljniške odgovornosti:

a) naklepno nepreprečitev kaznivih dejanj podrejenih;

b) malomarno nepreprečitev kaznivih dejanj podrejenih (znotraj te nianse je mogoče nadalje diferencirati kaznovalni okvir glede na to, ali je šlo za naklepno ali malomarno opustitev nadzorstva);

c) naklepno opustitev predložitve zadeve v preiskavo in pregon;

²² Kreicker (2004: 10) na primer svari pred nevarnostjo, da bi države pri implementaciji »zaostale« za Rimskim statutom, ob enem pa meni, da nemški *Völkerstrafgesetzbuch* dokazuje, da je s skrbnostjo pri oblikovanju določb domačega prava to tveganje mogoče praktično v celoti odpraviti.

²³ V izvirniku se 3. odstavek 167.a člen hrvaškega KZ glasi: »Osobe navedene u stavku 1. ovoga članka koje ne prosljede stvar nadležnim vlastima u cilju provođenja istrage i kaznenog progona nad neposrednim počiniteljima, kaznit će se kaznom zatvora od jedne do pet godina.«

e) malomarno opustitev predložitve zadeve v preiskavo in pregon;

2. Pri prvi obliki poveljniške odgovornosti (niansa pod točko 1.a) mora biti nadrejeni obravnavan, kot da bi kazniva dejanja izvršil sam, pri ostalih pa mileje.

3. Nianse pod 1.b, 1.c in 1.d. morajo biti oblikovane kot posebna kazniva dejanja, in ne kot oblika udeležbe.

4. Prag krivdnega ravnanja pri malomarnosti mora biti za vojaške poveljnike nižji (strožji) kot za civilne nadrejene.

5. Z vojaškimi poveljniki je treba izrecno izenačiti osebe, ki imajo v enotah dejansko moč poveljevanja ali vodenja in nadzora, s civilnimi nadrejenimi pa osebe, ki imajo v civilnih organizacijah ali podjetjih dejansko moč vodenja in nadzora.

Literatura

1. Ambos K.: Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung. Berlin: Duncker & Humblot, 2002.
2. Ambos K.: Remarks on the General Part of International Criminal Law. Journal of International Criminal Justice, 2006 4(4): 660-673.
3. Ambos K.: Internationales Strafrecht. München: Beck, 2006.
4. Bavcon L. s sodelavci: Mednarodno kazensko pravo. Ljubljana: Uradni list RS, 1997.
5. Bavcon L. s sodelavci: Rimski statut Mednarodnega kazenskega sodišča in drugi dokumenti z uvodnimi pojasnili. Ljubljana: Amnesty International, 2003.
6. Derenčinović D.: Implementacija materijalno-pravnih odredb Statuta Mednarodnog kaznenog suda (Rimski Statut) u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu. Hrvatski ljetopis za kazeno pravo i praksu. 2003 (2): 877-906.
7. Josipović I. (ur.): Responsibility for war crimes. Zagreb: Faculty of Law, 2005.
8. Kreicker H.: Die Rezeption des Völkerstrafrechts durch nationale Rechtsordnungen. Freiburg am Breisgau: MPI, 2004.
9. Lüder S. R. (ur.): Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch. Münster ; Hamburg [u.a.]: Lit, 2002.
10. Satzger H.: Internationales und europäisches Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2005.
11. Satzger H.: Das neue Völkerstrafgesetzbuch - Eine kritische Würdigung. Neue Zeitschrift für Strafrecht 2002 (3): 125-131.
12. Werle G.: Völkerstrafrecht. Tübingen: Mohr, Siebeck, 2003.

Privolitev pacienta v kazenskem pravu

prof. dr. Damjan Korošec¹

1. Temeljno o zdravnikovi pravici zdraviti in dolžnosti zdravljenja, njunih meja v volji pacienta in kazenskopravnem pomenu teh meja

V sodobnem medicinskem kazenskem pravu po svetu sta že lep čas analiza dometa zdravnikove pravice zdraviti in njene meje v osebnostnih pravicah pacienta eden glavnih doktrinarnih stebrov te pravne podpanoge. Za še najbolj problematično ta hip v kazenskem pravu velja reševanje življenja z medicinskim posegom kljub (vnaprejšnjemu) nasprotovanju pacienta in kazenskopravna utemeljitev dovoljenosti oziroma prepovedanosti takega početja.

Po veljavnem slovenskem pravu zdravnik (ki sme opravljati zdravniško službo) načeloma sme zdraviti, vendar le, če zato pravočasno pridobi ustrezno kvalificirano privolitev pacienta. Zakon o zdravniški službi (ZZdrS, *Ur.l. RS, št. 98/99, 67/02, 15/03, 2/04, 62/04, 47/06*) kot izhodišče v določbi 43. člena zelo jasno postavi: *»Zdravnik mora seznaniti bolnika s predvidenimi diagnostičnimi postopki in s predlaganim zdravljenjem«* in *»ne sme ukrepati brez bolnikove privolitve [...]«*. Konvencija SE o biotehnologiji in človekovih pravicah² pravi v 5. členu: *»Zdravstveni poseg se sme opraviti šele potem, ko je bila oseba, ki jo to zadeva, o njem poučena in je vanj prostovoljno privolila. To osebo je treba predhodno ustrezno poučiti o namenu in naravi posega kot tudi o njegovih posledicah in tveganjih. Oseba, ki jo to zadeva, lahko privolitev kadar koli svobodno prekliče.«* Predlog najnovejšega Zakona o pacientovih pravicah (EVA 2005-2711-0080) že med uvodnimi določbami ugotavlja, da *»pravice pacienta temeljijo«* zlasti tudi na splošnem načelu *»samoodločbe vsakogar glede posegov v celovitost njegovega telesa in duševnosti«* in hkrati *»pravice vsakogar do primerne, kakovostne in varne zdravstvene oskrbe ter enakopravne obravnave«*. Z vidika pravice zdravnika zdraviti to pomeni, da sme zdraviti vsakogar, vendar le primerno, kakovostno in varno, pod enakopravnimi pogoji in zlasti(!) le, če pacient to dovoli. Slednje prvič v slovenski zakonodajni zgodovini bogato konkretizirajo še številne določbe predloga zakona, zlasti v poglavjih s povednimi naslovi *»Pravica [pacienta] do obveščenosti in sodelovanja«* (členi 15

¹ Dr. Damjan KOROŠEC, univ.dipl.prav., izredni profesor na Katedri za kazensko pravo Pravne fakultete Univerze v Ljubljani.

² Zakon o ratifikaciji konvencije o varstvu človekovih pravic in dostojanstva človeškega bitja v zvezi z uporabo biologije in medicine (konvencija o človekovih pravicah v zvezi z biomedicino) in dodatnega protokola o prepovedi kloniranja človeških bitij h konvenciji o varstvu človekovih pravic in dostojanstva človeškega bitja v zvezi z uporabo biologije in medicine, *Ur. l. RS-MP, št. 17/98*. V najnovejši slovenski pravni literaturi glej kratko o skladnosti slovenskega medicinskega prava s to konvencijo Novak, *Zdravstveni*, str. 9.

do 21), »Pravica [pacienta] do odločanja o sebi in privolitve po pojasnilu« (členi 23 do 25), »Pravice pacientov, ki so nesposobni privolitve« (členi 26 do 30) in »Pravica [pacienta] do upoštevanja vnaprej izražene volje« (31. člen).

Slovenija skratka v primerjavi z nekaterimi drugimi pravnimi sistemi ustavnopravno in (medicinsko-)upravnopravno ne z aktualno ne s predvideno bodočo ureditvijo ne odstopa bistveno glede vztrajanja na privolitvi pacienta v medicinski poseg in zdravniku nalaga pojasnilno dolžnost.

Podobno izrazito varuje voljo pacienta tudi razvita (kazensko)pravna teorija po svetu. *»Odločitev o svoji telesno-duševni integriteti spada k najbolj lastnemu področju človekove osebnosti. Na tem področju je z vidika z ustavnopravnega vidika prost, izbirati merila in po njih živeti in se odločati. Prav to svobodo samoodločbe – tudi v zvezi z normativnim urejanjem zdravniških posegov z namenom zdravljenja – poudarja in zagotavlja [...] ustava. Tudi poseg, opravljen z namenom zdravljenja zadeva namreč telesno in pod določenimi pogoji tudi duševno integriteto človeka.»*³ Navedeni citat iz skupnega ločenega mnenja treh ustavnih sodnikov⁴ Zveznega ustavnega sodišča Nemčije v zadevi št. 2 BvR 878/74 z dne 25. julija 1979 (BVerfGE 52, 131) v nemški ustavni in kazenskopravni literaturi še danes citirajo kot primer zgledno strnjeno formuliranega izhodišča sodobnega (nemškega) kazenskega prava pri urejanju kazenske odgovornosti zdravnika v zvezi s pacientovo privolitvijo v zdravniški poseg.⁵

V sodobnem ustavnem pravu oziroma pravu pravic osebnosti se je zgornje izhodišče (četudi formulirano kot ločeno mnenje ustavnih sodnikov⁶) po razpoložljivih podatkih utrdilo v vesplošno priznano in pravno zavarovano pravico pacienta, razpolagati s svojim telesom neodvisno od narave in stopnje bolezni, s katero se spopada. Privolitev v medicinski poseg je postala obče sprejeta temeljna predpostavka zakonitosti medicinskega posega, zavrnitev posega temeljna ovira za razglasitev morebiti vendarle izvedenega posega za skladnega s

³ V nemškem izvorniku: „Die Bestimmung über seine leiblich-seelische Integrität gehört zum ureigensten Bereich der Persönlichkeit des Menschen. In diesem Bereich ist er aus der Sicht des Grundgesetzes frei, seine Maßstäbe zu wählen und nach ihnen zu leben und zu entscheiden. Eben diese Freiheit zur Selbstbestimmung wird - auch gegenüber der normativen Regelung ärztlicher Eingriffe zu Heilzwecken - durch [...] das] GG besonders hervorgehoben und verbürgt. Denn auch der zu Heilzwecken vorgenommene Eingriff tastet die leibliche und gegebenenfalls auch die seelische Integrität des Menschen an.“ BVerfGE 52, 131 (119). Glej tudi Duttge, str. 179!

⁴ Sodniki Hirsch, Niebler in Steinberger.

⁵ Duttge, str. 179-180.

⁶ Dejstvo, da gre za ločeno mnenje, za pomen in splošno sprejetost citiranih trditev ni bistveno.

pravom. Privoliti v medicinski poseg oziroma ga po lastni presoji svobodno zavrniti je »že davno doseglo nevprašljivo pravno zavezujočnost«⁷.

Sodobne, t.i. libertarne države so na ustavnopravni ravni priznale človeku v (praviloma nevhvaležni) vlogi pacienta pravico, odločati o medicinskih posegih. Z ustavnopravnim besednjakom: vzpostavile so garantirano področje pacientove individualnosti,⁸ ki ga sodobna nemška in švicarska ustavnopravna in kazenskoppravna teorija⁹ imenujejo **avtonomija pacienta**. »Avtonomija pacienta [... se je] kot osrednja kategorija (poleg drugih vodilnih načel) trdno etablirala [...] ne več zgolj kot meja, marveč hkrati kot nosilni razlog vsake medicinske obravnave«.¹⁰ Dobrine iz okvirov te avtonomije, ki so po definiciji vse t.i. osebne dobrine posameznika (spolna nedotakljivost, čast, dobro ime, osebna varnost, zasebnost, zasebna lastnina ipd., za pacienta pa seveda še posebej relevantne življenje, telesna celovitost in zdravje), pa imenujejo razpoložljive dobrine pacienta.¹¹ Če prizadeti posameznik ni v bistveni zmoti o dobrini, ki se ji odpoveduje, ali se posamezni dobrini ne odpoveduje pod vplivom nedopustne sile ali grožnje, potem država ugotovi, da družbeni mir ni moten in da s tem ni izpolnjena temeljna predpostavka legitimnega represivnega odziva. Spoštovanje avtonomije posameznika kot potencialnega oškodovanca kaznivih dejanj (zdravnikov) odtehta morebitne druge kriminalitetno-politične cilje. Le v zelo drastičnih primerih, ko bi avtonomija posameznika močno zmotila večinski občutek za družbeni mir (na primer v primeru pohabitve ali usmrtitve na zahtevo prizadetega oziroma evtanazijske usmrtitve), tam utegnejo biti na

⁷ V nemškem izvorniku: »Hat längst fraglose (rechtliche) Verbindlichkeit erlangt«. Duttge, str. 180.

⁸ Glej Hildebrand, str. 9! V švicarski teoriji (medicinskega) kazenskega prava glej zelo podobno npr. Roggio, str. 76-77!

⁹ V Švici glej zlasti obsežno analizo splošne teorije privolitve oškodovanca pri P. Weissenberger! Avtor izhaja v glavnem iz povsem enakih izhodišč in institutov, kot sodobna nemška kazenskoppravna teorija. Glej Weissenberger v celoti, zlasti pa pregled na str. 21-94!

¹⁰ V nemškem izvorniku: »[D]ie Patientenautonomie [.. hat sich] als zentrale Kategorie (neben anderen Leitprinzipien) fest etabliert und stellt sich [...] nicht mehr nur als Grenze, sondern zugleich als tragender Grund jedweder medizinischen Behandlung [dar]«. Duttge, str. 180, deloma s sklicevanjem na Rössler..

¹¹ Švicarski kazenskoppravni teoretik Peter Noll zanimivo ugotavlja, da glede svobode razpolaganja z določenimi dobrinami države v zgodovinski perspektivi prevzemajo religiozne tabuje. »Kar je bilo prej božje, je danes državno«, zapiše leta 1955 (Noll 1955, str. 24). Osebno njegov stavek razumem tako, da so posamezniki vedno deležni omejitev v razpolagalni svobodi z nekaterimi dobrinami, enkrat pod grožnjo z božjo kaznijo, drugič v strahu pred državno represijo.

Vsako, še tako splošno in shematsko razpravljanje o mejah disponibilnosti dobrin za posameznika v dani družbi je po mojem razumevanju problematike nujno enostransko, če se vsaj ne dotakne vloge glavnih religij v danem prostoru in času. Instituti greha v širšem smislu v zvezi z razpolaganjem z lastno(!) telesno celovitostjo, življenjem, spolno nedotakljivostjo, ja celo svobodnega razvoja osebnosti kot takega, so zelo zanimiv fenomen, ki se mnogokrat zelo neposredno odrazi v številnih pravnih sistemih po vsem svetu.

Glede omejevanj razpolaganja z lastno telesno celovitostjo pod vplivom konfuncionizma glej zanimivo razmišljanje pri Tsai! Glede razpoložljivosti lastnega življenja skozi oči dogmatike rimsko-katoliške cerkve glej npr. R. Schmitt 1972, str. 118; Dölling, str. 85; Thielicke v celoti; Maurach BT, str. 17; idr.!

mestu določene omejitve avtonomije pacienta, tam drugi kriminalitetno-politični cilji odtehtajo pomen avtonomije.¹²

Kulturološko gre za nadomeščanje t.i. hipokratovske tradicije v smislu dominance načela uveljavljanja objektivno najboljše skrbi za pacienta vse tja do »pozabljanja na subjekt« (»*subjektvergessende Dominanz des [...] Fürsorgeprinzips*«¹³), ki se je zaradi odsotnosti tako rekoč vsakršnih naporov za utemeljevanje omejitev pacientove svobode v literaturi splošno prijel naziv »tradicija zdravniškega paternalizma«¹⁴, s pravno vse bolj zavarovanim partnerstvom odnosa med pacientom in zdravnikom, kjer od dovolitvi in zavrnitvi posega suvereno odloča pacient, zdravnik pa mu je za to odločitev dolžan ponuditi ustrezne informacije.

A kaj, če zdravnik prestopi meje pravice zdraviti, ki mu jih pravo postavlja v pacientovi volji? Če zdravi brez predpisanega preverjanja pacientove volje (v določenih primerih tudi volje pacientovih staršev ali skrbnikov) ali celo protipravno zdravi kljub pacientovemu (vnaprejšnjemu) nasprotovanju? Smo pri nas enako ali vsaj podobno občutljivi na t.i. zdravniški paternalizem in tisti del osebnostnih pravic človeka, ki je pri pacientu in njegovem odnosu do zdravstva po mnenju tujih ustavnopravnih in kazenskopravnih teoretikov tako ključnega pomena? Tukaj ureditev in nenazadnje pravna kultura v Sloveniji ta hip (še) močno odstopajo od stanja v pravno razvitih oziroma t.i. primerljivih evropskih državah in tudi sprejem na obravnavanem področju sicer izvrstnega predloga Zakona o pacientovih pravicah v trenutni obliki sam po sebi ne bo spremenil dosti. Za kaj gre?

2. Kazensko pravo in volja pacienta

2.1. Stanje v Sloveniji

Pravo potrebuje razčiščen koncept, na kateri ravni notranje zgradbe prepovedanega ravnanja (delikta) je zdravljenje brez ustrezne pacientove privolitve prepovedano in s tem potencialno kaznivo. Po pravnih učinkih ni vseeno, ali privolitev pacienta iz zdravnikovega v zdravljenje usmerjenega in po vseh ostalih medicinskih merilih sicer tehnično korektnega ravnanja izključuje protipravnost ali ima kakšen drug, bolj radikalen učinek (da se s tem nevtralizira že npr. izhodiščna hipoteza o zdravnikovi kaznivosti poseganja v tuje telo, t.i. bit prepovedanega dejanja zoper telo ali kakšno drugo osebnostno dobrino). Na tem mestu ni primeren

¹² Nadrobnosti glej spodaj!

¹³ *Duttge, str. 181.*

¹⁴ Izraz je zelo razširjen. Zgolj primeroma glej *Duttge, str. 181.*

poglobljen prikaz t.i. splošnega pojma delikta in pravniških fines, zato naj mi bo dovoljena naslednja poenostavitev.¹⁵ Zaradi izrazito objektivne koncepcije izpolnjenosti biti inkriminacije kot prvega elementa splošnega pojma kaznivega dejanja po svetu velja, da zdravniki vsaj potencialno vsakodnevno, množično izpolnjujejo biti kaznivih dejanj telesnih poškodb. To je najbolj očitno v zvezi s kirurškimi posegi, pa tudi pri vnašanju raznovrstnih zdravil v telo bolnika. Prav zato kazensko pravo potrebuje jasno argumentirano teoretično stališče, zakaj zdravniki pri opravljanju zdravniške službe ne odgovarjajo množično za kazniva dejanja telesnih poškodb ali kakšna druga kazniva dejanja zoper pacientove osebne dobrine in predvsem pravo vlaga velike napore v argumentacijo in normativno formulacijo vloge volje pacienta pri tem.

Tako rekoč vsi pravniki bivše skupne Jugoslavije¹⁶ so zdravljenje v okviru opravljanja zdravniške službe dolgo razglašali kot načeloma nekaznivo na podlagi t.i. družbene koristnosti zdravstva, kar je bil v bistvu nekakšen samostojen, posplošen in vnaprejšen razlog izključenosti protipravnosti (telesnih poškodb pacienta pri zdravljenju in tudi drugih ogrožitev in poškodb pacientovih dobrin). Privolitev pacienta kot oškodovanca pri tem vsaj v kazenskem pravu ni imela nobene ključne ne teoretične ne praktične vloge. V tem smislu je bila medicinska dejavnost edina človekova dejavnost, ki je uživala tako poseben kazenskopravni status. Celo vojski in policiji (državam tradicionalno najbolj priljubljenim institucijam) je bilo treba glede posamičnih ravnanj, ki bi utegnili izpolnjevati zakonske znake kakšnih inkriminacij, vključno s telesno poškodbo, od primera do primera iskati konkretne zakonske podlage za izključevanje protipravnosti (upravičenosti) svojih ukrepov, ne glede na morebiten še tako plemenit (državovarstven, človekoljuben) konkreten motiv posameznega posega v osebne pravice ljudi. Pri tem v kazenskopravni teoriji razlikovanje obravnavanja medicinske dejavnosti od teh drugih dejavnosti niso utemeljevali npr. z argumentom, da zdravnik značilno ogroža dobrine osebe, ki ji želi pomagati (in posledično z zanikanjem napada na kazenskopravno zavarovano dobrino, ki jo varujejo inkriminacije telesnih poškodb ter tako z zanikanjem biti teh inkriminacij), ampak – kot rečeno – kar s splošnim in že zato nujno neprepričljivim (predvsem pa do drugih strok in poklicev že v izhodišču diskriminatornim) navajanjem t.i. posebne družbene koristnosti zdravstva (medicine). Tako radikalno medicini prijazno posebno obravnavanje medicine, kakršnega je gojila jugoslovanska in v njenih neдрjih tudi slovenska doktrina materialnega kazenskega

¹⁵ Nadrobneje glej *Korošec, Medicinsko, str. 39-166.*

¹⁶ V nadaljevanju o mestu privolitve pacienta v splošnem pojmu kaznivega dejanja povzeto po *Korošec, Pravice.* Glej tudi *Korošec, Biomedicinska, str. 549-72.*

prava, je po tihem postalo posebna svetovna redkost. Zdi se, da predvsem zato, ker ni več skladno z modernimi svetovnimi standardi dostojanstva človeka, še bolj pa varovanja njegove samoodločbe, avtonomije in svobodnega razvoja osebnosti, kar vse se je v sodobnem medicinskem pravu – kot smo videli zgoraj – uveljavilo kot zelo viden ne le teoretični, ampak zelo jasno tudi zakonodajni cilj.¹⁷

Slovenska doktrina v okviru nekdanje skupne SFRJ glede privolitve oškodovanca v kazenskem pravu ni odstopala od doktrine v drugih delih skupne države.¹⁸ »Splošno načelo kazenskega prava [...] je, da oškodovančeva privolitev praviloma ne izključuje obstoja kaznivega dejanja«, zapiše L. Bavcon v učbeniku splošnega dela materialnega kazenskega prava (Bavcon/Šelih) iz leta 1978 na strani 135 in ponovi v izdaji iz leta 1987 na strani 141. Stališča obširneje ne analizira. Zadovolji se s trditvijo, da gre pri vseh kaznivih dejanjih, ki se preganjajo po uradni dolžnosti, »za vrednote, ki so splošnega, družbenega pomena, četudi je bila s kaznivim dejanjem poškodovana dobrina, ki pripada posamezniku«.¹⁹ Z institutom zasebnega kazenskega pregona se mu vsaj na zakonodajni ravni zdijo ustrezno rešeni vsi tisti primeri, kjer »gre za dobrino, katere kazenskopravno varstvo je treba prepustiti v prvi vrsti oškodovancu, ker gre za njegov interes«.²⁰ Iz tega je sklepati, da Bavcon opustitve zasebnega kazenskega pregona in privolitve oškodovanca ne ločuje strogo.

Izjemoma Bavcon dopušča (prav tako v skladu z enotno jugoslovansko teorijo), da privolitev oškodovanca pod ustreznimi dejanskimi pogoji lahko pomeni podlago institutu neznatne družbene nevarnosti. Posebej poudarja splošnost instituta neznatne družbene nevarnosti in s tem njegovo primernost tudi za uporabo v določenih primerih privolitve oškodovanca.²¹ Posebne definicije privolitve oškodovanca pri tem ne ponuja.

Bavcon opozori na teoretično spornost samopoškodbe in poškodbe v zvezi z medicinskimi posegi, vendar te problemske sklope (kratko) obravnava v posebnih poglavjih mimo instituta privolitve.²² Razlog za izključeno kaznivost v teh primerih je po njegovem neobstoje družbene nevarnosti ali v primeru zdravstva družbena koristnost.²³ Skratka: Slovenija kot jugoslovanska federativna enota glede pogledov na privolitev oškodovanca v kazenskem pravu in na

¹⁷ Glej kratek povzetek slovenske zakonodaje zgoraj!

¹⁸ V nadaljevanju povzeto po Korošec, *Medicinsko*, str. 46-50.

¹⁹ Bavcon v: Bavcon/Šelih 1978, str. 135 in Bavcon v: Bavcon/Šelih 1987, str. 142.

²⁰ Ibidem v obeh izdajah.

²¹ Bavcon v: Bavcon/Šelih 1978, str. 135 in Bavcon v: Bavcon/Šelih 1987, str. 142.

²² Bavcon v: Bavcon/Šelih 1978, str. 135-136 in Bavcon v: Bavcon/Šelih 1987, str. 143.

²³ Ibidem, kot v predhodni opombi.

zdravstveno dejavnost ni posebej odstopala od drugih delov nekdanje SFRJ. To velja še posebej glede vprašanja medicinskih posegov. »Tudi tu ni privolitev pacienta v takšne ali drugačne medicinske strokovne ukrepe zaradi njegovega zdravljenja tisto, kar izključuje kaznivost, temveč je to družbena potrebnost in koristnost takšnega ravnanja,« pravi Bavcon v vseh citiranih izdajah osrednjega slovenskega učbenika splošnega dela materialnega kazenskega prava.²⁴

Najnovejša slovenska teorija se z zadevno problematiko sprva izčrpneje posebej ne ukvarja. O privolitvi oškodovanca v zdravniške posege piše na primer Z. Dežman. Leta 1992²⁵ ugotavlja – povsem v duhu kazenskopravne teorije SFRJ in tradicionalne slovenske teorije medicinskega kazenskega prava – da zdravniški poseg načeloma ni prepovedan niti, če nasprotuje bolnikovi volji. Razlog naj bi bila, kakor se izrazi avtor, »primarna zdravniška dolžnost, da ukrene v korist pacienta vse, da zavaruje njegovo zdravje ter ohrani življenje.«²⁶

Učbenik splošnega dela materialnega kazenskega prava Bavcona in Šelihove iz leta 1996 v poglavju z naslovom Privolitev oškodovanca (in tudi sicer) o problematiki oškodovančeve take ali drugačne volje *tempore criminis* vsebuje le nekaj stavkov. Pa vendar ta izdaja osrednjega slovenskega učbenika materialnega kazenskega prava glede na prejšnje izdaje (in glede na dotedanjo slovensko doktrino privolitve oškodovanca v kazenskem pravu kot tako) prinaša izjavo, ki jo je že mogoče razumeti kot drugačen pristop k problematiki. »Splošno načelo sodobnega kazenskega prava je, da je obstoj kaznivega dejanja odvisen praviloma od oškodovančeve volje«, zapiše Bavcon.²⁷ Le pri dobrinah, ki jih avtor imenuje »pravne dobrine splošnega pomena«²⁸ naj bi veljala izjema – kazenski pregon po uradni dolžnosti.

Leta 1997 D. Korošec v svoji doktorski disertaciji z naslovom Privolitev oškodovanca v kazenskem pravu (primerjava dveh kazenskopravnih sistemov) in v letih 1998 in 1999 v več člankih na temo privolitve oškodovanca in domnevane privolitve oškodovanca²⁹ primerja slovenska stališča v zvezi z naslovno problematiko z rešitvami nemške teorije in sodne prakse, ki jih šteje za objektivno zelo razvite. Ugotavlja relativno rudimentarnost domačega

²⁴ Glej poglavja o medicinskih posegih, nazadnje, v izdaji 1996 na str. 203! Ob tako nedvoumni in ustaljeni trditvi zares preseneča argumentiranje teoretika M. Bošnjaka, ki iz Bavconovih izvajanj o skrajni sili v istem poglavju (to je, da zdravnik lahko ob vitalni indikaciji v skladu s kazenskim pravom opravi medicinski poseg tudi ob nasprotovanju[!] bolnika) sklepa, da avtor v citiranem učbeniku med razloge za izključitev protipravnosti zdravniških posegov šteje »(implicitno) tudi pacientovo privolitev«. Bošnjak 2002, str. 105.

²⁵ Dežman 1992, str. 313.

²⁶ Ibidem. Glej tudi Dežman 1995, str. 7!

²⁷ Bavcon/Šelih 1996, str. 202.

²⁸ Op. cit., ibidem.

²⁹ Glej literaturo v seznamu uporabljene literature na koncu tega učbenika!

kazenskega prava na obravnavanem področju in kritizira številne nedorečenosti in nejasnosti pri domačem obravnavanju volje oškodovanca v splošnem pojmu kaznivega dejanja, posebej v zvezi z medicinsko dejavnostjo. Po analizi predvsem liberalnih struj v doktrini privolitve oškodovanca v nemško govorečih državah, ki so se tam uveljavile kot vodilne, se zavzame za doslednejše in bolj sistematično spoštovanje samoodločbe in avtonomije posameznika kot potencialne žrtve kaznivega dejanja in še posebej kot bolnika tudi v Sloveniji. To je po njegovem mogoče doseči le z doslednejšo uporabo institutov privolitve oškodovanca in domnevane privolitve oškodovanca kot splošnih institutov materialnega kazenskega prava in zlasti znotraj splošnega pojma kaznivega dejanja. Ti pogledi so našli svojo pot tudi v zaenkrat zadnjo izdajo osrednjega slovenskega učbenika materialnega kazenskega prava: *Bavcon/Šelih (s sodelavci)* iz leta 2003, z novo zastavljenim poglavjem o medicinskem posegu, ki temelji na problematiki privolitve pacienta.³⁰

2.2. Nekaj tujih kazenskopravnih ureditev

V Evropi bistveno bolj uveljavljen pristop k presoji protipravnosti v medicini izhaja iz veljavne privolitve pacienta kot bolj ali manj nujnem pogoju za izključeno protipravnost ravnanj znotraj opravljanja zdravniške službe, v prvi vrsti telesnih poškodb, ki pri tem (zaradi objektivne narave izpolnjenosti biti inkriminacije kot prvega elementa splošnega pojma kaznivega dejanja) naravno množično nastajajo. V novejšem francoskem kazenskem pravu npr. medicina sicer še naprej uživa določen poseben status, vendar je pacientova privolitev eden od štirih pogojev, ki morajo biti kumulativno izpolnjeni za izključitev protipravnosti zdravniškega posega (poleg privolitve še ustrezna medicinska kvalifikacija storilca, namen zdravljenja in tehnična pravilnost medicinskega posega).³¹ Pri tem francoska teorija po razpoložljivih virih ni zelo nedvoumna glede obstoja telesnih poškodb kot logičnih posledic zdravniške dejavnosti in še zlasti ne glede vpetosti bolnikove volje v splošni pojem kaznivega dejanja. Nasprotno pa je po veljavni nemški sodni praksi in vidnem delu tamkajšnje teorije pacientova privolitev brez dvoma ključni, osrednji razlog za izključevanje protipravnosti medicinskih posegov. Če ni bilo veljavne pacientove privolitve v zdravniški poseg noben, še tako plemenit namen zdravljenja, še tako velik objektivni uspeh zdravniškega posega in še tako velika verjetnost, da bi pacient, ki neupravičeno ni bil vprašan po privolitvi tako privolitev sicer dal (tu je treba ločiti problematiko novega, v praksi še ne povsem

³⁰ Glej *op.cit.*, str. 254-255.

³¹ Pregled francoske teorije povzet po *Korošec, Medicinsko*, str. 50-51. Nadrobneje glej tam citirano francosko literaturo.

uveljavljenega in v teoriji spornega instituta t.i. hipotetične privolitve, ki ima v Nemčiji vsaj v teoriji potencialni vpliv le na t.i. pripisljivost telesne poškodbe zdravniku, v nobenem primeru pa nima vpliva na kazensko protipravnost medicinskega posega), ne morejo sami po sebi odvzeti protipravnosti zdravniškemu posegu (konkretno potencialno znotraj splošnih inkriminacij telesnih poškodb). Upoštevanje pacientove volje je tukaj zraslo v načeloma osrednji ključ do nekaznivosti zdravnika.

Nekatere države (na primer Avstrija v § 110 in Hrvaška v členu 241 njihovih kazenskih zakonikov) so sprejele posebno inkriminacijo samovoljnega zdravljenja, kamor uvrščajo vse zdravniške posege, ki so opravljeni brez veljavne privolitve, nadomestne ali domnevane privolitve bolnika. S sprejemom takih inkriminacij so zakonodajalci teh držav upali, da je vprašanje kaznivosti zdravnika oziroma drugih zdravstvenih delavcev za telesno poškodbo pacienta zaradi medicinskega posega brez njegove veljavne privolitve končno rešeno. Posebej (skrajno razvita) nemška kazenskopravna teorija, ki zelo natančno analizira razmerja med inkriminacijami telesnih poškodb in morebitnimi novimi inkriminacijami samovoljnega zdravljenja (ki jih v nemškem kazenskem pravu sicer zaman iščemo) pa opozarja, da pri samovoljnem zdravljenju kot posebni inkriminaciji po naravi stvari ne gre za posebno (specialno) inkriminacijo telesnih poškodb, ampak zgolj za kaznivo dejanje zoper samoodločbo. Zaradi tega ostaja še vedno odprto, kaj in v kakšni meri (naj) izključuje protipravnost telesnih poškodb. Poenostavljeno je mogoče povzeti, da posebna inkriminacija samovoljnega zdravljenja ne more in ne more izpodriniti trenutno v Nemčiji večinsko uveljavljenega koncepta načelnega varovanja samoodločbe in avtonomije uporabnika zdravstvenih storitev prek konstrukcije telesnih poškodb ob neveljavni privolitvi ali vsaj nadomestni oziroma domnevani privolitvi.³²

Kakorkoli pa že: že kratka primerjalnopravna analiza brž razkrije, da v Sloveniji v primerjavi z vzorčno izbranimi državami EU ne obstajajo (več) kakšne kulturne posebnosti, zaradi katerih ustavnopravno in upravnoopravno nedvoumne norme niso našle svojega odraza tudi v kazenskopravnem varstvu avtonomije pacienta. Na tem mestu se ni mogoče spuščati v sociološke, psihološke, kulturološke, antropološke in podobne razloge za ugotovljene razlike med primerjanimi kazenskopravnimi sistemi. Na mestu pa je preprosto vprašanje, kaj te razlike pomenijo za slovenskega zdravnika. Zaradi sistematičnega zanemarjanja t.i. privolitvene doktrine v tradicionalnem slovenskem kaznovalnem pravu, v slovenskem kazenskem pravu ni vključitve malomarnega ignoriranja privolitve oziroma zavrnitve bolnika

³² Nadrobneje glej *op.cit.*, str. 163-166.

s strani zdravnika v pojem medicinska napaka in z njim v okviru inkriminacije malomarnega zdravljenja, niti ne poznamo posebne inkriminacije samovoljnega zdravljenja (zdravljenja, ki se ne bi oziralo na bolnikovo voljo). V trenutnem slovenskem kazenskem pravu tako niti posebna inkriminacija malomarnega zdravljenja (»Malomarno zdravljenje« iz 190. člena KZ) kot že na prvi pogled osrednji steber posebnega dela medicinskega kazenskega prava niti katerakoli druga inkriminacija in njena tradicionalna razlaga (tu gre zlasti za inkriminacije telesnih poškodb) ne morejo resno, sistemsko ustrezno zaščititi pacientove avtonomije. Zato – in ne glede na predpisano kazen za prekršek (tudi) v osnutku Zakona o pacientovih pravicah zaradi različnih kršitev avtonomije pacienta – avtonomije in samoodločbe bolnika v Sloveniji sploh ne moremo šteti za kazenskopravni dobrini, njihovega še tako grobega zanikanja in prezrtja pa ne za kazenskopravno relevantno biomedicinsko strokovno napako. V tem smislu je zdravnikova pravica zdraviti v Sloveniji primerjalnopravno preveč absolutna, preširoka, zadržanost slovenskega kazenskega prava na tem področju, ne nujno v interesu pacientov in posledično tudi ne medicine.

Glede na povedano velja razmisliti o spremembah v slovenskem kazenskopravnem vrednotenju pojasnilne dolžnosti zdravnika tako znotraj splošnega dela kazenskega prava, kot tudi v obliki prevetritve posamičnih t.i. biomedicinskih inkriminacij, to je na področju posebnega dela kazenskega prava. Ker se ta prispevek omejuje zgolj na vprašanja splošnega dela, velja sklepno priporočiti zgolj z vidika v Sloveniji splošno sprejete naturalistične koncepcije biti kaznivega dejanja kot prvega elementa splošnega pojma kaznivega dejanja dosledno vpetost volje pacienta v inkriminacije telesnih poškodb, nekako po nemškem vzoru. Strogost nemške rešitve do zdravstvene stroke bi kazalo omiliti s privilegiranimi oblikami telesnih poškodb posebej za primere biomedicinskih strokovnih napak (kajpak vključno s strokovno napako neupoštevanja pacientove avtonomije), kaže pa se tudi potreba po dodatnih inkriminacijah zoper pacientovo avtonomijo, torej inkriminacijah zoper človekove pravice in svoboščine, ki bi (dopolnilno) pokrivalo primere, kjer do telesne poškodbe pri zdravstveni dejavnosti ne pride.

Pri oblikovanju in zlasti uporabi novih določb znotraj novo zastavljenega koncepta kazenskopravnega upoštevanja pacientove volje, se kaže posebej zavedati tudi najnovejšega kazenskopravnega instituta (splošnega dela), ki ga je pred leti začelo razvijati nemško pravosodje: hipotetične privolitve pacienta. Za kaj gre? V zadevah pomanjkljivo izpolnjene pojasnilne dolžnosti zdravnika je Vrhovno sodišče Zvezne republike Nemčije kot enega od pogojev za kaznivost začelo zahtevati dokaz, da konkretni pacient ob pravilno izpolnjeni pojasnilni dolžnosti zdravnika v določeni poseg ne bi privolil). Institut ni neproblematičen –

izpostaviti kaže kritike, ki jim je izpostavljen v nemški kazenskopravni teoriji (s posebnim poudarkom na problemu pripisljivosti posledice telesne poškodbe pacienta zdravnikovemu ravnanju pomanjkljive pojasnitve v dokaznem standardu, da konkretni pacient ob pravilno izpolnjeni pojasnilni dolžnosti zdravnika v določeni poseg ne bi privolil).

Novi nemški pravosodni institut hipotetične privolitve oškodovanca poskuša predvsem razbremeniti zdravnika zelo stroge kazenske odgovornosti v primerih odsotne ali pomanjkljive pojasnitve; v tem smislu gre sicer za neke vrste približevanje nemških in slovenskih pogledov na kazensko odgovornost zdravnika, a z vidika zavidljivo razvite nemške doktrine privolitve oškodovanca nemški teoretiki utemeljeno opozarjajo, da gre v nadrobnostih novega instituta ta hip za hud doktrinarni regres in da bo treba še precej dela, preden bo hipotetična privolitev pacienta kazenskopravno korektno opravljala kriminalitetnopolitične razbremenilne naloge, ki si jih je zadalo nemško pravosodje.

Literatura:

1. Amelung K.: Die Einwilligung des Unfreien. Das Problem der Freiwilligkeit bei der Einwilligung eingesperrter Personen. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1983 (95): 1–31.
2. Amelung K.: Die Einwilligung zwischen medizinischer Erfahrung, amerikanischer Ethik und kulturellem Gedächtnisverlust. *Medizinrecht* 2000; 11: 520–521.
3. Amelung K.: Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil I.). *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1992; 3: 525–558.
4. Amelung K.: Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil II.). *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1992; 4: 821–833.
5. Amelung K.: Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm. *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1999: 182–203.
6. Appelbaum P.S. et al.: *Informed Consent – Legal Theory and Clinical Practice*. New York: Oxford University Press, 1987.
7. Arndt H.: *Die mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund*. Breslau: Schletter'sche Buchhandlung, 1929.
8. Arzt G.: *Mord durch Unterlassen*. V: Schönemann B. et al. (izd.) *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*. Berlin: De Gruyter Verlag, 2001: 855–867.
9. Arzt G.: *Willensmängel bei der Einwilligung*. Frankfurt am Mein: Athenäum Verlag, 1970.
10. Bačić F.: *Krivično pravo – Opći dio*. Zagreb: Informator, 1995.
11. Bačić F.: *Krivično pravo – Opći dio*. Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu, 1986.
12. Baumann J., U. Weber, W. Mitsch: *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. Bielefeld: Verlag E. und W. Giesecking, 1995.
13. 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: 21–100.
14. Bavcon L., A. Šelih, K. Filipčič, V. Jakulin, D. Korošec: *Kazensko pravo – splošni del* (4. izd.). Ljubljana: Uradni list RS, 2003.
15. Bavcon L., A. Šelih: *Kazensko pravo – splošni del*. Ljubljana: ČZ Uradni list SR Slovenije, 1978.
16. Bavcon L., A. Šelih: *Kazensko pravo – splošni del*. Ljubljana: ČZ Uradni list SR Slovenije, 1987.

17. Bavcon L., A. Šelih: Kazensko pravo – splošni del. Ljubljana: ČZ Uradni list Republike Slovenije, 1996.
18. Bechtold W.: Die Wirkung der Einwilligung des Verletzten. Köln: Universität Köln, 1962.
19. Beckmann R.: Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik. *Medizinrecht* 2001; 4: 169–177.
20. Bele I.: Blanketne norme v kazenskem pravu – doktorska disertacija. Ljubljana: Univerza v Ljubljani, 1993.
21. Bender A.W.: Creutzfeld-Jakob-Erkrankung und ärztliche Aufklärungspflicht vor der Anwendung von Blutprodukten. *Medizinrecht* 2001; 5: 221–223.
22. Berz U.: Die Bedeutung der Sittenwidrigkeit für die Rechtfertigende Einwilligung. *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1969: 145–152.
23. Bichlmeier G.: Die Wirksamkeit der Einwilligung in einen medizinisch nicht indizierten ärztlichen Eingriff. *Juristenzeitung* 1980 (2): 53–56.
24. Bickelhaupt W.: Einwilligung in die Trunkenheitsfahrt. *Neue Juristische Wochenschrift* 1967: 713–714.
25. Bock G.: Zwangssterilisation im Nationalsozialismus [...]. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1986.
26. Bošnjak M.: Nove biomedicinske tehnologije – dejavnost Sveta Evrope in slovensko (kazensko) pravo. V: IV. dnevi javnega prava (zbornik razprav). Ljubljana: Inštitut za javno upravo, 1998.
27. Bošnjak M.: Razvoj sodobne biomedicine in kazensko pravo. Doktorska disertacija. Ljubljana: Univerza v Ljubljani, 2002.
28. Brandts R., H. Schlehofer: Die täuschungsbedingte Selbsttötung im Lichte der Einwilligungslehre. *Juristen Zeitung* 1987; 9: 442–448.
29. Burgstaller M.: Zur Einwilligung im Strafrecht. *Österreichische Richterzeitung* 1977 (1): 1–4.
30. Busch J.: Zum Fragenkreis der Sterilisation bei Menschen mit geistiger Behinderung – eine Dokumentation. Bielefeld: Bethel Verlag, 1988.
31. Card R.: *Criminal Law*. London: Butterworths, 1995.
32. Cevc M.: Evtanazija in zdravnik. *Zdravniški vestnik* 1995; 64: 155–160.
33. Chatzikostas K.: Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben und ihre Bedeutung für die Probleme von Suizid und Euthanasie. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 2001.

34. Creifelds C.: Wird bei einem Verstoß gegen die guten Sitten die Einwilligung im Strafrecht irrelevant? Breslau: Schletter'sche Buchhandlung, 1929.
35. Czerner F.: Aktive Sterbehilfe auch gegenüber Kindern? [...] *Medizinrecht* 2001; 7: 354–360.
36. Čejović B.: Krivično pravo – opšti deo. Beograd: Izdavačka radna organizacija Privredna štampa, 1979: 161–187.
37. Ćirić J.: Radnja izvršenja krivičnog dela nesavesnog lečenja bolesnika od strane lekara. *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo* 1991 (1): 79–94.
38. Davis E.M.: Victimless Crimes – The Case for Continued Enforcement. *Journal of Police Science and Administration* 1973; 1 (1): 11–20.
39. Degen S.: Fetus kao žrtva u krivičnom pravu. *Naša zakonitost* 1985; 5–6: 646– 655.
40. Deisinger M.: Kazenski zakonik s komentarjem – posebni del. Ljubljana: Gospodarski vestnik, 2002.
41. Derksen R.: Handeln auf eigene Gefahr. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.
42. Desportes F., F. le Gunehec: Le nouveau droit pénal, I. Paris: Economica, 1996.
43. Deutsch E.: Das therapeutische Privileg des Arztes: Nichtaufklärung zugunsten des Patienten. *Neue Juristische Wochenschrift* 1980; 24: 1305–1309.
44. Deutsch E.: *Medizinrecht*. Berlin: Springer Verlag, 1997.
45. Deutsch E.: Neue Aufklärungsprobleme im Arztrecht. *Neue Juristische Wochenschrift* 1982; 46: 2585–2588.
46. Dežman Z.: Meje družbeno dopustnega tveganja pri medicinskih posegih. *Pravnik* 1992 (6–8): 311–315.
47. Dežman Z.: O metodah tipizacije pojasnitvenega postopka v zdravstvu. *Pravna praksa* 1995; 1: 7–8.
48. Dolenc A.: *Medicinska etika in deontologija – dokumenti s komentarjem*. Ljubljana: Tangram, 1993.
49. Dölling D.: Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1984: 71–94.
50. Duttge G.: Die Präimplantationsdiagnostik zwischen Skylla und Charybdis. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 2002: 5: 241–258.
51. Dworkin R.: Die Grenzen des Lebens – Abtreibung, Euthanasie und persönliche Freiheit. Hamburg: Rowohlt, 1994.
52. Ebert V.: *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. Heidelberg: R. v. Decker & C.F. Müller Verlag, 1985.

53. Ehrhard H.: Euthanasie. V: Ehrhard H. et al.: Arzt und Recht. Medizinisch-juristische Grenzprobleme unserer Zeit. München: C.H. Beck, 1966: 96–124.
54. Eibach U., K. Schaefer: Patientenautonomie und Patientenwünsche. *Medizinrecht* 2001; 1: 21–28.
55. Ensthaler J.: Einwilligung und Rechtsgutspreisgabe beim fahrlässigen Delikt. Göttingen: Georg-August-Universität zu Göttingen, 1983.
56. Eser A., Fletcher G.P.: Rechtfertigung und Entschuldigung – Rechtsvergleichende Perspektiven, Vol. 1. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1987.
57. Eser A.: »Sozialadäquanz« – eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur? [...] V: Schönemann B. et al. (izd.) Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag. Berlin: De Gruyter Verlag, 2001: 199–212.
58. Eser A.: Medizin und Strafrecht: Eine schutzorientierte Problemübersicht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1985; 1: 1–46.
59. Ezekiel J.E.: Evtanazija. Zgodovinski, etični in empirični pogledi. *JAMA (The Journal of the American Medical Association)* – Slovenska izdaja 1995; 2: 20–28.
60. Fabjančič M.: Kriteriji za oceno neznatne družbene nevarnosti po členu 8/II KZ SFRJ. *Pravnik* 1986 (1–2): 33–54.
61. Ferline A.: O namenoma izzvani zmoti v kazenskem pravu. *Pravnik* 1991 (6–8): 255–265.
62. Finger A.: Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse? *Gerichtssaal* 1888 (40): 139–157.
63. Fink U.: Selbstbestimmung und Selbsttötung. Köln: Carl Heymann's Verlag, 1992.
64. Finžgar A.: Osebnostne pravice. Ljubljana: Slovenska akademija znanosti in umetnosti, 1985.
65. Fletcher G.P.: The right and the reasonable. *Harvard Law Review* 1985; 98: 949.
66. Flis V. et al.: *Medicina in pravo: izbrana poglavja*. Maribor: Slovensko zdravniško društvo, Pravniško društvo, 1993.
67. Flis V.: Ali je smiselna katalogizacija medicinskih napak? *Pravna praksa* 1995; 3: 4–7.
68. Flis V.: Doktrina o zavestni privolitvi (Informed Consent). V: Polajnar Pavčnik A., D. Wedam Lukić (ur.): *Pravo in medicina*. Ljubljana: Cankarjeva založba, 1998 (str.: 119–164).
69. Flis V.: *Medicina in pravo II – odgovornost zdravnika, medicinska napaka*. Maribor: Slovensko zdravniško društvo, Pravniško društvo, 1994.

70. Flis V.: *Medicina in pravo III – pojasnilna dolžnost*. Maribor: Slovensko zdravniško društvo, Pravniško društvo, 1995.
71. Frisch W.: *Die Einwilligung im deutschen Strafrecht. V: Rechtfertigung und Entschuldigung – Rechtsvergleichende Perspektiven, Vol. IV*. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und rechtsvergleichendes Strafrecht, 1995: 321–336.
72. Füllmich R.: *Zur Ablehnung künstlich lebensverlängernder medizinischer Maßnahmen durch nicht entscheidungsfähige Patienten*. *Neue Juristische Wochenschrift* 1990; 37: 2301–2303.
73. Fuscher T.: *Sexuelle Selbstbestimmung in schutzloser Lage*. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2000; 1: 75–105.
74. Gammage A., C.F. Hemphill: *Basic Criminal Law*. New York: Mc Graw-Hill Book Company, 1979.
75. Geerds F.: *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf*. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1960 (72): 42–92.
76. Geerds F.: *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1954: 262–269.
77. Geppert K.: *Rechtfertigende »Einwilligung« des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr?* *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1971 (83): 947–1001.
78. Giesen D.: *Arzthaftungsrecht im Umbruch – Die ärztliche Aufklärungspflicht in der Rechtsprechung seit 1974*. *Juristenzeitung* 1982; 11–12: 391–403.
79. Giesen D.: *Arzthaftungsrecht im Umbruch (III) – Beweisrechtsprobleme in der Rechtsprechung seit 1974*. *Juristenzeitung* 1982; 13: 448–459.
80. Göbel A.A.: *Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 1992.
81. Gössel K.H.: *Über »Derksen / Handeln auf eigene Gefahr« (Literaturbericht)*. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1995 (8): 382–383.
82. Gragert J.: *Strafrechtliche Aspekte des Organhandels*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 1997.
83. Gropp W.: *Der Embryo als Mensch – Überlegungen zum pränatalen Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit*. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 2000: 1–18.

84. Grünwald G.: Heilbehandlung und ärztliche Aufklärungspflicht. V: Ehrhard H. et al.: Arzt und Recht. Medizinisch-juristische Grenzprobleme unserer Zeit. München: C.H. Beck, 1966: 125–158.
85. Häcker J.: Wille und Interesse bei der mutmaßlichen Einwilligung, zugleich ein Beitrag zur Übergesetzlichen Rechtfertigung. Tübingen: Eberhard-Karls-Universität Tübingen, 1973.
86. Haefliger A.: Über die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht. Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1952 (67): 92–101.
87. Haft F.: Aus der Waagschale der Justitia. Ein Lesebuch aus 2000 Jahren Rechtsgeschichte. München: C.H. Beck, 1995.
88. Hartmann T.: Eigenmächtige und fehlerhafte Heilbehandlung. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2000.
89. Hassemer W.: Justification and Excuse in Criminal Law: Theses and Comments. Brigham Law Review 1986: 573.
90. Hellmann U.: Einverständliche Fremdgefährdung und objektive Zurechnung. V: Schönemann B. et al. (izd.) Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag. Berlin: De Gruyter Verlag, 2001: 271–285.
91. Hermle S.: Strafrecht: Die eigenwillige Patientin. Juristische Schulung 1987; 12: 976–980.
92. Herzberg R.D.: Gedanken zum strafrechtlichen Handlungsbegriff und zur »vortatbestandlichen« Deliktsverneinung. Goldammer's Archiv für Strafrecht 1996 (1): 1–18.
93. Hildebrand H.: Die mutmaßliche Einwilligung des Verletzten als Unrechtsausschließungsgrund. Erlangen: Universität Erlangen, 1936.
94. Hoffmann B.: Sterilisation geistig behinderter Erwachsener. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1996.
95. Hoke R.: Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte. Wien: Böhlau Verlag, 1992.
96. Holinger P.C. et al.: Suicide and Homicide among Adolescents. New York: The Guilford Press, 1994.
97. Honig R.: Die Einwilligung des Verletzten – die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage. Mannheim: Verlag J. Bensheimer, 1919.
98. Horn E.: Der medizinisch nicht indizierte, aber vom Patienten verlangte ärztliche Eingriff – strafbar? Juristische Schulung 1979 (1): 29–31.

99. Horn H.R.: Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit. Berlin: Duncker & Humblot, 1962.
100. Hörnle T.: Der Irrtum über das Einverständnis des Opfers bei einer sexuellen Nötigung. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2000; 2: 356–380.
101. Horvatić Ž., P. Novoselec: Kazneno pravo – opći dio. Zagreb: Ministarstvo unutarnjih poslova, Policijska akademija, 2001.
102. Hruschka J.: Die Nötigung im System des Strafrechts. Juristenzeitung 1995 (15–16): 737–745.
103. Hufen F.: Präimplantationsdiagnostik aus verfassungsrechtlicher Sicht. Medizinrecht 2001; 9: 440–451.
104. Jakobs G.: Strafrecht – Allgemeiner Teil – Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Berlin: De Gruyter Verlag, 1993.
105. Janker H.: Heimliche HIV-Antikörpertests – strafbare Körperverletzung? Neue Juristische Wochenschrift 1987; 46: 2897–2903.
106. Jescheck H.-H., T. Weigend: Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil. Berlin: Dunckner & Humblot Verlag, 1996.
107. Jescheck H.-H.: Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil. Berlin: Dunckner & Humblot Verlag, 1988.
108. Jones D.A.: Crime and Criminal Responsibility. Chicago: Nelson-Hall, 1978.
109. Jovanović L.: Krivično pravo – opšti deo. Beograd: Savremena administracija, 1980.
110. Jung H., H.W. Schreiber: Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht. Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag, 1981.
111. Kandić-Popović Z.: Osnovi krivičnog prava – opšti i posebni dio. Beograd: Naučna knjiga, 1986.
112. Kappe S.: Lebensführungsrisiko AIDS: Problemwahrnehmung, rechtspolitische Reaktionen und Verrechtlichung in Dogmatik und Rechtsprechung. V: Kriminologisches Journal 24 (1992) 4; 266–289.
113. Karge W.: Körperverletzung durch Heilbehandlung. Goldammer's Archiv für Strafrecht 2001: 538–554.
114. Kaufmann A.: Die eigenmächtige Heilbehandlung. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1961; 3: 341–384.
115. Kayßer M.: Abtreibung und die Grenzen des Strafrechts. Berlin: Dunker & Humblot Verlag, 1997.

116. Kern B.R.: Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe. Neue Juristische Wochenschrift 1994; 12: 753–759.
117. Keßler R.: Kritische Bemerkungen zu Binding's Lehre von der Einwilligung des Verletzten. Gerichtssaal 1886 (38): 561–578.
118. Kienapfel D.: Strafrecht – Allgemeiner Teil. Eine systematische Darstellung des österreichischen Strafrechts. Wien: Manz, 1991.
119. Kientzy D.: Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1970.
120. Klinger G.: Strafrechtliche Kontrolle medizinischer Außenseiter. Stuttgart: Hippokrates Verlag, 1995.
121. Kobe P. et al.: Kazenska odgovornost zdravnikov in drugih zdravstvenih delavcev v sodobnih kazenskopravnih sistemih. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, 1966.
122. Koch H.G.: Rechtfertigung und Entschuldigung bei medizinischer Tätigkeit. V: Rechtfertigung und Entschuldigung - Rechtsvergleichende Perspektiven, Vol. IV. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1995, str. 213-68.
123. Koch H.G.: Rechtfertigung und Entschuldigung bei medizinischer Tätigkeit. V: Rechtfertigung und Entschuldigung – Rechtsvergleichende Perspektiven, Vol. IV. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1995: 213–268.
124. Köhler A.: Deutsches Strafrecht – Allgemeiner Teil. Leipzig: Verlag von Veit, 1917: 402–417.
125. Korošec D.: Biomedicinska strokovna napaka in kazensko pravo. Javna uprava 2006; 2-3, str. 549-72.
126. Korošec D.: Domnevana privolitev potencialnega oškodovanca v kazenskem pravu (nemški in slovenski pristop). Pravniki 1998 (53); 6–8: 367–384.
127. Korošec D.: Je bilo primerno spreminjati mejno starost absolutne privolitvene nesposobnosti v KZ? (O spremembah 183. člena KZ). Pravniki 1999 (54); 6–8: 411–420.
128. Korošec D.: Kazenskopravni problemi v zvezi z AIDS. V: Polajnar Pavčnik A., D. Wedam Lukić (ur.): Pravo in medicina. Ljubljana: Cankarjeva založba, 1998 (str. 348–386).
129. Korošec D.: Medicinsko kazensko pravo. Ljubljana: Cankarjeva založba, 2004.

130. Korošec D.: Napaka in zmota v zdravstveni dejavnosti – kazenskojavni vidiki. V: Odgovornost v zdravstvu – spomladanski simpozij z mednarodno udeležbo o pravnih vidikih medicinske in farmacevtske stroke (Portorož, 2002), str.: 40–47.
131. Korošec D.: Obrezovanje – nepravna banalnost kirurškega posega. *Pravnik* 1995 (50); 9–10: 557–567.
132. Korošec D.: Potencialni oškodovanec po sodobnem materialnem kazenskem pravu – volenti non fit iniuria? Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani 1997; 189–218.
133. Korošec D.: Privolitev oškodovanca in splošni pojem kaznivega dejanja. Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani 1999; 163–186.
134. Korošec D.: Razum in volja pri privolitvi potencialnega oškodovanca v kazenskem pravu. Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani 1998; 143–165.
135. Korošec D.: Splošni pojem kaznivega dejanja po Kazenskem zakoniku Republike Slovenije. Zbornik Pravne fakultete v Ljubljani 1995; 187–200.
136. Korošec D.: Vidnejše posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj. Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani 2000; LIX.; št. 1: 179–198.
137. Kühl K.: *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. München: Verlag F. Vahlen, 1994.
138. Kühne H.H.: Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzichts. *Juristenzeitung* 1979; 8: 241–246.
139. Küper W.: »Autonomie«, Irrtum und Zwang bei mittelbarer Täterschaft und Einwilligung. *Juristen Zeitung* 1986; 5: 219–229.
140. Küper W.: Grundsatzfragen der »Differenzierung« zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung. *Juristische Schulung* 1987; 2: 81.
141. Kußmann M.: *Einwilligung und Einverständnis bei Täuschung, Irrtum und Zwang*. Bonn: Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, 1988.
142. Kutzer K.: Sterbehilfeproblematik in Deutschland [...]. *Medizinrecht* 2001; 2: 77–79.
143. Langrock G.: Zur Einwilligung in die Verkehrsgefährdung. *Monatsschrift für deutsches Recht* 1970 (12): 982–984.
144. Laufs A., W. Uhlenbruck et al.: *Handbuch des Arztrechts*. München: C.H. Beck, 1999.
145. Lee Y.-S.: Die Einwilligung im koreanischen Strafrecht. V: *Rechtfertigung und Entschuldigung – Rechtsvergleichende Perspektiven*, Vol. IV. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1995: 337–348.
146. Lewisch P.: *Casebook Strafrecht – 405 Fälle und Lösungen zum Allgemeinen Teil I*. Wien: WUV – Universitätsverlag, 1990.

147. Lidz C.W. et al.: *Informed Consent*. New York: Guilford Press, 1984.
148. Linck J.: Doping und staatliches Recht. *Neue juristische Wochenschrift* 1987 (41): 2545–2551.
149. Lippert H.-D.: Forschung an und mit Körpersubstanzen – wann ist die Einwilligung des ehemaligen Trägers erforderlich? *Medizinrecht* 2001; 8: 406–410.
150. Lüderssen K.: Der Schutz des Embryos und das Problem des naturalistischen Fehlschlusses. V: Graul E., G. Wolf (izd.) *Gedächtnisschrift für Dieter Murer*. Berlin: De Gruyter, 2002: 205–235.
151. Maurach R., F.C. Schroeder, M. Maiwald: *Strafrecht – Besonderer Teil. Teilband 1 – Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte*. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1988.
152. Maurach R., H. Zipf: *Strafrecht – Allgemeiner Teil 1 – Grundlagen des Strafrechts und Aufbau der Straftat*. Heidelberg: C.F. Müller juristischer Verlag, 1992.
153. Meliá M.C.: Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung. *Dogmengeschichtliche Betrachtungen zur Lehre von der Sozialadäquanz*. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1995 (4): 179–191.
154. Merle R., A. Vitu: *Traité de droit criminel I. – Problèmes généraux de la science criminelle (Droit pénal général)*. Paris: Éditions Cujas, 1984.
155. Muhlendahl K.E.: Ärztliche Aufklärungspflicht bei extrem geringen Risiken. *Neue Juristische Wochenschrift* 1995; 46: 3043.
156. Müller-Dietz H.: Mutmaßliche Einwilligung und Operationserweiterung. *Juristische Schulung* 1989 (4): 280–286.
157. Neumann U.: Über »Zaczyk / Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten« (Literaturbericht). *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1996 (1): 36–39.
158. Niedermair H.: *Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten*. München: C.H. Beck, 1999.
159. Niestroj C.: *Die rechtliche Bedeutung der Selbsttötung und die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung*. Göttingen: Georg-August-Universität zu Göttingen, 1983.
160. Noll P., I. Trechsel: *Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*. Zürich: Schulthess polygraphischer Verlag, 1986.
161. Noll P.: *Begriff und Funktion der guten Sitten im Strafrecht*. V: *Festschrift zum 150 jährigen Bestehen des OLG Zweibrücken*. Wiesbaden: Franz Steiner Verlag, 1969: 206–230.

162. Noll P.: Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1965 (77): 1–36.
163. Noll P.: Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten. Basel: Verlag für Recht und Gesellschaft, 1955.
164. Novak B., D. Korošec.: Kirurški posegi brez klasične medicinske indikacije ter človekove pravice. *ISIS – Glasilo Zdravniške zbornice Slovenije* 1995; 6: 24–28.
165. Novak B.: O naravi osebnostnih pravic. *Podjetje in delo* 2000; 6-7, str. 991-9.
166. Novak B.: Odškodnina za duševne bolečine zaradi kršitve pravic osebnosti. *Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani, letnik LVIII, Ljubljana* 1998, str. 227-35.
167. Novak B.: Osebnostnopravni vidik razmerja zdravnik-duševni bolnik pri motnjah hranjenja. V: Tomori M. (ur.) *Pravni in forenzični vidik motenj v nadzoru impulzov (Lokarjevi dnevi 2002)*. Ljubljana: Združenje sodnih izvedencev za psihiatrijo, 2002, str. 13-26.
168. Novak B.: Posmrtno varstvo osebnosti. *Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani*, 2000; 2, str. 107-28.
169. Novak B.: Zdravstveni predpisi – Uvodna pojasnila. Ljubljana: Gospodarski vestnik založba, 2006.
170. Novoselec P.: *Krivično pravo (Krivično djelo i njegovi elementi)*. Osijek: Pravni fakultet sveučilišta u Osijeku, 1990.
171. Novoselec P.: Krivnja žrtve u našem krivičnom pravu. *Naša zakonitost* 1985; 5–6: 535–539.
172. Nowakowski F.: Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1951 (63): 287–331.
173. Ostendorf H.: Grundzüge des konkreten Gefährdungsdelikts. *Juristische Schulung* 1982 (6): 426–433.
174. Pavčnik M. et al.: *Pravo in medicina*. Ljubljana: Cankarjeva založba, 1997.
175. Perović M.: *Krivično pravo SFRJ – opšti deo*. Beograd: Savremena administracija, 1975.
176. Peter A.-M.: *Arbeitsteilung im Krankenhaus aus strafrechtlicher Sicht*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1992.
177. Planinšec V.: Nekaj pravniških pogledov na »dobro smrt«. *Zdravniški vestnik* 1995; 64: 172.

178. Prittwitz C.: Strafbarkeit des HIV-Virusträgers trotz Aufklärung des Sexualpartners? *Neue Juristische Wochenschrift* 1988; 46: 2942–2943.
179. Rachels J.: *Pravica do smrti – evtanazija in morala*. Ljubljana: Cankarjeva založba, 1987.
180. Radovanović M.: *Krivično pravo SFRJ – Opšti deo*. Beograd: Savremena administracija, 1975.
181. Remesal J. de V.: Die Einwilligung in ihrer strafrechtlichen Bedeutung – Bemerkungen über Tatbestandsausschluss und Rechtfertigungsgründe. V: Schünemann B. et al. (izd.) *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*. Berlin: De Gruyter Verlag, 2001: 379–399.
182. Robert J.-H.: *Droit pénal général*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.
183. Roggio A.: *Aufklärung des Patienten – eine ärztliche Informationspflicht*. Bern: Stämpfli Verlag, 2002.
184. Rönnau T.: *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.
185. Ross R.R.: Violence In, Violence Out: Child-Abuse and Self-Mutilation in Adolescent Offenders. *Canadian Journal of Criminology* 1980; 3 (22): 273–287.
186. Roth A.A.: Entwicklungen im Strassenverkehrsrecht. *Schweizerische Juristen-Zeitung* 1995 (10): 190–196.
187. Roxin C., U. Schroth (izd.): *Medizinstrafrecht*. Stuttgart: Richard Boorberg Verlag, 2001.
188. Roxin C.: *Strafrecht – Allgemeiner Teil. Vol. I*. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992. (Citirano: Roxin 1992.)
189. Roxin C.: Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht. *Juristische Schulung* 1964 (10): 373–381. (Citirano: Roxin 1964.)
190. Rudolphi H.J.: Literaturbericht über »Günter Arzt / Willensmängel bei der Einwilligung (1970)«. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1974 (86): 82–89.
191. Rüping H.: Therapie und Zwang bei untergebrachten Patienten. *Juristenzeitung* 1982; 21: 744–749.
192. Saerbeck K.: *Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriffe*. Berlin: Walter de Gruyter, 1974.
193. Sax W.: »Tatbestand« und Rechtsgutsverletzung. *Juristenzeitung* 1976: 9–16, 80–85, 429–439.

194. Schiebel B.: Zur Problematik und Reformbedürftigkeit des Tatbestandes der Vergiftung (§ 229 StGB). Mannheim: Hohe Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Köln, 1995 (doktorska disertacija).
195. Schild W.: Strafrechtsdogmatik als Handlungslehre ohne Handlungsbegriff. *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1995 (3): 101–120.
196. Schmidhäuser E.: Strafrecht – Allgemeiner Teil, Studienbuch. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1984: 112–122.
197. Schmitt R.: Paragraf 226a ist überflüssig. V: *Gedächtnisschrift für Horst Schroeder*. München: C.H. Beck, 1978: 263–272.
198. Schmitt R.: Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst? V: *Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag*. Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, 1972: 113–126.
199. Schneider H.J.: *Das Opfer und sein Täter – Partner im Verbrechen*. München: Kindler Verlag, 1979.
200. Schönke H., H. Schroeder et al.: *Strafgesetzbuch – Kommentar*. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2001.
201. Schroeder F.C.: *Besondere Strafvorschriften gegen eigenmächtige und fehlerhafte Heilbehandlung?* Passau: Richard Rothe Verlag, 1998. (Citirano: Schroeder 1998.)
202. Schroth U.: *Das Organhandelsverbot*. V: Schünemann B. et al. (izd.) *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*. Berlin: De Gruyter Verlag, 2001: 869–890.
203. Schumann H.: *Strafrechtlicher Handlungsunwert und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1986.
204. Schweikert H.: *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*. Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, 1957.
205. Seelmann K.: *Drittnützige Forschung an Einwilligungsunfähigen*. V. Skupina avtorjev: *Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*. Zürich: Schulthess polygraphischer Verlag, 2002: 569–584.
206. Seier J.: *Umfang und Grenzen der Nothilfe im Strafrecht*. *Neue juristische Wochenschrift* 1987; 40: 2476–2482.
207. Skupina avtorjev: *Brockhaus in Text und Bild – CD-ROM Edition 2003*, Leipzig: Bibliographisches Institut & F.A. Brockhaus, 2002.
208. Skupina avtorjev: *Pravna enciklopedija, Vol. II*. Beograd: Savremena administracija, 1995: geslo Pristanak povređenog (str. 1302).
209. Spranger T.M.: *Fremdnützige Forschung an Einwilligungsfähigen, Bioethik und klinische Arzneimittelprüfung*. *Medizinrecht* 2001; 5: 238–247.

210. Srzentić N., A. Stajić, Lj. Lazarević: Krivično pravo Socialističke federativne republike Jugoslavije – opšti deo. Beograd: Savremena administracija, 1978.
211. Srzentić N., A. Stajić: Krivično pravo – opšti i posebni deo. Sarajevo: Zavod za izdavanje udžbenika, 1970.
212. Stätling M. et al.: Möglichkeiten zur Verminderung rechtlicher und ethischer Probleme bei der Behandlung nicht einwilligungsfähiger oder von Entscheidungsunfähigkeit bedrohter Patienten. *Medizinrecht* 2001; 8: 385–395.
213. Stefani G., G. Levasseur, B. Bouloc: *Droit pénal général*. Paris: Dalloz, 1994.
214. Szwarc J. Andrzej (ur.): *AIDS und Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
215. Šelih A.: Žrtve pri nedovoljenem splavu in homoseksualnosti. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo* 1972; 2: 74–80.
216. Šelih A.: Pogoji in meje kazenske odgovornosti zdravstvenega delavca, zlasti zdravnika (izbrana vprašanja). V: Polajnar Pavčnik A., D. Wedam Lukić (ur.): *Pravo in medicina*. Ljubljana: Cankarjeva založba, 1998 (str.: 165–191).
217. Tempel O.: Inhalt, Grenzen und Durchführung der ärztlichen Aufklärungspflicht unter Zugrundelegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung. *Neue Juristische Wochenschrift* 1980; 12: 609–617.
218. Thielicke H.: *Wer darf leben? Der Arzt als Richter. Mit Berücksichtigung der Organtransplantation und der Lebensverlängerung*. Tübingen: Rainer Wunderlich Verlag, 1968.
219. Triffterer O.: *Österreichisches Strafrecht – Allgemeiner Teil*. Wien: Springer Verlag, 1985.
220. Trockel H.: Die Rechtfertigung ärztlicher Eigenmacht. *Neue Juristische Wochenschrift* 1970; 12: 489–494.
221. Trontelj J.: O odrekanju kirurških posegov Jehovovim pričam. *Isis* 2002; 5: 48.
222. Tsai T.M.: Die Einwilligung im taiwanischen Strafrecht. V: *Rechtfertigung und Entschuldigung – Rechtsvergleichende Perspektiven, Vol. IV*. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1995: 302–320.
223. Voß A.: Vernichtung tiefgefrorenen Spermias als Körperverletzung? *Deliktsrechtliche Probleme ausgelagerter Körpersubstanzen des Menschen*. Lage: Verlag Hans Jacobs, 1997.
224. Warda G.: Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen. V: *Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag*. Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, 1972: 143–171.

225. Weber U.: Objektive Grenzen der strafbefreienden Einwilligung in Lebens- und Gesundheitsgefährdungen. V: Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Giesecking, 1992: 43–55.
226. Weigend T.: Über die Begründung der Strafflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1986; 1: 44–72.
227. Weissenberger P.: Die Einwilligung des Verletzten bei den Delikten gegen Leib und Leben. Bern: Stämpfli Verlag, 1996.
228. Williams G.: Consent and Public Policy. Criminal Law Review 1962 (3): 154–159.
229. Wimmer K.: Die Bedeutung des zustimmenden Willens und anderer positiver Stellungnahmen des Berechtigten sowie die Wirkung seiner Täuschung bei ausgewählten strafrechtlichen Deliktsdefinitionen. Heidelberg: Esprint Verlag, 1980.
230. Wolfensdorf M. et al.: Suizidalität – die biologische Dimension. Berlin: Springer Verlag, 1996.
231. Wölk F.: Der minderjährige Patient in der ärztlichen Behandlung – Bedingungen für die Wahrnehmung des Selbstbestimmungsrechts von Minderjährigen bei medizinischen Eingriffen. Medizinrecht 2001; 2: 80–89.
232. Yoshida T.: Die Einwilligung im japanischen Strafrecht. V: Rechtfertigung und Entschuldigung – Rechtsvergleichende Perspektiven, Vol. IV. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1995: 349–372.
233. Yoshida T.: Zur materiellen Legitimation der mutmaßlichen Einwilligung. V: Schönemann B. et al. (izd.) Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag. Berlin: De Gruyter Verlag, 2001: 401–420.
234. Zaczyk R.: Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten. Heidelberg: C.F. Müller juristischer Verlag, 1993.
235. Zečević N.: Medicina in pravo: zdravnikova pojasnjevalna dolžnost. Pravna praksa 1995; 7: 28–29.
236. Zipf H.: Die Bedeutung und Behandlung der Einwilligung im Strafrecht. Österreichische Juristen-Zeitung 1977: 379–387.
237. Zipf H.: Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht. Neuwied: Verlag H. Luchterhand, 1970.
238. Zipf H.: Zur Einwilligung im neuen Strafrecht, insbesondere beim Zusammentreffen mehrerer Rechtsgüter in einem Straftatbestand. Österreichische Richterzeitung 1976 (10): 192–196.
239. Zlatarić B., Z. Šeparović: Krivično pravo – opći dio. Zagreb: Informator, 1977.

Hudodelska združba in njen pomen v sodobnem kazenskem pravu

prof. dr. Ljubo Bavcon

Uvodno

Ena od značilnosti kriminalitete, kakor se je razvila v teku prejšnjega stoletja, je zlasti naraščanje števila kaznivih dejanj, pri katerih sodeluje večje število oseb, oziroma nastajanje novih oblik kriminalne dejavnosti, ki je značilna po svoji skupinskosti in organiziranosti.

Ta novost in posebnost je s stališča kazenskega prava bolj razvidna, če poudarimo, da gre za delikte in za kriminalne dejavnosti, ki po naravi stvari odstopajo od klasične kazenskopravne figure o individualnem storilcu, katerega ravnanje je vzrok prepovedane posledice in ki mora biti kriv, da bi ga lahko kaznovali. Tipičnemu individualnemu storilcu kaznivega dejanja se po tem modelu sicer lahko pridruži še kakšen sotorilec, napeljevalec ali pomagač, toda vsi ti udeleženci so lahko kaznivi samo ob strogih objektivnih (vzročna povezanost) in subjektivnih (naklep) pogojih za uporabo kazenskopravnega instituta udeležbe. Od te klasične kazenskopravne figure so vselej, tudi v davni odstopala kazniva dejanja zoper vladarja (*crimen maiestatis*) in državo, ker so, vsaj praviloma, izvedljiva samo skupinsko. Države, tudi demokratične, so se na tovrstno kriminaliteto na normativni ravni odzivale zelo podobno. Vsa evropska kazenska zakonodaja pozna inkriminacijo ustanavljanja in organiziranja skupin ljudi (zarota, tolpa, skupina itd.) za izvrševanja kaznivih dejanj na splošno, ali po posebej določenih, praviloma političnih kaznivih dejanj.¹

1. Splošno o organizacijskem deliktu.

Ko so avtoritarni režimi prejšnjega stoletja hoteli dati videz zakonitosti svojemu »boju«¹ proti sovražnikom režima, so morali poseči v tradicionalna načela in pravila kazenskega prava. Eden izmed takšnih posegov je poseg v tim. predpolje (*Vorfeld*), in sicer z neomejenimi inkriminacijami vsega, kar bi lahko bilo pripravljeno dejanje za

¹ Glej o tem več v: Bavcon et al. Kazenskopravno varstvo države in njene ustavne ureditve Globus, Zagreb 1987, s.101-102 in 210-213

kako hudo kaznivo dejanje. Drugi takšen poseg pa je tako imenovani organizacijski politični delikt, ali drugače povedano, zloraba inkriminacije ustanavljanja in organiziranja hudodelskih skupin za kazenski pregon ideološko ali politično vladajočemu režimu nasprotujočih skupin. Toda napačno bi bilo pripisovati represivno inventivnost samo avtoritarnim režimom in njihovim zlorabam kazenskega prava. Zadostuje, če omenim znamenito inkriminacijo conspiracy angloameriškega kazenskega prava, ki je, zaradi svoje popolne nedoločenosti, uporabna za kazenski pregon vsega in vsakogar.

Evropska kazenskopravna teorija je po drugi svetovni vojni ostro kritizirala takšne inkriminacije, jim nadelala ime organizacijski delikt in jih označila kot »pripravljalna dejanja za pripravljala dejanja«. ² Takšno označbo prof. Dolenca iz tridesetih let prejšnjega stoletja je treba šteti za pojasnilo in razlago razlike med enakimi političnimi kaznivimi dejanji iz kazenskega zakonika in iz zakona o zaščiti države. Desetletja pozneje prav takšna oznaka postala eden od argumentov za kritiko kazenskega prava avtoritarnih držav.

Organizirani način izvrševanja kaznive dejavnosti pa je značilen tudi za mednarodna hudodelstva kot so napadalna vojna, genocid, vojna hudodelstva in hudodelstva zoper človečnost. S tem pojavom in pravnim problem se je soočilo tudi prvo mednarodno sodišče, ki je sodilo nemškimi nacističnim hudodelcem. Za namen te raziskave bo zadostovala ugotovitev, da je že Statut Mednarodnega vojaškega sodišča (Nurnberg) poskusil premagati težave v zvezi z uporabo klasičnih kazenskopravnih instrumentov, načel in pravil, za nove kriminalne pojave. Vzpostavil je namreč hkrati individualno (6. člen) in skupinsko, kolektivno (9., 10., in 11. člen) kazensko odgovornost. Kot storilce je označil in izenačil: voditelje, organizatorje, napeljevalce in vse druge udeležence pri izvajanju skupnega načrta oziroma zarote za izvedbo s tem Statutom določenih kaznivih dejanj. Vsi udeleženci v najširšem pomenu so po tem statutu odgovorni za vsa storjena dejanja iz skupnega načrta, ne glede na to, kdo jih je izvršil, in tako, kakor da so jih sami storili.

^{2 2} Izraz »pripravljalna dejanja za pripravljala dejanja« je uporabil prof. Dolenc, ko je poskušal razmejiti kazniva dejanja zoper državo iz kazenskega zakonika in enaka kazniva dejanja posebnega zakona o zaščiti države. Dolenc M.: Tolmač h kazenskemu zakoniku. Ljubljana, Tiskovna zadruga 1929, s. 216 in nasl.

Z namenom, da bi zajel tudi množice »malih« izvajalcev pa je ta statut vzpostavil tako imenovano kolektivno odgovornost, ki je pomenila kazensko odgovornost članov enot in organizacij za samo članstvo v organizacijah, ki jih je sodišče spoznalo za izvrševalce določenih vojnih hudodelstev ali hudodelstev zoper človečnost in jih razglasilo za »zločinske organizacije« (n.pr. vodstvo NSDAP, strankine oborožene sile — SS enote, Gestapo itd).

Ta izhodišča so doživela pozneje dovolj kritike zlasti od evropskih penalistov in zamisel o kolektivni kazenski odgovornosti je bila tudi v resnici zavržena že ob sestavljanju Statuta mednarodnega kazenskega sodišča za nekdanjo Jugoslavijo³. Vsa druga vprašanja, povezana z uporabo temeljnih načel kazenskega prava na nove oblike mednarodnih hudodelstev, pa so oživela v sodni praksi tega sodišča. Statut tega sodišča se je namreč zadovoljil samo z lapidarno določbo 7. člena z naslovom Osebna kazenska odgovornost. Tako tožilstvo kot tudi sodišče se zato nista mogla izogniti odgovorom na vprašanje, kako kazenskopravno zakonito in strokovno korektno zajeti vsaj voditelje, inspiratorje in druge poglobitve akterje hudodelstev zoper človečnost in drugih mednarodnih hudodelstev.

Haaško mednarodno sodišče za nekdanjo Jugoslavijo je na predlog tožilstva našlo dva modela; prvi je model poveljniške odgovornosti, izveden iz 3. odst. 7. člena Statuta, ki je pozneje postal tudi norma v 28. členu Rimskega statuta stalnega mednarodnega kazenskega sodišča. Tudi ta model je doživel ostro kritiko kazenskopravne stroke, ki jo je sprožil prof. Damaška in ki mu sledi kar impresivno število avtorjev.⁴

Drugi model pa so prevzeli iz angloameriške precedenčne prakse v obliki tako imenovanega «conspiracy» in od tam prevzetega pojma skupnega kriminalnega podviga, kakor prevajam angleški naziv tega modela joint criminal enterprise. Ta model je še zlasti predmet ostre kritike kontinentalnih penalistov in te kritike je tudi v resnici vreden, saj omogoča kaznovanje vsakega udeleženca pri skupnem kriminalnem podvigu ne glede na

³ Generalni sekretar ZN je v poročilu Varnostnemu svetu v zvezi z ustanovitvijo Mednarodnega kazenskega sodišča za nekdanjo Jugoslavijo v točki 51. tega poročila izrecno zavrnil predlog, da bi naj sodišče za zločinske razglasilo določene organizacije in da bi zato bili člani take organizacije lahko obsojeni za samo članstvo. Glej: Krapac D.: Mednarodni sud za ratne zločine na području bivše Jugoslavije. Hrvatski pravni centar, Zagreb 1995, s. 233

⁴ Damaška: The shadow side of command responsibility. The American Journal of Comparative Law, 2001, s. 455-496. Isti avtor: Boljke zajedničkog zločinačkog pothvata. HLJKPP 1/2005

njegovo vlogo in prispevek k prepovedani posledici, ne glede na stopnjo njegove krivde in za povrh še tako, kakor da bi dejanje sam storil, čeprav je bil lahko krajevno in časovno od posledice zelo oddaljen.

Toda organizirani način izvrševanja kaznivih dejanj se je s politične in mednarodnopravne sfere zlasti po padcu berlinskega zidu premaknil tudi na druga področja kriminalne dejavnosti, posebej na tista, kjer si storilci obetajo velike zasluške (proizvodnja in prodaja mamil, trgovina z orožjem, trgovina z ljudmi in še številne druge). V drugi polovici prejšnjega stoletja se je temu pridružil še pojav terorizma. Resnici na ljubo pa velja povedati, da od klasične kriminalne figure odstopa tudi kriminaliteta zoper okolje, toda ta za zdaj še ni tako zelo moteča za odločujoče politične sile zahodnega dela sveta kot so druge že omenjene.

Skupne značilnosti politične, organizirane kriminalitete in terorizma, ki zadevajo probleme inkriminiranja in prepoznavanja organiziranih kriminalnih skupin, so zlasti:

- Specifična politična, nacionalistična, ideološka/religiozna motiviranost udeležencev, ki je glede cilja lahko tudi, ni pa nujno vulgarno kriminalna,
- udeležba večjega in praviloma celo velikega števila ljudi tako na strani storitve kot na strani oškodovancev (žrtev),
- kompleksna strukturiranost izvedbe dejanja, ki obsega vse znane stopnje uresničevanja dejanja, od zelo oddaljenih in posrednih »dejanj, ki merijo na to, da bi.....«, do »izvršitvenih«, ki jih je kot takšne mogoče prepoznati samo s sklepanjem za nazaj. To omogoča špekulativna, politično kriminalistična logična sklepanja, obogatena z bujno domišljijo. Ena od težav je tudi v tem, da »pomanjkanje dokazov« ne pomeni nujno, da dejanje ni bilo v resnici priprava za izvršitev kaznivega dejanja (n.pr. obiskovanje letalske šole, nakup za bombo uporabnega avtomobila, uporaba internetnih povezav itd).
- glede na takšno strukturiranost izvrševanja dejanja je strukturirana tudi objektivna vloga, vpliv, prispevek posameznih udeležencev k končni posledici. Ne lahko vprašanje je, kje postaviti objektivno mejo kazenskopravno relevantne udeležbe?
- posebnosti in pestrost notranjih odnosov v storilski skupini. n.pr. »uradna« ali prostovoljna subordinacija, izsiljevanje, fanatična privrženost itd.

- končno, a ne nazadnje je posebnost teh oblik kriminalitete tudi odziv nanjo v javnosti, medijih in politiki, predvsem strah, občutek nevarnosti, nebogljenosti in zato pripravljenost sprejeti, soglašati, podpirati in pretrpeti vse represivne in omejevalne ukrepe.

Vse povedano pripoveduje, da smo s stališča kazenskega prava dandanes soočeni z enakimi problemi kot nekoč, le sovražniki so se spremenili, zdaj so teroristi, ki ogrožajo, tako kot so nekoč komunisti ogrožali demokracijo, ali pa antikomunisti socializem, s tem, da napadajo, spodkopavajo ali rušijo veljavno politično, razredno, civilizacijsko itd. ureditev⁵. To naj bi pač opravičevalo in upravičevalo uporabo vseh sredstev nasilja, ki jih ima država na voljo.

Malo prej omenjene značilnosti skupinske, organizirane kriminalitete in terorizma, je lahko zlorabiti kot argument za preobrazbo kazenskega prava v goli instrument »vojne proti terorizmu in kriminaliteti«, brez zavor in ravnotežij, ko je dovoljeno vse, kar se zdi učinkovito. Zato se mi zdi odločilnega pomena stališče, da je potrebno dosledno nasprotovati takšnim težnjam in vztrajati na postulatih kazenskega prava kot garanta človekovih pravic in na usmeritvi kriminalitetne politike, ki izhaja iz načel demokratične pravne države; pri tem pa je in mora biti jasno, da je takšen koncept »ovira« za učinkovitost, če je to edini cilj vladajoče ideologije.

2. Oblike inkriminiranja hudodelskih združb.

Temeljna inkriminacija, ki jo najdemo v vseh evropskih kazenskih zakonikih, je ustanavljanje hudodelskih združb in članstvo v njih. (KZ Slovenije- 297. čl.; KZ ZR Nemčije- 129. in 129.a čl. za teroristične skupine; Avstrija- 277. in 278.člen.: Švica- 275. čl., itd.) To kaznivo dejanje spada praviloma v skupino kaznivih dejanj zoper javni red in mir in je po svoji pravni naravi samostojno inkriminirano pripravljeno dejanje (delictum sui generis). Pravica do zbiranja in do svobodnega združevanja je ustavna pravica vsakogar po 42. členu ustave R. Slovenije in je priznana tudi z mednarodnim pravom človekovih pravic. Zakonske omejitve teh pravic so sicer dopustne, če to zahtevata državna in javna varnost, vendar ob spoštovanju pogojev vladavine prava. Zato

⁵ Glej Okvirni sklep Sveta Eu o boju proti terorizmu v 1. členu.

morajo za to kaznivo dejanje veljati vsa načela in strokovna pravila, med njimi zlasti pravilo, da mora dobiti dejanje že na normativni ravni takšne zakonske znake, da ga je mogoče prepoznati v pravosodni praksi. Težava in nevarnost te inkriminacije je namreč predvsem v tem, da ne daje dovolj jasnih in nedvoumnih meril za razločevanje kriminalne (maligne) združbe od normalne (benigne) združbe ljudi. Zato more biti združevanje ljudi kaznivo samo, če je mogoče že v fazi »ante delictum« v konkretni dejavnosti organizatorja in članov združbe zanesljivo in objektivno prepoznati njeno konspirativnost, njene kriminalne (teroristične) cilje in namene, stopnjo njene organiziranosti, notranjo strukturo in hierarhijo.

Po dogodkih 11.septembra in po dogodkih v Madridu in v Londonu je bil sprejet Okvirni sklep Sveta EU o boju proti terorizmu in v tem Sklepu najdemo sporno definicijo teroristične skupine, ki nasprotuje zahtevam demokratičnega kazenskega prava⁶. Drugi člen Sklepa namreč inkriminira vodenje in sodelovanje v teroristični skupini. Pozornost zbuja že protislovna definicija »teroristične skupine«, ki jo prvi stavek prvega odstavka definira kot: »strukturirano skupino več kot dveh oseb, ki je bila ustanovljena za daljši čas in ki deluje skupno za izvrševanje terorističnih deliktov«. V drugem stavku pa z razlago pojma »strukturirana skupina« negira prejšnjo definicijo, ko pravi: »Strukturirana skupina pomeni skupino, ki se ni naključno oblikovala za neposredno izvršitev delikta in za katero ni potrebno, da bi imela formalno definirane vloge njenih članov, niti ni potrebna kontinuiteta njenega članstva ali razvita struktura«. To je seveda v očitnem nasprotju z malo prej izraženimi zahtevami po prepoznavnosti hudodelske skupine tako na normativni kot zlasti tudi na praktični ravni.

Tako imenovani »organizacijski delikt« je bil v časih, ko so v Evropi obstajali avtoritarni politični režimi, predmet številnih študij v zvezi z zlorabami kazenskega prava zoper cele skupine dejanskih ali domnevnih političnih nasprotnikov.⁷ Zato so nevarnosti površnih, dvoumnih in celo protislovnih inkriminacij »organizacijskega delikta« v teoriji

⁶ Uradni list Evropskih skupnosti, 22.6.2002, 19/zv.6

⁷ Bavcon in sodl.: Kazenskopravno varstvo države in njene družbene ureditve. Politični delikt. Globus, Zagreb 1987. Glej v zvezi z organizacijskim deliktom zlasti strani: 85, 101, 210 in tam navedeno literaturo.

in literaturi dovolj znane, da bi se jim bili avtorji takšnih »zelo konfuznih«⁸ in nevarnih formulacij morali izogniti.

Toda v osnutku sprememb KZ-B/2004 je bilo to protislovno besedilo v celoti povzeto. K sreči pa je predlagatelj zakona upošteval naše opozorilo in je opustil prepis dvoumne definicije iz Sklepa. Namesto tega pa je v besedilo 126. člena KZ-B vnesena nova 15. točka, ki vsaj protislovna ni, čeprav z zelo široko definicijo hudodelske združbe žal nič ne prispeva k zahtevani določenosti dejanja v zakonu.

Zaradi tega bi bilo potrebno poiskati primerno besedilo inkriminacije za hudodelsko združbo, ki bi poskušala določeneje opredeliti bistvene in prepoznavne znake tega, po naravi stvari, pripravljalnega kaznivega dejanja. Kazenska represija mora ostati legitimna in omejena tudi ko gre za terorizem, da ne bi povzročala erozije garancij za človekove pravice in svoboščine. Pri raztegljivih inkriminacijah, ki jih ponujajo in uveljavljajo v imenu učinkovitosti boja proti terorizmu oziroma proti organizirani kriminaliteti na splošno, ni nobene garancije, da se ne bi uveljavilo samovoljno kazensko preganjanje političnih nasprotnikov.

Temeljni dejanski (policijski) in pravni problem je, kako, s katerimi merili razločevati »maligno« od »benignega« združevanja ljudi. Nedoločenost meril za to razločevanje omogoča vsakovrstne zlorabe zoper človekove svoboščine in zato ni čudno, da so poslanci evropskega parlamenta opozarjali na to, da bi bilo mogoče določbe 2. člena Okvirnega sklepa o terorizmu zlorabiti za kazenski pregon organizatorjev in udeležencev na primer kakšne železničarske stavke, ker lahko pomeni uničenje javnega prometa, to pa je kaznivo po tč. (d) prvega odstavka 1. člena tega Sklepa (... znatno uničevanje ... transportnega sistema ... ki lahko ... povzroči večjo gospodarsko izgubo).

Sklep

Iz povedanega izhaja, da bi bilo potrebno v kazenskem zakoniku določiti bistvene znake kaznivega dejanja organiziranja in sodelovanja v hudodelski združbi. Ti znaki bi morali imeti tri sestavine, in sicer:

⁸ .Peers S. op. cit št. 3, s. 243

1) tisto, ki se nanaša na oblike in stopnje organiziranosti skupine kot na primer: število članov, njihove medsebojne povezave, strukturiranost in hierarhija, način komunikacije med člani, razdelitev vlog, trajnost oz. začasnost skupine kot celote, ali pa dinamika sestavljanja in razhajanja skupin, ob prepoznavnem jedru skupine. Kriminološka in kriminalistična fenomenologija bi lahko k tem za primer naštetim značilnostim prispevali še kaj več ali bolj pomembnega:

2) tisto, ki se nanaša na skupni cilj, namen, ideologijo, ko ne gre samo za splošne in abstraktne opredelitve tega cilj ali namena, marveč tudi za njuno nadrobnejšo obdelavo v obliki plana s personalnimi, organizacijskimi, finančnimi itd. sestavinami. To je pomembno še zlasti zato, ker mora preiskava za nazaj ugotoviti, ali so dejansko izvršena dejanja v vzročni, funkcionalni in subjektivni zvezi s planom, oziroma cilji in nameni, ki naj jih uresniči plan. S stališča vladavine prava je zelo vprašljiva obsodba kake osebe za dejanje, ki ga je storil nekdo drug in ki tudi sicer ni bilo nesporen sestavni del zločinskega načrta, ali bi iz njega izviralo. Judikatura haaškega sodišča si je ob takšnih primerih pomagala s formulo, da: ».....je bilo dejanje naravna in predvidljiva posledica skupnega zločinskega plana«. Prav to stališče pa evropski penalisti skoraj soglasno zavračajo kot vdor čiste objektivne odgovornosti v kazensko pravo.

3) v zvezi s tem pa je tudi tretji element, ob katerem bi bilo to kaznivo dejanje prepoznavno in sicer subjektivni, ki pomeni, da je obdolženi ne samo vedel za skupne zločinske cilje in za plan za njihovo izvedbo, marveč, da je pri izvedbi naklepno sodeloval. Pri tem seveda ni izključeno tudi kakšno nepravo opustitveno dejanje, nikakor pa ne pride v poštev malomarnost, zlasti ne nezavestna. Dejanje je po naravi stvari mogoče storiti samo naklepno, ker morata tako organizator, kakor tudi član hudodelske družbe imeti zavest o skupnem hudodelskem cilju in načrtu, zavest o pripadnosti takšni združbi, zavest o kaznivih dejanjih, ki jih namerava izvršiti (izvrševati) in voljo sodelovati pri tej dejavnosti.

Čeprav v tem besedilu nisem obširneje razpravljajal o odgovornosti organizatorja hudodelske združbe, se mi zdi, da bi bilo koristno preučiti institut s tem imenom iz KZ SFRJ (26. člen). Spričo novih konstrukcij »poveljniške odgovornosti« iz Rimskega statuta in spričo modela joint criminal enterprise, ki ga uporablja Haaško sodišče za nekdanjo Jugoslavijo, kaže, da smo določbo 26. čl. KZ SFRJ prehitro in preveč na lahko

označili kot nedemokratsko in jo zato izključili iz osnutka KZ R. Slovenije. Primerjava z omenjenima novostma iz mednarodnega kazenskega prava pa pove, da je določba o odgovornosti organizatorja hudodelske združbe iz nekdanjega 26. člena KZ SFRJ natančnejša, teoretično bolj čista, predvsem pa je posredno odgovornost za izvršena kazniva dejanja omejevala na organizatorja, ne pa kar povprek tudi na vse člane skupine (združbe) in udeležence »skupnega kriminalnega podviga«. Organizator je bil namreč kazensko odgovoren kot storilec za vsa dejanja, ki so izvirala iz hudodelskega načrta takšne družbe tudi, če pri njih ni neposredno sodeloval ne kot storilec, ne kot udeleženec. Haaško mednarodno kazensko sodišče je z modelom joint criminal enterprise tako pojmovano kazensko odgovornost organizatorja, raztegnilo tudi na vse člane hudodelske družbe in to je nesprejemljivo s stališča evropske teorije kazenskega prava in njenega vodilnega krivdnega načela.

To kaznivo dejanje, je kot že rečeno posebej inkriminirano pripravljalo dejanje in zato njegova samostojnost ugasne brž, ko hudodelska skupina izvrši katero izmed dejanj iz hudodelskega načrta. V takšnih primerih je podan navidezni stek zaradi razmerja subsidiarnosti Dejstvo, da je bilo dejanje storjeno v hudodelski združbi se v takšnem primeru upošteva kot obteževalna okoliščina pri odmeri kazni posameznim storilcem, sotorilcem in drugim udeležencem.

Sporno je vprašanje, ali bi bilo mogoče z metodo ekskluzije ohraniti samostojno kaznivost organiziranja in sodelovanja v hudodelski združbi, četudi je že začela izvrševati načrtovana kazniva dejanja. To pri veljavnem kazenskem zakoniku Slovenije in glede na teorijo, ki ga navdihuje, ni mogoče. Opozoriti je treba tudi na to, da organiziranje hudodelske družbe kot predhodne faze oziroma kot pripravljalnega dejanja za mednarodna hudodelstva ni mogoče niti po Rimskem statutu.

Na pojem hudodelske družbe naletimo v slovenskem kazenskem zakoniku še v nekaterih določbah posebnega dela in v 15. odstavku 126. (interpretativnega) člena. Ta določba se je zdela sestavljalcem novele KZ-B/ 2004 potrebna zato, ker so v posebnem delu pri nekaterih kaznivih dejanjih določili kvalificirano obliko določenega dejanja, če je bilo izvršeno v hudodelski družbi (npr.; 252/4, 310/2, 314/5, 387 a.) Natančnejši pregled besedil pokaže, da je takšnih kvalificiranih primerov še več, vendar so drugače

oblikovani, kot na primer »sodelovanje več oseb« itd. Zato bi veljalo zakonsko besedilo pregledati tudi s tega vidika in odpraviti nedosledno terminologijo.

Opozoriti velja še na novo 3. točko 42. člena KZ o omilitvi kazni, ki se nanaša na tako imenovane skesance. To besedilo povzema vse kar je bistveno iz 6. člena omenjenega Sklepa EU, v katerem najdemo prvič določene pogoje, ob katerih je koga mogoče šteti za skesanca.

Iz 5. člena Okvirnega sklepa EU, ki določa kaznovalne okvire, so povzete spremembe 297. člena o hudodelskem združevanju, vendar in po mojem mnenju upravičeno upoštevajoč splošne in posebne kazenske okvire našega kazenskega zakonik.

Izvrševanje kazni zapora in sodni nadzor

doc. dr. Matjaž Ambrož

Uvod

Pravno ureditev družbenega odziva na kriminaliteto je moč proučevati z več zornih kotov. Najbolj klasičen pristop je tisti, po katerem to ureditev členimo na tri ravni: materialno pravo (določitev kaznivih dejanj in kazenskih sankcij ter predpostavk kaznivosti), procesno pravo (ureditev postopka, ki je potreben za izrek kazenske sankcije) ter izvršilno pravo (ureditev načina izvrševanja kazenskih sankcij). Danes je široko sprejeta ugotovitev, da je kazensko pravo (v širšem smislu) »lakmusov papir«, nekakšen pokazatelj demokratičnosti določene družbe. Da bi bilo posameznika mogoče obvarovati pred samovoljnimi posegi kazenskega pravosodja, so se izoblikovala številna načela in instituti materialnega in procesnega prava, katerih razvoj je praviloma šel v smeri vse večje kompleksnosti in dodelanosti. Upravičeno je reči, da je izvršilno pravo v tem razvoju ostalo bolj ob strani, kot privesek, ki ureja tehnikalije, s katerimi se je treba ukvarjati po tem, ko je odločeno o »meritornih stvareh«. Določen prispevek h takšnemu razvoju je brez dvoma dala tudi »kazenskopravna znanost« (oz. njeni predstavniki), ki se je pogosto raje (nemara nekoliko salonsko) ukvarjala s finesami »zanimivih primerov«, manj pa jo je zanimalo, kaj se dogaja s človekom po tem, ko mu je izrečena pravnomočna obsodba. Razvoj materialnega in procesnega kazenskega prava je v drugi polovici 20. stoletja pomembno zaznamovala zamisel o kazenskem pravu kot braniku človekovih pravic (potencialnega) obdolženca. Opozarjalo se je, da je kazenski postopek tako rekoč predestiniran, da v njem pride do kršitev človekovih pravic, nekoliko na drugem tiru pa je ostajala skrb glede kršitev človekovih pravic in dostojanstva, do katerih lahko pride pri izvršitvi kazenske sankcije, zlasti prostostne kazni, ki se praviloma izvršuje daleč od oči javnosti.¹

Premajhna pozornost namenjena varovanju človekovih pravic v fazi izvrševanja kazenskih sankcij, lahko razvrednoti poprejšnje napore, vložene v garantistično naravnano materialno kazensko pravo in pošten postopek. Obsojencu ne pomenijo veliko razvita kazenskopravna dogmatika in procesne kavtele, če so med prestajanjem prostostne kazni bivanjski pogoji slabi, njegove pravice pa kršene. Zato je posebej pomembno, da tudi v zadnji fazi državnega delovanja zaradi izvršenega kaznivega dejanja (izvršitvi kazenske sankcije) obstajajo

¹ Tako je moč zaslediti podatek, da največ vlog na Evropsko sodišče za človekove pravice (vključno z nekdanjo Evropsko komisijo) vložijo osebe, ki jim je odvzeta prostost – prim. Turković, 1996: 905.

učinkoviti mehanizmi nadzora nad spoštovanjem človekovih pravic in dostojanstva obsojenih oseb. V grobem je mogoče govoriti o dveh modelih takega nadzora, upravnem (administrativnem) in sodnem, glede na to, ali ima vodilno vlogo pri odločitvah, povezanih z izvrševanjem kazenske sankcije (tukaj se omejujem na kazen zapora) in varstvom pravic obsojencev, penalna administracija ali sodišče. Opozoriti je treba, da praktično noben kazenskopravni sistem ne pozna povsem »čistega« modela, v katerem bi nadzorstveno funkcijo v celoti opravljala bodisi upravna telesa bodisi sodišča, tako se poimenovanji »upravni model« in »sodni model« uporabljata glede na prevladujočo (ne pa ekskluzivno) vlogo, ki jo imajo navedeni organi. Če je včasih primerjalnopravno izrazito prevladoval administrativni model nadzora, se v novejšem času vse bolj uveljavlja sodni. Do takšne »judicializacije«² izvrševanja kazni zapora je prišlo spričo ugotovitve, da lahko slednja oblika nadzora zagotovi boljše varstvo pravic obsojenih oseb. Nekateri avtorji govorijo o tem, da izvršitev kazni zapora »zahteva večja jamstva od tistih, ki jih lahko zagotovijo upravni organi«.³

Številni evropski kazenskopravni sistemi, ki so uvedli sodni nadzor nad izvrševanjem kazni zapora, so to storili prek instituta »sodnika izvršitve kazni«, ki je zadolžen za varovanje pravic oseb, obsojenih na zaporno kazen, in za nadzor zakonitosti v postopku izvrševanja zaporne kazni. Poslanstvo instituta izvršilnega sodnika je tako v prvi vrsti nadzor sodne oblasti nad zaporsko upravo pri izvrševanju kazni zapora.

Sodnika izvršitve kazni poznajo denimo v Franciji, Nemčiji, Italiji, leta 1999 pa so ta institut vpeljali tudi na Hrvaškem.⁴ Značilne pristojnosti izvršilnih sodnikov so zlasti naslednje (naštete so primeroma):

- napotitev obsojenca na prestajanje kazni zapora,
- odločanje o odlogu in prekinitvi izvrševanja kazni zapora,

² Ideja o judicializaciji izvrševanja kazenskih sankcij je razmeroma stara. Tako se je denimo Enrico Ferri, utemeljitelj pozitivistične (italijanske) šole, zavzemal za to, da bi moralo biti sodišče angažirano tudi v fazi izvršitve, saj je izvajanje ukrepov socialne zaščite (ti so imeli v njegovem sistemu vlogo kazenskih sankcij) le nadaljevanje sodniške dejavnosti. Podobno tudi predstavniki gibanja za novo družbeno obrambo niso bili naklonjeni delitvi na fazo sojenja in fazo izvršitve, temveč so ju imeli za organsko povezani.

³ Josipović/Tomašević/Tripalo 2001: 86.

⁴ V nadaljevanju bom podrobneje obravnaval nemško in hrvaško ureditev izvršilnega sodnika. Strnjen prikaz francoske ureditve je na voljo v Ljubanović, 1993: 641-643 ter v Tomašević, 1994: 181-182. Za potrebe tega prispevka zgolj nekaj najosnovnejših podatkov: v Franciji je Zakon o kazenskem postopku (*Code de procédure pénale*) iz leta 1958 uvedel sodnika izvršitve kazni (*juge de l'application des peines*), katerega pooblastila so se z nekaterimi novelami zakona (1970, 1972, 1975 in zlasti 2000) vse bolj širila. Sodnik izvršitve tako za vsakega obsojenca določi režim prestajanja kazni, odloča tudi o izhodih, delu izven zapora, prekinitvi izvrševanja kazni, pogojnem odpustu, o elektronskem nadzoru, lahko naloži dodatne obveznosti pri pogojni obsodbi z varstvenim nadzorstvom ipd.

- sodelovanje pri izdelavi načrta tretmana,
- odločanje o premestitvi obsojenca v drug zavod,
- odločanje glede zastaranja izvršitve kazni,
- odločanje o zahtevah za varstvo pravic zapornikov,
- odločanje o disciplinskih ukrepih (praviloma zgolj kot instančno odločanje o pritožbah zoper odločitve zaporske uprave),
- sodelovanje pri odločanju o pogojnem odpustu,
- vodilna vloga v okviru postpenalne pomoči.

Primerjalno pravo

Nemčija

V ZRN so spričo zamisli, da oseba na prestajanju zaporne kazni »ne sme biti zgolj objekt upravljanja«⁵ z Zakonom o izvrševanju kazni (*Strafvollzugsgesetz*) uredili sodni nadzor nad izvrševanjem kazni zapora. Že pred tem je Zakon o sestavi sodišč (*Gerichtsverfassungsgesetz*) predvidel ustanovitev senatov za izvrševanje kazni (*Strafvollstreckungskammern*) pri deželnih sodiščih. Senati so sestavljeni iz treh sodnikov (te senate v literaturi poenostavljeno imenujejo »izvršilno sodišče«), poudariti pa je treba, da o večini zadev lahko odloča sodnik posameznik (v literaturi mu pravijo »izvršilni sodnik«).⁶

Skladno s 109. členom nemškega Zakona o izvrševanju kazni lahko obsojenec proti ukrepu zaporske uprave, s katerim je bilo odločeno o posamični zadevi, povezani z izvrševanjem kazni vložiti, »zahtevo za sodno odločitev« (*Antrag auf gerichtliche Entscheidung*). Zahteva se lahko seveda vložiti tudi zaradi opustitve ukrepa, ki bi ga bila zaporska uprava dolžna izvršiti, v vsakem primeru pa je dopustna le, če vlagatelj izkaže, da je zaradi ukrepa (ali njegove opustitve) prizadet v svojih pravicah. Zoper odločitev izvršilnega sodnika oz. senata je dopustna pritožba, vendar zgolj zaradi napačne uporabe prava (*Rechtsbeschwerde*). O njej odloča kazenski senat višjega deželnega sodišča. Zahteva za sodno odločitev ter pritožba zoper takšno odločitev nimata suspenzivnega učinka, pod določenimi pogoji pa lahko izvršilno sodišče odredi začasne ukrepe, ki naj preprečijo, da bi bilo zaradi čakanja na odločitev sodišča uresničenje pravice zapornika onemogočeno ali bistveno oteženo.

⁵ Glej Leubenthal, 2006: 400.

⁶ Podrobno o položaju in delovanju izvršilnih sodnikov oz. senatov v Nemčiji Leubenthal, 2006: 400-451.

Nemška sodna praksa s tega področja kaže, da so lahko številne zadeve, o katerih odloča izvršilni sodnik, v očeh zunanjega opazovalca videti dokaj banalne: kakšnih dimenzij je lahko slika, ki si jo zapornik obesi na steno, ali ima lahko zapornik pri sebi igralno napravo *Playstation*, ipd.⁷ Pri tem pa ne kaže spregledati, da lahko tovrstna vprašanja v institucijah, za katere je značilen totalni nadzor, postanejo zelo pomembna.

Čeprav so uvedbo sodnega nadzora nad izvrševanjem kazni zapora spremljali strahovi, da bodo sodišča zasuta s pritožbami obsojencev, ki prestajajo kazen zapora, se to na splošno ni zgodilo. Mogoče pa je bilo zaznati, da posamezni zaporniki vložijo veliko število pritožb, saj čas, ki ga preživljajo v zaporu med, drugim osmislijo s pripravo in vlaganjem različnih pravnih sredstev. Komentatorji opozarjajo, da je kljub morebitno ugotovljeni »kverulantski naravi« vlagatelja treba vsako vlogo obravnavati resno, saj se lahko med kopico neutemeljenih skriva takšna, v ozadju katere je resnična zloraba.⁸

V nemški literaturi je mogoče zaslediti tudi kritike⁹ delovanja sodnega varstva pravic obsojencev. Kritiki opozarjajo, da je le majhnemu delu zahtev zapornikov ugodeno, da postopki trajajo predolgo ter da tudi zadeve, ki so za obsojence ugodno rešene, nato v zavodu za prestajanje kazni včasih niso izvršene. Razloge, za slabše rezultate od pričakovanih vidijo v tem, da je fluktuacija izvršilnih sodnikov velika (večinoma si prizadevajo priti na druga, »uglednejša« sodniška mesta), kar onemogoča pridobitev obširnih izkušenj s področja penologije in izvršilnega kazenskega prava. Nadalje komentatorji opozarjajo, da je postopek odločanja o zahtevi za sodno odločitev urejen premalo nadrobno, tako da je »izvršilno sodišče« samo pogosto v dilemi, kako naj reši določeno procesno situacijo, kar postopke podaljšuje. Poseben problem je odsotnost izvršilnih mehanizmov, s katerimi bi bilo mogoče uprave zaporov učinkovito prisiliti k uresničevanju odločb izvršilnih sodnikov oz. senatov. Zato je mogoče pričakovati, da se bo nemška zakonodaja na tem področju še spreminjala, in sicer zlasti v smeri nadrobnejše ureditve postopka pred »izvršilnim sodiščem« in ureditve mehanizmov za uspešno izvršitev odločb »izvršilnega sodišča«, nemara pa tudi v smeri iskanja mehanizma filtracije zadev, s katerim bi bilo mogoče omejiti pripad očitno neutemeljenih zahtev.

⁷ Pregled novejše sodne prakse je na voljo v Leubenthal, *ibidem*.

⁸ Leubenthal, 2006: 401.

⁹ Leubenthal, 2006: 447-451.

Hrvaška

Na Hrvaškem so izvršilnega sodnika uvedli z Zakonom o izvrševanju kazni zapora (*Zakon o izvrševanju kazne zatvora*) iz leta 1999. Zakon ureja ustanovitev institucije izvršilnega sodnika, njegovo stvarno in krajevno pristojnost in postopek po katerem deluje. Naloga izvršilnega sodnika je v prvi vrsti varovanje pravic zapornikov, nadzor zakonitosti postopka izvrševanja in zagotavljanje enakopravnosti in enakosti zapornikov pred zakonom (42. člen Zakona o izvrševanju kazni zapora). Razlikovati je mogoče pooblastila, ki jih ima kot t.i. prvostopni in drugostopni organ.

Kot prvostopni organ izvršilni sodnik pozove obsojenca na prestajanje kazni zapora, odloča o odlogu in preklicu odloga izvrševanja kazni zapora, o napotitvi zapornika v psihiatrično ustanovo, o osamitvi in prenehanju osamitve zapornika (tu ne gre za osamitev kot disciplinski ukrep, temveč za ukrep vzdrževanja reda in varnosti, ki se uporabi zoper nevarnega zapornika), izreka disciplinski ukrep v primeru disciplinskega prestopka, izvršenega zoper upravnika zapora (sicer o disciplinski odgovornosti odloča upravnik ali oseba, ki jo pooblasti, v primerih disciplinskega prestopka zoper upravnika, pa je logično, da nekdo drug vodi postopek in izreka ukrep), odloča o prekinitvi prestajanja kazni zapora in preklicu prekinitve, določa ali spreminja pogoje pri pogojno odpuščenih obsojencih in preklicuje pogojni odpust, odloča o vračunanju že prestane kazni in zastaranju izvršitve kazni, če o tem ni odločilo pristojno sodišče.

Kot drugostopni organ izvršilni sodnik odloča o pritožbah zoper odločitve upravnika zapora. Izvršilni sodnik lahko odpravi, spremeni ali potrdi odločitev upravnika zapora. V hrvaški literaturi s področja izvrševanja kazenskih sankcij pa ostaja sporno, ali so pristojnosti izvršilnega sodnika omejene zgolj na nadzor *zakonitosti* upravnikovih odločitev ali pa sme odločati tudi o njihovi *strokovni upravičenosti*.¹⁰ Prav tako je sporen odnos med zgoraj navedenim institutom pritožbe zoper odločitve upravnika zapora in zahteve za sodno varstvo, ki je predvidena v 17. členu Zakona o izvrševanju kazni zapora, skladno s katerim lahko zapornik zahteva sodno varstvo, kadar je z določenim ravnanjem ali odločitvijo nezakonito prikrajšan za katero izmed pravic, ki mu jih daje zakon, ali pa mu je ta pravica omejena. Komentatorji se sprašujejo, ali se navedena pravica do sodnega varstva izčrpa s pritožbo zoper odločitve upravnika zapora ali pa zaporniku ostajajo na voljo še druge oblike sodnega varstva (zakon postopka z morebitnimi drugimi oblikami sodnega varstva ne ureja).¹¹

¹⁰ Glej Josipović/Tomašević/Tripalo, 2001: 101-102.

¹¹ Glej Josipović/Tomašević/Tripalo, 2001: 101.

Poleg naštetih nalog izvršilni sodnik najmanj enkrat letno obiskuje zapornike, se z njimi pogovarja o problemih pri prestajanju zaporne kazni, jih poučuje o njihovih pravicah ter o načinih uresničevanja teh pravic (47. člen Zakona o izvrševanju kazni zapora).

Postopek, ki poteka pred izvršilnim sodnikom, je kontradiktoren, zanj pa velja subsidiarna uporaba Zakona o kazenskem postopku. Izvršilni sodnik je v postopku pooblaščen dostopati do vseh uradnih dokumentov v zvezi z zapornikom.

Hrvaški zakon o izvrševanju kazni zapora je že bil noveliran, glede na odzive v literaturi pa je mogoče pričakovati še nadaljnje spremembe, saj komentatorji opozarjajo na nekatere nedorečenosti in celo protislovja v zakonu.¹² Kljub kritikam nekaterih posamičnih rešitev pa obstaja med komentatorji konsenz o tem, da je institucija izvršilnega sodnika velik korak naprej pri varstvu pravic obsojencev, ki prestajajo zaporno kazen.¹³

Ureditev pri nas

Po slovenskem Zakonu o izvrševanju kazenskih sankcij (ZIKS-1)¹⁴ sodišča opravljajo nekatere naloge, povezane z izvrševanjem kazni zapora (sem sodijo zlasti poziv na prestajanje kazni zapora, odločanje o dopustitvi prestajanja kazni pred pravnomočnostjo, odločanje o odložitvi izvršitve kazni zapora ter ugotavljanje zastaranja izvršitve kazni). Poudariti pa je treba, da je nadzor nad spoštovanjem pravic zapornikov pretežno upravni. Neposredno sodno varstvo je po ZIKS-1 predvideno za primere, kadar obsojenec meni, da je bil podvržen mučenju ali drugim krutim oblikam nečloveškega ali ponižujočega ravnanja (83. člen ZIKS-1). Če gre za druge oblike kršitev pravic obsojencev, pa o pritožbah obsojencev zaradi kršitev pravic in drugih nepravilnosti na prvi stopnji odloča direktor Uprave za izvrševanje kazenskih sankcij, na drugi stopnji pa ministrstvo za pravosodje (85. člen ZIKS). V tem primeru je sodno varstvo možno le v obliki upravnega spora.¹⁵ Res je sicer, da se ima obsojenec pravico pritožiti zaradi kršitve svojih pravic tudi drugim organom, ki opravljajo nadzorstvo v zavodu (3. odstavek 85. člena ZIKS-1), kamor spada tudi predsednik pristojnega okrožnega sodišča. Vendar pa pristojnosti predsednika okrožnega sodišča za takšen primer niso dovolj natančno urejene – Pravilnik o izvrševanju kazni zapora¹⁶ določa le, da predsednik okrožnega sodišča v primeru utemeljenosti pritožbe »odredi potrebne ukrepe«, ali pa pritožbo »z morebitnimi

¹² Glej Josipović/Tomašević/Tripalo, 2001:115.

¹³ Josipović/Tomašević/Tripalo, 2001: 85,

¹⁴ Ur. l. RS. št. 110/2006 (uradno prečiščeno besedilo).

¹⁵ Prim. Carli/Wohinz, 2001: 166.

¹⁶ Ur. l. RS št. 102/2000, 127/2006.

napotili sporoči upravniku zavoda ali pisno na upravo« (119. člen pravilnika), zato je uporabnost navedene ureditve z vidika sodnega varstva pravic obsojenca omejena.

Povedano analogno velja tudi za določbo 212. člena ZIKS-1, ki predvideva, da nadzorstvo glede zakonitega ravnanja z obsojenci poleg ministrstva za pravosodje opravlja tudi predsednik okrožnega sodišča, na območju katerega je zavod oziroma njegov oddelek. Tudi pri tej zakonski rešitvi manjka nadrobnejša opredelitev pooblastil predsednika okrožnega sodišča, kadar ugotovi kršitev pravic obsojencev, saj določba zgolj lapidarno predvideva, da je v primeru ugotovljenih kršitev treba »ukreniti vse potrebno za zagotovitev pravic obsojencev«. Določba ni dovolj konkretizirana niti s Pravilnikom o izvrševanju kazni zapora, ki določa še, da predsednik okrožnega sodišča, na čigar območju je zavod oziroma njegov oddelek, opravi nadzorstvo najmanj enkrat mesečno in morebitne kršitve pravic obsojencev, sporoči upravniku zavoda, v katerem je nadzorstvo opravil, upravi in ministrstvu za pravosodje (126. člen pravilnika).

Sklep

Po veljavni slovenski zakonodaji imajo sodišča del pristojnosti, katere imajo »izvršilni sodniki« v državah, ki to institucijo poznajo, vendar pa sta nadzor nad izvrševanjem kazni zapora in varstvo pravic oseb, ki prestajajo zaporno kazen, še vedno v pravi vrsti upravna. Predsednik okrožnega sodišča, na območju katerega obsojenec prestaja kazen zapora, sicer ima določene možnosti in dolžnosti nadzorstva, vendar pa je to nadzorstvo izrazito podnormirano, zato obstaja nevarnost, da ostane mrtva črka na papirju.

Spričo dejstva, da so človekove pravice oseb, ki prestajajo zaporno kazen, potencialno še posebej ogrožene, so v številnih evropskih državah izpeljali zakonodajne reforme, katerih cilj je bila »judicializacija« izvrševanja kazni zapora. Z vidika varstva pravic oseb, ki prestajajo kazen zapora, bi bilo tudi za Slovenijo priporočljivo, da bi v bodočih reformah kazenske zakonodaje utrdili in nadrobneje uredili vlogo sodišč pri izvrševanju kazni zapora.

Literatura

1. Carli A., Wohinz M.: Zakon o izvršavanju kazenskih sankcij (ZIKS-1) s komentarjem in podzakonskimi akti. Ljubljana: Bonex, 2001.
2. Isak F., Wagner A.: Strafvollstreckung. München: Beck, 1999.
3. Josipović M., Tomašević G., Tripalo D.: Nova uloga suca za izvršavanje kazne zatvora. HLJKPP 2/2001, str. 85-116.
4. Laubenthal K.: Strafvollzug. Berlin: Springer, 2006.
5. Meier B.D.: Strafrechtliche Sanktionen. Berlin: Springer, 2006.
6. Šeparović Z.: Kazneno izvršno pravo i uvod u penologiju. Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu, 2003.
7. Tomašević G.: Reforma izvršnog kaznenog prava i sudski nadzor nad izvršenjem kazne zatvora – put prema zaštiti prava osuđenika. HLJKPP 1/1994, str. 179-190.
8. Tomašević G.: Uloga suca u postupku izvršenja zatvorske kazne . HLJKPP 2/1996, str. 829-841.
9. Turković K.: Osvrt na Europska zatvorska pravila u svjetlu garancije ljudskih prava, HLJKPP 2/96.

Nekateri problemi v zvezi s kazenskimi sankcijami in njihovim izvrševanjem

prof. dr. Dragan Petrovec

1. O namenu kazenskih sankcij in njihovi uporabi kot elementu kriminalitetne politike

Osamosvojitve Slovenije je prinesla neizogibne spremembe v zakonodaji, ki smo si jo prej v marsičem delili s federacijo, oziroma smo bili v določenem delu podrejeni. Zvezna zakonodaja je bila tudi posledica kompromisov, vendar tudi prostor, kjer so druge republike sprejemale nekatere slovenske rešitve.

Ko je čas kompromisov odpadel in ko smo dobili tako rekoč neomejeno priložnost ustvarjati svoje družbeno okolje po lastnih predstavah, se je začel razmeroma naporen in različno uspešen čas snovanja zakonodajnih rešitev in še prej iskanja temeljnih načel zanje. V oporo smo imeli moderno zakonodajo primerljivih zahodno evropskih demokratičnih držav. Vendar je treba poudariti, da bi se večina njih lahko zgledovala po slovenski, zlasti pa po strpni kaznovalni politiki in humanem izvrševanju kazenskih sankcij.

V Evropi je bil to čas, ko se na področju kaznovanja pojavljajo različne stiske. Prenapolnjenost zaporov je postala pravilo in ne več izjema.¹ Od sredine sedemdesetih, ko je v Ameriki usahnilo upanje na tretmansko usmerjeno prestajanje kazni², se podobni trendi selijo tudi v Evropo. Evropska kazenska zakonodaja osemdesetih let je pretežno objektivistično naravnana. To pomeni, da se pri odmeri kazni manj upoštevajo tretmanski elementi.

Slovenija se je pri snovanju kazenske zakonodaje prav v izhodišču kaznovanja, pri vprašanju o namenu kazni, zgledovala po prevladujočih evropskih rešitvah. Tako se je naša zakonodaja povsem oddaljila od prejšnje skupne (jugoslovanske). Izpustila je namen

¹ Prim. Poročilo o možnostih pogojnega odpusta, s katerim naj bi zmanjševali stiske v prenapolnjenih zaporih; (System of Conditional Release in the Member States of the council of Europe;2004). Pierre Victor Tourniere v poročilu ugotavlja, da se zapori polnijo od sredine sedemdesetih let dalje. www.champpenal.revues.org/document378.html

² Prim. Martinson, R.: »What works – Questions and Answers about Prison Reform; The public Interest, 35/1974 (s.22-54). Gre za prelomni članek, v katerem je avtor na zastavljeno vprašanje o tem, kaj sploh deluje v zaporih, suvereno (a prenačljeno) odgovoril, da prav nič. Članek se v novejši penološki zgodovini citira kot zadnji žebelj v krsto tretmanskih prizadevanj v zaporih. Po izidu je oblast imela »strokovne razloge« za zmanjševanje podpore, zlasti finančne, tretmanskim programom; na drugi strani je bilo nenadoma več razlogov za izpopolnjevanje varnostnih mehanizmov. Tretman je bil tako nadomeščen z nadzorovanjem. Zamah so dobile tudi ideje o namenu kaznovanja, ki niso bile več v pripravljanju obsojenega na življenje po prestani kazni. Glavni smoter je bilo »pravično kaznovanje«, ki je v praksi pomenilo predvsem stroge sankcije, uvajanje dosmrtnega zapora za tri zaporedna kazniva dejanja in zastraševanje z načinom izvrševanja kazni. K slednjemu v ZDA spadajo predvsem obiski mladine v zaporih, da se prepričajo o krutosti režimov, kamor utegnejo priti zaradi nespoštovanja družbenih norm.

kaznovanja in o njem ni najti nobene določbe v kazenskem zakonu. Dosledno je »namen kaznovanja«, ki je bil v prejšnji skupni zakonodaji opredeljen v posebnem členu (33. člen KZ SFRJ), izpustila tudi kot sintagmo, na katero so se sklicevali nekateri drugi člani. (Poseben razlog za odpustitev kazni – 45. člen KZ RS je ostal skoraj tak kot prej, le besedilo, da ...«izrek kazni ne bi ustrezal namenu kaznovanja» je nadomeščeno z besedilom »..da izrek kazni ne bi bil upravičen.«

S tem se je slovenska zakonodaja izognila preišljanju, ali je prevzgoja še primeren namen kaznovanja, ali pa gre za preživel koncept, ki ni ustrezen zlasti zaradi številnih zlorab, (domnevnega) nespoštovanja človekove osebnosti (kar so zatrjevali številni neoklasicistično usmerjeni pravniki in kriminologi).³ Pravzaprav se ni toliko izognila, kot dala vedeti, da se kazenski zakon s tretmanom ne bo ukvarjal. Zato ne preseneča tudi opustitev določanja namena izvrševanja kazni zapora. Prejšnja zakonodaja je ta specialni namen jasno opredelila z določbo, ki je prestajanju kazni naložila pripravo obsojenega na počeno življenje po prestani kazni. V KZ RS tako določbo iščemo zaman.

Prva določba, ki se je v prejšnji zakonodaji izrecno sklicevala na namen kaznovanja, je bila odmera kazni (33. člen SFRJ). Ta je morala biti v skladu s specialno in generalno prevencijo in še uglasena z zahtevo po krepitvi socialistične morale in družbene odgovornosti.

Če odmislimo socialistično moralo v imenu nevtralizacije pravnih norm ali očiščenja političnih primesi, je še vedno vprašanje, zakaj se je kazenski zakon odrekel pozitivnemu vplivu na obsojenca. Prej omenjenih zlorab pri nas v zadnjih desetletjih ni bilo. Kar jih je bilo, niso bile v imenu tretmana, ni bilo psiholoških, psihiatričnih, medicinskih ali podobnih posegov v delinkventovo osebnost. Bile so kršitve z znaki nasilja, nehumanega ravnanja, fizične zlorabe, a tudi te ne systemske. Zlasti v Sloveniji je bila uveljavljena socioterapevtska metoda izvrševanja kazenskih sankcij, ki je privedla, vsaj v nekaterih zavodih, do izrazitega sproščanja režima, do sprememb iz zaprtih zavodov v odprte.

Kasneje predstavljeni argumenti za umik vseh določb o tretmanu in namenu kaznovanja so opravičevali tako rešitev s sklicevanjem, da gre za problematiko, ki spada v zakon o izvrševanju kazenskih sankcij, ne pa v kazenski zakon. Poleg tega določb o rehabilitaciji v večini evropskih kazenskih zakonov ni več. Četudi je bil pri tem namen piscev zakona iskren, je šlo za precejšnjo naivnost. Osebe v zaporih se ob splošno poslabšani družbeni klimi in

³ Teoretiki neoklasicizma govorijo med drugim o kazni (seveda brez tretmana) kot neodtujljivi delinkventovi pravici. V skladu s Kantom in Heglom gre pri kazni za zadovoljitev zakona in vzpostavitev prava, ki je bilo porušeno s kršitvijo norme. Nikakršno odpuščanje ne bi moglo vzpostaviti pravnega reda, zato se mora kazen pojavljati kot neizogibna posledica kaznivega dejanja. Prim. Petrovec, D.: Kazen brez zločina; poglavje o neoklasicističnih idejah (s.47-69)

prav takem razpoloženju do družbenega obrobja ni moglo dolgo upirati skušnjavi po opustitvi tretmanskega modela in njegovi zamenjavi z varnostnim.⁴ Še bolj prepričljive podatke o zamenjavi prakse v zaporih ob idejnem zasuku kazenske zakonodaje najdemo v periodičnih raziskavah o družbeni klimi, kjer se vsakih 5 let, od leta 1980 dalje v večini slovenskih zaporov potrjuje naraščanje kaznovalne in varnostne naravnosti ter zmanjševanje rehabilitativnih usmeritev.⁵

Od »aktivnih« posegov, za razliko pri »opustitvah« prejšnjih določb, je v novi kazenski zakonodaji najprej treba omeniti novo izhodišče pri odmeri kazni. Kazen se ne odmerja več v skladu z namenom kaznovanja, ampak v skladu s težo dejanja in storilčevo krivdo. To izhodišče je povsem objektivistično. Sestavljalci nove zakonodaje so sicer vzpostavili logično, a za prakso preoptimistično shemo: načelo pravičnosti kazni je poudarjeno, kriteriji koristnosti pa so podrejeni; prvo načelo določa maksimum kazenske sankcije, koristnostni razlogi (npr. specialna prevencija, resocializacija) pa to mejo potisnejo navzdol, če so korektno upoštevani.⁶

Sodna praksa je v desetih letih uporabe nove zakonodaje dokazala, da pomeni objektivno izhodišče kot sidrni kriterij – čeprav le za maksimum kazni – povečanje števila zapornih kazni na splošno in izrekanje daljših zapornih kazni. Število obsojenih na zaporno kazen se je v kratkem času dvignilo za sto odstotkov in še vedno narašča. Čeprav tega naraščanja ni mogoče enoznačno razlagati, je treba zlasti ob upoštevanju dejstva, da se kriminaliteta ne dviguje v skladnem obsegu, določen delež pripisati tudi novim izhodiščem kazenskega zakonika.

Kljub temu, da so v zakonodaji ostale številne določbe, ki odražajo tretmanskega duha, ali pa so vsaj čisto nasprotje kaznovanja v skladu s težo dejanja in storilčevo krivdo (pri slednjem

⁴ Tako opozorilo je bilo zapisano že kmalu po uveljavitvi nove zakonodaje. V članku »Nova država – nova kaznovalna ideologija in praksa?« (Petrovec.D.: Revija za kriminalistiko in kriminologijo; 1998/3; s.244.). Danes, deset let po opozorilu se vse bolj kaže utemeljenost strahov.

⁵»Socialno vzdušje v zavodih za prestajanje kazni zapora in prevzgojnem domu leta 2005« je raziskava, ki jo je opravil Inštitut za civilizacijo in kulturo, vse prejšnje pa Inštitut za kriminologijo, Dr. Franci Brinc. Med drugim se je pokazalo, da je bilo v osemdesetih letih tudi do 75% osebja rehabilitativno naravnanih, medtem ko je po zadnji raziskavi takih le še 25%. Vse več je zagovarjanja strogih kazni brez ugodnosti. Težko je vse pripisati zgolj spremenjeni kazenski zakonodaji, del prispevka pa vseeno nosi tudi novi KZ z ukinitvijo določb o rehabilitaciji in temu ustreznem namenu kaznovanja in izvrševanja kazni.

⁶ Prim: Uvodna pojasnila (Bavcon, L.) h kazenskemu zakoniku; KZ RS, ČZ Uradni list; Ljubljana, 1995; s.27. Enako pojasnilo najdemo v : Šelih, A.: Kaznene sankcije u radnom nacrtu kaznenog zakonika Republike Slovenije; Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 1994/5; s. 537-546. Avtorica pravi takole: » V novem kazenskem zakonu načelo generalne prevencije ni izključeno. Določa le najvišjo možno kazen. Z načeli, ki jih zakonodaja ni opustila, je mogoče to kazen znižati, nikakor pa je ni mogoče zvišati. Načelo resocializacije, ki je prav zaradi nedoločenih kazni glede na storilčeve potrebe po prevzgoji postalo tarča utemeljene kritike, se uporablja le kot korektiv navzdol, k milejši kazni.« (s.537)

velja zlasti omeniti »poseben razlog za odpustitev kazni – čl. 45. KZ RS), je vpliv vseh teh »ponderjev«, ki naj bi le zniževali kazen, težko opazen.

Pravičnostna filozofija v kombinaciji z agresivnim političnim vnovčevanjem boja proti kriminaliteti je prispevala k sprejemu nesmiselne tridesetletne zaporne kazni in k podobno nesprejemljivim ukrepom kaznovalne narave, kakršen je uklonilni zapor. Ta, v določenih strokovnih, zlasti pa sodnih okoljih z velikim odobravanjem sprejeti ukrep, je videti sporen z več vidikov – pravnih in civilizacijsko humanih.⁷

Čeprav uklonilni zapor ni urejen v kazenskem zakoniku ampak v zakonu o prekrških, je prav zapisati o njem vsaj najbolj splošno kritiko. Če ne zaradi drugega vsaj zato, ker kazensko pravo (s tem je mišljen kazenski zakon) ne pozna instituta, kjer bi se izvršitev denarne sankcije dosegla s tem, da bi storilca denarne sankcije »uklonilno« zaprli.⁸ Poleg očitnega nesorazmerja med kršitvijo in njej sledečo prisilo gre vsaj še za en problem. Država s takim ukrepom dokazuje svojo nesposobnost izvrševati kazni. Breme svoje nesposobnosti in neorganiziranosti izterjevalnih mehanizmov pa z neverjetno lahkotnostjo prenese na storilca, ki je v določenih primerih v uklonilnem zaporu zaradi več kot bagatelnih zneskov.

Navdušenje sodnikov nad represijo, ki se je poslužujejo, ker nismo sposobni vzpostaviti sistema izterjanja kazni, bi se moralo umakniti treznemu razmisleku o potrebi po stopnjevanju represije. V zaporu se znajdejo ljudje tudi zaradi 40 evrov dolga. V treh mesecih samo v enem slovenskem zaporu prestaja uklonilni zapor 118 oseb. Stroški uklonilnega zapora skoraj enajstkrat presegajo vse dolgovane zneske. Prinašajo pa imeniten občutek pravičnosti in učinkovitosti, predvsem pa nove moči nad ljudmi.

Če nadaljujemo razmislek o nezapisanem namenu kazenskih sankcij, se le-ta potemtakem še najbolj prepričljivo potrjuje kot generalno preventivno delovanje s poudarkom na zastraševanju in represiji. Ker se je optimizem sestavljalcev nove zakonodaje pokazal kot neutemeljen in ker se je, daleč onkraj njihovih predstav, v spremembe kazenske zakonodaje začela vpletati politika in sčasoma s podporo določenih zagovornikov trde roke, ki jih je našla v strokovni sferi, uvedla nove represivne institute, je edina priložnost za postavitve drugačnih

⁷ Izvrstna diplomska naloga avtorice Nine Mikec (pod mentorstvom prof.dr. Katje Filpčič), zagovarjana na PF v Ljubljani dne 28.9.2006 z oceno »cum laude«, skrbno analizira večstransko spornost uklonilnega zapora, nazadnje tudi z ustavno pravnega vidika, kjer se postavlja vprašanje načela sorazmernosti. (s.44)

⁸ Zagorc, S.: Uklonilni zapor – slon v trgovini s porcelanom? Pravna praksa 2005/7; (s.18-20). Po avtorjevem mnenju se v primeru uklonilnega zapora očitno krši ustavno načelo sorazmernosti, saj se primeroma za dosti bolj zavržna kazniva dejanja ne uporablja tako strog ukrep.

temeljev zakonodaje in na njej sloneče kriminalitetne politike v spremembi temeljnih načel kazenskih sankcij, namena kaznovanja in v odpravi določenih sankcij.

Zato ponavljamo v obliki kratkega povzetka predloge iz prvega dela raziskave.

Namen kaznovanja mora biti opredeljen v zakonodaji, saj za tako rešitev govori več razlogov. Prvi je ta, da ima država moralno in pravno dolžnost sporočiti državljanu, s kakšnimi nameni ga kaznuje in kakšne cilje zasleduje pri izvrševanju kazenskih sankcij. Ta smoter je prepomemben, da bi ga prepuščali kakšni vzporedni zakonodaji, na primer tisti, ki ureja izvrševanje kazenskih sankcij. Vzporedna zakonodaja bi morala le podrobneje določati načine izvrševanja, in sicer v skladu s temeljnimi izhodišči v kazenskem zakoniku.

Temeljni namen kaznovanja bi morala biti storilčeva reintegracija v družbeno okolje. Omejitve reintegracije bi bile dopustne le v primeru, da storilec ogroža okolje. Te omejitve pomenijo le, da se sicer nujni del izvenzaporske reintegracije nadomesti z delom v zaporu.

Če uporabljamo vsako sankcijo v skladu s tem temeljnim namenom, pride tudi do premisleka o smiselnosti nekaterih zdaj veljavnih in morebitnih bodočih sankcijah. O tridesetletni zaporni kazni je bilo že dovolj zapisanega. Zagovorniki razen strahu pred ponovitvijo in generalne prevencije, na katero se v okviru zakonodaje sicer ne morejo več sklicevati, ne naštevajo prepričljivih argumentov. Skladnost z Evropo je sama po sebi prešibka argumentacija, predvsem pa izključno politična.

Tridesetletna kazen bi se zdelala sankcija, ki bi bila smiselna ob drugačni kriminalitetni politiki oziroma njeni zgodovini. Ko bi bila Slovenija država, ki bi v preteklih desetletjih izvrševala smrtno kazen podobno kot številne zahodno evropske države, bi bila zamenjava take sankcije z dosmrtnim zaporom ali tridesetimi leti civilizacijski napredek. Vendar je imela Slovenija desetletja najvišjo zaporno kazen dvajsetih let in v tem času več kot znosen, to je skromen obseg kriminalitete.

Zato ni dvoma, da je že tridesetletna zaporna kazen, kaj šele nekatere zamisli o dosmrtnem zaporu, izrazit korak nazaj. Poleg tega najhujše oblike kriminala pri nas ne naraščajo, predvsem umori so v zadnjih letih bistveno redkejši. Tako zagovorniki strogih kazni izgubljajo tudi najprivlačnejši argument generalne prevencije, celo ko bi obstajala korelacija med strogimi kaznimi in obsegom hudih kaznivih dejanj (pa je ta dokazano negativna).

2. Določbe KZ, ki so povezane s kazenskimi sankcijami – de lege ferenda

a) zapor

Določbe o zaporu se spremenijo v skladu s predlogom, in sicer tako, da se vzpostavi stanje, kakršno je bilo leta 1995, z maksimalno kaznijo petnajst let in z alternativo za najhujša naklepna kazniva dejanja v višini dvajsetih let.

b) odmera kazni

Pri odmeri kazni se v prvem odstavku določi – v skladu z novo »temeljno določbo« o namenu kaznovanja – da je kazen odvisna od namena kaznovanja. Teža dejanja in storilčeva krivda sledita temu izhodišču, v nadaljnjem besedilu pa pridejo na vrsto okoliščine dejanja.

Taka logična struktura ni v nasprotju s sedanjim konceptom, kolikor ga je mogoče razbrati kot enoten koncept. Poseben razlog za odpustitev kazni nikakor ne postavlja pri odmeri kazni na prvo mesto teže dejanja, ampak čisto druge okoliščine.

c) odmera mladoletniškega zapora

Pri odmeri mladoletniškega zapora se čas, ki je potreben za strokovno usposabljanje mladoletnika, ne more upoštevati kot okoliščina za odmero kazni.

Ta okoliščina spravlja posameznike v neenakopraven položaj, strokovno usposabljanje pa se ob domnevno doseženi reintegraciji nadaljuje lahko tudi po prestani kazni.

d) temeljne določbe o izvrševanju kazenskih sankcij

To poglavje kazenskega zakonika bi se moralo – podobno kot pri namenu kaznovanja – začeti z opredelitvijo namena izvrševanja kazenskih sankcij. Ne glede na to, da sta izrek kazni in izvrševanje kazni dve oddaljeni in različni fazi kazenskega postopka, bi ju morala združevati enotna izhodišča. Sedanja zakonodaja je namen izvrševanja kazni izpustila, tako kot tudi namen kaznovanja. Z vzpostavitvijo sistema, kjer je sporočilo o namenu kaznovanja zakonodajalčeva dolžnost, mora temu slediti tudi namen izvrševanja kazni in ponoviti reintegracijo kot osnovni cilj. Temu je potrebno dodati nekoliko podrobnejše določbe o načinu uresničevanja reintegracije v času prestajanja kazni.

e) zavodi za prestajanje kazni zapora

Odločitev o tem, v kakšnem zavodu obsojenec prestaja kazen, ne sme biti odvisna od dolžine kazni. Na to sme vplivati le ocena o obsojenčevi osebni primernosti za ustrezen režim.

Alternativna sankcija, delo v korist humanitarnih organizacij ali lokalne skupnosti, naj se predpiše tudi za kazniva dejanja, pri katerih je bila izrečena kazen do šestih mesecev, morda tudi enega leta. Že v sedanjih razmerah je delež obsojencev, ki jim je izrečena kazen do 3 mesecev, v povprečju med 10 in 12 odstotki. V praksi to pomeni med 110 in 130 obsojencev, ki ne prestajajo zaporne kazni. Taka sankcija, še zlasti, če bi jo sodniki pogosteje izrekli, bi pomenila znatno razbremenitev zaporov. Pred leti opravljena raziskava je pokazala, da slovenski sodniki praviloma izrekajo pogojne ali pa denarne kazni, več let po uveljavitvi nove zakonodaje pa ni bilo mogoče zaslediti alternativne sankcije.⁹ Šele v zadnjem času, deset let po uveljavitvi, se njihovo število nekoliko zvišuje.

V letu 2005 je bilo na primer 25 obsojenih na kazen zavora do enega meseca, 113 od enega do treh mesecev; od 3 do 6 mesecev jih je bilo 243 in od 6 mesecev do enega leta 312. Skupno to pomeni naslednje številke:

138 obsojencev bi bilo lahko deležnih alternativne sankcije že po sedanji zakonodaji. Če bi to možnost razširili na 6 mesecev, bi jih bilo že 381, oziroma 33,8 odstotka vseh obsojenih. Če pa bi bila taka možnost predvidena za zavor do enega leta, bi bilo kandidatov za humanitarno delo že 693 ali 56 odstotkov.¹⁰

Ne glede na nesporno dejstvo, da vsem obsojenim iz različnih razlogov ne bi mogli ustreči z alternativno sankcijo, pa pomeni številka, ki se giblje okoli polovice vseh obsojenih oseb na prestajanju kazni (56% ob razširitvi na 1 leto izrečene kazni) ali tudi številka, ki znaša tretjino obsojenih (33,8%), tako močno razbremenitev slovenskih zaporov, da bi bilo potrebno v ta projekt vključiti vse odgovorne, najprej sodišča, potem centre za socialno delo in ne nazadnje medije. Taka odločitev bi bila eden najpomembnejših korakov k strpnější kaznovalni in penološki politiki.

f) pogojni odpust

Sedanja formulacija 4. odstavka 109. člena je nejasna. Edini razlog za presojo o pogojnem odpustu je pozitivna prognoza. Pri tej presoji pa se upošteva obsojenčevo vedenje med

⁹ Prim: Petrovec, D.: "Delo v korist humanitarnih organizacij ali lokalne skupnosti"; v: Uveljavljanje novih institutov kazenskega materialnega in procesnega prava; Bavcon, L. (vodja raziskave); Ur.list RS, Ljubljana, 2000; (s.84-94). V štirih letih po uveljavitvi nove zakonodaje je uspelo »odkriti« le dva primera izreka alternativne sankcije. Sklepiti je, da so sodniki, obremenjeni z zahtevami po doseganju norm, ubrali najenostavnejšo pot, s katero zaključijo zadevo. Izbor primerne opravila za obsojenca pomeni dodatno delo za sodnika, morebiti še stik in posvetovanje z ustrežno institucijo (center za socialno delo), kar vse ni v sodnikovem ožjem interesu. Kasneje je tudi Vrhovno sodišče zavzelo stališče, da po začetku prestajanja zaporne kazni sprememba ni več mogoča, s čimer se je krog »upravičencev« nesmiselno zožil, po našem mnenju zaradi preveč restriktivne razlage, ki ne gre v prid obsojenemu. Verjetno bi moral v takem primeru prevladati interes obsojenega, ki je obenem tudi splošni interes po ukepu namesto zavora, ki je »ultima ratio«.

¹⁰ Ministrstvo za pravosodje; Generalna uprava za izvrševanje kazenskih sankcij; Letno poročilo, 2005.

prestajanjem kazni. Taka določba bi morala imeti vsaj pojasnilo, kaj se šteje za »vedenje med prestajanjem kazni«, saj je splošno znano, da je večina povratnikov prav glede vedenja med prestajanjem kazni najmanj problematična. Treba bi jo bilo dopolniti s tistim, kar primeroma že zdaj šteje kot pomembno pri odpustu (vedenje med izhodi, prilagoditev na zunanje razmere, sodelovanje v rehabilitacijskih postopkih ipd.).

Med formalnimi pogoji se ukine posebna meja za pogojni odpust pri višjih kaznih, ki je določena na tri četrtine prestane kazni.

Ponovno se vzpostavi petčlanska komisija za pogojni odpust. Pred letom 1995 so o pogojnih odpustih odločali člani Ministrstva za pravosodje, sodišča, tožilstva, Ministrstva za družino in socialne zadeve ter Socialistične zveze delovnega ljudstva. Taka sestava komisije je desetletja zagotavljala uravnoteženo odločanje, ker je vsebovala tudi socialno komponento, ki jo je od sodišča in tožilstva težje pričakovati. Ker se socialna država od leta 1991 dalje vse bolj izgublja na mnogih področjih, bi razširitev sedanje komisije delovala spodbudno in tudi strokovno bolj utemeljeno. Namesto predstavnika SZDL bi bilo primerno priključiti katero od nevladnih organizacij, morda Amnesty International.

Že v pripravah na dopolnitve priporočil o pogojnem odpustu¹¹, o čemer je razpravljajal Svet za penološko sodelovanje Sveta Evrope leta 2003, je pogojni odpust predstavljen kot tako imenovana "skupnostna sankcija" (community sanction), kar pomeni ukrep, ki je zadnja faza obsojenčeve reintegracije v svoje prejšnje okolje. Priporočilo med drugim govori o tem, da naj priprava na pogojni odpust vključuje vse obsojenčeve družinske in sorodstvene vezi in institucionalne povezave vladnih in nevladnih organizacij in združenj za pomoč in svetovanje v času pogojnega odpusta (t. 14/7). S tem se potrjuje vsebina namena izvrševanja kazenskih sankcij, ki je v reintegraciji.

Za tiste, ki odločajo o pogojnem odpustu, naj se organizira izobraževanje, kjer naj sodelujejo specialisti pravniki in strokovnjaki, ki se ukvarjajo s pogojno odpuščenimi osebami. (t. 7/38) Ta določba pritrjuje mnenju, da odločanje o pogojnem odpustu ni le birokratski postopek. Prav zato bi kazalo, kot že predlagano, razširiti komisijo za pogojni odpust in pri tem upoštevati priporočilo o dodatnem izobraževanju.

¹¹ Council of Europe; European Committee on Crime Problems; Council for Penological Cooperation; Summary Meeting Report; 45th meeting (Strasbourg, 26-28.2.2003); PC-CP (2003) 3.

Kazenske sankcije in morebitne spremembe

prof. dr. Alenka Šelih

I. Sistem kazenskih sankcij v slovenskem kazenskem pravu in sistemske spremembe

1. Obstoječi sistem kazenskih sankcij

Ta sistem temelji na pluralističnem izhodišču kazenskih sankcij in obsega štiri skupine sankcij: kazni predstavljajo temeljno vrsto sankcij; varnostni ukrepi so namenjeni posebnim skupinam storilcev kaznivih dejanj ali pa so stvarne narave; opozorilne sankcije pomenijo skupino sankcij, ki se izvršuje na prostosti in niso povsem jasno izoblikovana skupina; vzgojni ukrepi in kazni za mladoletnike pa so namenjeni starostno posebej opredeljeni skupini storilcev.

Odveč bi bilo na tem mestu dodati, da ima vsaka vrsta kazenskih sankcij svoj namen, ki ga skušamo doseči med njenim izvrševanjem.

V praksi sodišča izrekajo največ opozorilnih sankcij – pogojno obsodbo uporabljajo v približno 75% primerov, kazen zapora v približno 20%, denarno kazen samo pri okrog 2% primerov, preostale deleže predstavljajo varnostni ukrepi in druge oblike odločanja.

Kar zadeva sankcije, ki so se uveljavile pod izrazom »alternativne sankcije«, jih naš sistem kazenskih sankcij ne uvaja kot samostojne sankcije, temveč določa le, da je mogoče kratkotrajno kazen zapora (do treh mesecev) izvršiti v obliki dela v korist humanitarnih organizacij ali skupnosti (4.odstavek 107.člena KZ).

2. Predlogi za sistemske spremembe

Pri raziskovalnem projektu, v okviru katerega je pripravljen tudi ta del, so bili podani nekateri predlogi, ki posegajo v sedaj obstoječi sistem kazenskih sankcij. Gre predvsem za predlog, da se celotno mladoletniško kazensko pravo izloči iz kazenskega zakonika, to pa se nanaša seveda tudi na vzgojni ukrepe.

Takšna rešitev je danes uveljavljena v večini evropskih kazensko pravnih sistemov – nemški pozna takšno ureditev že od same uvedbe te vrste obravnavanja od srede dvajsetih let 20. stoletja, francoski od Uredbe o obravnavanju mladoletniške delinkvence iz leta 1945; podoben pa je položaj tudi v številnih drugih sistemih.

Drugi predlog, ki prav tako posega v sistem kazenskih sankcij, obsega zamisel, da se varnostni ukrepi medicinske narave izključijo iz sistema kazenskega prava in da se jih oblikuje kot posebne ukrepe medicinske narave v samostojnem zakonu.

V nasprotju z ureditvijo mladoletniškega kazenskega prava, ta rešitev ni tako pogosta. Svoje korenine ima v ameriškem pravnem sistemu, kjer poznajo ukrep civilnopravne narave kot ukrep oddaje neprištevnega storilca kaznivega dejanja v medicinsko oskrbo (*civil commitment*). Pri takšni rešitvi je vsekakor treba zagotoviti za storilca, ki se mu izreče, takšne procesne in druge garancije, ki bodo zagotavljale, da njegov pravni položaj ne bo slabši kot bi bil, če bi mu bil izrečen varnostni ukrep medicinske narave kot kazenska sankcija.

3. Novo nastali sistem kazenskih sankcij

Zgoraj navedeni predlogi za spremembe sistema kazenskih sankcij sam sistem bistveno spreminjajo. To, kar ostaja, so predvsem takšne vrste sankcij, ki ima izrazito ali pretežno represivno vsebino –to velja predvsem za kazni, zlasti za kazen zapora. Ob tem pa velja dodati, da sodna praksa demantira takšno naravnost s tem, da uporablja predvsem opozorilne sankcije, pri katerih so v ospredju vendar resocializacijske vsebina, njihova represivna vsebina pa ostaja zajeta predvsem v grožnji, ki jo predstavlja v pogojni obsodbi določena kazen.

Če bi te spremembe v sistemu kazenskih sankcij uresničili, bi postalo še bolj očitno kot doslej, da ta sistem ne razpolaga skoraj z nobenimi sodobnimi oblikami nadomestil za kazen zapora in da ne obsega nobenih sankcij, ki jih je sodobno kazensko pravo razvilo predvsem za nenevarno kriminaliteto, katere delež je v okviru kriminalitete v celoti praviloma dokaj velik; ta ugotovitev velja še posebej tudi za kriminaliteto, kakršno obravnavajo sodišča v Sloveniji.

4. Ostali predlogi za spremembe v sistemu kazni

Med posameznimi kaznimi, ki jih pozna slovensko kazensko pravo, velja omeniti še denarno kazen, pri kateri bi bilo – pri obliki, ko se izreka v dnevni zneskih - mogoče poenostaviti način izračuna tega zneska. Toda glavni problem denarne kazni je vendarle to, da se je njena uporaba v zadnjih dveh desetletjih zmanjšala od (približno) 35% na 2%.

Pri izgonu tujca iz države, ki ga je KZ 1995 določil kot kazen, bo treba presoditi, ali je potrebna prilagoditev Direktivi 2004/38/ES, ki določa pogoje za omejitev gibanja za državljane katere izmed članic EU, ki imajo hkrati s tem tudi evropsko državljanstvo. Prvi pogoj, ki mora biti spolnjen, je ta, da mora biti omejitev gibanja v interesu javnega reda, javne varnosti ali javnega zdravstva (27.člen). Naslednji, 28.člen pa določa, da je država članica

dolžna pred omejitvijo gibanja (torej pred izgonom) iz razlogov javnega reda ali javne varnosti pretehtati zlasti naslednje okoliščine: čas bivanja storilca na njenem ozemlju, njegovo starost, zdravstveno stanje, družinske in ekonomske razmere in še nekatere druge.¹

II. Stopnja represivnosti, kakor se kaže v sistemu kazni

Slovensko kazensko pravo je dolga leta (v neugodnih političnih in državnopravnih pogojih) shajalo s kaznijo zapora, katere najvišja mera je bila dvajset let. Smrtno kazen, ki je bila sicer tudi predvidena v sistemu kazni, je v času od 1957.leta do danes uporabilo samo enkrat, pa še ta ni bila izvršena temveč spremenjena v časovno omejeno kazen zapora.

Sedaj uveljavljeno najvišjo kazen tridesetih let je prinesla novela KZ leta 1999, čeprav nobena raziskava in nobeni podatki o kriminaliteti niso ugotovili, da bi bila takšna kazen potrebna zaradi nevarnosti kriminalitete ali zaradi zagotavljanja varnosti v državi. Ker v sedanjem času krožijo informacije, da bi naj s spremembami KZ uvedli tudi novo kazen – dosmrtni zapor, velja reči, da bi bila takšna kazen neustrezna in nepotrebna. Pri tej kazni ni bilo nikoli ugotovljeno, da bi imela večji specialno preventivni učinek kakor časovno omejena kazen zapora; njeno nedoločno trajanje pa po mnenju kritikov krši človekovo osebno dostojanstvo in je zato takšna kazen z vidika varstva človekovih pravic nesprejemljiva. Ne nazadnje moramo povedati, da v pravnih sistemih, ki to kazen poznajo in so njeno izvrševanje proučevali, ugotavljajo, da obsojenec v poprečju prestane 17 – 18 let te kazni, ker je po poteku tega časa odpuščen. Enak učinek kot bi ga dosegli s kaznijo dosmrtnega zapora, bi lahko dosegli tudi določbami o omejitvi uporabe pogojnega odpusta, ki bi jih vezali bodisi na višino izrečene kazni ali pa na vrsto kaznivega dejanja.²

Kar zadeva določbe Rimskega statuta, ta v resnici predvideva za kazniva dejanja, določena v njegovem 5.členu, kot eno izmed možnih sankcij dosmrtni zapor (pod določenim pogojem – 77.člen RS), vendar isti pravni vir v 80.členu tudi določa, da nobena določba v tem delu statuta ne vpliva na izrekanje kazni, predpisanih po notranjem pravu drža, ali na uporabo njihovih zakonov, ki ne predvidevajo kazni predpisane v tem delu. Zato ni mogoče reči, da Rimski statut »zahteva« uvedbo kazni dosmrtnega zapora v našem notranjem kazenskem pravu.

¹ Prim.L.Selinšek, Evropske omejitve izгона tujcev iz države, PP, 3 .25. 1. 2007, 22-23

² Prim. Bavcon-Šelih, (2003), 405

III. Alternativne sankcije kot samostojne sankcije

1. Nastanek in razvoj

Ta vrsta sankcij se je razvila iz teženj, da bi za nekatere skupine storilcev kaznivih dejanj našli takšne oblike izvršitve izrečene kazni zapora, pri katerih obsojencu kazni ne bi bilo treba prestati – v celoti ali deloma – v zavodu. Te sankcije so se razvile kot oblike sankcij v lokalni skupnosti sredi sedemdesetih let v ZDA, v Evropi pa jih je prvi uvedel angleški *Criminal Justice Act 1972*. leta. V tem obdobju, ki ga nekateri avtorji označujejo kot obdobje alternativne institucionalnemu ukrepu«, je proces znan kot »odvračanje« od kazenskega postopka med drugim pripeljal tudi uvedbe sankcij, ki naj zmanjšajo škodo, ki nastane z odvzemom prostosti storilcu in tudi stroške, ki nastajajo z institucionalnim ukrepom.³

V osemdesetih letih so (vsaj v angleškem sistemu) vnesli med vsebinske elemente sankcij v lokalni skupnosti elemente načela pravične kazni. Devetdeseta leta so pomen pravičnosti pri sankcijah te vrste še bolj poudarila; zadnje zakonodajne rešitve (*Crime and Disorder Act 1998* in *Criminal Justice Act 2003*) še bolj izpostavljajo sestavine kaznovanja v lokalni skupnosti, hkrati pa tudi zagotavljanje javne varnosti in zmanjšanja tveganja (za kaznivo dejanje).⁴

V francosko kazensko pravo so bile alternativne sankcije uvedene pod oznako »nadomestne« sankcije za kratkotrajne prostostne kazni leta 1975. Te sankcije so obsegale predvsem omejitve ali odvzem določenih pravic; leta 1983 je zakonodajalec razširil paleto teh sankcij in jim dodal, med drugim, delo v korist lokalne skupnosti in denarno kazen v dnevni zneskih. Novi KZ (1994) je spremenil posamezne določbe o alternativnih sankcijah in na splošno rečeno razširil možnosti za njihovo uporabo. V veljavnem pozitivnem pravu so kazni, ki odzema ali omejuje določeno pravico ne le alternativne sankcije za kazen zapora temveč tudi za denarno kazen.⁵

V druge kazensko pravne sisteme v Evropi so te sankcije začele prodirati nekoliko kasneje; rečemo pa lahko, da so jih –kot samostojne sankcije in ne le kot obliko izvršitve kazni zapora – poznali v vsej zahodni Evropi od srede osemdesetih let.

³ Alternatives to prison, 2004, 3

⁴ prav tam, 5-6

⁵ Desportes-le Gunehec, 597

Danes jih pozitivno pravo v posameznih sistemih uvršča med kazni; dilema, ki je obstajala ob njihovem nastanku, namreč, ali gre le za nadomestilo za kazen zapora ali pa za samostojno kazen, je danes pretežno rešena tako, da jih pozitivno pravo določa kot samostojne vrste kazni.

2. Mednarodnopravni dokumenti o sankcijah, ki se izvršujejo v lokalni skupnosti

OZN in Svet Evrope, ki posvečata problemom obvladovanja kriminalitete veliko pozornost, sta doslej sprejela več neobveznih dokumentov o sankcijah, ki se izvršujejo v lokalni skupnosti (*community sanctions*) in ki predstavljajo alternative kaznim, ki jih pozna kazensko pravo že stoletja.

2.1 Tokijska pravila – standardna minimalna pravila ZN o ukrepih brez odvzema prostosti – je sprejela generalna skupščina OZN 14. 12. 1990.⁶ Ta pravila določajo najprej temeljne cilje teh sankcij, obseg ukrepov brez odvzema prostosti, pravne garancije, ki jih mora pravni sistem zagotoviti. Ukrepe, ki jih predvidevajo, delijo v tiste, ki se uporabijo pred sojenjem (opustitev pregona, izogibanje priporu); tiste, ki se uporabijo med sojenjem in pri odmeri kazni in tiste, ki se lahko uporabijo po sojenju. Pravila določajo še pogoje za izvrševanje teh ukrepov; opredeljujejo pogoje za osebe, ki jih izvaja, se zavzemajo za sodelovanje prostovoljcev in govorijo še o raziskovanju in načrtovanju na tem področju.

Za namen našega prispevka je najpomembnejša določba 8. člena Pravil, ki določa kazenske sankcije in druge ukrepe. Ta člen predvideva te oblike sankcij: ustne sankcije kot so ukor, opozorilo; pogojna oprostitev; statusne kazni; ekonomske sankcije in denarna kazen – v obliki glob in denarne kazni v dnevni zneskih; zaplembo premoženja ali razlastitev; povračilo žrtvi ali plačilo odškodnine; odloženo izvršitev kazni ali odložen izrek kazni; pogojno obsodbo ali sodni nadzor; odločbo o delu v korist lokalne skupnosti; napotitev v disciplinski center; hišni zapor; drugačne načine nezavodskega obravnavanja; kombinacija gornjih ukrepov. Tudi v tej listi ukrepov najdemo nekatere, ki jih poznamo tudi v našem kazenskem pravu – v različnih pravnih oblikah; delo v korist lokalne skupnosti pa je tudi tukaj obravnavano kot samostojen ukrep.

2.2 Priporočilo Odbora ministrov Sveta Evrope (SE) o izvrševanju evropskih pravil o sankcijah, ki se izvršujejo v skupnosti - Rec(2000)22 z dne 29. novembra 2000 – je drugo v

⁶ Človekove pravice, Zbirka mednarodnih dokumentov II.del, (1996), 524 i.n.

vrsti dokumentov, ki jih je sprejel ta Odbor in predstavlja nadaljevanje in izpolnitev določb in stališč, sprejetih v priporočilu R(92)16 o evropskih pravilih o sankcijah v lokalni skupnosti. To priporočilo je določilo predvsem načela o predpisovanju sankcij v lokalni skupnosti, kot na primer: določijo se lahko samo z zakonom; izreče jih lahko samo sodišče v sodnem postopku; trajanje mora biti vnaprej določeno; načeloma je potrebno obsojenčevo soglasje; dodatni pogoji ali obveznosti v okviru sankcij morajo biti predpisani z zakonom.⁷

Priporočilo Rec(2000)22 najprej poudarja pomen teh sankcij, nato pa v dveh dodatnih določbah razširja Evropska pravila o sankcijah v lokalni skupnosti iz leta 1992. Prva razširitev se nanaša na 5.člen Pravil in določa, da sankcija v lokalni skupnosti praviloma ne sme biti časovno nedoločena.

Drugi dodatek pa opredeljuje »vodilna načela za doseg širše in učinkovitejše uporabe sankcij v lokalni skupnosti«. V zvezi s tem določa nekatera načela za izpolnitev zakonodaje; za usmeritev prakse sodne odmere sankcij; za temeljne pogoje za učinkovito uresničevanje sankcij v lokalni skupnosti; za izboljšanje verodostojnosti teh sankcij pri pravosodnih delavcih, javnosti in politikih; za vzpostavitev učinkovitih programov in intervencij; za raziskovanje na področju sankcij v lokalni skupnosti.

Samo priporočilo spremlja obsežno poročilo skupine ekspertov, ki je opravila tudi analizo izvrševanja sankcij v lokalni skupnosti v državah članicah SE. Med državami, za katere poročilo omenja podatke, ni najti Slovenije, zato smemo domnevati, da Slovenija pri delu te ekspertne skupine ni sodelovala. Poročilo, med drugim, ugotavlja, da so se sankcije v lokalni skupnosti razširile skoraj v vse države-članice SE; največ težav pri uvajanju so imele države, ki so pred tem sodile v sklop oziroma pod vpliv Sovjetske zveze. V starih članicah SE pa so se v 90ih letih srečali s potrebo spreminjati prej sprejeto zakonodajo, ker so na to pokazale potrebe praktičnega izvajanja.⁸ Poročilo ugotavlja, da se v nekaterih sistemih posamezne oblike sankcij v lokalni skupnosti uvajajo na podlagi eksperimenta, posebej značilni so pri tem Anglija, Nizozemska in Švica.⁹ Poročilo ugotavlja tudi, da so se po tem, ko je v 80ih letih prevladal dvom glede tega, ali so programi, s pomočjo katerih bi bilo mogoče doseči vsaj delno resocializacijo storilcev, sploh lahko uspešni, v 90ih letih pokazali pozitivni učinki raziskav, izvedenih predvsem v Kanadi s pomočjo nove metode meta-analize. Rezultati teh raziskav so pokazali, da so možnosti za povrnitev storilca na ne-kriminalno pot dokaj velika,

⁷ Improving the implementation of the European Rules on community sanctions and measures, Recommendation Rec(2000)22, COE

⁸ Rec(2000)22, s.23

⁹ isto Prip, s.63-64

če so programi zasnovani na določenih teoretičnih izhodiščih in uporabljajo ustrezne metode.¹⁰

Priporočilo samo, zlasti pa ekspertno poročilo, ki mu sledi, sta lahko zelo koristna pripomočka pri oblikovanju sankcij te vrste v domači zakonodaji, prav tako pa za določanje pogojev in načinov za njihovo izvrševanje.

3. Vrste alternativnih (in komplementarnih) sankcij

Tu bomo prikazali samo nekatere izmed alternativnih sankcij, predvsem delo v korist lokalne skupnosti ter kazni, ki pomenijo odvzem ali omejitev določene pravice ter nekaj novih oblik kazni zapora, ki se pojavljajo kot samostojne kazni. Poravnavanje ne bo predmet naše razčlembе, ker gre v prvi vrsti za ukrep, ki se uporablja kot oblika odvrčanja od kazenskega postopka in ne kot sankcija.

3.1 Delo v korist lokalne skupnosti - Izraz »alternativna sankcija« je relativno nova oznaka, ki se je začela pojavljati v literaturi – in so jo nato prevzele posamezne zakonodaje – od sedemdesetih let 20. stoletja dalje.

Prva oblika alternativnih sankcij je bilo delo v korist lokalne skupnosti.¹¹ Ta se je najprej pojavila kot oblika izvršitve kazni zapora, nato kot oblika njenega nadomestila in končno kot samostojna sankcija. Kot tako jo danes pozna veliko število evropskih kazensko pravnih redov. Njena prvotna vsebina je obstajala v dolžnosti obsojenca, da opravi določeno delo v korist skupnosti; zakon določa najmanjši in največji obseg tega dela (navadno v urah); čas, v katerem je delo treba opraviti; vrste del, ki so vključene v ta okvir; obsojenec pa mora privoliti v tako sankcijo (sicer bi lahko šlo za obliko prepovedanega prisilnega dela).

Ta, prvotna oblika je s potekom časa doživela več sprememb in jo danes zakonodaje oblikujejo v več variantah. Največjo raznolikost predstavljajo verjetno določbe angleškega zakona o kazenskem sodstvu (2003). Ta zakon uvaja splošno sankcijo »community order« (sklep o sankciji v skupnosti), ki pozna vrsto alternativ. Sodišče lahko v takem sklepu določi eno ali več različnih obveznosti, ki jih je obsojeni dolžan spolniti. Med njimi najdemo na primer: dolžnost opraviti določeno delo, izvrševanje nadzora (nad obsojencem), ki je podoben nadzoru pri preizkušnji (*probation*); dolžnost, da obsojeni opravlja ali da se mu prepove

¹⁰ isto Prip, s. 25, 48 - 49

¹¹ Literatura o tem vprašanju je obsežna. Prim. N.pr :Uvajanje vzgojnih ukrepov dela v korist skupnosti in socialnih treningov (2006) ;11 – 124 ; Jacobs et Dantine, La peine de travail ,RDPCrim (2002),815 – 888 ;Alternatives to prison (2004), 1- 28 ; Alternative zatvorskim kaznama (2005), 35 - 86

opravljanje določenih dejavnosti, na primer dolžnost obiskovanja zdravstvene ali druge podobne ordinacije, prepoved obiskovanj določenih krajev, lokalov, prireditev; sodišče lahko v okviru te sankcije naloži obveznost obiskovanja programov za vplivanje na vedenje, na primer tečaje za učenje nenasilne komunikacije, programov za odvajanje uživanja drog ali alkohola; obravnavanje zaradi duševnih motenj; prav tako lahko sodišče določi obsojencu prebivališče, kjer mora prebivati ali pa »policijsko uro« (*curfew*), s čimer je obdolžencu naloženo, da mora biti ob določenih urah doma; za mlajše polnoletne obsojence (do 25 let) lahko sodišče določi tudi dolžnost obiskovanja posebnih centrov – pri tem določi obseg teh obiskov in čas, ob katerem jih je obsojeni dolžan obiskati.¹²

S tem prikazom različnih oblik sankcije v skupnosti v angleškem sistemu želimo pokazati predvsem, kako lahko pozitivno pravo izkoristi določeno sankcijo – pogoj za to je, med drugim, gotovo tudi obstoj služb, ki lahko posamezne v sankciji predvidene programe izvedejo. Prav gotovo je določitev takšne vsebine sankcije povezana tudi s pravno kulturo določene družbe, v kateri se izvajajo in s pripravljenostjo državnih, javnih in zasebnih institucij, da se spoprimejo s problemom manj nevarne kriminalitete.

Sankcijo dela v korist skupnosti so doslej sprejeli kot obliko (praviloma) samostojne kazni številni kazensko pravni sistemi v Evropi, med drugim Švica, Nizozemska, skandinavske države.

3.2 Odvzem ali omejitev določene pravice – ta skupina sankcij je značilna za francoski kazensko pravni sistem in lahko predstavlja tako alternativne sankcije kot »komplementarne«, dodatne oziroma v slovenski terminologiji stranske kazni. Komplementarne sankcije se od alternativnih sankcij razlikujejo po treh značilnostih: določene so pri posameznem kaznivem dejanju in so uvrščene s posebno določbo v poglavjih posebnega dela KZ; določene so lahko pri vseh treh vrstah kaznivih dejanj, ki jih pozna francosko kazensko pravo (zločini, delikti, prestopki); izrečejo se vedno kot dopolnilne sankcije poleg glavne kazni, medtem ko se alternativne kazni izrekajo samostojno. Komplementarne sankcije niso taksativno naštetje v splošnem delu KZ, temveč le pri posameznih kaznivih dejanjih.¹³

Odvzem ali omejitev določene pravice kot alternativna kazen pa je v splošnem delu KZ izrecno navedena in obsega enajst oblik: odvzem voznškega dovoljenja do pet let; prepoved vožnje določenih vozil do pet let; razveljavitev voznškega dovoljenja s prepovedjo prositi za

¹² Alternatives to prison, 11

¹³ Desportes – Le Guehec, 563

novi za čas do pet let; odvzem enega ali več vozil, ki so v lasti obsojenca; »imobilizacija« enega ali več vozil, ki so v lasti obsojenca za največ eno leto; prepoved hrambe ali nošenja enega ali več kosov orožja, za katero je potrebno dovoljenje, za dobo do pet let; odvzem enega ali več kosov orožja, katerega lastnik je obsojenec ali ima prost dostop do njih; odvzem dovoljenja za lov s prepovedjo za vložitev prošnje za izdajo novega dovoljenja za dobo do pet let; prepoved izdaje čekov (s podrobno oznako katere vrste) in prepoved uporabe plačilne kartice za dobo do pet let; odvzem predmeta, ki je služil za izvršitev kaznivega dejanja ali je bil zanj namenjen; prepoved opravljanja poklicne ali družbene dejavnosti za dobo do pet let.¹⁴ V tem seznamu najdemo nekatere sankcije, ki jih v našem sistemu poznamo kot kazni, nekatere kot varnostne ukrepe, nekateri so možni kot upravno pravne sankcije. Dejstvo, da so določene kot kazenske sankcije, jim gotovo daje posebno težo, ta pa je vendarle manjša kot teža kazni zapora.

Ta bežen in kratek pregled določb o alternativnih sankcijah v nekaterih evropskih kazensko pravnih sistemih lahko sklenemo z ugotovitvijo, da je sodobno kazensko materialno pravo sprejelo alternativne sankcij zelo različnih vsebin in oblik in jih opredelilo kot samostojne sankcije – kazni ter s tem ustvarilo možnosti za uresničitev zahteve, da naj bo kazen zapora le skrajnje sredstvo, zadnja sankcija, ki jo sodišče uporabi.

IV. Možnosti za uvedbo alternativnih sankcij kot samostojnih kazni v slovensko kazensko pravo

1. Alternativne sankcije v veljavnem kazenskem pravu

Veljavno kazensko pravo v Sloveniji pozna nekatere vrste alternativnih sankcij. Kazenski zakonik določa v 4.odstavku 107.člena, da je mogoče kazen zapora do treh mesecev izvršiti tudi tako, da obsojeni namesto kazni zapora opravi v obdobju najdalj šest mesecev delo v korist humanitarnih organizacij ali lokalne skupnosti v obsegu najmanj osemdeset in največ dvesto štirideset ur. Zakon o kazenskem postopku pa v 4.odstavku 161 a člena ureja možnost, ko se vsebina sporazuma o poravnavi med storilcem in oškodovancem nanaša na opravljanje splošno koristnega dela. Zakon o izvrševanju kazenskih sankcij pa določa, da izvrševanje dela v korist humanitarnih organizacij ali lokalne skupnosti, s katerim je sodišče nadomestilo

¹⁴ nav.d., 580

kazen zapora do treh mesecev, pripravi, vodi in nadzoruje uprava (za izvrševanje kazenskih sankcij) v sodelovanju s centrom za socialno delo (13.člen).

Alternativne načine izvrševanja kazni zapora (do šestih mesecev) določa 12.člen ZIKS, in sicer, da smejo obsojenci – če so spolnjeni določeni pogoji – še naprej delati na svojem delovnem mestu, bivajo doma, razen ob prostih dneh, praviloma na koncu tedna, ko morajo biti v zavodu. O teh modalitetah odloča direktor uprave.

Kot vidimo, slovensko kazensko pravo omogoča uporabo alternativnih sankcij samo kot nadomestilo za kazen zapora, ne pozna pa jih kot samostojnih sankcij. Verjetno je bilo smiselno najprej uvesti te vrste sankcij samo v obliki nadomestil za kratkotrajno kazen zapora; vendar se zdi, da je dozorel čas, da nekatere od njih zakon določi tudi kot samostojne kazni. V teoriji danes ni več dileme o pravni naravi teh sankcij – zakonodaje jih označujejo kot samostojne kazni; stroka pa opozarja, da jih je treba uporabljati kot samostojne sankcije v primerih, ko ni potrebno izrekat i kazni zapora, torej v primerih blažjih kaznivih dejanj – pri tistem delu kriminalitete, za katerega ni mogoče uporabiti odvracanja iz kazenskega postopka in je kaznovanje upravičeno, vendar bi kazen zapora v konkretnem primeru pomenila prehud poseg v storilčev položaj. Poudariti velja, da je namen teh kazni, da z njimi nadomestimo kratkotrajne kazni zapora in da bi bilo zato zgrešeno, če bi jih uporabljali kot sredstvo za ti. širjenje mreže – torej kot dodatno kazen poleg zapora. Smisel teh sankcij je na ustrezen način nadomestiti kratkotrajne prostostne kazni in zmanjšati uporabo kazni zapora res na skrajni minimum (*načelo ultima ratio*).

Kar zadeva izvrševanje sankcije »delo v korist humanitarnih organizacij ali lokalne skupnosti« je raziskovalna skupina na Inštitutu za kriminologijo pri Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani leta 2006 zaključila raziskavo o tem problemu (tudi za polnoletne). Obsega razčlenbo vseh poglobitvinih problemov zasnove in izvrševanja tega ukrepa; prikazuje in razčlenjuje izvajanje v Sloveniji in navaja primere dobre prakse. Raziskava je pokazala, da so težave pri uresničevanju predvsem organizacijske narave: kot glavni problem se je pokazalo usklajevanje med dvema državnima upravnima organoma (ministrstvoma) o tem, kako zagotoviti finančna sredstva za izvrševanje teh ukrepov. Naj dodamo, da so ta sredstva v celoti in v primerjavi z na primer stroški izvrševanja kazni zapora minimalna.¹⁵

2. Vrste alternativnih sankcij, ki bi jih bilo mogoče uvesti v slovensko kazensko pravo

¹⁵Uvajanje vzgojnih ukrepov dela v korist skupnosti in socialnih treningov (ur.K.Filipčič), 2006, 11-170

Pri uvajanju novih sankcij velja biti zelo omejujoč in ravnati selektivno. Slovensko sodstvo zelo nerado sprejema novosti, zato bi bilo potrebno poleg selektivnosti omogočiti tudi, da se posamezna nova sankcija najprej uvede poskusno.

2.1 Delo v korist skupnosti

To sankcijo, ki jo pozna večina evropskih kazensko pravnih sistemov, bi slovensko kazensko pravo moralo uvesti kot samostojno sankcijo; njeni okviri naj bi ostali takšni kakršni so sedaj (najmanj 80 in največ 240 ur v roku 12 mesecev); kazen naj bo predvidena za tista kazniva dejanja, za katera je predpisana kazen zapora do dveh (ali morda treh) let; za izrek kazni je potrebno, da storilec privoli vanjo, okoliščine dejanja pa kažejo, da bo izvršena.

Teoretična izhodišča te kazni, izkušnje z njo v tujih sistemih in pri nas, metodološka vprašanja primeri dobre prakse v naših razmerah so podani v publikaciji »Uvajanje vzgojnih ukrepov dela v korist skupnosti in socialnih treningov« in bi bili tu odveč.

2.2 Hišni zapor

Te vrste zapor pozna kot samostojno sankcijo precej veliko število evropskih sistemov; predstavlja humano in učinkovito obliko kazni zapora, primerno za posebne skupine storilcev kaznivih dejanj. Uvesti bi jo bilo mogoče za kazniva dejanja, za katera je predpisana kazen zapora do dveh (ali morda do treh) let, in sicer za posebne skupine storilcev, na primer za nosečnice, matere z majhnimi otroki, starejše od 65 let in mlajše polnoletne. Pri tej kazni bi bilo smiselno preučiti možnost uporabe elektronskega nadzora.

2.3 Kazni, s katerimi se omejuje določena pravica kot stranske kazni

Prepoved uporabe (ali izdaje) bančne (kreditne) karte – je sankcija, ki bi bila smiselna za storilce, ki so za izvršitev kaznivega dejanja uporabili takšno karto.

2.4 Druge oblike alternativnih sankcij

V tem okviru bi bilo mogoče navesti še kakšno možnost, vendar je morda primerneje, da tiste oblike izvrševanja kazni zapora, ki jih omogoča ZIKS in so torej v praksi poznane, spremenimo v alternativne oblike kazni zapora s tem, da jih izrekajo sodišča. Tu gre v bistvu za zapor ob koncu tedna, medtem ko obsojenec sicer opravlja svoje redno delo in prebiva doma.

Pri tej obliki izvrševanja kazni zapora je potrebno določiti, do kakšne višine kazni je mogoče izvršiti na ta način in za katera kazniva dejanja. Sedaj veljavni okvir (kazniva dejanja iz malomarnosti, zapor do šestih mesecev) je v primerjavi s podobnimi ureditvami drugod verjetno preozek. Ob objektivnih pogojih je smiselno določiti tudi nekatere subjektivne (na primer že sedaj določeni –osebnostna urejenost, redna zaposlitev, izobraževanje, prva obsodba na kazen zapora).

3. Možnost poskusnega izvajanja posamezne sankcije.

Eden bistvenih problemov sodne prakse v Sloveniji je dejstvo, da so sodišča po lastni pobudi le redko pripravljena začeti izvajati na novo uvedene sankcije (na primer denarna kazen v dnevni zneskih). Izkušnje z uvajanjem novih institutov, zlasti instituta poravnavanja v pravosodno (predvsem tožilsko) prakso, kažejo, da praksa sprejme nov institut šele, ko ima konkretno izkušnjo z njegovim izvajanjem. V nekaterih pravnih sistemih (na primer nizozemski, švicarski) so očitno zaznali podoben problem in so se nanj odzvali z novimi zakonodajnimi rešitvami. Te omogočajo, da pravosodni organi (tožilstva ali sodišča) pod določenimi pogoji poskusno izvajajo določeno sankcijo, katere uporaba se šele po izvedenem poskusu razširi na sistem v celoti.

Švicarski KZ je zato oblikoval posebno rešitev v art. 397bis, ki je veljal do 1.1. 2007, ko je začela veljati nova obsežna novela KZ. Ta člen je določil, da lahko zvezni svet (vlada) dovoli, da se za določen čas izvede poskus izvrševanja sankcije, ki ni predviden s KZ. Ta določba je v preteklosti služila zveznemu zakonodajalcu, da je to pooblastilo uporabil tako, da je s posebnim zakonom predvidel sofinanciranje razvoja in poskusov novih metod in konceptov. Zakon je predvidel finančna sredstva za razvoj in preskus »novih metod in konceptov na področju izvrševanja kazenskih sankcij, vključno s poskusi takšnega izvrševanja, ki so drugačni kot v KZ (...die vom Strafgesetzbuch abweichen)«. Poskusi lahko trajajo največ pet let; zvezni organi pa zagotovijo največ 80% potrebnih sredstev.

Na podlagi tega pooblastila so pristojni državni upravni organ (predvsem organ, ki ustreza upravi za izvrševanje kazenskih sankcij pri nas) v letih 1987 – 2002 izvedli vrsto poskusov tudi na področju alternativnih sankcij, med drugim dela v korist skupnosti in kazni zapora ponoči in ob prostih dnevih.¹⁶ V Italiji so kazen hišnega zapora z elektronskim nadzorom prav tako začeli leta 2001 poskusno izvajati na območjih petih sodišč¹⁷.

Uvajanje novosti na področju kazenskih sankcij, še posebej, ko gre za uvajanje sankcij, ki predstavljajo manjšo stopnjo omejevanja posameznikovih pravic, bi bilo tudi v Sloveniji lažje in uspešnejše, če bi bila zagotovljena zakonska možnost za časovno omejeno poskusno izvajanje. Takšno izvajanje bi omogočilo tudi sprotno ocenjevanje izvajanja ter pripravo vseh instrumentov (pravnih in nepravni) za kasnejše redno izvajanje posamezne sankcije. Zato bi bilo primerno vključiti v kazenski zakonik določbo, ki bi omogočila uvajanje novosti pri

¹⁶ Neue Wege im Straf- und Massnahmenvollzug (2003), 29 -38

¹⁷ Meini, les sanctions alternatives a l'emprisonnement: les modeles italien et suisse ,RCrimPol (2006), 63

izvrševanju kazenskih sankcij (zlasti kazni) s tem, da bi bilo poskusno (na določenem območju in v časovno omejeno) mogoče uvajati nove koncepte in nove metode, ki jih kazenski zakonik sicer ne pozna.

Literatura:

- Alternative zatvorskim kaznama, Fond za otvoreno društvo, Beograd, (2005), 205
- Alternatives to prison, (ed. A. Bottoms, S. Rex, G. Robinson), Willan Publishing, 2004, Cullompton, UK, 436
- Bavcon L.-Šelih A. in soavtorji, Kazensko pravo, splošni del, Ljubljana, 2003, Uradni list RS, 620
- Človekove pravice, Zbirka mednarodnih dokumentov II.del, Društvo za združene narode, Ljubljana 1996, 886
- Desportes F.-Le Guehec F. Le nouveau code penal, Tome 1, Paris, Economica, 1996, 856
- Jacobs A. et Dantine M., La peine de travail, Revue de droit pena let de criminologie, 82/2002, 815 – 888 ;
- Meini B., Les sanctions alternatives a l'emprisonnement: les modeles italien et suisse, Revue internat. de criminologie et de police technique, 59/2006, 58-74
- Neue Wege im Straf- und Massnahmenvollzug, Bundesamt für Justiz, Bern, 2003, 142

- Selinšek, Evropske omejitve izгона tujcev iz države, PP, 3 ,25. 1. 2007, 22-2
- Uvajanje vzgojnih ukrepov dela v korist skupnosti in socialnih treningov(ur. K. Filipčič), Inštitut za kriminologijo pri PF, Ljubljana, 2006, 200
- Improving the implementation of the European Rules on community sanctions and measures, Recommendation Rec(2000)22, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2002, 88

PROBLEMI POSEBNEGA DELA

Terorizem

prof. dr. Ljubo Bavcon

1. O razvoju kriminalitetno političnih stališč EU o terorizmu

Vprašanje, ali zdaj veljavne določbe slovenskega kazenskega zakonika zadostujejo za preprečevanje in zatiranje terorizma, velja pretehtati zato, ker so znani dogodki po 11. septembru izjemno pospešili normativno in vsakršno drugo protiteroristično dejavnost tako na globalni ravni (OZN), kakor tudi na ravni Evropske unije. Na globalni ravni se je tako imenovani paket antiterorističnih mednarodnih konvencij povečal s štirih sredi devetdesetih let na dvanajst v tem trenutku.

Evropa se je soočila s pojavom terorizma že v sedemdesetih letih prejšnjega stoletja. V mislih imam italijanske Rdeče brigade, nemško skupino, poimenovano Baader-Meinhoff in druge, na primer palestinske teroristične skupine. Zaradi tedanjih dogajanj je januarja 1977 nastala v okviru Sveta Evrope Evropska konvencija o zatiranju terorizma. Danes je ta konvencija zastarela, bila je tudi pogosto predmet kritike, zato naj se omejim samo na informacijo o obstoju te konvencije.

Iz tega je razvidno, da se prizadevanja zoper terorizem niso začela šele po 11. septembru 2001, jim je pa ta dogodek dal izjemen pospešek. V kratkem času so organi EU izdali skoraj nepregledno množico pravnih aktov. Kriminalitetno politično usmeritev je dal Evropski svet na več zasedanjih, začenši z Akcijskim načrtom, ki je bil sprejet že 21. septembra 2001, ki je bil osnova za kar okrog 200 posameznih ukrepov in 72 političnih usmeritev. Ti ukrepi se raztezajo od prepovedi izvoza različnih vrst blaga in storitev v določene države, do prepovedi poletov, zamrznjenja finančnih sredstev talibanov in drugih posameznikov ali organizacij itd. Po madridskih dogodkih marca 2004 so imenovali posebnega koordinatorja boja proti terorizmu in postavili sedem strateških ciljev tega boja, od katerih so za kazensko pravo pomembni trije, in sicer:

- preprečevati, da bi teroristi prišli do finančnih in gospodarskih resursov,
- maksimizirati prizadevanja držav članic za odkrivanje in kazenski pregon terorističnih dejavnosti ter informiranje drugih držav članic o teh dejavnostih,

- zavarovati varnost mednarodnega prometa in povečati kontrolo na mejah.¹

S stališča kriminalitetne politike in kazenskega prava so od te množice ukrepov EU omembe vredni:

- Skupni ukrep (joint action) Sveta iz decembra 2001 o boju zoper terorizem, ki se nanaša na osebe in skupine, ki storijo, poskusijo storiti, se pripravljajo ali podpirajo teroristična dejanja,
- Istega dne je bil sprejet Skupni ukrep o posebnih ukrepih za boj proti terorizmu, v katerem najdemo prvi poskus definicije terorizma,
- Uredba o preprečevanju financiranja terorizma tudi iz decembra leta 2001 in še več drugih skupnih ukrepov, uredb itd., ki se končno vse iztečejo v Okvirni sklep za boj proti terorizmu (Framework decision.....) iz 13. junija 2002.

To je po mojem mnenju tudi dokument, ki ga moramo vzeti za primerjavo, ker v piše v 1. odst. 11. člena tega Sklepa: »Države članice sprejmejo vse ukrepe potrebne za uskladitev s tem okvirnim sklepom do 31. decembra 2002«. Tam je v 2. odst. določeno tudi, da bo Svet EU na podlagi podanih poročil do 31. 12. 2003 ocenil, ali so vse države članice sprejele vse potrebne ukrepe za uskladitev s tem okvirnim sklepom, vendar o tem nisem zasledil nobenih informacij².

2. Okvirni sklep Sveta EU o boju proti terorizmu

Po teh uvodnih izvajanjih naj najprej na splošno predstavim ta Sklep iz junija leta 2002 o boju proti terorizmu. Okvirni sklep ima v začetku neke vrste preambulo, ki v enajstih točkah razlaga razloge za njegov nastanek, njegov pravni temelj in omejitve z varstvom človekovih pravic in svoboščin. V 13 členih podaja Sklep definicijo kaznivega dejanja terorizma, oblikuje pojem teroristične skupine in inkriminira razne oblike sodelovanja v takšni skupini, določa kazniva dejanja, ki so povezana s terorizmom, določa oblike udeležbe, okvirno določa kazni, določa pogoje za milejše kaznovanje »skesancev«, odgovornost pravnih oseb in kazni zanje, na koncu pa v nekaj členih določa pravila o jurisdikciji in kazenskem

¹ Glej o tem obširneje: Ambos K.: Internationales Strafrecht. Verlag C.H.Beck. München 2006, s.412-417.

² Okvirni sklep Sveta z dne 13. junija 2002 o boju proti terorizmu. Uradni list Evropskih skupnosti.

pregonu, o zaščiti žrtev in določa rok za implementacijo v domačo kazensko zakonodajo (31.12. 2002).

Za splošno predstavitev Sklepa je zlasti zanimiva 10. točka preambule, ki najprej poudarja, da Sklep spoštuje temeljne pravice, ki jih zagotavlja Evropska konvencija o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah ter načela, na katerih sloni EU, potem, pa pravi: » Nič v tem okvirnem sklepu se ne sme razlagati kot da je namenjeno kratenju ali omejevanju temeljnih pravic ali svoboščin kot je pravica do stavke, svoboda zbiranja, združevanja ali izražanja misli, vključno s pravico vsakega posameznika, da skupaj z drugimi ustanavlja in se vključuje v sindikate za zaščito svojih interesov, in s tem povezana pravica do demonstracij«.

Iz tega besedila jasno izhaja zavest njegovih avtorjev, da se gibljejo na robu nevarnosti, da bi z represivnimi ukrepi zoper terorizem ogrozili vrednote in načela, na katerih demokratične države utemnjujejo svojo legitimnost.³ Bistvene pripombe in kritična opozorila iz literature so domala identična s tistimi, ki smo jih sredi osemdesetih let zapisali avtorji študije o kazenskopravnem varstvu države, in sicer na račun avtoritarnega pojmovanja in zlorab kazenskega prava za kazenski pregon političnih nasprotnikov.⁴

Iz besedila Sklepa, njegove preambule in iz komentarjev je razvidno, da je namen njegovih avtorjev oblikovati terorizem kot samostojno kaznivo dejanje na naddržavni ravni. To namreč omogoča med drugim uresničiti smisel in izvajanje evropskega naloga za prijetje in predajo ter pospešiti sodelovanje in medsebojno priznavanje policijskih, predkazenskih in sodnih ukrepov ter odločb, vključno s predajanjem osumljencev v skladu s pravili, ki so določena v 9. členu Sklepa. Eden od namenov tega Sklepa je tudi preprečiti zlorabe statusa begunca in azilanta s strani teroristov.

Oblikovanje posebnega kaznivega dejanja terorizma je koristno, ker večina držav članic tega kaznivega dejanja sploh ne pozna. Zato je zamisel koristna na ravni mednarodne pravne pomoči, ker bi z mehanizmom koordinacije lahko pospešila harmonizacijo tovrstnega prava držav članic in olajšala njihovo sodelovanje. Z izključitvijo njihove politične narave bi olajšali izročanje in predajo storilcev ter ne nazadnje pospešili tudi implementacijo »paketa« zdaj že dvanajstih antiterorističnih mednarodnih konvencij v domače kazensko pravo držav članic.⁵

³ Peers Steve: EU Resposes to Terrorism. International and Comparative Law Quaterly. Vol. 52, January 2003, Part 1, s. 227

⁴ Bavecon in sodl.: Kazenskopravno varstvo države in njene družbene ureditve. Politični delikt. Globus, Zagreb 1987.

⁵ Saul Ben: International Terrorism as a European Crime.....gl. 7. Implementing International Treaties, str.347-48

3. O definiciji terorizma

V dosedanjih poskusih inkriminacije terorizma se na mednarodni ravni ni še nikoli posrečilo definirati terorizma kot posebnega kaznivega dejanja in zato so tako na globalni (OZN) ravni, kakor tudi na evropski ravni (Svet Evrope) inkriminirali le posamezna teroristična ravnanja. Tako je oblikovana tudi konvencija Sveta Evrope o preprečevanju terorizma. Čeprav ima v naslovu ta pojem, pa inkriminira štiri, iz mednarodnih konvencij (OZN) znana teroristična dejanja (ugrabitev letal, ogrožanje zračnega prometa, jemanje talcev, ogrožanje oseb pod mednarodnim varstvom) in dodaja še peto dejanje, uporabo strelnega orožja in eksplozivnih sredstev.

Okvirni sklep Sveta EU iz leta 2002 pa prinaša definicijo kaznivega dejanja terorizma, ki je sestavljena iz treh elementov in sicer:

- a) naklepnih dejanj, ki jih našteva Sklep v točkah od a) do i) 1. člena, in sicer: napadi na življenje, telesno integriteto oseb, ugrabitev in zajetje talcev, povzročanje velikih rušenj javnih naprav itd., ugrabitev letala, ladje, javnega transportnega sredstva, izdelava, posest itd. orožja, eksploziva, nuklearnega, biološkega, kemičnega orožja ali raziskovanje in razvoj biološkega in kemičnega orožja, ogrožanje varnosti ljudi z nevarnimi substancami, ognjem, vodo, eksplozijo itd., uničenje ali prekinitev preskrbe z vodo, energenti ali drugimi za življenje ljudi pomembnimi naravnimi viri, ter poskusi kateregakoli od teh dejanj,
- b) če takšna dejanja glede na njihovo naravo in kontekst lahko resno ogrozijo državo ali mednarodno organizacijo,
- c) če je njihov namen:
 - resno zastrašiti prebivalstvo,
 - prisiliti vlado ali mednarodno organizacijo, da kakorkoli ukrepa ali ne ukrepa, ter
 - resno destabilizirati ali uničiti temeljne politične, ustavne, ekonomske ali socialne strukture kakšne države ali mednarodne organizacije.

Ko predstavljam koncept in konstrukcijo kaznivega dejanja terorizma iz tega Sklepa, moram s tem povezati tudi 3. člen, ki določa kazniva dejanja, povezana s terorističnimi dejavnostmi iz 1. člena. V treh točkah določa ta člen, da štejejo za kazniva dejanja povezana s terorizmom, naslednje dejavnosti:

- velike tatvine (storjene) s ciljem, da se izvrši eno od dejanj, naštetih v 1. členu⁶,

⁶ Pojma velika tatvina ne gre enačiti s kaznivim dejanjem velike tatvine iz 212. člena slovenskega KZ. Domnevam, da gre za splošni pojem tatvine, ki presega majhno ali neznatno pridobitev ali prilastitev.

- izsiljevanje s ciljem, da se zakrivi (sic !) eno od dejanj, naštetih v 1. členu in,
- izdelava lažnih upravnih dokumentov, s ciljem, da se izvrši eno od dejanj naštetih tč. a do h 1. člena in v tč. b 2. odstavka 2. člena (udeležba v dejavnostih teroristične skupine in njeno financiranje).

Poglavitna kritična pripomba k tem določbam je, da oblikujejo terorizem kot politični delikt (napad na demokracijo, človekove pravice, ekonomsko in socialno ureditev). Pri tem uporabljam pojem politični delikt kot napad na državo in njeno ustavno ureditev, torej ko enega najhujših deliktov, ne pa kot privilegirano kaznivo dejanje kakor je nastali v zahodni Evropi v 19. stoletju. Politični delikt je kot hudo kaznivo dejanje obenem dvorezna konstrukcija, odprta za vsakršne zlorabe. Od »navadnih« kaznivih dejanj (dejanja, našeta v tč. a do i 1. člena in dejanja iz 3. člena Sklepa so vsa že inkriminirana v kazenski zakonodaji držav članic) se politični delikt razločuje samo po storilčevem namenu. Gre torej za motivacijski delikt, medtem ko je za kazensko odgovornost storilcev istih dejanj, toda brez terorističnega motiva, storilčev namen praviloma irelevanten⁷.

Ta ugotovitev nima namena zanikati potrebe po učinkovitem tudi kazenskopravnem ukrepanju za preprečevanje in zatiranje terorizma. Opozoriti pa moram na to, da je za politični delikt, poleg nevarne subjektivizacije, značilno tudi to, da inkriminira pripravljalna dejanja in sicer v najbolj sporni obliki kot delikte lotevanja⁸. Eden od kritikov tega Okvirnega sklepa, Stive Peers opozarja, da bi morali preprečiti državam možnost sklicevati se na ta Okvirni sklep, če bi ga hotele zlorabiti za to, da bi na videz legitimno in zakonito, v imenu javne varnosti in »evropsko primerljivo« razglasili za teroriste svoje politične oponente.⁹ Kritiki takšne opredelitve kaznivega dejanja terorizma so dosegli že prej omenjeno 10. točko preambule in tudi to, da na koncu prvega člena, v drugem odstavku piše: »Ta Okvirni sklep ne sme vplivati na kakšno spremembo obveznosti glede spoštovanja temeljnih pravic in temeljnih pravnih načel, ki so določene v 6. členu Pogodbe o Evropski uniji«. Toda takšni apeli so v »ognju vojne s terorizmom« na žalost in praviloma brez učinka. Prav zato je treba opozoriti na nevarnosti, ki ob takšnih inkriminacijah pretijo človekovim pravicam in poštenemu sojenju.

⁷ Glej tudi: Saul Ben: International Terrorism as a European Crime: The Policy Rationale for Criminalisation. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. Vol. 11. št. 4/2003, s. 328.

⁸ Za delikt lotevanja je značilna popolna nedoločenost, ki se pokaže v formuli: »Kdor stori dejanje, ki meri na to....«. Glej o tem več: Bavcon, Šelih et al: Kazensko pravo. Splošni del. Ur.l. RS 2003, s. 326-328.

⁹ Peers Stive: EU Responses to Terrorism. *International and Comparative Quarterly*, Vol.52, January 2003, Part 1, s.243. Navedba Peers-ove razprave ni dobesedna, je pa z mojimi dodatki njen smiselni povzetek.

4. Pojem teroristične skupine

Povedane kritične pripombe veljajo tudi za 2. člen Sklepa, ki inkriminira vodenje in sodelovanje v teroristični skupini. Ta institut je bil obdelan obširneje v posebnem sestavku te raziskave in ga tu, v izogib ponavljanjem, samo omenjamo. Pozornost zbuja že protislovna definicija »teroristične skupine«, ki smo jo že kritično obdelali v sestavku o hudodelskih skupinah.

Iz strokovne literature¹⁰ sem razbral, da so imeli poslanci Evropskega parlamenta veliko tehtnih pripomb k besedilu tega Sklepa. Pripombe in ločena mnenja¹¹ žal niso vplivali na oblikovanje določb, pač pa so povzročili, da Sklep v 9. točki preambule izrecno poudarja, da njeno izvajanje ne sme iti preko tistega, kar je nujno za dosego cilja.

5. Kaznivo dejanje terorizma v KZ-b/2004

To kaznivo dejanje najdemo v KZ trikrat, in sicer kot inkriminacijo notranjega ali domačega terorizma v 355. členu, kot mednarodni terorizem v 388. in kot financiranje terorističnih dejanj v 388. a členu.

1. NOTRANJI ALI DOMAČI TERORIZEM

Kaznivo dejanje iz 355. člena je konstruirano kot zbir različnih dejanj zoper splošno varnost, razumljeno v širšem pomenu. Dejanje mora biti objektivno sposobno ustvariti pri ljudeh občutek negotovosti in prestrašenosti. To je tudi prepovedana posledica tega dejanja in subjektivni cilj storilca(ev). Navajanje terorističnih dejanj ni taksativno, kar pomeni, da gre lahko za katerokoli splošno nevarno dejanje ali nasilje ali grožnjo z uporabo jedrske snovi ali drugega sredstva za množično pobijanje ljudi, če ima zahtevani učinek, to je občutek negotovosti ali prestrašenosti pri ljudeh. Dejanje je mogoče storiti samo z obarvanim naklepom, ki ga KZ v tem členu definira kot namen storilca ali storilcev, da bi ogrozili ustavno ureditev ali varnost Republike Slovenije.

¹⁰ Glej :Peers Steve: EU Responses to Terrorism. *International and Comparative Law Quarterly*. Vol.52, January 2003, Part 1., s 227 in nasl. Saul Ben: International Terrorism as a European Crime: The Policy Rationale for Criminalisation. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol.11/ 2003, št. 4, s. 323 in nasl. Dumitriu Eugenia: The EU s Definition of Terrorism: The Council Framework Decision on Combating Terrorism. *German Law Journal*, Vol.05 No 05, s.585 in nasl.

¹¹ Turco Maurizio: Minority opinion, iz katerega navajam kratek odlomek za ponazoritev. »We are not prepared to sacrifice the principles of constitutional government on the altar of the fight against terrorism- the main aim of terrorism being precisely to destroy democracy. Only by strethening democracy s principles, rules, standards and procedures (rather then by weakening them) can we combat terrorism and crime.

Primerjava tega besedila z besedilom 1. člena Okvirnega sklepa pokaže, da izvršitvena dejanja po 355. členu KZ pokrivajo dejanja, naštetá v točkah a do i 1. odstavka 1. člena tega Sklepa. Kazniva dejanja zoper splošno varnost ljudi in premoženja iz 317., 319., 320., 321., 322., zoper varnost javnega prometa iz 326, 330., 331, zoper okolje itd iz 333., 335., in še številnih drugih členov iz drugih poglavij KZ nedvomno ustrezajo dejanjem iz točk a, b, d,e,f g, h, ugrabitev oseb in jemanje talcev pa sta določeni v 144. in v 390. členu KZ. Različnost, ki je vidna zaradi izraza »napadi na...«, je samo navidezna, ker Okvirni sklep v točki f posebej inkriminira tudi grožnjo, da se bo izvršilo katero od naštetih dejanj.

Razlika pa je, ko primerjamo naše besedilo z besedilom 3. člena Okvirnega sklepa, ki inkriminira kazniva dejanja, povezana s terorističnimi dejavnostmi.. Teh dejanj: velike tatvina, izsiljevanja in izdelave lažnih upravnih dokumentov s terorističnim ciljem, ne vsebujeta ne 355. in ne 388. člen KZ. Zdi se mi potrebno dopolniti besedili obeh členov, ne samo zato, ker to zahteva Okvirni sklep, temveč tudi zato, ker je to vsebinsko smiselno in potrebno.

Iz 5. člena Sklepa, ki določa kaznovalne okvire, so povzete spremembe 297. člena o hudodelskem združevanju, vendar in po mojem mnenju upravičeno upoštevajoč splošne in posebne kazenske okvire našega kazenskega zakonika. Pod vplivom Okvirnega sklepa so tu in tam dopolnili inkriminacije s kvalificiranim primerom, ko je bilo dejanje storjeno v hudodelski združbi, na primer pri 310. in novem 387. a členu.

2. MEDNARODNI TERORIZEM

Trditev o tem, da veljavni slovenski KZ pokriva, razen omenjenih inkriminacij iz 3. člena Okvirne določbe vse, kar je inkriminirano v Okvirnem sklepu EU, velja še toliko bolj, ker pozna KZ tudi kaznivo dejanje Mednarodnega terorizma iz 388. člena. Ta s še bolj obsežnim besedilom pokriva, s povedano izjemo, vsa izvršitvena dejanja, naštetá v Okvirnem sklepu. Inkriminacija obsega tudi namen storilcev, da bi nezakonito izsiljevali vlado ali mednarodno organizacijo, da kaj stori ali opusti, česar besedilo iz 355. člena ne omenja posebej.

Iz Konvencije ZN o prepovedi financiranja terorizma in iz tega Okvirnega sklepa pa je nastalo novo kaznivo dejanje po 388. a členu, ki inkriminira to ravnanje, je pa zanimivo tudi sicer. V besedilu tega člena najdemo namreč izrecno naštetá kazniva dejanja, ki jih je mogoče šteti za teroristična, in sicer: ugrabitev (144), ugrabitev ladje ali letala (330), napad na varnost zračnega prometa (331), umor najvišjih predstavnikov države (352), nasilje zoper najvišje

predstavnike države (353), oborožen upor (354), terorizem (355), ščuvanje k nasilni spremembi ustavne ureditve (360), mednarodni terorizem (388), ogrožanje oseb pod mednarodnim varstvom (389) in jemanje talcev (390). V nadaljnjem besedilu pa zajema inkriminacija tudi kakšno drugo nasilno dejanje (analogija intra legem), katerega cilj je zrušiti ustavni red RS, povzročiti hujše motnje in tako naprej, ko besedilo povzema možne cilje terorističnega dejanja po 1. členu Okvirnega sklepa.

6. Sklep

1. Na podlagi teh izvajanj menim, da bi bilo potrebno dopolniti besedilo 355. in 388. člena z tremi izvršitvenimi dejanji (velika tatvina in njej podobna premoženjska dejanja, izsiljevanje in ponarejanje dokumentov), ki jih najdemo v 3. členu Okvirnega sklepa. Sicer pa se zdi, da je mreža, ki jo spleta naš KZ dovolj na gosto stkana, da ji ne more pobegniti nihče, ki je grozil, poskušal ali izvršil katero od terorističnih kaznivih dejanj

2. Čeprav v tem besedilu nisem obširneje razpravljal o odgovornosti organizatorja hudodelske združbe, se mi zdi, da bi bilo koristno preučiti institut s tem imenom iz KZ SFRJ (26. člen). Spričo novih konstrukcij »poveljniške odgovornosti« iz Rimskega statuta in spričo modela joint criminal enterprise, ki ga uporablja Haaško sodišče za nekdanjo Jugoslavijo, kaže, da smo določbo 26. čl. KZ SFRJ prehitro in preveč na lahko označili kot nedemokratično. Primerjava z omenjenima novostma iz mednarodnega kazenskega prava pove, da je določba o odgovornosti organizatorja hudodelske združbe natančneje, teoretično bolj čisto, predvsem pa je odgovornost za izvršena kazniva dejanja omejevala na organizatorja, ne pa kar povprek tudi na vse člane skupine (združbe) in udeležence »skupnega kriminalnega podviga«.

Na normativni ravni je torej mogoče še dodatno poskrbeti za učinkovitost in obenem tudi za spoštovanje in za varstvo človekovih pravic. Toda ob vseh naporih za to, da bi že na normativni ravni preprečili kršitve postulatov vladavine prava, ostaja zelo široko polje za razlago odprtih in nepreciznih, dvoumnih itd. določb. Zato pa se mi zdi pomembno nenehno opozarjati na pasti in nevarnosti, ki jih takšne določbe pomenijo za človekovo svobodo in njegove pravice. Če bi namreč delavci v organih kazenskega pregona in sojenja za hip pozabili na te postulate, to pa se seveda kaj lahko zgodi zaradi pretresenosti, strahu, ogorčenosti, svete jeze in podobnih emocij, ki zalijejo vsakega normalnega človeka spričo fanatične in brezmejne brezobzirnosti, krutosti in nečlovečnosti terorističnih napadov, bi

takšna pozaba neizogibno vodila v hude kršitve temeljev, na katerih sloni demokratična pravna država.

Inkriminacija mučenja in slovensko kazensko pravo

prof. dr. Damjan Korošec¹

Uvod

Odbor proti mučenju OZN, strokovno telo, ustanovljeno po 19. členu Konvencije proti mučenju in drugim krutim, nečloveškim ali poniževalnim kaznim ali ravnanju (OZN, 1984) - v nadaljnjem besedilu: Konvencija proti mučenju OZN -, je na svojem rednem zasedanju v dneh od 12. do 17. maja 2000 prvič obravnaval stanje v Sloveniji v luči omenjene konvencije. V javnih ugotovitvah na koncu zasedanja je bil tako do pozitivnopravnega stanja v Sloveniji, kot do slovenskega uresničevanja relevantnih pravnih določb v praksi v glavnem pohvalen, od nekaterih kritičnih pripomb pa se je ena nanašala tudi na področje slovenskega pozitivnega materialnega prava. Po mnenju Odbora proti mučenju OZN bi morala Slovenija posebej, izrecno kot mučenje inkriminirati tudi mučenje v smislu Konvencije proti mučenju OZN.² Takšno mnenje je kasneje ponavljal v zvezi z vsemi obdobjimi poročili Slovenije o uresničevanju Konvencije proti mučenju OZN.

Vsaj na prvi pogled je stanje na področju pozitivnega materialnega prava v zvezi s prepovedjo mučenja in drugega krutega, nečloveškega ali poniževalnega kaznovanja ali ravnanja v Republiki Sloveniji jasno. Po 8. in 13. členu Ustave Republike Slovenije (*Ur.l. RS, št.: I - 33/91*), ki velja od 23.12.1991, so objavljene mednarodne pogodbe, ki jih je ratificiral Državni zbor, neposredno uporabno pozitivno pravo. Zakoni in podzakonski akti v Republiki Sloveniji, ki bi ne bili v skladu s predpisi iz teh pogodb, bi bili neskladni z ustavo; v tem smislu so takšne pogodbe pravni akti nadzakonskega značaja. Posamični akti državnih organov, organov lokalne skupnosti ali nosilcev javnih pooblastil, vključno s kazenskimi sodbami, ki bi temeljili na zakonskih ali podzakonskih aktih Republike Slovenije, ki ne bi bili v skladu s predpisi iz objavljenih mednarodnih pogodb, ki jih je ratificiral Državni zbor, bi bili protipravni.

Republika Slovenija je z zakonom ("Zakon o ratifikaciji konvencije proti mučenju in drugim krutim, nečloveškim ali poniževalnim kaznim ali ravnanju" - *Ur.l. RS - Mednarodne pogodbe, št.: 7/93*) dne 15.4.1993 (ukaz o razglasitvi zakona: 23.4.1993) ratificirala Konvencijo proti

¹ Dr. Damjan KOROŠEC, izredni profesor na Katedri za kazensko pravo Pravne fakultete Univerze v Ljubljani. V prispevku je vsebinsko nekoliko predelano strokovno mnenje, ki ga je avtor po naročilu Ministrstva za pravosodje Republike Slovenije pripravil v letu 2002.

² Gre za priporočilo, ki ga Odbor proti mučenju OZN podeli vsaki državi, ki take posebne inkriminacije ne pozna, to pa je danes velika večina vseh držav, vključno z veliko večino držav evropskega kontinenta.

mučenju OZN. Zakon je bil po predpisih objavljen dne 14.5.1993 ter vključuje polno besedilo konvencije v angleškem izvirniku in v slovenskem prevodu. Veljati je začel 29.5.1993. Ker je Republika Slovenija po 2. členu svoje ustave pravna država, in ker jo zavezujejo zgoraj kratko povzete ustavne norme, si morajo vsi nosilci oblasti na vseh ravneh, vključno s kazenskim pravosodjem v najširšem smislu prizadevati sprejemati akte in odločitve, ki ne bi bili neskladni s predpisi Konvencije proti mučenju OZN.³ Določbe konvencije, ki jih v Sloveniji iz takih ali drugačnih razlogov ni mogoče uporabljati neposredno, pa so pristojni organi v državi dolžni normativno konkretizirati do stopnje neposredne pravne uporabnosti. To še posebej velja za inkriminacije in kazenske sankcije v zvezi z njimi. Prav tu pa po mnenju Odbora proti mučenju OZN v Sloveniji ni vse tako, kot bi bilo treba.

O kaznivosti mučenja po posebnem delu slovenskega KZ

Po 1/I. členu Konvencije proti mučenju OZN je mučenje *"vsako dejanje, ki osebi namenoma prizadene hudo bolečino ali trpljenje, bodisi telesno ali duševno, da bi se od nje ali koga drugega dobila obvestila ali priznanja ali da bi se kaznovala za dejanje, ki ga je storila sama ali kdo drug ali je zanj osumljena sama ali kdo drug, da bi se ustrahovala ali nanjo izvajal pritisk ali da bi se ustraheval kdo drug ali nanj izvajal pritisk, ali iz kateregakoli drugega razloga, ki temelji na katerikoli obliki diskriminacije, če to bolečino ali trpljenje prizadeva uradna oseba ali kdo drug, ki nastopa kot oseba z uradnim statusom ali na njeno pobudo ali z njeno izrecno privolitvijo ali privolitvijo molče"* (uradni prevod).⁴

Po določbi 4., pa tudi 7/II. člena iste konvencije mora država mučenje obravnavati kot ustrezno kaznivo (težko, hudo) kaznivo dejanje. To velja tudi za poskuse in vse oblike udeležb pri tem kaznivem dejanju.

Slovenski pravni sistem poskuša na različnih ravneh dodatno izrecno vključiti prepoved mučenja, četudi seveda je prepoved iz obravnavane konvencije zaradi omenjenih razlogov tako ali tako del slovenskega pravnega reda.

Ustava Republike Slovenije - ob izrecni izključitvi začasnega razveljavljanja ali omejevanja pravic v vseh okoliščinah, vključno z morebitnim vojnim ali izrednim stanjem (po II.

³ Po Zakonu o ustavnem sodišču (Ur.l. RS, št.: 15/94) Ustavno sodišče RS ni pristojno le za presojo skladnosti zakonov z ustavo RS (1. alineja 21/I. člena), ampak med drugim tudi za presojo skladnosti zakonov in drugih predpisov z ratificiranimi mednarodnimi pogodbami in splošnimi načeli mednarodnega prava (2. alineja 21/I. člena).

⁴ Izraz se po določbi istega člena izrecno ne nanaša na "bolečino ali trpljenje, ki je posledica izključno zakonitih sankcij, ki ni ločljivo od teh sankcij ali ga te sankcije povročijo".

odstavku v zvezi s I. odstavkom 16. člena) - razglša: da "nihče ne sme biti podvržen mučenju, nečloveškemu ali ponižujočemu kaznovanju ali ravnanju", da je "na človeku [...] prepovedano delati medicinske ali druge znanstvene poskuse brez njegove svobodne privolitve" (oboje 18. člen), da je "zagotovljeno [...] spoštovanje človekove osebnosti in njegovega dostojanstva v kazenskem in v vseh drugih pravnih postopkih in prav tako med odvzemom prostosti in izvrševanjem kazni" (21/I. člen), in da je "prepovedano [...] vsakršno nasilje nad osebami, ki jim je prostost kakorkoli omejena, ter vsakršno izsiljevanje priznanj in izjav" (21/II. člen). Pojma mučenja ustava posebej ne definira.

Tako Slovenija zagotavlja elementarno skladnost lastnega pozitivnega ustavnega pravnega aparata s Konvencijo proti mučenju OZN. Že zato, ker Konvencija proti mučenju OZN in slovenski zakon o njeni ratifikaciji, seveda pa tudi slovenska ustava ne predpisujejo zadosti definirane kazni, pa definicija mučenja iz 1/I. člena Konvencije proti mučenju OZN v Sloveniji v skladu z načelom zakonitosti iz 28/I. člena Ustave Republike Slovenije⁵ (in 1. člena Kazenskega zakonika - KZ - U.L. RS, št.: 63/94, 23/99, 40/04) ne more predstavljati neposredne inkriminacije, ampak je potrebna t.i. specialna transformacija v pozitivno slovensko kazensko pravo.

Ne v osrednjem slovenskem materialnem kazenskoopravnem zakonu - KZ (med definicijami posameznih kaznivih dejanj), niti v kakšni morebitni inkriminacijski normi, ki bi ji lahko pripisali značaj stranske kazenske zakonodaje pa Slovenija ne pozna posebne definicije mučenja oziroma nima predpisane posebne kazni zanjo. Definicija mučenja iz Konvencije proti mučenju OZN v Sloveniji nikoli ni bila dobesedno prevzeta (dobesedno specialno transformirana) v slovensko materialno kazensko pravo. Dejanja, opisana v določilu 1/I. člena Konvencije proti mučenju OZN v Sloveniji poskušamo zajemati z več različnimi inkriminacijami KZ. Najprej naklepno prizadevanje hude bolečine ali hudega trpljenja, bodisi telesnega ali duševnega, in sicer ne glede na morebiten poseben storilčev namen (npr. diskriminatorno dobiti obvestila ali priznanja, kaznovati, ustrahovati, izvajati pritisk) ali njegov poseben uradni ali podoben status, definirajo kazniva dejanja hude telesne poškodbe (134/I. člen KZ)⁶ in posebno hude telesne poškodbe (135/I. člen KZ)⁷.

⁵ "Nihče ne sme biti kaznovan za dejanje, za katero ni zakon določil, da je kaznivo, in ni zanj predpisal kazni, še preden je bilo dejanje storjeno."

⁶ Definicija hude telesne poškodbe iz 134/I. člena KZ se glasi: "Kdor koga tako telesno poškoduje ali mu prizadene takšno škodo na zdravju, da bi bilo lahko zaradi tega v nevarnosti življenje poškodovanca, ali je uničen ali za vselej znatno oslavljen kakšen del njegovega telesa ali organ, ali je začasno in znatno oslavljen pomemben del telesa ali pomemben organ, ali je zaradi tega poškodovani začasno nezmožen za vsakršno delo, ali je njegova zmogljivost za delo za vselej zmanjšana ali je bila začasno znatno zmanjšana, ali je bil začasno skažen, ali mu je začasno hudo ali za vselej v manjši meri okvarjeno zdravje".

Četudi naslovi citiranih členov KZ nosijo oznako "telesna" in sta obravnavani inkriminaciji uvrščeni v zakonsko poglavje z naslovom "Kazniva dejanja zoper življenje in telo[!]" (15. poglavje), pa definiciji obravnavanih prepovedanih ravnanj oziroma prepovedanih posledic vključujeta tako hude telesne, kot hude duševne škode na zdravju, v tem smislu pa tako hujše telesne, kot tudi hujše duševne bolečine, tako hujše telesno, kot hujše duševno trpljenje.

Ker je za naklepno hudo telesno poškodbo v temeljni obliki (134/I. člen KZ) zagrožena zaporna kazen od šestih mesecev do petih let, za naklepno posebno hudo telesno poškodbo v temeljni obliki (135/I. člen KZ) pa zaporna kazen od enega do desetih let, je v skladu s splošno kaznivostjo poskusa vseh kaznivih dejanj, za katera se sme po zakonu izreči tri leta zapora ali hujša kazen (22. člen KZ) pri obeh obravnavanih kaznivih dejanjih poskus kazniv (v tem smislu gre za kaznivi dejanji, skladni z določilom drugega stavka 4/I. člena Konvencije proti mučenju OZN). Ker je pri obeh kaznivih dejanjih predpisana kazen (višja od) treh let zapora, je po splošni določbi 26/II. člena KZ pri obeh kaznivo tudi neuspelo napeljevanje kot oblika udeležbe. Zaradi omenjene višine predpisanih kazni pri obeh kaznivih dejanjih, in ker KZ zanju ne določa zasebnega kazenskega pregona ali pregona na predlog, po splošnih procesnopравnih pravilih obe obravnavani kaznivi dejanji primarno preganja državni tožilec po uradni dolžnosti (*ex officio*). Relativno visoke zagrožene kazni, kaznivost poskusa, uraden pregon in pristojnost okrožnega kazenskega sodišča kot višje oblike prvostopenjskega sodstva (po določilih o stvarni pristojnosti sodišč po 25/I. členu ZKP) so razlogi, zakaj obravnavani kaznivi dejanji po slovenskem kazenskem pravu lahko štejeta za "težki (hudi) kaznivi dejanji" v smislu 7/II. člena Konvencije proti mučenju OZN, pa četudi "težko (hudo) kaznivo dejanje" samo po sebi ni termin slovenskega pozitivnega materialnega kazenskega prava.

Od spremembe KZ leta 2004 (*U.l. RS, št.: 40/04*) je treba v Sloveniji za potrebe kazenskega materialnega prava za uradno osebo šteti poleg poslancev v državnem zboru in članov državnega sveta ter članov lokalnega ali regionalnega predstavniškega telesa (126/II(1) KZ), oseb, ki pri državnem organu opravljajo uradne dolžnosti ali imajo uradno funkcijo (126/II(2) KZ), drugih oseb, ki opravljajo določene uradne dolžnosti na podlagi pooblastil, katera jim daje zakon ali na podlagi zakona izdani predpisi ali na podlagi zakona sklenjena pogodba o arbitraži (126/II(3) KZ), vojaških oseb, ki so kot takšne določene s posebnimi predpisi (kadar gre za posebna kazniva dejanja, pri katerih je navedena uradna oseba, pa niso določena kot

⁷ Definicija posebno hude telesne poškodbe iz 135/I. člena KZ se glasi: "Kdor koga tako hudo telesno poškoduje ali mu prizadene tako hudo škodo na zdravju, da je bilo zaradi tega v nevarnosti življenje poškodovanca, ali je uničen ali za vselej in znatno oslavljen pomemben del njegovega telesa ali pomemben organ, ali je postal poškodovan zaradi tega za vselej nezmožen za vsakršno delo, ali je ostal skažen, ali mu je bilo za vselej hudo okvarjeno zdravje".

kazniva dejanja zoper vojaško dolžnost; 126/II(4) KZ), tudi osebo, ki v tuji državi opravlja uradne funkcije oziroma dolžnosti in ki po vsebini izpolnjuje pogoje iz 1., 2. ali 3. točke II. odstavka 126. člena KZ, nadalje osebo, ki v mednarodnopravni organizaciji opravlja uradne funkcije oziroma dolžnosti in ki po vsebini izpolnjuje pogoje iz 1., 2. ali 3. točke II. odstavka 126. člena KZ in končno tudi osebo, ki pri mednarodnem sodišču opravlja sodniško, tožilsko ali drugo uradno dolžnost ali funkcijo. Funkcionalna opredelitev statusa uradne osebe v novi slovenski materialni kazenski zakonodaji vsaj potencialno večja domet nekaterih inkriminacij posebenega dela, ki so koncipirane kot t.i. posebna kazniva dejanja (*delicta propria* - status uradne osebe je zanje kvalifikatorni ali celo konstitutivni zakonski znak).

Kdaj je pripadnik določenega poklica oziroma delavec na določenem delovnem mestu uradna oseba v smislu slovenske kazenske zakonodaje, je vprašanje, ki ga mora reševati sodna praksa od primera do primera. Pri tem izhaja iz področnih zakonodaj in narave dela na posameznih delovnih mestih. V praksi tako med uradne osebe sodijo pripadniki uniformirane in neuniformirane policije, državnih varnostno-obveščevalnih služb, pooblaščenec uradne osebe v zavodih za prestajanje kazni zapora (pazniki), pogosto pa tudi zdravstveno osebje in osebje organov socialnega skrbstva v posebnih funkcijah (npr. kot člani različnih stokovnih komisij za ocenjevanje delovne sposobnosti, invalidnosti ipd.), poklicni vojaki, vključno s pripadniki vojaške policije, vse osebe na služenju vojaškega roka v Slovenski vojski in vojaki iz rezervne sestave, kadar so npr. na vojaških vajah, ipd.

Številna kazniva dejanja po KZ štejejo za hujša (kvalificirana), če jih stori oseba s statusom uradne osebe, zato zakon v posebnem odstavku posameznih inkriminacij zaradi statusa uradne osebe kot posebne osebne okoliščine storilca odpre strožji kaznovalni okvir, kot za temeljno obliko danega kaznivega dejanja (kjer je storilec t.i. navadna oseba). Tako zakonodajno tehniko uporabi slovenski zakonodajalec npr. pri kaznivih dejanjih: "Kršitve enakopravnosti" po 141/III. členu KZ, "Protipravnega odvzema prostosti" po 143/II. členu KZ, "Neupravičene osebne preiskave" po 147/II. členu KZ, "Kršitve nedotakljivosti stanovanja" po 152/III. členu KZ, idr.

Nekatera kazniva dejanja sploh lahko po definiciji stori zgolj uradna (oziroma vojaška) oseba. Take inkriminacije so v veljavnem KZ npr.: "Zloraba uradnega položaja ali uradnih pravic" po 261. členu, "Kršitev človeškega dostojanstva z zlorabo uradnega položaja ali uradnih pravic" po 270. členu, "Izsiljevanje izjave" po 271. členu, "Grdo ravnanje s podrejenim" po 278. členu. Te inkriminacije slovenski zakonodajalec združuje v posebni poglavji KZ, z naslovoma: "Kazniva dejanja zoper uradno dolžnost in javna pooblastila" (26. poglavje) in "Kazniva dejanja zoper vojaško dolžnost" (27. poglavje).

Pri nekaterih najhujših kaznivih dejanjih, kot so npr. "Umor" po 127. členu KZ, "Posilstvo" po 180. členu KZ ali "Spolno nasilje" po 181. členu KZ, zakonodajalec že v temeljni obliki odpira relativno težke kaznovalne okvire (10 let in več zaporne kazni), vendar pa ne med kvalificiranimi oblikami v okviru istih členov, ne v kakršnemkoli drugem členu ne predvidi posebej umora, posilstva ali spolnega nasilja, kjer bi bili storilci uradne osebe in bi do kaznivega dejanja prišlo med opravljanjem (z zlorabo) njihove službe, uradnega položaja ali uradnih pravic. Slovenska pravna teorija poudarja, da bi bilo takšno osebno okoliščino storilca oziroma okoliščino dejanja potrebno upoštevati v okviru pravnega standarda zakonskega znaka "grozovitosti", zakonskih znakov "posebne poniževalnosti", zakonskih znakov "zato da bi storil kakšno drugo kaznivo dejanje" ali zakonskih znakov "iz nizkotnih nagibov", torej okoliščin, ki jih KZ sicer predvideva kot kvalifikatorne pri obravnavanih kaznivih dejanjih (in zaradi njih predpiše še strožji kaznovalni okvir - glej npr. člene 127/II(1) in (2), 180/II, 181/II KZ)⁸.

Zlasti kazenska odgovornost uradnih oseb za hudo ali posebno hudo telesno poškodbo iz 134. ali 135. člena KZ po slovenskem kazenskem pravu v ustreznih okoliščinah zahteva uporabo instituta kumulacije kazenskih odgovornosti s pomočjo (idelanih) stekov kaznivih dejanj. Ker zakonodajalec pri kaznivih dejanjih "Huda telesna poškodba" iz 134. člena KZ in "Posebno huda telesna poškodba" iz 135. člena KZ, ki sicer štejejo za relativno huda kazniva dejanja, statusa uradne osebe storilca oziroma dejstva, da je storilec dejanje storil z zlorabo svoje službe, uradnega položaja ali uradnih pravic, ni posebej predvidel pri nobenem odstavku 134. ali 135. člena KZ, niti ni oblikoval kakšnega posebnega kaznivega dejanja telesnih poškodb, storjenih na opisan način, načeloma s temi okoliščinami v Sloveniji v pravosodni praksi ni mogoče utemeljevati konstrukta posebne pravne kvalifikacije v obliki kvalificiranega kaznivega dejanja telesnih poškodb. Možni pa so nekateri steki kaznivih dejanj v takih zadevah; nekatere naj vzorčno predstavim v nadaljevanju.

Kazensko odgovornost za hude in posebno hude telesne poškodbe na eni strani, je po slovenskem kazenskem pravu načeloma mogoče kopičiti (kumulirati) s kazensko odgovornostjo za kazniva dejanja, ki so potencialno relevantna v zvezi z mučenjem: kazniva

⁸ Po 127/II. členu KZ je storilec kazniv, če "komu vzame življenje [...] na grozovit [...] način" oziroma "zato da bi storil ali prikri kakšno drugo kaznivo dejanje [...] ali iz drugih nizkotnih nagibov".

Po 180/II. členu KZ je storilec kazniv, če "prisili osebo drugega ali istega spola k spolnemu občevanju tako, da uporabi silo ali zagrozi z neposrednim napadom na življenje ali telo", dejanje pa je storjeno "na grozovit ali na posebno poniževalen način".

Po 181/II. členu KZ je storilec kazniv, če "uporabi silo ali zagrozi osebi drugega ali istega spola z neposrednim napadom na življenje ali telo in jo tako prisili, da stori ali trpi kakšno spolno dejanje, ki ni obseženo v prejšnjem členu [posilstvo]", pa je to dejanje storjeno "na grozovit ali na posebno poniževalen način".

dejanja "Kršitve človeškega dostojanstva z zlorabo uradnega položaja ali uradnih pravic"⁹ ali "Izsiljevanja izjave" ali "Grdega ravnanja s podrejenim"¹⁰ ali "Protipravnega odvzema prostosti" ali "Kršitve enakopravnosti"¹¹ na drugi. Če je storilec kaznivega dejanja iz 270., 271., 278., 143. ali 141. člena KZ npr. hkrati naklepno prizadel še poškodbe v smislu zgoraj omenjenih kaznivih dejanj iz 134/I. in 135/I. člena KZ, zaradi različnih predmetov varstva (na eni strani uradne dolžnosti in na drugi telesne celovitosti) načeloma hkrati odgovarja za več kaznivih dejanj v (idealnem) steku, bodisi v dokončani obliki ali poskusu oziroma različnih kombinacijah dokončanih oblik in poskusov. Odnos konsumpcije ali specialnosti kot podlaga navideznemu steku zaradi raznovrstnosti kaznivih dejanj hudih in posebno hudih telesnih poškodb na eni in ostalih obravnavanih kaznivih dejanj na drugi strani načeloma ni možen, enako ne vrednostne inkluzije v hude in posebno hude telesne poškodbe ali obratno.

Do prav vseh možnosti kumuliranj zgoraj omenjenih kaznivih dejanj se slovenska kazenskopravna teorija doslej še ni izrecno opredelila. V glavnem je razbrati, da zagovarja steke (torej kumulacijo kazenskopravne odgovornosti) med: kaznivim dejanjem kršitve enakopravnosti po 141/III. členu KZ z izsiljevanjem izjave po 271/I. ali 271/II. členu KZ; med kršitvijo enakopravnosti po 141/III. členu KZ in grdim ravnanjem s podrejenim po 278/I. ali 278/II. členu KZ; med izsiljevanjem izjave po 271/I. ali 271/II. členu KZ in grdim

⁹ Kaznivo dejanje "Kršitve človeškega dostojanstva z zlorabo uradnega položaja ali uradnih pravic" (270. člen KZ) je umeščeno v zakonsko poglavje "Kazniva dejanja zoper uradno dolžnost in javna pooblastila". Tudi pri tem kaznivem dejanju je poskus kazniv, enako neuspelo napeljevanje kot oblika udeležbe. Dejanje se preganja po uradni dolžnosti.

¹⁰ Kaznivo dejanje "Izsiljevanja izjave" po 271/I. členu KZ in 271/II. členu KZ sta prav tako inkriminaciji iz zakonskega poglavja "Kazniva dejanja zoper uradno dolžnost in javna pooblastila". Tudi pri teh kaznivih dejanjih sta kazniva tako poskus, kot neuspelo napeljevanje kot oblika udeležbe. Tudi ta kazniva dejanja se preganjajo po uradni dolžnosti.

Podobno je tudi s kaznivim dejanjem "Grdega ravnanja s podrejenim" po 278. členu KZ, ki je kaznivo dejanje zoper vojaško dolžnost (umeščeno je v zakonsko poglavje "Kazniva dejanja zoper vojaško dolžnost"). Tudi pri tem kaznivem dejanju sta tako v temeljni obliki po I. odstavku, kot v kvalificirani po II. kazniva tako poskus, kot neuspelo napeljevanje. Tudi ti dve obliki kaznivega dejanja se preganjata po uradni dolžnosti.

¹¹ Kaznivo dejanje iz zakonskega poglavja "Kazniva dejanja zoper človekove pravice in temeljne svoboščine", "Protipravni odvzem prostosti" v kvalificirani obliki po 143/II. členu KZ govori o "uradni osebi", ki "z zlorabo svojega položaja ali svojih pravic [...] koga protipravno zapre, ima zaprtega ali mu kako drugače omeji svobodo gibanja", medtem ko IV. odstavek istega člena pravi: "kdor komu protipravno odvzame prostost za več kot teden dni ali če to stori na grozovit način". To kaznivo dejanje se preganja po uradni dolžnosti, poskus in neuspelo napeljevanje kot oblika udeležbe sta kazniva.

Podobno je tudi s kaznivim dejanjem iz istega zakonskega poglavja - "Kršitvijo enakopravnosti" po 141. členu KZ. Posebna oblika po 141/III. členu govori o "uradni osebi, ki z zlorabo uradnega položaja ali uradnih pravic [...] zaradi razlike v narodnosti, rasi, barvi, veroizpovedi, etnični pripadnosti, spolu, jeziku, političnem ali drugačnem prepričanju, spolni usmerjenosti, gmotnem stanju, rojstvu, izobrazbi, družbenem položaju ali kakšni drugi okoliščini prikrajša koga za katero izmed človekovih pravic ali temeljnih svoboščin, ki so priznane od mednarodne skupnosti ali določene z ustavo ali zakonom, ali mu takšno pravico ali svoboščino omeji, ali kdor na podlagi takšnega razlikovanja komu da kakšno posebno pravico ali ugodnost", oziroma če taka oseba "preganja posameznika ali organizacijo zaradi njegovega zavzemanja za enakopravnost ljudi". Tudi to kaznivo dejanje se preganja po uradni dolžnosti, kazniva sta tako poskus, kot neuspelo napeljevanje kot oblika udeležbe.

ravnanjem s podrejenim po 278/I. ali 278/II. členu KZ; med protipravnim odvzedom prostosti po 143/II. členu KZ in grdim ravnanjem s podrejenim po 278/I. ali 278/II. členu KZ; med zlorabo uradnega položaja ali uradnih pravic po 261/I. ali 261/II. ali 261/II. ali 261/IV. členu KZ in kaznivimi dejanji umora (127. člen KZ), uboja na mah (128. člen KZ) ali različnih telesnih poškodb (133. do 135. člen KZ); med izsiljevanjem izjave po 271/I. ali 271/II. členu KZ in kaznivimi dejanji umora (127. člen KZ), uboja na mah (128. člen KZ) ali različnih telesnih poškodb (133. do 135. člen KZ); ipd.¹²

Tudi slovensko kazensko pravosodje se pri sojenju še ni srečalo z vsemi možnimi kumulacijami zgoraj opisanih kaznivih dejanj, zato jasne opredelitve sodstva ni mogoče vedno najti. Razbrati je kvečjemu, da se enotno odloča za kumulacije odgovornosti (prave steke) pri kaznivih dejanjih kršitve človeškega dostojanstva z zlorabo uradnega položaja ali uradnih pravic (270. člen KZ) in hudih ali posebno hudih telesnih poškodb (134. ali 135. člen KZ), nadalje posilstva (180. člen KZ) in hudih ali posebno hudih telesnih poškodb, spolnega nasilja (181. člen KZ) in hudih ali posebno hudih telesnih poškodb, medtem ko je npr. kumulacija protipravnega odvzema prostosti (143/I. člen KZ) s hudo telesno poškodbo spornejša. Vrhovno sodišče Republike Slovenije je v nedavni sodbi (v zvezi z zahtevo za varstvo zakonitosti kot izrednim pravnim sredstvom po veljavni slovenski kazenski procesni zakonodaji) ugotovilo, da *“v vseh primerih”*, kjer bi *“kaznivo dejanje hude ali posebno hude telesne poškodbe, ki bi v obliki izvršitvenega dejanja trajalo določen čas”* predstavlja kvečjemu navidezni idealni stek s kaznivim dejanjem protipravnega odvzema prostosti (torej zgolj hudo ali posebno hudo telesno poškodbo). S tem argumentom je v konkretni zadevi zavrnilo kumulacijo kazenskih odgovornosti za kaznivo dejanje hude telesne poškodbe in protipravnega odvzema prostosti v pravem steku, kjer je bil storilec (ki sicer ni bil uradna oseba!) žrtev z zanko okoli vratu vodil naokrog in jo ob tem pretepal, nato pa delno obesil na ograjo in jo tam pretepal naprej, vse skupaj pa je trajalo več kot eno uro in se končalo z žrtvinimi hudimi telesnimi poškodbami. Vrhovno sodišče RS skratka tako dogajanje kvalificira zgolj kot hudo telesno poškodbo.¹³

Najtežja naklepna poseganja v človekove pravice drugih, storjena v okoliščinah iz 1/I. člena Konvencije proti mučenju OZN, slovenski KZ obravnava v različnih kaznivih dejanjih zoper človečnost in mednarodno pravo (genocid - 373. člen, leta 2004 temeljiteje na novo oblikovana hudodelstva zoper civilno prebivalstvo - 374. člen, hudodelstva zoper ranjence in

¹² Glej *Bavcon v: Bavcon, Šelih! Glej Deisinger!*

¹³ Glej citirano sodbo Vrhovnega sodišča RS v: *Praktikum 1995, str. 110-111!*

bolnike - 375. člen, vojno hudodelstvo zoper vojne ujetnike - 376. člen, vojno hudodelstvo z uporabo nedovoljenih bojnih sredstev - 377. člen, protipravno pobijanje in povzročanje ran sovražniku - 379. člen, surovo ravnanje z ranjenci, bolniki in vojnimi ujetniki - 382. člen, spravljanje v suženjsko razmerje - 387. člen, idr.). Definicije kaznivih dejanj zoper človečnost in mednarodno pravo iz KZ so povzete po relevantnih mednarodnih aktih s področja vojnega in humanitarnega prava, zlasti t.i. ženevskih konvencij.¹⁴ Zaradi izjemne teže teh kaznivih dejanj (odnosa konsumpcije) oziroma odnosa specialnosti pa steki (kumulacije kazenskih odgovornosti) s prej opisanimi kaznivimi dejanji iz slovenskega kazenskega prava v glavnem ne prihajajo v poštev.

Odbor proti mučenju OZN zgoraj opisano slovensko kazenskopravno obravnavanje mučenja razglaša za nezadostno v luči 1/I. člena Konvencije proti mučenju OZN. Sloveniji - kot rečeno - priporoča izrecnejšo inkriminacijo mučenja. In kaj to pomeni za slovenskega zakonodajalca? Analiza skladnosti slovenskega materialnega kazenskega prava (tako pozitivnega, kot njegove teoretične vsebine) s Konvencijo proti mučenju OZN pokaže, da lahko konstrukcija stekov različnih inkriminacij slovenskega KZ skupaj z zelo široko definicijo uradne osebe po KZ v veliki meri zagotovi ustrezno kaznivost mučenja v smislu konvencije. Videti je, da so s slovenskim KZ pravno pokriti vsi dejanski stanovi mučenja po Konvenciji proti mučenju OZN, ki si jih je mogoče zamisliti, vključno z vsemi oblikami udeležb. To implicitno priznava tudi Odbor proti mučenju OZN v razpravi o stanju v Sloveniji. V tem smislu je razmišljanje o spremembi slovenskega pozitivnega prava posebej v zvezi z mučenjem videti odveč.

Res pa na drugi strani na teoretični ravni vsaj s kriminalitetnopolitičnega vidika ni videti posebnih zadržkov, zakaj si mučenje v konvencijskem smislu ne bi zaslužilo še posebne inkriminacije, podobno kot je posebej inkriminiran npr. terorizem ali genocid. S tem bi Slovenija pokazala, da mučenje šteje ne le za posebno kvantitativno težko obliko povzročanja bolečin človeku s posebej zavržnim storilčevim namenom, ampak za posebno kvaliteto, ki jo konstituira prav ta namen oziroma posebno perfidna udeležba države pri njem. Še najprikladnejše domicilno poglavje morebitne nove inkriminacije mučenja bi bilo glede na predmet varstva, ki je po Konvenciji proti mučenju OZN v ospredju, poglavje kaznivih dejanj zoper uradno dolžnost in javna pooblastila (26. poglavje KZ), hkrati pa dodatno še poglavje kaznivih dejanj zoper vojaško dolžnost (27. poglavje KZ). Sprememba KZ v tej smeri bi zahtevala posege v nekatere inkriminacije, ki bi zaradi tega postale redundantne (npr. nekatere posebej kvalificirane oblike kaznivih dejanj zoper uradno dolžnost - kakršen je npr. člen

¹⁴ Pri vseh teh kaznivih dejanjih zoper človečnost in mednarodno pravo iz KZ so kaznivi tako poskus, kot na tak ali drugačen način tudi neuspelo napeljevanje kot oblika udeležbe. Vsa se preganjajo po uradni dolžnosti.

271/II. KZ, ki si ga praktično ne bi bilo več mogoče zamisliti zunaj konteksta mučenja v smislu Konvencije proti mučenju OZN). Zakonodajnotehnično bi nova inkriminacija morala zajeti poleg temeljne tudi hude naklepne oblike, kot je npr. posebno huda telesna poškodba ali smrt osebe (podobno, kot to zakonodajalec stori glede smrti v določbi 388/IV. člena KZ).

Zakonodajalec bi se lahko odločil tudi za zakonodajnotehnično zahtevnejšo in obsežnejšo spremembo KZ - dopolnitev nekaterih kaznivih dejanj zoper telo, spolno nedotakljivost, človekove pravice idr. s kvalificiranimi oblikami (novimi odstavki inkriminacij), v katerih bi posebej - kot hujše - inkriminiral temeljno dejanje (npr. umor, telesno poškodbo, posilstvo, spolno nasilje, izsiljevanje izjave), storjeno v okoliščinah mučenja. Pri tem bi bilo potrebno v splošnem delu KZ podati definicijo mučenja (kajpak skladno z definicijo iz Konvencije proti mučenju OZN) oziroma tam glede vsebine pojma mučenje napotiti na Konvencijo proti mučenju OZN kot izpolnitveni blanketni akt.

Sklep

Konvencija proti mučenju OZN je eden temeljnih instrumentov mednarodnopravnega varovanja človekovih pravic, z izrazitim težiščem na kazenskem pravu. Odbor proti mučenju OZN očita Sloveniji, da svojega materialnega kazenskega prava nima v zadostni meri usklajenega z njenimi določbami. Na ravni pozitivnega prava posebej izpostavlja, da slovenski KZ ne vsebuje posebne inkriminacije mučenja; v ustreznost slovenskih pozitivnopravnih, predvsem pa teoretičnih institutov poskusa in udeležb, ravnanja na ukaz nadrejenega in podobnih glede na zahteve konvencije se (zaenkrat) ne spušča.

Slovensko materialno kazensko pravo s konstrukcijo stekov različnih inkriminacij skupaj z zelo široko definicijo uradne osebe inkriminira mučenje podobno kot velika večina držav. S tem brez dvoma v veliki meri zagotavlja ustrezno kaznivost mučenja v smislu konvencije. Po mnenju Odbora proti mučenju OZN takšen pristop ni zadovoljiv, ker naj bi mučenje predstavljalo ne le posebej veliko kvantiteto povzročanja bolečin s svojsko zlorabo uradnega položaja ali pravic, ampak prav zaradi te zlorabe in njenega namena tudi že novo kvaliteto, ta pa zahteva posebno inkriminacijo.

Po mojem osebнем mnenju zlasti s kriminalitetnopolitičnega vidika res ni videti prav prepričljivih argumentov, zakaj si mučenje v konvencijskem smislu ne bi zaslužilo še posebne inkriminacije tudi v slovenskem KZ, podobno kot sta posebej inkriminirana npr. terorizem ali genocid. Pri tem bo treba skrbno paziti, da s skrajno vsebinsko široko in kompleksno definicijo mučenja, kot jo pozna Konvencija proti mučenju OZN ne bi v slovensko kazensko

pravo uvozili z vidika načela zakonitosti (zlasti določnosti norme kot vidika zakonitosti) nevzdržne, za razne zlorabe na široko odprte inkriminacije ali vsaj neproduktivne, neuporabne norme. Seveda pa velja tudi glede mučenja: bistveno bolje ne spreminjati KZ, kot ga spreminjati nepremišljeno, delno, neuravnoteženo in brez upoštevanja in spoštovanja kazenskopravne stroke.

SEZNAM UPORABLJENE LITERATURE

1. Amelung K. Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten. Juristische Schulung 1986; 5: 329.
2. Bačić F. Krivično pravo - Opći dio. Zagreb: Informator, 1978.
3. Bavcon L. et al. Kazenski zakonik Republike Slovenije z uvodnimi pojasnili Ljuba Bavcona, Ivana Beleta, Mitje Deisingerja, Draga Demšarja, Zvonka Fišerja, Milana Kosterce, Pavla Martonošija, Alenke Šelih in stvarnim kazalom Vida Jakulina. (Uvodna pojasnila - strani 21-100). Ljubljana: ČZ Uradni list RS, 1994.
4. Bavcon L., Šelih A. Kazensko pravo - Splošni del. Ljubljana: ČZ Uradni list SRS, 1987.
5. Bele I. Zgradba kazenskopravne norme. Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani 1994; LIV.: 27-34.
6. Bringewat P. Der rechtswidrige Befehl. Neue Zeitschrift für Wehrrecht 1971; 13: 126-133.
7. Buturović J. Naredenje vojnog starešine i krivična odgovornost vojnih lica. Jugoslavenska revija za kriminalistiku i krivično pravo 1975; 13 (3): 389-404.
8. Creifelds C. Rechtswörterbuch. München: C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1994.
9. Eser A., Fletcher G.P. Rechtfertigung und Entschuldigung - Rechtsvergleichende Perspektiven, Vol. 1. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1987.
10. Hassemer W. Justification and Exuce in Criminal Law: Theses and Comments. Brigham Law Review 1986: 573.
11. Jescheck H.-H. Befehl und Gehorsam in der Bundeswehr. Bundeswehr und Recht 1965: 63.
12. Jescheck H.-H. Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil. Berlin: Duncker und Humblot Verlag, 1988.
13. Korošec D. Avtoritarna osebnost in kriminalna politika. Ali avtoritarnost v vojski nagrajevati ali preganjati? Revija za kriminalistiko in kriminologijo 1995 (46); 1: str. 49-55

14. Korošec D. Ravnanje po pravno zavezujočem navodilu nadrejenega - izključenost protipravnosti ali krivde? Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani 1994; LIV.: str. 215-231
15. Korošec D. Sila in grožnja - razlikovanje izključenosti protipravnosti od izključenosti krivde. *Pravnik* 1994; 1-3: 73-81.
16. Küper W. Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung. *Juristische Schulung* 1987; 2: 81-83.
17. Lutovac M. Odgovornost za krivično delo izvršeno po naređenju pretpostavljenog vojnog starešine. *Jugoslavenska revija za kriminalistiku i krivično pravo* 1983; 21 (1-2): 21-40.
18. Lutovac M. Teoretski i zakonodavni problemi vojnog krivičnog dela. *Jugoslavenska revija za kriminalistiku i krivično pravo* 1987; 25 (2): 69-82.
19. Novoselec P. Krivično pravo (krivično djelo i njegovi elementi). Osijek: Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku, 1990.
20. Novoselec P. Sloboda, krivnja i krivično pravo. Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu, 1987.
21. Rostek H. Der unkritische Befehlsempfänger. *Neue juristische Wochenschrift* 1975; 19: 862.
22. Roxin C. *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, Vol. 1. München: C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992.
23. Schmidhäuser E. *Strafrecht - Allgemeiner Teil*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1984.
24. Schönke A., Schröder H. *Strafgesetzbuch - Kommentar*. München: C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991.
25. Srzentić N., Stajić A., Lazarević Lj. *Krivično pravo SFRJ - Opšti deo*. Beograd: Savremena administracija, 1987.
26. Stratenwerth G. *Verantwortung und Gehorsam*. Zürich: Schulthess polygraphischer Verlag, 1958.
27. Triffterer O. *Österreichisches Strafrecht - Allgemeiner Teil*. Wien, New York: Springer Verlag, 1985.

Trgovina z ljudmi: problematika obstoječega zakonskega besedila in potencialne nove spremembe

Nina Peršak¹

Trgovina z ljudmi je – vsaj z nomotehničnega vidika – relativno novo kaznivo dejanje v Sloveniji. Do sprememb Kazenskega zakonika maja 2004 tega kaznivega dejanja (vsaj pod tem imenom) slovenska kazenskopravna zakonodaja ni poznala. Dejanja, ki danes spadajo pod »trgovino z ljudmi« smo pred omenjeno novelo tako preganjali z uporabo drugih treh kaznivih dejanj: »posredovanje pri prostituciji«, »zvodništvo« in (zlasti) »spravljanje v suženjsko razmerje«.² Na podlagi podpisa t.i. Palermske ali TOC konvencije (Konvencije ZN proti mednarodnemu organiziranemu kriminalu) in njenih protokolov (eden izmed katerih je Protokol za preprečevanje, zatiranje in kaznovanje trgovine z ljudmi, zlasti ženskami in otroki), ter zaradi upoštevanja Okvirnega sklepa Sveta z dne 19. julija 2002 o boju proti trgovanju z ljudmi (2002/629/JHA) je tako zakonodajalec uzakonil novo kaznivo dejanje »trgovine z ljudmi«, pri čemer je ohranil kaznivo dejanje »spravljanja v suženjsko razmerje« (čl. 387), »posredovanje pri prostituciji« in »zvodništvo« pa preoblikoval v novo kaznivo dejanje »zloraba prostitucije« (čl. 185).

Problematika obstoječega kaznivega dejanja

Sprejem novega oz. posebnega kaznivega dejanja »trgovine z ljudmi« z novelo KZ leta 2004 je tako z vidika mednarodnih obveznosti Slovenije kot z humanitarnega ali normativnega vidika in vidika lažjega pregona omenjenega kaznivega dejanja (v bistvu mešanice več dejanj), torej učinkovitosti kazenskega pravosodja, dobrodošlo zakonodajalčevo dejanje. V normativnem, vrednostnem smislu je namreč trgovina z ljudmi zagotovo eno izmed najtežjih, najhujših oz. najbolj škodljivih kaznivih dejanj. Gledano skozi prizmo načela kazenskopravne škode (*harm principle*),³ predstavlja dejanje, ki se bi z lahkoto uvrstilo med inkriminiranja vredna oz. upravičena človekova ravnanja v vsaki sodobni družbi, ki temelji na klasičnih liberalnih (svobodomiselnih) načelih. V njeni osnovi gre za suženjstvo ali vrsto suženjstva,

¹ doc. dr. Nina Peršak, LL.M., M.Phil. (Cambridge); doktorica kazenskopravnih znanosti, magistra socialne in razvojne psihologije, docentka za področje kriminologije

² Do določene mere smo si pomagali tudi s 311. členom, ki med drugim inkriminira tihotapljenje ljudi, vendar bi lahko za slednjega dejali, da se manj vsebinsko (tj. glede na element prisile oz. odsotnosti privolitve pri žrtvah trgovine) pokriva s trgovino ljudi in da je tako med njima podobnost le v formi, obliki transporta.

³ Več o tem glej Peršak (2007), (2005).

esenca katerega pa je izkoriščanje človeka po človeku. Najsi gre za nemoralno iskanje profita v obliki trgovanja s storitvami, ki posegajo v spolno nedotakljivost druge osebe, ali prekupčevanje z vitalnimi telesnimi tekočinami in organi drugega ali čim drugim, v ozadju stoji odsotnost pravno pripoznane volje (privolitve) drugega, zaradi katere lahko govorimo o zlorabi ali izkoriščanju drugega. Dejstvo, da se trgovina z ljudmi čedalje pogosteje pojavlja z roko v roki z organizirano kriminaliteto, ji daje dodatno škodljivo razsežnost.

Navkljub zaželeni inkriminaciji trgovine z ljudmi pa vseeno obstaja v Kazenskem zakoniku par spornih momentov, ki porajajo pomisleke z vidika pravne varnosti in zaželenega obsega inkriminiranja.

1. Ohranitev starih kaznivih dejanj – dvojno inkriminiranje

Gre za zadevo, ki sama po sebi ni pomanjkljivost kaznivega dejanja trgovine z ljudmi kot takega, temveč pomanjkljivost ali slabost Kazenskega zakonika, ki pa je povezana z novim kaznivim dejanjem. Ob »ustanovitvi« novega dejanja trgovine z ljudmi zakonodajalec namreč ni odpravil kaznivega dejanja spravljanja v suženjsko razmerje (387. člen), čeprav novo kaznivo dejanje trgovine z ljudmi v vseh ozirih pokrije 387. člen in zato le-ta ni potreben oziroma smiseln. Ob soobstoju novega kaznivega dejanja trgovine z ljudmi in kaznivega dejanja spravljanja v suženjsko razmerje tako prihaja do dvojnega inkriminiranja – pojava, ki ogroža pravno varnost –, saj je ista problematika (suženjstvo) pokrita z dvema različnima kaznivima dejanjema. Ob splošnih ugotovitvah teorije prava, da neuporabljive, »prazne« norme škodujejo pravni varnosti, bi tako kazalo odpraviti (stari) 387. člen (»spravljanje v suženjsko razmerje«). Podobni dvomi se porajajo glede člena »zloraba prostitucije«, saj je zloraba prostitucije *de facto* in *de iure* popolnoma pokrita z novim kaznivim dejanjem trgovine z ljudmi.⁴

2. Konkretna pretvorba oz. ubeseditev kaznivega dejanja – širitev polja kriminalnosti

Kar je morda še bolj problematično, pa je konkretno ubesedenje kaznivega dejanja trgovine z ljudmi, kot se pojavlja v 387.a členu KZ. Del stavka "s silo, grožnjo, preslepitvijo ...", ki je ključni element *temeljnega* kaznivega dejanja (same definicije trgovine z ljudmi) iz 3. člena po TOC Protokolu, se namreč v slovenski različici nahaja šele v drugem odstavku, kar

⁴ Z določeno opombo: zadevi bi se morali pokrivati, pa se pravzaprav ne, ker je pri slovenskem ubesedenju trgovine z ljudmi nekje zmanjkala besedica »izkoriščanje« (prostitucije), ki jo drugače vsebuje tako Protokol kot Okvirni sklep. Glej *infra*, v glavnem tekstu.

pomeni (ob zvišanju minimuma kazni), da omenjeni element kvalificira temeljno kaznivo dejanje iz prvega odstavka oz. predstavlja *kvalificirano* obliko kaznivega dejanja. To posledično pomeni, da je samo *temeljno* kaznivo dejanje po slovenskem KZ oropano tega znaka – načina storitve kaznivega dejanja, kar se zdi pretirana zaostritev, razširitev polja kriminalnosti prek meja Konvencije oz. njenega Protokola.

Za lažjo ponazoritev zoperstavimo kaznivo dejanje po Protokolu (angleški original in njegov uradni slovenski prevod, objavljen v Ur.l. RS, št. 15, z dne 30.4.2004)⁵ in po Okvirnem sklepu s kaznivim dejanjem, kot je zapisano v slovenskem Kazenskem zakoniku:

Angleški original Protokola (3. člen):

»Trafficking in persons« shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation.

Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs.

Uradni slovenski prevod 3. člena Protokola:

V tem protokolu

(a) »trgovina z ljudmi« pomeni novačenje, prevoz, premestitev, dajanje zatočišča ali sprejemanje oseb zaradi izkoriščanja z grožnjo, uporabo sile ali drugimi oblikami prisile, ugrabitvijo, goljufijo, prevaro, zlorabo pooblastil ali ranljivosti ali dajanjem ali prejemanjem plačil ali koristi, da se doseže soglasje osebe, ki ima nadzor nad drugo osebo. Izkoriščanje vključuje vsaj izkoriščanje prostitucije ali drugih oblik spolne zlorabe oseb, njihovo prisilno delo ali storitve, suženjstvo ali podobna stanja, služabništvo ali odstranitev organov.

Iz 1. člena Okvirnega sklepa (»Kazniva dejanja v zvezi s trgovanjem z ljudmi za namene izkoriščanja delovne sile ali spolnega izkoriščanja«):

1. Vsaka država članica sprejme vse potrebne ukrepe, da zagotovi, da so naslednja dejanja kazniva: novačenje, prevoz, predaja, prenočevanje in naknadni sprejem osebe, vključno z izmenjavo ali prenosom nadzora nad to osebo, kadar:

⁵ Mimogrede, Konvencija SE o ukrepih proti trgovini z ljudmi, ki je predstavljena v nadaljevanju, prevzema isto definicijo trgovine z ljudmi.

- (a) se uporablja prisila, sila ali grožnja, vključno z ugrabitvijo; ali
- (b) kadar se uporablja prevara ali goljufija; ali
- (c) kadar pride do zlorabe pooblastil ali ranljivosti, zaradi katere se oseba znajde v takšnem položaju, da nima druge realne in sprejemljive možnosti, kot da se podredi zlorabi, katere žrtev je; ali
- (d) kadar se izvršujejo oziroma prejemajo plačila oziroma ugodnosti, da se doseže soglasje osebe, ki ima nadzor nad drugo osebo, za namen izkoriščanja dela oziroma storitev te osebe, kar vključuje najmanj prisilno ali obvezno delo oziroma storitve, suženjstvo ali dejavnosti, ki so podobne suženjstvu ali hlapčevstvu, ali za namen izkoriščanja prostitucije drugih oseb oziroma drugih oblik spolnega izkoriščanja, vključno s pornografijo.

Kazenski zakonik RS (387.a člen):

- (1) Kdor zaradi prostitucije ali drugih oblik spolnih zlorab, prisilnega dela, suženjstva, služabništva ali trgovine z organi, človeškimi tkivi ali krvjo drugo osebo kupi, prevzame, nastani, prepelje, proda, izroči, oziroma z njo kako drugače razpolaga ali pri teh ravnanjih posreduje, se kaznuje z zaporom od enega do desetih let.
- (2) Če je dejanje iz prejšnjega odstavka storjeno proti mladoletniku ali pa s silo, grožnjo, preslepitvijo, ugrabitvijo ali zlorabo podrejenega ali odvisnega položaja, ali z namenom prisiljevanja k nosečnosti ali umetni oploditvi, se storilec kaznuje z zaporom najmanj treh let.
- (3) S kaznijo iz prejšnjega odstavka se kaznuje, kdor stori dejanje iz prvega ali drugega odstavka tega člena kot član hudodelske družbe za izvrševanje takih dejanj ali če je bila s tem dejanjem pridobljena velika premoženjska korist.

Iz gornjega shematičnega prikaza je razvidno, da je omenjen element (način storitve) ključni del temeljnega dejanja po Protokolu in Okvirnem sklepu, medtem ko za Kazenski zakonik RS ni potreben – če pa je podan, pa gre za kvalifikatorno okoliščino, ki storilcu prinese povišano kazen.

Poleg tega je moč opaziti razliko med omenjenima dvema mednarodnima dokumentoma in slovensko ubeseditvijo tudi pri omembi »prostitucije«. Medtem ko gornja dva dokumenta med »izkoriščanje« štejeta tudi izkoriščanje (sic!) prostitucije in ne prostitucijo samo, bi si ob branju slovenskega zakonika lahko mislili, da je prostitucija sama po sebi »izkoriščanje«. V KZ se relevantni del stavka namreč glasi »kdor zaradi prostitucije ali drugih oblik spolnih zlorab [...]«, iz česar bi lahko sklepali, da KZ izenačuje prostitucijo in spolno zlorabo oziroma da prostitucijo samo po sebi šteje kot eno izmed oblik spolne zlorabe. To pa ni le v nasprotju z že omenjenima mednarodnima instrumentoma, temveč v nasprotju s samim sabo

(KZ) in kazenskim pravom v širšem smislu (konkretnije, prekrškovnim pravom). KZ namreč ne prepoveduje prostitucije kot take, temveč »zlorabo prostitucije« (nov 186. člen), prav tako pa je bila prostitucija dekriminalizirana leta 2003 (z Zakonom o spremembah in dopolnitvah Zakona o prekrških zoper javni red in mir), kar pomeni, da od takrat naprej ni več niti prekršek.⁶ V tej luči se zdi, da je pri prenosu tematike v slovenski KZ morda prišlo do pomote, spodrsnjaja oz. nenamernega izpusta besedice »izkoriščanje« pred »prostitucijo« v 387.a členu.

Potencialne spremembe kaznivega dejanja trgovine z ljudmi z vidika novih mednarodnih obveznosti RS

Aprila 2006 je Slovenija podpisala Konvencijo Sveta Evrope o ukrepih proti trgovini z ljudmi (EPA 741-IV; v nadaljevanju: Konvencija), ki se dotika trgovine z ljudmi tudi v kazenskopravnem smislu, saj predvideva vrsto ukrepov ali sprememb nacionalne kazenske zakonodaje.⁷

Omenjena Konvencija opredeljuje problem v širšem obsegu in poudarja predvsem pomoč žrtvam, nanaša pa se na vse oblike trgovine z ljudmi, ne le na tisto, ki je povezana z organizirano kriminaliteto (za razliko od prej omenjene Konvencije ZN oz njenega Protokola). Med t.i. bistvene elemente Konvencija prišteva preprečevanje in boj proti trgovini z ljudmi, zaščito temeljnih človekovih pravic in oblikovanje celostnega okvira za zaščito in pomoč žrtvam trgovine z ljudmi brez diskriminacije na kakršnikoli podlagi, zagotovitev učinkovite preiskave in pregona storilcev kaznivih dejanj trgovine z ljudmi, vzpodbujanje mednarodnega sodelovanja in sodelovanja s civilno družbo v ukrepih proti trgovini z ljudmi, zajemanje vseh oblik trgovine z ljudmi (nacionalne in mednarodne, v povezavi in brez povezave z organizirano kriminaliteto) ter vseh namenov trgovine (spolna zloraba, prisilno

⁶ V luči načela *ultima ratio* in legitimnega obsega kazenskopravne prisile (tj. minimalizma pri inkriminiranju) je nov zakon o varstvu javnega reda in miru (ZJRM-1, Ur.l. RS, št. 70/2006; velja od 21.7.2007) sicer storil ponoven korak nazaj, s tem ko je kriminaliziral ponujanje spolnih uslug na javnem kraju na vsiljiv način kot obliko t.i. nedostojnega vedenja (7/3. člen), vkolikor koga moti, povzroči vznemirjenje ali zgražanje ljudi. Z vidika legitimnih podlag za inkriminiranje v sodobni liberalni družbi je omenjena inkriminacija precej problematična, vendar se na tem mestu ne bomo vanjo podrobneje spuščali, saj bi to preseгло namen prispevka. Več o legitimnih in nelegitimnih podlagah npr. v Peršak (2007), (2005).

⁷ V času te raziskave poteka tudi priprava sprememb oz. novele KZ RS s strani kazenskopravnih strokovnjakov, ki sestavljajo delovno skupino po naročilu Ministrstva za pravosodje, vendar avtorici do oddaje prispevka (avg. 2007) ni znano, ali je omenjena skupina predlagala kakšne konkretne spremembe KZ v luči novih mednarodnopravnih obveznosti Slovenije na področju trgovine z ljudmi, in če je, kakšne spremembe je predlagala.

delo, suženjstvo ipd.), in ustanovitev skupine strokovnjakov za ukrepanje proti trgovini z ljudmi z imenom »GRETA«, katere namen naj bi bil spremljanje izvajanja te konvencije. Kar se tiče zaščite žrtev, Konvencija posebej izpostavlja (že med »bistvenimi elementi«), da naj bi žrtvam bila zagotovljena materialna, psihološka, zdravstvena in pravna pomoč; da naj bi obdobje okrevanja in presoje, v katerem si žrtev opomore in sprejme odločitev za sodelovanja z organi pregona, naj ne bilo krajše od 30 dni; v nadaljevanju pa naj bi jim bila – bodisi zaradi osebnega stanja bodisi zaradi sodelovanja z organi pregona in preiskave – dana možnost izdaje obnovljivega dovoljenja za prebivanje.

Vlada meni, da bodo zaradi konvencije potrebne določene spremembe zakonov, med drugim tudi Kazenskega zakonika. Konvencija naj bi namreč predvidevala strožjo kazenskopravno obravnavo ravnanj povezanih s trgovino z ljudmi, prav tako pa nalagala pogodbenicam, da preučijo možnosti uzakonitve kaznivosti uporabe storitev, ki so predmet izkoriščanja (tj. inkriminiranje obiska pri prostitutki – žrtvi trgovine z ljudmi), pod pogojem, da so stranke vedele, da gre za osebe, ki so žrtve trgovine z ljudmi. Pri tem se odpira vrsta kazenskopravnih, kriminoloških in normativnih vprašanj od učinkovitosti pregona in dokazljivosti dejanja do pravne varnosti in problematike legitimnih podlag za inkriminiranje v sodobni liberalni družbi.

Konvencija se loteva materialnega kazenskega prava v četrtem poglavju, v katerem določa, da vsaka pogodbenica sprejme takšne zakonodajne in druge ukrepe, ki so potrebni, da se ravnanja trgovine z ljudmi⁸ obravnava kot kazniva dejanja, kadar so strojena namerno. Slovenija je to storila že z novelo KZ leta 2004. V 21. členu Konvencija predpisuje tudi inkriminiranje poskusa in udeležbe pri omenjenem kaznivem dejanju. Tudi za to je v slovenskem KZ že poskrbljeno, saj zagrožena kazen za kaznivo dejanje trgovine z ljudmi presega 3 leta zapora, ki je po 33. členu KZ splošni mejnik za kaznivost poskusa,⁹ medtem ko je kaznivost udeležbe pokrita s 25.-29. členom KZ. Enako velja za 22. člen Konvencije, ki govori o odgovornosti gospodarskih družb oz. pravnih oseb. V 33. členu KZ je namreč predvidena kazenska odgovornost pravnih oseb, pogoje in ostale podrobnosti v zvezi z njo pa

⁸ Slednja so opredeljena v 4. členu Konvencije in se popolnoma pokrivajo z definicijo trgovine z ljudmi (oz. ravnanji, ki jih to dejanje obsega) iz zgoraj omenjenega Protokola h Palermški konvenciji.

⁹ Poskus je sicer lahko kazniv tudi za dejanja, za katera je predpisana milejša kazen, a le pod pogojem, če zakon to izrecno navaja pri posamičnem kaznivem dejanju.

določa Zakon o odgovornosti pravnih oseb.¹⁰ Slednji v svojem 25. členu med ostalimi kaznivimi dejanji, za katere lahko odgovarja pravna oseba, navaja tudi 387.a člen KZ, torej kaznivo dejanje trgovine z ljudmi. Sicer pa je odgovornost pravnih oseb po Konvenciji lahko kazenska, civilna ali upravna – v skladu s pravnimi načeli države pogodbenice.

V 20. členu Konvencija določa kaznivost dejanj, ki se nanašajo na potovanje in osebne dokumente in predpisuje, da naj vsaka pogodbenica sprejme takšne zakonodajne ali druge ukrepe, kot so morebiti potrebni, da se naslednja dejanja obravnavajo kot kazniva, kadar je podan naklep in namen omogočanja trgovine z ljudmi (*dolus coloratus*): (a) ponarejanje potovalnih ali osebnih dokumentov; (b) pridobitev ali oskrba s takšnim dokumentom; (c) zadržanje, odvzem, prikrivanje, poškodovanje ali uničenje potovalnih ali osebnih dokumentov. Pogled na KZ nam ponovno razkriva, da je za kaznivost omenjenih kaznivih dejanj – celo brez zgoraj omenjenega dodatnega pogoja, tj. obarvanega naklepa – že poskrbljeno v členih 256 (ponarejanje listin), 215 (zatajitev), 221 (prikrivanje) in 224 (poškodovanje tuje stvari) KZ. Sama dejanja bi se tako lahko preganjala¹¹ z že omenjenimi obstoječimi kaznivimi dejanji. V primerih, ko je jasno podan obarvan naklep (»namen omogočanja trgovine z ljudmi«), pa bi omenjena ravnanja lahko morda šteli tudi kot obliko udeležbe – pomoči pri kaznivem dejanju trgovine z ljudmi.

Konvencija v 24. členu našteva tudi vrsto okoliščin, za katere naj bi države pogodbenice poskrbele, da se obravnavajo kot obteževalne okoliščine pri določanju kazni in sicer, če je kaznivo dejanje: (a) namerno ali iz hude malomarnosti ogrozilo življenje žrtve, (b) bilo storjeno zoper otroka, (c) bilo storjeno s strani javnega uslužbenca pri opravljanju svojih dolžnosti, ali (d) bilo storjeno v okviru kriminalne organizacije. Pri odmeri kazni mora slovenski sodnik/-ca upoštevati vse okoliščine, ki vplivajo na to, ali naj bo kazen večja ali manjša, zlasti (a ne izključno) pa določene okoliščine, ki jih zakon posebej navaja v 41. členu: stopnjo storilčeve krivde, stopnjo ogrožanja ali kršitve zavarovane dobrine itd. Ogrožanje življenja žrtve (iz prve točke 24. člena Konvencije) bi gotovo lahko šteli (in morali šteti) za obteževalno okoliščino po tem splošnem pravilu za odmero kazni. Kar se tiče obteževalnih okoliščin, če je dejanje bilo storjeno proti otroku (po Konvenciji to pomeni osebi stari manj kot 18 let) ali v okviru kriminalne organizacije (točki (b) in (d)), lahko vidimo, da ju obstoječa

¹⁰ ZOPOKD-UPB1, Ur. L. RS, št. 98/2004, z dne 9.9.2004 (uradno prečiščeno besedilo).

¹¹ In to celo lažje preganjala z omenjenimi kaznivimi dejanji, saj so obarvani naklepi težje dokazljivi.

slovenska zakonodaja celo strožje obravnava – ne kot obteževalne okoliščine (ki so stvar proste presoje sodnika), temveč kar kot kvalifikatorne okoliščine, ki torej – če so podane – naredijo iz temeljnega kaznivega dejanja trgovine z ljudmi kvalificirano kaznivo dejanje po drugem ali tretjem odstavku 387.a člena. Drugi odstavek namreč določa, da se izreče kazen zavora najmanj 3 let, če je bilo dejanje (med drugim) storjeno proti mladoletniku, ista kazen pa sledi tudi v primeru, da je storilec član »hudodelske združbe za izvrševanje takih dejanj« (tretji odstavek). V primeru okoliščine iz točke (c), tj. če je bilo dejanje storjeno s strani javnega uslužbenca pri opravljanju svojih dolžnosti, bi si morda lahko prav tako pomagali s splošnimi pravili odmere kazni – okoliščine, izrecno omenjene 41. členu, so namreč le primeroma naštetje –, vendar je seveda to v konkretnem primeru prepuščeno presoji sodnika. Zakonodajalec bi se lahko alternativno tako odločil, da omenjeno okoliščino povzdigne v zakonski znak in jo naredi za nov, dodatni kvalifikatorni element, npr. v okviru 2. ali 3. odstavka 387.a člena, vendar tega Konvencija izrecno ne zahteva.

Konvencija nadalje v 26. členu govori o nekaznovanju: »Vsaka pogodbenica v skladu s temeljnimi načeli svojega pravnega sistema predvidi možnost, da ne naloži kazni žrtvam zaradi njihove vpletenosti v nezakonite dejavnosti, če so bile v to prisiljene.« Gre za institut odpustitve kazni, ki ga pozna tudi slovenski kazenskoopravni red. Kazenski zakonik tako v 44. členu določa, da sme sodišče storilcu kaznivega dejanja odpustiti kazen, kadar to zakon posebej določa.¹² Ker mora zakon možnost odpustitve kazni za posamezno kaznivo dejanje ali sklop dejanj posebej omeniti, bi v tem pogledu morali dopolniti 387.a člen tako, da se ta možnost posebej določi. Ker pa ne gre za možnost odpustitve kazni storilcu kaznivega dejanja trgovine z ljudmi, temveč njeni žrtvi oz. oškodovancu (ki je hkrati storilec nekega drugega protipravnega dejanja), bi bilo morda bolje, da bi zakonodajalec dopolnitev priobčil kar pri 44. členu, npr. v naslednji obliki: »[kadar zakon to določa] ali kadar gre za žrtev trgovine z ljudmi, ki je bila prisiljena v storitev določenega nezakonitega dejanja«. Seveda vsako »nezakonito« dejanje ni nujno kaznivo dejanje, lahko je tudi samo prekršek (npr. ponujanje spolnih uslug na javnem kraju, ki povzroči zgražanje), zato bi moral omenjen institut uporabljati tudi prekrškovni organ, kar posledično pomeni, da bi bilo treba opremiti 26/7. člen Zakona o prekrških (odpustitev globe in drugih sankcij) s podobnim dostavkom glede žrtev trgovine z ljudmi.

¹² V 45. členu pa navaja še posebej razlog za odpustitev kazni in sicer, če so posledice dejanja (storjenega iz malomarnosti) storilca tako prizadele, da izrek kazni očitno ne bi bil upravičen.

Za trgovino z ljudmi je po slovenskem KZ predvidena zaporna kazen od enega do 10 let. Deset let je dolga zaporna kazen in vkolikor so dolgotrajne zaporne kazni sploh učinkovite in odvračevalne – in precejšnji del stroke poudarja, da niso –, obstoječa kazen zadostuje. Konvencija v 23. členu zahteva poleg učinkovitosti in odvračilnosti tudi sorazmernost kazni (načelo proporcionalnosti) storjenemu zločinu, in v tej perspektivi težka (desetletna) kazen odgovarja hudemu kaznivemu dejanju, kot trgovina z ljudmi nedvomno je. Prav tako se vklaplja v obstoječo sistematiko kazenskih sankcij, zato se zdi kakršnokoli spreminjanje predpisane kazni nepotrebno. Omenjeni člen Konvencije predvideva, da pogodbenice določijo tudi ukrepe, ki so potrebni za zaseg ali kakšen drugačen odvzem pripomočkov in premoženjske koristi pridobljene iz kaznivih ravnanj (ali premoženja, ki ustreza vrednosti takšne premoženjske koristi) ter ukrepe, ki so potrebni za začasno ali stalno zaprtje dejavnosti, ki bi bila uporabljena za izvajanje trgovine z ljudmi oz. začasno ali trajno onemogočenje opravljanja dejavnosti, v okviru katere je bilo storjeno kaznivo dejanje. Primerljivi ukrepi slovenske zakonodaje obstajajo v okviru 69. člena (odvzem predmetov), členov 95-98 (odvzem premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem) ter varnostnega ukrepa iz 67. člena (prepoved opravljanja poklica); slednji pa določa začasno, največ 5-letno prepoved.

Nazadnje se dotaknimo še ideje o inkriminiranju uporabe storitev žrtve (19. člen Konvencije).¹³ Ker gre pri »storitvah žrtve« običajno za primer prostitucije, si velja poglobljeno ogledati ureditev na Švedskem. Švedska je namreč edina država v Evropi, v kateri je trenutno inkriminirana uporaba storitev prostitutk (ne sicer v okviru trgovine z ljudmi, temveč »prostovoljne« prostitucije).¹⁴ Glavna obrazložitev zakona (sprejetega leta 1998), katerega namen je inkriminirati kliente ne pa prodajalcev ali prodajalk spolnih storitev, izhaja iz prepričanja, da je prostitucija vrsta strukturnega nasilja. Uradni diskurz ne razlikuje med prostovoljno in prisilno prostitucijo, temveč šteje vsakršno prostitucijo za nasilje.¹⁵ Pomembno je poudariti, da je na Švedskem zelo močna radikalna feministična perspektiva, slednja pa v prostituciji vidi kršitev pravic ženske in meni, da se nikoli ne more vstopiti v prostitucijo »svobodno« (za razliko od t.i. liberalne ali pogodbene feministične perspektive),

¹³ »Vsaka pogodbenica preuči sprejetje takšnih zakonodajnih in drugih ukrepov, kot so morebiti potrebni, da se uporaba storitev, ki so predmet izkoriščanja, kot določa odstavek a iz 4. člena te konvencije, obravnava kot kazniva dejanja po njeni notranji zakonodaji, če je znano, da je oseba žrtev trgovine z ljudmi.«

¹⁴ Gould, str. 437.

¹⁵ »Ideja, da bi na prostitucijo lahko gledali kot na prostovoljno dejavnost, kot na službo, stvar izbire tako kot druge službe, je predstavljala anatemo za švedsko miselnost.« Gould, str. 445.

temveč da je to pojav, ki inherentno v sebi nosi nasilje in izkoriščanje žensk v patriarhalni družbi.

Pravno gledano se ob ideji inkriminiranja strank (oz. uporabe storitev) poraja vprašanje legitimnega obsega kazenskopravne prisile in nasplošno problematike legitimnih podlag za inkriminiranje v sodobni liberalni družbi, tj. družbi, ki prisega na človekove pravice in svoboščine ter ceni posameznikovo svobodo in individualnost. Na prvi pogled se namreč zdi, da za inkriminiranjem uporabe stoji »pravni moralizem« (Feinberg), ki pa ne velja za legitimno podlago kriminalizacije v liberalni družbi. Zgolj škoda (*harm*), ki jo posameznik povzroči ali lahko povzroči drugemu, velja za upravičeno podlago kazenskopravne prepovedi. To pa pomeni, da bi prostitucijo (in posledično njeno uporabo oz. uporabo storitev) samo po sebi morali dojemati kot kazenskopravno »škodo«, da bi bila država upravičena posegati na to področje človekovega ravnanja. V nasprotnem primeru bi inkriminirali na podlagi pravnega moralizma (ali pravnega paternalizma), kar bi naredilo zakonodajno aktivnost na tem področju nelegitimno. Čeprav naj bi liberalna misel na Švedskem ne uživala široke podpore, svoje nazore raje zagovarjajo prek diskurza kazenskopravne škode (*harm*), ne moralnosti oz. nemoralnosti: prostitucija zanje ni nemoralna, temveč škodljiva.¹⁶ Pri tem pa se je treba zavedati političnega konteksta oz. moči feministične perspektive na Švedskem, zaradi katere so drugačna stališča redko izražena oz. kar nesprejemljiva. Eriksson¹⁷ poudarja, da je feminizem na Švedskem prerasel iz gibanja v odgovornost vlade in da predstavlja dejansko del narodne identitete. Kljub temu, da je feminizem igral močno vlogo pri sprejemu zakona, pa Gould poudarja, da so bili za uspeh odločilni tudi naslednji dejavniki: zveza med drogami in prostitucijo (veliko prostitutk naj bi bilo po njihovih raziskavah uživalk droge) je ponudila simbolični diskurz za državni poseg, strahovi pred tujimi prostitutkami (zlasti iz Vzhodne Evrope) in infekcijo, strah pred liberalnimi pristopi drugih držav (npr. Nizozemske) in švedska šibka liberalna tradicija, ki je onemogočila prodor liberalnega argumenta glede prostitucije.¹⁸ Ker je bil zakon predstavljen kot del boja za enakost med spoloma, ga je bilo težko javno kritizirati. A posledice govorijo same zase. Med dobrimi rezultati Eriksson

¹⁶ Kljub temu so nasprotniki zakona očitali predlagateljem, da gre v resnici za »neo-moralizem« (Bard, v Gould, str. 446) in temu mnenju se je pridružilo mnogo prostitutk. »Prostitutka, ki je bila zadnjih 20 let politično aktivna in je predstavljala zagovornico pravic spolnih delavk, je ugovarjala trditvi, da je spolno delo (*sex work*) sinonimno z zlorabo, nasiljem ali drogami; ali da bi bila spolna industrija izraz mizoginije in neenakosti« (Gould, str. 447). Pojmovanje teh žensk kot žrtev je po njihovem prepričanju »puritansko« (*ibidem*).

¹⁷ Eriksson, str. 1

¹⁸ Gould, str. 437.

omenja, da je po uveljavitvi zakona nekaj žensk res nehalo s prostitucijo in da 80% prebivalstva podpira zakon, a po drugi strani se je veliko prostitutk le umaknilo iz ulic in začelo delati na svoje ali v nezakonitih javnih hišah, s čimer pa so postale odvisne od zvodnikov. Situacija se je znatno poslabšala tudi za ulične prostitutke: zaradi ilegalnosti so klienti bolj napeti, vsa transakcija se odvija hitreje, zato ženska nima časa presoditi, ali gre za dobro stranko ali nasilno; nasilje nad prostitutkami s strani klientov se je povečalo; zaradi upada povpraševanja, si prostitutke ne morejo več privoščiti, da bi klienta zavrnile, zato pristajajo tudi na nevaren spolni odnos itd.¹⁹

Poleg tega bi v kontekstu trgovine z ljudmi najbrž naleteli še na posebej velike težave pri dokazovanju, da je stranka vedela, da gre pri konkretni prostitutki za »žrtev trgovine z ljudmi«. Dodaten pragmatičen argument, ki so ga izpostavili tudi nasprotniki zakona na Švedskem, pravi, da kazenskoppravna prepoved ne deluje; da to ne bo izkoreninilo dejavnosti (prostitucije), temveč jo le pognalo (globlje) na črni trg, kjer ni ne varnosti ne nadzora. Prav z vidika trgovine z ljudmi je še posebej pomembno, da se ne zapravi možnost naznanitve kaznivega dejanja s strani stranke. Če je klientovo početje označeno za kaznivo, ga bo to odvrnilo od naznanitve, saj bi se s tem dejanjem tudi sam inkriminiral.²⁰

Ker Konvencija ne predpisuje inkriminiranja uporabnikov, temveč zgolj svetuje preučitev možnosti sprejetja tovrstnih ukrepov, feminizem pa pri nas nima tolikšne politične moči kot na Švedskem,²¹ in ker vlada doslej še ni napovedala oz. predlagala omenjene razširitve obsega kriminalnosti, se zdi, da omenjena inkriminacija trenutno ni zelo verjetna.

Sklepna misel

Kazenski zakonik je – podobno kot Ustava – pravni akt, ki vsebuje nekatere temeljne vrednote obstoječe družbe. Podobno kot Ustava naj bi se tudi spreminjal (popravljal, noveliral) čim redkeje. Načelo *ultima ratio*, po katerem naj bi se zatekli h kazenskoppravni

¹⁹ Eriksson, str. 2.

²⁰ Na Švedskem je do tega tudi prišlo. Gl. Eriksson, str. 2.

²¹ Nekateri opažajo, da pri nas feministke sploh niso sodelovale v preteklih debatah o prostituciji in trgovini z ljudmi (Hrženjak, str. 5).

prepovedi kot zadnjemu sredstvu (*last resort*), ne velja le za sprejemanje nove kazenske zakonodaje, novo inkriminiranje, novo širitev polja kriminalnosti, temveč tudi za razširjanje in podobno spreminjanje obstoječe zakonodaje. Pogodbe se seveda mora spoštovati in konvencija je mednarodni sporazum, zato je Slovenija zavezana ustrezno prilagoditi svojo zakonodajo v luči svojih novih mednarodnopravnih obveznosti, v kolikor je to potrebno. Lahko se namreč izkaže, da ni nujno potrebno, saj se z obstoječim arzenalom kaznivih dejanj in uporabo institutov splošnega dela KZ, doseže enak učinek. V teh primerih je lahko dodatno poseganje in spreminjanje KZ bolj škodljivo kot koristno. Kljub temu, da obstajajo določene pomanjkljivosti obstoječega besedila trgovine z ljudmi in določene novosti iz Konvencije, zaradi katerih bi veljalo ustrezno spremeniti obstoječi 387.a člen, bi bilo to zaželeno početi z omenjenim caveatom minimalnega, zgolj nujnega poseganja v kazenskopravno materijo v mislih.

Literatura

- Aronowitz, A.A. (2001). Smuggling and Trafficking in Human Beings: The Phenomenon, The Markets That Drive It and the Organisations That Promote It. **European Journal on Criminal Policy and Research – Illegal Markets and Practices**, let. 9, št. 2, str. 163-195.
- Bavcon, L., Šelih, A., Filipčič, K., Jakulin, V. in Korošec, D. (2003). **Kazensko pravo: splošni del**. Ljubljana, Uradni list RS.
- Eriksson, J. (2005). The 'Swedish model' – arguments, consequences (prispevek predstavljen v okviru konference **Prostitution in Europa – Nationale Gesetze und europapolitische Perspektiven**, Feministisches Institut der Heinrich-Böll-Stiftung, 16.3.2005, Berlin; dostopno tudi na spletni strani:
http://66.102.9.104/search?q=cache:pTOWOew_vg4J:www.glow-boell.de/media/de/txt_rubrik_2/160305LLVortrag_Eriksson.pdf+criminalisation+%2Bclients+%2Bprostitution&hl=en&ct=clnk&cd=9 (zadnji dostop: 5.7.2007))
- Feinberg, J. (1984). **Harm to Others - The Moral Limits of the Criminal Law**. United Kingdom, Oxford University Press.
- Feinberg, J. (1988). **Harmless Wrongdoing - The Moral Limits of the Criminal Law**. United Kingdom, Oxford University Press.
- Gould, A. (2001). The Criminalisation of Buying Sex: the Politics of Prostitution in Sweden. **Journal of Social Policy**, let. 30, št. 3, str. 437-456.
- Hrženjak, M. (neznan) Framing Prostitution and Trafficking in Slovenia (dostopno na internetu: http://66.102.9.104/search?q=cache:_wfDqVcaOA0J:www.mirovni-institut.si/eng_html/publications/Framing%2520prostitution.doc+Criminal+code+of+Slovenia+%2Bpimping&hl=sl&ct=clnk&cd=8; zadnjič dostopljeno: 7.7.2007)
- Interpol. (2001). **International Criminal Police Review – special issue: Combating the traffic in human beings**, št. 487-488.
- IOM (pripravila Elizabeth Kelly). (2002) **Journeys of Jeopardy: A Review of Research on Trafficking in Women and Children in Europe**, št. 11.
- Kanduč, Z. (2002). **Žrtve, viktimizacije in viktimološke perspektive**, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti, Ljubljana.
- *Kazenski zakonik RS, Ur. l. RS, št. 95/2004, z dne 27.8.2004 (uradno prečiščeno besedilo)*
- Lehti, M. (2003). **Trafficking in women and children in Europe**, HEUNI Papers, no. 18, Helsinki, HEUNI.

- MOM, Mirovni inštitut (2003). **Where in the Puzzle: Trafficking from, to and through Slovenia.** Ljubljana, International Organization for Migration.
- Oberstar, J. (2002). Nekatera aktualna evropska migracijska vprašanja: pravo in praksa držav EU in Slovenije. **Pravna praksa**, št. 21: priloga.
- Oberstar, J. (2003). Migracije, trgovina z ljudmi in zaščita žrtev, **Pravna praksa**, št. 8, str. vi Priloge.
- *Okvirni sklep Sveta z dne 19. julija 2002 o boju proti trgovanju z ljudmi (2002/629/JHA)*
- Peršak, N. (2003). O novodobnem suženjstvu, tihotapljenju in izkoriščanju ljudi. **Revija za kriminalistiko in kriminologijo**, let. 54, št. 1, str. 52-60.
- Peršak, N. (2005). Škodljivost dejanja kot vrednostno merilo inkriminiranja. V: Šelih, A. (ur.), **Sodobne usmeritve kazenskega materialnega prava.** Ljubljana, Inštitut za kriminologijo.
- Peršak, N. (2005). Trgovina z ljudmi in migracije: pogled od spodaj. V: Kanduč, Z. (ur.), **Kriminaliteta, družbeno nadzorstvo in postmodernizacijski procesi,** Ljubljana, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti.
- Peršak, N. (2006). **Trafficking and Prostitution: Relational Issues** (vabljen predavanje na mednarodni delavnici Mirovnega inštituta: Gendered Migration, Sex Work and Exploitation – Trafficking in Women and Prostitution, Hostel Celica, 3. – 4.3.2006), Ljubljana.
- Peršak, N. (2007). **Criminalising Harmful Conduct: Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts.** New York, Springer.
- *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the UN Convention against Transnational Organized Crime. A/RES/55/25.*
- *Zakon o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja, Ur. L. RS, št. 98/2004, z dne 9.9.2004 (uradno prečiščeno besedilo)*
- *Zakon o varstvu javnega reda in miru (ZJRM-1), Ur.l. RS, št. 70/2006, z dne 6.7.2006*

Sodobna gospodarska kriminaliteta

doc. dr. Liljana Selinšek*

1. UVOD

Gospodarska kriminaliteta predstavlja celoto v določenem času in na določenem območju izvršenih kaznivih dejanj znotraj širše sfere gospodarstva, za katero so lahko odgovorne fizične in/ali pravne osebe, usmerjena pa so lahko zoper gospodarski sistem kot celoto, zoper gospodarske subjekte ali zoper subjekte, ki so uporabniki blaga ali storitev iz gospodarske dejavnosti oziroma kako drugače povezani z gospodarstvom.

Usmeritve kazenskega materialnega prava na področju sodobne gospodarske kriminalitete so vsekakor pomemben dejavnik v boju zoper to kriminaliteto. Gre za kompleksna vprašanja, ki zajemajo teoretične, sistemske, praktične, historične in morda še kakšne vidike. V tem prispevku bo poudarek na treh vprašanjih oziroma tematskih sklopih:

- najprej bo v obliki razmišljanja obravnavano vprašanje, ali bi bilo zaradi praktičnih potreb treba na zakonodajni in teoretični ravni dati prednost t.i. spremljevalni kriminaliteti, in ali ta kriminaliteta lahko predstavlja neke vrste uravnotežni mehanizem med visokimi dokaznimi standardi na eni strani in učinkovitostjo kazenskega pravosodja na področju gospodarske kriminalitete na drugi strani;
- nato bo pozornost namenjena sistemskim vidikom objektov varstva gospodarskih kaznivih dejanj, pri čemer bo poudarek na vprašanju, kako *de lege ferenda* urediti zlorabo položaja ali pravic (244. člen Kazenskega zakonika¹);
- tretji del pa je namenjen analizi poglavja kaznivih dejanj zoper gospodarstvo (24. poglavje KZ) kot celote s predlogi morebitnih sprememb.

Pri obravnavi navedenih tem so značilnosti kapitalističnega oziroma tržnega gospodarskega sistema, kamor sodi tudi naše gospodarstvo, upoštevane kot dejstvo, saj s kazenskim pravom sistemsko naravnanih usmeritev družbe ni mogoče korigirati.

* Liljana Selinšek, doktorica pravnih znanosti, docentka za predmetno področje kazenskega prava, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Mladinska ulica 9, 2000 Maribor.

¹ Kazenski zakonik (dalje KZ), uradno prečiščeno besedilo, Ur.l. RS, št. 95/2004.

Prispevek se omejuje na vprašanja, povezana s posebnim delom KZ. Splošni del kazenskega prava in ureditev odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja po Zakonu o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja nista predmet tega raziskovalnega sklopa.²

2. STRANSKI (SPREMLJEVALNI) KRIMINAL NA PODROČJU GOSPODARSKE KRIMINALITETE

Naše kazensko pravo je prilagojeno reagiranju na klasično kriminaliteto. Pri sofisticiranih sodobnih oblikah gospodarskega kriminala se v praksi zadeve običajno zataknejo že pri (preveč) komplicirano ali celo nelogično določenih zakonskih znakov kaznivih dejanj (primer: zloraba notranje informacije iz člena 243 KZ); pa tudi tam, kjer je organom pregona vsaj približno jasno, kaj (naj) sploh iščejo, se (pre)pogosto izgubijo v nepregledni množici poslovne dokumentacije, ki je po možnosti vodena nepravilno in konfuzno, ter poslovnih informacij, ki zbuja dvome o tem, ali je bilo v konkretnem primeru sploh mogoče ravnati drugače (oziroma prav). Prvo oviro, torej slabo zakonodajno opredeljevanje gospodarskih kaznivih dejanj, je mogoče razmeroma enostavno odpraviti; kljub temu pa ostaja druga ovira, se pravi masovnost in komplicirana struktura gospodarskih procesov odločanja in ravnanja. Slednje pogosto onemogoča oblikovanje jasne in nesporne predstave o dejanskem dogajanju, ki je s kazenskopravnega zornega kota seveda nujen pogoj za subsumpcijo ravnanja, ki je privedlo do prepovedane posledice, pod ustrezen opis kaznivega dejanja. To niso problemi samo naše države in našega kazenskega prava, ampak gre za situacijo, ki je praktično enako prepoznavna v pravnih redih anglosaškega in kontinentalnega tipa. Odgovor na vprašanje, kako rešiti to zagato na praktični ravni, je v bistvu splošno znan že od takrat, ko so ameriški pravosodni organi opravili s primerom Al Capone. Danes v ZDA ugotavljajo, da je t.i. *sideshow prosecution*³ oziroma pregon za spremljevalna oziroma stranska (praviloma manj huda) kazniva dejanja čedalje bolj pogost in pomemben način reagiranja zoper posameznike, ki jim težjih oblik gospodarskega kriminala preprosto ni mogoče dokazati.⁴ Tudi nemška teorija poudarja pomen t.i. *Begleitkriminalität* oziroma spremljevalne kriminalitete. Gre za kazniva dejanja, ki se tipično pojavljajo poleg gospodarskega kriminala, pri čemer nekatera

² Zakon o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja (dalje ZOPOKD), uradno prečiščeno besedilo, Ur.l. RS, št. 98/2004.

³ *Sideshow prosecution* oziroma stranska preiskava se v literaturi definira kot pojav, ko se glavni akterji v odmevnih zadevah, povezanih z gospodarskim kriminalom, ne obtožijo za dejanja, povezana z glavno zadevo, ampak za druga, manj nevarna dejanja, ki jih preiskovalci odkrijejo med preiskavo glavne zadeve (npr. za goljufijo, uničenje listin, davčno utajo, krivo pričanje ipd.).

⁴ Več o tem v povezavi s finančnimi škandali, ki so pretresli ZDA v začetku tega tisočletja, piše npr. Oesterle.

izmed njih (zlasti ponareditev ali uničenje poslovnih listin in zatajitev finančnih obveznosti) predstavljajo klasična kazniva dejanja, ki jih je (oziroma naj bi jih bilo) relativno enostavno odkriti in tudi dokazati⁵ (to pa recimo ne velja za pranje denarja in korupcijo, ki po stališčih nemške teorije prav tako sodita med spremljevalna dejanja gospodarskih deliktov). Zastavlja se torej vprašanje, ali je zaradi zagotavljanja ustreznega razmerja med dokaznimi standardi pri težjih in kompleksnejših gospodarskih kaznivih dejanjih na eni strani in učinkovitostjo kazenskega pravosodja na drugi strani potrebno tudi na zakonski ravni dati poudarek manj nevarnim, spremljevalnim oziroma stranskim kaznivim dejanjem, ki so sama zase še vedno dovolj nevarna, da tudi *ultima ratio* načelo dovoljuje njihovo inkriminacijo, hkrati pa bistveno lažje dokazljiva kot npr. lažni stečaj, borzni delikti in podobno.

V zvezi z zastavljenim vprašanjem je treba ločevati praktične vidike spremljevalne kriminalitete od zakonodajnih in teoretičnih. Praktično gledano, je seveda takšen pristop s strani organov pregona razumljiv in pričakovan. Namesto dolgih in dragih preiskav in postopkov z negotovim izidom je za državnega tožilca v vseh pogledih ugodnejši postopek, ki ga je mogoče zaključiti hitro in z visoko stopnjo verjetnosti, da bo izrečena obsodilna sodba. Ameriške izkušnje kažejo, da je bilo nekoč zatekanje k obtožbam za stranska kazniva dejanja izjema, ki so jo preiskovalci uporabili, ko so izčrpali vse ostale možnosti, danes pa postaja prevladujoč model za pregon glavnih akterjev večjih finančnih, poslovnih in drugih gospodarskih škandalov. Javno mnenje je s tem večinoma zadovoljno, preiskovalci pa tudi, saj uspejo zagotoviti, da so »velike ribe« razmeroma hitro in visoko kaznovane, pa čeprav ne ravno za svoje najhujše grehe. Zakonodajalec je v ZDA takšno prakso »blagoslovil« s tem, da je s t.i. Sarbanes - Oxley Act-om (SOX⁶) iz leta 2002, ki je bil sprejet kot odziv na finančne skandale, ki so vrstili v tistem času, znatno (to pomeni tudi za 400%) zvišal zagrožene kazni za goljufije, opustitve razkritja podatkov in oviranje postopkov, ki so tipični primeri spremljevalne kriminalitete. Poleg tega sta bili inkriminirani dve novi dejanji, ki prav tako sodita v ta sklop – odgovornost vodstvenih organov družbe za potrditev računovodskih poročil in maščevanje ovaditeljem. Zagrožene kazni za navedena dejanja segajo do 10, do 20 in celo do 25 let zapora, pri nekaterih dejanjih pride v poštev tudi denarna kazen do enega ali do pet milijonov USD.⁷

⁵ Več o tem Wabnitz, Janovsky, s. 13.

⁶ Sarbanes - Oxley Act je dostopen na <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/gwbush/sarbanesoxley072302.pdf>.

⁷ O tem obširneje Oesterle.

Ameriški model zakonodajnega reagiranja na hujše oblike gospodarskega kriminala z drastičnim povečanjem zagroženih kazni za manj huda kazniva dejanja in uvajanjem novih kaznivih dejanj, ki so vprašljiva s stališča zahteve po nevarnosti kaznivega dejanja, vsekakor ni primerna rešitev za našo ureditev. Nobene logike ni v tem, da bi bila npr. za preprečitev dokazovanja (290. člen KZ) zagrožena enako visoka kazen kot za umor (127. člen KZ). S takim pristopom bi se porušilo notranje ravnovesje v posebnem delu KZ in na široko odprla vrata za zaostrovanje represije in s tem kršitev temeljnih načel, na katerih sloni kazensko pravo. Na zakonodajni ravni bi bilo sicer ustrezno razmisliti o dodatni inkriminaciji nekaterih ravnanj (podrobneje je o tem govor v četrtem delu tega prispevka); sicer pa je pregon dejanj, ki jih lahko uvrstimo med spremljevalno kriminaliteto težjih oblik gospodarskega kriminala, v prvi vrsti v rokah prakse, in sicer ne le organov pregona, pač pa tudi organov sojenja, ki lahko v posameznem primeru s pravočasno uporabo določbe 33. člena⁸ Zakona o kazenskem postopku⁹ zagotovijo, da pregon za spremljevalna kazniva dejanja med postopkom ne bo zastaral.¹⁰

Pri nas trenutno ni razpoložljivih podatkov, ki bi omogočali podrobnejšo analizo možnih učinkov (pozitivnih in negativnih) pregona za stranska kazniva dejanja na področju gospodarske kriminalitete. Teoretično gledano bi se lahko pojavile dileme, povezane z vprašanji generalne, pa tudi specialne prevecije, vendar namesto razprave na ravni ugibanj raje spomnimo na staro ljudsko modrost: *bolje vrabec v roki, kot golob na strehi*.

3. SISTEMSKI VIDIKI OBJEKTOV VARSTVA GOSPODARSKIH KAZNIVIH DEJANJ

⁸ 32. člen ZKP določa, da je za primere, ko je ista oseba obdolžena več kaznivih dejanj in je za nekatera od njih pristojno okrajno, za druga pa okrožno sodišče, pristojno okrožno sodišče; če so pristojna sodišča iste vrste, pa je pristojno tisto sodišče, ki je prvo začelo postopek oziroma pri katerem je bila najprej zahtevana uvedba postopka. Pravilo je torej enoten postopek. Vendar pa lahko skladno s 33. členom ZKP pristojno sodišče do konca glavne obravnave iz tehtnih razlogov ali zaradi smotnosti odloči, da se postopek o posameznih kaznivih dejanjih ali zoper posamezne obdolžence izloči in dokonča posebej, ali pa odstopi drugemu pristojnemu sodišču. Odločitev o tem je v diskreciji sodišča, zoper njo pa ni pritožbe.

⁹ Zakon o kazenskem postopku (ZKP), uradno prečiščeno besedilo, Ur.l. RS, št. 32/2007.

¹⁰ Načelo oficialnosti iz 20. člena ZKP namreč državnemu tožilcu pri težjih oblikah gospodarskega kriminala načeloma ne dovoljuje ocenjevanja smotnosti pregona glede na realno možnost za obsodilno sodbo, zato mora poleg spremljevalnih preganjati tudi glavno kaznivo dejanje. Zaradi pravila o enotnem postopku se tako lahko zgodi (in se pogosto tudi zgodi), da pregon za spremljevalno kaznivo dejanje tekom postopka zastara.

Ta del prispevka ni namenjen podrobnejši obravnavi objektov varstva posameznih gospodarskih kaznivih dejanj, ampak razpravi o generalnem objektu varstva te skupine kaznivih dejanj. Z gospodarskimi kaznivimi dejanji se varujejo vrednote in dobrine, temelječe na gospodarskem pravu. Gospodarsko pravo je vsebinsko zelo široko, saj je z njim pravno urejen gospodarski sistem države kot ekonomska kategorija, ki temelji na načelih ekonomske politike in se istočasno varuje z ukrepi te politike.¹¹ Gospodarska kazniva dejanja v bistvu sankcionirajo kršitve pravil sicer dovoljene igre med gospodarskimi subjekti na trgu, s čimer naj bi se preprečilo nezakonito bogatenje enih in neupravičeno osiromašenje drugih. Kot generalni objekt varstva gospodarskega kazenskega prava oziroma kot vrednota, ki se varuje v okviru tega prava, se pogosto navaja gospodarski sistem oziroma gospodarstvo. Gospodarstvo je kot celota vseh smotrnih dejavnosti za načrtno pridobivanje dobrin za zadovoljevanje človekovih potreb preširoko, da bi ga lahko šteli za neposredni objekt varstva gospodarskega kazenskega prava. Iz posebnega dela KZ pa izhaja, da ima ta ugotovitev izjemo – pri štirih kaznivih dejanjih zakonik bodisi kot hujšo posledico ali pa kot enega izmed alternativnih zakonskih znakov temeljne oblike dejanja opredeljuje »motnje v gospodarstvu države« oziroma »motnje v preskrbi gospodarstva« oziroma »hujše motnje v gospodarstvu«.¹² Pri teh kaznivih dejanjih je v določenem delu gospodarstvo v svojem najširšem pomenu opredeljeno kot neposredni objekt kazenskopravnega varstva. Pri vseh ostalih kaznivih dejanjih pa so varstveni objekt posamezne vrednote in dobrine s širšega področja gospodarstva.

Gospodarstvo kot temeljno vrednoto oziroma objekt kazenskopravnega varstva je torej treba razumeti tako, da ta pojem predstavlja krovni izraz za skupnost vrednot in dobrin iz širše sfere gospodarstva. Glede na pravno zavarovane vrednote in dobrine, ki temeljijo na načelu zaupanja v gospodarstvu, lahko gospodarska kazniva dejanja razdelimo na tista, ki:¹³

- ščitijo gospodarstvo kot celoto pred motnjami;

¹¹ Pojem gospodarskega prava v obsegu, v kakršnem se danes uporablja v Republiki Sloveniji, zajema urejanje statusnopravnih vprašanj družb in urejanje poslov, ki jih družba sklepa pri opravljanju svoje dejavnosti, pa tudi vprašanja intelektualne lastnine in varstva konkurence ter pravo vrednostnih papirjev, stečajno pravo ipd. V sklop gospodarskega prava dalje sodijo tudi posebne ureditve posameznih gospodarskih dejavnosti (zavarovalništvo, bančništvo, javna podjetja). Prim. Ivanjko, Kocbek, s. 56, 58.

¹² To so ponarejanje denarja (tretji odstavek 249. člena KZ), ponarejanje in uporaba ponarejenih vrednostnih ali vrednostnih papirjev (četrti odstavek 250. člena KZ), poškodovanje ali uničenje javnih naprav (320. člen KZ) ter financiranje terorističnih dejanj (388. člen KZ).

¹³ Več o tem gl. Selinšek, *Gospodarsko ...*, s. 162 – 171.

- ščitijo gospodarsko poslovanje (zavarovane dobrine so načelo vestnosti in poštenja v gospodarskih zadevah, načelo enakosti, upniške terjatve, zaupanje v poslovni promet, nadzor v gospodarskem poslovanju, kreditni promet, trg kapitala);
- ščitijo odnose med gospodarskimi subjekti (zavarovane dobrine so lojalna konkurenca, enako obravnavanje upnikov, stečajna masa, varstvo potrošnikov, industrijska lastnina) in
- ščitijo odnose v gospodarskem subjektu (zavarovane dobrine so premoženje gospodarskega subjekta, poslovna skrivnost).

V zvezi z objekti varstva gospodarskih kaznivih dejanj se na sistemski ravni pojavlja vprašanje, do kake mere sankcionirati bogatenje posameznika na račun drugega. To je ena od značilnosti kapitalističnega gospodarskega sistema, zato dokončnih odgovorov na to vprašanje ni, razprave pa so bolj filozofskega, kot pravnega značaja. *In concreto* je na pravni ravni to vprašanje najprimerneje obravnavati v obliki kritične ocene kaznivega dejanja zlorabe položaja ali pravic iz 244. člena KZ, ki je opredeljeno s klavzulo o subsidiarnosti (v poštevek pride le, če dejansko stanje v konkretnem primeru ne izpolnjuje znakov nobenega drugega kaznivega dejanja).

3.1. Posebej o kaznivem dejanju zlorabe položaja ali pravic

Zloraba položaja ali pravic

244. člen

(1) Kdor pri opravljanju gospodarske dejavnosti z namenom, da bi sebi ali komu drugemu pridobil premoženjsko korist ali povzročil premoženjsko škodo, izrabi svoj položaj ali prestopi meje svojih pravic ali ne opravi svoje dolžnosti, pa pri tem niso podani znaki kakšnega drugega kaznivega dejanja, se kaznuje z zaporom do petih letih.

(2) Če je bila z dejanjem iz prejšnjega odstavka pridobljena velika premoženjska korist ali povzročena velika premoženjska škoda in je storilcu šlo za to, da sebi ali komu drugemu pridobi tako premoženjsko korist ali drugemu povzroči tako premoženjsko škodo, se kaznuje z zaporom od enega do osmih let.

(3) Če je bilo dejanje iz prvega odstavka tega člena storjeno z namenom, da storilec sebi ali komu drugemu pridobi nepremoženjsko korist, se

storilec kaznuje z zaporom do enega leta.

Kaznivo dejanje zlorabe položaja ali pravic je bilo pred kratkim predmet presoje Ustavnega sodišča Republike Slovenije. Pobudnik je zakonskemu opisu smiselno očital nedorečenost in s tem spornost v razmerju do *lex certa* v sklopu načela zakonitosti, izpostavil pa je tudi dejstvo, da dejanje inkriminira normalno poslovno prakso, kar je pojasnil s tem, da se gospodarski posli sicer sklepajo z namenom, da se z njimi ustvari premoženjska korist za gospodarski subjekt, vendar pa se mora včasih za izvedbo večje stvari, ki je za podjetje in njegove lastnike bistvenega pomena, napraviti manjši vezan posel, ki samostojno prinese podjetju premoženjsko škodo in nekomu drugemu premoženjsko korist. Tako naj bi določbi prvega in drugega odstavka 244. člena KZ zajemali celo vrsto zakonitih dejanj, ki so skladna z Obligacijskim zakonikom, obravnavna izolirano pa bi lahko pomenila kaznivo dejanje. Pobudnik je zatrjeval tudi, da je opredelitev kaznivega dejanja zlorabe položaja ali pravic preširoka in da je zato vsaka odgovorna oseba v podjetju, ki v okviru svojih pooblastil vestno skrbi za zaupano podjetje in za lastnike realizira kar največji dobiček, lahko izpostavljena kazenskemu pregonu na podlagi 244. člena KZ. Posebej problematičen naj bi bil pojem »izraba položaja«, ki je po mnenju pobudnika nedoločen in izkazuje neskladje z drugim členom Ustave RS, ki deklarira Slovenijo kot pravno in socialno državo. Pobudnik je navedel tudi, da je izpodbijani člen, ki naj bi bil namenjen zaščiti lastnikov, v neskladju z ustavnim načelom svobodne gospodarske pobude (74. člen Ustave RS), saj naj bi bila državnemu tožilcu prepuščena odločitev, kaj je za lastnike podjetja dobro in kaj ne, ne da bi bila pri tem upoštevana njihova volja.

Ustavno sodišče Republike Slovenije je z odločbo U-I-268/05 julija 2007 zavrnilo pobudo za začetek postopka za oceno ustavnosti prvega in drugega odstavka 244. člena KZ. Ocenilo je, da je očitok pobudnika treba zavrniti, saj je z ustaljenimi metodami razlage kazensko-pravnih norm mogoče ugotoviti vsebino navedenega prepovedanega ravnanja.¹⁴ Razlaga namreč privede do ugotovitve, da gre pri izrabi položaja za situacijo, ko ima storilec pooblastilo za dejanje, ki ga opravi, vendar ga ne opravi v takšnem smislu, kot ga narekujejo interesi

¹⁴ Pri tem je Ustavno sodišče RS izrecno izpostavilo, da je namen načela zakonitosti in s tem določnosti (*lex certa*) v kazenskem materialnem pravu preprečiti samovoljo in arbitrarno uporabo državnega kaznovalnega sistema v situacijah, ki ne bi bile vnaprej točno opredeljene. Le vnaprej predvidena in določno opredeljena zapoved oziroma prepoved in sankcija za njeno nespoštovanje lahko učinkovito odvrne od njenega kršenja. Kazensko-pravna norma izpolnjuje te zahteve, če je mogoče z ustaljenimi metodami razlage (jezikovna, logična in sistemska razlaga) ugotoviti vsebino prepovedanega ravnanja.

gospodarskega subjekta, ker ne ravna s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika. To pomeni, da storilec pri izvrševanju svojih pooblastil namesto interesov gospodarskega subjekta zasleduje svoje lastne interese oziroma interese tretjih oseb. Ustavno sodišče pa je poudarilo, da mora sodišče v vsakem konkretnem primeru vprašanje, ali je oseba pri opravljanju gospodarske dejavnosti izrabila (zlorabila) svoj položaj, presoditi na podlagi aktov gospodarskega prava, ki urejajo področje, na katerem naj bi oseba protipravno delovala.

Stališčem Ustavnega sodišča je s teoretičnega vidika treba pritrditi, čeprav opis kaznivega dejanja iz 244. člena ni optimalen. Kaznivo dejanje zlorabe položaja ali pravic lahko izvršijo osebe, ki opravljajo gospodarsko dejavnost in imajo pri tem določen položaj, pravice ali dolžnosti. Za to kaznivo dejanje so lahko odgovorne tudi pravne osebe. Razlaga izvršitvenih načinov kaznivega dejanja, ki izhajajo iz 244. člena KZ, je naslednja:

- izraba položaja¹⁵ (pri tem izvršitvenem načinu je treba povedati, da je nekoliko sporen, saj iz zakona ni razvidno, zoper koga mora biti izraba oziroma - pravilneje rečeno - zloraba položaja usmerjena. Kot je razbrati iz literature, v tem primeru storilec ima pooblastilo za dejanje, ki ga opravi, vendar tega dejanja ne opravi v takšnem smislu, kot ga narekujejo interesi gospodarskega subjekta. Iz tega je mogoče sklepati, da bi inkriminacija morala poudarjeno zajemati prekoračitev pooblastil, ki jih ima storilec znotraj gospodarskega subjekta, in sicer v tem smislu, da storilec pri izvrševanju svojih (internih) pooblastil namesto interesov gospodarskega subjekta zasleduje svoje lastne interese oziroma interese tretjih oseb (vsebina pojma zlorabe položaja). Tovrstne prekoračitve pomenijo (premoženjsko) škodo za upnike, (ostale) družbenike oziroma delničarje, zaposlene ipd., lahko pa tudi za sam gospodarski subjekt. Ker svoj položaj v družbi za pridobitev osebnih koristi ali koristi za drugo osebo najpogosteje zlorabijo člani uprave ali nadzornega sveta gospodarske družbe, bodo kot oškodovanci pri tem izvršitvenem načinu prišli v poštev zlasti družbeniki oziroma delničarji te družbe oziroma družba sama);
- prestop meja pravic (če zloraba položaja pomeni prekoračitev notranjih pooblastil, se prestop meje svojih pravic odraža v prekoračitvi pooblastil, ki jih ima storilec navzven, proti tretjim osebam. Storilec torej opravi dejanje, ki presega okvir njegovih (eksternih) praviloma zakonsko določenih pooblastil, pri čemer je to dejanje lahko usmerjeno zoper tretjo osebo ali zoper tistega, ki je storilcu ta pooblastila zaupal);

¹⁵ Glede besedila v oklepajih delno prim. Deisinger, stran 517 in Novoselec, strani 158 - 160.

- opustitev oprave svoje dolžnosti (ta izvršitveni način je podan, ko storilec opusti dejanje, h kateremu je sicer zavezan na podlagi predpisov, splošnih aktov ali odločitev organov upravljanja).

Kaznivo dejanje zlorabe položaja ali pravic dejansko predstavlja oziroma naj bi predstavljalo inkriminacijo nezvestobe pri opravljanju gospodarske dejavnosti, in sicer v tistem segmentu, ki ni pokrit z ostalimi opisi gospodarskih kaznivih dejanj. Primerjalnopravna analiza nemške ureditve, ki ji je najbližje tudi slovensko kazensko pravo, kaže, da je v zvezi z inkriminacijo nezvestobe v našem pravu odprtih kar nekaj vprašanj. Nemški teoretiki poudarjajo, da je nezvestoba oziroma *Untreue* po § 266¹⁶ nemškega kazenskega zakonika¹⁷ (StGB) osrednji delikt gospodarskega kazenskega prava, pri čemer je izključni objekt varstva pri tem kaznivem dejanju premoženje; zloraba zaupanja oziroma pooblastil pa je le način napada na pravno zavarovano dobrino.¹⁸ Dejanski stan tega kaznivega dejanja zajema dve obliki:¹⁹

- zlorabo pooblastila (*Mißbrauch eingeräumter Befugnis, Mißbrauchstatbestand*), ki zajema zlorabo pooblastila za razpolaganje s tujim premoženjem ali za zadolžitev druge pravne ali fizične osebe. Ta dejanski stan je namenjen varstvu premoženja v pravnem razmerju, v katerem pravni »lahko« oziroma *rechliches Können* (v zunanjem razmerju do tretjih) za storilca izhaja iz pravnega »smeti« oziroma *rechliches Dürfen* (v notranjem razmerju do lastnika premoženja); in
- zlorabo zaupanja (*Treubruchtatbestand*), ki se ne nanaša na formalni položaj storilca glede na prizadeto premoženje, pač pa na njegovo dejansko možnost delovanja, kadar ima ta možnost osnovo v dolžnosti skrbeti za tuje premoženjske interese, pri čemer ta dolžnost temelji na posebnem zaupanju.

Primerjava § 266 StGB in 244. člena KZ pokaže, da ti dve dejanji nimata enake vsebine, saj je § 266 StGB splošnejši (mogoče je trditi, da je § 266 StGB bližje opisu kaznivega dejanja zlorabe zaupanja po 220. členu KZ). Ob upoštevanju nemških teoretičnih dognanj in

¹⁶ Na podlagi § 266 nemškega StGB se z zaporom do petih let ali z denarno kaznijo kaznuje, kdor povzroči škodo tistemu, za čigar premoženjske interese je dolžan skrbeti, tako da:

- zlorabi pooblastilo za razpolaganje s tujim premoženjem ali za zadolžitev drugega, dano na podlagi zakona, akta oblastnega organa ali pravnega posla; ali
- krši dolžnost skrbeti za tuje premoženjske interese, pri čemer ta dolžnost izhaja iz zakona, akta oblastnega organa, pravnega posla ali iz zaupnega razmerja.

¹⁷ Predpis je dostopen npr. na <http://dejure.org/gesetze/StGB>.

¹⁸ Prim. Achenbach, Ransiek, s. 302.

¹⁹ Podrobneje o tem Tröndle, Fischer, s. 1761 – 1774.

temeljnih značilnosti gospodarskih kaznivih dejanj se zdi, da bi bilo treba zlorabo položaja ali pravic po 244. členu KZ tolmačiti izključno kot specialno obliko premoženjskih deliktov, kar pomeni, da izvršitvena ravnanja (izraba položaja, prestop mej pravic ali opustitev dolžnosti) lahko zajemajo le zlorabo pooblastila v zvezi s tujim premoženjem (t.j. premoženjem gospodarskega subjekta), ki je storilcu na podlagi zakona ali drugega pravnega akta zaupano v upravljanje in razpolaganje.²⁰ Tako tolmačenje smiselno potrjuje tudi obstoječa sodna praksa. Vrhovno sodišče RS je v sodbi I Ips 44/99 zapisalo, da »upravljaljske pristojnosti direktorja (obdolženca) na področju delovnih razmerij niso gospodarska dejavnost in tudi ne predstavljajo zlorabe pooblastil s tega področja, niti katerega drugega kaznivega dejanja zoper gospodarstvo«. Vrhovno sodišče je torej pravilno zaznalo namen inkriminacije v 244. členu KZ in iz obstoječih zakonskih temeljev ustrezno nakazalo tudi obrazložitev – gospodarska dejavnost je (kljub kazuističnemu pristopu k njenemu opredeljevanju v 126. členu KZ) tudi v kazenskem pravu lahko opredeljena le kot pridobitna dejavnost, torej dejavnost, povezana s pridobivanjem materialnih dobrin oziroma premoženja. Ne more biti torej dvoma, da v sklop zlorabe položaja ali pravic sodi le protipravno ravnanje v zvezi s premoženjem gospodarskega subjekta, ki je storilcu zaupano v upravljanje in razpolaganje pri opravljanju gospodarske dejavnosti.²¹

Glede na navedeno je zlorabo položaja ali pravic *de facto* mogoče označiti kot managerski delikt, čeprav je v zakonskem besedilu za označbo storilca uporabljena beseda »kdor«. Storilec tega kaznivega dejanja je namreč lahko le oseba z določenim položajem ali pravicami, ki ji je formalno in/ali dejansko zaupana skrb za premoženje gospodarskega subjekta (najpogosteje so to člani uprave oziroma posloводства).

Kot je poudarilo tudi Ustavno sodišče, je treba vprašanje, ali je oseba pri opravljanju gospodarske dejavnosti zlorabila svoj položaj, prestopila meje svojih pravic ali opustila svoje dolžnosti, v vsakem konkretnem primeru presojati na podlagi aktov gospodarskega prava, ki urejajo področje, na katerem naj bi oseba protipravno delovala.²² Materialna protipravnost tega kaznivega dejanja torej izvira iz gospodarskega prava, zato ob pravilnem tolmačenju

²⁰ Prim. Novoselec, s. 153.

²¹ Pri tem pa je potrebna ekstenzivna opredelitev teh protipravnih ravnanj v tem smislu, da za dokončanje kaznivega dejanja ni potreben nastanek premoženjske škode, ampak zadostuje, da bi gospodarskemu subjektu premoženjska škoda lahko nastala.

²² Pri zlorabi položaja ali pravic gre torej za neke vrste »tihu« blanketno napotitev, ki je v 244. členu KZ razmeroma široka.

pojma kaznivega dejanja ni mogoče pritrčiti stališčem, da so v 244. členu inkriminirana tudi dejanja, ki so v gospodarskem pravu dovoljena. Se pa v zvezi s tem kaznivim dejanjem lahko pojavi t.i. konflikt interesov med člani uprave ali nadzornega sveta na eni strani in med pravno osebo (njenimi družbeniki oziroma delničarji) na drugi strani. Zlasti so pri tem problematični primeri, ko člani uprave ali nadzornega sveta določen dobičkonosen posel, za katerega sicer izvejo npr. zaradi svojega položaja v gospodarski družbi, speljejo mimo te družbe v svojo zasebno korist, in primeri, ko člani uprave ali nadzornega sveta kot fizične osebe sklenejo z družbo pogodbo po ugodnejših pogojih, kot se sicer sklepajo tovrstne pogodbe. V obeh primerih, ki predstavljata možna izvršitvena načina kaznivega dejanja zlorabe položaja ali pravic, je oškodovana gospodarska družba, preko nje pa tudi njeni družbeniki oziroma delničarji.

V zvezi s kaznivim dejanjem zlorabe položaja ali pravic se izpostavlja tudi vprašanje upravičenosti visokih kazni, ki sta zagroženi za to dejanje po prvem in po drugem odstavku 244. člena KZ (zapor do petih let oziroma zapor od enega do osmih let). Za nekatera gospodarska kazniva dejanja, ki lahko predstavljajo specialne oblike zlorabe položaja ali pravic, je namreč predpisana nižja kazen kot za zlorabo položaja ali pravic. Primer: storilec z namenom škodovati poslovnemu konkurentu prestopi meje svojih pravic na način, da v nasprotju z zakonom sklene dogovor, s katerim se druga gospodarska družba omejuje v svobodnem prometu blaga ali storitev.²³ Če pri tem za poslovnega konkurenta ne nastane velika premoženjska škoda (ampak npr. le večja premoženjska škoda), je podano kaznivo dejanje zlorabe položaja ali pravic po prvem odstavku 244. člena KZ in storilcu grozi zapor do petih let. Če pa za poslovnega konkurenta nastane škoda, ki presega 50 povprečnih neto plač na zaposleno osebo (velika premoženjska škoda), so izpolnjeni znaki kaznivega dejanja ustvarjanja monopolnega položaja po 231. členu KZ, za katero je zagrožena zaporna kazen do treh let (zloraba položaja ali pravic pa v tem primeru ne pride v poštev, ker »so izpolnjeni znaki drugega kaznivega dejanja«). V primeru nastanka manjše škode in lažje dokazljivega kaznivega dejanja torej storilcu grozi višja kazen, kot v primeru velike premoženjske škode in težje dokazljivega kaznivega dejanja. Tej nelogičnosti v zakonu je (vsaj delno) mogoče

²³ Na prvi pogled se zdi, da je tako ravnanje gospodarskemu subjektu, v okviru katerega storilec deluje, v korist. Toda vsa protipravna ravnanja, usmerjena v povzročanje škode drugemu, (lahko) pomenijo premoženjsko škodo za gospodarski subjekt, ki bo zaradi ravnanja storilca moral npr. plačati odškodnino.

pripisati tudi dejstvo, da je kaznivo dejanje zlorabe položaja ali pravic v praksi uporabljeno pogosteje, kot bi glede na zakonski opis smelo biti.²⁴

Rešitev je na prvi pogled v opustitvi klavzule o subsidiarnosti v 244. členu KZ, toda podrobnejši razmislek pokaže, da to ne bi pomenilo bistvenega kvalitativnega napredka v zakonskem opisu. Tudi če klavzula o subsidiarnosti ne bi bila izrecno zapisana v 244. členu KZ, bi jo bilo namreč treba upoštevati na podlagi pravil o steku kaznivih dejanj. Torej kot praktično edina možnost in priporočilo zakonodajalcu ostane uskladitev sistema sankcij za gospodarska kazniva dejanja, na katera se nanaša klavzula o subsidiarnosti v 244. členu KZ.

Glede kaznivega dejanja zlorabe položaja ali pravic je mogoče zapisati, da je to oziroma tovrstno kaznivo dejanje v kazenski zakonodaji potrebno, saj bi sicer lahko ostale izven dometa kaznovalnega aparata velike premoženjske škode, ki so posledica nezakonitega delovanja posameznikov, ki imajo pomembna pooblastila znotraj gospodarskih subjektov. Dejstvo je, da vplivni in bogati storilci za uresničitev svojih protipravnih namenov običajno ne izvršujejo tatvin, navadnih goljufij in podobnih enostavnih kaznivih dejanj, pač pa tovrstne namene dosegajo s precej bolj dodelanimi sredstvi.²⁵ Gotovo pa kaznivo dejanje, kakršno je zloraba položaja ali pravic, tudi ob predpostavki kvalitetnega normiranja odpira vprašanje, kako oziroma kje postaviti cone oziroma meje kriminalnosti v gospodarstvu. To vprašanje je brez dokončnega odgovora – ob upoštevanju socioloških, kriminoloških in pravnih vidikov gospodarske kriminalitete in ob upoštevanju temeljnih značilnosti kazenskega prava kot sredstva *ultima ratio*, je mogoče zapisati le, da so za kazenskopravno reakcijo primerni tisti pojavi v gospodarstvu, ki so uperjeni zoper temeljne dobrine, na katerih sloni ustavno zagotovljena svobodna gospodarska pobuda (vestnost in poštenje, načelo zaupanja, lojalna konkurenca itd.) in ki so take narave, da (lahko) povzročijo (praviloma premoženjsko) škodo udeležencem gospodarskega dogajanja. Zloraba položaja ali pravic po 244. členu KZ izpolnjuje oba kriterija, vendar bi bilo potrebno zakonski opis dejanja precizirati tako, da bi iz njega jasno izhajalo:

²⁴ Kot ugotavlja Novoselec, državni tožilci in sodišča po kaznivem dejanju zlorabe položaja ali pravic posegajo iz udobja, saj jim to kaznivo dejanje s svojo splošnostjo in nedoločenoostjo olajšuje pravno kvalifikacijo. Novoselec, s. 146.

²⁵ Podobno *ibidem*, stran 146.

- da se inkriminacija nanaša na zlorabe internih in/ali eksternih pooblastil s strani oseb, ki jim je zaupano upravljanje in razpolaganje s premoženjem gospodarskega subjekta; in
- da dejanje povzroči ali bi lahko povzročilo premoženjsko škodo gospodarskemu subjektu (oziroma njegovim delničarjem/družbenikom), v okviru katerega storilec deluje.

4. ANALIZA 24. POGlavJA KZ S PREDLOGI SPREMEMB

Analizo kaznivih dejanj zoper gospodarstvo v tem prispevku izvajamo na dveh ravneh: 1.) v obliki splošne analize 24. poglavja KZ kot celote in 2.) v obliki oblikovanja stališč o spremembah opisov posameznih kaznivih dejanj *de lege ferenda*, pri čemer gre za izpostavljanje pomanjkljivosti, ki so s teoretičnega vidika razvidne na prvi pogled. Podrobna analiza teoretičnih in praktičnih vidikov opisov posameznih kaznivih dejanj presega namen tega prispevka, saj bi lahko bila predmet posebne raziskave.

Iz tega sklopa je izpuščeno kaznivo dejanje ustvarjanja monopolnega položaja, ki je v sklopu raziskave obdelano posebej.

4.1. Poglavje kaznivih dejanj zoper gospodarstvo *de lege lata*

Kazniva dejanja zoper gospodarstvo so vsebovana v 24. poglavju KZ, ki je hkrati deseto in najboljše poglavje posebnega dela tega zakonika. Vsebuje 27 opisov kaznivih dejanj. Pregled teh inkriminacij pokaže, da je da je 24. poglavje KZ poglavje brez koncepta. Vanj so namreč uvrščena nekatera kazniva dejanja, ki – glede na zakonski opis – nimajo kaj dosti skupnega z gospodarstvom oziroma vrednotami in dobrinami s tega področja, niti določena po pravilu niso storjena pri opravljanju gospodarske dejavnosti oziroma s strani gospodarskih subjektov (npr. organiziranje denarnih verig in nedovoljenih iger na srečo, ponarejanje denarja ponarejanje in uporaba ponarejenih vrednotnic ali vrednostnih papirjev, izdelava, pridobitev in odtujitev pripomočkov za ponarejanje in izdaja nekritega čeka in zloraba bančne ali kreditne kartice).

V našem pravnem sistemu je ob upoštevanju vsebinske definicije gospodarska kazniva dejanja mogoče notranje deliti na:

- insolvenčna kazniva dejanja (232., 233. in 234. člen KZ),

- kazniva dejanja s področja varstva konkurence (231., 235., 237., 241., 247. in 248. člen KZ),
- kazniva dejanja s področja varstva industrijske lastnine (238. in 239. člen KZ),
- kazniva dejanja, povezana z vrednostnimi papirji (236. in 243. člen KZ),
- ostala gospodarska kazniva dejanja (234.a, 240., 242., 244., 245., 246. člen KZ),
- ostala kazniva dejanja, ki so lahko gospodarska ali pa tudi ne (234.b, 249., 250, 251., 252., 253., 254. in 255. člen KZ).

Zgolj pregled številčnik členov v posamezni skupini pokaže, da sorodna dejanja niso nujno inkriminirana skupaj, kar kaže na odsotnost konceptualnega pristopa pri oblikovanju tega poglavja kaznivih dejanj. Čeprav se na prvi pogled zdi, da je bolj kot uvrstitev posameznega kaznivega dejanja v določeno poglavje in bolj kot mesto kaznivega dejanja znotraj posameznega poglavja pomemben opis kaznivega dejanja oziroma kvaliteta inkriminacije, pa resen pristop pri oblikovanju poglavij posebnega dela KZ olajšuje teoretično obdelavo posameznih sklopov določb in posledično njihovo izvajanje v praksi. V končni fazi pa s tem zakonodajalec tudi pokaže, da razume materijo, ki jo ureja.

4.2. Poglavje kaznivih dejanj zoper gospodarstvo *de lege ferenda*

De lege ferenda je priporočljivo, da bi bile inkriminacije posameznih kaznivih dejanj bolj dodelane, ožje, specializirane oziroma precizirane in zlasti usklajene s širšim področjem gospodarskega prava, ki ga določbe 24. poglavja KZ v končni fazi varujejo. Pregled inkriminacij gospodarskih kaznivih dejanj *de lege lata* namreč kaže, da so v določenem delu nenatančne, sporne in/ali pomanjkljive. Oziroma konkretnije:²⁶

a.) insovenčna kazniva dejanja:

- naziv kaznivega dejanja lažnega stečaja je neustrezen – ustrežnejši bi bil npr. naziv »goljufivi stečaj«;
- neustrezna je uporaba terminologije v opisu kaznivega dejanja povzročitve stečaja z nevestnim gospodarjenjem (primerna bi bila zamenjava terminov »upravljanje s premoženjem« in »vodenje gospodarske dejavnosti« s terminom »finančno poslovanje«).

b.) kazniva dejanja s področja varstva konkurence in industrijske lastnine:

²⁶ Za podrobnejšo analizo gl. Selinšek, *Gospodarsko ...*, strani 243 – 372.

- sporna je nejasna določba drugega odstavka 235. člena KZ (kaznivo dejanje preslepitve pri pridobitvi posojila ali ugodnosti), iz katere ni razvidno, ali je predvidena kaznivost nenamenske uporabe posojila, ki je bilo pridobljeno s preslepitvijo; ali pa je kazniva nenamenska uporaba posojila, ki je bilo sicer pridobljeno legalno;
- v kaznivem dejanju neupravičene uporabe tuje oznake ali modela je sporna navedba žiga, ki v našem pravnem redu ni opredeljen ne kot pravica, ne kot predmet (objekt) industrijske lastnine. Neustrezna je tudi uporaba termina »oznaka o geografskem poreklu« v opisu tega kaznivega dejanja po 238. členu KZ, saj Zakon o industrijski lastnini to pravico industrijske lastnine poimenuje kot »geografsko označbo«;
- glede kaznivega dejanja neupravičene uporabe tujega izuma ali topografije ni jasno, zakaj je inkriminacija poleg izuma omejena zgolj na topografije polprevodniškega vezja. V pravu industrijske lastnine imajo enako *sui generis* varstvo kot topografija polprevodniškega vezja tudi npr. rastlinske sorte;
- kot pomanjkljivost slovenskega KZ je mogoče označiti tudi odsotnost inkriminacije dogovorov, ki omejujejo konkurenco pri javnih naročilih (to je npr. izrecno opredeljeno kot kaznivo dejanje v § 298 nemškega StGB, pa tudi v §168b avstrijskega StGB).

c.) kazniva dejanja, povezana z vrednostnimi papirji:

- sporno je, kaj se šteje za vrednostni papir v kazenskem pravu. V zakonu bi bila priporočljiva minimalna opredelitev, da je vrednostni papir v kazenskopravnem smislu tisti, 1.) ki je izdan na podlagi predpisa in ki vsebuje vse bistvene sestavine, ki se v obligacijskem pravu zahtevajo za vrednostni papir; 2.) za katerega zakon določa, da je vrednostni papir oziroma na katerem je izrecno označeno, da gre za vrednostni papir; in 3.) ki izpolnjuje pogoj formalnosti (v smislu forme), se pravi, da je izdan v vnaprej predpisani obliki (bodisi kot listina, kot zapis na elektronskem mediju ipd.) z namenom posredovanja v obtok;
- v okviru 236. člena KZ je inkriminirana preslepitev pri poslovanju z vrednostnimi papirji, izmed izvedenih finančnih instrumentov pa pridejo v poštev le opcije. Vprašljivo je, zakaj niso v okviru 236. člena KZ enakovredno obravnavani vsi izvedeni finančni instrumenti;

- vprašljiva je notranja skladnost prvega odstavka 243. člena KZ, saj je dejstvo, da storilec notranje informacije ne more niti posredno, niti neposredno izkoristiti za nakup ali prodajo vrednostnega papirja ali izvedenega finančnega instrumenta, če se z njima ne trguje.

Glede na stanje v praksi se zdi, da v slovenski zakonodaji manjka tudi inkriminacija površnega vodenja poslovnih knjig – v Nemčiji je npr. kaznivo naklepno ali malomarno kršenje dolžnosti vodenja poslovnih knjig (§ 283b StGB, *Verletzung der Buchführungspflicht*). Pri nas je takšen odnos do poslovne dokumentacije inkriminiran le kot eden izmed možnih izvršitvenih načinov kaznivega dejanja lažnega stečaja iz 232. člena KZ, in sicer tretja točka tega člena med drugim zajema primere, ko storilec *vodi poslovne knjige ali listine tako, da se iz njih ne more ugotoviti dejansko [premoženjsko] stanje* gospodarskega subjekta. V teh primerih ne gre za intelektualne falsifikacije, ki so zajete v kaznivem dejanju ponareditve ali uničenja poslovnih listin, ampak za naklepno ali malomarno kršenje pravil o vodenju poslovnih knjig. Urejena poslovna dokumentacija je eden bistvenih garantov za transparentno in zakonito poslovanje gospodarskega subjekta, poleg tega pa lahko organi pregona iz nje ob ustreznem poznavanju pravil o vodenju poslovnih knjig razberejo morebitne nezakonite posle in transakcije. Takšno kaznivo dejanje bi bilo skoraj zagotovo pogosto spremljevalno kaznivo dejanje pri težjih oblikah gospodarskega kriminala.

4.2.1. Posebej o poslovni goljufiji

Poslovna goljufija

234.a člen

- (1) Kdor pri opravljanju gospodarske dejavnosti pri sklenitvi ali izvajanju pogodbe ali posla preslepi drugega s prikazovanjem, da bodo obveznosti izpolnjene, ali s prikrivanjem, da obveznosti ne bodo ali ne bodo mogle biti izpolnjene, zaradi delne ali celotne neizpolnitve obveznosti pa nastane za stranko ali koga drugega premoženjska škoda, se kaznuje z zaporom do petih let.
- (2) Če je zaradi dejanja iz prejšnjega odstavka nastala velika premoženjska škoda, se storilec kaznuje z zaporom od enega do desetih let.
- (3) Če je zaradi dejanja iz prvega odstavka tega člena nastala majhna

premoženjska škoda, se storilec kaznuje z denarno kaznijo ali z zaporom do enega leta.

V zvezi s kaznivim dejanjem poslovne goljufije, ki je uzakonjeno v 234.a členu KZ, sta se pojavila dva predloga:

- Okrožno sodišče v Murski Soboti je predlagalo znižanje zaporne kazni za temeljno obliko kaznivega dejanja poslovne goljufije na tri leta zavora. S tem bi se vzpostavila pristojnost okrajnega sodišča in posledično preprečilo dejstvo, da tričlanski senat okrožnega sodišča odloča o poslovnih goljufijah, kjer je pridobljena korist ali povzročena škoda v bagatelnem znesku. Poleg tega Okrožno sodišče v Murski Soboti predlaga, da majhna poslovna goljufija iz tretjega odstavka 234.a člena KZ postane predlagalni delikt; pri veliki poslovni goljufiji iz drugega odstavka 234.a člena KZ pa predlaga znižanje zagrožene zaporne kazen na kazen od enega do osmih let;
- prof. dr. Vid Jakulin s Pravne fakultete Univerze v Ljubljani pa predlaga črtanje tega kaznivega dejanja, češ da gre za inkriminacijo kršitve čistega zasebnopravnega odnosa, kar naj bi se reševalo z instrumenti civilnega in ne kazenskega prava.

Kaznivo dejanje poslovne goljufije zajema dve zelo različni pojavi obliki:²⁷

- po eni strani sankcionira neizpolnitev obveznosti gospodarskega subjekta v razmerju do potrošnika,
- po drugi strani pa predstavlja poskus uporabe instrumentov kazenskega prava za doseganje večje stopnje plačilne discipline med gospodarskimi subjekti.

Strinjati se je treba s stališčem, da kazensko pravo ni primeren mehanizem za urejanje družbenih razmerij in s tem za reševanje sicer zelo perečega vprašanja finančne (ne)discipline v našem gospodarstvu. Vendar pridobivanje kapitala in s tem praviloma konkurenčne prednosti na račun drugih gospodarskih subjektov ali celo fizičnih oseb z naklepnim goljufivim sklepanjem poslov zadostuje nevarnosti, ki se zahteva za opredelitev takega dejanja kot kaznivega. Pri tem je treba opozoriti, da takšno ravnanje izpolnjuje (tudi) zakonske znake kaznivega dejanja goljufije iz 217. člena KZ. Pri poslovni goljufiji je odsotnost zakonskega znaka goljufivega namena pri sklenitvi posla vsekakor sporna, prav

²⁷ Podrobneje o tem Selinšek (2005), s. 82 – 85.

tako je sporno to, da dejanska plačilna nezmožnost posameznika ali posameznega gospodarskega subjekta ni ovira za obsodilno sodbo za poslovno goljufijo.²⁸ Zato se upniki čedalje pogosteje poslužujejo kazenskih ovadb in adhezijskega postopka, da pridejo do poplačila svojih terjatev (običajno se to zgodi na račun drugih upnikov), sodišča pa v takih primerih izrekajo pogojne obsodbe z nizko določeno zaporno kaznijo, kratko preizkusno dobo in dodatnim pogojem, da mora storilec v določenem času poravnati dolg do oškodovanca.²⁹ Namen kazenskega prava je s takšno prakso gotovo presežen, zato bi kazalo razmisliti o ustrezni spremembi zakonodaje na tem področju in pri tem upoštevati tudi tehtne argumente Okrožnega sodišča v Murski Soboti glede zagroženih sankcij.

4.2.2. Posebej o zavarovalniških goljufijah

Na tem mestu kratek komentar namenjamo še predlogu, da bi se kot posebno kaznivo dejanje opredelila zavarovalniška goljufija.

Zavarovalniška goljufija ni termin našega kazenskega prava v tem smislu, da bi predstavljala posebno kaznivo dejanje, ampak gre za obliko goljufije, ki je dobila ime po oškodovancu, torej zavarovalnici. Pri tem je treba opozoriti, da je »goljufija« v strokovnem izrazu »zavarovalniška goljufija« širša od inkriminacije goljufije v 217. členu KZ. Pri nas se zavarovalniška goljufija največkrat pojavi v obliki kombinacije (oziroma v kazenskopravni terminologiji steka) kaznivega dejanja goljufije in določenih drugih kaznivih dejanj, ki so podlaga za storitev goljufije (npr. umora iz koristoljubja, požiga iz nizkotnih nagibov, krive ovadbe ipd.). Edino neposredno inkriminacijo zavarovalniške goljufije predstavlja zloraba pravic iz socialnega zavarovanja po 210. členu KZ.³⁰

Pri odgovoru na vprašanje, ali bi bilo potrebno zavarovalniške goljufije opredeliti kot posebno kaznivo dejanje, je najbolje izhajati iz primerjalnopravnega vpogleda, ki pokaže, da določene države posebej inkriminirajo tovrstne goljufije, vendar s tem ne dosegajo bistvenega

²⁸ V sodni praksi je pri kaznivem dejanju poslovne goljufije pogosto zaslediti izjave obdolžencev, da niso imeli namena nikogar ogoljufati, saj nabavljenih artiklov niso plačali, ker niso imeli denarja. Medtem ko je pri klasičnem kaznivem dejanju goljufije po 217. členu KZ podobna navajanja potrebno upoštevati pri dokazovanju subjektivnega elementa, pri poslovni goljufiji namen storilca ni zakonski znak dejanja, kar pomeni, da je *de facto* za obstoj kaznivega dejanja nepomemben (lahko pa predstavlja okoliščino, ki vpliva na odmero kazni). Pri poslovni goljufiji storilec do nastanka premoženjske škode ni v krivdnem odnosu, saj nastanek te škode predstavlja objektivni pogoj kaznivosti. Prim. Deisinger, s. 481.

²⁹ Podrobneje Selinšek (2005), s. 83.

³⁰ Več o tem Selinšek (2004), s. 92 – 98.

kvalitativnega napredka v primerjavi z našo ureditvijo. Vzemimo za primer Nemčijo. Nemški kazenski zakon je v § 265 do leta 1998 inkriminiral »*Versicherungsbetrug*« oziroma zavarovalniško goljufijo, ki je bila opredeljena kot specialna oblika goljufije, in sicer je to posebno kaznivo dejanje zagrešil tisti, ki je potopil zavarovano ladjo ali tisti, ki je požgal zavarovano stvar. Vse ostale možne izvršitvene oblike zavarovalniških goljufij so spadale v okvir temeljnega kaznivega dejanja goljufije po § 263 StGB. Z novelo leta 1998 se je § 265 StGB preimenoval v »*Versicherungsmissbrauch*« oziroma zavarovalniško zlorabo, inkriminacija pa je bila bistveno razširjena (veljavna je še danes). Tako se z zaporom do treh let ali z denarno kaznijo kaznuje, kdor proti uničenju, poškodovanju, zmanjšanju uporabnosti, izgubi ali kraji zavarovano stvar poškoduje, uniči, ovira v uporabi ali prepusti drugemu, da bi sam ali tretja oseba lahko koristil ugodnosti iz zavarovalne police. Pri tem zakon izrecno določa, da je kaznivo dejanje zavarovalniške zlorabe podano le, če dejanje ni zajeto v inkriminaciji goljufije po § 263 StGB. Kaznivo dejanje zavarovalniške zlorabe je torej opredeljeno s klavzulo o subsidiarnosti in inkriminira zlorabo polic premoženjskega zavarovanja, pod pogojem, da niso izpolnjeni zakonski znaki goljufije po § 263 StGB, za katero je v temeljni obliki zagrožena zaporna kazen do petih let ali denarna kazen.

Kaznivo dejanje po § 265 StGB *de facto* pomeni inkriminacijo pripravljanih dejanj za zavarovalniško goljufijo. Zajema tudi določena dejanja, ki v našem pravnem sistemu niso kazniva. Primer: A se kot lastnik proti kraji zavarovanega avtomobila dogovori z osebo B, da bo le-ta »ukradla« njegov avto. A namerava prijaviti policiji tatvino avtomobila, takoj ko bo B s tem avtomobilom prečkal državno mejo. Na podlagi prijavitvene tatvine avtomobila namerava A nadalje zahtevati tudi izplačilo zavarovalnine. Vendar pa pred prečkanjem meje B naleti na policijsko kontrolo, kjer ga legitimirajo kot voznika. A seveda ne more prijaviti tatvine avtomobila, saj bi s tem sum storitve tatvine padel na njegovega pajdaša B, zato načrt propade. Lastnika avtomobila v tem primeru ni mogoče preganjati za kaznivo dejanje goljufije po § 263 StGB, niti za poskus tega kaznivega dejanja, saj še ni storil ničesar, s čimer bi pristojne organe na policiji in/ali zavarovalnici spravil v zmoto. Če se lahko dokaže njegov namen v tem primeru, pa mu je mogoče očitati kaznivo dejanje zavarovalniške zlorabe po § 265 StGB.³¹

³¹ Povzeto po Schon die böse Absicht ist strafbar, <http://www.esys.org/esys/boese-absicht.html>.

V nemški teoriji določbo § 265 StGB kritizirajo, ker ni jasno, zakaj je osredotočena le na premoženjska zavarovanja. Dvomljiv je tudi kriminalnopolitični cilj tega abstraktnega ogrožitvenega kaznivega dejanja (dejansko je kazniv že »zlobni namen«), saj je podlaga za inkriminacijo predstavljalo povečano število simuliranih zavarovalniških primerov v določenem časovnem obdobju, kar pa so zavarovalniške družbe sčasoma omejile s pomočjo preventivnih in kontrolnih ukrepov.³² Slednje je vsekakor precej bolj priporočljiv pristop kot pa tveganje kršitve načela *ultima ratio* s preširoko inkriminacijo pripravljalnih kaznivih dejanj.

Sicer pa poskušene in dokončane zavarovalniške goljufije tudi v nemškem pravnem redu enako kot pri nas načeloma sodijo v okvir splošnega kaznivega dejanja goljufije.

Čeprav zavarovalniškim goljufijam v našem kazenskem pravu ni dan poseben poudarek, saj se z izjemo kaznivega dejanja zlorabe pravic iz socialnega zavarovanja inkriminacije teh dejanj ne pojavljajo niti kot kvalificirana niti kot privilegirana oblika goljufije (za razliko od nemškega pravnega reda, kjer je ožji krog zavarovalniških goljufij v zakonu izrecno opredeljen kot posebno hud primer goljufije³³ in kjer pripravljalna dejanja na določene zavarovalniške goljufije predstavljajo posebno kaznivo dejanje zavarovalniške zlorabe), naše kazenske zakonodaje ne moremo označiti kot deficitarne. Zavarovalniške goljufije so v celoti zajete v kaznivem dejanju goljufije v 217. členu KZ, njihova dokončna pravna kvalifikacija pa lahko zajema tudi katero drugo kaznivo dejanje v steoku z goljufijo (umor, požig ipd.). Tak sistem omogoča pregon za najrazličnejše pojavne oblike zavarovalniških goljufij, zato ni potrebn po njegovem spreminjanju in uvajanju novega kaznivega dejanja, ki bi se od goljufije iz 217. člena KZ razlikovalo le po izrecni zakonski opredelitvi oškodovanca.

5. SKLEPNA BESEDA

Pred časom je bilo že zapisano:³⁴

Izzivov za gospodarsko kazensko pravo v sodobnem času ne manjka. V splošnem bi jih lahko razdelili na teoretične, praktične in zakonodajne.

³² Več o tem Herbert Tröndle, Thomas Fischer.: *Strafgesetze und Nebengesetze*, Verlag C.H. Beck, München 2003, stran 1733.

³³ Podrobneje o tem Müller Gugenberger, Bieneck, s. 1336.

³⁴ Selinšek, *Sodobni izzivi ...*, s. IV.

Teorija bo morala razmišljati o novih modelih in institutih splošnega dela gospodarskega kazenskega prava, ki ne bodo osredotočeni zgolj na individualnega storilca kaznivega dejanja, a bodo vseeno po eni strani prilagojeni specifikam gospodarskih kaznivih dejanj, po drugi strani pa ne bodo v nasprotju s temeljnimi načeli kazenskega prava, ki tvorijo enega izmed stebrov pravne države.

Osrednji kratkoročni izziv za prakso je uveljavitev odgovornosti instituta pravnih oseb za kazniva dejanja, hkrati pa konstruktivno opozarjati teorijo in zakonodajalca na morebitne rešitve v gospodarskem kazenskem pravu, za katere po praktičnih izkušnjah že vnaprej kaže, da ne bodo mogle biti učinkovite.

In izzivi za zakonodajalca na področju gospodarskega kazenskega prava? Pripoznati bo treba dejstvo, da je ta pravna panoga specifikum znotraj kazenskega prava v tem smislu, da pri oblikovanju opisov gospodarskih kaznivih dejanj zahteva tudi upoštevanje pravil gospodarskega prava. In gotovo ne bi škodovalo, če bi se upoštevala tudi kaka pripomba, podana tekom zakonodajnega postopka s strani kazenskopravne stroke. V pravu so namreč znanost, stroka in praksa v medsebojni odvisnosti (povezuje pa jih znanje). Le vse troje skupaj tvori celoto, ki omogoča jasno sporočilo in učinkovito komunikacijo.

K temu pravzaprav ni kaj dodati.

SEZNAM LITERATURE

1. Achenbach, H.; Ransiek, A. [et.al.] (2004): **Handbuch Wirtschaftsstrafrecht**. Heidelberg, C.F. Müller Verlag.
2. Deisinger, M. (2002). **Kazenski zakonik s komentarjem. Posebni del**. Ljubljana, Gospodarski vestnik.
3. Ivanjko, Š.; Kocbek, M. (2003). **Korporacijsko pravo. Pravni položaj gospodarskih subjektov**. Ljubljana, GV založba in Pravna fakulteta Univerze v Mariboru.
4. Müller Gugenberger, C., Bieneck, K. (2000). **Wirtschaftsstrafrecht – Handbuch des Wirtschaftsstraf – und ordnungswidrigkeitenrechts**. Köln, Aschendorff Rechtsverlag Münster & Verlag Dr. Otto Schmidt.
5. Novoselec, P. (2003): Zloraba položaja ali pravic kot nosilno kaznivo dejanje zoper gospodarstvo. V: Novoselec P. in sodelavci: **Ustreznost klasičnega kazenskega prava v pogojih tranzicije**, Ljubljana, Uradni list Republike Slovenije, s. 143 – 173.
6. Oesterle, D.A.: **Early Observations on the Prosecutions of the Business Scandals of 2002-03: On Sideshow Prosecutions, Spitzer’s Clash with Donaldson over Turf, the Choice of Civil or Criminal Actions, and the Tough Tactic of Coerced Cooperation**, http://moritzlaw.osu.edu/osjcl/Articles/Volume1_2/Symposium/Oesterle_1_2.pdf.
7. Selinšek, L. (2004). Kazenskopravni vidiki zavarovalniških goljufij – nekatera izhodišča. V: Dvoršek, A., Selinšek, L. (ur.): **Goljufije v zavarovalništvu**. Maribor, Pravna fakulteta in Fakulteta za policijsko - varnostne vede, s. 89 – 106.
8. Selinšek, L. (2005). Zatajitev finančnih obveznosti in poslovna goljufija kot značilni obliki finančne kriminalitete. V: Dvoršek, A., Selinšek, L. (ur.): **Problematika finančnega kriminala v Sloveniji**. Maribor, Pravna fakulteta in Fakulteta za policijsko - varnostne vede, s. 71 – 86.
9. Selinšek, L. (2006). **Gospodarsko kazensko pravo**. Ljubljana, GV založba.
10. Selinšek, L. (2006). Sodobni izzivi za gospodarsko kazensko pravo. **Pravna praksa**, 18/2006: s. II – IV.
11. Tröndle, H.; Fischer, T. (2003). **Strafgesetze und Nebengesetze**. München, Verlag C.H. Beck.
12. Wabnitz, H.B.; Janovsky, T. (2000). **Handbuch des Wirtschafts – und Steuerstrafrechts**, München, Verlag C.H. Beck.

Ustvarjanje monopolnega položaja

Blaž Hrastnik

Uvod

Svobodna konkurenca je ena od temeljnih vrednot svobodnega tržnega gospodarstva. Težišče urejanja tega področja je konkurenčno pravo, ki sodi v okvir gospodarskega prava, nekateri pravni sistemi pa področje urejajo tudi v okviru kazenskega prava. Eden takšnih pravnih sistemov je tudi slovenski pravni red, ki v 231. členu Kazenskega zakonika Republike Slovenije¹ (v nadaljevanju – KZ) vsebuje kaznivo dejanje ustvarjanje monopolnega položaja. Ob omenjenem kaznivem dejanju se odpirajo številna zanimiva vprašanja, ki kažejo številne nelogičnosti, saj gre za kaznivo dejanje, ki po svojem bistvu sodi predvsem v okvir konkurenčnega prava, kazensko pravo pa je ob tem lahko kvečjemu njegova dopolnitev.

Prevladujoči (obvladujoči, dominantni, monopolni) položaj in njegova zloraba

Najkrajše bi lahko obvladujoči položaj tržnega subjekta opredelili kot situacijo na trgu, v kateri tržni subjekt lahko ravna neodvisno, ne da bi bilo njegovo ravnanje v pomembni meri odvisno od drugih konkurentov, kupcev in dobaviteljev.²

Pri obravnavi družb s prevladujočim (dominantnim) položajem ima osrednji pomen njegova možna zloraba z zelo različnimi pojavnimi oblikami, in sicer bodisi v obliki aktivnih ravnanj (kot npr. neupravičeno razlikovanje med različnimi kupci, določanje nesorazmerno visokih cen itd.) bodisi v obliki pasivnih ravnanj (kot je npr. odklanjanje sklenitve pogodb z določenimi strankami).³

Poglavitni elementi zlorabe po mnenju teorije in glede na obstoječo prakso so: škoda, nedopustno ravnanje in korist družbe z obvladujočim položajem. Element škode je potrebno obravnavati previdno, saj namreč tudi konkurenca sama po sebi prinaša škodo udeležencem na trgu. Pri povzročanju škode, ki je povezana s subjektom z dominantnim položajem je ključno, da mora biti škoda posledica nedovoljenega ravnanja tega subjekta, ne pa obstoja subjekta samega po sebi.⁴ Pri drugem elementu, nedopustnem ravnanju, nam kot pripomoček

¹ Ur.l. RS, št. 63/1994 (70/1994 - popr.), 23/1999, 60/1999 Odl.US: U-I-226/95, 40/2004, 37/2005 Odl.US: U-I-335/02-20, 17/2006 Odl.US: U-I-192/04-16

² Zabel, Bojan: Tržno pravo – Teorija in praksa pravnega urejanja trga, Gospodarski vestnik, Ljubljana, 1999 – str. 649.

³ Zabel, str. 310.

⁴ Zabel, str. 311.

služijo primeroma navedene oblike zlorab v zakonodaji, natančnejša opredelitev pa je praviloma prepuščena praksi. Poenostavljeno rečeno gre za različne oblike ravnanj, ki jih družba ne bi mogla izvesti, če dominantnega položaja ne bi imela.⁵ Tretji in zadnji element pa je obstoj koristi družbe s prevladujočim položajem. Podobno kot pri škodi je potrebno biti previden tudi pri koristi, saj vsaka korist še ne pomeni zlorabe.⁶ Korist mora izhajati iz zlorabe – to pomeni, da družba koristi ne bi bila deležna, če ne bi imela prevladujočega položaja, ki ga zlorablja.

Oblike zlorab so lahko zelo različne. Nekatero najbolj tipično so ponavadi navedene v zakonodaji. Tako tudi naš Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence⁷ (v nadaljevanju ZPOMK) v petem odstavku 10. člena našteva različne oblike zlorabe, ki so še posebej značilne. Posebej značilne oblike zlorab po ZPOMK so: posredno ali neposredno pogojevanje nepoštenih prodajnih ali nakupnih cen ali drugih nepoštenih pogojev, neupravičeno zviševanje ali zniževanje cen, omejevanje proizvodnje, trgov ali tehničnega napredka, uporaba neenakih pogojev za primerljive posle z drugimi poslovnimi partnerji, kar te partnerje postavlja ali sili v konkurenčno slabši položaj ter pogojevanje sklepanja pogodb s sprejemom dodatnih obveznosti, ki po svoji naravi in glede na trgovinske običaje niso povezane z vsebino teh pogodb (gre za t.i. vezane posle).

Zgodovinski razvoj inkriminacije ustvarjanja monopola v našem kazenskoopravnem sistemu

Kaznivo dejanje ustvarjanja monopolnega položaja je mesto v našem kazenskoopravnem sistemu dobilo s sprejemom Kazenskega zakona SFRJ Jugoslavije leta 1977⁸ (v nadaljevanju KZ (1977)), in sicer v 163. členu pod nazivom ustvarjanje monopolnega položaja in povzročanje motenj na trgu⁹.

⁵ Zabel, str. 311.

⁶ Zabel, str. 313.

⁷ Ur.l. RS, št. 56/99, 37/2004, 40/2007.

⁸ Kazenski zakon SFRJ (Uradni list SFRJ, št. 44/76, 34/84, 74/87, 57/89, 3/90 in 38/90).

⁹ (1) *Kdor sklene v organizaciji združenega dela, drugi samoupravni organizaciji ali skupnosti sporazum, s katerim se druga organizacija oziroma skupnost omejuje v svobodnem prometu blaga ali storitev na nekem območju sli z nekimi organizacijami, ali sklene sporazum, s katerim se kako drugače ustvarja monopolen položaj organizacije na trgu, se kaznuje z zaporom od šestih mesecev do petih let.*

(2) *S kaznijo iz prvega odstavka tega člena se kaznuje, kdor v organizaciji združenega dela, drugi samoupravni organizaciji ali skupnosti neupravičeno kopiči blago ali odteguje blago iz prometa in s tem povzroči motnje na trgu.*

(3) *V posebno hudem primeru dejanja iz prvega ali drugega odstavka tega člena se storilec kaznuje z zaporom od enega od desetih let.*

Kaznivo dejanje je bilo utemeljeno na ustavnih določbah o enotnosti jugoslovanskega trga, predvsem pa na 255. členu Ustave SFRJ z leta 1974¹⁰. Tedanja zakonodaja (Zakon o zatiranju nelojalne konkurence in monopolnih sporazumov¹¹) je kot protipraven monopolni sporazum obravnavala »sporazum dveh ali več organizacij združenega dela o pogojih poslovanja, ki merijo na omejevanje ali preprečevanje proste konkurence in s katerimi doseže ali utegne doseči ena ali več organizacij združenega dela monopolen ali drug privilegiran položaj nasproti drugim organizacijam združenega dela ali potrošnikom.«¹² Skladno s tedanjim konkurenčnopravnim sistemom je bilo izvršitveno dejanje po prvem odstavku 163. člena KZ (1977) sklenitev monopolnega sporazuma v kakršnikoli obliki (tudi v obliki konkludentnih dejanj). Dejanje je bilo dokončano s sklenitvijo sporazuma ali s kakšnim konkludentnim dejanjem z enakim učinkom in z nastalo posledico – nastanek monopolnega položaja vsaj ene organizacije združenega dela¹³. Zakon o zatiranju nelojalne konkurence in monopolnih sporazumov je z monopolnimi sporazumi izenačil zlorabo prednosti, ki daje organizaciji združenega dela monopolen ali drug privilegiran položaj na trgu¹⁴.

Kaznivo dejanje je bilo oblikovano kot naklepno, pri čemer je storilec moral imeti v zavesti, da se s sklenitvijo sporazuma neupravičeno ustvarja monopolni položaj organizacije združenega dela. Storilec je lahko bila (skladno s predpisi o združenem delu¹⁵) le odgovorna oseba organizacije združenega dela, kajti zgolj te so bile po splošnem ali posebnem pooblastilu upravičene sklepati omenjene sporazume oz. storiti dejanje izenačeno s sporazumom¹⁶. Drugi odstavek 163. člena KZ(1977) je inkriminiral t.i. špekulacijo v blagovnem prometu, kjer pa je šlo za popolnoma samostojno kaznivo dejanje. 163. člen KZ (1977) vsebuje tudi tretji odstavek, ki je za posebno hude primere dejanj iz prvega ali drugega odstavka predvideval ostrejšje sankcioniranje. Poleg kaznivega dejanja je tedanji sistem dejanje obravnaval tudi kot gospodarski prestop.

¹⁰ *Prepovedano je združevanje organizacij združenega dela in kakršnakoli druga dejavnost in dejanje organizacij in državnih organov, ki bi merilo na preprečevanje svobodnega gibanja in združevanja dela in sredstev ter svobodne menjave blaga in storitev ali na ustvarjanje monopolnega položaja na enotnem jugoslovanskem trgu, s katerim bi se pridobivale materialne in druge prednosti, ki ne bi temeljile na delu, in ustvarjali neenakopravni odnosi v poslovanju ali spodkopavali drugi z ustavo določeni ekonomski in drugi odnosi.*

¹¹ Uradni list SFRJ, št. 24/74

¹² 1. odstavek 3. člena Zakona o zatiranju nelojalne konkurence in monopolnih sporazumov

¹³ Bavcon, Ljubo; Bele, Ivan; Kobe, Peter; Šelih, Alenka: Kazenski zakon SFR Jugoslavije s pojasnili, sodno prakso in literaturo, ČZ Uradni list SR Slovenije, Ljubljana, 1984 – str. 343 in sl.

¹⁴ 4. člen Zakona o zatiranju nelojalne konkurence in monopolnih sporazumov.

¹⁵ Zakon o združenem delu (Uradni list SFRJ, št. 53/1976 (63/1979, 6/1988, 19/1988, 38/1988 - popr.), 57/1983, 85/1987, 11/1988, 77/1988-ZPod, 40/1989, 40/1989, 60/1989, RS, št. 37/1990)

¹⁶ Bavcon, Bele, Kobe, Šelih – str. 344.

Z osamosvojitvijo Slovenije in posledično doslednejšim uveljavljanjem tržnega gospodarskega sistema, je bil velikih sprememb deležen tudi novi KZ, ki je bil sprejet 6. oktobra 1994 in je stopil v veljavo s 1. januarjem leta 1995. Kljub velikim spremembam (gre za povsem novi zakon), pa je kaznivo dejanje ustvarjanje monopolnega položaja ostalo praktično identično. Inkriminacijo ustvarjanja monopolnega položaja najdemo v 231. členu in se glasi:

Ustvarjanje monopolnega položaja

231. člen

Kdor pri opravljanju gospodarske dejavnosti protipravno sklene dogovor, s katerim se druga gospodarska družba omejuje v svobodnem prometu blaga ali storitev, ali sklene dogovor, s katerim se drugače ustvarja monopolen položaj gospodarske družbe na trgu, pa zaradi tega nastane velika premoženjska korist za to gospodarsko družbo ali velika premoženjska škoda za drugega,

se kaznuje z zaporom do treh let.

Če na kratko primerjamo inkriminacijo ustvarjanja monopolnega položaja po prvem odstavku 163. člena KZ (1977) in kaznivo dejanje ustvarjanje monopolnega položaja po 231. členu trenutno veljavnega KZ lahko ugotovimo, da sta si podobni. Pri obeh je izvršitveno dejanje protipravna sklenitev dogovora, s katerim se drug gospodarski subjekt omejuje v svobodnem prometu blaga ali storitev oziroma druga ravnanja, ki ustvarjajo monopolni položaj gospodarskega subjekta na trgu. Opazno razliko pa lahko opazimo pri dodatnem objektivnem pogoju kaznivosti, ki ga najdemo v (novem) KZ, in sicer mora nastati bodisi velika premoženjska korist za obravnavano gospodarsko družbo bodisi velika premoženjska škoda za drugega. Inkriminacija iz 231. člena KZ je torej dejansko povzeta iz KZ (1977).

Primerjalnopravna analiza inkriminacije ustvarjanja monopola

V nadaljevanju bomo na kratko prikazali (zlasti kazenskopravne) ureditve področja zlorabe prevladujočega položaja v izbranih evropskih pravnih redih. Prikazana bo ureditev področja v pravnih sistemov naslednjih držav: Zvezna republika Nemčija, Republika Avstrija, Švicarska konfederacija, Francoska republika ter Republika Hrvaška.

Zvezna republika Nemčija

Nemški kazenski zakon – Strafgesetzbuch (StGB) ne pozna kaznivega dejanja ustvarjanja monopolnega položaja, ki bi ustrezal kaznivemu dejanju iz 231. člena KZ. StGB vsebuje samo nekatera kazniva dejanja, ki vsaj nekoliko spominjajo na obravnavano kaznivo dejanje, in sicer s področja kršitev predpisov o javnih naročilih¹⁷. Področje je urejeno predvsem v Zakonu o preprečevanju omejevanja konkurence (GWB)¹⁸. Pojem zloraba prevladujočega položaja v nemški zakonodaji ni nikjer definiran, so pa opredeljeni tipični primeri zlorabe¹⁹. Sankcionirane so tako kršitve GWB kot tudi določbe Pogodbe o Evropski Skupnosti²⁰ (v nadaljevanju PES).²¹, na katerih ureditev v GWB temelji, in sicer v okviru prekrškovnega prava. Zagrožene globe znašajo do 1 milijona EUR, ob tem, da naložena globa ne sme preseči deset odstotkov skupnega letnega prometa obravnavane družbe. Težišče urejanja zlorabe monopolnega položaja je v nemškem pravu torej na področju konkurenčnega prava.

Republika Avstrija

V avstrijskem kazenskem zakonu^{22,23,24} ne moremo najti nobenega kaznivega dejanja, ki bi vsaj podobno kaznivemu dejanju ustvarjanja monopolnega položaja iz 231. KZ. Avstrijska kazenskopravna doktrina sicer v gospodarsko kazensko pravo med drugim prišteva tudi dogovore o omejevanju konkurence, vendar zgolj tiste pri postopkih oddaje javnih naročil. Konkurenčnopravno je področje monopolov in njihove zlorabe na splošno urejeno v Kartellgesetz²⁵, ter Wettbewerbsgesetz²⁶ poleg tega pa avstrijski sistem pozna tudi specialno ureditev na nekaterih področjih. Sicer avstrijska ureditev na področju konkurence pozna specializirano Zvezno kartelno sodišče (*Kartellgericht*) z obsežnimi pristojnostmi.

¹⁷ §298 StGB.

¹⁸ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26.8.1998 (BGBl I 1998, 2521)

¹⁹ Glej: §19 GWB

²⁰ OJ 2002 C325/1

²¹ Zabel, str. 302-3.

²² Strafgesetzbuch – StGB Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen, BGBl. 1974/60

²³ Bartel, Christian; Schwaighoffer, Klaus: Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I, §§ 75 bis 168a StGB, Sechste, Neuarbeitete Auflage, Springer-Verlag, Innsbruck, 2000.

²⁴ Bartel, Christian; Schwaighoffer, Klaus: Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil II, §§ 169 bis 321 StGB, Vierte, Neuarbeitete Auflage, Springer-Verlag, Innsbruck, 1999.

²⁵ BGBl Nr. 61/2005.

²⁶ BGBl Nr. 62/2002.

Ugotovitev ali je v določenem primeru podana zloraba je v avstrijski ureditvi razdeljena med večje število organov. Tako sta poleg posebnega Zveznega kartelnega sodišča prostojna tudi Zvezni konkurenčni urad (*Bundeswettbewerbsbehörde*) in Zvezno kartelno tožilstvo (*Bundeskartellanwalt*). Sankcije za kršitev pravil konkurence so izdaja uradne prepovedi Zveznega kartelnega sodišča o nadaljnji prepovedi protikonkurenčnega delovanja, poleg tega sme sodišče poseči tudi v strukturo obravnavanih družb in jih med drugim tudi razdeliti na več enot. Poleg teh specialnih sankcij pa so predvidene tudi denarne globe, ki lahko dosegaajo 10 odstotkov ugotovljenega letnega svetovnega prihodka udeleženih družb v preteklem poslovnem letu.

Švicarska konfederacija

Konkurenčnopravno področje zlorabe prevladujočega položaja v Švici urejata dva zakona, in sicer KartG²⁷, ki je stopil v veljavo 1. julija 1996, poleg tega pa tudi UWG²⁸.

KartG dopušča možnost, da zvezna vlada na posebno zahtevo razglasi določeno ravnanje, ki ga je Komisija za konkurenco (*Wettbewerbskommission*) z odločbo označila kot zlorabo konkurence, za zakonito, ker je v javnem interesu. Sistem sankcioniranja dejanj, ki nasprotujejo pravilom konkurence (torej tudi dejanje zlorabe monopola), je izpeljan preko določitve prekrškov. Sankcije za kršitve pravila o prepovedi zlorabe prevladujočega položaja lahko dosežejo 10 odstotkov prihodkov družbe v Švici v preteklih treh poslovnih letih, poleg tega pa se lahko naloži tudi povračilo nastale škode. Praksa Komisije za konkurenco na področju kršitev pravil konkurence kaže na relativno ostro sankcioniranje kršitev.²⁹

Ob dobri konkurenčnopravni regulaciji področja (zlorabe) monopolnega položaja lahko ugotovimo tudi, da švicarski kazenski zakon ne vsebuje kaznivih dejanj, ki bi sankcionira zlorabo monopola.

Francoska republika

Francoska ureditev protikonkurenčnih ravnanj ne obravnava v okviru kazenske zakonodaje v ožjem pomenu besede. Edino kaznivo dejanje, ki vsaj približno spominja na kaznivo dejanje

²⁷ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6 oktober 1995 mit dem Änderungen vom 20 Juni 2003 – AS 1996 546, AS 2000 2355, AS 2005 2197

²⁸ Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb – AS 1988 223, AS 1992 1514, AS 1994 375, AS 1995 4086, AS 2000 2355, AS 2002 3846, AS 2006 2371

²⁹ Dominance 2007 – str. 204-5.

najdemo v členu 432-14 francoskega Code Penale, ki sankcionira ravnanja, ki nasprotujejo enakosti pri javnih razpisih.

Težišče urejanja področja zlorabe monopolov je tudi v Franciji na ravni gospodarskega (konkurenčnega) prava, konkretnije v IV. poglavju Code de commerce – členu od L410-1 do L470-8, ki zlorabo prevladujočega položaja prepovedujejo in vsa ravnanja v njenem nasprotju so nična (razen v primerih natančno določenih izjem). V Franciji za uresničevanje določb Code de commerce skrbita dva organa, in sicer *Conseil de la concurrence* ter direktorat za konkurenco v okviru ministrstva pristojnega za gospodarstvo – *Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes* (DGCCRF). Odločanje o kazenskih sankcijah glede kršitev pravil konkurence pa je seveda v pristojnosti kazenskih sodišč³⁰.

Sankcije za kršitev pravil o prepovedi zlorabe prevladujočega položaja so: administrativne, civilne in kazenske. Administrativne lahko izreče *Conseil de la concurrence*, in sicer tako da naloži prekinitev prepovedanih dejanj kršitve pravil konkurence, lahko pa odredi tudi odpravo škodljivih posledic. Najvišje možne izrečene globe za pravne osebe v višini 10 odstotkov letnega svetovnega prometa družbe (5 odstotkov za kršitve pred letom 2001), za odgovorne osebe kot fizične osebe pa je največja možna izrečena globa v višini 3 milijone EUR. »Civilne sankcije« se uveljavlja preko zahtevka javnega pravobranilstva (*ministère public*) na predlog ministra pristojnega za gospodarstvo. Tretjo skupno sankcij pa predstavljajo kazenske sankcije, in sicer za vsako fizično osebo, ki je imela odločilno vlogo pri načrtovanju, organiziranju in pri uveljavljanju prepovedanega ravnanja. Kazen za navedeno kaznivo dejanje je do štiri leta zapora ali denarna kazen v višini do 75.000 EUR, možno pa je izreči tudi kumulativno obe kazni.³¹

Republika Hrvaška

Razvoj hrvaške kazenskopravne ureditve monopola je zanimiv, saj je hrvaška ureditev izhajala iz istega izhodišča kot naš sistem, vendar pa je razvoj inkriminacije na Hrvaškem šel svojo pot in se je precej bolj približal izhodiščem urejanja področja v konkurenčnem pravu. Temelj inkriminacije je zlasti drugi odstavek 49. člena Ustave Republike Hrvaške (v nadaljevanju URH)³², s katerim država podjetnikom zagotavlja enak pravni položaj na trgu in

³⁰ Tribunaux correctionnels

³¹ Dominance 2007 – str. 64.

³² Ustav Republike Hrvatske – Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 8/98 – pročiščeni tekst, 113/00, 124/00 – pročiščeni tekst, 28/01, 41/01 – pročiščeni tekst, 55/01 – pročiščeni tekst.

prepoveduje zlorabo monopolnega položaja³³. Zanimivo je, da je bila določba spremenjena. V prvotnem besedilu URH je drugi odstavek 49. člena namreč prepovedoval monopole per se. Določba pa je bila spremenjena leta 2001; in sicer tako da je bil spremenjen drugi stavek v drugem odstavku 49. člena, ki sedaj prepoveduje zlorabo monopolnega položaja ne pa več monopolov samih po sebi.

Kot kaže, je razvoj inkriminacije monopolov v HKZ sledil ureditvi v URH. Iz besedila inkriminacije z leta 1997³⁴ tako lahko ugotovimo, da je ta zelo podobna tisti, ki jo najdemo v 231.KZ. Razlika je v dodanem objektivnem pogoju kaznivosti v našem KZ – »velika premoženjska korist za to gospodarsko družbo ali velika premoženjska škoda za drugega«, poleg tega pa je inkriminaciji v KZ dodan tudi pogoj »pri opravljanju gospodarske dejavnosti«, ki ga v inkriminaciji v HKZ ni. Razlika je tudi v kaznovalnem okviru.

V nadaljnjih letih je obravnavano kaznivo dejanje doživelo sprva majhne spremembe z novelo z leta 2000, z novelo z leta 2003 pa so nastopile korenite spremembe inkriminacije. Novela 2003 je poleg drugih sprememb prinesla novo poimenovanje obravnavanega kaznivega dejanja iz 288. HKZ³⁵ in celovito spremembo inkriminacije. Novo poimenovanje »Zlouporeba monopolističnog ili vladajućeg položaja na tržištu« (Zloraba monopolističnega ali prevladujočega položaja na trgu) nakazuje na korenite spremembe v inkriminaciji, ki je s konkurenopravnega vidika³⁶ ustreznija. Nova inkriminacija ne inkriminira več (ustvarjanja) monopola per se, ampak je inkriminirana njegova zloraba, torej različna dejanja, ki pomenijo izkoriščanje posebne tržne situacije, ki ji predstavlja monopol. Kot možne izvršitvene načine HKZ navaja omejevalne sporazume, ki druge tržne subjekte oziroma potrošnike omejuje v prostem pretoku blaga in storitev ali v pristopu na trg; možen izvršitveni način je tudi ustvarjanje koncentracije, ki vodi v ustvarjanje monopolnega položaja oziroma v utrjevanje

³³ Bačić, Franjo; Pavlović, Šime: Komentar Kaznenog zakona, Organizator, Zagreb, 2004 – str. 1000.

³⁴ *Stvaranje monopolističnog položaja na tržištu*

Tko u poduzeću ili drugoj pravnoj osobi sklopi sporazum kojim se drugo poduzeće odnosno organizacija ograničuje u slobodnom prometu robe ili usluga na određenom području ili organizacijama, ili sklopi sporazum kojim se na drugi način stvara monopolistički položaj poduzeća ili organizacije na tržištu,

kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina.

³⁵ Glej: 115. čl. Zakona o izmjenama i dopunama kaznenog zakona, NN, br. 111/03

³⁶ *Zlouporeba monopolističnog ili vladajućeg položaja na tržištu*

Tko u pravnoj osobi zlouporebi utvrđeni monopolistički ili vladajući položaj na tržištu Republike Hrvatske na način da sklopi sporazum ili izvrši radnju kojom se pravna osoba, odnosno potrošači ograničavaju ili sprečavaju u slobodnom prometu robe i usluga, odnosno pristopu tržištu, ili sklopi sporazum ili izvrši radnju kojom se stvara koncentracija radi postizanja monopolističnog položaja ili znatnog jačanja utvrđenega vladajućeg položaja, a koje dovode do ukidanja ili znatnog i trajnog ograničavanja konkurencije na tržištu Republike Hrvatske,

kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina.

prevladujočega položaja, vendar pod pogojem, da bi to pomenilo ukinitve ali znatno in trajno omejevanje konkurence na hrvaškem trgu.

(Kaznivo dejanje) ustvarjanje monopolnega položaja v našem (kazensko)pravnem sistemu

V našem kazenskopravnem sistemu najdemo kaznivo dejanje ustvarjanje monopolnega položaja v 231. členu KZ. Kaznivo dejanje je uvrščeno štiriindvajseto poglavje KZ, torej med kazniva dejanja zoper gospodarstvo. Dejanje je sicer formulirano kot splošno, saj je uvedeno z besedo »kdor«, vendar pa nadaljnje besedne zveze »pri opravljanju gospodarske dejavnosti ...« kažejo na to, da gre v bistvu za delikta propria, kjer je storilec kaznivega dejanja lahko le tisti, ki opravlja gospodarsko dejavnost.

Opredeleitev gospodarske dejavnosti

Glede določitve kroga možnih storilcev tega kaznivega dejanja je pomembna opredelitev gospodarske dejavnosti, ki jo najdemo v petem odstavku 126. člena KZ. Ta pod pojem gospodarska dejavnost šteje: proizvodnjo in promet blaga opravljanje storitev na trgu, bančno in drugo finančno poslovanje; opravljanje dejavnosti, poklica ali nalog, za katere je predpisano ali dogovorjeno plačilo; vodenje in sodelovanje pri upravljanju, zastopanju in nadzorstvu pri poprej naštetih dejavnosti. Kaznivo dejanje po 231. členu KZ lahko stori le subjekt, ki opravlja gospodarsko dejavnost v smislu določil petega odstavka 126. člena KZ. ZPOMK širše opredeljuje krog subjektov, ki sodijo pod njegovo osebno veljavnost, in sicer pravne in fizične osebe, ki opravljajo gospodarsko dejavnost, ne glede na njihovo pravno obliko in lastninsko pripadnost. ZPOMK jih označuje kot »podjetja«. Poleg tega ZPOMK pod oznako podjetje vključuje tudi »podjetniška združenja, ki neposredno ne opravljajo gospodarskih dejavnosti, vendar vplivajo ali lahko vplivajo na ravnanje podjetij na trgu«. Pojem gospodarske dejavnosti ZPOMK definira kot vsako dejavnost, ki se opravlja proti plačilu na trgu. Veljavnost ZPOMK pa je razširjena tudi na javna podjetja in druge osebe javnega prava, ki opravljajo gospodarsko dejavnost. V krog pravnih naslovljencev po ZPOMK so torej vključeni vsi subjekti po Zakonu o gospodarskih družbah³⁷, poleg njih pa vključuje tudi zadrage ter subjekte javnega prava, med katerimi so še posebej pomembna javna

³⁷ Uradni list RS, št. 42/2006

podjetja, brez dvoma pa tudi javni zavodi, v kolikor opravljajo gospodarsko dejavnost.³⁸ Krog pravnih naslovljencev po ZPOmK je torej širši od tistega, ki ga predvideva KZ.

Protipravnost

Presoja o tem, ali je protipravnost podana ali ne, se opravi po pravilih konkurenčnega prava, torej 10. člena ZPOmK. Navedeni člen zlorabo prevladujočega položaja prepoveduje v prvem odstavku. Ob tem velja še enkrat opozoriti na dejstvo, da ni prepovedan prevladujoč položaj sam po sebi, pač pa njegova zloraba. Torej ugotovitev, da ima neka družba prevladujoči položaj še ne pomeni kaznivosti, je pa za tako družbo posebej pomembno, da svojega izjemnega tržnega ne izkorišča. Da bi lahko opredelili ali neka družba ravna protipravno v smislu določil 10. člena ZPOmK je torej najprej potrebno opredeliti, ali družba prevladujoči položaj sploh ima. Ta je podan ko podjetje glede določenega blaga oziroma določene storitve nima konkurentov, ima na trgu le nepomembno konkurenco ali pa ima v primerjavi s konkurenti občutno boljši položaj glede na tržni delež, možnost za financiranje, možnosti za nakup in prodajo ali glede na dejstva, ki druga podjetja ovirajo pri vstopu na trg. Domneva prevladujočega položaja podjetja na trgu nastopi, če je njegov delež prodaje ali nakupa blaga ali storitve v Republiki Sloveniji večji od štirideset odstotkov. Domneva za dve ali več podjetij pa nastopi pri šestdeset-odstotnem tržnem deležu, če med njimi ni pomembnejše konkurence. Drugi element, ki sestavlja protipravno zlorabo prevladujočega položaja, torej zloraba, v ZPOmK ni definirana, pač pa zakon v petem odstavku navaja nekatere oblike ravnanj, ki so primeroma opredeljena kot zloraba. Kazuistične navedbe primerov zlorab so predvsem ilustrativnega pomena in ta ravnanja praviloma pomenijo protipravno zlorabo, a se protipravnost ugotavlja v vsakem primeru posebej.

Sklenitev dogovora in pojem sporazuma

Definicije pojma dogovor oz. besedne zveze sklenitev dogovora v KZ ni mogoče najti. Pri opredelitvi tega pojma se lahko vsaj deloma opremo na določila ZPOmK in na prakso, ki na njem temelji, vendar pa je potrebno njegove določbe interpretirati restriktivno. Zanimivo je, da po praksi s področja konkurenčnega prava enostranska, samostojna delovanja družb ne pomenijo sporazuma v smislu določil konkurenčnega prava. Zato ZPOmK ravnanje družb s prevladujočim položajem obravnavajo ločeno in njihovega ravnanja ne podreja pojmu sporazum iz 3. člena ZPOmK. Torej se po pravilih konkurenčnega prava pojem dogovor

³⁸ Grilc, Peter; Zabel, Bojan; Galič, Aleš; Juhart, Miha: Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPOmK) s komentarjem, Gospodarski vestnik, Ljubljana, 2000 – str.16-29.

(sporazum) in dejanja zlorabe prevladujočega položaja do neke mere izključujeta, kar kaže na nekonsistenco inkriminacije po 231. členu KZ, ki v dikciji eksplicitno vključuje sklenitev dogovora.

Ob povedanem nikakor ne smemo spregledati dejstva, da ima pojem sporazuma poseben pomen predvsem pri presoji kartelov oziroma prepovedanih kartelnih sporazumov, kjer je obstoj sporazuma ključnega pomena. Pri prepovedani zlorabi monopolnega položaja gre običajno za ravnanje samostojnih subjektov, kjer do sporazumov oziroma dogovorov (logično) ne more priti in zato v primeru kazenskopravne obravnave tovrstnih dejanj niso (in ne morejo) biti podani znaki kaznivega dejanja, ker obstoja protipravnega monopolnega dogovora ni mogoče dokazati, saj ta praviloma sploh ne obstaja. Dogovor kvečjemu obstaja v primeru več udeleženih subjektov v prepovedani zlorabi monopolnega položaja, kar pa ustreza definiciji prepovedanih kartelnih (omejevalnih) sporazumov po 5. členu ZPOmK.

Omejevanje druge gospodarske družbe v svobodnem prometu blaga ali storitev

Kot prepovedana posledica protipravnega dogovora, ki ga subjekt kaznivega dejanja stori pri opravljanju gospodarske dejavnosti, je v nadaljevanju inkriminacije navedeno omejevanje druge gospodarske družbe v svobodnem prometu blaga ali storitev. Prepovedana posledica se v okviru konkurenčnega prava obravnava pod nazivi preprečevanje, oviranje ali izkrivljanje konkurence. Pri tem je potrebno opozoriti na pomembno razliko. Bistvo konkurenčnega prava je namreč varstvo konkurence³⁹, ne pa konkurentov, medtem ko inkriminacija v KZ kot varstveni objekt postavlja konkurente. Ureditev v KZ je torej v neskladju z ureditvijo konkurenčnega prava.

Prepovedana posledica po ureditvi iz KZ nastopi kot posledica praktično v vsakem »običajnem konkurenčnem boju«, kajti že dejstvo, da ima neka družba na trgu konkurente, pomeni, da taki subjekti s konkuriranjem drug drugega omejujejo v svobodnem prometu blaga in storitev. Da bi bili izpolnjeni znaki kaznivega dejanja, sicer mora biti izpolnjen pogoj protipravno sklenjenega dogovora, vendar pa razlikovanje v konceptih varstva konkurence v okviru konkurenčnega prava ter varstva konkurentov v okviru kazenskega prava kaže na nekonsistenco v pravnem sistemu, ki bi jo kazalo odpraviti z ustrežno spremembo dikcije iz KZ.

³⁹ Zabel, str 122.

Dogovor, s katerim se kako drugače ustvarjanja monopolni položaj

Kot alternativno obliko inkriminiranega dejanja dogovoru, s katerim se druga gospodarska družba omejuje v svobodnem prometu blaga ali storitev, je v KZ naveden dogovor, s katerim se kako drugače ustvarja monopolni položaj gospodarske družbe na trgu ob izpolnjenem dodatnem pogoju nastanka škode ali koristi (natančnejša obravnava v naslednjem podpoglavju). Dogovor, s katerim se kako drugače ustvarja monopolni položaj je v obravnavanem členu KZ očitno tako pomemben, da je bilo po njem (neposrečeno) poimenovano celotno kaznivo dejanje.

Omenjen izsek iz dikcije kaznivega dejanja je problematičen, ker pretirano izpostavlja le en element konkurenčnopravnega instituta zlorabe prevladujočega položaja, namreč samo dejstvo monopolnega položaja, bistvo, to je zloraba monopolnega položaja pa je v dikciji iz KZ prisotna le posredno preko škode oziroma koristi, ki jo tako ustvarjanje monopolnega položaja povzroči.

Ob vsem navedenem pa naletimo na dve nelogičnosti. Prva se nanaša na krepitev tržnega položaja družbe, ki nastopa na trgu. Kajti če ima neka družba na trgu relativno močan tržni delež, ki ga povsem na legalen način okrepi in postane monopolist (npr. s ponudbo izboljššanega proizvoda z zadevnega trga na podlagi nekega dogovora – recimo licenčne pogodbe), s čimer si pridobi veliko premoženjsko korist oziroma s tem povzroči veliko premoženjsko škodo za druge, je družba izpolnila vse znake kaznivega dejanja po 231. členu KZ. S tem je povezana druga nelogičnost, namreč element protipravnosti, ki ga najdemo v besedilu inkriminacije se glede na jezikovno razlago nanaša zgolj na tiste dogovore, s katerimi se druge družbe omejujejo v svobodnem prometu blaga in storitev, ne pa tudi na dogovore, s katerimi se kako drugače ustvarja monopolen položaj gospodarske družbe na trgu. To kaže na to, da je kazniv kakršenkoli dogovor, ki ustvarja monopolen položaj gospodarske družbe na trgu in hkrati prinaša veliko premoženjsko korist obravnavani družbi ali veliko škodo za drugega. V kazenskem pravu je uporaba restriktivne razlage pravilo, hkrati pa velja načelo *in dubio pro reo*, kar bi utegnilo pripeljati do interpretacije, da bi se morala protipravnost poleg dogovorov o omejevanju drugih gospodarskih družb v prometu blaga ali storitev nanašati tudi na dogovore, ki kako drugače ustvarjajo monopolni položaj družbe na trgu, vendar pa je sodeč na dikcijo iz KZ takšna razlaga vprašljiva, če že ne preširoka. Vsekakor pa je res, da je KZ v tem delu preveč ohlapen, premalo natančen in zagotovo ni usklajen z osnovno zahtevo iz načela določnosti (*lex certa*) kazenskega zakona, ki bi moralo veljati za vse inkriminacije v sodobnem kazenskopravnem sistemu. Dikcija kot je uzakonjena

v tem delu 231. člena KZ povzroči, da so inkriminirana tudi številna povsem legitimna in z vidika konkurenčnega prava tudi legalna ravnanja družb v okviru legitimnega tržnega boja.

Glede na to da pojem monopolnega položaja v KZ ni definiran, si je potrebno pri njegovi opredelitvi pomagati s pravili konkurenčnega prava, natančneje 10. člen ZPOmK.

Gre torej za precej neposrečeno dikcijo v inkriminaciji iz 231. člena KZ, ki povzroča precejšnje nejasnosti in težave v praksi zaradi očitne neuskklajenosti z ureditvijo v okviru konkurenčnega prava.

Velika premoženjska korist za družbo ali velika premoženjska škoda za drugega

Kot zadnji sestavni del inkriminacije je naveden objektivni pogoj kaznivosti, to je bodisi nastanek velike premoženjske koristi za gospodarsko družbo, ki »sklene dogovor, s katerim se druga gospodarska družba omejuje v svobodnem prometu blaga ali storitev, ali sklene dogovor, s katerim se kako drugače ustvarja monopolen položaj gospodarske družbe na trgu« bodisi pa nastanek velike premoženjske škode za drugega. Vrednost pri kateri lahko govorimo o veliki premoženjski koristi oziroma o veliki premoženjski škodi je opredeljena v tretji točki trinajstega odstavka 126. člena KZ, in sicer gre za vrednost, ki presega petdeset povprečnih neto plač na zaposleno osebo. Ob tem je ponovno potrebno opozoriti na dejstvo, da sta tako velika premoženjska škoda in velika premoženjska korist lahko tudi rezultat povsem legalnega konkurenčnega boja.

Kaznovalni okvir

Za obravnavano kaznivo dejanje KZ predvideva kazen zapora, in sicer v trajanju do tri leta. Navedeni kaznovalni okvir skladno z določili Zakona o kazenskem postopku povzroči, da sodi ta kazniva dejanja obravnavajo okrajna sodišča, kar je nekoliko problematično, saj gre za eno najbolj kompleksnih kaznivih dejanj, ki za sabo potegne izjemno zapleten kazenski postopek z obsežnimi dokaznimi predlogi. Dokazovanje tega kaznivega dejanja zahteva tudi sodelovanje ekonomske stroke, saj je potrebno ugotavljati tržni položaj udeleženih družb, relevantne trg, ocenjevati ali ravnanja gre v določenih primerih res za monopolni položaj, oceniti pa je potrebno tudi obseg škode oziroma nastale premoženjske koristi.

Ob znanem dejstvu, da mesta okrajnih sodnikov praviloma zasedajo sodniki na začetku kariere v sodniški službi, torej z malo izkušnjami, pomeni obravnavo navedenega kaznivega dejanja zahtevno nalogo za sodišča.

***Kaznivo dejanje Ustvarjanje monopolnega položaja in Zakon o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja*⁴⁰**

Kaznivo dejanje Ustvarjanje monopolnega položaja po 231. členu KZ je skladno z določbo 7. točke prvega odstavka 25. člena Zakona o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja (v nadaljevanju ZOPOKD) kaznivo dejanje, za katerega lahko odgovarjajo pravne osebe. Ob tem velja opozoriti na določilo 4. člena ZOPOKD, ki ureja temelje odgovornosti pravne osebe za kaznivo dejanje.

Sodna praksa in praksa Urada za varstvo konkurence

Za obravnavano kaznivo dejanje sodeč po podatkih Urada za varstvo konkurence do leta 2006 ni bil sprožen noben kazenski postopek. V letu 2006 je bil pred Okrajnim sodiščem v Ljubljani sprožen prvi kazenski postopek, v katerem pa Urad za varstvo konkurence ne sodeluje kot subjekt, ki bi podal kazensko ovadbo, ampak je bil postopek sprožen na podlagi zasebne ovadbe. Logično tudi obsodilnih sodb za navedeno kaznivo dejanje ni.

Je pa kršitev določb o prepovedi zlorabe prevladujočega položaja iz 10. člena ZPOmK opredeljena kot prekršek po 52. členu ZPOmK. Predpisane globe so v primerjavi s škodo, ki jo takšna ravnanja povzročijo, izjemno nizke⁴¹.

Dejanja zlorabe prevladujočega položaja so se v Sloveniji doslej obravnavala izključno pred Uradom za varstvo konkurence (v nadaljevanju UVK). UVK se v svoji praksi večinoma odloča za ukrepe, ki so usmerjeni predvsem v odpravljanje posledic in preprečevanje dejanj zlorabe prevladujočega položaja, do sankcioniranja pa pride le redko. V preteklosti se je UVK obravnaval zelo različne kršitelje od upravljavcev pokopališč, do operaterjev telekomunikacij kakor tudi zbiralcev odpadne embalaže.

Kritika inkriminacije kaznivega dejanja ustvarjanja monopolnega položaja 231. člena Kazenskega zakonika

Kot je razvidno iz gornjih razmišljanj in primerjav, kaznivo dejanje ustvarjanje monopolnega položaja po 231. členu KZ v praksi organom pregona očitno predstavlja težavo, o čemer zgovorno priča dejstvo, da za navedeno kaznivo dejanje ni sodne prakse. Inkriminacija kaznivega dejanja, kakor je oblikovana v našem KZ je očitno neustrezna. Glavna težava je po mojem mnenju neusklajenost inkriminacije z določbami konkurenčnega prava, konkretnije

⁴⁰ Uradni list RS, št. 59/1999 (12/2000 – popr.), 50/2004.

⁴¹ Od 125.000 do 375.000 EUR za pravno osebo in od 4.100 do 12.500 EUR za odgovorno osebo pravne osebe.

10. člena ZPOmK. Namreč, kaznivo dejanje po 231. členu KZ je zasnovano tako, da že samo poimenovanje kaže na inkriminacijo samega ustvarjanja monopolnega položaja, ne pa na inkriminacijo zlorabe prevladujočega položaja kot jo prepoveduje 10. člen ZPOmK. Zlasti problematičen je del inkriminacije »ali sklene dogovor, s katerim se kako drugače ustvarja monopolen položaj gospodarske družbe na trgu, pa zaredi tega nastane velika premoženjska korist za to gospodarsko družbo ali velika premoženjska škoda za drugega«. Osnovna težava je v tem, da citirani del inkriminacije inkriminira dejanje, ki je po določbah konkurenčnopravne zakonodaje dovoljeno. Eno osnovnih pravil konkurenčnega prava na področju protimonopolnega prava je namreč, da prevladujoč položaj sam po sebi ni prepovedan – prepovedana je njegova zloraba. Inkriminacija kakor je oblikovana v citiranem delu 231. člena KZ izrecno kaže na razhajanje z omenjenim pravilom konkurenčnega prava, saj je kaznivo že ustvarjanje monopolnega položaja, ki ima za posledico premoženjsko škodo za to gospodarsko družbo oziroma veliko premoženjsko korist za drugega. Ob tem velja poudariti, da ima prevladujoč položaj družbe na trgu praktično vedno za posledico nastanek velike premoženjske koristi za družbo oziroma velike premoženjske škode za drugega. Prevladujoči položaj družbe na trgu v primerjavi s položajem v katerem družba prevladujočega položaja nima, prinese družbi s prevladujočim položajem ravno veliko premoženjsko korist oziroma imajo drugi udeleženci na trgu zaradi tega veliko premoženjsko škodo. Navedena premoženjska škoda oziroma pridobljena premoženjska korist sta rezultat legitimnega in legalnega konkurenčnega boja in naravna posledica dejstva velike tržne moči enega udeleženca na trgu. Kot že omenjeno zgoraj pa je problematičen tudi pojem dogovora.

Možne rešitve

Navedeno razhajanje med konkurenčno in kazenskopravno ureditvijo področja pomeni veliko notranjo neskladnost v pravnem sistemu, katere posledica je, da je kaznivo dejanje v praksi praktično neuporabno. Neskladje bi bilo potrebno popraviti tako, da bi se kazensko pravo na navedenem področju prilagodilo sistemu konkurenčnega prava oziroma ureditvi, kakor izhaja iz ZPOmK, kajti določila ZPOmK v tem delu so v celoti povzeta po ureditvi prava EU.

Za rešitev obravnavanega razhajanja obstaja več možnih rešitev. Prva možnost je, v popolnem črtanju obravnavanega kaznivega dejanja in popolna prepustitev regulacije področja specializiranim organom kot je Urad za varstvo konkurence. Vendar pa je ob tem potrebno opozoriti na možne težave, ki bi s tem lahko nastale. Ob vsakem posegu v kazenskopravni sistema je potrebno imeti v zavesti dejstvo, da ima kazenska zakonodaja tudi pomembno funkcijo pri izražanju vrednot celotne družbe. Na podlagi izključitve določenega kaznivega

dejanja iz kazenskopravnega sistema bi lahko sklepali, da je v družbi prišlo do spremembe vrednostnega sistema. Poleg tega pa bi bilo ob popolni prepustitvi urejanja področja Uradu za varstvo konkurence nekoliko dopolniti in nadgraditi višino zagroženih glob po ZPOmK.

Druga možnost se zdi logična: preoblikovanje same inkriminacije v KZ oz. uskladitev inkriminacije s sistemom konkurenčnega prava. Navedena uskladitev je možna v dveh smereh, in sicer bodisi s pomočjo uporabe blanketne inkriminacije ali pa brez nje. Vsekakor pa bi bilo potrebno najprej spremeniti samo poimenovanje kaznivega dejanja, ki v sedanji obliki že na prvi pogled kaže na neuskklajenost s sistemom konkurenčnega prava. Ustrezniješe poimenovanje kaznivega dejanja bi bilo »zloraba prevladujočega položaja. Kot omenjeno je mogoče pri sami inkriminaciji poseči po določitvi kaznivega dejanja preko blanketne norme ali pa brez nje. V kolikor bi dejanje inkriminirali brez blanketne norme, bi bilo potrebno v inkriminacijo vključiti izvršitvene načine samega kaznivega dejanja, podobno kot je to storil hrvaški zakonodajalec (več o tem glej opombo št. 36). Pri tem pa velja opozoriti na klasičen problem težavnega prenosa vseh možnih izvršitvenih dejanj navedenega kaznivega dejanja v samo besedilo inkriminacije.

Če pa bi se pri inkriminaciji oprli na možnost opredelitve kaznivega dejanja preko blanketne norme, ki bi se sklicevale na ustrezne norme konkurenčnega prava, naletimo na problem spoštovanja temeljnega načela kazenskega prava, torej, da morajo biti inkriminacije kar najbolj določne (*lex certa*), ker pa je v primeru dejanj zlorabe prevladujočega položaja težko zagotoviti, kajti norme konkurenčnega prava so težko bolj določno opredeljene kot so opredeljene v trenutnem konkurenčnopravnem sistemu, toda tudi takšna opredelitev je premalo določna, da bi to ustrezalo zahtevam načel sodobnega kazenskega prava.

Pri odločitvi ali pri obravnavanem dejanju vztrajati pri inkriminaciji v KZ nam je lahko v pomembno oporo oziroma nam odgovor ponuja določba 2. člena KZ, ki določa podlago in meje kazenskopravne prisile. Po omenjeni določbi je namreč »določanje kaznivih dejanj in predpisovanje kazenskih sankcij v zakonu je upravičeno samo, kadar in kolikor varstva človeka in drugih temeljnih vrednot ni mogoče zagotavljati drugače«. Ali v primeru zlorabe prevladujočega položaja varstva temeljnih vrednot res ni mogoče zagotavljati drugače kot preko določanja kaznivih dejanj predpisovanja kazenskih sankcij v zakonu? Določanje kaznivih dejanj bi moralo biti skrajno sredstvo za doseganje varstva in spoštovanja temeljnih vrednot neke družbe in v primerih ko je za njihovo spoštovanje predviden celovit sistem varstva kot je v primeru konkurenčnega prava, se zdijo dodatne inkriminacije v okviru kazenskega prava manj smiselne.

Predlagane spremembe ZPOmK (novi ZPOmK-1), ki predvideva korenite spremembe na področju konkurenčnega prava, ponujajo lepo priložnost za razmislek o inkriminaciji iz 231. člena KZ. S krepitevijo pristojnosti UVK in povišanimi zagroženimi sankcijami se zdi uskladitev sistema kazenskega prava s konkurenčnim pravom še toliko bolj potrebna.

Literatura

1. Bačić, Franjo; Pavlović, Šime: Komentar Kaznenog zakona, Organizator, Zagreb, 2004.
2. Bartel, Christian; Schwaighhoffer, Klaus: Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I, §§ 75 bis 168a StGB, Sechste, Neuarbeitete Auflage, Springer-Verlag, Innsbruck, 2000.
3. Bartel, Christian; Schwaighhoffer, Klaus: Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil II, §§ 169 bis 321 StGB, Vierte, Neuarbeitete Auflage, Springer-Verlag, Innsbruck, 1999.
4. Bavcon, Ljubo; Bele, Ivan; Kobe, Peter; Šelih, Alenka: Kazenski zakon SFR Jugoslavije s pojasnili, sodno prakso in literaturo, ČZ uradni list SR Slovenije, Ljubljana, 1984.
5. Cigoj, Stojan: Komentar obligacijskih razmerij (Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih), I. knjiga, ČZ Uradni list SR Slovenije, Ljubljana, 1984.
6. Deisinger, Mitja: Kazenski zakon s komentarjem – Posebni del, GV Založba, Ljubljana, 2002.
7. Fisher, F. M.; McGowan, J. J.; Greenwood, J. E.: Economic Analysis and U.S. v IBM, The MIT Press, Cambridge – Massachusetts, 1983.
8. Grilc, Peter: Pravo Evropske unije (Druga knjiga), Cankarjeva založba, Ljubljana, 2001.
9. Grilc, Peter; Zabel, Bojan; Galič, Aleš; Juhart, Miha: Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPOmK) s komentarjem, Gospodarski vestnik, Ljubljana, 2000.
10. Kobe, Peter; Bavcon, Ljubo: Kazenski zakonik s pojasnili in sodno prakso, Uradni list SR Slovenije, Ljubljana, 1970.
11. Lackner, Karl; Kühl, Kristian: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1999.
12. Pavišić, Berislav; Veić, Petar: Komantar kaznenoga zakona (Drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje), Ministarstvo unutranjih poslova – Policijska akademija, Zagreb, 1999.
13. Rosina, Aleš: Monopolski dogovori in zloraba dominantnega tržnega položaja, Pravniki, št. 24/1969, str. 33-55.

14. Tröndle, Herber; Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1999.
15. Utton, Michael A.: Market Dominance and Antitrust Policy – 2nd edition, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2003.
16. Viltušnik, Rafael: Preiskovanje monopolnih združenj – kartelov, Revija za kriminalistiko in kriminologijo, št. 1/99, str. 12-19.
17. Viscusi, W. Kip; Vernon, John M.; Harrington, Joseph E. Jr.: Economics of Regulation and Antitrust (3rd edition), The MIT Press, Cambridge – Massachusetts, 2000.
18. Wessely, Thomas (urednik): Getting the Deal Through – Dominance 2006 – The regulation of dominant firm conduct in 38 jurisdictions worldwide, Law Business Research Ltd, London, 2006.
19. Wessely, Thomas (urednik): Getting the Deal Through – Dominance 2007 – The regulation of dominant firm conduct in 38 jurisdictions worldwide, Law Business Research Ltd, London, 2007.
20. Zabel, Bojan: Tržno pravo – teorija in praksa pravnega urejanja trga, Gospodarski vestnik, Ljubljana, 1999.

Pravni viri

Domači

1. Kazenski zakon o hudodelstvih, pregreških in prestopkih z dne 27. maja 1852 št. 117 drž. Zakonika.
2. Kazenski zakon SFRJ (Uradni list SFRJ, št. 44/76, 34/84, 74/87, 57/89, 3/90 in 38/90).
3. Kazenski zakonik 1951 (Uradni list FLRJ, št. 13/1951).
4. Kazenski zakonik Republike Slovenije (Ur.l. RS, št. 63/1994 (70/1994 - popr.), 23/1999, 60/1999 Odl.US: U-I-226/95, 40/2004, 37/2005 Odl.US: U-I-335/02-20, 17/2006 Odl.US: U-I-192/04-16).
5. Ustava Republike Slovenije (Ur.l. RS, št. 33/91, 42/97, 66/00, 24/2003, 69/2004, 69/2004, 68/2006).
6. Ustava Socialistične federativne republike Jugoslavije, 1963 (Ur.l. SFRJ, št. 14/1963).
7. Ustava Socialistične federativne republike Jugoslavije, 1974 (Ur.l. SFRJ, št. 9/1974).

8. Zakon o kaznivih dejanjih zoper narod in državo (Uradni list Demokratske federativne Jugoslavije, št. 66/45 z dne 1. septembra 1945).
9. Zakon o gospodarskih družbah (Uradni list RS, št. 42/2006).
10. Zakon o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja (Uradni list RS, št. 59/1999 (12/2000 – popr.), 50/2004).
11. Zakon o pobijanju nedovoljene špekulacije in gospodarske sabotaže (Uradni list Demokratske federativne Jugoslavije, št. 26/45 z dne 25. aprila 1945).
12. Zakon o prekrških (Uradni list RS, št. 7/2003, 45/2004, 86/2004, 7/2005, 34/2005, 44/2005, 40/2006 (51/2006 - popr.), 115/2006)
13. Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence (Ur.l. RS, št. 56/99, 37/2004).
14. Zakon o zaščiti in upravljanju narodnega imetja (Uradni list Demokratske federativne Jugoslavije, št. 36/45 z dne 29. maja 1945).
15. Zakon o zatiranju nelojalne konkurence in monopolnih sporazumov (Uradni list SFRJ, št. 24/74).
16. Zakon o združenem delu (Uradni list SFRJ, št. 53/1976 (63/1979, 6/1988, 19/1988, 38/1988 - popr.), 57/1983, 85/1987, 11/1988, 77/1988-ZPod, 40/1989, 40/1989, 60/1989, RS, št. 37/1990).
17. Zakon o združenem delu (Uradni list SFRJ, št. 53/1976 (63/1979, 6/1988, 19/1988, 38/1988 - popr.), 57/1983, 85/1987, 11/1988, 77/1988-ZPod, 40/1989, 40/1989, 60/1989, RS, št. 37/1990).

Tuji in mednarodni pravni viri

1. Pogodba o ustanovitvi Evropske Skupnosti (OJ 2002 C325/1).
2. Uredba Sveta Evropske Skupnosti št. 139/2004 z dne 20. januarja 2004 o nadzoru koncentracij podjetij (OJ 2004 L24/1).
3. Francoska republika: Code Penale (Loi n° 95-127 du 8 février 1995 art. 10 Journal Officiel du 9 février 1995; Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 Journal Officiel du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002).
4. Francoska republika: Code de Commerce (Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 art. 66 Journal Officiel du 16 mai 2001; Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 art. 40 Journal Officiel du 3 août 2005 ; Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 art. 48 Journal Officiel du 16 mai 2001)
5. Republika Avstrija: StGB Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen, BGBI. 1974/60.

6. Republika Avstrija: Kartellgesetz, BGBl Nr. 61/2005.
7. Republika Avstrija: Wettbewerbsgesetz, BGBl Nr. 62/2002.
8. Republika Hrvatska: Kazneni zakon (od novele 2003 Kazneni zakonik) – Narodne novine, br. 110/97, 28/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 105/04.
9. Republika Hrvatska: Ustav Republike Hrvatske – Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 8/98 – pročišćeni tekst, 113/00, 124/00 – pročišćeni tekst, 28/01, 41/01 – pročišćeni tekst, 55/01 – pročišćeni tekst.
10. Švicarska konfederacija: Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6 oktober 1995 mit dem Änderungen vom 20 Juni 2003 – AS 1996 546, AS 2000 2355, AS 2005 2197.
11. Švicarska konfederacija: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. april 1999 (Stand am 8. August 2006) – AS 1999 2556, AS 2001 2262, AS 2002 241, AS 2002 885, AS 2002 3148, AS 2003 1949, AS 2004 2341, AS 2006 89, AS 2006 1057, AS 2006 3033 / Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Etat le 8 août 2006) – RO 1999 2556, RO 2001 2262, RO 2002 241, RO 2002 885, RO 2002 3148, RO 2003 1949, RO 2004 2341, RO 2006 89, RO 2006 1057, RO 2006 / Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 (Stato 8 agosto 2006) – RU 1999 2556, RU 2001 2262, RU 2002 241, RU 2002 885, RU 2002 3148, RU 2003 1949, RU 2004 2341, RU 2006 89, RU 2006 1057, RU 2006.
12. Švicarska konfederacija: Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Stand am 20. Juni 2006) – BBl 1937 III 625, BBl 1938 I 573, BBl 1938 II 548, AS 37 1328, AS 54 757, AS 61 1, AS 1951 1, AS 1962 24, AS 1967 28, AS 1967 29, AS 1969 319, AS 1971 777, AS 1974 1857, AS 1978 688, AS 1981 562, AS 1979 1170, AS 1982 846, AS 1982 1530, AS 1983 543, AS 1983 1346, AS 1988 966, AS 1989 2449, AS 1990 802, AS 1990 1077, AS 1992 581, AS 1992 1670, AS 1991 2512, AS 1992 2465, AS 1993 1988, AS 1993 1945, AS 1994 2887, AS 1994 1614, AS 1994 2290, AS 1995 1227, AS 1997 68, AS 1997 1626, AS 1997 2452, AS 1997 2187, AS 1998 2535, AS 1998 892, AS 1998 852, AS 2000 1855, AS 1999 3505, AS 2000 505, AS 2000 1144, AS 2001 3071, AS 2000 1121, AS 2000 2725, AS 2001 3096, AS 2002 2989, AS 2002 1491, AS 2002 2993, AS 2002 408, AS 2002 2986, AS 2003 2133, AS 2003 463, AS 2002 3146, AS 2006 3459, AS 2003 3543, AS 2004 4719, AS 2003 4843, AS 2003 4803, AS 2003 3043, AS 2006 3545, AS 2004 1409, AS 2004 1403, AS 2004 2617, AS 2004 823, AS 2004 915, AS 2004 3503, AS 2005 5685, AS

- 2004 4655, AS 2004 5391, AS 2005 1165, AS 2006 1205, AS 2006 2371, AS 2006 1017, AS 2005 5723, AS 2006 5437, AS 2006 3703, AS 2006 3539, AS 2006 3583.
13. Švicarska konfederacija: Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb – AS 1988 223, AS 1992 1514, AS 1994 375, AS 1995 4086, AS 2000 2355, AS 2002 3846, AS 2006 2371.
 14. Švicarska konfederacija: Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KGSV) – AS 2004 1397.
 15. Švicarska konfederacija: Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6 Oktober 1995 mit dem Änderungen vom 20 Juli 2003 – AS 1996 546, AS 2000 2355, AS 2004 1385, AS 2006 2197
 16. Zvezna republika Nemčija: Strafgesetzbuch – StGB vom 15.5.1871, RGBl. I S. 127, BGB I. III 450-2, neugefasst durch Bekanntmachung vom 13.11.1998, BGBI. I S. 3322, zuletzt verändert durch Erstes Gesetz über die Bereinigung von Bundesrecht im Zuständigkeitsbereich des Bundesministeriums der Justiz vom 19.4.2006, BGBI. I S. 866, 887.
 17. Zvezna republika Nemčija: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26.8.1998 (BGBI I 1998, 2521).
 18. Zvezna republika Nemčija: Bekanntmachung Nr. 38/2006 über die Festsetzung von Geldbußen nach § 81 Abs. 4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen - Bußgeldleitlinien - vom 15. September 2006.
 19. Zvezna republika Nemčija: Korruptionsbekämpfungsgesetz Vom 13.8.1997 (BGBI. I 2038).

**Okvirni sklep Sveta EU o boju proti spolnemu izkoriščanju otrok in otroški pornografiji
in spremembe slovenske kazenske zakonodaje: vprašanje inkriminacije posesti otroške
pornografije**
doc. dr. Matjaž Ambrož

Uvod

Svet Evropske unije (v nadaljevanju Svet) je 22. decembra 2003 sprejel Okvirni sklep o boju proti spolnemu izkoriščanju otrok in otroški pornografiji¹ (v nadaljevanju Okvirni sklep), ki je začel veljati 21. januarja 2004. Izhodišča za sprejetje so bila, da sta spolno izkoriščanje otrok in otroška pornografija hud poseg v človekove pravice, zlasti v temeljno pravico otroka do skladne vzgoje in razvoja. Po oceni Sveta je otroška pornografija še posebej zaskrbljujoča oblika spolnega izkoriščanja otrok, ki se v zadnjem času hitro razrašča in širi s pomočjo novih tehnologij, zlasti interneta. Zato Svet ugotavlja, da je treba proti spolnemu izkoriščanju otrok in otroški pornografiji na ravni EU nastopiti z usklajenimi instrumenti kazenskega prava, vključno z učinkovitimi, sorazmernimi in odvračilnimi sankcijami ter najširšim možnim pravosodnim sodelovanjem. Vendarle pa Okvirni sklep v uvodnih določbah poudarja, da se »skladno z načeli subsidiarnosti in sorazmernosti omejuje na minimum, ki je potreben za doseganje omenjenih ciljev na evropski ravni, in ne posega globlje, kot je treba za ta namen«.

Slovensko kazensko pravo je z Okvirnim sklepom v precejšnji meri usklajeno. Nekateri deli, kjer slovensko kazensko pravo z Okvirnim sklepom ni usklajeno, niso posebej problematični, saj Okvirni sklep glede nekaterih svojih zahtev dopušča možnost izjem (dopušča, da države članice nekaterih ravnanj ne inkriminirajo).² Ostaja pa nekaj neskladij, kjer ni možnosti izjem, in ki terjajo nadrobnejšo analizo. V prispevku se bom omejil na vprašanje inkriminiranja ravnanj povezanih z otroško pornografijo, zlasti na vprašanje inkriminacije posesti otroške pornografije.³

¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004F0068:SL:HTML>

² Za nekatera ravnanja Okvirni svet določa, da jih države članice »*may exclude from criminal liability*«. Slovenski prevod Okvirnega sklepa je v tem delu dobeseden in pravi, da lahko država članica »iz kazenske odgovornosti izključi ravnanje«. Ustrezneje bi bilo govoriti o pravici držav članic, da nekaterih ravnanj iz Okvirnega sklepa ne inkriminirajo.

³ Za analizo preostalih neskladij med Okvirnim sklepom in slovenskim kazenskim pravom glej Ambrož M.: Council framework decision on combating the sexual exploitation of children and child pornography and the Slovenian criminal law, objavljeno v: Tomášek, M. et al. (ur.): European law and national criminal legislation, (Sborníky, 33), Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2007, str. 140-151.

Vsebina Okvirnega sklepa

Skladno s 3. členom Okvirnega sklepa morajo države inkriminirati naslednja ravnanja:

- (a) izdelovanje otroške pornografije;
- (b) dostavljanje, razširjanje in posredovanje otroške pornografije;
- (c) oskrbovanje ali omogočanje dostopnosti otroške pornografije;
- (d) pridobitev ali posedovanje otroške pornografije.

Pojem otroške pornografije Okvirni sklep opredeljuje široko, in sicer kot katero koli pornografsko gradivo, ki prikazuje:

- a) resničnega otroka, ki sodeluje ali je vključen v nedvoumno spolno dejanje, vključno z opolzkim razkazovanjem spolovil ali otrokovih intimnih delov;
- b) resnično osebo, ki *izgleda kot otrok*, ki sodeluje ali je vključeno v dejanje, navedeno pod točko a);
- c) realistične podobe *neobstoječega otroka*, ki sodeluje ali je vključen v dejanje, navedeno pod točko a).⁴

Posebej je treba poudariti, da Okvirni sklep za otroka šteje *vse osebe do dopolnjenega osemnajstega leta starosti*.⁵ Za otroško pornografijo skladno z gornjo opredelitvijo tako štejejo denimo tudi gradiva, v katerih nastopajo sicer polnoletni igralci, vendar pa gradiva (s pomočjo scenarističnih in drugih prijemov) dajejo vtis »kot da« gre za mladoletne osebe. Prav tako za otroško pornografijo štejejo realistične upodobitve neobstojećih oseb, ki delujejo mladoletno.

Čeprav Okvirni sklep v uvodnih določbah poudarja, da se omejuje »na minimum, ki je potreben za doseganje ciljev«, in da ne »ne posega globlje, kot je treba«, je lahko vprašljivo, ali je tem omejitvam v resnici sledil. Nekatere izmed predvidenih inkriminacij bi namreč utegnile povzročiti težave tistim državam članicam, ki ob spreminjanju kazenske zakonodaje namenjajo resno pozornost načelu *ultima ratio*. Navedene težave je v določeni meri predvidel že evropski zakonodajalec sam, ko je predvidel možnosti nekaterih »izjem«⁶ za primere inkriminacij, ki bi lahko bile za posamezne države članice nesprejemljive.

⁴ Poudarki v ležečem tisku so moji.

⁵ V nadaljevanju v izogib terminološki zmedi zato govorim o mladoletnih osebah.

⁶ Te so opredeljene v 2. odstavku 3. člena Okvirnega sklepa.

Tako denimo ni bilo težko predvideti, da se nekaterim državam članicam ne bo zdelo razumno inkriminirati pornografskih vsebin, v katerih nastopajo odrasli ljudje, ki »dajejo vtis« oziroma se pretvarjajo, da so mladoletni. Ravno tako je bilo predvidljivo na primer, da bodo imele nekatere države članice pomisleke inkriminirati izdelavo ali posest realističnih podob spolnih dejanj *neobstoječih* oseb z videzom mladoletnika oz. mladoletnice, v primeru da jih avtor izdelava in hrani »izključno za svojo osebno rabo«, kot se izrazi Okvirni sklep.

Posest kot kaznivo dejanje

Navedene možnosti izjem pa ne rešujejo v celoti problema razkoraka med Okvirnim sklepom in slovenskim kazenskim pravom. Med drugim ostaja odprto vprašanje inkriminacije posesti otroške pornografije, kjer možnosti izjem niso predvidene. Okvirni sklep od držav članic zahteva, da inkriminirajo pridobitev in posest otroške pornografije »kot tako«, torej ne da bi bil za obstoj kaznivega dejanja potreben kakršen koli poseben namen storilca. Slovenski KZ pa od sprejetja novele KZ-B sicer inkriminira posest otroške pornografije, vendar le, če gre za posest »z namenom proizvodnje, razširjanja, prodaje, uvoza, izvoza ali drugačnega ponujanja« (člen 187/III KZ).⁷

Navedeno neskladje se dotika več temeljnih vprašanj kazenskega prava, zlasti vprašanja posesti kot kaznivega dejanja ter načela *ultima ratio*, v skladu s katerim je kazensko pravo lahko šele skrajno, zadnje sredstvo socialne politike. Dilema, ali je posest sama po sebi lahko kaznivo dejanje, je v kazenskem pravu razmeroma stara.⁸ Na tem mestu se bom omejil zgolj na vprašanje inkriminiranja posesti otroške pornografije in možne posledice takšne inkriminacije.

Preden se zakonodajalec odloči za novo inkriminacijo, mora opredeliti objekt varstva novega kaznivega dejanja. Kaj je pravzaprav objekt varstva pri kaznivih dejanjih, ki zadevajo otroško pornografijo? Danes je na zastavljeno vprašanje mogoče dati precej enoten odgovor, da je smisel teh inkriminacij v prvi vrsti *varstvo oseb, mlajših od 18 let, pred izkoriščanjem pri izdelavi pornografskega gradiva*.⁹ Inkriminacije, ki se tičejo otroške pornografije naj bi

⁷ Pri noveli je zakonodajalec v tej zvezi upošteval Izbirni protokol h Konvenciji o otrokovih pravicah glede prodaje otrok, otroške prostitucije ter otroške pornografije, Konvencijo Sveta Evrope o kaznivih dejanjih v kibernetnem prostoru ter Sklep Sveta Evropske unije z dne 29. maja 2000 o boju proti otroški pornografiji na internetu - glej Poročevalec Državnega zbora Republike Slovenije 93/2003 z dne 13.11.2003. Glede na čas priprave novele KZ-B Okvirni sklep Sveta Evropske unije o boju proti spolnemu izkoriščanju otrok in otroški pornografiji z dne 22. decembra 2003 še ni bil upoštevan.

⁸ Izčrpno obravnavo problema ponudita dve novejši monografiji in sicer: Eckstein K.: *Besitz als Straftat*, Berlin: Duckner & Humblot, 2001; ter Hochmayr G.: *Strafbarer Besitz von Gegenständen*, Wien: Manz, 2005.

⁹ Prim. Schroeder, 1990: 299-301; 1999: 831; Leubenthal, 2000: 269.

zajezile, v čim večji meri oslabile oziroma »izsušile« trg otroške pornografije, kar bi preprečevalo nadaljnjo zlorabo mladoletnih oseb.¹⁰ Vprašanje, ki na tej točki ostaja odprto, pa je, ali zadošča, da je kazenskoppravna represija usmerjena na stran ponudbe (tj. osebe, ki izdelujejo, razširjajo, ponujajo otroško pornografijo, oziroma jo z namenom takšnih ravnanj posedujejo) ali pa mora težko topništvo kazenskega prava udariti tudi po odjemalcih (tj. osebah, ki takšno gradivo zgolj pridobijo oziroma posedujejo).

Zagovorniki rešitve, po kateri mora biti kazenskoppravna represija usmerjena tudi v odjemalce, gradijo predvsem na predpostavki, da je »tisti, ki ima v posesti materiale z otroško pornografijo, te bodisi izdelal sam bodisi jih je pridobil od koga drugega, s čimer je vsaj posredno vzpodbudil zlorabo mladoletnih oseb«¹¹. Logika navedenega argumenta je, da vsakdo, ki pridobi otroško pornografijo, s tem povečuje povpraševanje po njej, zato mora biti odgovoren za zlorabo mladoletnih oseb. Vendarle pa je že na prvi pogled jasno, da je »vzročna zveza« med pridobitvijo oziroma posestjo na eni strani in zlorabo mladoletnih oseb na drugi strani lahko zelo oddaljena, hipotetična. Z drugimi besedami: predpostavki, da »posest vzpodbuja zlorabo« je mogoče ugovarjati, da vsaka pridobitev oziroma posest nima nujno spodbujevalnih učinkov na nadaljnjo izdelavo gradiv z otroško pornografijo. V tem duhu so se evropski kazenskoppravni sistemi tradicionalno zadovoljili z represivnim odzivom na »ponudbo«, med tem ko »povpraševanje« (tj. pridobitev oziroma posest) ni bilo kaznivo. Zlasti v zadnjem desetletju pa so se pojavile zamisli, da je za uspešen boj proti otroški pornografiji treba inkriminirati tudi povpraševanje. Takšni zamisli je sledil tudi Svet, ki je v Okvirnem sklepu določil dolžnost držav inkriminirati tudi pridobitev in posest sami na sebi.

Vnema, s katero Svet zahteva kazenskoppravno reakcijo tudi v primeru tistih, ki pridobijo oz. posedujejo otroško pornografijo, odpira številna nova (kazensko)pravna vprašanja, kot denimo: kdaj je pravzaprav mogoče govoriti o posesti pornografskega gradiva, kadar gre za uporabo svetovnega spleta? Kakšne možnosti ima nekdo, ki pridobi otroško pornografijo, ne da bi to hotel (neželena elektronska pošta, neželene preusmeritve na svetovnem spletu)? Ali je treba določiti rok, v katerem se mora materialov znebiti, da ne bo odgovarjal za kaznivo dejanje?

Odgovore na nekatera zastavljena vprašanja je moč poiskati v sodni praksi in doktrini tistih držav, ki inkriminacijo (gole) posesti otroške pornografije že poznajo. Posest v tej zvezi v nemški kazenskoppravni doktrini in sodni praksi v glavnem opredeljujejo klasično

¹⁰ Prim. Sieber v Hoeren/Sieber, 19/624.

¹¹ Schroeder, 1990: 300. Prim. tudi Malek, 2005: 97.

civilistično: govorijo o dejanski oblasti nad gradivom, ki vsebuje otroško pornografijo, nujna je dejanska, četudi zgolj začasna možnost razpolaganja z gradivom.¹² Kadar gre za računalniške podatke, se je za posest sprva zahtevalo, da je gradivo shranjeno na trdem disku računalnika ali na drugem mediju, ki omogoča trajno shranjevanje podatkov (disketa, zgoščenka, USB-ključ in podobno).¹³ Kasneje pa so nekateri avtorji začeli izpeljevati celo sklep, da je treba že sam obisk spletnih strani šteti za »posest« vsebine, ki je na spletnih straneh, saj se ta avtomatsko shranjuje v poseben predpomnilniški prostor (*cache*) na trdem disku uporabnikovega računalnika.¹⁴ Takšnemu stališču, za katerega je mogoče reči, da skuša za vsako ceno »skonstruirati« posest (in z njo kazensko odgovornost), je pritrdilo tudi nemško zvezno sodišče (BGH) v sodbi z dne 27.6.2001.¹⁵ Na podlagi takšnega »tehničnega manevra« že obisk strani z otroško pornografijo pomeni »posest« otroške pornografije, obiskovalec pa postane storilec kaznivega dejanja.¹⁶

In kako je s »storilci«, ki v stik z otroško pornografijo pridejo nehote? Pri odgovoru na to vprašanje si nemški avtorji pomagajo z »dogmatiko opustitvenih kaznih dejanj«. Tako Sieber zastopa stališče, da lahko posameznik, ki nehote prejme ali drugače pride v stik z otroško pornografijo, odgovarja kot storilec kaznivega dejanja, če gradiva ne uniči oziroma ga ne preda pristojnemu državnemu organu.¹⁷ Povedano na primeru: če pride posameznik ob pregledovanju spletnih strani nehote v stik z otroško pornografijo, mora v izogib kazenski odgovornosti nemudoma zapustiti spletno stran, za tem pa takoj izbrisati slike, ki so se shranile v predpomnilniški prostor na disku (*cache*) njegovega ali njenega računalnika.¹⁸

Sklep

Gornji skok v primerjalno pravo nazorno ilustrira posledice dosledne izpeljave koncepta, v skladu s katerim morata biti že pridobitev in posest otroške pornografije sami po sebi kaznivi. Koncept vodi v kazensko pravo, po katerem je posameznik lahko kazensko odgovoren, ker je obiskal spletne strani z določeno vsebino. Odgovarja lahko celo, če jih je

¹² Malek, 2005: 98.

¹³ Glej pregled nemške sodne prakse pri Harms, 2003; Tröndle/Fischer par. 184b, 22-25.

¹⁴ Harms, prav tam.

¹⁵ BGHSt 47, 45.

¹⁶ Na tem mestu vendarle ne smemo spregledati vprašanja naklepa: številni uporabniki ne vedo, da se internetne vsebine shranjujejo v predpomnilniški prostor na trdem disku. Takšen uporabnik ne more imeti naklepa do »posesti« vsebin, ki se samodejno shranjujejo na trdi disk.

¹⁷ Glej Sieber in Hoeren/Sieber, 19/624.

¹⁸ Glej Sieber in Hoeren/Sieber, 19/624.

obiskal nehote, pa ni zbrisal vsebine iz predpomnilniškega prostora na trdem disku računalnika (*cache*), saj je s tem postal »posestnik«. Na podlagi povedanega se zdi, da evropski zakonodajalec v svojih, sicer nesporno legitimnih, prizadevanjih omejiti trg otroške pornografije vendarle ni ostal pri »minimumu, ki je potreben za doseganje ciljev«, temveč je posegel globlje (vprašanje je seveda, ali se je možnih posledic ob snovanju Okvirnega sklepa zavedal). Okvirni sklep zdaj velja in je kakršen je, državam članicam pa na tej točki ne preostane drugega, kot da pri implementaciji skušajo najti načine, kako vsebino Okvirnega sklepa v nacionalno kazensko pravo preliti čim bolj modro, brez pretirane gorečnosti in kar se da v duhu načela *ultima ratio*.

Literatura

1. Ambrož M.: Spremembe slovenske kazenske zakonodaje na področju spolnih kaznivih dejanj. IX. dnevi javnega prava, Ljubljana: Inštitut za javno upravo, 2003: 413-421.
2. Ambrož M.: Council framework decision on combating the sexual exploitation of children and child pornography and the Slovenian criminal law; v: Tomášek, M. et al. (ur.): European law and national criminal legislation, Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2007, str. 140-151.
3. Derenčinović D.: Dječja pornografija na Internetu – o kažnjivosti posjedovanja i virtualnoj dječjoj pornografiji. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 1/2003: 3-26.
4. Duttge G., Hörnle T., Renzikowski J.: Das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung. Neue juristische Wochenschrift 2004 (15): 1065-1072.
5. Eckstein K.: Besitz als Straftat. Berlin: Duckner & Humblot, 2001.
6. Harms S.: Ist das „bloße“ Anschauen von kinderpornographischen Bildern im Internet nach geltendem Recht strafbar? Neue Zeitschrift für Strafrecht 2003 (12): 646-650.
7. Hochmayr G.: Strafbare Besitz von Gegenständen. Wien: Manz, 2005.
8. Klip A.: Harmonisierung des Strafrechts - eine fixe Idee? Neue Zeitschrift für Strafrecht 2000 (12): 626-630.
9. Korošec D.: Privolitev oškodovanca v kazenskem pravu: primerjava dveh kazenskopravnih sistemov. Doctoral thesis, Ljubljana: 1997.
10. Laubenthal K.: Sexualstraftaten. Berlin: Springer, 2000.
11. Malek K.: Strafsachen im Internet. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2005.
12. Reichelt, Daniel: Die Rechtmässigkeitskontrolle von Rahmenbeschlüssen und Beschlüssen gemäß Art. 35 Abs. 6 EU. - Frankfurt am Main: Lang, 2004.
13. Schroeder F.-C.: Die Revolution des Sexualstrafrechts 1992-1998. Juristen Zeitung 1999 (17): 827-833.
14. Schroeder F.-C.: Pornographieverbot als Darstellerschutz? Zeitschrift für Rechtspolitik 1990 (8): 299-301.
15. Schroeder F.-C.: Pornographie, Jugendschutz und Kunstfreiheit. Heidelberg: Müller, Juristischer Verl., 1992.
16. Tröndle H., Fischer T.: Strafgesetzbuch und Nebengesetze. München: Beck, 2007.
17. Hoeren T., Sieber U.: Handbuch Multimedia-Recht. München: Beck, 2001 (s posodobitvami).

Kazniva dejanja zoper spolno nedotakljivost (členi 180 do 187 KZ) in kaznivo dejanje Krvoskrunstvo (člen 204 KZ)

dr. Damjan Korošec¹

1. Razlikovanje neprava spolnih ravnanj na ravni inkriminacijskih norm posebnega dela KZ

1.1. Splošno

Slovensko kazensko pravo je primerjalnopravno tradicionalno zelo preprosto. Takšno je tudi ta hip. V primerjavi z razvitimi sistemi spolnega kazenskega prava je v slovenskem spolnem kazenskem pravu npr. izrazito zajemanje široke lestvice neprava v enotne inkriminacijske odstavke z enotnimi kazenskimi okviri. Pri spolni zlorabi slabotne osebe po I. odstavku 182. člena KZ, zakon spolno občevanje in drugo spolno ravnanje zajema z enotnim kazenskim okvirom. V tem smislu ločevanje spolnega občevanja od drugih spolnih ravnanj logično nima pomena (in celo nasprotuje načelom ekonomičnega in preprostega oblikovanja inkriminacijske norme, ki so v Sloveniji primerjalnopravno očitno visoko cenjena), vrednostno in kriminalitetnopolitično pa je najkasneje od uveljavitve KZ RS leta 1995² (in tamkajšnjega povišanja kazni za posilstvo glede na spolno nasilje) jasno, da izenačevanja zakonodajalec (povsem v skladu s sodobnim spolnim kazenskim pravom po svetu in vsestransko logično) ravno ne želi. Enaki pomisleki veljajo pri spolnem napadu na osebo, mlajšo od petnajst let po določbi I. odstavka 183. člena slovenskega KZ in njene kvalificirane oblike v II. in III. odstavku, kjer so povsod spolno občevanje in druga spolna ravnanja (s telesnim stikom z žrtvijo) vržena v isti nepravnostni koš. Tudi pri kršitvi spolne nedotakljivosti z zlorabo položaja v vseh oblikah (po I. in II. odstavku) gre za isti problem. Primerjani sistemi spolnega kazenskega prava glede stopnjevanja neprava spolnih ravnanj v glavnem uberejo drugačno pot, še najbolj nadrobno razlikovanje pa je npr. razvil nemški kazenski zakonik (StGB). Gre za razlikovanje neprava s posebnimi kazenskimi okviri za posebne primere t.i. težkih spolnih ravnanj znotraj inkriminacije spolnega prisiljenja (posilstvo),³ nadalje za ostala spolna ravnanja s telesnim stikom z žrtvijo in končno še za

¹ Dr. Damjan KOROŠEC, univ.dipl.prav., izredni profesor na Katedri za kazensko pravo Pravne fakultete Univerze v Ljubljani.

² Ur.l. RS, št.: 63/94, 70/94, 23/99 in 40/04, 95/04-UPB1.

³ O razmejitvi med prodornimi in neprodornimi spolnimi praktikami in nanje vezani razmejitvi med pojmom posilstvo in spolno prisiljenje glej nadrobneje spodaj.

spolna ravnanja brez telesnega stika z žrtvijo (tu v Nemčiji zunaj spolnega kazenskega prava v ožjem smislu, preko kvalificirane oblike inkriminacije prisiljenja v 1. točki IV. odstavka 240. člena StGB, ki posebej izpostavlja prisiljenje v spolno ravnanje⁴). Čeprav je na dlani, da so lahko določene neprodorne spolne prakse kot spolna ravnanja v praksi posebej težke, ni mogoče zanikati, da tipične razlike v nepravu med spolnimi ravnanji brez telesnega stika z žrtvijo, tistimi s telesnim stikom z žrtvijo in še posebej tistimi, ki so prodorne (penetrativne) narave, vseeno očitno obstajajo. Zdi se samo po sebi umevno, da bi morale te razlike na ravni biti inkriminacij priznavati tudi slovenski kazenski KZ.

1.2. Institut hujše posledice v slovenskem spolnem kazenskem pravu

Slovensko spolno kazensko pravo oziroma spolno kazensko pravo, ki je veljalo na prostoru Slovenije je v preteklosti poznalo živahno rabo instituta hujše posledice. Dne 16.2.1929 z *Zakonom, s katerim se uveljavljajo in uvajajo kazenski zakonik, zakon o sodnem kazenskem postopku in zakon o izvrševanju kazni na prostosti*⁵ za vso tedanjo jugoslovansko državo z dnem 1.1.1930 uveljavljena integralna kazenska zakonodaja, konkretno *Kazenski zakon za Kraljevino Srbov, Hrvatov in Slovencev* (KZ KJ)⁶ lahko služi za lep primer. Temeljno spolno kaznivo dejanje v tem zakonu – posilstvo, v določbi v I. odstavka 269. člena za kaznivost zahteva uporabo sile ali znatne grožnje z istočasnim napadom na življenje ali telo žrtve in kot posledico tega spolno občevanje. Zagrožena kazen⁷ je od 1 do 10 let t.i. robije,⁸ če je žrtev utrpela pri posilstvu hudo telesno poškodbo pa robija od 1 do 12 let (279/II. člen KZ KJ). Če je žrtev umrla, je zagrožena kazen robija od 5 do 20 let (279/I. člen KZ KJ). Kazenski okviri so dosledno prilagojeni vsaki posamezni tipski kvaliteti prepovedane oziroma hujše posledice kaznivega prisiljenega ravnanja, ki jo zakon posebej obravnava (n drobna *diverzifikacija* kazenskih okvirov glede posledic). Po II. odstavku 269. člena KZ KJ storilec spravi žensko v stanje nesposobnosti za obrambo ali nezavesti in v takem stanju z njo spolno nožnično občuje. Tu ni omejitve na žensko, ki ni s storilcem v zakonski zvezi. Kazni so enake kot po I.

⁴ V nemškem izvirmiku: »[Wer] eine andere Person zu einer sexuellen Handlung [...] nötigt«.

⁵ *Službene novine Kraljevine Jugoslavije št. 47/XXI, Uradni list, Ljubljana, št. 311.*

⁶ Glede prekrškov je bila s posebnim zakonom z dne 31.12.1929 (*Službene novine Kraljevine Jugoslavije št. 307/CXXXI, Uradni list, Ljubljana, št. 99 iz leta 1930*) s takojšnjo veljavo podaljšana veljavnost prejšnjih kazenskih zakonikov. Hkratna posebna kazenska zakonodaja, zlasti vojaška za potrebe tega pregleda ni bistvena.

⁷ Ker gre za prvi jugoslovanski zakon, ki ureja spolno kazensko pravo, z očitnim pomembnim vplivom na kasnejšo zadevno zakonodajo v socialistični Jugoslaviji, so za lažje razumevanje zakonodajalčevega vrednotenja teže posameznih inkriminacij v nadaljevanju povzeti tudi kazenski okviri.

⁸ Robija je bila najtežja oblika odvzema prostosti.

odstavku, vključno z nadrobno *diverzifikacijo* glede posledic. Podobno pot razlikovanja neprava zakon ubere tudi pri večini drugih spolnih kaznivih dejanj.

Prvi celovit, t.i. integralni kazenski zakonik poveljne Jugoslavije, ki ga je, kot je znano, Ljudska skupščina FLR Jugoslavije sprejela 2.3.1951 pod imenom Kazenski zakonik (KZ 51)⁹ in je začel veljati 1.7.1951, podobno uporablja institut hujše posledice pri spolnih kaznivih dejanjih. Zakon spolne inkriminacije združuje v 16. poglavju z naslovom: »Kazniva dejanja zoper dostojanstvo osebnosti in morale«.¹⁰ V členu 179 npr. kaznivo dejanje z naslovom »Posilstvo« popiše z besedami: »Kdor žensko, s katero ne živi v zakonski skupnosti, prisili k spolnemu občevanju¹¹, s tem, da uporabi silo ali ji zagrozi z neposrednim napadom na življenje ali telo [...]«. Zagrožena kazen je strogi zapor do 10 let. V II. odstavku je kvalificirana oblika t.i. posebnih obteževalnih okoliščin izvršitve in alternativno hujše posledice hude telesne poškodbe in smrti, za kar je zagrožena kazen strogega zapora najmanj 3 let. Čeprav gre pri tem tako za primerjalnopravno, pa tudi zgodovinsko glede na prejšnjo nadrobno *diverzifikacijo* kazenskih okvirov v KZ KJ za presenetljivo združevanje kvalitativno očitno zelo različnih stopenj neprava oziroma posledic prisilitvenega oziroma spolnega ravnanja znotraj inkriminacije posilstva (smrt žrtve z drugimi, močno različnimi okoliščinami) v skupen okvir kazni, ki se še posebej z očmi sodobnih, zelo *diverzificiranih* razvitih sistemov spolnega kazenskega prava kaže kot korak nazaj, pa vendarle zakon takšne hujše posledice še posebej obravnava. Tako posebno obravnava v kasnejši slovenski spolni kazenski zakonodaji in še posebej v trenutno veljavnem KZ že povsem zaman iščemo.

Moderno slovensko kazensko pravo pri inkriminacijah po stopnji neprava ravnanja in posledice očitno relativno težkih dejanj, ki med izvršitvenimi (prisilitvenimi) ravnanji izrecno zajemajo uporabo sile zoper telo in se v praksi tudi značilno (lahko) končajo s telesnimi poškodbami, pogosto ne posega po institutu hujše posledice. Slovenski KZ v skladu s sodobnimi tujimi ureditvami kot institut splošnega (19. člen KZ) in posebnega dela (npr. 134/II., 135/II., 188/IV., 193/IV., 193/V., 194/IV., 194/V., 279/II., 279/IV., 280/III., 280/IV., 281/III., 281/IV., 317/III., 317/IV., 318/III., 318/IV., 319/IV., 319/V., 325/II., 326/II., 326/III., 327/III., 327/IV., 328/IV., 328/V., 329/II., 331/III., 333/III., 333/IV., 337/III., 337/IV., 337/VI., 338/III., 338/IV., 338/VI., 345/III. člen KZ) hujšo posledico sicer pozna, zanimivo pa je ne pozna npr. pri ropu po 213. členu ali roparski tatvini po 214. členu KZ, pa

⁹ *Ur.l. FLRJ št. 13/51.*

¹⁰ V enakovredno avtentični srbski jezikovni različici: »*Krivična dela protiv dostojanstva ličnosti i morala*«.

¹¹ V enakovredno avtentični srbski jezikovni različici: »*Objuba*«.

tudi ne pri posilstvu, t.i. spolnem nasilju, spolnem napadu na osebo, mlajšo od petnajst let, vključno z nasilno izvršitveno alternativo. Kaže se potreba po harmonizaciji pristopa k institutu hujše posledice v posebnem delu KZ in potencialno po ponovni uvedbi inkriminacij hujših posledic pri spolnih deliktih.

1.3. Pojem spolnega občevanja v slovenskem spolnem kazenskem pravu

Po razpadu jugoslovanske federacije leta 1991 je bila Slovenija prva država naslednica, ki je sprejela novo kazensko zakonodajo (KZ) in jo uveljavila dne 1.1.1995. V KZ je na novo opredelila tudi kaznivo dejanje posilstva. To se v 180/I. členu v temeljni obliki glasi precej drugače, kot v starem KZ SRS 77, in sicer: *»Kdor prisili osebo drugega ali istega spola k spolnemu občevanju tako, da uporabi silo ali zagrozi z neposrednim napadom na življenje ali telo [...]«*. Kaznivo dejanje spolnega prisiljenja ostaja glede na prejšnjo rešitev v KZ SRS 77 v bistvu nespremenjeno, vključno z izrecno subsidiarnostjo. V temeljni obliki se v določbi 181/I. člena glasi: *»Kdor uporabi silo ali zagrozi osebi drugega ali istega spola z neposrednim napadom na življenje ali telo in jo tako prisili, da stori ali trpi kakšno spolno dejanje, ki ni obseženo v prejšnjem členu [...]«*. Bistveno drugačno kot prej je tudi razmerje med kazenskimi okviri obeh inkriminacij. Ti so bili po KZ SRS 77 pri posilstvu in spolnem prisiljenju, imenovanem spolno nasilje, popolnoma enaki, po novem pa je posebni minimum (zaporne) kazni pri posilstvu dvakrat višji kot pri spolnem prisiljenju, imenovanem spolno nasilje. Nova razlika v kazenskih okvirih po novem inkriminacijo posilstva glede spolnega nasilja postavlja v očitno razmerje kvalificiranosti (in ne zgolj specialnosti, kot prej) in s tem že sama po sebi zaostrojuje pomen razlik med obema inkriminacijama v teoriji in praksi (tega pomena prej glede na popolnoma enake kazenske okvire v bistvu sploh ni bilo).

Kljub pomanjkanju nedvoumnih kazenskopravnih besedil¹² ali morda ravno zaradi tega lahko mirno trdimo, da so v slovenski družbi kriminalitetnopolitično razliko med obravnavanima inkriminacijama tako rekoč od nekdanj razlagali kot samo po sebi umeven del kulture. V bistvu je bilo tako gledanje nekakšno vaginalno-kultno poudarjanje pomena ženske (z neizbežno nanj prilepljeno, četudi zakonsko ne konkretizirano zamisljivo varovanja svobode zanositve in rojevanja), »tabuizacija vaginalnega«, in je po svojem učinku nujno povzdigovalo pomen nasilja moškega nad žensko, raznospolnega nasilja nad istospolnim, pomen ženske pred moškim. Slonelo je na dejanski družbeni podrejenosti ženske. Podobno enako samo po sebi umevno je bilo, da je storilec kaznivega dejanja posilstva (v zakonu sicer od nekdanj

¹² V bistvu sploh ni izrecnih ali vsaj ne izčrpnih izrecnih razlag potrebe po posebni inkriminaciji posilstva poleg splošne inkriminacije spolnega prisiljenja (z enakim predpisanim kazenskim okvirom).

opredeljen splošno kot »kdor«) lahko zgolj moški.¹³ Ni mogoče dovolj poudariti, da v tem razmišljanju in tej logiki Slovenija ni bila osamljena: gre za tradicionalen kulturni vzorec po vsej Evropi (le slovensko primerjalnopravno izjemno hkratio vztrajanje na enakih zakonskih kazenskih okvirih kot pri vseh drugih spolnih ravnanjih, prepovedanih v očitno splošnejši inkriminaciji spolnega prisiljenja, je danes logično težko razumeti).

Kazenskopravni pojem spolnega občevanja v popolnoma splošno sprejetih okvirih zgoraj skiciranega pojmovanja smisla inkriminacije posilstva je bil v Sloveniji do opisane spremembe leta 1995 zelo podobno kot dolga stoletja v drugih delih Evrope jasen: »*immissio penis in vaginam*« - (vsaj začeto) prodiranje spolnega uda v nožnico, (vsaj začeti) koitus, (vsaj začeto) spolno občevanje v ortodoksnem raznospolnem smislu.

Slovenski zakonodajalec se je v tem smislu zelo presenetljivo leta 1995 odločil za spremembo definicije posilstva v prikazani smeri. Zdi se, da se je oziral po nekaterih takrat še relativno novih tujih kazenskopravnih rešitvah, morda je bil tudi pod vrednostnim vtisom nove slovenske ustave iz leta 1991 in njenega v zgodovinskem pogledu izrazitega poudarjanja osebnostnih pravic in enakopravnosti na podlagi osebnih okoliščin. Vsekakor je dal v javnosti vtis, da je opustil »tabuizacijo vaginalnega« v inkriminaciji posilstva, da je pojem posilstva popestril z novimi spolnimi praktikami oziroma, da je pojem spolnega občevanja, stoletja čuvan kot penisno-vaginalna trdnjava, odprl na stežaj.

Glede na kazenskopravno literaturo¹⁴ kaže, da je bila slovenska kazenskopravna stroka nad spremembo najprej nekoliko presenečena, še posebej nad uporabo pojma spolnega občevanja kot zakonskega znaka v tako dramatično novem pomenu. Hkrati pa se zdi, da vsaj teorija ni niti za hip podvomila, da je nova inkriminacija 180. člena KZ po vsebini bistveno širša od prejšnje iz 100/I. člena KZ SRS 77. »*Slovensko kaznivo dejanje posilstva iz 180. člena KZ RS s svojo dikcijo »kdor prisili osebo drugega ali istega spola k spolnemu občevanju [...]« brez dvoma pojem spolnega občevanja ne enači s praktiko »imissio penis in vaginam« (heteroseksualnim coitusom v ožjem smislu), saj bi sicer z zakonskimi znaki »istega spola« prepovedoval nekaj, kar niti teoretično, to je pojmovno ni izvedljivo*«, beremo npr. v monografiji *Kanduča, Korošca in Bošnjaka z naslovom »Spolnost, nasilje in pravo«* iz leta 1998.¹⁵

¹³ Pregled povzet po *Ambrož, Korošec*.

¹⁴ Glej npr. *Korošec, Novo, v celoti*.

¹⁵ *Korošec v: Kanduč, Korošec, Bošnjak, str. 188-189*. Po vsebini enako tudi *Korošec* že leta 1994 v *Korošec, Novo, str. 9*.

Po zgodovinski, jezikovni, sistematični in tudi teleološki razlagi je bilo treba izhajati iz tega, da je pojem spolnega občevanja v slovenski kazenski zakonodaji od uveljavitve KZ RS dne 1.1.1995 širši kot prej. Na ravni zakona je bilo v Sloveniji resda nepričakovano in čez noč, a vendar nedvoumno možno posiljenje ženske s strani moškega, moškega s strani moškega, pa tudi moškega s strani ženske in vsaj načeloma tudi ženske s strani ženske.

Korošec sem po uveljavitvi KZ RS zapisal: »Osebnostno ne trdim, da je spolno občevanje kot biološki, medicinski in sociološki pojem ekskluzivno heteroseksualen. Prav nasprotno sem prepričan, da bi morala biti tako moška kot ženska homoseksualnost vsestransko enakopravna heteroseksualnosti, in da je spolna nedotakljivost homoseksualne ali biseksualne spolno usmerjene osebe načeloma vredna enakega kazenskopravnega varstva kot spolna nedotakljivost heteroseksualne osebe, ne glede na morebitno dejansko družbeno inferiornost žensk. V tem smislu se mi ne zdi pravilno, da bi (slovensko) kazensko pravo uvajalo ali ohranjalo posebno terminološko sintagmo "spolno občevanje" kot sinonim za spolno praktiko, ki je po naravi stvari izvedljiva samo med osebami različnega spola (in s tem načeloma med raznospolno usmerjenimi ljudmi). Prav se mi [...] zdi, da slovenski zakonodajalec posilstva ne veže zgolj na eno samo spolno praktiko v okviru raznospolnosti. Spomnim pa naj, da bi kazenski zakon lahko suvereno pojasnil, kaj razume pod pojmom spolno občevanje (npr. pri normi "Posilstvo", pri normi "Spolno nasilje", v poglavju "Pomen izrazov v tem zakonu"), pa tega ne stori nikjer. S tem je definicija posilstva iz 180. člena KZ RS nevarno nejasna.«¹⁶ Prepoznana je bila potreba po taki ali drugačni zakonski definiciji pojma spolno občevanje.

Slovenska sodna praksa pa se je na opisano spremembo zakonodaje na področju spolnega kazenskega prava in stališča kazenskopravne teorije (v tujini in doma) relativno hitro odzvala na način, ki Slovenijo dela primerjalnopravno zelo posebno glede razumevanja razmerja med posilstvom in spolnim prisiljenjem. Po *Deisingerjevem* velikem komentarju posebnega dela KZ RS, ki je bil od nekdaj razumljen kot odraz stališč slovenske sodne prakse, avtor novo oblikovano kaznivo dejanje posilstva v 180. členu KZ RS še naprej razlaga kot izključno raznospolno (ekskluzivno heteroseksualno). Po njegovem je treba pravni pojem spolnega občevanja v 180. členu KZ RS razumeti zgolj kot koitus, to je v tradicionalno ozkem pomenu. Razlog naj bi bil v tem, da je zakonodajalec s spremembo 180/I. člena KZ RS na ravni biti inkriminacije zajel tudi ravnanja, ki da tehnično niso izvedljiva in ki naj zato za pravno prakso

¹⁶ Korošec v: Kandič, Korošec, Bošnjak, str. 189.

(v tem členu) ostanejo neupoštevna.¹⁷ Ker in dokler vse kaže, da slovensko kazensko pravosodje sledi tem stališčem, je treba Slovenijo glede razumevanja razmerja med inkriminacijo spolnega prisiljenja in posilstva uvrščati med skrajno tradicionalistične razlagalce spolnega nasilja v sodobnem spolnem kazenskem pravu, ki ne sledijo splošnemu evropskemu trendu izenačevanja neprava vseh prodornih spolnih praktik ne glede na točko vstopa v telo¹⁸, širšemu razumevanju pojma spolnega občevanja in t.i. demistifikaciji vaginalnega v spolnosti. Takšno stanje je primerjalnopravno zanimivo in kliče po nadrobnejši vrednostni utemeljitvi. Vsekakor pa se glede na dejstvo, da slovenska sodna praksa po uveljavitvi KZ RS leta 1995 in očitnim spremembam definicije posilstva glede na prejšnjo ureditev vztraja na ultratradicionalistični razlagi pojma spolnega občevanja, zdi še najboljša razširitev pojma spolno občevanje v vseh inkriminacijskih členih, kjer se pojavlja, v sintagmo »spolno občevanje ali njemu podobna prodorna spolna praksa«. Taka rešitev bi po učinku sledila praktično vsem sistemom spolnega kazenskega prava, ki utemeljeno, bogato argumentirano, notranjost človeškega telesa postavljajo na raven posebne dobrine spolnega kazenskega prava.¹⁹

Mimogrede: sklicevanje na žrtev kot osebo istega ali drugega spola v številnih inkriminacijah z zadevnega področja v slovenskem KZ je ob vsem povedanem in ne glede na posebno konzervativnost slovenskih razlag pojma spolno občevanje logično vprašljivo, ker pa zakonodajalec pri tem ni dosleden (te tehnike ne uporabi v določbah členov 183/III in 184/II KZ) oziroma za taka odstopanja ni razvidnih razlogov, je to sklicevanje tudi nesistematično.

2. Prepovedana spolna ravnanja z mladoletnimi

Vzpostavitev dodatne kvalifikacije mladosti žrtve pod deset let v določbi II. odstavka 183. člena slovenskega KZ je primerjalnopravno in pravnosistemska čudaška. S to inkriminacijo smo po razpoložljivih podatkih Slovenci edinstveni v svetu, ki se trudi zajemati starosti okrog meje duševne in telesne zrelosti, brez izjeme ne pod štirinajstimi leti, zlasti pa nedosledni. Ni se mogoče ubraniti vtisu, da gre za zmetke logike nekakšnega zveznega povečevanja kazenske represije od trenutka kazenskopravno presumirane duševne in telesne zrelosti (v slovenskem KZ petnajst let) proti rojstvu (ki bi bil lahko dosledno izpeljana le s tabelaričnim linearnim ali celo eksponencialnim povečevanjem kazenskih okvirov glede na mladost žrtve),

¹⁷ Po *Deisinger 2002, str. 228.*

¹⁸ Glej najbolj izrazito tako izpeljavo v zakonodaji v inkriminacijski določbi 177. člena nemškega StGB.

¹⁹ Glej zlasti nemški KZ in nemško literaturo spolnega kazenskega prava.

ki pa seveda ne more veljati zgolj pri tem kaznivem dejanju ampak bi jo moral količkaj dosleden zakonodajalec uveljavljati pri vseh (telesnih) napadih na otroka. Razumen zakonodajalec s smislom za pravo nediskriminacije in osebnostne pravice pa se kaj takega sploh ne bi lotil. Povrh vsega gre v določbi II. odstavka 183. člena KZ z izpostavljanjem starosti desetih let za oceno posebej velikega neprava, pa karkoli si že o tej oceni politično in sicer mislimo; ko pa v istem odstavku zakon govori o uporabi sile ali grožnje zoper osebo, mlajšo od petnajst let kot kvalifikatornih okoliščinah, nenadoma opusti logiko posebnega neprava pri žrtvi pod deset let in ji ne odpre dodatne kvalifikacije v obliki napada na osebo pod deset let z uporabo sile ali grožnje, kar je dodatna vrednostna notranja neskladnost te rešitve.

Sintagmo »očitno nesorazmerje med zrelostjo storilca in žrtve« v inkriminaciji spolnega napada na osebo, mlajšo od petnajst let (183/I. člen slovenskega KZ) z vso dobrohotnostjo do njene očitno koristne funkcije in dobrih namenov zakonodajalca primerjalnopravno in zlasti logično zaradi njenega delovanja v obe smeri lahko štejemo zgolj za smešnico. Ta spodrsrljaj bi bilo treba v korist pravne varnosti ljudi že zdavnaj odpraviti z ustreznim popravkom zakona. Ob ustreznem popravku pa bi kazalo kajpak paziti, ali želi zakonodajalec pri frazi, kakršna je npr. *»obstaja očitno nesorazmerno večja zrelost storilca od žrtve«*, klasične zakonske znake ali osebni razlog nekaznivosti. V prvem primeru bi bilo treba temeljito prevetriti vsebinsko smiselnost morebitnih sklicevanj drugih inkriminacijskih odstavkov ali celo členov na inkriminacijo s takšnimi zakonskimi znaki (sedanji II. odstavek 183. člena slovenskega KZ takega sklicevanja vsaj v delu, ko govori o žrtvi pod deset let starosti zaradi dogajanja globoko znotraj absolutne krivdne nesposobnosti in zunaj dometa kazenskega prava ne bi prenesel, kot ga ne prenese niti sedaj, medtem ko je sklicevanje II. odstavka v delu, ko govori o posilstvu otroka na sorazmerja zrelosti iz I. odstavka vrednostno glede na relativno težo kaznivega dejanja posilstva in še posebej posilstva otroka v vsakem primeru hudo vprašljivo). V primeru osebnega razloga nekaznivosti pa bi moral zakonodajalec ustrezno rešiti kriminalitetnopolitično zelo nelagodno vprašanje kaznivosti napeljevalcev in pomagačev pri kaznivem dejanju brez take nesorazmernosti v zrelosti (pri osebni nekaznivosti storilca se nanje namreč, za razliko od izključene protipravnosti storilčevega ravnanja, nekaznivost ne raztegne avtomatično).

3. Nekatere druge posebnosti slovenskega spolnega kazenskega prava

3.1. Udeležba pri spolnem kaznivem dejanju kot kvalifikatorna okoliščina

Primerjalnopravno zelo razširjena posebna kvalifikatorna ali podobno težka oblika spolnega prisiljenja oziroma posilstva je t.i. skupinsko posilstvo. Izvedbe v zakonodajah so sicer različne, vse pa vodi isto kriminalitetnopolitično izhodišče zakonodajalca, da je takšno dejanje spolnega prisiljenja oziroma posilstva težje, zaradi posebne kvalitete nemoči, ki jo objektivno in subjektivno doživljajo žrtve v takih primerih²⁰ in zaradi medsebojnega spodbujanja storilcev, ki praviloma vodi v posebej težke oblike zlorab.²¹ Nemški StGB npr. v določbi 2. točke II. odstavka 177. člena StGB govori o okoliščinah, ko »dejanje izvrši več oseb skupno²²«. Teorija poudarja, da gre pri skupni izvršitvi v tem posebnem primeru za poseben kazenskopравни standard sodelovanja, ki se lahko nanaša na navadno spolno prisiljenje po določbi I. odstavka 177. člena StGB ali na posebej težek primer spolnega prisiljenja po določbi II. odstavka tega člena.²³ Zadošča, da en storilec žrtev prisili, drugi pa z njo izvaja spolno ravnanje, ali pa da vsaj pri prisilitvenem ali vsaj pri spolnem ravnanju kako drugače ustrezno sodelujeta vsaj dve osebi poleg žrtve (simultano sodelovanje). Možna je tudi sukcesivna oblika, ko storilec z zavestjo in odobravanjem predhodnega prisilitvenega ravnanja enega storilca, nanj s svojim prisilitvenim ali spolnim ravnanjem naveže. Problematika večaktnosti ravnanja, t.i. lastnoročnosti delikta ali podobne posebnosti na strani ravnanja tu ne more biti odločilna.

V posebnem delu kazenskih zakonodaj srečamo skupne izvršitve spolnega prisiljenja oziroma posilstva v veljavnem slovenskem KZ v obliki kvalificiranih primerov kaznivih dejanj posilstva (180/II. člen KZ) in spolnega prisiljenja, imenovanega spolno nasilje (181/II. člen KZ), obakrat z besedami »če je dejanje storilo več oseb zaporedoma«; kot kvalificirano posilstvo v določbi III. odstavka 178. člena in še enkrat kot kvalificirano kaznivo dejanje z imenom »Nedovoljena spolna ravnanja« (»Nedozvoljene polne radnje«) po določbi II. odstavka 182. člena srbskega kazenskega zakonika, kjer obe inkriminaciji zajemata »dejanje, izvršeno od več oseb« (»delo izvršeno od strane više lica«); kot kvalificirano posilstvo v določbi II. odstavka 193. člena kazenskega zakonika Republike Srbske (entitete države Bosne

²⁰ Omenjenega subjektivnega doživljanja praviloma ni v primerih uporabe etilnega alkohola iz alkoholnih pijač in drugih opojnih snovi z namenom skupinske izvršitve spolnih ravnanj, a v teoriji to po razpoložljivih podatkih ni ovira za konstrukcijo kvalificirane oblike spolnega prisiljenja ali posilstva zaradi skupinske izvršitve.

²¹ Glej zlasti pri *Folkers*, str. 109.

²² V nemškem izvorniku v ključnem delu: »gemeinschaftlich«.

²³ Glej zlasti *Folkers*, str. 209 in *Gössel*, str. 50.

in Hercegovine), kjer je govora o več dejanjih posilstva s strani več storilcev ob isti priložnosti (*»istom prilikom izvršeno više silovanja od strane više lica«*); kot kvalificirano posilstvo v določbi III. odstavka 178. člena in še enkrat kot kvalificirano kaznivo dejanje z imenom *»Nedovoljena spolna ravnanja«* (*»Nedozvoljene polne radnje«*) po določbi II. odstavka 182. člena kazenskega zakonika Črne gore, kjer obe inkriminaciji zajemata *»dejanje, izvršeno od več oseb«* (*»delo izvršeno od strane više lica«*); kot kvalificirano posilstvo v II. odstavku 188. člena hrvaškega kazenskega zakonika, kjer je govora o več spolnih občevarjih ali več z njimi izenačenih spolnih ravnanjih s strani več storilcev ob isti priložnosti (*»istom prigodom prema istoj žrtvi počinjeno više spolnih odnošaja ili s njim izjednačenih spolnih radnji od više počinitelja«*). Enako zakonsko rešitev o več spolnih občevarjih ali več z njimi izenačenih spolnih ravnanjih s strani več storilcev ob isti priložnosti najdemo tudi v kvalificirani obliki posilstva v določbi II. odstavka 203. člena kazenskega zakonika Federacije Bosne in Hercegovine (*»istom prilikom prema istoj žrtvi učinjeno više spolnih odnošaja ili s njim izjednačenih spolnih radnji od više učinitelja«*) in praktično enako oblikovano kvalificirano obliko posilstva tudi v določbi II. odstavka 200. člena kazenskega zakonika Distrikta Brčko Bosne in Hercegovine. V poljskem kazenskem zakoniku je (od novele iz leta 2005, ki je spremenila oštevilčenje odstavkov in deloma njihovo vsebino) v določbi III. odstavka 197. člena v obliki kvalificirane oblike posilstva (iz I. odstavka 197. člena) in hkrati, to je z enotnim sklicevanjem na predhodne odstavke tudi spolnega prisiljenja (iz II. odstavka 197. člena) prepovedana *»izvršitev skupaj z drugimi osebami«*²⁴, in sicer na en mah z enakimi kazenskimi okviri za obe različici. S podobnim sklicevanjem na spolno prisiljenje in posilstvo kot inkriminacijah v predhodnih členih, vendar z različnimi kazenskimi okviri za obe različici, kvalificirano obliko spolnega prisiljenja in posilstva pozna tudi španski kazenski zakonik v določbi 2. točke 180. člena (s sklicevanjem na 178. in 179. člen) in sicer z besedami: *»če so dejanja izvršena s skupnim ravnanjem dveh ali več oseb«* (*»Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o mas personas«*²⁵). V finskem kazenskem zakoniku najdemo kvalificirano obliko posilstva zaradi sodelovanja več oseb pri izvršitvi (*»dejanje izvrši več oseb«*²⁶) v določbi 2. člena 20. poglavja posebnega dela. V francoskem CP določba 6. točke člena 222-24 (kvalificirano posilstvo) in še enkrat določba 4. točke člena 222-28 (kvalificirani drugi spolni napadi) govori o izvršitvi s strani več storilcev

²⁴ Glej Weigend.

²⁵ Glej Hoffmann.

²⁶ Glej Cornils, Frände, Matikkala.

ali udeležencev, zanimivo pa v 10. točki člena 222-24 od novele CP iz leta 2005 za kvalificirano obliko posilstva šteje dejanje tudi tedaj, ko je izvršeno »v steku z enim ali več posilstvi drugih žrtev«²⁷ (t.i. posiljevalne turneje).

Prav poseben pristop glede skupinske izvršitve ubere Švica, ki v švicarskem StGB pozna posebno pravilo za odmero kazni vseh spolnih kaznivih dejanj, izvršenih skupinsko. Določba 200. člena pravi: »*Če kakšno kaznivo ravnanje iz tega poglavja [5. poglavje posebnega dela švicarskega StGB, torej poglavje spolnih kaznivih dejanj] skupaj izvrši več oseb, sme sodnik kazen povišati, vendar najvišje zagrožene kazni ne sme preseči za več kot polovico. Pri tem je vezan na zakonski splošni maksimum za dano vrsto kazni.*«²⁸ Razlog za takšno posebno pravilo naj bi bil v dejstvu, da je objektivna obremenitev za žrtev zaradi intenzivnega sodelovanja več oseb kot storilcev, pa tudi nevarnost skupine tipično povečana pri vseh spolnih kaznivih dejanjih in ne le pri kaznivih dejanjih spolnega prisiljenja in posilstva.²⁹

Upoštevanje sodelovanja več oseb pri izvršitvi zlasti kaznivega dejanja posilstva kot kvalifikatorno okoliščino, to je kot kvalificiran primer kaznivega dejanja najdemo še drugod po Evropi, nekaj kazenskopravnim sistemom pa zadošča uporaba institutov (doktrinarno tam zelo razvitih) udeležb kot institutov splošnega dela v takih primerih (npr. Avstrija).

Slovenija je med primerjanimi državami edina, ki svojo kvalificirano obliko tako spolnega prisiljenja (tu imenovanega spolno nasilje), kot posebej še enkrat posilstva glede sodelovanja več oseb v zakonu izrecno omejuje na zaporedno (sukcesivno) sodelovanje (*»če je dejanje storilo več oseb zaporedoma[!]«*). Vse kaže, da je takšna samoomejevalnost pri kvalificirani obliki posilstva po 180/II. členu KZ posledica (doktrinarno nejasnega) dolgoletnega stališča slovenske teorije in sodne prakse, da sostorilstva pri kaznivem dejanju posilstva »pač« ne more biti oziroma ga ne more biti, *»saj [da] istočasno ne moreta dva spolno občevati z žensko«*³⁰, medtem ko je pri kvalificirani obliki spolnega nasilja po 181/II. členu KZ zadevna samoomejevalnost Slovencev (primerjalnopravno) sploh čista kazenskopravno doktrinarna in kriminalitetnopolitična uganka.³¹

²⁷ Glej *Bauknecht, Lüdicke*.

²⁸ Člen se v nemškem izvorniku v celoti dobesedno glasi: *»Wird eine strafbare Handlung dieses Titels gemeinsam von mehreren Personen ausgeführt, so kann der Richter die Strafe erhöhen, darf jedoch das höchste Mass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte überschreiten. Dabei ist er an das gesetzliche Höchstmass der Straftat gebunden.«*

²⁹ *Rehberg, Schmid, Donatsch, str. 401-402.*

³⁰ Glej npr. *Kobe, Bavcon, str. 261 in Deisinger 1981, str. 348-349.*

³¹ Primerjaj *Deisinger 2002, str. 235*. Avtor opozarja na pomen časovne kontinuitete dogajanja za konstrukcijo kvalificirane oblike posilstva zaradi zaporednega posiljevanja s strani več oseb.

3.2. Spolni napad na zapornika

Omejevanje kvalificirane oblike posilstva po II. odstavku 180. člena slovenskega KZ na zapornike je primerjalnopravno enkratno, predvsem pa diskriminatorno. Treba bi bilo izenačiti vse osebe, ki jim je država odvzela prostost.

3.3. Spolni napad na sorodnika

Izločanje kaznivega dejanja krvoskrunstva iz poglavja zoper spolno nedotakljivost v slovenski teoriji ni ustrezno argumentirano in z vidika sodobnega nauka o kazenskopравниh dobrinah vrednostno in pravnosistemske ni prepričljivo. V glavnem pa so ob vzporednih široko zastavljenih inkriminacijah različnih zlorab položaja ali odvisnosti za spolna ravnanja in spolnih ravnanj z otrokom, kakršne v Sloveniji poznamo v določbah I. in zlasti II. odstavka 184. člena in 183. člena, še posebej III. odstavka KZ, posebne incestne inkriminacije, vključno s posebnimi inkriminacijami incestnih ravnanj z otrokom logično in nenazadnje tudi kriminalitetnopolitično odveč.³²

3.4. Spolna nedotakljivost kot deklarirani predmet kazenskopravnega varstva

V Sloveniji se je zakonodajalec od morale, znane iz naslova (16.) poglavja v KZ SFRJ 51, ki je govoril še o dostojanstvu osebnosti in morali oziroma iz naslova (11.) poglavja KZ SRS 77, ki je vseboval spolno nedotakljivost in moralo, ločil v KZ RS iz leta 1995, kjer je poglavje s spolnimi inkriminacijami (19. poglavje) imenoval »Kazniva dejanja zoper spolno nedotakljivost«. Z opustitvijo moralnih pojmov kot deklariranih predmetov varstva spolnega kazenskega prava se je takrat priključil veliki večini evropskih držav, ki se je morali na tej ravni, to je v naslovi poglavij posebnega dela kazenskih zakonov odpovedala.

Določbe sodobnega spolnega kazenskega prava pravni teoretiki v veliki večini štejejo za izrazit rezultat postopne liberalizacije kazenskega prava, ki je bila očitna v zadnjih desetletjih in kot rezultat katere se upravičeno kot legitimne inkriminacije na tem področju štejejo le tiste, ki prepovedujejo ravnanja, ki »resno in očitno« (*»gewichtig und eindeutig«*) napadajo

³² Nasploh v sodobni teoriji (spolnega) kazenskega prava velja, da sta smisel in utemeljitev t.i. krvoskrunskih inkriminacij nejasna in sporna. Vsaj deloma temeljijo na prastarih tabuizacijah in so očitno zelo arhaične. Reprezentativno za sodobno teorijo avstrijska kazenskopravna teoretika *Kienapfel* in *Schmoller* pravita, da gre pri inkriminaciji incesta za verjetno najbolj nejasno kazenskopravno dobrino sodobnega spolnega kazenskega prava, če ne kazenskega prava nasploh. Ugiba se o zdravju potencialnega potomstva, zdravju genskega gradiva človeštva, družinskih razmerah oziroma družini kot instituciji in moralni tradiciji kot taki. V vsakem primeru se kažejo hude nelogičnosti (inkriminacijsko nezajemanje spolnih odnosov oseb z dednimi boleznimi, inkriminacijsko zajemanje zaščitenih spolnih odnosov kot incest). V vsakem primeru pa da samozadostne tradicionalne moralne predstave, kot se od vseh inkriminacij spolnega kazenskega prava še najbolj jasno kažejo prav pri incestu, nimajo oziroma ne bi smele več imeti mesta v sodobnem kazenskem pravu kot temelj inkriminaciji. Glej *Kienapfel, Schmoller, str. 235*.

dobrine posameznika.^{33, 34} Tako ne sme presenečati, da zgodovinski trendi kažejo na postopen umik pojmov (spolna) npravstvenost in (spolna) morala iz zakonskega spolnega kazenskega prava. Na podlagi razpoložljive literature se zdi, da v redkih državah³⁵, kjer pravni sistemi v kazenskih zakonikih poznajo naslove s temi pojmi, njihova raba v glavnem ne temelji na poglobljeni kazenskopravni in ustavnopravni dogmatiki, ampak prej na politični inerciji ali javnem mnenju.

Komentarji posebnih delov kazenskih zakonov v glavnem opozarjajo, da so delikti sodobnega spolnega kazenskega prava usmerjeni predvsem v človeka,³⁶ v varstvo svobode človeka, da so v prvi vrsti delikti zoper posameznika,³⁷ res pa glede na posamično kazenskopravno dobrino precej raznovrstni (heterogeni)³⁸, kar kljub prevladujočemu mnenju, da (spolna) npravstvenost ali (spolna) morala ne sodita v ospredje, otežuje oblikovanje naslova poglavja. Tu se teoretikom ob tipičnem poudarjanju, da naslov poglavja v stilu »Kazniva dejanja zoper spolno samoodločbo« nujno le omejeno lahko zadane vso vsebino ureditve,³⁹ kot najmanj slab skupni imenovalac za potrebe naslova poglavja z zelo pisano vsebino kaže v prvi vrsti spolna samoodločba, podredno pa spolna integriteta^{40, 41}.

Mnogi posebej izpostavijo, da spolni delikti danes ne varujejo celovito spolne samoodločbe, svobodnega razvoja spolnosti in spolnega udejstvovanja, vključno s posebnimi prisiljenji opustiti določeno spolno ravnanje ali onemogočanje aktivnega iskanja ali razvoja lastne spolne

³³ Kienapfel, Schmoller, str. 170. Zelo podobno tudi praktično vsi drugi sodobni komentatorji.

³⁴ Posamične zaostritve represije, npr. pri pedofilskih ravnanjih niso v nasprotju s temi trendi. Glej Kienapfel, Schmoller, str. 170.

³⁵ Posebna izjema glede teh trendov je Hrvaška, ki je ob sprejemu svojega kazenskega zakonika (*»Kazneni zakon«*) dne 21.11.1997 (Ur.l. 110/97, popravek 27/98) v naslov poglavja, v katerem je združevala spolna kazniva dejanja, izraza *»dostojanstvo osebnosti«* in *»moralna«* (*»protiv dostojanstva ličnosti i moralna«*) nadomestila z izrazom *»spolna svoboda«* in hrvaškim *»spolno ćudoređe«*, pri čemer slednji izraz v bistvu pomeni npravstvenost. Glej Derenčinović, str. 197-198. Takšna odločitev zakonodajalca glede naslova poglavja o spolnih kaznivih dejanjih v posebnem delu kazenskega zakonika je v izrazitem nasprotju z novimi zgodovinskimi trendi v Evropi.

³⁶ Tako zelo izrazito npr. Kienapfel, Schmoller, str. 174 v zvezi z StGB A.

³⁷ Glej zgolj primeroma Maurach, Schroeder, Maiwald 1995, str. 167.

³⁸ Glej zgolj primeroma Eser, Perron, Eisele, str. 1505.

³⁹ Glej npr. Joecks, str. 312.

⁴⁰ Glej zlasti utemeljitev pri Kienapfel, Schmoller, str. 173 z odkritim odobravanjem rešitve v StGB CH, torej v sosednji državi.

⁴¹ Vsebina slovenskega pojma nedotakljivost (spolna nedotakljivost) iz veljavnega KZ ni bila nikoli tako nadvse utemeljena, kot v tujini npr. spolna samoodločba ali pa spolna integriteta, zato na tem mestu resna primerjava ni možna. O vsebini tega pojma glej več v podpoglavju *»O spolni samoodločbi«*, spodaj.

usmerjenosti ipd. (kar bi bilo sicer kriminalitetnopolitično zaželeno)⁴², ampak varujejo človeka zgolj pred spolnimi ravnanji drugih. Na ta način je pravica do spolne samoodločbe kvečjemu obrambna pravica, spolno kazensko pravo pa zelo (samo)omejeno, kar nekako ne pride dovolj do izraza v širokopoteznih naslovih poglavij posebnega dela kazenskih zakonikov, ki združujejo (tako omejene) spolne inkriminacije.

Pojem spolna samoodločba posameznika (*»sexuelle Selbstbestimmung des Einzelnen«*) ali kar spolna samoodločba (*»sexuelle Selbstbestimmung«*) je od sedemdesetih let prejšnjega stoletja eden najvidnejših v teoriji spolnega kazenskega prava, predvsem po zaslugi nemških kazenskopravnih dogmatikov.⁴³ Ti so ga razvili⁴⁴ kot vidik (*»Teilaspekt«*) pravice do osebne svobode, v ZRN zasidrane v določbi člena 2/I GG. Na ta način gre za vidik temeljne pravice splošne svobode ravnanja (*»allgemeine Handlungsfreiheit«*), uresničen v zagotovitvi pravice človeka, da se v spolnem pogledu svobodno, prosto razvije (*»das Recht, sich in sexueller Hinsicht frei zu entfalten«*). Ali, kot tudi pravijo: gre za izoblikovanje (*»Ausformung«*) splošne svobode oblikovanja volje in delovanja (*»allgemeine Willensbildungs- und –Betätigungsfreiheit«*), ki jo človek potrebuje za razvoj svoje osebnosti ob oblikovanju svoje okolice in svojih družbenih odnosov, pa tudi za zadovoljitev svojih osebnih potreb.⁴⁵

Ker je ta »spolna« pravica zelo očitno omejena s telesno in spolno svobodo drugih ljudi, je v praksi bolj odločilna od pravice do spolnih ravnanj (ki sicer prav v materialnem kazenskem pravu ni zanemarljiva problematika zlasti pri vprašanju rigidno, s t.i. mejno starostjo določenih meja absolutne privolitvene nesposobnosti v spolna ravnanja, v merilih relativne privolitvene nesposobnosti v spolno ravnanje in drugod⁴⁶) druga plat te pravice, to je pravica do varstva pred aktivnim vmešavanjem v lastno spolnost s strani drugega, ki jo v nemški kazenskopravni teoriji npr. imenujejo varstvo pred vsiljenim določanjem na področju spolnosti s strani drugega (*»Fremdbestimmung«*). Gre za ustavnopravno oziroma osebnostnopravno priznano pravico odločanja, če, kako, kdaj in s kom se bo posameznik

⁴² Glej npr. von Heintschel-Heinegg, str. 1047, Maurach, Schroeder, Maiwald 1995, str. 166 in Eser, Perron, Eisele, str. 1503. Politična sprejemljivost sprememb kazenske zakonodaje v takšni smeri v večini evropskih držav ta hip, vključno s Slovenijo je seveda drugo vprašanje.

⁴³ Posebno vlogo pri tem je s svojimi predlogi leta 1971 odigral F.C. Schroeder. Glej von Heintschel-Heinegg, str. 1045.

⁴⁴ V nadaljevanju povzeto po Kieler, str. 35-36, Gössel, str. 10-11 in Maurach, Schroeder, Maiwald 1995, str. 166.

⁴⁵ Glej zlasti Gössel, str. 10.

⁴⁶ V postopkovnem in izvršilnem kazenskem pravu je vprašanje pomembno npr. glede omogočanja spolnih stikov in ustrezne intime oseb z odvzeto prostostjo, zlasti zapornikov.

spolno razvijal (*»sich sexuell entfalten wird«*),⁴⁷ pa tudi možnost lastnega opredeljevanja če in kdaj se želimo soočiti s tujo spolnostjo (pomembno zlasti v zvezi z ekshibicionističnimi ravnanji in pornografijo). Sem sodi tudi *»možnost spolne dejavnosti na podlagi zadostne osebne zrelosti, brez katere spolne samoodločbe ni v konkretni zadevi ampak je tudi za prihodnost nasploh ogrožena«*.⁴⁸ Spolna samoodločba v širšem smislu naj bi bila na ta način kazenskoppravna dobrina tudi inkriminacij, ki varujejo privolitveno (ali bolje: zavrnitveno⁴⁹) začasno ali trajno nesposobne osebe pred spolnimi ravnanji.⁵⁰ V prav vseh zajetih kategorijah pa je varstvo (preko konstrukta obrambne pravice), kot že rečeno, usmerjeno le zoper prisiljenja v pasivno (sprejemno, imenovano tudi receptivno, in drugo) in aktivno (prodorno, imenovano tudi imisivno, in drugo) spolnost, ne pa zoper prisilna omejevanja aktivnega spolnega življenja.

Sodobni nemški kazenskoppravni teoretiki proučujejo tudi povezavo med spolno samoodločbo in ustavnim konceptom človekovega dostojanstva. Tu v glavnem ugotavljajo naslednje. Kjer je napadena spolna samoodločba posameznika, je organsko nujno hkrati napaden t.i. jedrni del njegove osebnosti (*»Kernbereich der Persönlichkeit«*) in z njim njegovo dostojanstvo v smislu določbe I. odstavka 1. člena GG ZRN, ki ga danes v glavnem razlagajo v smislu kantovskega imperativa, drugega ne uporabiti kot sredstvo, temveč kot cilj po sebi (*»Zweck an sich«*⁵¹). Spolna samoodločba zajema v tem smislu tudi pravico ne biti ponižan v goli objekt ali orodje spolnega hotenja tretjih, kar pa je pravica, ki tradicionalno od države zahteva obsežno varstvo, tudi s kazenskim pravom.

V sodobnem kazenskem pravu je jasno, da pravica posameznika do spolne samoodločbe v zgoraj opredeljenem smislu ne more biti omejena z nobeno »družbeno funkcijo zakonske zveze«,⁵² kakšno podobno obličnostjo življenjskega partnerstva (registrirana istospolna skupnost) ali življenjsko skupnostjo kot tako (zunajzakonska skupnost), v državah z resno razvitim varstvom pred diskriminacijo pa tudi ne s spolom ali spolno usmerjenostjo.

⁴⁷ V *von Heintschel-Heinegg* komentatorji StGB ZRN ta vidik imenujejo faseta (kazensko)pravne dobrine spolne samoodločbe (str. 1047).

⁴⁸ Opredelitev po *Maurach, Schroeder, Maiwald 1995, str. 166*.

⁴⁹ Glede temeljnih pojmov privolitvene in zavrnitvene sposobnosti v doktrini privolitve oškodovanca v kazenskem pravu v novejši slovenski kazenskoppravni publicistiki glej *Korošec, Razum, v celoti*.

⁵⁰ Zgolj primeroma glej *von Heintschel-Heinegg, str. 1047*.

⁵¹ Po *von Heintschel-Heinegg, str. 1047*.

⁵² Glej primeroma *Fegerl, str. 29*.

Pojem spolna samoodločba naj bi bil še posebej primeren za naloge restriktivne razlage inkriminacij, vključno s preprečevanjem regresa na moralistične razlage,⁵³ kar naj bi bil zlasti po nemški teoriji spolnega kazenskega prava eden temeljnih ciljev obstoja te teorije sploh.

V bivši vsejugoslovanski in slovenski ustavnopravni in kazenskopravni literaturi ni najti podobno nadrobnih analiz spolne samoodločbe posameznika in še sploh ne argumentiranih zavračanj tega pojma ali njegovega pomena za spolno kazensko pravo. Zdi se, da njegove funkcije v veljavnem slovenskem KZ opravlja pojem spolne nedotakljivosti. Z vidika harmoničnosti, sistemskosti in logičnosti posebnega dela slovenskega kazenskega prava lahko preseneča in moti, zakaj zakonodajalec tudi pri drugih zelo osebnih dobrinah, kakršne so življenje, telesna celovitost, zdravje, zasebnost, čast ipd. v naslovih poglavij ne govori o nedotakljivosti oziroma zakaj o nedotakljivosti govori izključno v zvezi s človekovo spolnostjo. Vsebinsko izraz nedotakljivost s svojo izrazito stilsko obarvanostjo precej po nepotrebem na pojmovni ravni vnaša v zakonodajo nekakšno tabuizacijo prav pri spolnosti, kar v sodobnem spolnem kazenskem pravu deluje anahronistično. Zato se kaže potreba po nadomestitvi tega pojma z izrazi, kot so spolna svoboda, spolna integriteta in spolna samoodločba, morda pa po podobni logiki, kot KZ govori v naslovih poglavij posebnega dela o življenju ali časti tudi kar spolnost.

3.5. Presenečenje kot prisilitveno ravnanje spolnega delikta

Na koncu pa še nekaj besed o presenečenju kot prisilitvenem ravnanju spolnih deliktov. Razen francoskega CP, ki v določbi člena 222-23 med prisilitvenimi ravnanji posilstva našteje izrecno tudi »*surprise*«, torej presenečenje,⁵⁴ tega prisilitvenega ravnanja sodobni zakoni s področja spolnega kazenskega prava po dostopnih podatkih ne poznajo. Se pa s problematiko spopadajo teoretiki. V sodobni nemški dogmatiki spolnega kazenskega prava poskušajo s široko razlago merila prisilnega učinka na telo žrtve (»*körperliche Zwangswirkung*«), kot pojmovnega stebra pojma nasilje zajeti v ta pojem tudi primere presenečenja (ki ga tam imenujejo v glavnem »*Überrumpelung*«). Nemška sodna praksa (BGH) je tako logiko tudi že sprejela (BGHSt 36, 145), in sicer v primeru zdravnika, ki je v nožnico slečene in za pregled razkrečene pacientke nenadoma in z izrabo presenečenja v smislu popolne nepripravljenosti žrtve na spolno ravnanje, ki ga storilec izvede bliskovito hitro (torej ne zvijačno!) vtaknil svoj nabrekli spolni ud.⁵⁵

⁵³ Še najbolj strnjeno Maurach, Schroeder, Maiwald 1995, str. 165.

⁵⁴ Glej Bauknecht, Lüdicke.

⁵⁵ Povzeto po Harbeck, str. 96-97.

Velik del teorije in sodne prakse pa v Nemčiji primere presenečenja še vedno izključuje iz dometa inkriminacije spolnega prisiljenja iz 177. člena StGB, češ da v takih primerih žrtev ne more oblikovati nasprotujoče volje. Zdi se, da je bistvo argumentov tukaj zgodovinske in teleološke in manj jezikovne narave (takih zadev naj nemški zakonodajalec v času nastanka zakona ni hotel zajeti z inkriminacijo v 177. členu StGB).⁵⁶

Ena novejših sodb nemškega BGH o presenečenju v zvezi s spolnim ravnanjem v luči pomena standarda nasilja velja hkrati za eno najpomembnejših na tem področju. BGH je moralo leta 1995⁵⁷ odločiti v kazenski zadevi, ko je odrasli moški storilec dvanajstletno dekle z obljubo plačila pripravil do tega, da je vstopilo v njegovo vozilo, se tam sleklo in pustilo fotografirati, nato pa je storilec naslonjalo sedeža, na katerem je sedelo, spustil v vodoravni položaj, se slekel in legel nanjo tako, da je s svojim spolnim udom več minut drgnil po dekletovih sramnih ustnicah, pri čemer je dekle občutilo bolečine, upiralo pa se ni. Sodišče kljub strahu, za katerega ugotavlja, da ga je ob tem zadnjem delu dogajanja utrpelo dekle, v svoji sodbi zanika uporabo nasilja in izhaja iz presenečenja dekleta, kjer pa ravno ne prizna analogije sile s široko razlago merila prisilnega učinka na telo žrtve (*»körperliche Zwangswirkung«*), za kar se sicer zavzema sodobna nemška teorija spolnega kazenskega prava, v sodbi *BGHSt 36, 145* pa jo je uporabilo že tudi sodišče samo. Po prepričanju sodišča naj bi bila v opisani zadevi podana zgolj duševna prisila (*»bloßer seelischer Zwang«*), ki po mnenju sodišča za zakonski znak nasilja ne zadošča.⁵⁸

Iz razpoložljivih virov je razbrati, da presenečenje kot prisilitveno ravnanje predstavlja trd oreh za kazenskopravno teorijo in sodno prakso zlasti tam, kjer ga zakonodajalec ni vključil izrecno med zakonske znake (izrecna prisilitvena ravnanja) inkriminacij spolnega prisiljenja oziroma posilstva. Slovenija sodi med take države, vendar se po razpoložljivih podatkih s problemom v teoriji ali sodni praksi še ni spopadla. Zdi pa se, da gre glede na oblikovanost slovenskih spolnih inkriminacij za resne in vse pozornosti vredne dogmatične in kriminalitetnopolitične probleme tudi našega spolnega kazenskega prava in vključitev prisilitvenega ravnanja presenečenja med zakonske znake določenih spolnih inkriminacij se ponuja kar sama.

⁵⁶ Glej zlasti *Folkers*, str. 42, in zlasti podatke v op. 148 o obsežni nemški sodni praksi v tem smislu. Glej tudi *Folkers*, str. 71.

⁵⁷ Povzeto po *Harbeck*, str. 98. Glej posebej *Harbeck*, str. 98, op. 487.

⁵⁸ *Harbeckova* tak pogled kritizira kot neživljenjski. *Harbeck*, str. 99.

4. Sklepno

Posamezne države imajo tudi znotraj Evrope včasih presenetljivo različne tradicije in pristope h kazenskopravni obravnavi spolnosti, tu in tam najdemo tudi kakšne primerjalnopravno zelo unikatne zasuke in odmike od povprečij in večin. Vse, kar ni povprečno in večinsko, seveda ni nujno slabo. Na podlagi povedanega pa se vendarle kaže potreba po temeljiti prevetritvi nekaterih slovenskih posebnosti na področju spolnega kazenskega prava.

Sem sodi najprej slovenska raba instituta hujše posledice. Logična, sistemsko in kriminalitetnopolitično racionalna raba instituta hujše posledice v posebnem delu slovenskega KZ je brez dvoma cilj, ki se vsiljuje kar sam, vsaj dokler KZ ta institut pozna v splošnem delu. Odpovedovati se institutu hujše posledice posebej pri naklepnih nasilnih deliktih zoper osebne dobrine in še prav posebej le pri spolnih deliktih, po mojem mnenju sploh ni kazenskopravno utemeljivo. Potencial, ki ga omenjeni institut na področju spolnih deliktov nudi za večjo diverzifikacijo kazenskih okvirov (kot to omogočajo splošni kazenski okviri znotraj pravih stekov kaznivih dejanj), v Sloveniji brez dogmatično utemeljenih razlogov ni izkoriščen oziroma taka diverzifikacija (ki je v svetu očitno trend sodobnega spolnega kazenskega prava) v Sloveniji vsaj ni ustrezno kazenskopravno zavrnjena kot cilj.

Razvoj spolnega kazenskega prava v svetu, moderno razumevanje osebnostnih, človekovih in ustavnih pravic zelo jasno in nedvoumno kažejo na opuščanje posebnih inkriminacij, usmerjenih zgolj v prodiranje spolnega uda v nožnico (klasičnih definicij posilstva). Varovanje notranjosti telesa pred penetrativnimi spolnimi praktikami »ne glede na vstopna vrata« se je tako rekoč absolutno uveljavilo kot poseben (pod)cilj spolnega kazenskega prava. Tradicionalno ozko razumljeni koitus, to je spolno občevanje kot nožnično spolno občevanje je v sodobnem spolnem kazenskem pravu izgubil svoj smisel in kot zakonski znak ni več potreben oziroma je arhaičen ali celo odkrito diskriminatoren. Slovensko kazensko pravo doslej ni prepričljivo vztrajalo na ozki razlagi pojma spolno občevanje niti tega v luči vrednostno prepričljivih sodobnih trendov spolnega kazenskega prava po svetu ne more. Za kvalificirane oblike spolnega prisiljenja je treba nedvoumno priznati tako nožnično, kot zadnjično in ustno spolno občevanje (vaginalni, analni in oralni koitus) in vse s temi oblikami vrednostno izenačljive prodorne spolne praktike (uvajanje prstov, predmetov, jezika ipd. v nožnico, zadnjik, morda v ustrezno hudih oblikah tudi v usta).

Spremembe definicij spolnih napadov na mladoletne, ki jih je slovensko kazensko pravo doživljalo z zadnjimi spremembami KZ, so doktrinarno diletantske. V prispevku zgoraj so kot take dovolj nadrobno prikazane in kričijo po umiku iz kazenskega prava oziroma po radikalnih reformulacijah na podlagi temeljitih doktrinarnih analiz.

Slovensko izrecno omejevanje kvalificiranih oblik nekaterih spolnih deliktov na sukcesivno udeležbo, še posebej očitno izključevanje simultane sosterilstvene udeležbe v določbi 181/II. člena KZ, ne kriminalitetnopolitično ne kako drugače ni smiselno in se mu kaže odpovedati.

Posebno kazenskopravno varstvo spolnosti zapornika (ki je sicer z vseh vidikov sodobno) kaže raztegniti na vse osebe, ki jim je (uradno) odvzeta prostost. Ni prepričljivih razlogov, zakaj bi bili glede varovanja spolne samoodločbe prav zaporniki kot kategorija oseb z odvzeto prostostjo oziroma omejeno svobodo gibanja v posebnem položaju.

Posebne inkriminacije incestnih ravnanj z otrokom so ob vzporednih inkriminacijah različnih zlorab položaja ali odvisnosti za spolna ravnanja in spolnih ravnanj z otrokom v določbah I. in zlasti II. odstavka 184. člena in 183. člena, še posebej III. odstavka KZ, vsaj logično odveč.

Po mojem mnenju tradicija ne more utemeljevati ohranjanja logično odvečnih inkriminacij.

Literatura

1. Ambrož M., Korošec D.: Neue Entwicklungen im Sexualstrafrecht Sloweniens. Jahrbuch für Ostrecht 2006; 47 (II. del); str. 187-198.
2. Anon.: Krivični zakonik sa uvodnim zakonom i objašnjenjima - zbirka zakona FNRJ, broj 100. Beograd: Službeni list FNRJ, 1951.
3. Bačić F.: Krivično pravo - Opći dio. Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu, 1986.
4. Bačić F.: Marginalije uz novi kazneni zakon (posebni dio). Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 1 (1998) ; str. 115-141 (poglavje o spolni svobodi in spolni npravstvenosti: str. 124-126).
5. Bačić F., Š. Pavlović: Komentar kaznenog zakona. Zagreb: Organizator, 2004 (str. 671-711).
6. Barabas F.K.: Sexualität und Recht. Frankfurt am Main: Fachhochschulverlag, 2006.
7. Bassiouni M.C., M. McCormick: Sexual Violence - An Invisible Weapon of War in the Former Yugoslavia. Chicago: International Human Rights Law Institute, 1996.
8. Bauknecht G., L. Lüdicke (prevajalki): Das französische Strafgesetzbuch - Code pénal. Freiburg im Breisgau: Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1999.
9. Bauknecht G., L. Lüdicke (prevajalki): Das französische Strafgesetzbuch - Code pénal. Stanje: marec 2007. Še neobjavljeni prevod, pripravljen za publikacijo v naročilu Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau.
10. Baumann J., Weber U., Mitsch W.: Strafrecht - allgemeiner Teil. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Giesecking, 1995.
11. Bavcon L.: Dilemmas und Entwicklungstendenzen des jugoslawischen Strafrechts. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1977 (27); 2: str. 489-510.
12. Bavcon L.: Mogućnosti novih inkriminacija odnosno dekriminacija u Jugoslavenskom krivičnom zakonodavstvu. Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo 1974 (XIII); 4: str. 575-584.

13. Bavcon L.: Nekatere značilnosti Kazenskega zakona SR Slovenije. V: Anon.: Kazenski zakon Socialistične republike Slovenije. Ljubljana: ČZ Uradni list SRS, 1977 (poglavje: »Kazniva dejanja zoper spolno nedotakljivost in moralo (členi 100 do 105)«, str. XLV-XLVIII).
14. Bavcon L., A. Šelih et al.: Kazensko pravo - splošni del. Ljubljana: Uradni list RS, 2003 (str. 101-107).
15. Bavcon L., A. Šelih: Kazensko pravo - splošni del. Ljubljana: Časopisni zavod Uradni list SRS, 1978 (str. 62-67).
16. Bavcon L., P. Kobe: Kazenski zakonik s pojasnili in sodno prakso. Ljubljana: Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, 1970 (str. VIII-X, 260-271).
17. Bele I.: Kazenski zakonik s komentarjem - splošni del. Ljubljana: Gospodarski vestnik založba, 2001.
18. Binding K.: Das Subjekt des Verbrechens und die Satzungen des „Vorentwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch“ über die Teilnahme. Der Gerichtssaal 1910; 76: str. 87-116.
19. Böhm S.: Garantienpflichten aus familiären Beziehungen. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 2006.
20. Burkhardt S.-U.: Vergewaltigung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit - sexualisierte Gewalt, Makrokriminalität und Völkerstrafrecht. Münster: Lit Verlag, 2005.
21. Creifelds C.: Wird bei einem Verstoß gegen die guten Sitten die Einwilligung im Strafrecht irrelevant? Breslau: Schletter'sche Buchhandlung, 1929, 13.
22. Čejović B.: Krivično pravo u sudskoj praksi - druga knjiga - posebni deo. Beograd: Jugoslovenski zavod za produktivnost rada, 1986 (str. 511-562).
23. Cornils K., D. Frände, J. Matikkala (prevajalci): Das finnische Strafgesetzbuch - Rikoslaki - Strafflag (nach dem Stand vom 1.10.2005), Berlin: Duncker & Humblot, 2006.

24. Deisinger M.: Kazenski zakon SR Slovenije s komentarjem in sodno prakso. Ljubljana: ČGP Delo - TOZD Gospodarski vestnik, 1981.
25. Deisinger, M.: Kazenski zakonik Republike Slovenije s komentarjem in sodno prakso. Ljubljana, Gospodarski vestnik, 2002.
26. Derenčinović D.: Novosti u glavi kaznenih djela protiv spolne slobode i spolnog údoređa i protiv imovine. X. savjetovanje Hrvatskog udruženja za kaznene znanosti i praksu. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 1 (1998) ; str. 64-83.
27. Dolenc M., A. Maklecov: Sistem celokupnega kazenskega prava kraljevine Jugoslavije. Ljubljana: Tiskovna zadruga v Ljubljani, 1934.
28. Ensthaler J.: Einwilligung und Rechtsgutspreisgabe beim fahrlässigen Delikt. Göttingen: Georg-August-Universität zu Göttingen, 1983, 12.
29. Eser A., W. Perron, J. Eisele: Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung. V: Schönke A., H. Schroeder et al.: Strafgesetzbuch - Kommentar (27. Auflage). München: Verlag C.H. Beck, 2006 (str. 1502-1634).
30. Fegerl G. Das neue [Österreichische] Sexualstrafrecht. Vergewaltigung und geschlechtliche Nötigung. Wien: Orac Verlag, 1995.
31. Folkers S. Ausgewählte Probleme bei sexueller Nötigung und Vergewaltigung aus der Sicht der Praxis. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2004.
32. Frank O.A. Die Strafbarkeit homosexueller Handlungen. Aachen: Shaker Verlag, 1997.
33. Frommel M.: Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (13. Abschnitt). V: Kindhäuser U., U. Neumann, H.-U. Paeffgen (izd.): Strafgesetzbuch - Band 2. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2205 (str. 3211-3340).
34. Frisch W.: Die Einwilligung im deutschen Strafrecht. V: Rechtfertigung und Entschuldigung - Rechtsvergleichende Perspektiven, Vol. IV. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und rechtsvergleichendes Strafrecht, 1995, 321-336.

35. Frühwald W. Th.: Handbuch des österreichischen Strafgesetzes über Verbrechen, Vergehen und Übertretungen. Wien: Wilhelm Braunnüller, 1855.
36. Gössel K. H. Das neue Sexualstrafrecht, Eine systematische Darstellung für die Praxis. Berlin: De Gruyter Verlag, 2005.
37. Gropp W.: Strafrecht - allgemeiner Teil. Berlin: Springer Verlag, 2005.
38. Hansjakob T., H. Schmitt. J. Sollberger (izd.): Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch [der Schweiz]. Norderstedt: Books on Demand, 2004.
39. Harbeck B. Probleme des Einheitstatbestandes sexueller Nötigung / Vergewaltigung. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2001.
40. Heintschel-Heinegg, von B. (ur.): Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch - Band 2/2 (§§ 80-184f StGB). München: Verlag C.H. Beck, 2005 (str. 1039-1404).
41. Heinze E.: Sexual Orientation: A Human Right. London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
42. Hinterhofer H. Strafrecht [Österreichs] - Besonderer Teil II (§§ 169-321 StGB). Wien: WUV Universitätsverlag, 2005 (str. 81-137).
43. Hoffmann M. (prevajalec): Código Penal - Das Spanische Strafgesetzbuch. Freiburg im Breisgau: Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2002 (str. 114-124).
44. Hoke R.: Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte. Wien: Böhlau Verlag, 1992.
45. Horvatić Ž.: Promjene hrvatskog materijalnog kaznenog prava novelom KZ 2006. godine. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 2 (2006); str. 381-404.
46. Hruschka J.: Die Nötigung im System des Strafrechts. Juristenzeitung 1995 (15-16): 737-745.
47. Ilić M. (ur.): Krivični zakonik [za Kraljevinu Srba Hrvata i Slovenaca] [...]. Beograd: Izdavačka knjižarnica Gece Kona, 1929.

48. Jähne B., Laufhütte H.W., Odersky W (izd.): Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar - Fünfter Band (§§146 bis 222) - 11. izdaja. Berlin: De Gruyter Verlag, 2005: Dipple K. Beischlaf zwischen Verwandten (§ 173) - str. 389-423; Laufhütte H. Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung - str. 1-227.
49. Jemrić M.: Krivični zakonik. Zagreb: Narodne novine, 1968.
50. Jenny G.: Delikte gegen die sexuelle Integrität. V: Schubrath M. (izd.): Kommentar zum schweizerischen Strafrecht - Schweizerisches Strafgesetzbuch - Besonderer Teil - 4. Band. Bern: Stämpfli Verlag, 1997 (str. 15-136).
51. Jescheck H.-H., T. Weigend: Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil. Berlin: Dunckner & Humblot Verlag, 1996.
52. Joecks W.: Studienkommentar StGB. München: C.H. Beck Verlag, 2004 (str. 312-328).
53. Kandić-Popović Z.: Osnovi krivičnog prava - opšti i posebni dio. Beograd: Naučna knjiga, 1986.
54. Kanduč Z., D. Korošec, M. Bošnjak: Spolnost, nasilje in pravo. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani in Urad za žensko politiko Vlade RS, 1998.
55. Kanduč Z.: Pornografija - kriminološki in kazenskopравни pogledi. Pravnik 1999 (54); 6-8, str. 373-391.
56. Keßler R.: Kritische Bemerkungen zu Binding's Lehre von der Einwilligung des Verletzten. Gerichtssaal 1886 (38), 49.
57. Kieler M. Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Mißbrauchs widerstandsunfähiger Personen. Berlin: Tenea Verlag, 2003.
58. Kienapfel K., Schmoller K. Grundriß des österreichischen Strafrechts - Besonderer Teil - Band III - Delikte gegen sonstige Individual- und Gemeinschaftswerte. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1999 (str. 168-266).
59. Kindhäuser U.: Strafrecht - allgemeiner Teil. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2006.

60. Korošec D., M. Ambrož, L. Bavcon, K. Filipčič. Majhen pomen dejanja kot institut materialnega kazenskega prava. Ljubljana: Uradni list RS, 2004.
61. Korošec D. Domnevana privolitev potencialnega oškodovanca v kazenskem pravu (nemški in slovenski pristop). *Pravnik* 1998 (53); 6-8: str. 367-384.
62. Korošec D. Slovensko materialno kazensko pravo v luči konvencije proti mučenju OZN. *Pravnik* 2000; 11-12: str. 769-791.
63. Korošec D. Privolitev oškodovanca in splošni pojem kaznivega dejanja. Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani 1999; LVIII.: str. 163-186.
64. Korošec D.: Je bilo primerno spreminjati mejno starost absolutne privolitvene nesposobnosti v KZ? (O spremembah 183. člena KZ). *Pravnik* 1999; 6-8: str. 411-420.
65. Korošec D.: Kazenskopравни problemi v zvezi z AIDS. V: Polajnar Pavčnik A., D. Wedam Lukić (ur.): *Pravo in medicina*. Ljubljana: Cankarjeva založba, 1998.
66. Korošec D.: Novo kaznivo dejanje posilstva po 180. členu Kazenskega zakonika Republike Slovenije – kaj pa zdaj? *Pravna praksa* 1994; 22: str. 9-10.
67. Korošec D.: Razum in volja pri privolitvi potencialnega oškodovanca v kazenskem pravu. Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani 1998; LVIII.: str. 143-165.
68. Korošec D.: Spolna nedotakljivost človeka in Svet Evrope. Izobraževanje in usposabljanje v javni upravi 1998; 1: str. 291-304.
69. Lalić D. (ur.): *Zbirka krivičnih zakona*. Beograd: Novinsko-izdavačka ustanova Službeni list SRFJ, 1977.
70. Lenckner T.: *Beischlaf zwischen Verwandten*. V: Schönke A., H. Schroeder et al.: *Strafgesetzbuch - Kommentar* (27. Auflage). München: Verlag C.H. Beck, 2006 (str. 1499-1502).
71. Maurach R., F.-C. Schroeder, M. Maiwald: *Strafrecht - Besonderer Teil - Teilband 2 - Straftaten gegen Gemeinschaftswerte*. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2005 (str. 182-184).

72. Maurach R., F.-C. Schroeder, M. Maiwald: Strafrecht - Besonderer Teil - Teilband 1 - Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1995 (str. 162-228).
73. Meliá M.C.: Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung. Dogmengeschichtliche Betrachtungen zur Lehre von der Sozialadäquanz. Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1995 (4): 179-191.
74. Niggli M.A., H. Wiprächtiger (izd): Strafgesetzbuch [der Schweiz] II (Art. 111-401 StGB) - Basler Kommentar. Basel: Helbig & Lichtenhahn, 2003 (str. 961-1094).
75. Rehberg J., N. Schmid, A. Donatsch: Strafrecht [der Schweiz] III - Delikte gegen den Einzelnen. Zürich: Schulthess Verlag, 2003 (str. 400-467).
76. Roxin C. Täterschaft und Tatherrschaft. Berlin: De Gruyter Recht, 2006 [ponatis iz leta 1963 z zelo obsežnim dodatkom avtorja o stanju doktrine leta 2006].
77. Roxin C.: Strafrecht – Allgemeiner Teil. Vol. I. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2006.
78. Schäfer C.: »Widernatürliche Unzucht« (§§ 175, 175a, 175b, 182 a.F. StGB) - Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1945. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006.
79. Schubrath M.: Inzest (Art. 213). V: Schubrath M. (izd.): Kommentar zum schweizerischen Strafrecht - Schweizerisches Strafgesetzbuch - Besonderer Teil - 4. Band. Bern: Stämpfli Verlag, 1997 (str. 137-147).
80. Suter-Zürcher S.: Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach Art. 187 StGB [der Schweiz]. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2003.
81. Thormann P., A. von Overbeck: Das Schweizerische Strafgesetzbuch - zweiter Band. Zürich: Schulthes Verlag, 1941.
82. Weigend E. (prevajalka): Das polnische Strafgesetzbuch - Kodeks karny. Freiburg im Breisgau: Max Planck Institut für internationales und Ausländisches Strafrecht, 1998.

Nasilje v družini

prof. dr. Katja Filipčič

1. Uvodno

Nasilje v družini se po številnih značilnostih razlikuje od t.i. klasičnega nasilja. Njegova najpomembnejša značilnost je tesnejši psihični odnos med storilcem in oškodovancem in zloraba tega odnosa s strani storilca. Že iz te osnovne značilnosti izhaja, da za nasilje v družini niso značilni le specifični kriminogeni dejavniki, ampak tudi problematično odkrivanje zaradi še vedno visoke družbene tolerance do te vrste nasilja, pomembnost sodelovanja organov kazenskega pregona s socialnimi službami za pomoč žrtvam in potreba po uvajanju posebnih načinov obravnavanja storilcev. Kazensko pravo ima tudi pri vplivanju na obseg nasilja v družini omejeno vlogo, vendar navedene značilnosti tega pojava kljub temu in ob zavedanju te omejitve upravičujejo njegovo posebno pozornost.¹ Na to opozarjajo tudi številna priporočila Sveta Evrope in Organizacije združenih narodov.² Analiza kazenskih zakonodaj evropskih držav pokaže tri prevladujoče načine obravnavanja nasilja v družini:

(1) Nekaterе države so nasilje v družini inkriminirale kot samostojno kaznivo dejanje (npr. Poljska³ in Hrvaška⁴).

(2) Francija,⁵ Belgija⁶ in Ciper⁷ so se odločile za drugačen pristop; niso oblikovale posebne inkriminacije, ampak so pri nasilnih kaznivih dejanjih oblikovale kvalificirane oblike ali predpisale strožji okvir sankcij, če je bilo nasilje izvršeno nad družinskim članom.

¹ Več o vprašanju vloge kazenskega prava pri omejevanju nasilja v družini glej Fagan, 1996

² Pomembnejši dokumenti Sveta Evrope: Recommendation Rec(2002)5 of the Committee of Ministers to member states on the protection of women against violence, 2002; Parliamentary Assembly, Recommendation 1371 (1998), Abuse and neglect of children; Recommendation No. R (85) 4 of the Committee of Ministers to member states on violence in the family, 1985; Recommendation No. R (90) 2 of the Committee of Ministers to member states on social measures concerning violence within the family, 1990; Parliamentary Assembly, Recommendation 1450 (2000), Violence against women in Europe.

Pomembnejša priporočila Organizacije združenih narodov: Economic and Social Council, Commission on human rights, A framework for model legislation on domestic violence, Report, 1996; Economic and Social Council, Commission on human rights, Violence against women, Report, 1999.

³ Poljski Kazenski zakonik določa posebno kaznivo dejanje nasilja v družini in predpisuje kazen zapora od 3 mesecev do 5 let. Če je bilo nasilje posebno kruto, se lahko izreče do 10 let, če pa je žrtev zaradi nasilja poskušala storiti samomor, je predpisana kazen do 12 let. (Legislation in the Member States of the Council of Europe in the Field of Violence Against Women, EG (2007) 1, www.coe.int/t/e/human_rights/equality)

⁴ Decembra 2000 je hrvaški sabor sprejel spremembe Kazenskega zakona (Narodne novine Rep. Hrvatske 129/2000) in med njimi je tudi oblikovanje novega, posebnega kaznivega dejanja »nasilniško obnašanje v družini« (215a. člen): »Član družine, ki z nasiljem, zlorabo ali posebno predrzним obnašanjem privede drugega člana družine v ponižujoč položaj, se kaznuje z zaporem od treh mesecev do treh let.«

(3) Nekatere evropske države pa pri obravnavanju nasilja v družini poznajo še tretji pristop; inkriminacije nasilja v družini oblikujejo tako, da kot oškodovance zajamejo le ženske, ker izhajajo iz ugotovitev, da so ženske najpogosteje žrtve nasilja v družini in da je to nasilje nad njimi posledica patriarhalnosti družbe.⁸

2. Nasilje v družini v slovenski kazenski zakonodaji

2.1. Sprememba Kazenskega zakonika leta 1999

Slovenska kazenska zakonodaja do leta 1999 ni inkriminirala nasilja v družini kot posebne oblike nasilja. Izjema je bilo le nasilje nad mladoletnimi družinskimi člani, ki je bilo (in je še vedno) zajeto v kaznivem dejanju »zanemarjanje mladoletne osebe in surovo ravnanje« v 201. členu Kazenskega zakonika. Leta 1999 je bil dopolnjen 299. člen Kazenskega zakonika (kaznivo dejanje nasilništva) tako, da so tudi lažje oblike nasilja v družini postale kaznivo dejanje, ki se preganja po uradni dolžnosti. Do te spremembe je bilo za kaznivo dejanje nasilništva bistveno, da je storilec z alternativno določenimi načini izvršitve povzročil v javnosti zgražanje ali prestrašenost. Objekt varstva pri takšni inkriminaciji je bil torej javni red in mir že od začetka njegovega oblikovanja v šestdesetih letih 20. stoletja.

Kaznivo dejanje nasilništva je bilo uvedeno v jugoslovansko kazensko zakonodajo leta 1967 z Zakonom o spremembah in dopolnitvah kazenskega zakonika. V svoji prvotni obliki se je

⁵ Francija: pozna sicer posebno kaznivo dejanje nasilja v družini, poleg tega pa določa zvišanje kazni za splošna kazniva dejanja, če so storjena med partnerjema. (Legislation in the Member States of the Council of Europe in the Field of Violence Against Women, EG (2007) 1, www.coe.int/t/e/human_rights/equality)

⁶ Belgija: v primeru nasilja nad zakoncem in zunajzakonskim partnerjem, se za kaznivo dejanje, za katerega je predpisan zapor do 5 let, se spodnja meja kazni podvoji, če pa gre za kaznivo dejanje nad 5 let, pa se spodnji minimum poveča za dve leti. (Legislation in the Member States of the Council of Europe in the Field of Violence Against Women, EG (2007) 1, www.coe.int/t/e/human_rights/equality)

⁷ Ciper: KZ posebej določa, da je nasilje v družini obteževalna okoliščina, ki zviša predpisano kazen. (Legislation in the Member States of the Council of Europe in the Field of Violence Against Women, EG (2007) 1, www.coe.int/t/e/human_rights/equality)

⁸ Tak primer je Švedska: oblikovala je posebno kaznivo dejanje »huda kršitev integritete ženske« - če moški izvrši nekatera kazniva dejanja kot npr. napad, grožnje, prisiljenje in jih ponavlja, je lahko obsojen za to novo kaznivo dejanje in ne za več posamičnih splošnih kaznivih dejanj. Pomembno je, da gre za ponavljajoča ravnanja in da je njegov namen resno škodovati samozavesti ženske. Prej splošna nasilna kazniva dejanja so tako dobila novo naravo, ki zahteva od sodišča, da upošteva celoten odnos med storilcem in žrtvijo. Predpisana je kazen od 6 mesecev do 6 let. (Legislation in the Member States of the Council of Europe in the Field of Violence Against Women, EG (2007) 1, www.coe.int/t/e/human_rights/equality)

imenovalo »nasilniško obnašanje na javnem mestu«. ⁹ To dejanje je bilo inkriminirano zato, ker so se v šestdesetih letih občutno pomnožili pojavi nasilniškega vedenja, in v prepričanju, da bi posebna inkriminacija pripomogla k njegovemu učinkovitejšemu zatiranju. Poleg tega pa je bilo takšno ravnanje do leta 1967 prekršek in storilcu se je zanj lahko izrekel poseben ukrep »napotitev na bivanje na določenem kraju v trajanju do dveh let«. Ta ukrep je bil nasilnežem pogosto izrečen, še posebej povratnikom. Čeprav formalno ni bil kazen, je dejansko predstavljal odvzem prostosti. Zaradi številnih pomislekov je bil ta ukrep leta 1967 črtan iz Zakona o prekrških in nasilnežem se je lahko izrekla samo relativno kratka zaporna kazen (do 30 dni), ki je bila ocenjena kot neprimerna. Tako se je pojavila potreba, da se nasilniško obnašanje vnese v kazensko zakonodajo in zanj določi (glede na težo dejanja) ustrežnejša sankcija. ¹⁰

Dopolnjena inkriminacije iz leta 1999 se glasi: »Kdor drugega hudo žali, z njim grdo ravna, mu dela nasilje ali ogroža njegovo varnost in s tem v javnosti *ali v družini* povzroči *ogroženost*, zgražanje ali prestrašenost, se kaznuje z zaporom do dveh let.¹¹ Takšna sprememba je povzročila, da so nekatere oblike nasilja, ki so sicer inkriminirane kot samostojna kazniva dejanja (kazniva dejanja po 169., 146. in 145. členu Kazenskega zakonika) in pregonljiva na predlog ali na zasebno tožbo, zaradi učinka na ostale družinske člane postala pregonljiva po uradni dolžnosti. Predvsem tožilci ocenjujejo takšno spremembo kot bistveno učinkovitejši pristop k obravnavanju nasilnežev.¹² Ne moremo pa prezreti dejstva, da je takšna sprememba kaznivega dejanja nasilništva vnesla »nered« (nedoslednost) v sistematiko kaznivih dejanj; kaznivo dejanje je uvrščeno v skupino kaznivih dejanj zoper javni red in mir. Takšna situacija bi lahko celo pomenila, da je razlog inkriminiranja nasilja v družini pravica javnosti, da se v njeni bližini takšno nasilje ne dogaja. Povsem nedvoumno pa je, da pri inkriminiranju nasilja v družini ni objekt varstva javni red, ampak varnost, življenje, čast in dobro ime posameznika.

⁹ 292b člen Kazenskega zakonika (SFRJ) iz leta 1967 (Ur.l. FLRJ 13/51, spremembe in dopolnitve Ur.l. SFRJ 15/65, 15/67): »Kdor na javnem mestu hudo žali drugega ali z njim grdo ravna, dela drugemu nasilje, povzroča pretep ali s predrznim ali brezobzirnim obnašanjem kako drugače ogroža mir občanov ali moti javni red, njegovo prejšnje življenje pa kaže, da je nagnjen k takemu obnašanju, se kaznuje z zaporom najmanj treh mesecev.«

¹⁰ O razlogih za uvedbo nove inkriminacije glej Kobe, Bavcon 1970:422, Lončarević 1976:116.

¹¹ Tekst v kurzivu predstavlja dodano besedilo iz leta 1999.

¹² Takšno stališče zastopa npr. Kreča 2000: 227.

2.2 Predlagane spremembe

Inkriminiranje nasilja v družini v okviru sedanjega 299. člena Kazenskega zakonika ni ustrezno iz prej navedenih razlogov, zato je treba to vprašanje rešiti drugače. Primerjalnopravna analiza ponuja različne rešitve, med katerimi se oblikovanje kvalificiranih oblik nasilnih kaznivih dejanj zdi manj primerna. Strožje predpisane sankcije bi res pomenile poudarjeno zavržnost takšnega nasilja, vendar lahko že v sedaj predpisanih razponih kazni sodišča z izrečenimi kaznimi izkazujejo družben odnos do te oblike nasilja. Bistveneje je, da kazenska zakonodaja pripiše večjo težo (predvsem preko načina pregona) tudi lažjim oblikam nasilja v družini, ki se zaradi izrabljanja specifičnega odnosa med storilcem in oškodovancem kot načinom storitve ne more primerjati z enako intenzivnim nasiljem med osebami, ki niso v takšnem odnosu.

Predlagam, da se v okviru poglavja »kazniva dejanja zoper zakonsko zvezo, družino in mladino« oblikuje novo kaznivo dejanje »nasilništvo v družini« in se glasi:

»Nasilništvo¹³ v družini

- (1) Kdor družinskega člana hudo žali, z njim grdo ravna, mu dela nasilje ali ogroža njegovo varnost in s tem pri drugih družinskih članih povzroči ogroženost, hudo ponižanje ali prestrašenost

se kaznuje z zaporom do dveh let.

- (2) Če storilec dejanja iz prvega odstavka tega člena družinskega člana lahko telesno poškoduje,

se kaznuje z zaporom do treh let.«

Nova inkriminacija v primerjavi s sedanjo inkriminacijo nasilja v družini v okviru 299.čl. KZ ne prinaša sprememb izvršitvenih ravnanj. Povzročitev posledice v družini oziroma pri družinskih članih še vedno ostaja objektivni pogoj kaznivosti, ki ga loči od klasičnih kaznivih dejanj zoper življenje in telo posameznika. Poleg občutkov ogroženosti in prestrašenosti, ki

¹³ Pri poimenovanju posebnega kaznivega dejanja je po mojem mnenju primernejši izraz »nasilništvo« in ne »nasilje«. V nasprotnem primeru bi namreč lahko prišlo do napačnega razumevanja, da je nasilje v družini inkriminirano le, če se izvaja v lažjih oblikah nasilja, kar bi bilo povsem nepravilno.

naj bi jih opisana dejanja povzročila pri družinskih članih, je dodano še hudo ponižanje (črtan pa je občutek zgražanja, ki ni prevladujoč pri nasilju v družini in je posredno zajet že v preostalih dveh pojmih). Pomembno je, da je dodan tudi ta občutek kot posledica nasilnih dejanj, saj je značilen za odrasle, samostojne družinske člane, za katere ne moremo trditi, da jih je zaradi zavedanja nasilja v družini strah za lastno varnost. S tem pogojem je tudi jasno pokazano, da niso samo mladoletni otroci tisti, katerih strah je pogoj, da je nasilje med partnerjema kaznivo dejanje po tem členu. Ta sprememba pa predstavlja razširitev inkriminacije, zajete v sedanjem 299. členu Kazenskega zakonika.

Zaradi določenosti zakonskih znakov pa je potrebno, da Kazenski zakonik opredeli pojem družinskega člana.¹⁴ Pri tem je smiselno slediti opredelitvi družinskih članov iz 39.a člena Zakona o policiji, ko določa pogoje za izrek prepovedi približevanja in osnutku Zakona o preprečevanju nasilja v družini.¹⁵ V tem smislu bi morali v okviru sedanjega 126. člena Kazenskega zakonika pojasniti pojem družinskega člana. Predlagam, da se vanj zajamejo naslednje osebe:

- zakonec ali zunajzakonska partnerica oziroma partner, bivši zakonec ali bivša zunajzakonska partnerica oziroma partner,
- partnerica oziroma partner ali bivša partnerica oziroma partner v registrirani istospolni partnerski skupnosti,
- krvna sorodnica oziroma sorodnik (v nadaljnjem besedilu: sorodnik) v ravni vrsti,
- krvni sorodniki v stranski vrsti do vštetega tretjega kolena,
- sorodnik po svaštvu do vštetega drugega kolena,
- posvojiteljica oziroma posvojitelj (v nadaljnjem besedilu: posvojitelj) in posvojenka oziroma posvojenec,
- rejnica oziroma rejnik (v nadaljnjem besedilu: rejnik) in rejenka oziroma rejenec,
- skrbnica oziroma skrbnik (v nadaljnjem besedilu: skrbnik) in varovanka oziroma varovanec,
- osebe, ki imajo skupnega otroka,
- osebe, ki živijo v skupnem gospodinjstvu.

¹⁴ Ena od pomembnih pomanjkljivosti sedanjega 299. člena Kazenskega zakonika je, da vsebina zakonskega zakona »družina« ni pojasnjena in se zato v praksi pojavljajo različno široke interpretacije.

¹⁵ Osnutek Zakona o preprečevanju nasilja v družini je izdelalo Ministrstvo za delo, družino in socialne zadeve in je v času pisanja prispevka v vladni obravnavi.

Smiselno bi bilo, da bi takšna opredelitev družinskih članov nadomestila tudi opredelitev bližnjega razmerja med storilcem in oškodovancem v sedanjem 230. členu Kazenskega zakonika, ki vpliva na obliko pregona nekaterih premoženjskih kaznivih dejanj.

3. Sklepno

Predlagane spremembe ne predstavljajo širitev kroga inkriminiranih ravnanj in tudi ne poostreitev kazenske represije zoper storilce, ki izvajajo nasilje v družini. Z navedenim novim kaznivim dejanjem bi se nasilje v družini ustrezno umestilo v sistem posebnega dela Kazenskega zakonika in poudarilo, da je objekt varstva nove inkriminacije posameznik. Čeprav bi bilo umeščeno v poglavje »kazniva dejanja zoper zakonsko zvezo, družino in mladino«, je nesporno, da se s takšno inkriminacijo ne varuje družina kot posebna institucija, ampak njeni člani kot posamezniki.

Literatura

- Davis R.C., Smith B.: Domestic Violence Reforms: Empty Promises or Fulfilled Expectations?, *Crime & Delinquency* 1995, št.4, str. 541-552
- Deisinger M.: Kazenski zakonik s komentarjem, Posebni del, GV Založba, Ljubljana 2002
- Economic and Social Council, Commission on human rights, A framework for model legislation on domestic violence, Report, 1996
- Economic and Social Council, Commission on human rights, Violence against women, Report, 1999.
- Fagan J.: The Criminalization of Domestic Violence: Promises and Limits, U.S. Department of Justice 1996
- Kobe P., Bavcon L.: Kazenski zakonik s pojasnili in sodno prakso, Uradni list SRS, Ljubljana 1970
- Kreča M.: Nasilje za štirimi stenami, *Pravosodni bilten* 2000/2, str. 223-234
- Legislation in the Member States of the Council of Europe in the Field of Violence Against Women, EG (2007) 1, www.coe.int/t/e/human_rights/equality
- Lončarević D.: Neka razmatranja o krivičnom djelu nasilničkog ponašanja, *Naša zakonitost* 1976, št.7-8, str.116-120

Pravni viri:

- Kazenski zakonik, Ur.l. RS, št. 63/94, 23/99, 40/2004
- Kazenski zakonik SFRJ, Ur.l. FLRJ 13/51, spremembe in dopolnitve Ur.l. SFRJ 15/65, 15/67
- Kazneni zakon Republike Hrvatske, Narodne novine Rep. Hrvatske 129/2000
- Recommendation Rec(2002)5 of the Committee of Ministers to member states on the protection of women against violence, 2002; Parliamentary Assembly,
- Recommendation 1371 (1998), Abuse and neglect of children;
- Recommendation No. R (85) 4 of the Committee of Ministers to member states on violence in the family, 1985;
- Recommendation No. R (90) 2 of the Committee of Ministers to member states on social measures concerning violence within the family, 1990;
- Parliamentary Assembly, Recommendation 1450 (2000), Violence against women in Europe.

Ali je treba kaznivo dejanje zlorabe prostitucije oblikovati bolj določno?

doc. dr. Matjaž Ambrož

Uvod

Z zadnjo novelo slovenskega KZ (Ur. l. RS, št. 40/04) sta bili kaznivi dejanji Posredovanja pri prostituciji (prej 186. člen KZ) in Zvodništva (prej 185. člen KZ) združeni novo inkriminacijo z naslovom Zloraba prostitucije (zdaj 185. člen). Glede na prejšnji inkriminaciji je polje kaznivosti v novi inkriminaciji zoženo. Novo kaznivo dejanje je razdeljeno na dva odstavka, ki obsegata temeljno in kvalificirano obliko. Za temeljno obliko odgovarja, »kdor zaradi izkoriščanja sodeluje pri prostituciji druge osebe, ali kdor s silo, grožnjo ali preslepitvijo navede, pridobi ali spodbudi drugo osebo k prostituciji«. Kvalificirana oblika je podana, če je dejanje »storjeno proti mladoletni osebi, proti več osebam, ali v okviru hudodelske združbe«. Vprašanje, ki se je po noveli odprlo v sodni praksi, je, katere oblike sodelovanja pri tuji prostituciji je mogoče subsumirati pod novi zakonski opis. Sporno je zlasti, kako razlagati zakonski znak »izkoriščanje«, saj gre za pomensko razmeroma odprt vrednostni pojem. V prispevku želim obdelati vprašanje, ali je navedeni zakonski znak dovolj določen ali pa ga je treba z naslednjo novelo KZ natančneje opredeliti.

Vsebina zakonskega znaka »izkoriščanje«

Določba 185. člena slovenskega KZ (Zloraba prostitucije) ne inkriminira (več) kakršnega koli sodelovanja pri tuji prostituciji, temveč le različne oblike zlorab osebe, ki se prostituira. Zakonsko besedilo govori v 1. odstavku o uporabi sile, grožnje, preslepitve in izkoriščanju. Medtem ko imajo pojmi sila, grožnja in preslepitev v našem kazenskem pravu ustaljen in razmeroma natančno opredeljen pomen, pa tega ni mogoče reči za pojem izkoriščanja.

»Izkoriščanje« je normativni zakonski znak vrednostne narave, ki odpira podobne probleme kot drugi zakonski znaki te vrste (denimo grozovit način, zahrbtnen način, posebno poniževalen način, ipd.).¹ Brez nadaljnjega je mogoče reči, da so tovrstni zakonski znaki problematični z vidika zahteve *lex certa*, vendar pa se jim v celoti ni mogoče izogniti. Teoretično bi bil zakonodajalec sicer lahko bolj konkreten in naštel posamezne izvršitvene oblike, ki jih šteje za izkoriščanje. Vendar pa bi bil seznam zelo dolg, hkrati pa bi obstajala precejšnja verjetnost, da bi bila kakšna izmed možnih oblik izkoriščanja izpuščena (vsega, kar

¹ Podrobneje o problematiki normativnih zakonskih znakov glej Ambrož, 2006.

se potencialno lahko zgodi, ni moč kazuistično predvideti). Nadaljnji problem takšnih naštevanj je nevarnost, da se en nedoločen pojem nadomesti z drugim: če bi denimo kot eno izmed oblik izkoriščanja zakonodajalec zapisal »nesorazmerno delitev zaslužka«, bi lahko bilo spet nejasno, kaj je »nesorazmerno«, ipd. Zato je z vidika kolikor toliko jedrnate nomotehnike skoraj neizogibno, da zakonsko besedilo vsebuje tudi kak pomensko bolj odprt pojem. Skok v primerjalno pravo pokaže, da pojem »izkoriščanje« pri prostitucijskih deliktih ni posebnost slovenskega KZ, temveč ga uporabljajo tudi primerljivi tuji kazenski zakoniki.² Pri tovrstnih zakonskih znakih ima še posebej pomembno vlogo sodna praksa, ki jih skozi presojo konkretnih zadev postopoma vsebinsko napolni in jim postavi meje. Slovenska sodna praksa je po noveli KZ-B kmalu zaznala problem novo oblikovanega zakonskega opisa prostitucijskega delikta in zakonskega znaka »izkoriščanje«. Za ilustracijo si oglejmo nekaj izvlečkov iz odločb višjih sodišč in vrhovnega sodišča:

1. *»Z dodatnim zakonskim znakom izkoriščanja prostitucije je novi zakon zožil polje kaznivosti in je torej na splošno gledano milejši ne pa strožji za obdolžence in bi bil tudi obsojeni F.V. oproščen, če sodišče tega zakonskega znaka ne bi ugotovilo.« (Vrhovno sodišče RS, I Ips 156/2005)*

2. *»[...] ne drži trditev v zahtevi zagovornika, da zakonski znak 'izkoriščanja' ni konkretiziran. Ta zakonski znak je izpolnjen z navedbo, da je obsojenec iz koristoljubnosti vodil bordela v dveh lokalih, vodil prostituiranje številnih žensk v njih, dajal prostore lokala za omogočanje prostitucije in dobival plačila od korisnikov spolnih uslug 'pod krinko naročila sampanjca za ceno 22.000,00 oziroma 33.000,00 SIT'.« (Vrhovno sodišče RS, I Ips 156/2005)*

3. *»Trditev, da je bil 186. člen KZ ertan je sicer točna, vendar pa je potrebno pritrlditi okrožni državni tožilki, da ni šlo za popolno dekriminacijo. V noveliranem 185. členu KZ, ki ima sedaj naslov 'Zloraba prostitucije' je prišlo do delne združitve kaznivega dejanja po 185. in 186. členu. Namen zakonodajalca, kot pravilno izpostavlja državna tožilka, ni bil v tem, da se dekriminirajo vsa kazniva dejanja po členu 186/I KZ storjena pred 5.5.2004, pač pa, da se zakonodaja uskladi s Konvencijo združenih narodov proti mednarodnemu organiziranemu kriminalu in njenim Protokolom o preprečevanju, zatiranju in kaznovanju trgovanja z ljudmi, zlasti z otroki in ženskami. Zato je potrebno skladno z določbo 3. člena o veljavnosti kazenskega zakona za vsako od izvršitvenih oblik iz prejšnjega 186. člena KZ ugotovljati, ali je vsebovana v noveliranem 185. členu KZ.« (Višje sodišče v Ljubljani, I Kp 69/2005)*

² Tako denimo 181a člen nemškega KZ.

4. »V novem sedaj veljavnem KZ-B (začetek veljave 5.5.2004) dejanji po členih 185. in 186. prej veljavnih KZ nista bili dekriminirani temveč je prišlo do združitve obeh kaznivih dejanj. Da je slo za združitev je razvidno tudi iz namena zakonodajalca, saj je v obrazložitvi sprememb in dopolnitev Kazenskega zakonika (KZ-B) v Poročevalcu državnega zbora, št. 33, z dne 13.11.2003 posebej navedeno, da se 185. člen KZ spreminja tako, da bo določal kaznivo dejanje zlorabe prostitucije, ki bo hkrati vsebovalo tudi opredelitev kaznivega dejanja iz 186. člena. Iz tega razloga je potrebno v vsakem konkretnem primeru presoditi, katere izvršitvene oblike iz prejšnjega 185. in 186. člena sodijo v sedaj noveliran 185. člen KZ.« (Vrhovno sodišče RS, I Ips 378/2005)

5. »V konkretni kazenski zadevi se obtožencu v točki 1. obtožbe očita, da je za plačilo zvodil in omogočal spolna dejanja in sicer v času od julija 1997 pa do maja leta 1999 [...] Takšna izvršitvena oblika pa je nedvomno enakovredna alternativno določeni izvršitveni obliki v sedaj veljavnem KZ-B [...] 'kdor zaradi izkoriščanja sodeluje pri prostituciji druge osebe', vendar pa je v tem primeru dejanje kaznivo le, če je storjeno zaradi izkoriščanja, kar se po prej veljavnem KZ ni zahtevalo. Zoper storilca je tako možen postopek za takšno dejanje storjeno pred zadnjo novelo, zaradi milejšega novega 1. odstavka 185. člena KZ, pri katerem je sodelovanje pri prostituciji zoženo le na primere izkoriščanja, če je bilo storjeno z izkoriščanjem (oziroma proti plačilu, kar je praviloma ekvivalentno izkoriščanju). [...] Ker v obravnavanem primeru iz opisu dejanja izhaja, da naj bi obtoženec s sodelovanjem pri prostituciji zahteval od deklet določene dokaj visoke vsote denarja, torej zvodil osebe ženskega spola, zaradi izkoriščanja, je s svojim ravnanjem izpolnil zakonske znake KZ RS (2. odstavek 185. člena), KZ-A (1. odstavek 185. člena) in KZ-B (1. odstavek ravno tako 185. člena). [...] Kot je bilo že povedano, je obtoženčevo ravnanje, ker je ravnal iz koristoljubnosti oziroma proti plačilu, kaznivo tudi po sedaj veljavnem zakonu (KZ-B)[...].« (Vrhovno sodišče RS, Sodba I Ips 378/2005)

Iz navedenih odločb je mogoče razbrati, da je v vseh zadevah obramba spremembo 185. člena KZ skušala predstaviti kot dekriminacijo sodelovanja pri tuji prostituciji. Sodišča takšne navedbe utemeljeno zavračajo z argumentom, da ne gre za popolno dekriminacijo, temveč za »zožitev polja kaznivosti« s pomočjo zakonskega znaka »izkoriščanje«. Sodišča praviloma štejejo, da je ta zakonski znak podan že, če se izkaže, da je obdolženec prejemal dohodke z naslova tuje prostitucije. V zadnjem izmed izvlečkov sodišče izrecno pravi, da je sodelovanje pri tuji prostituciji proti plačilu »praviloma ekvivalentno izkoriščanju«. Takšna trditev je preveč splošena. Res je, da je ekonomsko izkoriščanje ena od možnih oblik izkoriščanja in

bržkone tudi najbolj pogosta oblika izkoriščanja oseb, ki se prostituirajo. Opozoriti pa je treba, da tudi po zelo širokem pojmovanju »izkoriščanja« za obstoj tega zakonskega znaka ne more zadoščati ugotovitev, da je »obdolženec prejemal plačilo«, temveč je treba nadalje ugotoviti nesorazmerno oziroma izkoriščevalsko delitev dohodkov med osebo, ki se prostituira, in tistim, ki pri njeni prostituciji sodeluje.

V prizadevanjih konkretizirati vsebino pojma »izkoriščanje« je lahko precej v pomoč primerjalno pravo, zlasti nemška judikatura, ki se v številnih zadevah ukvarja z vsebino tega pojma.³ Izhodišče tamkajšnjih razpravljanj je, da je pravna dobrina, ki jo prostitucijski delikti varujejo, *avtonomija osebe, ki se prostituira*. V tem duhu izkoriščanje osebe, ki se prostituira, opredeljujejo kot *samovoljne posege v njeno avtonomijo*. Poleg posegov v ekonomsko svobodo spadajo sem tudi posegi v siceršnjo svobodo odločanja in ravnanja.

Ekonomsko izkoriščanje je podano, kadar je razmerje med storilcem (osebo, ki sodeluje pri prostituciji druge osebe) in osebo, ki se prostituira, oblikovano pretežno po meri finančnih koristi storilca. Kot ilustracijo se navaja situacije, ko prostitutka/prostitut celoten zaslužek izroči storilcu, nato pa je zgolj od njegove dobre volje odvisno, kolikšen del zaslužka bo prepustil prostitutki/prostitutu v razpolago. Ekonomsko izkoriščanje se praviloma domneva, kadar je oseba, ki se prostituira, upravičena do manj kot 50 % dohodkov. Prav tako gre lahko za ekonomsko izkoriščanje v primeru storilčevega oderuštva pri zaračunavanju najemnin in raznih storitev, ki naj jih prostitut/prostitutka plača oziroma s svojim delom »pobota«.

Za posege v svobodo odločanja in ravnanja gre, kadar storilec osebi, ki se prostituira, na takšen ali drugačen način omejuje prostost gibanja. Vendar ni nujno, da gre za tako radikalen poseg v avtonomijo, lahko gre tudi za druga ravnanja oblastvenega značaja, kot so vsiljevanje določenih strank, načina, kraja in časa ali drugih okoliščin delovanja.

Zgolj kratko velja dodati, da je v primerih posegov v svobodo odločanja in ravnanja seveda možno prehajanje med različnimi izvršitvenimi oblikami kaznivega dejanja Zlorabe prostitucije (denimo uporaba sile ali grožnje), možni pa so tudi steki z drugimi kaznivimi dejanji, zlasti kaznivimi dejanji zoper življenje in telo ter kaznivimi dejanji zoper človekove pravice.

Sklep

Kazenskopравни sistemi po Evropi se danes praviloma ne borijo proti prostituciji sami po sebi, temveč proti določenim izkoriščevalskim praksam, ki prostitucijo pogosto spremljajo.

³ Opiram se na izbor in prikaz judikature, ki je na voljo v Laubenthal, 2000: 167-192.

Na takšen način je oblikovana tudi določba 185. člena slovenskega KZ (Zloraba prostitucije), ki ne inkriminira (več) kakršnega koli sodelovanja pri tuji prostituciji, temveč le različne oblike zlorab osebe, ki se prostituira. Kljub temu, da je zakonski znak »izkoriščanje«, ki ga je z namenom oženja polja kaznivosti uporabil slovenski zakonodajalec, vsebinsko zelo odprt, menim, da zaenkrat niso potrebni nadaljnji zakonodajni posegi, ki bi pojem nadomestili z določnejšim opisom izvršitvenih oblik. Kot je bilo pokazano, bi v takšnem primeru lahko prišlo do obširnega kazuističnega naštevanja, kar nomotehnično ni zaželeno. Določnejša zamejitev pojma »izkoriščanje« je zlasti naloga sodne prakse, ki bo skozi obravnavo konkretnih zadev pojem postopno vsebinsko napolnila. Obravnavani judikati kažejo, da naša sodišča v tej smeri že delujejo. Opozoriti pa velja, da je pojem »izkoriščanja« treba – tako kot vse druge kazensko-pravne pojme, ki utemeljujejo kaznivost – razlagati restriktivno. Zato ne zadošča, da se izkoriščanje utemeljuje z »zasledovanjem finančnih koristi« oziroma »delovanjem za plačilo«,⁴ temveč je treba raziskati tudi prakso delitve dohodka: samo prejetje dohodka namreč ni izkoriščevalsko, izkoriščevalsko je lahko šele delitev dohodka.

⁴ Motiv tistega, ki sodeluje pri tuji prostituciji, je praktično vselej finančne narave. Če bi že kakršna koli finančna korist zadoščala za »izkoriščanje«, potem ta zakonski znak praktično ne bi omejeval polja kaznivosti.

Literatura

1. Ambrož M.: Normativni zakonski znaki kaznivih dejanj. Zbornik znanstvenih razprav 2006, str. 19-41.
2. Ambrož M.: Spremembe slovenske kazenske zakonodaje na področju spolnih kaznivih dejanj. IX. dnevi javnega prava, Ljubljana: Inštitut za javno upravo, 2003: 413-421.
3. Laubenthal P.: Sexualstraftaten. Berlin: Springer, 2000.

UVOD

Države imajo različne sisteme kazenskoopravnega obravnavanja protipravne prekinitve nosečnosti, kar je posledica različnih ustavnih ureditev. Eser tako razvršča ureditve v tri modele. Prvi je model časovne omejitve, v kateri se nosečnica v določenem obdobju po zanositvi sama odloči, ali bodo izvedli prekinitiv nosečnosti ali ne. V drugem modelu je prekinitiv nosečnosti dopustna samo iz določenih (medicinskih, evgeničnih, kriminološki, socialnih razlogov). Njihov obstoj ugotovi tretja oseba in ne sama nosečnica. Kot običajno je tretji model kompromis med obema prejšnjima modeloma; zakon določi razloge, iz katerih je prekinitiv nosečnosti dopustna, obstoj teh razlogov pa ugotovi nosečnica sama.²

V nadaljevanju predstavljam ureditev Nemčije, Avstrije, Hrvaške ter Slovenije.

NEMČIJA

Ustavni okvir

Nemški temeljni zakon³ ne zagotavlja pravice do svobodnega odločanja o rojstvu otrok, zato pa sta za tematiko prekinitve nosečnosti relevantna predvsem prvi in drugi člen; prvi člen zagotavlja nedotakljivost človeškega dostojanstva,⁴ drugi člen pa zagotavlja pravico vsakogar do svobodnega razvoja osebnosti.⁵ Nemško ustavno sodišče je ta dva člena interpretiralo v dveh znamenitih odločbah, prvič leta 1975, ko je presojalo ustavnost *Gesetz zur Reform des Strafrechts (StrRG)*.⁶ Sodišče se je pri razlagi odločbe oprlo na prej omenjena prva dva člena ustave in odločilo, da ima tudi zarodek ima pravico do življenja in človeškega dostojanstva.

¹ Asistentka in mlada raziskovalka na Katedri za kazensko pravo Pravne fakultete v Ljubljani.

² Eser, s. 18-21.

³ *Grundgesetz*, veljaven od 29. maja 1949.

⁴ Vsi državni organi ga morajo spoštovati in ščititi. <http://www.jura.uni-sb.de/BIJUS/grundgesetz/> (9.7.2007)

⁵ To pravico je potrebno izvrševati tako, da ne posega v pravice drugih, da ne krši ustavnega reda države ter morale. Vsakdo ima pravico do življenja in telesne integritete. Osebna svoboda je nedotakljiva. Navedene pravice je mogoče omejiti samo na podlagi zakonske ureditve. <http://www.jura.uni-sb.de/BIJUS/grundgesetz/> (9.7.2007)

⁶ 18. junij 1974, *Bundesgesetzblatt* I 1297.

Zakon je določal, da splav ni kaznivo dejanje, če je izvršen v prvih 12 tednih po spočetju s privolitvijo nosečnice s strani usposobljenega zdravnika. Pred izvedbo je bilo obvezno svetovanje nosečnici. Splav po 12 tednih je dopusten zgolj iz posebnih razlogov (evgenični, zdravstveni, etični).

Nasproti stoji pravica ženske do svobodnega razvoja njene osebnosti. Sodišče mora uravnotežiti te pravice, ker pa je človeško dostojanstvo na vrhu lestvice vrednot, je potrebno sprejeti odločitev v korist zarodka.⁷ »Vsakdo ima pravico do življenja in nedotakljivosti osebnosti in država ima dolžnost, da štiti in zagotavlja življenje, čeprav zoper voljo nosečnice.«⁸ Zarodek ima torej pravico do življenja in splav predstavlja umor zarodka,⁹ ki ga mora pravo jasno obsoditi. Pri tem ni nujno, da mora država štiti zarodek s inkriminacijo prekinitve nosečnosti, če so drugi ukrepi enako učinkoviti.¹⁰ Sodišče je zahtevalo, da morajo biti vsi ukrepi (kazenski in nekazenski) sorazmerno učinkoviti pri zaščiti ustavno zaščitenega življenja zarodka. Ker pa je ugotovilo, da nekazenski ukrepi neučinkovito ščitijo zarodek, je zahtevalo ponovno inkriminacijo prekinitve nosečnosti,¹¹ izjemoma pa jo je dovolilo iz resnih medicinskih, genetičnih, kriminoloških ter socialnih razlogov.¹²

Ob ponovnem odločanju 1993¹³ je sodišče znova poudarilo, da ima zarodek pravico do življenja ter dostojanstva. Ti dve pravici pretehtata pravico ženske do svobodnega razvoja njene osebnosti, država pa ju je dolžna zagotavljati in štiti.¹⁴ Glavno težišče obrazložitve je na določbi zakona, ki je določal, da v prvih 3 mesecih prekinitve nosečnosti **ni protipravna**, v kolikor je podano soglasje nosečnice in opravljeno svetovanje, sodišče pa je odločilo, da je prekinitve nosečnosti v tem primeru še vedno **protipravna**, a **nekazniva**.¹⁵ Prekinitve nosečnosti ni protipravna zgolj v primeru, ko je nujna zaradi medicinskih, genetičnih in

⁷ McAllister, s. 512.

⁸ Davis, s. 183. Potrebno je upoštevati nemško zgodovino. Pisci poudarjajo, da nemško ustavno sodišče tako intenzivno poudarja dostojanstvo človeškega življenja ter pravico do življenja zaradi nacistične ideologije, ki ni enakopravno priznavala nedotakljivost človeškega življenja. Teršek, s. 113.

⁹ Kommers, s. 7. Sodišče je odločilo, da življenje obstaja od 14. dneva po oploditvi, t.j. od implementacije jajčeca. *Ibidem*, s. 9.

¹⁰ McAllister, s. 512.

¹¹ Kommers, s. 10.

¹² *Ibidem*, s. 7.

¹³ Odločba 88 BverfGE 203 (1993). Ob združitvi Nemčije je prišlo do težavnega pogajanja o novi ureditvi prekinitve nosečnosti, saj jo je vzhodna Nemčija dopuščala v prvih 3 mesecih na zahtevo nosečnice, če je bilo opravljeno obvezno svetovanje, zahodna Nemčija pa je (zaradi odločbe ustavnega sodišča) dopuščala splav zgolj iz določenih razlogov, ki jih je dopustilo že ustavno sodišče v svoji odločbi. Sprejeli so kompromisno ureditev, po kateri prekinitve nosečnosti ni protipravna, če je izvršena v prvih 12 tednih s strani usposobljenega zdravnika, s soglasjem nosečnice ter po opravljenem obveznem svetovanju minimalno 3 dni pred posegom. Po 12 tednih je prekinitve nosečnosti dopustna samo, če se z njo lahko odvrne resno nevarnost za življenje matere ali veliko poškodovanje njenega fizičnega ali psihičnega zdravja (*Gesetz zum Schutz des werdenden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlichen Gesellschaft, für Hilfen im Schwangeren- und Familienhilfegesetz* 27. junij 1992). Kommers, s. 13.

¹⁴ *Ibidem*, s. 17. Telman, s. 141.

¹⁵ Tako za zdravnika kot za nosečnico. Telman, s. 142.

kriminoloških razlogov.¹⁶ Vsaka druga pa mora biti v zakonodaji določena kot protipravna.¹⁷ Z vidika kazenskega prava je še pomembno, da je ustavno sodišče predlagalo, da bi bilo primerno inkriminirati osebe, ki bi nosečnico napeljevale k prekinitvi nosečnosti.¹⁸

Zakonska ureditev prekinitve nosečnosti v Nemčiji

Posledica slednje odločbe je precej obsežna in komplicirana ureditev protipravne prekinitve nosečnosti v 218. do 219.b členu *Strafgesetzbuch*.¹⁹ Kazenski zakonik ureja celotno problematiko sam in ne uporablja blanketne določbe, po kateri bi podrobna zdravstvena vprašanja urejal matični zakon.

218. člen določa, da je prekinitve nosečnosti kaznivo dejanje.²⁰ Storilec tega kaznivega dejanja je lahko kdorkoli in ne zgolj zdravnik,²¹ samo zdravnik pa lahko pod določenimi pogoji izvrši neprotipravno prekinitve nosečnosti. Zakon ne razlikuje med zagroženo kaznijo, če je storilec protipravne prekinitve nosečnosti zdravnik ali ne - zdravnik. V drugem odstavku je oblikovano kvalificirano kaznivo dejanje, če storilec ravna v nasprotju z voljo nosečnice ali če iz malomarnosti povzroči smrt ali resne poškodbe zdravja nosečnice. Iz tega je razvidno, da je temeljno kaznivo dejanje izvršeno tudi, če nosečnica s posegom soglaša.²² Po izrecnem tretjem odstavku je kazensko odgovorna tudi sama nosečnica, če prekine nosečnost, a njena kazen se odmeri v nižjih okvirih. Že samo ustavno sodišče se je odločilo, da se z inkriminacijo prekinitve nosečnosti ščiti življenje zarodka in ne telesno nedotakljivost nosečnice, zato je tudi nosečnica kazensko odgovorna za temeljno kaznivo dejanje in

¹⁶ Kommers, s. 18. Sodišče je v tej odločbi izpustilo socialni razlog, saj bi se ga lahko preširoko razlagalo in bi v praksi lahko privedlo do popolne avtonomije nosečnice v zvezi s splavom. *Ibidem*, s. 18-19.

¹⁷ *Ibidem*, s. 19. Telman, s. 142. Zakonodaja mora urediti obvezno svetovanje, ki pa ne sme biti vrednostno nevtralnno, ampak mora spodbujati k ohranitvi življenja zarodka, saj je temu tudi namenjeno. Kommers, s. 20.

¹⁸ *Ibidem*, s. 22.

¹⁹ Zadevni členi sprejeti 1994.

²⁰ Zakon izrecno določa, da se dejanja, ki preprečijo implementacijo jajčeca v maternico, ne štejejo za prekinitve nosečnosti. To je v skladu z odločitvijo ustavnega sodišča 1975, po katerem se življenje začne 14 dni po oploditvi oziroma z implementacijo jajčeca v maternico.

²¹ Ni *delictum proprium*.

²² Drugi odstavek je namenjen varstvu nosečnice.

Lackner, Kühl, s. 1033. Pravni dobrini, ki se varujeta, sta torej življenje nerojenega otroka ter po 2. odstavku nosečnica. V kolikor bi imel storilec naklep do smrti nosečnosti, bi prišlo do pravega steka kaznivega dejanja umora (nosečnice) ter prekinitve nosečnosti (varstvo zarodka).

posledično njena privolitev ne izključi protipravnosti kaznivega dejanja. Udeležba²³ pri protipravni prekinitvi nosečnosti je kazniva. Poskus je kazniv, razen če ga izvrši nosečnica.²⁴

218.a člen ureja pogoje, pod katerimi prekinitvev nosečnosti ni protipravna (*rechstwidrig*), dejanje ne izpolnjuje biti kaznivega dejanja (*tatbestandmäßig*) ali pa dejanje ni kaznivo (*straffrei*). Če se prekinitvev nosečnosti izvrši v prvih 12 tednih po oploditvi, ženska privoli, predloži potrdilo, da se je udeležila obveznega svetovanja ter prekinitvev izvrši usposobljen zdravnik, niso izpolnjeni zakonski znaki kaznivega dejanja oziroma **bit kaznivega dejanja**.²⁵ Po drugem in tretjem odstavku pa je izključena **protipravnost** kaznivega dejanja iz medicinskih²⁶ in kriminoloških²⁷ razlogov v skladu z odločitvijo ustavnega sodišča. Po prvem stavku četrtega odstavka je izključena **kaznivost** nosečnice, če je bila prekinitvev nosečnice izvršena s strani zdravnika po svetovanju in v obdobju 22 tednov po oploditvi. Teorija poudarja, da je to osebni razlog za izključitev kaznivosti nosečnice, ne pa tudi razlog za izključitev protipravnosti ali kaznivosti drugih udeležencev (tudi zdravnika, ki ostaja kazensko odgovoren po 218. členu).²⁸ Drugi stavek četrtega odstavka daje podlago za fakultativno odpustitev kazni, če je bila nosečnica v času izvršitve prekinitvev nosečnice v izjemnem stresu. Ta določba je subsidiarna in pride v poštev, če ni možna uporaba drugih razlogov za neobstojev kaznivega dejanja. Določba velja zgolj za nosečnico in ne za druge udeležence.²⁹

Člen 218.b ureja prekinitvev nosečnosti brez potrebne zdravniške odločitve oziroma z nepravilno zdravniško odločitvijo o obstoju medicinskih oziroma kriminoloških razlogov. Kdor prekine nosečnost zaradi obstoja medicinskega ali kriminološkega razloga, pa nima

²³ V tem smislu je zakon tudi uredil misel ustavnih sodnikov, naj kazensko pravo inkriminira pritiske na nosečnico, naj izvrši prekinitvev nosečnosti. Če ženska napeljuje k splavu tretjo osebo in potem dopusti splav na sebi, je kazensko odgovorna za sostorilstvo po 3. odstavku. Lackner, Kühn, s. 1033.

²⁴ Posledično je torej kazniva tudi udeležba pri poskusu (razen za žensko). *Ibidem*, s. 1032.

²⁵ Izpolnjen torej ni že prvi element kaznivega dejanja, zato tudi udeležba ni kazniva in možen poskus. V tem delu sledi odločbi ustavnega sodišča, saj pod temi pogoji splav ni več neprotipraven.

²⁶ 2. odstavek: Prekinitvev nosečnosti, ki jo s soglasjem nosečnice izvrši usposobljeni zdravnik, ni protipravna, če je prekinitvev nosečnosti ob upoštevanju preteklih in prihodnjih življenjskih okoliščin priporočljiva zaradi odvratanja ogrožanja življenja ali resnega poškodovanja fizičnega ali emocionalnega zdravja nosečnice in nevarnosti ni mogoče odvrniti na drugačen način, ki bi bil razumen za nosečnico.

²⁷ Po 3. odstavku prekinitvev nosečnosti ni protipravna, če je nosečnost posledica dejanja, inkriminiranega v členih 176 do 179 (kazniva dejanja zoper spolno nedotakljivost). Splav mora biti izvršen s strani usposobljenega zdravnika in s soglasjem nosečnice v 12 tednih, če ima zdravnik v skladu s svojim znanjem medicine močne razloge za to, da verjame, da je nosečnost posledica kaznivega dejanja. Lackner, Kühn, s. 1039.

²⁸ *Ibidem*, str. 1045. Joecks, Miebach, s. 610. Za razliko od prvega odstavka 218.a člena ni potrebno tridnevno čakalno obdobje med svetovanjem in prekinitvijo nosečnosti.

²⁹ Tudi mora biti prekinitvev nosečnosti izvršena znotraj 22 tednov ter s strani usposobljenega zdravnika in po svetovanju. Mai komentar, str. 1045, veliki komentar, str. 611

pisnega zdravniškega potrdila drugega zdravnika o obstoju razlogov, je kazensko odgovoren po tem členu. Drugi stavek uvaja kazensko odgovornost zdravnika, če napravi napačno odločitev o obstoju medicinskega ali kriminološkega razloga. Oba določbi se uporabita zgolj, če ni možen kazenski pregon po 218. členu (sta subsidiarni).³⁰ Tudi to je osebni razlog za izključitev kaznivosti, ki se nanaša zgolj na nosečnico in ne tudi na druge osebe.³¹

218.c člen določa kršitve medicinskih dolžnosti med postopkom prekinitve nosečnosti in jih taksativno našteva. Kdor prekine nosečnost, ne da bi dal nosečnici možnost, da pojasni razloge za njeno zahtevo po prekinitvi nosečnosti, ne da bi nosečnosti svetoval o pomenu posega, zlasti o poteku, posledicah, tveganji, fizičnih ali psihičnih posledicah ali ne da bi se predhodno prepričal o trajanju nosečnosti na podlagi medicinskih preiskav v primeru 218.a člena (odstavek 1 in 3), čeprav je opravil svetovanje po 219. členu³² na podlagi zahteve nosečnice. Kaznivost nosečnice je v vseh teh primerih izključena.

219.a člen inkriminira oglaševanje prekinitve nosečnosti (zakonite ali nezakonite). Določba ščiti pred javno ali prikrito reklamo prekinitve nosečnosti in pred komercializacijo,³³ ne nanaša pa se na situacije, ko zdravnik ali zakonsko določene organizacije zagotavljajo informacije o zdravnikih, bolnišnicah ter institucijah, v katerih se izvaja prekinitve nosečnosti na podlagi zahteve nosečnice ali pa zaradi medicinskih oziroma kriminoloških vzrokov, oziroma če je kaznivo dejanje izvršeno v zvezi z zdravnikom ali osebo, ki je pristojna trgovati s sredstvi in objekti, oziroma v zvezi s publikacijo v profesionalnih medicinskih ali farmacevtskih časopisih.

219.b člen inkriminira spravljjanje v promet sredstev za izvršitev prekinitve nosečnosti.³⁴

³⁰ Lackner, Kühl, s. 1047.

³¹ *Ibidem*, s. 1047. Drugi odstavek določa, kateri zdravnik ne more izvršiti odločitve, ali obstoji medicinski oziroma kriminološki razlog, ki bi izključil protipravnost splava: t.j. zdravnik, ki mu je pristojni organ to prepovedal, ker je postala zoper njega pravnomočna odločba zaradi kaznivega dejanja v zvezi s prekinitvijo nosečnosti. Dovoljena ječasna prepoved, če zoper zdravnika poteka kazenski postopek zaradi kaznivega dejanja v zvezi s prekinitvijo nosečnosti.

³² 219. člen v prvem odstavku definira vsebino svetovanja nosečnici. V skladu z ustavno odločbo naj bi svetovanje ščitilo zarodek in prispevalo k nadaljevanju nosečnosti, zato nosečnico informirajo o pravici zarodka do življenja in da je splav dopusten le v izjemnih situacijah. O svetovanju svetovalec izda posebno potrdilo, na podlagi katerega se lahko opravi prekinitve nosečnosti. Zdravnik, ki izvrši prekinitve nosečnost, ne more svetovati nosečnici.

³³ Lackner, Kühl, s. 1054.

Kdor javno (na srečanju ali skozi tiskovino) za premoženjsko korist ali na neprimeren način ponuja, razglaša, priporoča ali razlaga

1. vsebino njegovih storitev za izvajanje ali promocijo splava ali storitev nekoga drugega, ali
2. sredstva, objekte ali postopke, ki lahko prekinejo nosečnost, v zvezi z njihovo sposobnostjo prekinitve nosečnosti, bo kaznovan z zaporom do dveh let ali denarno kaznijo.

³⁴ Lackner, Kühl, s. 1055. Kdor z namenom spodbujanja nezakonitih prekinitve nosečnosti spravlja v promet sredstva ali objekte, ki so sposobni prekiniti nosečnost, se kaznuje z zaporno kaznijo do dveh let ali denarno

AVSTRILJA

Ko je ustavno sodišče leta 1974 odločalo³⁵ o skladnosti kazenskopravne ureditve prekinitve nosečnosti³⁶ z avstrijsko ustavo, je ugotovilo, da je ureditev, po kateri ima nosečnica v obdobju treh mesecev po začetku nosečnosti možnosti, da zahteva prekinitve nosečnosti, skladna z ustavo. Ugotovilo je, da nosečnica nima ustavno zavarovane pravice odločitve, ali bo donosila otroka ali bo prekinila nosečnost, ni pa se opredelilo do trditve, ali bi lahko to pravico izpeljali iz drugih ustavnih načel in pravic. Odločilo pa je, da zarodek pred rojstvom po nima ustavno zavarovane pravice do življenja.³⁷

Avstrijski kazenski zakonik ureja prekinitve nosečnosti v členih 96 do 98. Ureditev je v primerjavi z nemško manj obsežna, a še vedno natančnejša kot naša. Teorija navaja, da inkriminacija naklepne prekinitve nosečnosti ščiti zarodek.³⁸ 96. člen določa, da je prekinitve nosečnosti s privolitvijo nosečnice kaznivo dejanje.³⁹ Po prvem odstavku je storilec lahko zgolj zdravnik, po drugem odstavku pa ne - zdravnik.⁴⁰ Po obeh odstavkih je zagrožena strožja kazen, če storilec izvaja dejavnost prekinitve nosečnosti profesionalno, t.j. prekinitve nosečnosti predstavlja v skladu s 70. členom kazenskega zakonika kontinuirano dejavnost, ki jo storilec izvaja z namenom pridobitve dohodka.⁴¹ Nosečnica odgovarja po tretjem odstavku v okviru nižjega kaznovalnega okvira v dveh primerih: če sama izvaja na sebi prekinitve nosečnosti ali če dovoli drugi osebi, da ta prekine njeno nosečnost. V slednjem primeru torej neposredni storilec odgovarja po prvem ali drugem odstavku, nosečnica pa po tretjem odstavku. Če prekinitve nosečnosti privede do smrti nosečnice, je kaznovalni okvir za ne - zdravnike višji, pri zdravnikih pa po prvem odstavku ta posledica ni predvidena in je po mnenju piscev komentarja posledično potrebno uporabiti konstrukcijo stekov 96/I ter

kaznijo. Udeležba nosečnice, ki kasneje dovoli prekinitve nosečnosti na svojem telesu, se ne kaznuje po prvem odstavku. Predmeti in objekti se zasežejo.

³⁵ 11. oktober 1974, *Erläuterungen des Verfassungsgerichtshofs* 221.

³⁶ Ureditev iz 1. januarja 1975 velja še danes.

³⁷ *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch* zagotavlja v svojem 22. členu, da imajo nerojeni otroci pravico do zaščite zakona od spočetja naprej. Citirano po Reis, s. 46. International women's health organizations, s. 199.

³⁸ Foregger, Kodek, Fabrizy, s. 263.

³⁹ Tudi v avstrijski ureditvi se šteje za začetek nosečnosti vgnездitev oplojenega jajčeca v maternico, zato kakor v nemški ureditvi tudi v avstrijski t.i. *morning pill after* ne predstavlja načina prekinitve nosečnosti.

⁴⁰ Foregger, Kodek, Fabrizy, s. 264.

⁴¹ *Ibidem*, s. 203 in 264.

povzročitve smrti iz malomarnosti po 80. členu.⁴² Poskus je potrebno razlagati v skladu s pravili splošnega dela zakonika.

1. odstavek 97. člena ureja nekaznivost prekinitve nosečnosti. Pojavlja se vprašanje, kaj je s tem členom izključeno, protipravnost ali zgolj kaznivost. Pisci komentarja navajajo, da je v skladu z *Justizausschußbericht* izključena protipravnost dejanja,⁴³ in sicer v treh primerih. Prva točka vsebuje t.i. *time limit model* in dopušča zakonito prekinitvev nosečnosti v prvih treh mesecih, če jo izvrši usposobljeni zdravnik ter je bila nosečnica predhodno na svetovanju.⁴⁴ Druga točka vsebuje tri indikacije, zaradi katerih je dopustna prekinitvev nosečnosti: medicinski, evgenični razlog ter mladostnost nosečnice. V teh treh primerih ni časovne omejitve, izvršiti pa ga mora usposobljeni zdravnik.⁴⁵ Tretja točka ureja situacijo, ko je prekinitvev nosečnosti nujna zaradi neposredne nevarnosti, ki grozi nosečnici in ki je v konkretnih okoliščinah ni mogoče odvrniti na drugačen način, zdravniška pomoč pa ne bi bila pravočasna. V taki situaciji lahko prekinitvev nosečnosti izvrši vsakdo.⁴⁶

98. člen ureja prekinitvev nosečnosti brez privolitve nosečnice. Za storilca, ki prekine nosečnost brez privolitve nosečnice (ki se presoja po splošnih pravilih o privolitvi v telesne poškodbe po 90. členu zakona), je zagrožena višja kazen. Kvalificirana oblika kaznivega dejanja je izvršena, če pride do smrti nosečnice.⁴⁷ Po drugem odstavku dejanje ni kaznivo, če storilec prekine nosečnost ali pri njej sodeluje zaradi neposredne nevarnosti, ki grozi nosečnici in ki je v konkretnih okoliščinah ni mogoče odvrniti na drugačen način, zaradi okoliščin pa ni mogoče pravočasno pridobiti privolitve nosečnice.

HRVAŠKA

Za ureditev prekinitvev nosečnosti sta relevantna 21. in 56. člen Ustave Republike Hrvaške.⁴⁸

21. člen v prvem odstavku zagotavlja pravico vsakega človeškega bitja do življenja, drugi

⁴² Če je nosečnica pri splavu poškodovana, je potrebno uporabiti stek 96. člena ter telesnih poškodb. *Ibidem*, s. 264.

⁴³ Zmota o tem, da o obstojijo pogoji, pod katerimi bi bila prekinitvev nosečnosti dopustna, izključi naklep storilca in kaznivost. *Ibidem*, s. 266. Drugi pisci pa se sklicujejo na jezikovno razlago, da zakon uporablja besedno zvezo »ist nicht strafbar«, kar naj bi pomenilo, da je izključena zgolj kaznivost. Reis, s. 59.

⁴⁴ Kazenski zakonik ne vsebuje natančne vsebine svetovanja, kakor nemški zakon, vsebino pa je predpisal *Justizausschußbericht*. Komentar, str. 266

⁴⁵ Foregger, Kodek, Fabrizio, s. 266-267. Zakon ne upošteva socialnega, etničnega ali razloga spolne zlorabe razen v okviru prve točke prvega odstavka. *Ibidem*, s. 267.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 267. Drugi odstavek ureja ugovor vesti zdravnika, negovalnega osebja ter medicinsko-tehničnih služb, tretji pa prepoved diskriminacije zaradi (ne) izvršitve oziroma (ne) sodelovanja pri prekinitvi nosečnosti.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 268.

⁴⁸ Ustav Republike Hrvatske, Narodne Novine, 56/90.

odstavek 56. člena pa določa, da se pravice v zvezi z rojevanjem otrok, materinstvom ter nego otroka urejajo z zakonom.⁴⁹

Kazenski zakonik ureja naklepno protipravno prekinitev nosečnosti v 97. členu.⁵⁰ Ureditev je blanketna, saj pogoje, pod katerimi prekinitev nosečnosti ni protipravna, ureja poseben zdravstveni zakon: *Zakon o zdravstvenima mjerama za ostvarivanje prava na slobodno odločevanje o rađanju djece*.⁵¹ Prvi odstavek tako formulira prekinitev nosečnosti zgolj s »prekinitev nosečnosti v nasprotju s predpisi s pristankom nosečnice«. Storilec je lahko kdorkoli (razen nosečnice) in ne zgolj zdravnik. Pristanek nosečnice ne izključi protipravnosti dejanja, čeprav se po mnenjih avtorjev z inkriminacijo varuje zdravje nosečnice in šele podrejeno dobrobit zarodka ter potek nosečnosti.⁵² Če bi nosečnica sama poskušala ali dokončala prekinitev nosečnosti, po veljavni ureditvi ni kazensko odgovorna. Po prvem odstavku so izenačeni dokončano kaznivo dejanje, poskus in pomoč pri kaznivem dejanju prekinitve nosečnosti. Poskus in pomoč sta tako oblikovana kot *delictum sui generis*. S tem je vzpostavljena tudi kaznivost pomoči nosečnici, ki sama sebi prekinja nosečnost, saj je drugače na podlagi splošnih pravil ne bi mogli vzpostaviti (ker dejanje nosečnice ni protipravno, ni možna udeležba pri dejanju).⁵³

Drugi odstavek ureja strožji kaznovalni okvir, če se prekinitev nosečnosti izvrši ali začne izvrševati brez privolitve nosečnice.⁵⁴ V takem primeru je prekinitev nosečnosti vedno protipravna, saj blanketni zakon zahteva zahtevo nosečnice za izvršitev prekinitve. Če pa se protipravna prekinitev nosečnosti izvaja po 10. tednu nosečnosti (brez odločbe komisije), je kaznovalni okvir strožji, še strožji pa je, če kaznivo dejanje v katerikoli izvršitveni obliki povzroči smrt ali hude telesne poškodbe nosečnice.⁵⁵

⁴⁹ Šeparović, s. 156.

⁵⁰ Narodne Novine, 32/93, 38/93. *Protupravni prekid trudnoće*.

⁵¹ Narodne Novine, 18/78.

V grobem je ureditev sledeča; nosečnost se v skladu z zakonom lahko prekine v prvih 10 tednih nosečnosti na zahtevo nosečnice. Po poteku 10 tednov je prekinitev mogoča samo še na podlagi odločitve komisije. Prekinitve nosečnice se ne izvede, če bi lahko resno spodbila zdravje nosečnice. Šeparović, s. 156.

⁵² *Ibidem*, s. 156.

⁵³ *Ibidem*, s. 157.

⁵⁴ V drugem odstavku ni več navedena pomoč pri kaznivem dejanju. Seveda je pomoč po splošnih pravilih o udeležbi kazniva, tudi ni več potrebna posebna konstrukcija kaznivosti pomoči v situaciji, ko bi nosečnica sama prekinila svojo nosečnost, saj si je težko zamisliti situacijo, ko bi nosečnica sama prekinila svojo nosečnost brez svoje privolitve (po drugem odstavku).

⁵⁵ Poškodbe morajo presegati poškodbe, ki so običajno posledica posega. *Ibidem*, s. 157.

SLOVENIJA

Slovenska ustava v svojem 55. členu določa, da je odločanje o rojstvih otrok svobodno, država pa zagotavlja možnosti za uresničevanje te svoboščine in ustvarja razmere, ki omogočajo staršem, da se odločajo za rojstva svojih otrok.⁵⁶

Kakor hrvaški tudi naš kazenski zakonik⁵⁷ v 132. členu ureja to naklepno kaznivo dejanje z blanketno normo. Zakon namreč uporablja skopo formulacijo »kdor v nasprotju z zdravstvenimi pogoji in načinom umetne prekinitve nosečnosti, ki so določeni z zakonom...« in se tako sklicuje na Zakon o zdravstvenih ukrepih pri uresničevanju pravice do svobodnega odločanja o rojstvu otrok, ki je matični zakon in ki predpisuje pogoje za opravljanje umetne prekinitve nosečnosti.⁵⁸

Prvi odstavek inkriminira protipravno prekinitve nosečnosti s privolitvijo ženske. Storilec je lahko kdorkoli, ne le zdravnik. Sama noseča ženska pa po mnenju piscev komentarja h KZ ne more biti storilec tega kaznivega dejanja, niti pomočnica ali napeljevalka.⁵⁹ Po izrecni zakonski določbi so izenačeni dokončano kaznivo dejanje, poskus ter pomoč pri prekinitvi nosečnosti.⁶⁰ V prvem odstavku je inkriminirano kaznivo dejanje prekinitve nosečnosti s privolitvijo nosečnice, v drugem pa brez privolitve nosečnice. Posledično lahko sklepamo, da sama privolitev nosečnice ne izključi protipravnosti (ali kakega drugega elementa kaznivega dejanja), je pa privolitev nosečnice nujen predhoden pogoj za morebitno zakonito prekinitve nosečnosti. »V bistvu nimamo opraviti niti s klasičnim soglasjem, saj njegova odsotnost oziroma prisotnost dogajanju ne zanika biti kaznivega dejanja kot prvega elementa splošnega pojma kaznivega dejanja in s tem najbolj elementarne predpostavke kaznivosti, ampak nas

⁵⁶ Uradni list Republike Slovenije, 33I/1991-I, 42/1997, 66/2000, 24/2003, 69/2004 in 68/2006.

⁵⁷ Uradni list Republike Slovenije, 63/1994, 23/1999, 40/2004.

⁵⁸ Uradni list SRS, 11/77. Umetna prekinitve nosečnosti je medicinski poseg, ki se opravi na zahtevo nosečnice, če nosečnost ne traja več kot deset tednov. nosečnost se v skladu z zakonom lahko prekine v prvih 10 tednih nosečnosti na zahtevo nosečnice. Po poteku 10 tednov je prekinitve mogoča samo še na podlagi odločitve komisije, če je nevarnost posega za življenje in zdravje nosečnice ter za njena bodoča materinstva manjša od nevarnosti, ki grozi nosečnici ali otroku zaradi nadaljevanja nosečnosti in zaradi poroda.

⁵⁹ Deisinger, s. 52. Seveda se postavi vprašanje, ali je to kazenskopravno dogmatično res. Udeležba je akcesorna in zahteva dvojni naklep; naklep za udeležbo in naklep za kaznivo dejanje. V primeru, da bi nosečnost protipravno prekinila tretja oseba, je tudi napeljevanje nosečnice, naj ji prekine nosečnost, po pravilih o akcesorni udeležbi protipravno. Če je podan tudi naklep do izvršitve prekinitve nosečnosti ter do napeljevanja k izvršitvi, potem so vse predpostavke za obstoj napeljevanja k prekinitvi nosečnosti podane. Ker so izpolnjeni pogoji, pa bi v tem primeru odgovarjala tudi za neuspelo napeljevanje v skladu z 2. odst. 26. člena. Vendar pa se pisci odločajo za rešitev, da »ni mogoče konstruirati udeležbe noseče ženske že zato, ker po volji zakona bolj ali manj očitno ni mogoče njeno storilstvo«. Korošec, s. 214.

⁶⁰ Tudi v našem primeru je pod inkriminacijo pomoči mišljena tako pomoč tretji osebi, ki prekinja nosečnost, kakor tudi pomoč sami noseči ženski, katere dejanje pa ni kaznivo. Če ne bi bila pomoč inkriminirana kakor posebna izvršitvena oblika kaznivega dejanja, v tem primeru ne bi bila kazniva, saj nosečnica ne more biti storilka tega kaznivega dejanja. Deisinger, s. 54.

izrazito neznačilno za soglasje kot pojem kazenskopravne teorije kvečjemu premesti iz prvega v drugi odstavek ali nazaj.«⁶¹

V primerjavi z ostalimi obravnavanimi ureditvami je naša ureditev najbolj skopa. Je izrazito blanketna in »po vsebinskih mejah protipravnosti in krivde ne odstopa bistveno od tujih podobnih inkriminacij.«⁶² Ker kazenski zakonik ne ureja kazuistično vseh možnih okoliščin izvršitve tega kaznivega dejanja, je potrebno skrbno uporabiti splošna pravila splošnega dela KZ ter sodno prakso.

⁶¹ Korošec, s. 209.

⁶² *Ibidem*, s. 207.

LITERATURA

- Bundes – Verfassungsgesetz, Bundesgesetzblatt 1/1930, 103/1931, 244/1932, 4/1945, 232/1945, 6/1946, 211/1946, 143/1948, 19/1949, 8/1955, 281/1955, 269/1956, 12/1958, 271/1958, 37/1959, 171/1959, 148/1960, 155/1961, 162/1962, 205/1962, 215/1962, 267/1963, 59/1964, 212/1964, 73/1968, 412/1968, 27/1969, 269/1969, 105/1972, 391/1973, 287/1974, 444/1974, 302/1975, 316/1975, 368/1975, 409/1975, 323/1977, 539/1977, 92/1979, 134/1979, 350/1981, 354/1982, 175/1983, 611/1983, 203/1984, 296/1984, 490/1984, 212/1986, 285/1987, 640/1987, 125/1988, 341/1988, 684/1988, 685/1988, 445/1990, 565/1991, 276/1992, 470/1992, 868/1992, 508/1993, 532/1993, 268/1994, 504/1994, 506/1994, 819/1994, 1013/1994, 50/1995.
- Davis, S. (2002). United States, Germany and Sout Africa: constitutional legislation and judicial decisions on abortion. testing judicial globalization. **Temple International Law and Comparative Law Journal**, 16/1: s. 175-197.
- Deisinger, M. (2002). **Kazenski zakonik s komentarjem: posebni del**. Ljubljana, GV založba.
- Eser, A. (1994). Abortion law reform in Germany in international comparative perspective. **European Journal of Health Law**, 1: s. 15-34.
- Foregger, E., Kodek, G., Fabrizio, E. E. (1997). **Strafgesetzbuch, samt den wichtigsten Nebengesetzen, Kurzkomentar**. Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.
- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bundesgesetzblatt I, S. 2034.
- International women's health organizations. (1989). Brief of amici curiae international women's health organizations in support of appellees. **Women's Rights Law Reporter**, 11: s. 191-212.
- Joecks, W., Miebach, K. (2003). **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**. München, Verlag C. H. Beck.
- Kazenski zakonik Republike Slovenije, Uradni list Republike Slovenije, 63/1994, 23/1999, 40/2004.
- Kaznjeni zakon Republike Hrvatske, Narodne Novine, 32/93, 38/93.
- Kommers, D. P. (1994). The constitutional law of abortion in Germany: should Americans pay attention? **Journal of Contemporary Health law and Policy**, 10/1: s. 1-32.

- Korošec, D. (2004). **Medicinsko kazensko pravo**. Ljubljana, Pravna fakulteta in Cankarjeva založba.
- Lackner, K., Kühl., K. (1999). **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen**. München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
- McAllister, M. C. (2003-2004). Human dignity and individual liberty in Germany and the United States as examined through each country's leading abortion cases. **Tulsa Journal for Comparative and International Law**, 11/2: s. 491-520.
- Owens, T. E. (1993). The abortion question: Germany's dilemma delays unification. **Louisiana Law Review**, 53: s. 1315-1337.
- Reis, H. (1984). **Das Lebensrecht des ungeborenen Kindes als Verfassungsproblem**. Tübingen, J.C.B.Mohr.
- Šeparović, Z. (1998). **Granice rizika, etičkopravni pristupi medicini**. Zagreb, Informator.
- Telman, J. (1998) Abortion and women's legal personhood in Germany: a contribution to the feminist theory of the state. **Review of Law and Social Change**, 24/91: s. 91-148.
- Teršek, A. (2001). Primerjava pravnih ureditev abortusa: ZDA, Kanada, Nemčija, Evropska konvencija o človekovih pravicah. **Dignitas, revija za človekove pravice**, 10: s. 112-121.
- Ustav Republike Hrvatske, Narodne Novine, 56/90.
- Ustava Republike Slovenije, Uradni list Republike Slovenije, 33I/1991-I, 42/1997, 66/2000, 24/2003, 69/2004 in 68/2006.
- Zakon o zdravstvenih ukrepih pri uresničevanju pravice do svobodnega odločanja o rojstvu otrok,
- Zakon o zdravstvenim mjerama za ostvarivanje prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece, Narodne Novine, 18/78.
- Zupančič, K. (1990). Pravica ženske do umetne prekinitve nosečnosti. **Pravnik**, 45/11-12: s. 439-452.
- <http://www.jura.uni-sb.de/BIJUS/grundgesetz/> (9.7.2007)
- <http://aeiou.iicm.tugraz.at/aeiou.encyclop.g/g876606.htm> (10.3.2007)

Inkriminiranje ravnanj s področja sodobne biomedicine **doc. dr. Marko Bošnjak**

I. Uvodno

Razvoj sodobne biomedicine je odprl mnoga vprašanja na različnih ravneh: filozofski (ontološki in etični), psihološki, družbeno-ekonomski in končno tudi pravni.¹ Zavedanje, da lahko dejavnost na področju biomedicine ogrozi nekatere temeljne družbene vrednote in pravne dobrine, je vzbudilo željo po primerni omejitvi in ureditvi tega področja, po posledični prepovedi nekaterih ravnanj in končno po kazenskopravnem obravnavanju tistih med njimi, ki so prav posebej nevarna oziroma nesprejemljiva.

Inkriminiranje nedopustnih ravnanj s področja sodobne biomedicine pa ni niti samoumevno niti enostavno. V zvezi s tem je treba odgovoriti na naslednja vprašanja:

- ali so inkriminacije posameznih biomedicinskih ravnanj sploh potrebne in dopustne;
- kakšni so splošni pogoji inkriminiranja nedopustnih biomedicinskih ravnanj;
- katera so tista področja biomedicine, ki so tako drugačna od tipskih primerov obstoječih kaznivih dejanj, da je treba oblikovati nove inkriminacije ali bistveno preoblikovati stare.

Navedena vprašanja sem obširno obravnaval v doktorski disertaciji.² Ker je problematika izjemno obsežna, večinoma že obdelana in prikazana na drugem mestu in ker bi poln prenos tez in njihove argumentacije ustvaril neustrezno neravnovesje v raziskovalni nalogi, bom na tem mestu povzel zgolj temeljne ugotovitve. Zahtevnejšega bralca napotujem tako na disertacijo kakor tudi na ostalo literaturo, navedeno v tem prispevku.

Kakor bo razvidno iz nadaljevanja, bom pri razpravljanju uporabil predvsem aksiološko in primerjalno metodo. Izbor aksiološke metode je zaradi vrednotne obarvanosti tematike neizogiben. V okviru primerjalne metode pa gre predvsem za primerjavo francoskega in slovenskega (kazensko)pravnega sistema. Francoski sistem kot eno izmed »primerjalnih epruvet« jemljem predvsem zaradi dejstva, da je ta relativno podrobno kodificiral širok obseg vprašanj, ki se pojavljajo v zvezi s sodobnimi biomedicinskimi odkritji in postopki, zaradi česar ga nekateri avtorji štejejo za najpopolnejšega na svetu ali vsaj v Evropi (npr. LenoirN, 1995: I; Bezat (1995: 14-15) francosko zakonodajo imenuje "la législation la plus complète

¹ O navedenih ravneh glej podrobneje Rogers, Durand de Bousingen, 1995: 18 – 20, Labrusse – Riou, 1988: 269 – 270), Ambroselli, 1998: 32, Lenoir, Struliese, 1995: 3, Zwitter, 1998a: 11 in Štuhec, 2001: 23).

² Za prvi dve vprašanji glej predvsem Bošnjak, 2004: 61 – 76, za tretje vprašanje pa prav tam, 77 – 144.

d'Europe"). Mimo tega ta sistem premore nekaj sodne in ustavnosodne³ prakse, pomembne za pravno obdelavo obravnavane tematike. Pri tem utegne primerjalna metoda mestoma bolj spominjati na opisno in analitično metodo ene same ureditve, t.j. francoske, saj je mogoče že uvodoma razkriti opažanje, da se področje novih biomedicinskih odkritij in postopkov v slovenskem pravnem redu, še posebej pa na kazenskopravnem področju, pogosto izkaže za hipokodificirano, včasih pa za v celoti prezrto.

II. Potrebnost in dopustnost inkriminiranja nekaterih biomedicinskih posegov

Pravno urejanje razvoja sodobne biomedicine je po mojem mnenju potrebno zato, ker je v določenih primerih bolj učinkovito in primerno kot druge oblike urejanja, ker to terjata interes javnosti in javne morale, ker razvoj biomedicine sproža spore, ki se rešujejo tudi po sodni poti in končno ker je tudi pravo samo znanost, znanost o človeku in zato ne more ostati pasivno ali zgolj reaktivno (neaktivistično), ko gre za spraševanja o temeljnih stvareh človekovega bivanja.

Ugotovljena potreba po pravnem urejanju (ki mora biti komplementarno drugim oblikam regulacije, predvsem biomedicinski etiki) pa ne sme voditi v pretirano pravodajno navdušenost. Pravo mora razlikovati med moralno dopustnostjo in primernostjo ter vprašanji, ki jih mora urediti zakonodajalec. Priznavati mora moralno heterogenost družbe (Valdrini, 1988: 226).

Pravo kot skupek družbenih norm predstavlja kompromis med tem, kaj lahko prepustimo prosti izbiri posameznikov, in med omejitvami, ki jih nalaga življenje v skupnosti. Pravnik se mora zato neprestano spraševati, kakšni so razlogi, da se pravo vpleta v posameznikovo svobodo, katera načela naj vodijo pravno intervencijo in zakaj je nekaj, kar je bilo še včeraj v sferi zasebnosti, postalo vprašanje skupne izbire (Lenoir, 1994: 207).

Zavedajoč se teh nujnih omejitev mora pravo, tudi kazensko, izhajati predvsem iz štirih temeljnih načel, ki naj usmerjajo primerno regulacijo (Durand, 1992: 69):

- dopustno je prepovedovati le tista ravnanja, ki lahko pomembno in neposredno škodujejo kakšni splošno priznani dobrini;

³ Najpomembnejši francoski ustavnosodni judikat s tega področja je odločba Ustavnega sveta (Conseil constitutionnel, v nadaljevanju Ustavni svet) z dne 27.7.1994 v postopku predhodne kontrole ustavnosti obeh biomedicinskih zakonov z dne 29.7.1994 o spoštovanju človeškega telesa (Loi no. 94-653 du 29.7.1994 relative au respect du corps humain) in o donorstvu in uporabi delov in produktov človeškega telesa, o oploditvi z biomedicinsko pomočjo in prenatalni diagnostiki (Loi no. 94-654 du 29.7.1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale et au diagnostic prénatal).

- pravna pravila morajo biti oblikovana tako, da so uporabljiva v praksi;
- iz razlogov pravičnosti je nujno, da breme ureditve ne sloni le na eni ali drugi družbeni skupini, temveč da je ustrezno razporejeno;
- pravni predpis ne sme tvegati, da bi povzročil večjo škodo od tiste, ki jo želi preprečiti.

V okviru pravnega urejanja je kazenskopravno potrebno tedaj, kadar so napadene vrednote ali dobrine, ki so klasične kazenskopravne dobrine ali ki takšen položaj dobivajo s progresivnim razvojem kazenskega prava in njegove filozofije. Pri razpravi o dopustnosti kazenskopravnega urejanja oziroma inkriminiranja pa je treba podrobneje analizirati pogoje skladnosti takšnega urejanja z načelom zakonitosti ter načelom legitimnosti in omejenosti represije.

Inkriminacija nedopustnih ravnanj v okviru biomedicine prinaša nevarnost subtilnih kršenj ali vsaj obidov in mehčanj načela zakonitosti. V francoski kazenski zakonodaji, ki vsebuje obsežen korpus norm s področja biomedicine,⁴ je uporabljena relativno arhaična zakonodajna tehnika, ki zgolj pripenja kazensko sankcijo k normam z drugih pravnih področij.⁵ Skoraj nobena izmed inkriminacij ni razumljiva sama po sebi. Zakonodajalec v samem CP ni definiral pojmov, ki jih uporablja. S tem implicitno odreja na uporabo Zakonika o javnem zdravju (Code de la santé publique – v nadaljevanju CSP), kjer so opredeljeni termini, kot so npr. genetski odtisi, biomedicinska pomoč pri oploditvi, poskusi, prenatalna diagnostika, krvni produkti. Blanketnost norm je še očitnejša v primerih, ko CP uporablja sintagme, kot so npr. »v primerih, ki jih predvidevajo določbe zakonika o javnem zdravju«, ali »ki jih dopušča zakon«, ali »ki ustrezajo pogojem, ki jih določa zakon«. Posebne težave povzroča kaskadna blanketnost. O tej govorimo tedaj, ko kazenski zakon odkáže na nek drug predpis (v francoskih primerih gre največkrat za zakonik o javnem zdravju), ta pa naprej na nek tretji predpis, ki je pogosto podzakonske narave. Prothais (prav tam) poleg tega ugotavlja, da nekateri pojmi niso definirani niti v CP niti v kakšnem drugem predpisu (npr. pojem »embrio«), nekateri pojmi pa so kljub blanketnim normam in definicijam ostali nejasni, npr. »biomedicinsko raziskovanje«.

Sam menim, da bi bilo z vidika načela zakonitosti bolj ustrezno, če bi v obstoječem kazenskem pravu poiskali že razdelane mehanizme za boj proti protipravnim ogrožanjem in poškodbam pravnih dobrin, kot so človekovo telo, zdravje, zasebnost, nedotakljivost,

⁴ Kaznivim dejanjem s področja biomedicine je posvečeno celotno prvo poglavje pete knjige Code Penal (v nadaljevanju CP) in več določb tretjega, šestega in sedmega poglavja druge knjige.

⁵ O kritiki francoskih biomedicinskih kazenskopravnih norm z vidika načela zakonitosti glej Prothais, 2000: 49 – 54.

dostojanstvo, ki so storjene ali jih je mogoče storiti s pomočjo novih biomedicinskih tehnologij.⁶ Šele nato je treba ugotoviti, katere so tiste pravne dobrine, ki jih kazensko pravo *de lege lata* ne ščiti samih po sebi (npr. zarodek, genetska dediščina človeštva ipd.), in ugotoviti, katere posebne inkriminacije so potrebne.

Morebitne biomedicinske inkriminacije je treba osvetliti tudi z vidika načela legitimnosti kazenskopravne represije. To načelo lahko razumemo v formalnem in v vsebinskem smislu. Formalno pojmovanje, ki je za ustvarjalca in uporabnika kazenskega prava manj zahtevno, temelji na razumevanju legitimnosti, po katerem mora imeti posamezna inkriminacija na abstraktni ravni in vsaka odločitev v konkretnem kazenskem postopku svojo utemeljitev v širokem ali splošnem sprejemanju med ljudstvom, ki je v sodobni demokratični državi nosilec oblasti. Z doslednim uveljavljanjem načela legitimnosti represije v formalnem smislu lahko učinkovito preprečujemo, da bi kazensko pravo postalo zgolj podaljšana roka samovoljne in avtoritarne oblasti. Vsebinsko pojmovanje pa z legitimnostjo represije razume zahtevo po moralni in etični upravičenosti vsakega represivnega posega v človekove pravice in svoboščine na zakonodajni in praktični ravni (Bavcon et al., 2003: 136)⁷.

Pojma etike in morale sta, vsaj s kazenskopravnega vidika, ki teži k preciznosti, izrazito nedoločena pojma in je zato razumljiva tendenca k manj zahtevnemu formalnemu pojmovanju. Vendar pa je za sodobno družbo značilno, da je širša javnost praviloma bolj represivno naravnana kot zakonodajalec in sistem kazenskega pravosodja ter terja nove inkriminacije in postrožitev obstoječih (predpisanih in izrekanih) kazni. Na tem mestu pa bi načelo legitimnosti trčilo ob načelo omejenosti represije, obe načeli pa sta pravzaprav le dve lici istega obraza: historične težnje kazenskega prava po vsebinski civilizaciji uporabe sile. Kazensko pravo mora vendarle dati prednost vsebinskemu pojmovanju, naj bo to še tako negotovo. S tem je prisiljeno spraševati se o temeljnih vrednotah, o etičnem in moralnem, o dobrinah, ki jih sme in ki jih mora varovati. Načelo omejenosti represije nalaga oblasti, da je kazensko pravo zadnje sredstvo za varstvo omenjenih vrednot. In še tedaj, ko ga uporabi, ga sme uporabiti le v obsegu, kot je to nujno potrebno.

⁶ Podoben pristop je uporabil Korošec pri analizi kazenskopravnih problemov v zvezi z AIDS. Pri tej bolezni se pogosto meni, da zato, ker je nova, predstavlja nove izzive za kazensko pravo, predvsem pa, da zahteva nove inkriminacije. Avtor pa je nasprotno ugotovil, da kazensko pravo v glavnem že ima razdelane mehanizme za boj proti protipravnim ogrožanjem ali poškodbam z boleznimi, tudi z AIDS (Korošec, 1998: 348-349).

⁷ Delitev na formalno in vsebinsko pojmovanje načela legitimnosti represije je moja. Navedeno vsebinsko pojmovanje tega načela avtorja navajata kot splošno pojmovanje tega načela – o formalnem pojmovanju ne govorita (vsaj izrecno ne, implicitno pa je to razumeti iz njunega razpravljanja o omejitvi avtoritarne oblasti v zvezi s tem načelom).

Kar je bilo pravkar povedano o načelu legitimnosti in omejenosti represije, mora voditi zakonodajalca tudi pri inkriminacijah na področju razvoja sodobne biomedicine. Šelihova prav za to področje poudarja, da je pri širjenju inkriminacij treba ravnati previdno. Kazenskopravna reakcija je upravičena le, če je ravnanje mogoče oceniti kot moralno-etično in družbeno nevredno (Šelih, 1998: 165-166).⁸

Ugotovimo lahko, da mora posamezno ravnanje s področja sodobne biomedicine inkriminirano, mora izpolnjevati naslednje tri predpostavke:

- biti mora moralno-etično nevredno (pogoj vsebinske legitimnosti represije);
- obstajati mora široko družbeno soglasje o nevrednosti takšnega ravnanja (pogoj formalne legitimnosti represije);
- posegati mora v določene pravno zavarovane dobrine.

Način, na katerega posamezno ravnanje inkriminiramo, če se to pokaže za potrebno, pa mora izpolnjevati naslednje predpostavke:

- dosledno upoštevanje zahtev načela zakonitosti, kot je bilo to zgoraj opisano, skupaj z upoštevanjem nomotehničnih posebnosti kazenskega prava;
- določitev inkriminacije na tak način, da je praktično uporabljiva: njeni znaki morajo biti dokazljivi, dejanja je v praksi v resnici mogoče odkriti in preganjati, pri izvajanju določb pa je mogoče doseči tolikšno stopnjo enakosti⁹, da je pravilo še mogoče šteti za pošteno;
- kazen oziroma druga kazenska sankcija, ki je za dejanje predpisana, naj bo sorazmerna z njegovo naravo, teža in nevarnostjo ter uravnotežena s sankcijami za druga kazniva dejanja.

Pri predpostavkah inkriminacije je najlažje razumljiv pogoj formalne legitimnosti represije. Najmanj dejanskih težav je tudi pri preverjanju stališča javnosti do kaznivosti določenega ravnanja. Ostali dve predpostavki pa sta zahtevnejši.

Moralno-etična nevrednost se lahko v večji meri prekriva z ugotovitvami bioetike. Slednja predstavlja širše družbeno vrednotenje ravnanja na tem področju in vzpostavlja družbeno stališče do odgovornosti na tem področju. Po mojem mnenju je napačno prepričanje, da bi

⁸ Avtorica še izrazi mnenje, da kloniranje zasluži inkriminacijo, pri drugih ravnanjih, ki škodijo zdravju posameznika, pa bi bilo morda bolje nekazensko reagirati (ista, prav tam).

⁹ V pojasnilo: možnost, da organi pregona odkrijejo inkriminirano ravnanje, mora biti tolikšna, da obstaja realna verjetnost, da bodo njegovega storilca odkrili in prijeli. Če temu ni tako, če je prijetje storilcev za neko vrsto dejanj le plod skupa neverjetnih naključij, potem inkriminacija takšne vrste dejanj ne more šteti za pošteno.

moralo biti kazensko pravo v moralno-etičnem smislu bistveno manj zahtevno od bioetike. Druge okoliščine, predvsem tiste, povezane s poseganjem v pravne dobrine in z načinom inkriminiranja ter izvršljivostjo norm, so tiste, ki povzročajo, da bioetika določeno ravnanje prepoveduje, kazensko pravo pa ga ne inkriminira ali pa to stori le v omejenem obsegu.

Predpostavko posega v pravno zavarovane dobrine je treba podrobneje razčleniti. Pri tem posegu je treba ločiti dve vprašanji: najprej se moramo vprašati, za katero (kako pomembno) pravno dobrino gre, nato pa, ali je ta dobrina s potencialno inkriminiranim dejanjem uničena, poškodovana ali zgolj ogrožena. Če je dobrina zelo pomembna, je kazensko pravo lahko pozorno že na njeno ogrožanje. Odzove se lahko tudi na poškodovanje ali uničenje manj pomembnih (ali vsaj srednje pomembnih) dobrin. Ogrožitev relativno nepomembnih dobrin pa ne more biti predmet zanimanja kazenskega prava.¹⁰ Sodni lahko kvečjemu v sfero prekrškov in disciplinskega prava.

Pri oblikovanju kazenske zakonodaje na področju sodobne biomedicine moramo zato ravnati postopno. Najprej je treba ugotoviti, kakšna so resnična dejstva na tem področju in kakšna ravnanja in posledice lahko v resnici pričakujemo, da bi se izognili urejanju »na pamet«. Končno moramo ugotoviti, kaj je sploh lahko ocenjeno kot možna škoda v prihodnosti ter kakšna je verjetnost za nastanek te škode. Pri tem pa se je treba zavedati, da v biomedicini pogosto ni pričakovati škode, kakor jo splošno priznava pravo (npr. materialna škoda, telesne, duševne bolečine ali strah)¹¹, temveč je pretežno metaforična in simbolna – npr. razvrednotenje spoštovanja človeka ali spodjedanje ustroja družbe (Kennedy, 1994: 221). Simbolna narava te škode pa povzroča, da tudi funkcija kazenskega prava v teh primerih ni pretežno varstvena (torej v smislu preprečevanja jasno opredeljene škode), temveč poudarjeno simbolna.

III. Inkriminiranje posameznih biomedicinskih ravnanj

1. Uvodne ugotovitve

¹⁰ Podobno Kennedy deli ravnanja na področju sodobne biomedicine na tri skupine. V prvi skupini so ravnanja, ki štejejo za slaba, ker ustvarjajo veliko nevarnost za veliko škodo. V drugo skupino sodijo ravnanja, ki so v celoti sprejemljiva, ker so moralno in družbeno neproblematična. V tretjo skupino pa sodijo ravnanja, ki jih družba spremlja s previdnostjo zaradi njihove potencialne nevarnosti. Ravnanja iz prve skupine mora kazensko pravo inkriminirati, ravnanja iz druge skupine morajo biti izdvojena iz vsake oblike pravnega urejanja, ravnanja iz tretje skupine pa lahko sodijo v okvir upravnopravne regulacije, medtem ko je njihovo morebitno inkriminiranje zelo sporno (Kennedy, 1994: 222-225).

¹¹ Kennedy govori o telesni škodi; sam uporabljam ustaljene civilnopravne termine za pravno priznano škodo.

Ob razpravi o inkriminiranju na biomedicinskem področju je treba opozoriti, da lahko mnogo ravnanj, ki jih želimo prepovedati in kaznovati, izpolni zakonski dejanski stan že obstoječih kaznivih dejanj in zato načeloma ni smiselno dopolnjevati oziroma širiti sedanjih inkriminacij in ustvarjati novih. Med že obstoječimi in uporabljivimi kaznivimi dejanji izpostavljam tista, ki inkriminirajo smrt in kakšno izmed oblik telesnih poškodb. Odklonsko ravnanje s področja sodobne biologije in medicine lahko povzroči smrt ali telesno poškodbo kakšne osebe, ki ni tista, ki se je takšnega ravnanja tudi poslužila. Da pa bi bil storilec za svoje ravnanje tudi kazensko odgovoren, mora biti podana tudi ustrezna krivdna oblika. Težko si je predstavljati, da bi imel smrt ali telesno poškodbo v svojem naklepu¹², lažje pa, da bi imel do njunega nastanka malomaren odnos. V takšnih primerih bi odgovarjal za povzročitev smrti iz malomarnosti (129. člen KZ RS) ali pa, najverjetneje, za hudo telesno poškodbo iz malomarnosti (III. odstavek 134. člena KZ RS) oziroma za posebno hudo telesno poškodbo iz malomarnosti (III. odstavek 135. člena KZ RS). Poznavanje teh treh zakonskih opisov kaznivih dejanj oziroma zanašanje nanje je nujno tudi pri oblikovanju novih kaznivih dejanj. Če bi de lege ferenda npr. določili kot kaznive nedovoljene biomedicinske poskuse in bi zaradi takšnega poskusa kakšna oseba utrpela hudo poslabšanje zdravja, bi bil na mestu stek med kaznivim dejanjem »nedovoljenega biomedicinskega poskusa« in hudo telesno poškodbo iz malomarnosti, če bi bilo storilcu mogoče malomarnost tudi očitati. Kot kazniva dejanja de lege lata, ki jih je smiselno imeti v mislih, ko preučujemo biomedicinske deviacije, potrebne kazenskega pregona, pa naj omenim še kaznivo dejanje prisiljenja (142. člen KZ RS) za pregon ravnanj, storjenih proti volji oškodovanca, dalje kaznivo dejanje kršitve enakopravnosti (141. člen KZ RS) za pregon nedopustne diskriminacije npr. na temelju dednega materiala, pa kaznivo dejanje neupravičene izdaje poklicne skrivnosti (153. člen KZ RS) ter končno tudi kaznivo dejanje malomarnega zdravljenja (190. člen KZ RS).

V nadaljevanju bom izpustil obravnavo splošnih pogojev dopustnosti biomedicinskih posegov, saj se tematika delno prekriva z besedilom, ki ga je za to raziskovalno nalogo pripravil Korošec. Namesto tega se bom osredotočil na nekatera posebna za kazensko pravo relevantna področja sodobne biomedicine.

2. Odvzem organov, tkiv in produktov človeškega telesa zaradi biomedicinskih posegov

¹² Izjemoma bi lahko naleteli na primer, ko bi storilec ravnal z eventualnim naklepom in bi se, nekoliko poenostavljeno rečeno, zavedal možnosti nastanka prepovedane posledice (npr. takšnega poslabšanja zdravja pacienta ali druge osebe, ki sodeluje v biomedicinskem postopku, da lahko to poslabšanje okvalificiramo kot hudo telesno poškodbo) ter vanjo privolil in zato s svojim ravnanjem nadaljeval.

Francosko kazensko pravo je oblikovalo posebne norme s področja odvzemov organov, tkiv in produktov človeškega telesa ter ravnanja z njimi po odvzemu z namenom specialnega varovanja človeškega telesa. Navedene inkriminacije tvorijo ločen odsek prvega poglavja prvega naslova pete knjige CP, naslovljen kot »varstvo človeškega telesa« (»de la protection du corps humain«). S tem derogira vsaj v določenih primerih uporabljive člene, ki inkriminirajo telesne poškodbe v drugi in šesti knjigi CP. Kar bi v tistih primerih bilo razlog za izključitev protipravnosti, je francoski zakonodajalec v primeru kaznivih dejanj zoper človeško telo na negativen način¹³ vključil v same opise kaznivih dejanj. Načelni razlogi za inkriminacije so jasno razvidni in podani sistematično. Gre za odplačne odvzeme, odvzeme brez privolitve, kršitev anonimnosti darovalstva (pri spolnih celicah), kršitve predpisov zdravstvenega prava, ki pomenijo ogrožanja zdravja, in končno druge kršitve predpisov, ki pomenijo predvsem obid upravnih dovolitev in jih je le težko šteti vsaj za abstraktne ogrožitve zdravja. Nekatera kazniva dejanja vsebujejo privilegirane oblike, temelj takšnega stopnjevanja pa je pomen dela človeškega telesa, v zvezi s katerim je kršitev nastala (strožje zagrožene kazni, če gre za organe, kot če gre za tkiva, celice ali produkte). Veliko norm je blanketnih, saj odkazujejo na CSP, in celo kaskadno blanketnih, saj nekatere norme slednjega odkazujejo naprej na različne podzakonske akte.

Kršitev načela neodplačnosti pri odvzemu organov francosko kazensko pravo inkriminira s kaznijo zopora do sedmih let in z denarno kaznijo do 100.000 evrov (v nadaljevanju EUR). Enako se kaznuje storilec, ki pri odplačnem prometu z organi posreduje (I. in II. odstavek člena 511-2 CP). Če ne gre za organe, temveč za tkiva, celice ali telesne produkte, se storilec kaznuje z zaporom do petih let in z denarno kaznijo do 75.000 EUR (člen 511-4 CP). Enaka kazen je predvidena za odplačne odvzeme spolnih celic, razen za plačilo uslug, ki jih nudijo centri za pripravo in shranjevanje teh celic (člen 511-9 CP).

Druga inkriminirana kršitev je kršitev načela privolitve. Odvzem organa zaradi presaditve brez privolitve se kaznuje z zaporom do sedmih let in z denarno kaznijo do 100.000 EUR (člen 511-3 CP). Če ne gre za organe, temveč za tkiva, celice ali telesne produkte ali za spolne celice, se storilec kaznuje z zaporom do petih let in z denarno kaznijo do 75.000 EUR (člena 511-5 in 511-6 CP).

Kazensko so sankcionirane tudi kršitve zakonika javnega zdravja (v nadaljevanju CSP), ki pomenijo abstraktno ogrožitev človekovega zdravja, kot je npr. kršitev sanitarnih predpisov v

¹³ Za primer: neodplačnost odvzema organa bi bil eden izmed (sicer kumulativno podanih) razlogov za izključitev protipravnosti telesne poškodbe. Kaznivo dejanje iz člena 511-2 CP pa neodplačnost že na ravni zakonskega opisa kaznivega dejanja zahteva tako, da inkriminira odplačne odvzeme organov.

zvezi z distribucijo odvzetih organov, tkiv in produktov (člen 511-8 CP – predvidena kazen do dveh let zapor ali denarna kazen do 30.000 EUR) ali odvzem spolnih celic brez oprave pregledov, s katerimi je moč odkriti prenosljive bolezni (člen 511-11 CP – enaka predvidena kazen kot pri prej omenjenem kaznivem dejanju). Nekatera ravnanja pa pomenijo zgolj kršitve različnih upravnih dovolitev zakonika javnega zdravja (v nadaljevanju CSP), ki same po sebi še ne morejo pomeniti niti abstraktnih ogrožanj zdravja ali pa gre kvečjemu za »zelo abstraktna ogrožanja« (npr. člen 511-7 CP – enaka predvidena kazen kot v primeru prejšnjih dveh kaznivih dejanj).

Nekatere norme CP inkriminirajo še kršitev načela anonimnosti darovalstva spolnih celic (člen 511-10 CP – enaka predvidena kazen kot pri zadnjih prej omenjenih kaznivih dejanjih).

Slovenska kazenska zakonodaja posebej inkriminira nedopustna ravnanja v zvezi s presaditvijo delov človeškega telesa. V I. odstavku 191. člena KZ z blanketno normo napravi za kaznivo nedovoljeno jemanje delov telesa zaradi presaditve in nedovoljeno presaditev, storilec pa se kaznuje z zaporom od šestih mesecev do petih let. Pri tem odkazuje na pravila zdravniške znanosti in stroke. V II. odstavku istega člena je inkriminiran odvzem dela človeškega telesa, preden je na predpisan način ugotovljena smrt.¹⁴ Odvzemi in presaditve brez privolitve so inkriminirani v III. odstavku istega člena, storilec pa se kaznuje z zaporom do treh let. Enaka kazen je predvidena za neupravičeno in odplačno posredovanje pri dajanju delov telesa (IV. odstavek 191. člena KZ).

Slovensko zakonodajo je mogoče oceniti kot manj sistematično, prav tako pa je v njej najti nekaj vsebinskih pomanjkljivosti. Razlogi za izključitev protipravnosti biomedicinskih posegov v splošnem so v posebne inkriminacije s področja transplantacij preneseni nepopolno. V I. odstavku 191. člena KZ je v celoti ustrezno prenesena zahteva po medicinski indikaciji za odvzem organa in za njegovo presaditev. Kršitev načela privolitve je inkriminirana v III. odstavku 191. člena KZ. Zakonski opis te norme je ustrezno oblikovan. Čudi pa relativno nizka zagrožena kazen. Odvzem pomembnega organa je lahko primer kaznivega dejanja posebno hude telesne poškodbe, njegov storilec pa se kaznuje z zaporom do desetih let.¹⁵ Gre za družbeno posebej nevarno obliko kriminalitete, ki terja oster odziv. Za

¹⁴ Razlog za takšno inkriminacijo je najti v zgoraj omenjenem preprečevanju prezgodnjih odvzemov organov, npr. ko možganska smrt (torej prenehanje aktivnosti obeh možganskih hemisfer) še ni nastopila. Na tem mestu se slovensko kazensko pravo primerno odziva na to subtilno problematiko.

¹⁵ Naj pojasnim, da izhajam iz stališča, da slovensko kazensko pravo (podobno kot francosko in npr. nemško) pristaja na naturalistično koncepcijo ocene zdravniškega dela. Izhajajoč iz tega pojmovanja je v danem primeru določba III. odstavka 191. člena KZ *lex specialis* v razmerju do kaznivega dejanja posebno hude telesne

primerjavo naj spomnim, da za CP enako ravnanje grozi s kaznijo zapora do sedmih let in z denarno kaznijo do 700.000 FRF. Nedosledno pa je izpeljana inkriminacija kršitve načela neodplačnosti v IV. odstavku 191. člena KZ. Za razliko od francoske ureditve je kaznivo le odplačno posredovanje pri dajanju delov telesa (torej tudi v primeru, če so ti deli darovani neodplačno), ni pa kazniv odvzem dela telesa, za katerega darovalec prejme plačilo. Slednje je posebej nevarna oblika kriminalitete v zvezi s transplantacijami, zaradi česar jo je francoski zakonodajalec uvrstil na prvo mesto med členi CP, ki varujejo človeško telo. Molč KZ je toliko bolj škodljiv, ker v njem ni najti nobene druge določbe, pod katero bi bilo mogoče subsumirati takšno ravnanje. A ta molč ni le škodljiv, temveč bi ga lahko šteli celo za protiustavnega. Konvencija Sveta Evrope o človekovih pravicah v zvezi z biomedicino (v nadaljevanju EKBM), ki jo je Slovenija podpisala in ratificirala, v 19. členu določa, da je živi osebi mogoče odvzeti organ ali tkivo za namene presaditve le v terapevtsko korist prejemnika. Še bolj izrecno je v 21. členu določeno, da je prepovedano pridobivati finančno korist iz človeškega telesa oziroma njegovih delov. Pogodbenice EKBM pa so skladno s 25. členom te konvencije dolžne predpisati ustrezne sankcije za kršitve določb konvencije.¹⁶ Glede na družbeno nevarnost trgovanja z organi so s tem gotovo mišljene tudi kazenske sankcije, ne pa zgolj sankcije za prekršek ali celo samo civilnopravne sankcije, npr. ničnost pogodb, ki imajo za svojo vsebino odplačno odsvojitve dela telesa. KZ je na tem mestu torej v nasprotju z EKBM in njenim drugim protokolom, ker ne inkriminira dejanja, ki bi ga moral določiti kot kaznivo, to pa je v nasprotju s 153. členom URS, ki terja skladnost zakonov z objavljenimi in ratificiranimi mednarodnimi pogodbami.

V nasprotju s CP v KZ tudi ni kaznivo opraviti odvzema ali presaditve s kršitvijo nekaterih pravil zdravstvenega prava (npr. katera tkiva je dopustno vzeti zaradi presaditve – I. odstavek 8. člena Zakona o odvzemu in presaditvi delov človeškega telesa zaradi zdravljenja), ki bi

poškodbe iz I. odstavka 135. člena KZ in jo je zato treba uporabiti kot specialnejše pravilo. Nasprotno pa, če naturalističnega pojmovanja ne bi sprejemali, bi takšno ravnanje prav tako predstavljalo navidezen idealni stek, vendar pa bi bilo po načelu konzumpcije (ne pa specialnosti) treba uporabiti normo 135. člena KZ.

¹⁶ Načelo terapevtske koristi za prejemnika, prepoved pridobivanja finančne koristi iz človeškega telesa in zahteva po ustreznih sankcijah so povzeti tudi v 9., 21. in 26. člen Dodatnega protokola k EKBM, ki se nanaša na presajanje organov in tkiv človeškega izvora (v nadaljevanju protokol o presajanju k EKBM ali drugi protokol k EKBM). Protokol je bil sprejet v Strasbourgu 24.1.2002, veljati pa je začel 1. 5. 2006.

Glede prepovedi pridobivanja finančne koristi iz človeškega telesa drugi protokol vsebuje podrobnejše norme kot konvencija. Izrecno dopušča plačilo za odvzem darovalcu, če to plačilo pomeni nadomestilo za izgubljeni zaslužek in za druge upravičene potroške zaradi odvzema in nanj nanašajočih zdravstvenih preiskav, plačilo upravičenega zneska instituciji za legitimne zdravstvene in druge tehnične usluge v zvezi s presaditvijo ter nadomestilo za nepričakovano škodo, nastalo zaradi odvzema organa ali tkiva živemu dajalcu (drugi stavek I. odstavka 21. člena protokola).

lahko pomenila konkretno ali abstraktno ogrožitev človekovega zdravja ali celo življenja. V tem smislu je KZ gotovo pomanjkljiv.

KZ tudi ne pozna nikakršnega stopnjevanja zagroženih sankcij oziroma oblikovanja kvalificiranih in privilegiranih oblik v odvisnosti od vrste oziroma pomena dela telesa, v zvezi s katerimi je kršitev nastala (organ, tkivo). Edini institut, s katerim je mogoče upoštevati pomen dela telesa za dajalca ali prejemnika, je institut dejanja majhnega pomena, če bi šlo za relativno nepomemben del, ob pogoju seveda, da bi bile podane vse ostale predpostavke za uporabo tega instituta.

V slovenskem pravnem redu niso inkriminirani kot kaznivo dejanje sicer nedovoljeni odvzemi spolnih celic, nedovoljene oblike ravnanja z njimi in kršitev načela anonimnosti v zvezi z dajalstvom.¹⁷ V zvezi s tem je v slovenski literaturi zaslediti le malo stališč. Le v zvezi z ravnanjem s spolnimi celicami in z zgodnjimi zarodki Žnidaršičeva izrecno piše, da konkretna dejanja po svoji teži presegajo družbeno nevarnost prekrškov in jih bo treba opredeliti kot kazniva dejanja, zaradi v Sloveniji uveljavljenega načela enotnosti kazenske zakonodaje z dopolnitvijo KZ (Žnidaršič, 1998: 233). Ugotoviti je potrebno, da je omenjeno dejstvo največja pravna praznina na obravnavanem področju odvzemov organov, tkiv in produktov človeškega telesa v slovenskem pravnem redu poleg že ugotovljene nekaznivosti odplačnega odvzema delov človeškega telesa.

Inkriminirane kršitve pravil in načel v zvezi z odvzemom in presaditvijo delov človeškega telesa so v 191. členu KZ oblikovane kot posebna kazniva dejanja oz. *delicta propria*, kar pomeni da je njihov storilec lahko le oseba določenih lastnosti (Bavcon et al. 2003: 201), v konkretnem primeru zdravnik. Izjema od posebnih kaznivih dejanj iz prvih treh odstavkov omenjenega člena je protipravno posredovanje pri dajanju delov telesa iz IV. odstavka, ki je oblikovan kot splošno kaznivo dejanje in je njegov storilec vsakdo. *De lege ferenda*, ko bi to dejanje moralo biti (pre)oblikovano tako, da bi inkriminiralo trgovanje z organi in drugimi deli telesa od samega začetka, torej vključno z njihovim odvzemom proti plačilu, se zastavlja vprašanje, kako široko načrtati polje kaznivosti – ali vanj vključiti poleg osebe, ki del telesa odvzame in za to plača¹⁸, tudi osebo, ki del svojega telesa proda, in tisto, ki del telesa kupi

¹⁷ Zakon o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo (v nadaljevanju ZZNPOB) v 43. členu sicer vsebuje kup določb, ki se nanašajo na odgovornost za prekršek in so podobne francoskim inkriminacijam v CP. Vendar pa ni težava zgolj v tem, da se materija, ki bi sodila med kazniva dejanja, nahaja v sferi prekrškov. Za omenjena ravnanja odgovarjata pravna oseba in odgovorna oseba pravne osebe z relativno visoko kaznijo, individualni storilec pa le z denarno kaznijo od 50.000 do 150.000 tolarjev (in še to le tedaj, kadar sodeluje v skupini biomedicinskih strokovnjakov).

¹⁸ Ta oseba je po svojih strokovnih kvalifikacijah lahko zdravnik ali ne, zato tega kaznivega dejanja ni primerno oblikovati kot *delictum proprium*.

zato, da bi se mu ta del presadilo¹⁹ (in torej ni posrednik v smislu obstoječega IV. odstavka 191. člena KZ).

V zvezi s prodajalcem dela lastnega telesa se doktrinarno gledano zdi, da njegovo kaznovanje ni utemeljeno, če bi v pogodbo, ki ima za vsebino prodaje dela telesa, privolil, saj je on tisti, ki utrpi škodo, podobno, kot so načeloma nekaznive samopoškodbe (Bavcon et al., 2003: 262) in kakor se ne kaznuje oškodovanca, ki je v poškodbo lastnega telesa privolil²⁰. Vendar je temu stališču mogoče ugovarjati. Objekt varstva v primerih teh kaznivih dejanj je človeško telo in abstracto, ne pa konkretno telo, katerega del se prodaja. Zato v CP najdemo kazniva dejanja zoper človeško telo kot poseben odsek V. knjige, ki vsebuje »ostala hudodelstva in kazniva dejanja« (»des autres crimes et délits«), ne pa v II. knjigi, ki vsebuje hudodelstva in kazniva dejanja zoper osebo. Doktrinarno gledano bi bila kaznivost prodajalca upravičena. Njegova kaznivost pa ni primerna iz kriminalitetnopolitičnih razlogov. Prodaja dela telesa bo večinoma posledica osebne stiske in neprimerno je, da bi pri vsem tem kazensko pravo dodajalo težo pregona. To bi bilo v nasprotju z načelom humanosti kot enim temeljnih kazenskopravnih načel. Tudi ni verjetno, da bi grožnja s pregonom in dejanski pregon prodajalca deloval kakorkoli preventivno. Za preprečevanje prodaje delov lastnega telesa ima družba na voljo mehkejše in učinkovitejše mehanizme.

Doktrinarno bi bilo prav tako upravičeno inkriminiranje ravnanja osebe, ki del človeškega telesa kupi zato, da bi se ji ga presadilo. Kriminalitetnopolitični razlogi pa ponovno govorijo za opustitev kaznovanja, saj je tudi nakup kakor prodaja bržkone opravljen iz stiske, pregon pa je v takem primeru neracionalen in nehuman.

3. Nadomestno materinstvo

V nekaterih primerih lahko osebe, ki si želijo postati starši, a tega niso zmožne, pridejo do otroka s pomočjo t.i. nadomestne matere. Nadomestno materinstvo lahko definiramo kot dogovor, katerega vsebina je umetna osemenitev ženske, ki privoli, da bo tako nosila in rodila

¹⁹ Obstoječo francosko kazensko zakonodajo je mogoče interpretirati tako, da se kaznuje tudi tak kupec organa. Člen 511-2 za razliko od ostalih inkriminacij istega odseka CP uporablja glagol pridobiti (obtenir), ne pa odvzeti (prélever) organ proti plačilu (enako člen 511-4 glede tkiv, celic in telesnih produktov). Strogo jezikovna razlaga bi vodila k sklepu, da se ne kaznuje le oseba, ki organ odvzame, temveč tudi oseba, ki ga pridobi, da bi se ji presadil.

Omenim naj še, da so vsa kazniva dejanja iz odseka CP, namenjenega varstvu človeškega telesa, za razliko od KZ oblikovana kot splošna in ne kot posebna.

²⁰ Zadnje povedano izhaja iz predpostavke, da privolitev oškodovanca ni zadostni razlog za izključitev kaznivosti telesnih poškodb. Če se postavimo na nasprotno stališče, ki ga v slovenski doktrini načelno zastopa Korošec (ki je skladno z nemško doktrino in je nasprotno francoski), je povedano sploh irelevantno: če ni protipravno storilčevo ravnanje, je še manj lahko protipravno privoliteljevo.

otroka, ki ga bosta posvojila moški – dajalec semena²¹ in njegova neplodna žena. Poznamo dva temeljna tipa nadomestnega materinstva. Pri prvem je nadomestna mati tudi genetska mati otroka, ki je bila umetno oplojena s semenom moškega, ki pripada paru – posvojitelju. V drugem primeru nadomestna mati zagotovi samo nošenje otroka, s katerim nima nobene genetske povezave in ki je genetsko v celoti²² povezan s parom posvojiteljev (definicija povzeta po deklaraciji Svetovnega zdravniškega združenja o nadomestnem materinstvu, sprejeti leta 1992 v Marbelli, objavljeni v Dolenc, 1993: 189).

Na prvi pogled se zdi, da je nasprotovanje nadomestnemu materinstvu neutemeljeno. Če je mogoče neodplačno dati organ ali tkivo človeškega telesa, bi bilo povsem razumljivo, da je določen organ mogoče tudi posoditi, seveda pod pogojem svobodnosti, neodplačnosti ter medicinske upravičenosti takšnega posega.²³ Vendar s takšnim stališčem pozabljamo, da gre ne le za razmerje med nadomestno materjo in posvojiteljema, ampak tudi za razmerje vseh navedenih do otroka, ki se ima na takšen način roditi.

Prepoved nadomestnega materinstva, ki je pogosta v mnogih državah sveta, ne pa tudi npr. v nekaterih zveznih državah ZDA, izvira iz varstva koristi otroka in posebej iz varstva posebne vezi med otrokom in njegovo materjo – žensko, ki ga je nosila in rodila.

Francosko kazensko pravo sledi po svoji naravi javnopravni prepovedi nadomestnega materinstva iz člena 16-7 francoskega civilnega zakonika (code civil – v nadaljevanju CC). Ta določa ničnost dogovorov v zvezi z oplojevanjem in nosečnostjo za račun drugega.²⁴ Člen 227-12 CP v I. odstavku inkriminira osebo, ki s pridobitnim namenom s pomočjo nagrade, obljube, grožnje ali zlorabe avtoritete pripravi starše ali enega izmed njih, da zapusti že rojenega otroka ali otroka, ki se ima roditi. Predpisana kazen je šest mesecev zapora in denarna kazen 7.500 EUR. Kdor s pridobitnim namenom posreduje med osebo, ki želi

²¹ Izključiti ni mogoče niti takšnega dogovora, pri katerem nobeden izmed posvojiteljev ni genetski roditelj posvojenca in je dajalec semena tako neka četrta oseba, ki pa po posvojitvi ravno tako nima nobenih statusnopravnih razmerij do otroka.

²² Zamislimo si lahko tudi položaj, ki vključeval tri različne ženske: ena bi darovala jajčno celico, druga bi otroka nosila in rodila, tretja pa bi ga posvojila.

²³ Rodota navaja še nek argument, naveden v sodbi višjega sodišča v ameriški zvezni državi New Jersey v primeru, znanem kot Baby M. Po stališču tega sodišča je svoboda prokreacije (razmnoževanja) absolutna in izhaja iz pravice do zasebnosti. Prepoved nadomestnega materinstva bi pomenila tudi kršitev pravice do enakosti iz XIV amandmaja k ustavi ZDA, saj sme moški postati »nadomestni oče« z razpolaganjem s svojo spermo, ženska pa ne sme postati nadomestna mati. Če sme moški prosto razpolagati s svojimi razmnoževalnimi sredstvi, mora biti to dovoljeno tudi ženski (Rodota, 1992: 16-17).

²⁴ Še pred to novelo iz leta 1994 je nadomestno materinstvo prepovedovala jurisprudenca. Tako je občna seja civilnega oddelka Vrhovnega sodišča Francije leta 1991 odločila, da je dogovor, s katerim se ženska zaveže, četudi na neodplačnem temelju, da bo spočela in nosila otroka, ki ga bo po rojstvu zapustila, v nasprotju z načelom javnega reda o nerazpoložljivosti človeškega telesa kakor tudi s tistim o nerazpoložljivosti osebnih stanj (Mega CC, 2000: 1020).

posvojiti otroka, in staršem, ki rojenega ali še ne rojenega otroka želi zapustiti, se kaznuje z zaporom do enega leta in denarno kaznijo 15.000 EUR (II. odstavek istega člena). Z enako kaznijo se kaznuje posredovanje med osebo ali parom, ki želi imeti otroka, in žensko, ki privoli nositi v sebi tega otroka z namenom, da mu ga preda. Če je to storjeno s pridobitnim namenom ali če se posrednik s tem redoma ukvarja (»obrtoma pečča«), je predvidena kazen podvojena (vse III. odstavek istega člena). Poskus dejanj iz II. in III. odstavka je kazniv. Omenjena kazniva dejanja so uvrščena v četrti odsek šestega poglavja druge knjige CP. Odsek nosi naslov »napadi na družinska razmerja« (»des atteintes à la filiation«), poglavje pa »napadi na družino in mladino« (»des atteintes aux mineurs et à la famille«).

Iz sistemske uvrstitve kaznivih dejanj je razvidno, da objekt varstva ni človeško telo, temveč je poudarek na varstvu nerojenega ali rojenega otroka oziroma njegove povezave z žensko, ki ga je rodila in ki jo ne glede na njeno genetsko razmerje do otroka štejemo za njegovo mater.²⁵ Nobena izmed inkriminacij člena 227-12 CP ni določila kot kaznivo ravnanje matere, ki se odloči za nadomestno materinstvo. Zaznati je mogoče kriminalitetnopolitični nagib, da je dejanje ženske, ki se odloči nositi in roditi otroka za drugega, storjeno iz stiske, zaradi česar bi bilo, enako kot v primeru odvzemov delov človeškega telesa, kaznovanje nehumano in neracionalno. Enako velja, če se za takšno ravnanje ženska odloči iz izrazito plemenitih nagibov. A zamisliti si je mogoče primere, ko ženska to stori brez stiske in s čistim pridobitnim namenom oziroma iz drugih nagibov, v katerih kazensko pravo ne more videti stiske, v katero ne more vplivati na drugačno ravnanje oziroma v kateri ne more ukrepati na human način.²⁶ Primerneje bi zato bilo, če bi kazensko pravo inkriminiralo tudi ravnanje nadomestne matere, okoliščine, iz katerih se za to dejanje odloči, pa upošteva prek različnih institutov splošnega dela (v slovenskem pravnem redu prek instituta dejanja majhnega pomena, upoštevajoč predvsem storilkine osebne okoliščine ter okoliščine v zvezi z dejanjem) ali prek odmere kazni. Večinoma ni kazniv niti par, ki se nadomestnega materinstva posluži, da bi prišel do otroka. Izjemo predstavlja omenjeni I. odstavek člena 227-12 CP. Njegov opis izpolni par, ki s plačilom pripravi žensko, ki »njunega« otroka nosi, da ga po rojstvu zapusti (seveda v njuno korist). Kriminalitetnopolitično je razumljiva njuna stiska, v kateri na drug

²⁵ Preveč bi bilo seveda pričakovati, da bi bilo iz določb CP razvidno, ali kazensko pravo razume to vez samo v simbolnem smislu ali pristaja na obstoj subtilnejših povezav med otrokom in materjo.

²⁶ Podobno se misli, da je prostitucija redoma dejanje, za katerega se oseba, ki se prodaja, odloči, ker nima drugačnih možnosti za preživetje ali ker je v to prisiljena iz drugih razlogov. A raziskave kažejo, da se osebe, ki se prostituirajo, za to odločijo tudi zaradi »slajšega kruha«, vznemirjenja ipd. (Glej npr. Bartol, 1995: 357-361).

način ne moreta priti do otroka, zato rešitev CP, da ravnanja para pri nadomestnem materinstvu načeloma ne napravi za kaznivo, ni mogoče oceniti kot neprimerno. Sodna praksa pa je pred sprejemom novega CP za primere nadomestnega materinstva uporabljala določbo druge alineje člena 353-1 starega CP, ki je določal, da se kaznuje, kdor pripravi k podpisu ali poskuša pripraviti enega od ali oba bodoča starša k podpisu dogovora, s katerim se zavezujeta zapustiti otroka, ki se bo rodil (sodba sodišča v Pauju leta 1991 – CP Dalloz, 2000: 425). Za dejanje je bila predvidena kazen od deset dni do šest mesecev zapora in od 500 do 20.000 FRF denarne kazni. Stari CP je torej že samo sklenitev pogodbe štel za tako družbeno nevarno, da zahteva kazenskopravno intervencijo, kar je treba oceniti kot dokaj represivno. Novi CP določbe ni povzel.

V slovenskem pravnem redu je nadomestno materinstvo prepovedano (7. člen ZZNPOB). Odgovorna oseba pravne osebe in pravna oseba, ki opravi postopek oploditve z biomedicinsko pomočjo zaradi nadomestnega materinstva, se kaznuje za prekršek po I. točki I. odstavka 43. člena ZZNPOB oziroma po II. odstavku istega člena. Oploditev z biomedicinsko pomočjo pri nadomestnem materinstvu je za storilca kazniva kot prekršek po 44. členu ZZNPOB, če sodeluje v skupini biomedicinskih strokovnjakov. Predpisana kazen je od 50.000 do 150.000 SIT. Takšna rešitev je povsem neprimerna in praktično neresna, saj po družbeni nevarnosti dejanja ne gre zgolj za prekršek, glede na to pa je tudi predpisana zgolj bagatelna sankcija. Generalnopreventivnega učinka norma praktično sploh nima, saj se bo storilec za sodelovanje pri nadomestnem materinstvu predvidoma odločil zaradi materialne koristi, ki bo gotovo preseгла predpisani posebni maksimum kazni. Tudi ni jasno, zakaj se storilec kaznuje le v primeru, če oploditev opravi v skupini biomedicinskih strokovnjakov, ne pa npr. kot zdravnik posameznik. Sploh pa ni kaznivo samo dejanje nadomestnega materinstva niti napeljevanje k temu oziroma posredovanje pri tem npr. kot posredovanje med nadomestno materjo in parom posvojiteljev.

KZ bi bilo treba ustrezno popraviti tako, da bi vnesli primerne inkriminacije v poglavje kaznivih dejanj zoper zakonsko zvezo, družino in mladino, sledeč povedanemu v zvezi s francosko ureditvijo.

4. Biomedicinski poskusi na človeku

Gre za pomembno področje sodobne biomedicine, ki je zaradi težkih zgodovinskih izkušenj posebej občutljivo. Hkrati je to področje v intenzivnem pravnem razvoju, kar kaže npr. sprejem Dodatnega protokola k EKBM o biomedicinskem raziskovanju, ki je začel veljati 1.

9. 2007. Glede na navedeno je to področje potrebno posebnega, dodatnega študija. V pomanjkanju možnosti na tem mestu predstavljam zgolj aktualne rešitve francoskega in slovenskega kazenskega prava.

V Franciji je nekaj kaznivih dejanj s področja nedovoljenih poskusov sprejetih v CP. Gre za kaznivo dejanje biomedicinskega poskusa brez svobodne in zavestne privolitve (člen 223-8 CP). Za dejanje je predvidena kazen do treh let zaporu in denarna kazen 45.000 EUR. Enako se kaznuje raziskovalec, ki s poskusom nadaljuje, čeprav je poskusna oseba privolitev umaknila (drugi odstavek istega člena). Kaznivo dejanje je vključeno v drugo knjigo CP, to je med napade na človekovo osebo, in ne v peto knjigo, kot dejanja v zvezi z nedovoljenimi presaditvami delov človeškega telesa. Objekt varstva torej ni telo in abstracto, temveč konkretna oseba. Poleg tega pa je zakonodajalec leta 2004 v peto knjigo CP vključil nova kazniva dejanja, ki se nanašajo na nedovoljeno znanstveno raziskovanje genetskega materiala, organov, tkiv, celic in krvi (člena 511-5-1 in 511-5-2 CP).

Ostala kazniva dejanja so vključena v stransko kazensko zakonodajo in sicer v zakonik javnega zdravja (CSP). Ta varuje določene posebej ranljive skupine oseb. Kaznivo je izvajanje poskusov na nosečnicah in doječih materah, če take raziskave lahko vplivajo na njihovo zdravje ali na zdravje otroka, absolutno pa je kazniv neterapevtski poskus na osebah, ki jim je bila vzeta prostost, skoraj absolutno²⁷ pa na polnoletnih osebah pod skrbništvom, na mladoletnih osebah in na osebah, ki se nahajajo v sanitarni ali socialni ustanovi (člen 209-6 CSP). Kaznivo je izvajanje poskusov brez ustrezne upravne dovolitve (člen 209-20 CSP) ter različne druge kršitve, ki bi pravzaprav bolj sodile v upravno kazensko pravo (npr. izvajanje raziskave v neprimernih prostorih, izvajanje raziskave brez ustreznega zavarovanja izvajalca ipd.).

Francosko kazensko pravo ne inkriminira odplačnega sodelovanja v biomedicinskih poskusih, kar je posebej nenavadno glede na določbo člena 16-9 CC, ki odplačnost prepoveduje, prav tako pa ne inkriminira posebej drugih ravnanj, ki bi štela za protipravna po pravilih, ki so nastala v času nuernberških procesov zoper osebe, ki so izvajale poskuse na ljudeh v času nacističnega režima. Nekateri avtorji, npr. Robert, so mnenja, da to še ne pomeni nekaznivosti teh ravnanj. Po naturalistični koncepciji bi taka ravnanja lahko izpolnila zakonske opise kaznivih dejanj telesnih poškodb, njihova protipravnost pa ne bi bila izključena (stališče navajano po Arnoux, 1995: 271-272 – avtorica sama je mnenja, da bi v takem primeru šlo za preširoko interpretacijo kazenskega prava). Če bi tej logiki sledili, bi takšna ravnanja lahko

²⁷ Neterapevtski poskus je vseeno dovoljen, če ne predstavlja nobene resne nevarnosti za njihovo zdravje, če je koristen za osebe enake starosti, z enako boleznijo ali prizadetostjo in če ga drugače ni mogoče izvesti.

izpolnila tudi zakonski opis kakšnega ogrožitvenega kaznivega dejanja zoper človekovo zdravje.

Že takoj na začetku je treba ugotoviti, da slovensko kazensko pravo ne vsebuje nobenih posebnih inkriminacij ali drugih določb, ki bi se nanašale na poskus na človeku. Kakor v francoskem pravnem redu je terapevtski poskus mogoče obravnavati pretežno po splošnih načelih, ki veljajo za medicinske posege. Ravnanja, ki bi jih v okviru neterapevtskih poskusov lahko šteli za odklonska, utegnejo izpolniti zakonske opise nekaterih kaznivih dejanj zoper človekove pravice, npr. prisiljenja po 142. členu KZ (v primeru poskusa brez privolitve), grdega ravnanja po 146. členu KZ, v primeru težjih posledic za zdravje in življenje poskusne osebe pa tudi katere izmed oblik telesnih poškodb, povzročitve smrti iz malomarnosti ali celo umora (ob upravičenosti očitka naklepa). Kljub temu, da nekateri primeri ne bi ostali brez kazenskopravnega odziva, pa je treba takšen odnos slovenskega kazenskega prava do biomedicinskih poskusov treba oceniti kot neustrezen, saj ne upošteva simbolnih specifik tega področja in družbene nevarnosti deviantnih ravnanj na tem področju; prav tako pa do tega področja sploh nima izdelanega stališča in zato tudi ni presenetljivo, da ne inkriminira vseh ravnanj, ki bi jih moralo določiti kot kazniva.

Temu ob rob je treba dodati, da slovenska pravna ureditev biomedicinskih poskusov sploh ni ustrezno uravnotežena. V drugem stavku 18. člena URS najdemo prepoved izvajanja medicinskih in drugih znanstvenih poskusov brez svobodne privolitve. Ustavodajalec se je tako odločil, da podeli temeljnemu načelu za dopustnost biomedicinskih poskusov ustavni pomen. Ker je pravice in obveznosti ljudi mogoče urejati le z zakonom (87. člen URS), je presenetljivo, da ni, kakor v Franciji, sprejet poseben zakon, ki bi to področje urejal, prav tako pa mi ni znano, da bi se takšen akt pripravljala. Smernice Komisije za medicinsko etiko (KME), ki to področje urejajo, ne glede na ustreznost ali neustreznost njihove vsebine s formalnega vidika niso primeren pravni vir. Neobstoj posebnega zakona in vsakršnih kazenskih določb je tako potrebno oceniti kot ustavno sporen.²⁸

²⁸ Za posebno področje kliničnega preizkušanja zdravil je minister za zdravje leta 2000 izdal pravilnik (Uradni list RS, št. 67/2000). Pravilnik, ki je obsežen in temeljit, z namenom varstva preizkušanca (kakor imenuje poskusno osebo), našteva tudi njegove pravice, obveznosti in odgovornosti (členi 14-19 pravilnika). S formalnega vidika pa je takšna rešitev nezadostna, saj je iz navedenih razlogov celotno področje biomedicinskih poskusov treba urediti z zakonom.

Po nekaterih informacijah naj bi poseben zakon pripravili po sprejemu dodatnega protokola k EKBM, ki je posebej uredil področje biomedicinskega raziskovanja in je pričel veljati v teh dneh.

5. Kazenskopravno varstvo nerojenega človeškega bitja

Eno izmed temeljnih vprašanj razvoja sodobne biomedicine je položaj ter obravnavanje človeškega bitja pred njegovim rojstvom. Daljša analiza, ki smo jo opravili za potrebe doktorske disertacije, je pokazala, da nerojenega človeškega bitja ni mogoče šteti med stvari, prav tako pa nimamo zadostnih argumentov za to, da bi ga vrednotili kot osebo. Zato je najprimernejše, da ga štejemo kot entiteto s pravnim statusom *sui generis*. Ker ni stvar, mu je v določenih ustrezno utemeljenih primerih nuditi tudi neposredno (kazensko)pravno varstvo.

Prav francosko kazensko pravo se je odločilo nerojenemu človeškemu bitju nuditi neposredno varstvo. V prvo poglavje prvega naslova pete knjige CP je vključilo poseben, tretji odsek z naslovom »o varstvu človeškega zarodka« (»de la protection de l'embryon humain«). Tamkajšnja kazniva dejanja je mogoče razdeliti med težja in lažja. Za težja je zagrožena kazen zapora do sedmih let in denarna kazen 100.000 EUR, za lažja pa kazen zapora do dveh let in 30.000 EUR denarne kazni. Med težja kazniva dejanja sodi trgovanje z zarodki (člen 511-15 CP) oziroma drugo nedopustno²⁹ razpolaganje z zarodki (člen 511-16 CP), zunajtelesna oploditev v industrijske in komercialne (člen 511-17 CP), kloniranje zarodkov v raziskovalne in terapevtske namene (člena 511-18 in 511-18-1 CP) in končno nedovoljeno raziskovanje na zarodkih (člen 511-19 CP). Med lažja kazniva dejanja sodijo nedopustna prenatalna diagnostika (člen 511-20 CP), nedopustna predvsaditvena diagnostika (člen 511-21 CP), biomedicinska pomoč pri oploditvi s kršitvijo pravil o upravni dovolitvi (člen 511-22 CP) in vsaditev zarodka brez vnaprejšnje oprave zakonsko zahtevanih testov za odkrivanje različnih bolezni (člen 511-25 CP). Vmes med težjimi in lažjimi kaznivimi dejanji se nahajata inkriminacija biomedicinske pomoči pri oploditvi, za katero ni ustreznih zakonskih razlogov (člen 511-24 CP), z zagroženo zaporno kaznijo do petih let in 75.000 EUR denarne kazni ter nedovoljen vnos ali iznos zarodkov iz države (člen 511-23 CP) z zagroženo zaporno kaznijo do treh let zapora in 45.000 EUR denarne kazni..

Določbe francoskega CP gre oceniti za zelo represivne tako glede obsega inkriminiranih dejanj kot glede predpisanih sankcij za posamezna kazniva dejanja. Po mojem mnenju so manj smiselne inkriminacije nedopustne predvsaditvene in prenatalne diagnostike (člena 511-20 in 511-21 CP) ter kršitve pravil o upravni dovolitvi posameznim medicinskim centrom (člen 511-22 CP). Nobeno od teh ravnanj po mojem mnenju vsaj v sodobnem evropskem okolju ne predstavlja niti abstraktne ogrožitve varovanih pravnih dobrin. Namen kaznivosti nedopustne diagnostike je domnevno v tem, da bi starši zarodka želeli izvedeti za otrokov

²⁹ CSP določa ozke pogoje za darovanje zarodka. Ravnanje v nasprotju s temi pogoji je inkriminirano s členom 511-16 CP.

spol ali kakšne druge njegove značilnosti, ki objektivno niso patološke narave, dovolj zgodaj, da bi se v primeru za njih nezaželenih rezultatov odločili za še legalen splav ali za terapijo, če je ta glede konkretne značilnosti mogoča. Odločitev za splav, ker je otrok npr. deklca, je gotovo nemoralna in ne pomeni le napada na konkretni zarodek, temveč na celoten ženski spol. Vendar je kaznivost diagnosticiranja spola zaradi potencialnih abortusov primernejša za okolja, kjer je takšna ravnanja realno pričakovati v primernem številu – takšno rešitev je npr. sprejela Indija (De la Ossa Rubio, 2001: 26).³⁰ Osamljeni primeri v evropskem okolju ne morejo predstavljati resnične nevarnosti za ženstvo, zato inkriminacija ni smiselna. Enako velja za druge, spolu podobne dedno pogojene lastnosti. Napade na celoten ženski spol pa je mogoče preprečevati tudi z inkriminacijo izbire spola otroka. Navedena dejanja iz členov 511-20, 511-21 in 511-22 CP bi bilo po mojem mnenju povsem ustrezno obravnavati kot prekršek. Za ostala dejanja utegne biti primerno, da so inkriminirana. Vendar so mestoma določene prestroge kazni. Tipičen primer, ki ga izpostavlja tudi Prothais (2000: 43-44), je nedopustno raziskovanje na človeških zarodkih. Predpisana je namreč mnogo strožja kazen kot za raziskovanje na rojenem človeškem bitju, ki ni podalo oziroma za katerega ni bila podana ustrezna privolitev. Predpisana kazen bi morala biti ustrezno uravnotežena. Kazni, predpisane za nekatera druga kazniva dejanja, so stroge, vendar uravnotežene z ostalimi kaznivimi dejanji podobne narave (npr. za trgovanje z zarodki je predvidena enaka kazen kot za trgovanje z organi).

Slovenski KZ ne vsebuje nobenih kaznivih dejanj s področja ravnanja z nerojenim človeškim bitjem. Kazenskopravno varstvo tega bitja je zgolj posredno, prek varovanja nosečnice, npr. s kaznivim dejanjem malomarnega zdravljenja (190. člen KZ), opustitve zdravstvene pomoči (189. člen KZ), nedovoljene presaditve delov človeškega telesa (191. člen KZ), nedovoljene prekinitve nosečnosti (132. člen KZ) ipd. (Merc, 1995: 367). Skladno z izhodiščnim sklepom mora biti nerojeno človeško bitje deležno tudi neposrednega kazenskopravnega varstva, zato je slovenska ureditev neustrezna. Takšno varstvo so si snovalci biomedicinske zakonodaje s tega področja sicer zamislili (Žnidaršič, 1998: 233), a zaenkrat ni izpeljano.

V ZZNPOB je najti več prekrškovnih določb, ki se nanašajo na nedopustno izvajanje oploditve z biomedicinsko pomočjo in na nedopustno ravnanje z zarodki. Zdravnik, ki kot storilec teh dejanj sodeluje v skupini biomedicinskih strokovnjakov, se kaznuje z denarno

³⁰ Avtorica predstavlja zanimivo stališče, po katerem takšna inkriminacija tudi v indijskem okolju prinaša več škode kot koristi. Prepoved izbire in zgodnje diagnostike spola pomeni, da se bodo pari zatekali k diagnostiki v poznejših obdobjih nosečnosti in nevarnejšim abortusom ter celo k infanticidom, če se rodi deklca. Zato bi bilo boljše, če bi ugotavljanje spola dopustili že v najzgodnejših obdobjih nosečnosti.

kaznijo od 50.000 do 150.000 SIT (44. člen ZZNPOB), v več primerih pa je predvidena tudi kaznivost pravne osebe in odgovorne osebe pravne osebe (43. člen ZZNPOB). Takšno rešitev sem kritiziral že v zvezi z nadomestnim materinstvom, na tem mestu zaradi večje stopnje zavržnosti in družbene nevarnosti pa tamkaj povedani argumenti veljajo še bolj. Kakor sem za francosko kazenskopravno ureditev ugotovil, da je mestoma pretirano represivno naravnana, pa represivne norme v slovenskem pravnem redu na tem področju delujejo povsem neresno – od njih ni pričakovati ne simbolnega ne generalnoproventivnega učinka in je povsem vseeno, če jih sploh ne bi bilo.

Materija kaznovalnih določb za nedopustna ravnanja v zvezi z nerojenimi človeškimi bitji sodi v KZ, gotovo pa je res, da je njihova umestitev posebej težavna. KZ namreč nima, tako kot to velja za CP, posebnega dela ali poglavja, v katero bi sodile inkriminacije, ki jih ni mogoče uvrstiti v nobenega izmed poglavij ali delov, ki imajo za objekt varstva tradicionalne pravne dobrine.

6. Biomedicinska ravnanja, ki kršijo načelo človekove enkratnosti

V doktorski nalogi sem obširno dokazoval, da je človekovo dostojanstvo temeljni usmerjevalec pravnega in posebej kazenskoprnega uokvirjanja razvoja sodobne biomedicine. Hkrati je bilo tam ugotovljeno, da je pomen človekovega dostojanstva težko ujeti in da ga različni avtorji najlažje definirajo na negativen način, z naštevanjem ravnanj, ki so z njim v nasprotju. Znana francoska penalistka Mireille Delmas-Marty pa je ravno v razpravi v zvezi z nekaterimi najtežjimi hudodelstvi z uporabo biomedicine in njenih spoznanj skušala postaviti pozitivno definicijo človekovega dostojanstva. Tega po njenem mnenju v »najmočnejšem pomenu pojma« (»au sens le plus fort du terme«) sestavljata človekova enkratnost (singularité) in enaka pripadnost človeštvu (égale appartenance à l'humanité – avtoričino mnenje navajam po Ambroselli, 1998: 87). Oba termina, ki ju avtorica uporablja, sta prav tako kot človekovo dostojanstvo do neke mere nedoločena in tudi v zvezi z njima je mnogo lažje iskanje konkretnih ravnanj, ki obe vrednoti kršijo. Kljub temu pa imata oba termina pomembno razlagalno vrednost pri utemeljevanju zavržnosti, pa tudi družbene nevarnosti nekaterih ravnanj s področja biomedicine. V tej točki se posvečam obravnavanju ravnanj, ki so v nasprotju z načelom enkratnosti vsakega človeškega bitja. Kot ravnanji, ki sta z vidika tega načela posebej problematični, izpostavljam kloniranje in gensko terapijo spolnih celic.³¹

³¹ Delmas-Martyjeva primeroma našteva ravnanja, ki so v očitnem nasprotju z načelom enkratnosti. Tudi po njenem mnenju mednje sodi izdelava identičnih bitij, pa tudi izločitev ali celo uničenje celotnih skupin iz rasnih,

Ker je reproduktivno kloniranje šteti za hud poseg v človekovo dostojanstvo, njegova teža pa je v obstoječem stanju biomedicinske znanosti in tehnologije podkrepljena z veliko nevarnostjo za klonovo zdravje ali celo življenje, je to obliko kloniranja treba vsaj *de lege ferenda* šteti za hudo kaznivo dejanje, morda kar za hudodelstvo. Terapevtsko kloniranje pa pomeni tako nedopustno ravnanje v zvezi s človeškim zarodkom, da je primerno tudi njegovo inkriminiranje. V nadaljevanju se posvečam obravnavanju kloniranja v francoskem in slovenskem kazenskem pravu.

V francoskem pravu kloniranje sprva ni bilo niti izrecno prepovedano niti izrecno kaznivo. Kljub temu so bile pogoste težnje k razlagi predpisov, po kateri bi bilo kloniranje tako prepovedano kot kaznivo. Na zahtevo predsednika republike je francoski posvetovalni odbor za biomedicinsko etiko (CCNE) leta 1997 v sprejel stališče, da norme biomedicinskih zakonov iz leta 1994 prepovedujejo tudi kloniranje, predvsem člen 16-4 CC in člen 152-1 CSP.³² Vendar interpretativno izvajanje prepovedi večine strokovnjakov ni zadovoljila, zato je npr. Lenoirjeva predlagala izrecno prepoved (Lenoir, 2001: 7), podobno tudi različne državne institucije, npr. Državni svet (Conseil d'Etat), ki je vladi predlagal tako izrecno prepoved kot izrecno inkriminacijo kloniranja (Delofre-Vye, 1999: 225).

Reproduktivno kloniranje je od leta 2004 izrecno inkriminirano s členom 214-2 CP. Zagoržena je kazen do 30 let strogega zapor in denarna kazen 7.500.000 EUR. Če dejanje stori hudodelska združba, je zagrožena dosmrtna zaporna kazen (člen 214-3 CP) Enaka kazen je predvidena za sodelovanje v hudodelski združbi ali v primeru dogovora za kaznivo dejanje, če je na podlagi tega prišlo do pripravljalnih dejanj (člen 214-4 CP). Za razliko od drugih biomedicinskih ravnanj se kaznuje tudi tisti, ki dopusti odvzem lastnih spolnih ali drugih celic z namenom reproduktivnega kloniranja (člen 511-1 CP). Zagrožena je kazen do 10 let zapor in denarna kazen 150.000 EUR. Kaznivo je tudi napeljevanje k temu dejanju in propaganda

etničnih ali genetskih razlogov. Tudi slednje ravnanje je nedvomno v nasprotju z načelom enkratnosti, saj od posameznika odmisli vse njegove ostale značilnosti, naj bodo pomembne ali ne, in ga obravnava le kot nosilca npr. neke manj zaželene dedno pogojene in prenosljive lastnosti. Vendar pa je takšno ravnanje še bolj v nasprotju z načelom enake pripadnosti človeštvu, saj izločitev in diskriminacija temeljita na podmeni, da določenim pripadnikom človeške vrste zaradi te ali one lastnosti ne gre enak prostor pod soncem. Zato taka ravnanja obravnavam na tistem mestu v nalogi, ki govori o kršitvah načela enake pripadnosti človeštvu, ki jih je mogoče storiti z uporabo spoznanj sodobne biomedicine.

³² Člen 16-4 CC določa nedotakljivost človeške vrste ter prepoveduje genetsko selekcijo oseb in gensko modifikacijo z namenom vplivati na potomstvo posamezne osebe. Člen 152-1 CSP pa določa, da je klinične in biološke postopke za oploditev z biomedicinsko pomočjo dovoljeno uporabljati v namene spočetja in vitro, prenosa zarodka in umetne inseminacije ter druge tehnologije z enakim učinkom, ki omogočajo razmnoževanje izven naravnega postopka. A contrario so druge tehnologije oziroma drugačna uporaba teh tehnologij prepovedane.

kloniranja. Za to je zagrožena kazen do treh let zapor in denarna kazen 45.000 EUR (člen 511-1-2 CP). Zgoraj sem že predstavil inkriminacije kloniranja v terapevtske in znanstvene namene.

Slovensko pravo v peti alineji 33. člena ZZNPOB izrecno prepoveduje v postopku oploditve z biomedicinsko pomočjo omogočiti nastanek zarodkov z isto dedno zasnovo ali zarodkov, ki so po dedni zasnovi istovetni z drugo živo ali mrtvo osebo. Kloniranje naj bi prepovedoval tudi bodoči zakon o genski tehnologiji (Trontelj, 1998b: 413).

Tem prepovedim pa ne sledi kazenskoppravna inkriminacija, za razliko od francoske ureditve pa v KZ sploh ni najti kaznivega dejanja, ki bi obsegalo kakršnokoli obliko kloniranja, ne glede na njegov obseg in namen. Ker je Slovenija pogodbenica tako EKBM kot njenega prvega protokola, je obvezana k ustreznemu sankcioniranju vsaj reproduktivnega kloniranja. Glede na stopnjo moralne zavržnosti in družbene nevarnosti kloniranja to seveda ne more biti inkriminirano kot prekršek, temveč le kot kaznivo dejanje s primerno strogo predpisano kaznijo.³³ Osebno menim, da bi bilo treba reproduktivno kloniranje (s povzetjem njegove definicije iz EKBM) inkriminirati kot težje kaznivo dejanje s strogo kazensko sankcijo – sledeč predlogu Delmas-Martyjeve tudi s kaznijo zapor do petnajstih let. Kaznivo naj bo tudi terapevtsko kloniranje kot privilegirana oblika kaznivega dejanja, zagrožena kazen pa naj bo primerljiva s kaznimi, predvidenimi za nedopustna ravnanja z nerojenim človeškim bitjem.

Precej podobnosti s kloniranjem ima tudi genska manipulacija spolnih celic. Tudi v tem primeru gre za načrtovanje (genskih) lastnosti potomstva, ki naj za razliko od klona ne bo identično s kakšnim živim ali že umrlim človeškim bitjem, temveč naj ima takšne lastnosti, kakor so si jih zamislili njegovi načrtovalci. Genska manipulacija spolnih celic pomeni intervencijo na genskem materialu reproduktivnih celic, ki ima za posledico spremembo genoma celotnega posameznika. Od manipulacije telesnih celic se razlikuje po tem, da se genetska sprememba prenese iz generacije v generacijo (Giudicelli, 1993: 227).

Odnos do genske manipulacije spolnih celic je pretežno negativen. Med drugim jo izrecno prepoveduje EKBM v 13. členu. V francoskem pravnem redu je prepovedana s III. odstavkom člena 16-4 CC. Takšna prepoved je predvidena tudi za slovensko pravo z zakonom o genski tehnologiji (Trontelj, 1998b: 413). Razlogi za odklanjanje so, tako se zdi, zelo raznoliki. Trontelj kot razlog navaja nezadostno varnost tega posega. Potem ko bosta biomedicinska znanost in tehnologija toliko napredovali, da bo poseg mogoče varno opraviti, bi bilo po avtorjevem mnenju vztrajanje pri prepovedi v nasprotju z načeli etike (isti, prav tam). Za

³³ V slovenski doktrini sva se za inkriminacijo kloniranja dosedaj izrecno izrekla Šelihova (1998: 165) in Bošnjak (1998: 277), sam tudi s konkretnim predlogom besedila inkriminacije.

razliko od kloniranja tudi ni povsem jasno nasprotje takšne manipulacije z načelom enkratnosti. Zdi se prav narobe, novoustvarjeno bitje bo genetsko enkratno. Vendar nevarnost za kršitev načela enkratnosti in s tem načela človekovega dostojanstva ni izključena. Če je manipulacija opravljena z namenom totalnega načrtovanja lastnosti v bodoči osebi, sta tej osebi odvzeti njena svoboda in avtonomija. Genska manipulacija spolnih celic je lahko opravljena tudi z namenom ustvariti bitje, ki bi imelo naravo »nadčloveka« ali »podčloveka«, kar je v nasprotju z načelom enake pripadnosti človeštvu.

Glede na obstoječe stanje stvari je upravičena (in glede na zavezanost EKBM tudi nujna) prepoved takšne manipulacije, smiselna pa je tudi njena inkriminacija spričo družbene nevarnosti – ogrožanja človekovega zdravja, t.j. zdravja osebe, ki bi iz takšnih celic končno tudi nastala. Po pričakovanem napredku biomedicine pa je treba genski modifikaciji spolnih celic vrata odpirati počasi in z visoko stopnjo previdnosti. Temelj za odpiranje vrat mora biti terapevtski namen, z ustreznim strogim nadzorom, ki naj prepreči njeno uporabo v nasprotju s človekovim dostojanstvom.

7. Sodobna biomedicina in enaka pripadnost človeštvu

Druga izmed »sestavin« načela človekovega dostojanstva, kakor ga definira Delmas-Martyjeva, je načelo enake pripadnosti človeštvu. Med ravnanja, ki so s tem načelom v nasprotju in jih je mogoče storiti ali bi jih bilo v prihodnosti morda mogoče storiti s pomočjo spoznanj in tehnologij, ki jih nudi ali ki jih utegne ponuditi razvoj biomedicine, lahko uvrstimo diskriminatorna ravnanja na temelju dednih značilnosti (ta ravnanja segajo od označevanja prek izključevanja do uničevanja oseb s temi značilnostmi), ustvarjanje oseb s posebnimi, »boljšimi« dedno pogojenimi značilnostmi in ustvarjanje takih značilnosti pri že živečih osebah (torej ustvarjanje nekakšnih »nadjudi«) ter končno ustvarjanje oseb s »slabšimi« dedno pogojenimi značilnostmi vse do ustvarjanje osebkov – križancev med človeško in kakšnimi drugimi vrstami (gre za ustvarjanje »podljudi«). V nadaljevanju se posvečam vsaki izmed skupin teh ravnanj.

Razpravljanju o diskriminatornem obravnavanju na temelju dednih značilnosti pridružujem vprašanje dopustnosti genskih preiskav – te so z diskriminacijo neločljivo povezane tako v smislu, da se s temi preiskavami ugotavljajo značilnosti, na podlagi katerih se nato izvaja diskriminacija in so zato predpogoj za diskriminacijo, kot tudi v smislu, da nedopustna genska preiskava sama po sebi ustvarja nevarnost diskriminacije. Zato bi bilo vprašanje nedopustnih genskih preiskav nesmiselno obravnavati v posebni točki, ločeno od vprašanja kršitve načela

enake pripadnosti človeštvu. Iz enakih razlogov temu razpravljanju pridružujem obravnavo genske manipulacije telesnih celic.

Nedopustna genska preiskava je sama po sebi, brez morebitne zlorabe z njo pridobljenih podatkov, tako družbeno nevarna, da utegne biti upravičeno njeno kazensko sankcioniranje. Tako se je odločil francoski zakonodajalec, ki je v členih 226-25 do 226-28 CP določil kot kaznive genske preiskave brez medicinskega, znanstvenega ali pravosodnega namena (člen 226-28 CP), medicinsko gensko preiskavo, opravljeno brez privolitve (člena 226-25 in 226-27 CP) ter uporabo z dopustno gensko preiskavo zbranih podatkov mimo namenov, za katere so bili zbrani (člen 226-26 CP)³⁴. Zagrožena je kazen zapora do enega leta in 15.000 EUR denarne kazni. Poskus je kazniv (člen 226-29 CP).

Nedopustna genska preiskava v slovenskem pravnem redu načeloma ni kazniva. Tudi na tem mestu velja obrazložitev, zakaj kaznivo dejanje prisiljenja (142. člen KZ) za primere oprave biomedicinskih posegov brez privolitve praviloma ne bo uporabljivo oziroma ne bo primerno. Po mojem prepričanju je nedopustna genska preiskava podobno resen poseg v posameznikovo zasebnost (gre tako za zasebnost osebe, katere genska zasnova je bila »preiskana«, kakor tudi za zasebnost njenih sorodnikov) kot npr. nedopustno slikovno snemanje, kršitev nedotakljivosti stanovanja ali kršitev tajnosti občil. Nedopustno napovedovanje bodoče patologije pa predstavlja dodatno psihološko obremenitev osebe, ki je s takšnim ravnanjem oškodovana (poleg preiskovane osebe so to predvsem njeni krvni sorodniki). Zato je primerno določiti kot kaznivo vsako nedopustno gensko preiskavo, ne glede na razlog njene nedopustnosti (za razliko od francoske ureditve, ki ravna pretirano kazuistično).

Kazenskopravno bariero med dopustno gensko preiskavo in nedopustno uporabo z njo zbranih podatkov pa v slovenskem pravnem redu ustrezno tvorita 153. člen KZ (neupravičena izdaja poklicne skrivnosti) in 154. člen KZ (zloraba osebnih podatkov). Posebnih modalitet, ki bi se nanašale na skrivnosti oziroma podatke iz genske preiskave, ne potrebujeata.

Na temelju z gensko preiskavo ugotovljenih genetskih značilnosti posamezne osebe je tej mogoče odreči kakšno pravico ali pravno korist, mu jo priznati v manjši meri, mu že pridobljeno pravico omejiti ali pa mu jo sploh odvzeti. Na ta način je tej osebi zanikana enaka pripadnost človeški skupnosti, ki bi mu brez vedenja o tej značilnosti šla.

Glede na zgodovinske izkušnje in družbeno nevarnost lahko diskriminacijo na temelju dednih značilnosti razdelimo na dve vrsti. Prvo je nedopustno razlikovanje posameznika, ki je praviloma prikrajšan za posamezno pravico (npr. za pravico do dela). V tem primeru gre za

³⁴ Omenjeno določbo je treba razumeti kot *lex generalis* v razmerju do posebnih oblik zlorab teh podatkov npr. v namene diskriminacije, kar je pokrito z drugimi inkriminacijami CP.

t.i. kršitev enakopravnosti. Drugo razlikovanje je evgenizem, ki skupini medsebojno gensko podobnih in superiornih posameznikov zagotavlja več pravic in boljši (pravni) položaj v primerjavi s kakšno drugo skupino, ki ji določene pravice oziroma položaj odreka.

V sodobnem času je kršitev enakopravnosti tudi kaznivo dejanje. Člen 225-1 francoskega CP diskriminacijo definira kot razlikovanje med posamezniki na temelju njihovega izvora, spola, družinskega stanja, zdravstvenega stanja, prizadetosti, navad, političnih prepričanj, sindikalne dejavnosti, resnične ali domnevne pripadnosti ali nepripadnosti posameznemu narodu, naciji, rasi ali verski skupnosti. Diskriminacija se kaznuje z zaporom do dveh let in z denarno kaznijo do 30.000 EUR, če je njena vsebina odrekanje kakšne dobrine ali usluge, onemogočanje normalnega izvajanja kakšne gospodarske dejavnosti, zavračanje zaposlitve, sankcioniranja ali pooblastitve kakšne osebe, ter pogojevanje dostopnosti kakšne dobrine, usluge ali delovnega mesta s katerim od kriterijev iz člena 225-1 CP (člen 225-2 CP). Slovenski KZ pa v 141. členu inkriminira ravnanje, ko kdo zaradi razlike v narodnosti, rasi, barvi, veroizpovedi, etnični pripadnosti, spolu, jeziku, političnem ali drugačnem prepričanju, spolni usmerjenosti, gmotnem stanju, rojstvu, izobrazbi, družbenem položaju ali kakšni drugi okoliščini koga prikrajša za katero izmed človekovih pravic ali temeljnih svoboščin, ki so priznane od mednarodne skupnosti ali določene z ustavo ali zakonom, ali mu takšno pravico ali svoboščino omeji, ali kdor na podlagi takšnega razlikovanja komu da posebno pravico ali ugodnost.

Določbi francoskega in slovenskega kazenskega zakonika imata vsaka po eno prednost in eno slabost. Prednost slovenskega KZ je, da nedopustne razlikovalne okoliščine le primeroma našteva, analogija intra legem, kakor je v 141. členu oblikovana, pa sme pokrivati tudi diskriminacijo na temelju genskih značilnosti. V primeru francoskega kazenskega zakonika je to razlikovanje treba tlačiti v okvir razlikovanja na temelju zdravstvenega stanja in prizadetosti, kar pa v vseh primerih ne more biti utemeljeno. Nasprotno pa je slabost KZ, da razlikovanje omejuje le na človekove pravice in temeljne svoboščine, CP pa je širši in zajema tudi npr. dobrine in usluge. Tisto, kar je največja skrb, je sicer v obeh primerih pokrito, saj je pravica do dela temeljna pravica. A dvomim, da bi bilo v Sloveniji kaznivo, če bi zavarovalnica za sklenitev življenjskega ali dodatnega zdravstvenega zavarovanja zahtevala kakšen podatek, ki ga je mogoče pridobiti s pomočjo genske preiskave. Pravica skleniti takšno zavarovanje, menim, ne obstaja. Nasprotno bi bilo to v Franciji kaznivo.

KZ bi bilo na tem mestu (in ne zgolj niti ne predvsem zaradi genetskih vprašanj)³⁵ kazalo le malo dopolniti. V delu besedila, ki kot kaznivo določa diskriminatorno podelitev ugodnosti, bi bilo primerno določiti tudi kot kaznivo tudi diskriminatorno odrekanje ugodnosti, koristi ali usluge.

Za razliko od diskriminacije posameznika je bistvo evgenizma v zagotavljanju več pravic in boljšega položaja določeni skupini ljudi, ki se od ostalih razlikuje po določenih bioloških ali vsaj biološko pogojenih značilnostih (pozitivni evgenizem), oziroma v odrekanju določenih pravic, izločanju ali celo eliminaciji določene skupine ljudi na temelju teh značilnosti (negativni evgenizem).

Kazensko pravo stoji pred ideološko dilemo, ali (ter v kolikšni meri in kako) zaščititi vizijo družbe, ki integrira in skrbi za drugačne in šibke, ali pa spričo vrednostnega relativizma močnejšim družbenim skupinam dopustiti, da prosto uporabijo svojo premoč in tako zaščitijo svoje interese, okrepijo svojo dominacijo in eliminirajo ali nevtralizirajo šibkejšje družbene elemente.³⁶ Po mojem prepričanju bi kazensko pravo prav na tem mestu moralo zavreči vrednostno izvotleno paradigmo.

Nomotehnično bi bilo treba pri evgenizmu ravnati podobno kot v primeru hudodelstva genocida in pri tem:

- jasno opredeliti storilčev namen (da bi zagotovil prevlado ali boljši položaj kakšni skupini ljudi na temelju njihovih genetsko ali drugače biološko pogojenih lastnosti ali domnevno genetsko ali drugače biološko pogojenih lastnosti oziroma da bi kakšno tako opredeljeno skupino postavil v slabši položaj);
- jasno opredeliti storilčevo ravnanje (stori, ukaže storiti – kaj: takšni skupini ljudi ali posameznikom, ki takšni skupini pripadajo ali domnevno pripadajo, dati kakšno pravico ali ugodnost ali ji nameniti kakšno korist oziroma drugi (manjvredni skupini) ljudi kakšno pravico ali ugodnost vzeti, ji jo omeji ali ji jo prizna v manjši meri kot drugim skupinam ali pripadnikom drugih skupin).

Posebno hudi primeri evgenističnih praktik, kakor jih poznamo npr. iz časa nacistične oblasti, pa lahko predstavljajo katero izmed mednarodnih hudodelstev, npr. genocid ali hudodelstvo zoper človečnost.

³⁵ Spremembe bi bili veseli npr. invalidi, ki so skladno s francosko jurisprudenco redno kazenskopravno varovani pred diskriminacijami na javnem mestu (npr. če jih ne želijo postreči v lokalni).

³⁶ Prosto pot evgenizmu sicer mimo kazenskega prava branijo tudi drugi pravni mehanizmi, predvsem ustavno pravo z načelom enakosti in ustavnosodnim varstvom tega načela. A ker je kazensko pravo samostojna disciplina, ki se mora ubraniti ancilarni vlogi, mora suvereno odgovoriti na tako pomembno družbeno dilemo.

V francoskem pravnem redu je evgenizem kazniv s členom 214-1 CP. Zagrožena je kazen do 30 let strogega zapora in denarna kazen 7.500.000 EUR. Če dejanje stori hudodelska združba, je zagrožena dosmrtna zaporna kazen (člen 214-3 CP) Enaka kazen je predvidena za sodelovanje v hudodelski združbi ali v primeru dogovora za kaznivo dejanje, če je na podlagi tega prišlo do pripravljajalnih dejanj (člen 214-4 CP).

Ena izmed skrb vzbujajočih možnih uporab spoznanj sodobne biomedicine je tudi ustvarjanje človeških ali človeško-živalskih hibridov in himer. Ustvarjanje takšnih bitij je problematično iz dveh vidikov. Prvi se nanaša na temeljni moralni občutek, ki je prizadet ob takšnem razvrednotenju človeka kot simbolnega bitja. To in ne morda evgenizem je resničen primer napada na človeško vrsto oziroma na našo predstavo o njenem položaju v svetu bivajočega. Mogoče si je zamisliti še nekaj podobno sprevrženih oblik napada na človeško vrsto, npr. prenos človeških zarodkov v osebke drugih vrst in obratno.

Drugi problem ustvarjanja hibridov in himer je v kršitvi načela enake pripadnosti človeštvu.

Tako ustvarjena bitja bi lahko bila kot nekakšni »podljudje« uporabljena za različne vrste težakih del, za nadomestne matere ali kot vir rezervnih organov in tkiv za potrebe presaditev. Packard ocenjuje, da naj bi bila medicina do leta 2025 sposobna ustvariti takšna bitja, do tedaj pa naj bi se tudi družba privadila na takšno možnost (navedba po Hottois, 1990: 37).

Ustvarjanje »podljudi« je, razumljivo, v nasprotju z načelom človekovega dostojanstva. Kot huda kršitev tega načela potrebuje tudi ustrezen kazenskopравни odziv.

Ustvarjanje hibridov in himer v tem času ni kaznivo niti po francoskem niti po slovenskem pravu. Prepoved takšnega ustvarjanja pa je v Sloveniji predvidena z osnutkom zakona, ki bo urejal področje genske tehnologije (Trontelj, 1998b: 413). Smiselno je, če bi se na takšno prepoved navezala tudi ustrezna določba v KZ.

Seznam literature:

- Ambroselli, C.: L'ethique medicale (Que sais-je? no. 2422), P.U.F., Pariz, 1998;
- Arnoux, I.: Les droits de l'etre humain sur son corps, Presses Universitaires de Bordeaux, Bordeaux, 1995;
- Bartol, C. R.: Criminal Behavior: a Psychosocial Approach, Prentice Hall, New Jersey, 1995;
- Bavcon, L. et al.: Kazensko pravo – splošni del, Uradni list RS, Ljubljana, 2003;
- Bezat, J.-M.: La legislation la plus complete d'Europe, v: Strullese, B., Lenoir, N. (dir.): Les sciences de la vie et le droit de la bioethique, Association d'Etudes et de Recherches de l'Ecole Nationale de la Magistrature, Bordeaux, 1995;
- Bošnjak, M.: Razvoj sodobne biomedicine in kazensko pravo, Cankarjeva založba, Ljubljana, 2004;
- Bošnjak, M.: Nove biomedicinske tehnologije: dejavnost Sveta Evrope in slovensko (kazensko) pravo, IV. dnevi javnega prava (zbornik razprav), Inštitut za javno upravo, Ljubljana, 1998;
- Code penal: Texte du code, textes complementaires, jurisprudence, annotations, Dalloz, Pariz, 2001;
- Delofre-Vye, F.: La responsabilite penale du chercheur scientifique, These pour le doctorat, Universite de Poitiers, 1999;
- De la Ossa Rubio, M.: Vers une criminalisation des techniques biomedicales, L'Astree, Pariz, 2001, št. 14;
- Dolenc, A.: Medicinska etika in deontologija (dokumenti s komentarjem), Tangram, Ljubljana, 1993;
- Durand, G.: Ethique, droit et regulation alternative, v: Parizeau, M.-H. (dir.): Les fondements de la bioethique, De Boeck-Wesmael, Bruxelles, 1992;
- Giudicelli, A.: Genetique humaine et droit: a la decouverte de l'homme, These pour le doctorat, Universite de Poitiers, 1993;
- Hottois, G. (dir.): Le paradigme bioethique: une ethique pour la technoscience, De Boeck-Wesmael, Bruxelles, 1990;
- Kennedy, D.: Regulating developments in genetics, v: Ethics and Human Genetics, proceedings of the 2nd Symposium of the Council of Europe on Bioethics, the Council of Europe Press, Strasbourg, 1994;

- Korošec, D.: Kazenskopravni problemi v zvezi z AIDS, v: Polajnar-Pavčnik, A., Wedam-Lukić, D. (ur.): *Medicina in pravo*, Cankarjeva založba, Ljubljana, 1998;
- Kranjc, J.: *Latinski pravni reki*, Cankarjeva založba, Ljubljana, 1998;
- Lenoir, N.: Human genetics: towards a balance between the freedom of the individual and the need for State legislation, v: *Ethics and Human Genetics, proceedings of the 2nd Symposium of the Council of Europe on Bioethics*, the Council of Europe Press, Strasbourg, 1994;
- Lenoir, N.: Introduction generale, v: Struliese, B., Lenoir, N. (dir.): *Les sciences de la vie et le droit de la bioethique*, Association d'Etudes et de Recherches de l'Ecole Nationale de la Magistrature, Bordeaux, 1995;
- Lenoir, N.: *Evolutions passees et a venir de la bioethique*, L'Astree, Pariz, 2001, št. 14;
- *Mega Code Civil: Texte du code, textes complementaires, jurisprudence, annotations*, Dalloz, Pariz, 2001;
- Merc, B.: Nasciturus – objekt ali subjekt medicinskih posegov, *Pravnik*, Ljubljana, 1995, št. 6-8;
- Prothais, A.: Un droit penal pour les besoins de la bioethique, *Revue de science criminelle et de droit penal compare*, Pariz, 2000, št. 1;
- Rodota, S.: Law and moral dilemmas affecting life and death – a general presentation of the issues, v: *Law and moral dilemmas affecting life and death, Proceedings of the 20 Colloquy on European Law*, Glasgow 1990, publ. Council of Europe, Strasbourg, 1992;
- Šelih, A.: Pogoji in meje kazenske odgovornosti zdravstvenega delavca, v: Polajnar-Pavčnik, A., Wedam-Lukić, D. (ur.): *Medicina in pravo*, Cankarjeva založba, Ljubljana, 1998;
- Trontelj, J.: Izkušnje slovenske državne komisije za medicinsko etiko, v: Polajnar-Pavčnik, A., Wedam-Lukić, D. (ur.): *Medicina in pravo*, Cankarjeva založba, Ljubljana, 1998;
- Valdrini, P.: Le point de vue catholique, v: Draï, R., Harichaux, M. (dir.): *Bioethique et droit*, P.U.F., Pariz, 1988;
- Žnidaršič, V.: Oploditev z biomedicinsko pomočjo: primerjalnopravni prikaz, mednarodnopravni akti, v: Polajnar-Pavčnik, A., Wedam-Lukić, D. (ur.): *Medicina in pravo*, Cankarjeva založba, Ljubljana, 1998.

Kazniva dejanja zoper delovno razmerje in socialno varnost

Prof.dr. Vid Jakulin

V zvezi s kaznivimi dejanji zoper delovno razmerje se najprej postavi vprašanje kaj je objekt kazenskopravnega varstva. Vprašanje je, ali je objekt kazenskopravnega varstva delovno razmerje kot pravni odnos ali pa so objekt varstva pravice, ki izhajajo iz delovnega razmerja. Analiza členov iz tega poglavja razkrije, da so objekt kazenskopravnega varstva pravice, ki izhajajo iz delovnega razmerja. To je toliko bolj pomembno v spremenjenih družbenih razmerah, ko delovno razmerje ni več fetišizirani družbeni odnos, ki ga je do podrobnosti urejala država in kršitve sankcionirala pretežno s prekrški in kaznivimi dejanji, temveč je civilnopravno pogodbeno razmerje, ki ga v veliki meri lahko urejata pogodbeni strani sami. Skratka postavlja se vprašanje, ali je ob spremenjeni pravni naravi delovnega razmerja še potrebno kazenskopravno varstvo pravic, ki izhajajo iz delovnega razmerja. Vprašamo se lahko tudi koliko je kazensko pravo primerno in učinkovito sredstvo za varstvo takšnih pravic.

Pri razmišljanju o teh vprašanjih nam lahko pomaga primerjalno pravni pregled, ki nam pokaže, kako ta vprašanja urejajo v drugih državah. Za primerjavo sem izbral ureditev v sosednjih državah,¹ v Franciji, v Nemčiji in v Federaciji Bosni in Hercegovini.

V vseh za primerjavo izbranih državah, razen v Avstriji, pravice, ki izhajajo iz delovnega razmerja, varujejo tudi s kazenskim pravom. V francoskem in italijanskem pravu govorijo celo o delovnem kazenskem pravu (*le droit pénal du travail*; *diritto penale del lavoro*). V kazenskem zakonu Federacije Bosne in Hercegovine (v nadaljevanju KZ BiH) so kazniva dejanja zoper delovno razmerje zbrana v posebnem poglavju tako kot v slovenskem Kazenskem zakoniku (v nadaljevanju KZ). V kazenskem zakonu Republike Hrvaške (v nadaljevanju KZH) sicer ni posebnega poglavja, še vedno pa je nekaj kaznivih dejanj, ki varujejo pravice iz delovnega razmerja (npr. kršitev pravice do dela in drugih pravic iz dela - 114. člen). V nemškem pravu so vsa kazniva dejanja, ki varujejo pravice iz delovnega razmerja, določena izven kazenskega zakonika - v stranski kazenski zakonodaji. V francoskem pravu kodifikacija delovnega prava vključuje delovno kazensko pravo. V zakonik o delu je vključenih nekaj specifičnih kaznivih dejanj, čeprav nekateri komentatorji francoske

¹ Z izjemo Madžarske, ki sem jo izpustil iz jezikovnih razlogov.

ureditve menijo, da bi kazenske določbe bolj sodile v kazenski zakonik.² Glede nenamerne povzročitve smrti ali telesnih poškodb pa se uporablja kazenski zakonik.

V italijanskem pravu sta v kazenskem zakoniku dve določbi, ki se nanašata na opustitev varnostnih ukrepov zoper nesreče pri delu. Pri kaznivih dejanjih povzročitve smrti iz malomarnosti in povzročitve telesne poškodbe iz malomarnosti pa je predvidena kvalificirana oblika kaznivega dejanja, če je dejanje storjeno s kršitvijo predpisov za preprečevanje nesreč pri delu.

Posebej moram povedati, da pri tem pregledu ne gre za izčrpno predstavitev ureditve v izbranih državah, temveč predvsem za primerjavo, kako v teh državah s kazenskim pravom varujejo pravice, ki izhajajo iz delovnega razmerja. Določbe, ki urejajo to področje, so namreč razpršene v številnih pravnih virih, ki mi žal vsi niso bili dostopni.

V avstrijskem pravu pravic, ki izhajajo iz delovnega razmerja, ne varujejo s kazenskim pravom. Kršitve teh pravic so opredeljene v številnih predpisih kot prekrški za katere je predvideno upravno kaznovanje. Zaradi tega avstrijske ureditve v nadaljevanju ne bom več obravnaval.

Zaradi zelo različne ureditve v posameznih državah je primerjava precej otežena. Kljub temu bom poizkusil primerjati ureditev v izbranih državah pri čemer bom kot podlago za primerjavo vzel ureditev v slovenskem KZ.

KZ v 205. členu določa, da stori kaznivo dejanje kršitve temeljnih pravic delavcev kdor vedoma ne ravna po predpisih o sklenitvi pogodbe o zaposlitvi, o plači in nadomestilih plače, delovnem času, odmoru, počitku, letnem dopustu ali odsotnosti z dela, varstvu žensk, mladine in invalidov, o prepovedi nadurnega ali nočnega dela in tako prikrajša delavca za pravico, ki mu gre ali mu jo omeji. Za kaznivo dejanje je predpisana denarna kazen ali zapor do enega leta.

KZ BiH ima skoraj identično določbo v 280. členu. Podobno določbo ima tudi KZH v 114. členu, ki pa je nekoliko širša in zajema tudi ravnanja, ki so v KZ inkriminirana kot samostojna kazniva dejanja. Zagrožena kazen pa je nekoliko višja.

V nemškem pravu so kršitve, ki so opredeljene v 205. členu KZ RS, določene kot kazniva dejanja v več zakonih. Zakon o delovnem času v prvem odstavku paragrafa 23 določa, da se kaznuje z zaporno kaznijo do enega leta ali z denarno kaznijo, kdor stori eno od dejanj določenih v prvi do tretji in peti do sedmi točki 1. odstavka paragrafa 22 naklepno in s tem ogrozi zdravje ali delovno sposobnost delojemalca ali če dejanje vztrajno ponavlja. V drugem

² Caen-Pélissier-Supiot: str. 43.

odstavku paragrafa 23 pa je določeno, da se tisti, ki nevarnost iz prvega odstavka povzroči iz malomarnosti, kaznuje z zaporno kaznijo do šestih mesecev ali z denarno kaznijo do 180 dnevni zneskov. V paragrafu 22 pa so našteje kršitve predpisov o delovnem času, ki predstavljajo prekršek, pod pogoji, določenimi v paragrafu 23 pa kaznivo dejanje. Pri tem gre za naslednje kršitve: zaposlovanje delavca preko meja delovnega časa; ne omogočanje odmora za počitek ali ne omogočanje v predpisanem minimalnem trajanju ali ne pravočasno; ne omogočanje minimalnega trajanja počitka; zaposlovanje delojemalca ob nedeljah in praznikih; ravnanje v nasprotju z izvršljivo odredbo vlade ali inšpekcije.

Zakon o zapiranjih trgovin v paragrafu 25 določa, da se kaznuje z zaporno kaznijo do šestih mesecev ali z denarno kaznijo 180 dnevni zneskov kdor naklepno kot lastnik prodajnega mesta ali podjetja frizerske obrti ali kot obrtnik v smislu paragrafa 20 stori eno od dejanj določenih pod črko a ali b prve točke prvega odstavka paragrafa 24 in s tem naklepno ali iz malomarnosti ogrozi delovno sposobnost ali zdravje delojemalcev. Kršitve v paragrafu 24 se nanašajo na zapiralni čas in delo ob prostih dneh.

Zakon o porodniškem dopustu v paragrafu 21 določa prekrške in kazniva dejanja. V tretjem odstavku paragrafa 21 zakon določa, da se kaznuje z zaporno kaznijo do enega leta ali z denarno kaznijo kdor naklepno stori katero od dejanj, opredeljenih v točkah 1 - 5 prvega odstavka paragrafa 21 in s tem ogroža delovno sposobnost ali zdravje ženske. Če je dejanje storjeno iz malomarnosti, je zagrožena kazen pol nižja. V točkah 1 - 5 prvega odstavka paragrafa 21 so opredeljene kršitve pravic žensk med nosečnostjo in po porodu.

Zakon o varovanju mladine pri delu v paragrafu 58 določa veliko prekrškov in kaznivih dejanj. V petem odstavku paragrafa 58 določa, da se kaznuje z zaporno kaznijo do enega leta ali denarno kaznijo kdor naklepno stori kakšno od dejanj opisanih v prvem, drugem ali tretjem odstavku tega člena in s tem ogrozi zdravje ali delovno sposobnost otroka ali mladostnika, v nekaterih primerih pa tudi osebe, ki še ni stara 21 let. Enako se kaznuje kdor takšna dejanja vztrajno ponavlja. V prvih treh odstavkih so opredeljene kršitve pravic, ki jih imajo mladostniki v delovnem razmerju. Če je kaznivo dejanje storjeno iz malomarnosti, je zagrožena kazen pol nižja.

V francoskem pravu so kršitve, ki so opredeljene v 205. členu KZ, določene v več kaznivih dejanjih. Med takšna dejanja sodi trgovanje z delovno silo, ki ima dve obliki. Po členu 125-1 zakonika o delu je kaznivo dejanje vsako dobičkonosno posredovanje delovne sile, ki povzroči škodo delavcu ali ki pomeni izmikavanje uporabi zakona. Po členu 152-3 je za to kaznivo dejanje predvidena denarna kazen ali zapor. Po členu 125-3 zakonika o delu je kaznivo dejanje vsako dobičkonosno posredovanje delovne sile, katerega izključni namen je

posojanje delovne sile, ki ni opravljeno v skladu z zakonom o začasnem delu. Za ti dve kaznivi dejanji lahko odgovarjajo tudi pravne osebe.

Med najbolj pogosta kazniva dejanja sodi delo "na črno". V francoskem pravu ločijo dve temeljni obliki tega kaznivega dejanja: zaposlitev delavca brez prijave z namenom, da se izogne plačilu davščin in prispevkov za socialno varnost; opravljanje pridobitne dejavnosti brez registriranja posla in brez plačila davščin in prispevkov za socialno varnost. Za kaznivo dejanje je lahko odgovorna tudi pravna oseba.³

V francoskem pravu posebej obravnavajo kazensko odgovornost šefa podjetja in vodilnih uslužbencev. Vse kršitve določb, uvrščenih v poglavje I, II in III tretje knjige zakonika o delu (čl. 231 in nasl. - kršitve predpisov o delu), ki jih stori šef ustanove, direktor, poslovodja ali predstojnik predstavljajo kaznivo dejanje, ki se kaznuje z denarno kaznijo 25.000 FF (čl. 363-2). V primeru povratka sodišče lahko izreče denarno kazen 60.000 FF in zapor do enega leta ali samo eno od teh dveh kazni (čl. 263-4). Sodišče lahko odredi tudi popolno ali delno zaprtje poslovalnice oziroma trajno ali začasno zaprtje poslovalnice.⁴

Pri kršitvah predpisov o higieni in varnosti je načeloma kazensko odgovoren šef podjetja. Zakon z dne 6. decembra 1976 je določil, da storitev dejanja (kršitve) predpostavlja "osebno napako", toda ta opredelitev ni imela velike praktične vrednosti. Sodišča so šefe praviloma spoznala za odgovorne.

Pod določenimi pogoji šef lahko prenese odgovornost na uslužbenca. Odgovornost mora prenesti izrecno, točno določeno in dejansko. Uslužbenec pa mora takšen prenos odgovornosti sprejeti.⁵

KZ v 206. členu opredeljuje kaznivo dejanje kršitve pravic pri zaposlovanju ali brezposelnosti. V prvem odstavku določa da se kaznuje z denarno kaznijo ali z zaporom do enega leta kdor komu odreče ali omeji pravico do svobodne zaposlitve pod enakimi pogoji, ki so določeni s predpisi. V drugem odstavku pa določa, da se z enako kaznijo kaznuje kdor vedoma ne ravna po predpisih o pravicah brezposelnih oseb in tako brezposelno osebo prikrajša za pravico, ki ji gre, ali ji jo omeji.

KZ BiH ima skoraj identični določbi, vendar v dveh členih. Kršitev enakopravnosti pri zaposlovanju ureja v 279. členu, kršitev pravic za čas brezposelnosti pa v 281. členu. Za

³ Caen-Pélissier-Supiot: str. 93-96.

⁴ Sedaj so kazni seveda v eurih. V viru, ki sem ga imel na voljo, so bile še v francoskih frankih.

⁵ Caen-Pélissier-Supiot: str. 817-819.

kršitev pravic v času brezposelnosti predvideva enako kazen kot KZ, za kršitev enakopravnosti pri zaposlovanju pa precej hujšo kazen - zapor od treh mesecev do treh let.

V KZH je navedena kršitev zajeta v že omenjenem 114. členu. Zagrožena kazen je višja kot v KZ (denarna kazen ali zapor do treh let).

Nemško pravo nima posebne določbe glede kršitve enakopravnosti pri zaposlovanju, lahko pa se uporabijo določbe kazenskega zakonika. Če gre za diskriminacijo na podlagi rase ali nacionalnega porekla prideta v poštev paragraf 130 in 131 kazenskega zakonika.⁶

V francoskem pravu bi takšna dejanja lahko pokrili z že omenjenimi kaznivimi dejanji trgovanja z delovno silo in delom na črno.

KZ v 207. členu opredeljuje kaznivo dejanje kršitve pravic do sodelovanja pri upravljanju in kršitev sindikalnih pravic. V prvem odstavku določa, da se kaznuje z denarno kaznijo ali z zapornom do enega leta kdor s kršitvijo predpisov ali splošnih aktov prepreči ali onemogoči delavcem izvrševanje pravic do sodelovanja pri upravljanju ali te pravice zlorabi ali ovira njihovo uresničevanje.

Z novelo KZ (UL RS št. 23/99) je bil dodan drugi odstavek, ki določa, da se z enako kaznijo kaznuje kdor s kršitvijo predpisov ali splošnih aktov prepreči ali onemogoči delavcem svobodno združevanje in izvrševanje sindikalnih dejavnosti ali ovira uresničevanje sindikalnih pravic.

KZ BiH takšne določbe nima. V KZH bi tisti del inkriminacije iz slovenskega KZ, ki govori o svobodi sindikalnega združevanja pokrili člen 109, ki sicer ureja kršitev pravice do združevanja in izrecno omenja tudi sindikate.

V nemškem pravu imajo poseben zakon o delavskih zastopstvih. Ta zakon v paragrafu 119 določa, da se kaznuje z zaporno kaznijo do enega leta ali z denarno kaznijo kdor ovira izvolitev obratnega sveta, mladinskega ali vajeniškega zastopstva, zastopstva ladje, ladjarskega obratnega sveta ali zastopstev delojemalcev oziroma kdor na take volitve skuša vplivati z grožnjami ali z obljubami posebnih ugodnosti; kdor ovira dejavnost delavskih zastopstev ali arbitraž; ali kdor ovira člana obratnega sveta zaradi njegove ustrezne dejavnosti ali mu daje posebne ugodnosti. Kaznivo dejanje se preganja samo na predlog obratnega sveta, sveta podjetja, sveta koncerna ali na predlog enega od sindikatov, ki je zastopan v podjetju.

V francoskem pravu poznajo posebno kaznivo dejanje oviranja volitev sindikalnih predstavnikov ali oviranje delovanja odbora podjetja, vključno z oviranjem volitev v odbor. Za kaznivo dejanje je zagrožena zaporna kazen do enega leta in denarna kazen do 25.000 FF,

⁶ Bepler K.: str. 206.

storilec pa se lahko kaznuje tudi samo z eno od teh dveh kazni. V primeru povratka je zaporna kazen lahko do dve leti, denarna kazen pa 50.000 FF.⁷

Zakonik o delu v čl. 481-3 predvideva kazenske sankcije za napad na sindikalno svobodo. Ta člen se uporablja izključno v primeru diskriminacije. Kazen izreče poseben organ (Tribunal de police), v primeru povratka pa sodišče (Tribunal correctionnel).⁸

KZ v 208 členu opredeljuje kaznivo dejanje ogrožanja varnosti pri delu. V prvem odstavku določa, da se kaznuje z zaporom do treh let kdor v rudniku, tovarni, na gradbišču ali kakšnem drugem delovnem kraju uniči, poškoduje ali odstrani varnostne naprave in tako povzroči nevarnost za življenje ljudi. V drugem odstavku opredeljuje odgovornost oseb, ki so odgovorne za varnost in zdravje pri delu v rudnikih, tovarnah, delavnicah, na gradbiščih ali na drugih delovnih krajih in ki ne postavijo varnostnih naprav ali ne skrbijo za njihovo brezhibnost ali ne poskrbijo za njihovo delovanje, kadar je to potrebno, ali sicer ne ravnajo po predpisih in tehničnih pravilih o varnostnih ukrepih in tako povzročijo nevarnost za življenje ljudi. Za takšne osebe je zagrožena zaporna kazen do dveh let.

V tretjem odstavku je opredeljena odgovornost za kaznivo dejanje storjeno iz malomarnosti, v četrtem in petem odstavku pa je opredeljeno kaznivo dejanje kvalificirano s hujšo posledico, ko zaradi dejanj iz prvih treh odstavkov pride do hude telesne poškodbe ali smrti ene ali več oseb.

KZ BiH člena s takšno vsebino nima, vsebuje pa KZ BiH kaznivo dejanje opustitev ukrepov za varstvo pri delu, ki je opredeljeno v 285. členu. To kaznivo dejanje predvideva samo odgovornost odgovornih oseb ali samostojnih podjetnikov. Pomembno je tudi, da po tem členu za obstoj kaznivega dejanja zadošča že abstraktna nevarnost za življenje ali zdravje delavcev. Za kaznivo dejanje je zagrožena denarna kazen ali zapor do enega leta. Če sodišče izreče pogojno obsodbo, storilcu lahko postavi pogoj, da v določenem roku začne ravnati po predpisih o ukrepih za varstvo pri delu.

KZH poškodovanje varnostnih naprav pri delu opredeljuje v 265. členu. Ureditev je zelo podobna slovenski. Bistvena razlika je, da hrvaški zakon ne predvideva odgovornosti za hujšo posledico. Če zaradi dejanja iz 265. člena pride do smrti ali hude telesne poškodbe, primer obravnavajo kot stek kaznivega dejanja iz 265. člena in povzročitve smrti ali hude telesne poškodbe iz malomarnosti.

⁷ Sedaj so kazni v eurih. V viru, ki sem ga imel na voljo so bile še v francoskih frankih.

⁸ Caen-Pélissier-Supiot: str.: 454 in 496.

Italijanski KZ ogrožanje varnosti pri delu opredeljuje v dveh členih. V 437. členu ureja naklepno odstranitev ali opustitev varnostnih ukrepov zoper nesreče pri delu. V prvem odstavku določa, da se kaznuje z zaporom od šestih mesecev do petih let kdor opusti namestitvev naprav ali signalov, določenih za preprečevanje nesreč pri delu ali jih odstrani ali poškoduje. Če zaradi dejanja iz prvega odstavka pride do nesreče, se storilec kaznuje z zaporom od treh do desetih let. Storičla tega dejanja na podlagi členu 32 quater KZ zadane tudi nesposobnost za sklepanje poslov z javno upravo.

V 451. členu KZ je urejena malomarna opustitev varnostnih ukrepov zoper nesreče pri delu. Kdor iz malomarnosti opusti namestitvev ali odstrani ali namesti neuporabne priprave ali druga sredstva, namenjena za gašenje požara ali reševanje ali pomoč pri nesrečah pri delu se kaznuje z zaporom do enega leta ali z denarno kaznijo od 200.000 do milijon lir (Sedaj je kazen v eurih).

Italijanski in francoski KZ pri kaznivih dejanjih zoper življenje in telo posebej obravnavata primere ko do telesne poškodbe ali smrti pride zaradi kršitve predpisov o varnosti.

Italijanski KZ v 589. členu opredeljuje povzročitev smrti iz malomarnosti. Če je dejanje storjeno s kršitvijo predpisov o varnosti cestnega prometa ali predpisov za preprečevanje nesreč pri delu, je podana kvalificirana oblika kaznivega dejanja, za katerega se storilec kaznuje z zaporom od enega do petih let. V primeru smrti ene ali več oseb ali smrti ene ali več oseb in poškodbe ene ali več oseb, se uporabi kazen za najhujšo kršitev, povečana za trikrat, vendar ne sme preseči 12 let zapora.

Italijanski KZ v 590. členu opredeljuje povzročitev telesnih poškodb (lahke, hude in posebno hude) iz malomarnosti. Če so telesne poškodbe povzročene s kršitvijo predpisov o varnosti cestnega prometa ali predpisov o preprečevanju nesreč pri delu, je podana kvalificirana oblika kaznivega dejanja. Če je poškodovanih več oseb se uporabi kazen, ki se izreče za najhujšo kršitev, povečana za trikrat, toda kazen zapora ne sme presegati petih let. Dejanje se preganja na podlagi tožbe oškodovanca, razen v primeru, če je dejanje storjeno s kršitvijo določb o preprečevanju nesreč pri delu ali se nanaša na higienske predpise pri delu ali če dejanje povzroči poklicno obolenje.

Francoski KZ, ki je začel veljati 1. marca 1994 je razširil krog kaznivih dejanj zoper življenje in telo in postrožil sankcije.

Kazniva dejanja nenamerne povzročitve smrti (čl. 221-6 in 221-7) in nenamerne povzročitve telesnih poškodb (čl. 221-19 do 222-21) sankcionirajo neprevidnost, malomarnost in druge kršitve obveznosti za zagotovitev varnosti. Če so kršitve obveznosti za zagotovitev varnosti namerne, so kazni postrožene.

Člen 223-1 KZ predstavlja novo inkriminacijo. Gre za kaznivo dejanje povzročitve nevarnosti za drugega. Kaznivo dejanje je v tem, da nekdo izpostavi drugega neposredni smrtni nevarnosti ali nevarnosti trajnih telesnih poškodb. Za to kaznivo dejanje gre v primeru očitne in premišljene kršitve obveznosti za zagotovitev varnosti ali kršitev previdnosti, ki jo nalaga zakon ali drugi predpisi. Pri tem kaznivem dejanju je potreben naklep.

Člen L 263-2 zakonika o delu, spremenjen 16. decembra 1992, pooblašča sodišče za kumulacijo kazni, določenih z zakonikom o delu in kazni naloženih za kaznivo dejanje nenamerne povzročitve smrti ali nenamerne povzročitve telesne poškodbe. Če so izrečene kazni enake vrste, seštevek kazni ne more preseči zakonskega maksimuma izrečene vrste kazni kot to določa člen 132-3 KZ.

Značilnost francoskega kazenskega prava je tudi odgovornost pravnih oseb, ki jo je uvedel KZ, ki je začel veljati marca 1994. Pravne osebe odgovarjajo za kazniva dejanja storjena na njihov račun, ki jih storijo njihovi organi ali predstavniki. Ta odgovornost je naložena tudi za nenamerne napade na telesno integriteto oseb in za kaznivo dejanje povzročitve nevarnosti za drugega.

Kazenska odgovornost pravnih oseb ne izključuje kazenske odgovornosti fizičnih oseb - storilcev ali sotorilcev istega kaznivega dejanja.⁹ Slovenski zakon o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja predvideva odgovornost pravnih oseb za kazniva dejanja zoper delovno razmerje, ne predvideva pa odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja zoper življenje in telo.

KZ BiH v poglavje kaznivih dejanj zoper delovno razmerje vključuje tudi kaznivo dejanje neizvršitve odločbe o vrnitvi na delo (člen 284). Takšno kaznivo dejanje pozna tudi slovenski KZ (člen 292), vendar ga uvršča v drugo poglavje, ker gre za drug objekt kazenskopravnega varstva.

Med kaznivimi dejanji iz KZH je treba omeniti tudi kaznivo dejanje kršitve pravice do stavke, ki je pomembna pravica delavcev. To kaznivo dejanje stori, kdor prepreči ali omeji pravico do stavke, ki se organizira in izvaja v skladu z zakonom. Storilec tega dejanja (111. čl. KZH) se kaznuje z denarno kaznijo ali z zaporom do enega leta. V kazenskih zakonih drugih za primerjavo izbranih držav tega kaznivega dejanja nisem zasledil.

Pravice delavcev, ki izhajajo iz delovnega razmerja, so lahko kršene tudi s številnimi drugimi ravnanji, ki imajo znake kaznivih dejanj. To velja predvsem za hude kršitve pravic, ki imajo znake kaznivih dejanj. (npr. prisiljenje, lažni stečaj ipd.) Kot sem zapisal že v uvodu, namen

⁹ Caen-Pélissier-Supiot: str.: 819- 821.

tega prispevka ni izčrpna predstavitev vseh kaznivih dejanj, ki kršijo pravice delavcev, ki izhajajo iz delovnega razmerja, temveč predvsem primerjava, kako v za primerjavo izbranih državah, varujejo takšne pravice. Primerjalno pravni pregled kaže, da v vseh državah, razen v Avstriji, pravice, ki izhajajo iz delovnega razmerja, varujejo tudi s kazenskim pravom. Očitno je, da gre za pravice, ki so tako pomembne, da jih v večini držav varujejo tudi s kazenskim pravom. Vprašanje pa je, koliko je kazenskopravno varstvo teh pravic lahko učinkovito. Obstaja nevarnost, da se zadovoljimo z ugotovitvijo, da gre za pravice, ki uživajo kazenskopravno varstvo, pri tem pa pozabimo, da bi bilo pravno varstvo z drugimi pravnimi sredstvi morda bolj učinkovito. Pri varovanju pravic namreč ni toliko pomembno, s katero pravno vejo so varovane, kakor to, kako učinkovito je varstvo.

LITERATURA:

1. Bellagabma G. - Cariti G.: La Responsabilità Penale per Infortuni sul Lavoro, Torino, UTET, 1998.
2. Bepler K.: Diskriminierung im Arbeitsverhältnis - Länderbericht für die Bundesrepublik Deutschland, XV World Congress of Labour Law and Social Security, I Discrimination in Employment, Buenos Aires, 1998.
3. Caen G.L. - Pélissier J. - Supiot A.: Droit du travail, 18e édition, Paris, Dalloz, 1996.
4. Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini, Zajednički projekat Vijeća Evrope i Evropske komisije, Sarajevo, 2005.
5. Padela A.: Tutela Civile e Penale Della Sicurezza del Lavoro, Padova, CEDAM, 1996.

PRAVNI VIRI:

1. Code Pénal, Nouveau Code Pénal, Paris, Dalloz, 1993-94.
2. Code du Travail, Cinquante - Huitième Édition, Paris, Dalloz, 1996.
3. I Nuovi Codice Penale e Codice di Procedura Penale, Piacenza, Casa Editrice la Tribuna, 1994.
4. Kazenski zakonik, Uradno prečišćeno besedilo I, UL RS št. 95/04.
5. Strafgesetzbuch, 26. Auflage, München, C.H. Beck, 1992.
6. Arbeitszeitgesetz Vom 6. JUNI 1994, BGBl. I S. 1170; BGBl. III 8050-21, geändert durch Gesetz zur Änderung des Gesetzes über den Ladenschluss und zur Neuregelung der Arbeitszeit in Bäckereien und Konditorien vom 30. Juli 1996, BGBl. I S.1186, 1187.
7. Betriebsverfassungsgesetz Vom 15. Januar 1972, BGBl. I S.13, in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Dezember 1988, BGBl. 1989 I S. 1,902, BGBl. III 801-7, zuletzt geändert durch Arbeitsförderungs-Reformgesetz vom 24. März 1997, BGBl. I S. 594, 712.
8. Gesetz über den Ladenschluss Vom 28. November 1956, BGBl. I S. 875; BGBl. III 8050-20, zuletzt geändert durch Gesetz zur Änderung des Gesetzes über den Ladenschluss und zur Neuregelung der Arbeitszeit in Bäckereien und Konditorien vom 30. Juli 1996, BGBl. I S.1186.
9. Gesetz zum Schutze der arbeitenden Jugend (Jugendarbeitsschutzgesetz, Vom 12. April 1976, BGBl I S. 965, BGBl. III 8051-10, zuletzt geändert durch Zweites Änderungsgesetz vom 24. Februar 1997, BGBl. I S. 311.

10. Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter (Mutterschutzgesetz), Vom 24. Januar 1952, BGBl. I S. 69, in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Januar 1997, BGBl I S. 22, ber. S 293; BGBl. III 8052-1.
11. Kazneni zakon, Narodne novine št. 110/97, 27/1998, 50/2000, 129/2000, 51/2001, 111/2003, 190/2003, 105/2004, 84/2005 in 71/2006.
12. Zakon o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja, Uradno prečiščeno besedilo, UL RS št. 98/2004.

Mobbing – novo kaznivo dejanje?

Sabina Zgaga

UVOD

Pojav *mobbing-a* ni nov, najprej pa se je termin pojavil v psihologiji. 1984 je švedski psiholog Leymann definiral ta pojav kot sovražno in neetično komunikacijo enega ali več posameznikov, sistematično in najpogosteje usmerjeno proti enemu posamezniku, ki je zaradi *mobbing-a* porinjen v položaj nemoči, kjer nima zaščite in kjer tudi ostaja zaradi kontinuiranih dejanj *mobbing-a*.¹ Leymann je oblikoval pet skupin pojavnih oblik tega pojava: učinek na žrtvino sposobnost komuniciranja (stalne kritike dela ali življenjskega stila, grožnje, omejitve komunikacije), vpliv na odnose žrtve z ostalimi posamezniki v podjetju in zunaj njega (ignoriranje ali izolacija posameznika), vpliv na žrtvin ugled (opravljanje), vpliv na žrtvino udejstvovanje na delovnem mestu (zaposlitev z nepomembnimi nalogami, brezdelje, pretirano težke zadolžitve z namenom diskreditacije) in vpliv na žrtvino psihično zdravje (grožnje, napadi, nevarne zadolžitve).² Pojav je dobil različne oznake: *mobbing*, viktimizacija, izsiljevanje na delovnem mestu, psihološko nasilje ali nadlegovanje. Postopoma se je problematika uveljavila v sodni praksi, zaradi številnih raziskav,³ ki so prikazovale številne negativne posledice za delavce, delovno okolje ter uspeh podjetja, pa tudi v zakonodaji številnih držav in EU.

Posledično so države in EU začele uvajati določene ukrepe za preprečitev ali odzivanje na pojav. Države lahko razdelimo v tri skupine glede na ukrepe, ki so jih uvedle:

- prva skupina držav je uvedla specialno kaznivo dejanje *mobbing-a* v kazenski zakon, potem ko so problematiko celovito uredili tudi v delovnopravni zakonodaji;
- druge, kot na primer Švedska, so sprejele zgolj (priporočilne) pravne akte na delovnopravnem področju, ki ne določajo sankcij za primer *mobbing-a* in

¹ Guerrero, s. 477.

² *Ibidem*, s. 481.

³ Tako Evropska fundacija za izboljšanje delovnih in življenjskih razmer v eni izmed svojih raziskav ugotavlja, da kar 9% vseh delavcev (ali 12 milijonov) v EU poroča o tem, da so žrtve nasilja na delovnem mestu v zadnjih dvanajstih mesecih. Med državami pa obstajajo razlike glede zaznavanja te problematike. Third European survey on working conditions 2000, cit. po European Agency for Safety and Health at Work, s. 1. <http://www.eurofound.europa.eu/ewco/surveys/thirdpartyresearch2006.htm> (29.6.2007)

- Anglija je to problematiko podredila problematiki nadlegovanja na splošno in uporablja ureditev *Protection from Harassment Act*, ki so ga uzakonili iz čisto drugih namenov (zaščita pred nadlegovanjem).

MEDNARODNI, EVROPSKI TER PRIMERJALNI VIDIK

Evropska Unija in Svet Evrope

Zakonodaja EU o mobbing-u temelji na 13. členu Pogodbe o Evropski Skupnosti (PES).⁴ Poleg tega 118.a člen Pogodbe o ustanovitvi Evropske gospodarske skupnosti določa, da Svet sprejme v obliki direktiv minimalne zahteve za spodbujanj izboljšav, zlasti v delovnem okolju, da zagotovi višjo raven zdravja in zagotavljanja varnosti delavcev.

Na tej podlagi so sprejeli okvirno direktivo z dne 12. junija 1989 o uvajanju ukrepov za spodbujanje izboljšav varnosti in zdravja delavcev pri delu (89/391/EGS).⁵ Direktiva v 5. členu določa splošno obveznost delodajalca, da v vseh pogledih zagotovi varnost in zdravje delavcev v zvezi z delom. Po mnenju Komisije spada med to tudi za preprečevanje samega mobbing-a ter posledic tega pojava,⁶ čeprav mnogi avtorji to kritizirajo ter predlagajo sprejem nove specialne direktive za to področje.⁷

Direktiva o izvrševanju načela enakega obravnavanja moških in žensk v zvezi z dostopom do zaposlitve, poklicnega usposabljanja in napredovanja ter delovnih pogojev,⁸ predvsem pa direktiva, ki to direktivo spreminja⁹ definira¹⁰ nadlegovanje na delovnem mestu. Direktiva

⁴ Prečiščeno besedilo, OJ 325/33.

<http://eur-lex.europa.eu/sl/treaties/dat/11997E/htm/11997E.html#0173010078> (6.6.2007)

Ta člen omogoča Svetu, da sprejema ukrepe (na predlog Komisije in po posvetovanju s Parlamentom) za boj zoper diskriminacijo na podlagi spola, rase ali etnične pripadnosti, vere ali prepričanja, invalidnosti, starosti ali spolne usmerjenosti. Chappell, di Martino, s. 47.

⁵ http://www.mddsz.gov.si/fileadmin/mddsz.gov.si/pageuploads/dokumenti__pdf/word/31989L0391-SL.doc (6.6.2007)

⁶ Guerrero, s. 494.

⁷ *Ibidem*, s. 494.

⁸ Direktiva Sveta z dne 9. februarja 1976 o izvrševanju načela enakega obravnavanja moških in žensk v zvezi z dostopom do zaposlitve, poklicnega usposabljanja in napredovanja ter delovnih pogojev (76/207/EGS), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31976L0207:SL:HTML> (6.6.2007)

⁹ Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002. <http://www.ei-ie.org/payequity/EN/docs/EU%20Documents/2002%2073.pdf> (6.6.2007) OJ L 269/15.

¹⁰ Direktiva definira nadlegovanje kot neželjeno vedenje, povezano s spolom osebe, z namenom prizadeti dostojanstvo osebe ali ustvariti zastraševalno, sovražno, ponižujoče, sramotilno ali žaljivo okolje, ali s takšnim učinkom. Spolno nadlegovanje je kakršna koli oblika neželenega verbalnega, neverbalnega ali fizičnega vedenja

šteje nadlegovanje za diskriminatorno ravnanje, ki ga prepoveduje. Države članice morajo z ukrepi preprečevati nadlegovanje na delovnem mestu.

Direktiva 2000/78/EC o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu¹¹ šteje nadlegovanje kot obliko posredne ali neposredne diskriminacije zaradi vere, prepričanja, hendikepiranosti, starosti ali spolne usmerjenosti, katere cilj ali posledica pa je kratenje dostojanstva osebe in ustvarjanje zastrašujočega, sovražnega, poniževalnega, sramotilnega ali žaljivega okolja.¹²

Poleg tega obstaja v Evropski Uniji mnogo nezavezujočih aktov. Tako je Evropski parlament sprejel resolucijo o nadlegovanju na delovnem mestu.¹³ V tej resoluciji parlament predlaga državam članicam, da v namene boja zoper nadlegovanje na delovnem mestu sprejmejo ustrezno zakonodajo ali pa spremenijo obstoječo. Države naj bi tudi definirale nadlegovanje. Poudarja pomen preprečitve ter vnaprej predvidenega postopka za razrešitev primera *mobbing*-a. Komisijo poziva, naj jasno določi obseg direktive 89/391/EGS tako, da bo vanjo vključena tudi prepoved *mobbing*-a, ali pa naj sprejme nov pravni akt, ki bo zagotavljal delavčevo dostojanstvo, zasebnost in integriteto. Parlament tudi poziva Komisijo, naj pripravi zeleno knjigo o vprašanju *mobbing*-a do oktobra 2002, česar Komisija ni upoštevala. Resolucija poudarja pomen delodajalčeve odgovornosti za sistematično aktivnost zagotavljanja zdravja in varnosti pri delu.¹⁴

Evropska listina o človekovih pravicah v 31. členu zagotavlja pravico delavcev do poštenih in pravičnih delovnih pogojev. Tako ima vsak delavec pravico do delovnih pogojev, v katerih se spoštuje njegovo zdravje, varnost in dostojanstvo.¹⁵

Evropska socialna listina Sveta Evrope¹⁶ v 26. členu zagotavlja pravico do dostojanstva pri delu. Pogodbenice so se posledično zavezale, da bodo po posvetu z organizacijami delodajalcev in delavcev pospešile ozaveščanje, obveščanje in zaščito pred ponavljajočimi graje vrednimi ali očitno negativnimi in žaljivimi dejanji, usmerjenimi proti posameznim

spolne narave z namenom prizadeti dostojanstvo osebe, zlasti kadar gre za ustvarjanje zastraševalnega, sovražnega, ponižujočega, sramotilnega ali žaljivega okolja, ali s takšnim učinkom.

¹¹ Direktiva Sveta 2000/78/ES z dne 27. novembra 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu, OJ...

¹² 1. in 3. čl. direktive.

¹³ A5-0283/2001 European Parliament resolution on harassment at the workplace (2001/2339(INI)) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2002/ce077/ce07720020328en01380141.pdf> C 77 E/138 Official Journal of the European Communities EN 28.3.2002.

¹⁴ 10., 12., 13., 22. in 23. člen.

¹⁵ http://ec.europa.eu/justice_home/unit/charte/en/charter-solidarity.html (8.6.2007). Official Journal C 364 , 18/12/2000 P. 0001 - 0022

¹⁶ Uradni list Republike Slovenije, 24/1999 (10.4.1999)- MP, št. 7/99.

delavcem na delovnem mestu ali v zvezi z delom, in da bodo sprejele vse ustrezne ukrepe za zaščito delavcev pred takim ravnanjem.

Po pregledu evropskih aktov zaključujem, da noben akt izrecno ne zahteva inkriminacijo *mobbing-a* kot posebnega kaznivega dejanja. Noben dokument ne govori o kazenskopravnem pregonu domnevnih storilcev *mobbing-a*. Dokumenti predvsem poudarjajo posledice tega pojava, pomen preventive v delovni organizaciji ter celotnem delovnopravnem sistemu in zahtevajo uveljavitev določenega postopka obravnave kršitve dostojanstva znotraj delovnopravne organizacije. Zahtevajo učinkoviti odgovor na pojav, ki pa ga je mogoče doseči tudi znotraj delovnopravne ureditve.

Francija

Francija je leta 2002 sprejela zakonodajo, s katero je celovito uredila problem *mobbing-a*, delovnopravno, odškodninsko in kazenskopravno. Že pred tem pa so sodišča pod vplivom dela psihologinje Marie France Hirigoyen iz leta 1998 začela opozarjati na problem moralnega ali psihološkega nadlegovanja v svoji praksi.

Sprejet je bil *Loi de modernisation sociale* (Zakon o spremembi sociale, prevod SZ). Ta zakon je noveliral Delovnopravni zakonik in dodal nov člen 222-33-2 Kazenskemu zakoniku. Delovnopravni zakonik tako sedaj vsebuje definicijo moralnega nadlegovanja na delovnem mestu, ki jo skoraj identično povzema Kazenski zakonik (kaznivo dejanje moralnega nadlegovanja - *Du harcèlement moral*, člen 222-33-2).¹⁷ Noben delavec tako ne sme trpeti ponavljajočih se dejanj psihološkega nadlegovanja, katerega namen ali posledica je poslabšanje delovnih razmer, kar lahko krši njegove pravice in dostojanstvo, poslabša fizično ali duševno zdravje ali ogroža njegovo kariero.¹⁸ Temeljni elementi kaznivega dejanja, ki morajo biti izpolnjeni kumulativno so:

1. Ponavljajoča se dejanja: Zakon v tej točki sledi švedskemu psihologu dr. Heinz Leymannu, ki trdi, da je za pojav *mobbing-a* potrebno nadlegovanje vsaj enkrat na teden, ki traja minimalno šest mesecev. Pomembna lastnost je torej ponavljajoče se

¹⁷ Kaznivo dejanje je uvrščeno v knjigo št. 2 z naslovom Kazniva dejanja in prekrški zoper posameznika, v poglavje kaznivih dejanj zoper fizično osebo, natančneje v podpoglavje kaznivih dejanj zoper fizično in psihično integriteto posameznika. Poleg tega kaznivega dejanja so v tem podpoglavju še naklepna ter nenaklepna kazniva dejanja zoper fizično integriteto, zoper spolno nedotakljivost ter tihotapstvo drog.

¹⁸ 122-49 Code du Travail. Yuen, s. 635.

nadlegovanje. Po tej definiciji *mobbing-a* ne predstavlja enkratno nadlegovanje, čeprav zelo intenzivno.¹⁹ Sodišča torej zanima določen vzorec obnašanja.²⁰

2. Namen ali posledica je poslabšanje delovnih razmer.
3. Nadlegovanje lahko krši delavčeve pravice in dostojanstvo. Ustavni svet je glede pravic, katere *mobbing* lahko ogroža, sprejel odločitev, da se določba nanaša na osebne in kolektivne pravice iz člena 120-1 Delovnopravnega zakonika. Koncept delavčevega dostojanstva se je razvil pod vplivom že omenjene direktive 2000/78/EC o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu, ki definira nadlegovanje kot obliko diskriminacije.²¹ Za obstoj kaznivega dejanja ali delovnopravne kršitve je potreben kumulativen obstoj kršitve delavčevih pravic ter njegovega dostojanstva.
4. Nadlegovanje je poslabšalo delavčevo fizično ali duševno zdravje ali je ogrozilo njegovo prihodnost v profesionalnem življenju. Določba je oblikovana alternativno, zato za obstoj *mobbing-a* zadošča ali poslabšanje delavčevega zdravja ali samo ogrožitev prihodnosti v poklicu. Obstoj pogojev ugotovi sodišče, če obstoji vzročna zveza med nadlegovanjem ter poslabšanjem zdravja oziroma ogrožitvijo prihodnosti. Pisci poudarjajo, da so nadlegovalci odgovorni samo za učinek nadlegovanja in ne zgolj njihovo ravnanje *per se*.²² Kaznivo dejanje je torej oblikovano kot poškodbeno kaznivo dejanje in ne kot ogrožitveno, saj samo ogrožanje pravno zavarovane dobrine ne zadošča za kazenskopravni pregon. Glede termina prihodnost v službi oziroma poklicu pisci menijo, da delovnopravna zakonodaja ter Kazenski zakonik nista povsem določna. Pisci v tem okviru naštevajo predvsem povečano odgovornost, napredovanje, dvig plače ali da delavec obdrži sedanje delovno mesto.²³
5. Naklep: Iz same določbe Kazenskega zakonika, kateri je oblikovano kaznivo dejanje *mobbing-a*, sicer ni razvidno, kakšno obliko krivde zahteva zakon. Iz prvega in drugega odstavka člena 121-3 zakonika pa je razvidno, da je storilec kazensko odgovoren, če kaznivo dejanje izvrši z naklepom. Izvršitev kaznivega dejanja iz malomarnosti je kazniva le, če zakon izrecno tako določi pri posameznem kaznivem

¹⁹ Guerrero, s. 481 in 484. V nasprotju s tem francoska psihologinja Marie-France Hirigoyen priznava, da lahko tudi posamično dejanje agresije predstavlja psihološko nadlegovanje, če je namenoma ponižujoče. *Ibidem*, s. 484.

²⁰ Yuen, s. 635.

²¹ Člen 2/3 direktive.

²² Yuen, s. 637.

²³ *Ibidem*, s. 637.

dejanju.²⁴ Iz tega, da ni pri kaznivem dejanju ničesar določenega v zvezi z obliko krivde, lahko zaključim, da je storilec kazensko odgovoren zgolj, če je dejanje izvršil z naklepom.

6. Odnos avtoritete: Kaznivo dejanje ni oblikovano kot *delictum proprium*, po katerem bi bil lahko storilec zgolj delodajalec. Niti delovnoppravna niti kazenska zakonodaja namreč ne zahtevata odnosa pod – in nadrejenosti med storilcem in žrtvijo. Storilec je tako lahko podrejeni ali nadrejeni, storilec in žrtev pa sta lahko tudi na istem nivoju v podjetju.

Kazensko odgovoren je seveda zgolj storilec (z upoštevanjem kazenskopravnih pravil o udeležbi). V kolikor se osebi delodajalca in storilca (ali udeleženca) razlikujeta, delodajalec zaradi pravila iz člena 121-1o individualni kazenski odgovornosti ni kazensko odgovoren. Lahko pa odgovarja po členu 225-14²⁵ za kaznivo dejanje postavljanja posameznika, čigar ranljivost ali odvisnost je očitna ali znana storilcu, v delovne ali življenjske razmere, ki kršijo dostojanstvo posameznika. Kaznovalni okvir je višji kot pri kaznivem dejanju *mobbing-a*,²⁶ vendar pa je okvir kaznivega dejanja ožji. Žrtev mora biti posebej ranljiva ali odvisna od neposrednega povzročitelja nedostojanstvenih razmer, ranljivost ali odvisnost pa morata biti očitni ali vsaj znani storilcu. Slednje je seveda potrebno, da lahko oblikujemo kazenskopravni očitek glede krivde storilca.²⁷

Posebnost francoske ureditve je, da problematiko ureja celovito. Tako francoski zakonodajalec ni zgolj oblikoval novo kaznivo dejanje, ampak je hkrati zagotovil delovnoppravno rešitev tudi problema. Delavec tako lahko predlaga skupaj kazenskopravni pregon, civilno tožbo storilca ter postopek po delovnem pravu.²⁸ Ureditev daje tudi velik

²⁴ http://195.83.177.9/upl/pdf/code_33.pdf (28.6.2007).

²⁵ Poglavje delovne in življenjske razmere, ki kršijo dostojanstva posameznika. http://195.83.177.9/upl/pdf/code_33.pdf (10.7.2007).

²⁶ Za *mobbing* je zagrožena kazen zapora enega leta in denarna kazen 15 000 evrov, tukaj pa kazen zapora petih let in denarna kazen 150 000 evrov.

²⁷ Vse elemente kaznivega dejanja mora seveda v skladu z domnevo nedolžnosti dokazati tožilstvo. Drugače pa je v delovnopravni zakonodaji. Zadnja sprememba zakona je sicer bolj uravnovesila dokazno breme obeh strank. Zdaj mora žrtev vzpostaviti (angl. prevod *establish*) elemente nadlegovanja. Delodajalec pa mora dokazati, da ravnanje ne predstavlja nadlegovanja.²⁷ S tem Francija sledi direktivi Sveta 97/80/ES z dne 15. decembra 1997 o dokaznem bremenu v primerih diskriminacije zaradi spola. (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:71997L0080:SL:NOT> (27.6.2007)) Direktiva zahteva v svojem 4. členu, da države članice sprejmejo ukrepe za zagotovitev, da kadar osebe, ki menijo, da se jim je zgodila krivica, ker načelo enakega obravnavanja zanje ni bilo uporabljeno, predložijo sodišču ali drugemu pristojnemu organu dejstva, iz katerih je mogoče sklepati, da je prišlo do neposredne ali posredne diskriminacije, tožena stranka mora dokazati, da ni bilo kršitve načela enakopravnosti.

²⁸ Delavec ima pravico obvestiti delodajalca o nadlegovanju. Delodajalec je dolžan nemudoma poizvedeti, kaj se je v resnici zgodilo, ter ukrepati. Če tega ne naredi ali če se ne strinja z delavcem glede dejstev, delodajalec pisno predloži primer industrijskemu razsodišču (*bureau de jugement du conseil de prud'hommes*). Razsodišče lahko

poudarek preventivi.²⁹ Vodja podjetja (*chef d'entreprise*) je odgovoren za izvajanje vseh potrebnih ukrepov za preprečitev psihološkega nadlegovanja na delovnem mestu.³⁰ V primeru, da niso izvedeni vsi potrebni ukrepi, je vodja odgovoren za kršitev delovnopravne obveznosti delodajalca po delovnem pravu.

Švedska

Švedska je bila prva evropska država, ki je 1993 uvedla zakonodajo zoper moralno nadlegovanje na delovnem mestu.³¹ Na Švedskem niso uvedli novega kaznivega dejanja, niti niso spreminjali delovnopravne zakonodaje. Nacionalni odbor za zdravje in varnost pri delu je izdal ordinanco o ukrepih zoper viktimizacijo na delovnem mestu. Poleg tega je odbor izdal še priporočila o implementaciji določb ordinance. Ordinanca definira viktimizacijo kot ponavljajoče se negativno dejanje, ki je usmerjeno zoper posameznega delavca z žaljivim tonom in lahko povzroči, da je ta posameznik izločen in delovne skupnosti. Poudarjeno je, da je lahko storilec tega dejanja tako zaposleni kot tudi delodajalec ali njegovi predstavniki. Akt eksemplifikativno našteva posamezne oblike viktimizacije.³² Akt poudarja pomen določbe delovnopravne zakonodaje (*Work environment act*),³³ po kateri je delodajalec dolžan sprejeti vse potrebne ukrepe, s katerimi naj bi se preprečilo, da bi bil delavec izpostavljen zdravstvenim tveganjem ali nezgodnim tveganjem. Pod ta tveganja spada tudi tveganje viktimizacije na delovnem mestu.

Poudarek ureditve pa je na izpostavljanju glavnih vzrokov viktimizacije na delovnem mestu, njenih posledic, našteva pa tudi glavna načela politike boja zoper ta pojav, ki bi jih morali spoštovati delodajalci. Dokument je torej usmerjen v to, da bi pojav viktimizacije odpravili

izbere ustrezne ukrepe, s katerimi ustavi nadlegovanje. Obstaja tudi možnost mediacije. Posameznik, ki meni, da je bil žrtev psihološkega nadlegovanja, Mediator razišče razmerja med strankami, jih poskuša pomiriti ter napiše pisno mnenje o ukrepih za prenehanje nadlegovanja. Yuen, s. 638. Delovnopravna zakonodaja zagotavlja zaščito delavcu, ki je bil izpostavljen nadlegovanju ali pa je prijavil primer nadlegovanja. Delodajalec ima v delovnopravnem zakoniku pravno podlago za izrekanje disciplinskih ukrepov delavcu, ki je izvršil psihološko nadlegovanje.

²⁹ Delodajalec je dolžan pripraviti pisen dokument, v katerem so določena pravila na delovnem mestu, ukrepi za zagotavljanje zdravja in varnosti ter prepoved psihološkega nadlegovanja. L 122-34 Code du Travail.

³⁰ Guerrero, s. 491-492.

³¹ *Ibidem*, s. 477.

³² Te oblike so: obrekovanje zaposlenega ali člana njegove družine, namerno prikrivanje informacij v zvezi z delom, posredovanje nepravilnih informacij, sabotiranje ali onemogočanje dobrega delovnega rezultata, očitno žaljiv ostrakizem, onemogočanje ali neupoštevanje zaposlenega, pregon, grožnje in povzročanje strahu, nazadovanja, spolno nadlegovanje, namerne žalitve, pretirana kritičnost, negativni odzivi, pretiran nadzor nad podrejenim brez njegove vednosti z namenom oškodovanja, itd. <http://www.av.se/inenglish/index.aspx> (27.6.2007).

³³ <http://www.av.se/inenglish/lawandjustice/workact/chapter03.aspx> (27.6.2007). 3. poglavje, 2. člen.

oziroma preprečevali s praktičnimi ukrepi in ne zgolj z zakonodajo. Glavna značilnost švedske ureditve je v tem, da je akt sprejel Organ za delovno okolje. Akt ne inkriminira viktimizacije na delovnem mestu, posledično tudi ne določa sankcij za primer viktimizacije. V poglavju o nadzoru nad izvajanjem določil akta je določeno, da lahko organ izda odredbo, s katero zahteva od delodajalca izvedbo določenega ukrepa ali pa prepove opravljanje določenih dejavnosti. Če delodajalec ne izpolni zahteve, lahko organ sam uredi, da se zahteva izpolni na delodajalčeve stroške.³⁴ Organ je inšpekcijsko telo in ima vsa pooblastila inšpektorjev.

Anglija

Bistvena zakona za to področje sta *Criminal Justice and Public Order Act* iz leta 1994³⁵ ter *Protection from Harassment Act* 1997.

Protection from Harassment Act 1997 uvaja štiri nova kazniva dejanja. Prvo je nadlegovanje (*harassment*). Nadlegovanje ne predstavlja enkratno ravnanje. Potrebno je dokazati t.i. *course of conduct*. Sodna praksa zahteva vsaj dve ravnanji, ki skupaj dokažeta določen vzorec vedenja.³⁶ Kaznivo dejanje nadlegovanja tako sestavlja ravnanje, ki predstavlja nadlegovanje druge osebe in pri katerem storilec ve ali bi moral vedeti, da nadleguje osebo. Zakon določa, da bi obdolženec moral vedeti, da nadleguje osebo, če bi razumna oseba, ki ima v posesti iste informacije kot obdolženec vedela, da gre za nadlegovanje.³⁷ Zakon uvaja torej objektivni test. Navaja pa tudi razloge, zaradi katerih nadlegovanje ni nezakonito (izključi se

³⁴ Poglavje 7.

³⁵ *Criminal Justice and Public Order Act* je noveliral *Public Order Act* (1986). Uvedel je novo kaznivo ravnanje naklepne povzročanja nadlegovanja, stiske ali strahu. Posameznik je odgovoren za kaznivo ravnanje, če z namenom povzročanja strahu, stiske ali nadlegovanja uporablja grozilne, zlonamerne ali žaljive besede oziroma vedenje ali se obnaša v nasprotju z javnim redom, ali kaže besedilo, znak ali druge vidne simbole, ki so grozilni, zlonamerni ali žaljivi. S tem mora pri drugi osebi povzročiti občutek nadlegovanja, stiske ali strahu. Ravnanje se lahko izvrši tako na javnem kot na zasebnem kraju, vendar pa ne znotraj posameznega bivališča (žrtev in storilec sta lahko v istem ali vsak v svojem bivališču). V kolikor obdolženi dokaže, da je bil znotraj bivališča in ni mogel razumno verjet, da bo njegova beseda ali vedenje oziroma znak razvidna tudi zunaj bivališča, ali da je njegovo vedenje razumno, potem ni kazensko odgovoren za svoje ravnanje. Zagrožena kazen je kazen zavora do 6 mesecev in (ali) denarna kazen. Originalno je kaznivo dejanje definirano kot *offence of causing intentional harassment, alarm or distress*. http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1994/Ukpga_19940033_en_16.htm#mdiv154 (29.6.2007).

³⁶ http://cps.gov.uk/legal/section5/chapter_e.html (29.6.2007).

³⁷ Za Škotsko je kaznivo dejanje nadlegovanja drugače definirano. Nadlegovanje je zaporedje večih ravnanj, ki so izvršena z namenom nadlegovanja druge osebe ali pa se izvršijo v okoliščinah, v katerih bi razumna oseba vedela, da gre za nadlegovanje. http://cps.gov.uk/legal/section5/chapter_e.html (29.6.2007).

protipravnost).³⁸ Drugo kaznivo dejanje je povzročanje strahu. Tudi tukaj mora tožilec dokazati določen vzorec ravnanje in enkratno ravnanje ni dovolj. Ravnanje mora povzročati pri žrtvi strah, da bo zoper njo uporabljeno nasilje. Obdolženec ve ali bi moral vedeti, da povzroča pri drugi osebi ta strah. Ponovno se zahteva uporaba objektivnega testa razumne osebe. Ministrstvo za notranje zadeve je poudarilo, da zakon ni namenjen kazenskemu pregonu ravnanj, ki ne dosežejo pragu nadlegovanja. Poudarjena je policijska in tožilska diskrecija.³⁹

Zakon omogoča žrtvi, da v civilnem postopku zahteva odškodnino ter prepoved približevanja. Če zaradi istega ravnanja steče še kazenski postopek, ima prednost kazenski postopek.⁴⁰

Že leta 1996 so poskušali v Angliji sprejeti *Dignity at Work Bill*,⁴¹ vendar so sprejetje preprečili v lordski zbornici, kakor tudi leta 2001. Akt bi pripomogel k večji delovnopравни varnosti delavca. Definira kršitev pravice do dostojanstva na delovnem mestu,⁴² ureja pritožbeni postopek pred posebnim tribunalom ter sankcije za delodajalca (odškodnina). Pomembno je, da akt ureja zgolj razmerje delavce do delodajalca in ne do drugih delavcev.⁴³

SLOVENIJA

³⁸ V glavnem navaja razloge kazenskopravnega pregona domnevne žrtve, na koncu pa navede generalno klavzulo, po kateri nadlegovanje ni nezakonito, če obstajajo posebne okoliščine, zaradi katerih je bilo njegovo ravnanje razumno.

³⁹ Žrtev lahko zahteva med postopkom začasno odredbo ali po postopku prepoved približevanja določeni osebi ali kraju. V kolikor obdolženec krši to odredbo, predstavlja to kaznivo dejanje. Že gola kršitev sodne odredbe je kaznivo dejanje, zadošča pa enkratna kršitev. Obdolženec lahko dokaže, da je imel razumen razlog, da je kršil sodno odredbo, a breme dokazovanja nosi on. Zagrožena je zaporna kazen in (ali) denarna kazen.

http://cps.gov.uk/legal/section5/chapter_e.html (29.6.2007)

⁴⁰ Vse http://cps.gov.uk/legal/section5/chapter_e.html (29.6.2007) in

<http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1997/1997040.htm> (29.6.2007).

⁴¹ http://neumann.hec.ca/aimac2005/PDF_Text/Quigg_Anne-Marie.pdf (3.7.2007).

⁴² An employer commits a breach of the right to dignity at work of an employee if that employee suffers during his employment with the employer harassment or bullying or any act, omission or conduct which causes him to be alarmed or distressed including but not limited to any of the following-

- (a) behaviour on more than one occasion which is offensive, abusive, malicious, insulting or intimidating;
- (b) unjustified criticism on more than one occasion;
- (c) punishment imposed without reasonable justification, or
- (d) changes in the duties or responsibilities of the employee to the employee's detriment without reasonable justification. <http://www.bullyonline.org/action/dignity.htm> (3.7.2007).

⁴³ <http://www.bullyonline.org/action/dignity.htm> (3.7.2007).

*Zakon o delovnih razmerjih*⁴⁴

Zakon o delovnih razmerjih (ZDR) med obveznostmi pogodbenih strank pogodbe o zaposlitvi ureja dve delodajalčevi obveznosti. V 43. členu ureja obveznost zagotavljanja varnih delovnih razmer. Delodajalec mora izpolnjevati to obveznost v skladu s predpisi o varnosti in zdravju pri delu.⁴⁵ Poleg tega 44. člen zahteva od delodajalca, da varuje in spoštuje delavčevo osebnost ter upošteva in ščiti delavčevo zasebnost.⁴⁶ Te pravice lahko delavec uveljavi v posebnem postopku, urejenem v 204. členu ZDR. Če delavec meni, da delodajalec ne izpolnjuje obveznosti iz delovnega razmerja ali krši katero od njegovih pravic iz delovnega razmerja, ima pravico pisno zahtevati, da delodajalec kršitev odpravi oziroma da svoje obveznosti izpolni. Če delodajalec v nadaljnjem roku osmih delovnih dni po vročeni pisni zahtevi delavca ne izpolni svoje obveznosti iz delovnega razmerja oziroma ne odpravi kršitve, lahko delavec v roku 30 dni od poteka roka za izpolnitev obveznosti oziroma odpravo kršitev s strani delodajalca, zahteva sodno varstvo pred pristojnim delovnim sodiščem.⁴⁷

Tukaj so mišljene predvsem obveznosti delodajalca v razmerju do delavca, torej primer, ko bi delodajalec sam kršil delavčevo osebnost, varnost ali zasebnost, lahko pa bi upoštevali namen določbe in jo razlagali širše kot garantno dolžnost delodajalca, da delavca ščiti tudi pred napadi drugih delavcev. V kolikor ga ne ščiti (preventiva ter ustrezno ukrepanje ob zaznavi ogrožanja delavca), s tem krši svoje zakonsko določene obveznosti. Po 205. členu bi bilo mogoče s kolektivno pogodbo določiti pristojnost arbitraže za individualne delovne spore.

Drugih relevantnih določb ZDR ne vsebuje. Menim, da trenutna ureditev ni zadovoljiva. Poleg skopih določb o delodajalčevih obveznostih, ki jih je mogoče razlagati tudi ozko, bi bilo potrebno celovito urediti:

- definicijo *mobbing-a* (lahko bi povzeli francosko definicijo)
- delodajalčeve obveznosti glede preventive psihološkega nasilja na delovnem mestu
- delodajalčeve obveznosti ob zaznavi nasilja
- postopek obravnavanja (na primer postopek mediacije)
- možnost uveljavljanja pravic pred sodiščem ali kakšnim drugim organom zunaj delovne organizacije
- sankcije za primer, ko delodajalec krši svoje obveznosti

⁴⁴ Uradni list Republike Slovenije, 42/2002.

⁴⁵ Temeljni zakon je Zakon o varnosti in zdravju pri delu, Uradni list Republike Slovenije, 56/99 ter 64/2001.

⁴⁶ http://www2.gov.si/zak/Zak_vel.nsf/067cd1764ec38042c12565da002f2781/c12563a400338836c1256ba500446eda?OpenDocument (29.6.2007).

⁴⁷ 204. člen ZDR.

-podlaga za odškodninsko odgovornost delodajalca.

Po skopih podatkih, ki so mi dostopni, naj bi zakonodajalec razmišljal v to smer ob revidiranju ZDR-ja in naj bi celovito uredil to tematiko.⁴⁸ Vsekakor je to priporočljivo.

Zakon o uresničevanju enakega obravnavanja⁴⁹

Ta zakon sicer primarno ureja enakost žensk in moških pri zaposlovanju, a v 3. členu prepoveduje viktimizacijo delavca, če le-ta ukrepa zoper svojo diskriminacijo na delovnem mestu. Zakon v 5. členu definira nadlegovanje kot nezaželeno ravnanje, temelječe na kateri koli osebni okoliščini, ki ustvarja zastrašujoče, sovražno, ponižujoče, sramotilno ali žaljivo okolje za osebo ter žali njeno dostojanstvo. Nadlegovanje se šteje za diskriminacijo po tem zakonu. Določen je tudi postopek pri Uradu za enake možnosti in odstop zadeve ustrezni inšpekcijski službi.⁵⁰ Storitve ali opustitve, storjena pri izvajanju zakonov in drugih predpisov, kolektivnih pogodb in splošnih aktov na posameznem z zakonom urejenem področju družbenega življenja, ki ima vse znake diskriminacije ali nadlegovanja se šteje za prekršek,⁵¹ vendar pa se nadlegovanje šteje kot diskriminacija samo, če temelji na določeni osebni okoliščini, če ni diskriminatornega namena, zakon ne nudi varstva.

Kazenski zakonik

Slovenski kazenski zakonik trenutno ne vsebuje specialnega kaznivega dejanja *mobbing-a*. Pojavi se vprašanje subsumpcije življenjskega primera pod že obstoječe kazenske inkriminacije ter uporaba stekov. Predvsem pridejo v poštev inkriminacije iz poglavij kaznivih dejanj zoper človekove pravice in svoboščine ter zoper čast in dobro ime.

Prvo poglavje, ki pride v poštev v zvezi z dejanskim stanom *mobbing-a*, je poglavje kaznivih dejanj zoper človekove pravice, zlasti kaznivi dejanji ogrožanja varnosti (145. člen) ter grdega ravnanja (146. člen). Prvo kaznivo dejanje zahteva objektivni test; grožnja storilca mora biti

⁴⁸ Predlog novega ZDR z dne 14.6.2007. http://www.skupnostobcin.si/Datoteke/zdr_sprem_pr_140607.pdf (3.7.2007). V predlogu je nov 6.a člen, ki uvaja prepoved spolnega in drugega nadlegovanja ter trpinčenja na delovnem mestu. Prepovedano je spolno in drugo nadlegovanje. Spolno nadlegovanje je kakršna koli oblika neželene verbalnega, neverbalnega ali fizičnega ravnanja ali vedenja spolne narave z učinkom ali namenom prizadeti dostojanstvo osebe, zlasti kadar gre za ustvarjanje zastraševalnega, sovražnega, ponižujočega, sramotilnega ali žaljivega delovnega okolja. Nadlegovanje je vsako neželeno vedenje, povezano s katero koli osebno okoliščino, z učinkom ali namenom prizadeti dostojanstvo osebe ali ustvariti zastraševalno, sovražno, ponižujoče, sramotilno ali žaljivo delovno okolje. Spolno in drugo nadlegovanje iz prejšnjega odstavka se šteje za diskriminacijo po določbah tega zakona. Odklonitev ravnanj iz prvega odstavka tega člena s strani prizadetega delavca ne sme biti razlog za diskriminacijo pri zaposlovanju in delu.

⁴⁹ Uradni list Republike Slovenije 50/2004.

⁵⁰ 11. – 23. člen zakona.

⁵¹ 24. člen zakona.

resna in objektivno zmožna, da doseže ogroženost drugega.⁵² V tem primeru se situacije torej ne bi ocenjevalo s stališča delavca samega, ampak po objektivnem testu, a z upoštevanjem konkretnih okoliščin in sredstev kaznivega dejanja. Tak test zahteva tudi angleški *Protection from Harassment Act*. Drugo kaznivo dejanje pa v skladu s komentarjem zagotavlja zgolj kaznivost fizičnega napada, ki pa lahko vodi do prizadetosti duševne celovitosti.⁵³ Komentar kot posledice navaja čustva, ki so tipična posledica *mobbing-a*; strah, žalost, razburjenje, jeza. Pomembno za problematiko psihološkega nasilja na delovnem mestu pa je, da v kolikor to kaznivo dejanje izvrši uradna oseba pri opravljanju službe, izrabljajoč svoj uradni položaj ali pravice, je podano kaznivo dejanje kršitve človeškega dostojanstva z zlorabo uradnega položaja ali uradnih pooblastil (270. čl. KZ).⁵⁴

Relevantno poglavje pa je tudi poglavje kaznivih dejanj zoper čast in dobro ime, zlasti kaznivo dejanje razžalitve, obrekovanja, žaljive obdolžitve, opravljanja ter očitanja kaznivega dejanja z namenom zaničevanja (169.-173. člen KZ).

Opaziti je, da nobeno kaznivo dejanje v celoti ne pokrije dejanskega stanja *mobbing-a*. Vsako pokrije samo del življenjskega dogodka, tisti, ki ustreza konkretnemu kaznivemu dejanju. Zato pride v poštev vprašanje pravih stekov in splošna pravila o njihovi uporabi, kjer je potrebno zlasti upoštevati, ali dvoje ali več kaznivih dejanj varuje iste ali različne pravne dobrine.

Zaključek

Slovenska delovnopravna zakonodaja ne ureja celovito problema psihološkega nasilja na delovnem mestu. Menim, da je najprej potrebna celovita ureditev tega problema v delovnem pravu, ki je primarno za urejanje delovnega okolja. K temu teži tudi slovenski zakonodajalec, ki po znanih podatkih namerava problematiko *mobbing-a* obravnavati v novem ZDR-ju. Kazensko pravo naj v to problematiko poseže šele, ko se izkaže, da delovno pravo ne rešuje problematike zadovoljivo. Predpogoj za kazenskopravno urejanje te problematike pa je prav predhodna ureditev v delovnem pravu.

Tako menim, da bi ob primerni celoviti ureditvi v delovnem pravu delovnopravna zakonodaja zadoščala. Kazenskopravno obravnavo pa bi si zaslužili zgolj ekscesi, katerih dejansko stanje

⁵² Deisinger, s. 114.

⁵³ *Ibidem*, s. 119.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 118.

ustreza zakonskim znakom že inkriminiranih kaznivih dejanj z uporabo pravil o stekih. To je ob sedanji kazenski zakonodaji že mogoče.

Zadnji argument pa je trditev, da je kazensko pravo *ultima ratio*. Uporabiti ga je potrebno, ko druge rešitve z drugih pravnih področij odpovedo. Menim, da bi v tem trenutku najprej morali omogočiti delovnemu pravu, da primerno reši problematiko. V kolikor pa se ta rešitev ne izkaže za primerno, pa je šele dopustno razmišljati o restriktivnem kazenskopravnem urejanju.

Literatura

- Chappell, D., di Martino, V. (2000). **Violence at work, third edition**. Ženeva, ILO Publications.
- Code du Travail 1973.
- Code Penal, JO 1992, s. 9864.
- Criminal Justice and Public Order Act z dne 3. november 1994.
- Cvetko, A. (2003). Ali *Mobbing* kot posebna oblika šikane že posega v socialno varnost? **Delavci in delodajalci**, 2/3: s. 433-443.
- Deisinger, M. (2002). **Kazenski zakonik s komentarjem**. Ljubljana, GV založba.
- Direktiva o izvrševanju načela enakega obravnavanja moških in žensk v zvezi z dostopom do zaposlitve, poklicnega usposabljanja in napredovanja ter delovnih pogojev, OJ 14.2.1976 L 39.
- Direktiva Sveta z dne 25. junija 1991 s katero se dopolnjujejo ukrepi za spodbujanje izboljšav glede varnosti in zdravja pri delu za delavce z delovnim razmerjem za določen čas ali z začasnim delovnim razmerjem (91/383/EGS), OJ 29.07.1991 L 206.
- Direktiva z dne 12. junija 1989 o uvajanju ukrepov za spodbujanje izboljšav varnosti in zdravja delavcev pri delu (89/391/EGS), OJ 29.6.1989 L 183.
- European Agency for Safety and Health at Work. (2002). **Facts – bullying at work**. Belgija, European Agency for Safety and Health at Work.
- European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions. (2003). **Preventing violence and harassment in the workplace**. Dublin, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions.
- European Parliament resolution on harassment at the workplace (2001/2339(INI)), OJ 20.9.2001 C 77 E/138.
- Evropska listina o človekovih pravicah z dne 7. decembra 2000.
- Evropska socialna listina Sveta Evrope, Uradni list Republike Slovenije, 24/1999 (10.4.1999)- MP, št. 7/99.
- General Recommendation of the Swedish National Board of Occupational Safety and Health on the Implementation of the Provisions on measures against Victimization at Work z dne 21. septembra 1993.

- Guerrero, M. I. (2004). The development of moral harassment (or mobbing) law in Sweden and France as a step towards EU legislation. **Boston College International and Comparative Law Review**, 27: s. 477-500.
- Kazenski zakonik Republike Slovenije, Uradni list Republike Slovenije, 63/1994, 23/1999, 40/2004.
- Law on Social Modernisation z dne 17. januarja 2002.
- Ordinance of the Swedish National Board of Occupational Safety and Health containing Provisions on measures against Victimisation at Work z dne 31. marca 1994.
- Pogodba o Evropski Uniji iz Amsterdama, OJ 10.11.1997 C 340.
- Protection from Harassment Act z dne 21. marca 1997.
- Smartt, U. (2001). The Stalking Phenomenon: Trends in European and International Stalking and Harassment Legislation. **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, 9/3: s. 209-232.
- Tkalec, L. (2001). Šikaniranje. **Teorija in praksa**, 5/38: s. 908-926.
- Yuen, R. A. (2005). Beyond the Scholyard: Workplace Bullying and Moral Hrrassment Law in France and Quebec. **Cornell International Law Journal**, 38: s. 625-648.
- Zakon o delovnih razmerji, Uradni list Republike Slovenije, 42/2002.
- Zakon o uresničevanju enakega obravnavanja, Uradni list Republike Slovenije, 50/2004.
- Zakon o varnosti in zdravju pri delu, Uradni list Republike Slovenije, 56/1999, 64/2001.
- http://195.83.177.9/upl/pdf/code_33.pdf (28.6.2007)
- http://cps.gov.uk/legal/section5/chapter_e.html (29.6.2007)
- http://ec.europa.eu/justice_home/unit/charte/en/charter-solidarity.html (8.6.2007)
- <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:71997L0080:SL:NOT> (27.6.2007)
- <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2002/ce077/ce07720020328en01380141.pdf>
- <http://eur-lex.europa.eu/sl/treaties/dat/11997E/htm/11997E.html#0173010078> (6.6.2007)
- http://neumann.hec.ca/aimac2005/PDF_Text/Quigg_Anne-Marie.pdf (3.7.2007)

- <http://www.av.se/inenglish/index.aspx> (27.6.2007)
- <http://www.av.se/inenglish/lawandjustice/workact/chapter03.aspx> (27.6.2007)
- <http://www.bullyonline.org/action/dignity.htm> (3.7.2007)
- <http://www.cilizadelo.si/default-30510.html> (30.6.2007)
- <http://www.eurofound.europa.eu/ewco/surveys/thirdpartyresearch2006.htm>
(29.6.2007)
- http://www.mddsz.gov.si/fileadmin/mddsz.gov.si/pageuploads/dokumenti__pdf/word/31989L0391-SL.doc (6.6.2007)
- http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1994/Ukpga_19940033_en_16.htm#mdiv154
(29.6.2007)
- <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1997/1997040.htm> (29.6.2007)
- <http://www.si.osha.europa.eu/et2002/facts23.pdf> (30.6.2007)
- http://www.skupnostobcin.si/Datoteke/zdr_sprem_pr_140607.pdf (3.7.2007)
- http://www.uradni-list.si/priloge/RS_-2004-027-00024-MP~P015-0000.PDF
- <http://www.varuh-rs.si/index.php?id=109> 8.6.2007
- http://www2.gov.si/zak/Zak_vel.nsf/067cd1764ec38042c12565da002f2781/c12563a400338836c1256ba500446eda?OpenDocument (29.6.2007)

Koncept »Sovražnega govora« in Inkriminacija »Zbujanje sovraštva, razdora ali nestrpnosti, ki temelji na kršitvi načela enakosti« (300. Člen KZ)

Aleš Završnik

1. UVOD

Ob pregledu inkriminacije »Zbujanje sovraštva, razdora ali nestrpnosti, ki temelji na kršitvi načela enakosti« po 300. členu Kazenskega zakonika (KZ),¹ inkriminaciji, ki je v anglo-ameriškem pravnem sistemu imenujejo s sintagmo »sovražni govor«, je potrebno upoštevati dve temeljni tendenci postmodernega družbenega konteksta, v katerem živimo: na eni strani brutalizacijo družbenih razmerij v postkapitalistični družbi, povečevanju strahu in tesnobe, ki vodi do odkrite sovražnosti do drugačnih, in na drugi strani globalno zaostrovanje državnega represivnega odzivanja na družbeno nezaželene pojave v »zahodnem« svetu od sredine sedemdesetih let prejšnjega stoletja dalje. Oba trenda povzročata zaskrbljenost, ker vodita v povečevanje (skupnega) nasilja v družbi.

Ob tem je v okviru prvega trenda potrebno opozoriti, da je sovraštvo in to kar danes imenujemo sovražni govor stalnica v človeški zgodovini, nekaj kar ni mogoče »izkoreniniti«, in da so »dokončni odgovori« na tovrstne družbene probleme povzročili kvečjemu krvave pogrome. Ideologija »očiščevanja« družbe je kriminalitetno-politična ideologija, ki ji v pluralni demokratični družbi osveščen zakonodajalec ne bi smel slediti. Kar je danes zares novega v tem večnem »problemu«, je občutljivost na sovražni govor in družbena skrb za ukrepanje v smeri njegovega zmanjševanja in določevanju meja. V okviru drugega trenda pa je potrebno opozoriti na temeljno načelo kazenskega prava, da so kazenskopravni mehanizmi zadnje sredstvo, ki bi ga družba smela uporabiti pri reakciji na problematična dejanja (tj. načelo *ultima ratio societatis*). Družba ima na voljo številne druge družbeno inkluzivne (na primer izobraževalne idr.) mehanizme in kazensko pravo kot mehanizem regulacije sredstev fizičnega prisiljevanja naj bo zadnje sredstvo, ki naj omeji sovražni govor, ki vodi v nasilje.

Koncept sovražnega govora se smiselno umešča v koncept kriminalitete iz sovraštva (*hate crime*), ki se je začel razvijati pred predvidoma tremi desetletji v ZDA in se kasneje prenesel v Veliko Britanijo. Ta (širši) koncept danes na teh območjih že kaže, da so bile kazenskopravne

¹ Uradni list RS, št. 63/94, 70/94, 23/99 in 40/04.

reakcije na »problem« sovražne motivacije v veliki meri neprimerne, saj se izkazujejo za disproporcionalne (zaščita le nekaterih, bolj družbeno vplivnih skupin) in nesorazmerne (tj. prekomerne). Teza o epidemiji kriminalitete iz sovraštva je tam vodila v povečano zakonodajno aktivnost – sprejem posebne *hate speech* in *hate crime* zakonodaje, to pomeni posebne (stranske) zakonodaje, ki je fragmentira kazensko pravo, v prekomerno normiranje vsakodnevnega življenja, v politizacijo deviantnosti, ki zahteva socialno senzibilizirano regulacijo in ne populistično, s senzacionalističnimi mediji (*hate speech sells!*) podprto »reševanje« s silo. Ta boj zoper kriminaliteto povzročeno s posebno in nedvomno zavržno motivacijo, je nazadnje vodil k brutalizaciji kazenskopravnega sistema in s tem k povečevanju (in ne morebitnemu zmanjševanju – past, v katero se malodane vedno ujame kazni željna laična in prepogosto tudi strokovna pravna javnost) skupnega nasilja v družbi, nadzorovanju ne le dejanj, temveč tudi govora in s tem misli.²

Kako v takšnih domačih in globalnih družbenih razmerah in ob prikazanih izkušnjah tujih držav kazenskopravno urediti sovražni govor oziroma morebiti spremeniti kaznivo dejanje po 300. členu KZ?

2. POSKUSI DEFINIRANJA SOVRAŽNEGA GOVORA

Problemi z definiranjem sovražnega govora se pojavljajo od nastanka koncepta dalje, ko so ga prvič uvedli v nekaterih študentskih naseljih v ZDA. Pred tem se je sicer ameriško Vrhovno sodišče ob odločanju o ustavnosti omejitev pravice svobode govora (1. amandma k Ustavi) že izrekalo o sovražnih besedah. V primeru *Chaplinsky v. New Hampshire* (315 U.S. 568, 1942) je prepovedalo »napadalne besede« (*fighting words*), ki so izrečene brez »spravitvenega smeha« (*disarming smile*); te niso zaščitene s 1. amandmajem.

Posebna oblika kriminalitete iz sovraštva pa je kljub nekaterim zgodnejšim pravnim nastavkom relativno nov ameriški koncept in po širši definiciji obsega posebno (stransko) kazensko zakonodajo, vzpostavitev posebnega sistema obveščanja in vodenja podatkov o tovrstni kriminaliteti in ustanovitev posebnih organizacijskih enot organov pregona (t. i. *base crime units*).³

² Več v Jacobs, Potter 1998; Hall 2005.

³ Predstavitev definicij glej v Symposium 1992.

Po ožji splošno sprejeti definiciji s sovražnim govorom označujemo izražanje, ki je motivirano v celoti ali delno na osnovi rasnih, etničnih, religioznih, spolnih in drugih predsodkih. Sintagma »sovražni govor« je zato delno zavajajoča, ker ne gre za motivacijo iz sovraštva, temveč za ravnanje na temelju (diskriminatornih) predsodkov. Predsodek vsebuje predvsem čustveno komponento, zato o predsodku govorimo takrat, ko ima posameznik (praviloma negativen) odnos do sočloveka zgolj na podlagi njegove pripadnosti določeni skupini.⁴ Kljub navedenim pomislekom zoper sintagmo »sovražni govor« ga v nadaljevanju uporabljamo zaradi jasnejše povezave s specifičnim konceptom anglo-ameriškega izvora.

3. KRATKO O MEDNARODNOPRAVNI PODLAGI INKRIMINACIJ »SOVRAŽNEGA GOVORA«

V skladu s specifičnim (anglo-ameriškim) izvorom koncepta sovražnega govora se inkriminacije v (pregledanih Evropskih) državah seveda imenujejo drugače: »De la provocation non publique à la discrimination, à la haine ou à la violence raciales« (Art. R. 625-7 Francoskega Code Penal), »Volksverhetzung« (130. člen Nemškega Strafgesetzbuch), »Verhetzung« (283. člen Avstrijskega Strafgesetzbuch), »Hujskanje zoper skupnost« (269. člen Kazenskega zakonika Republike Madžarske), »Zločini zoper javni red in mir« (135. in 135a. člen Splošnega kazenskega zakonika Kraljevine Norveške). Ker se države pri inkriminaciji »sovražnega govora« večinoma opirajo na mednarodnopravno dediščino (del konvencijskega prava je tako rekoč univerzalne veljave), je koristno poznavanje njenih meril »sovražnega govora«.

1. Konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin z dne 14. 11. 1950 (t. i. Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin – EKČP)⁵ je pomembna za inkriminacijo »sovražnega govora« na evropskih tleh v dveh ozirih. Po eni strani v 10. členu »Svoboda govora« določa, da ima vsakdo pravico do svobodnega izražanja, ki obsega svobodo mišljenja ter sprejemanja in sporočanja obvestil in idej brez vmešavanja javne oblasti in ne glede na meje. Bistvena za opredeljevanje sovražnega govora pa so merila določena v 2. odstavku 10. člena: (1) omejitve svobode izražanja lahko določi (le) zakon, (2) omejitve morajo biti nujne v demokratični družbi, (3) zaradi varnosti države, njene

⁴ Pomenske razlike med stereotipi, predsodki in diskriminaciji glej Šugman G. 2006.

⁵ Zakon o ratifikaciji konvencije s protokoli je bil objavljen v Uradnem listu RS-MP, št. 7-41/1994 (RS 33/1994), dne 13. junija 1994. Začel je veljati petnajsti dan po objavi v Uradnem listu.

ozemeljske celovitosti, zaradi javne varnosti, preprečevanja neredov ali zločinov, za zavarovanje zdravja ali morale, za zavarovanje ugleda ali pravic drugih ljudi, za preprečitev razkritja zaupnih informacij ali za varovanje avtoritete in nepristranskosti sodstva.

Inkriminacije sovražnega govora posameznih držav nabor osebnih okoliščin, ki opredeljujejo varovane kategorije oseb, opredeljujejo povsem poljubno, EKČP pa v 14. členu »Prepoved diskriminacije« določa, da so diskriminatorna ločevanja glede na spol, raso, barvo kože, jezik, vero, politično ali drugo prepričanje, narodnostni ali socialni izvor, pripadnost narodni manjšini, lastnino, rojstvo ali *kakšne druge okoliščine*.

2. Protokol številka 12 h Konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin z dne 4. novembra 2000 (velja od 1. aprila 2005),⁶ v 1. členu (»Splošna prepoved diskriminacije«) odpravlja omejitve EKČP in vsebinsko razširja prepoved diskriminacije na (1) uživanje pravic zagotovljenih po notranji zakonodaji države pogodbenice, (2) pravic, ki izhajajo iz določene obveznosti javne oblasti na podlagi zakona, (3) pri izvajanju diskrecijske pravice organa javne oblasti in (4) katerokoli drugo diskriminatorno dejanje ali opustitev javne oblasti.

3. Mednarodna konvencija (OZN) o odpravi vseh oblik rasne diskriminacije z dne 21. decembra 1965 (velja od 4. januarja 1969),⁷ že omenja podpiranje, spodbujanje in širjenje tega, kar bi danes imenovali »sovražnih besed«. Pojem »rasne diskriminacije« definira široko, kot »razlikovanje, izključevanje, omejevanje ali dajanje prednosti zaradi rase, barve [kože], prednikov ali nacionalnega [in ne narodnostnega] ali etničnega porekla« (1. člen). Opredeljuje tri oblike inkriminacij podpiranja in vzpodbujanja rasne diskriminacije in nasilja (4. člen):

(a) *»širjenje idej, oprtih na superiornost ali rasno sovraštvo, vsako spodbujanje k rasni diskriminaciji in vsako nasilje ali izzivanje [tj. izzivanje, dodal A.Z.] k takemu nasilju, naperjeno proti katerikoli rasi ali katerikoli skupini ljudi druge barve ali drugega etničnega porekla, kot tudi podpiranje rasističnih aktivnosti«*,

⁶ Slovenija je protokol podpisala, ne pa tudi ratificirala.

⁷ Uradni list SFRJ-MP, št. 6/67, RS-MP 2/93. Velja na podlagi Akta o notifikaciji nasledstva glede konvencij OZN in konvencij sprejetih v Mednarodni organizaciji za atomsko energijo (Uradni list RS-MP, št. 9/92, 3/93, 9/93, 5/1999).

(b) »organizacije ter aktivnosti organizirane propagande in vsak drug tip propagandne aktivnosti, ki spodbujajo k rasni diskriminaciji ali jo podpirajo (...) udeležbo v takih organizacijah ali njihovih aktivnostih«,

(c) »[namenjene, dodal A.Z.] javnim oblastvim in ne nacionalnim ali lokalnim ustanovam, da bi spodbujale k rasni diskriminaciji ali jo podpirale«.

4. Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah z dne 16. decembra 1966 (velja od 23. marca 1976)⁸ v 19. členu določa pravico do svobode izražanja in njene omejitve (3. odstavek 19. člena): te morajo biti potrebne in določene z zakonom, zaradi spoštovanja pravic in ugleda drugih ali zaradi zaščite nacionalne varnosti ali *javnega reda*, javnega zdravja ali morale. Prepoved »sovražnega govora« po paktu predstavlja v 20. členu prepovedano propagiranje vojne in hujskanje k nacionalnemu, rasnemu ali verskemu sovraštvu, ki bi pomenilo spodbujanje k diskriminaciji, sovražnosti ali nasilju.

5. Dodatni protokol h Konvenciji Sveta Evrope o kibernetiski kriminaliteti, ki obravnava inkriminacijo rasističnih in ksenofobičnih dejanj, storjenih v računalniških sistemih z dne 28. januarja 2003 (v Sloveniji velja od 1.3.2006)⁹ je prvi mednarodnopравни dokument veljaven na Evropskih tleh, ki poglobljeno in izključno obravnava »sovražni govor«. Materija inkriminacije rasističnih in ksenofobičnih dejanj gotovo ne sodi primarno v dodatek h konvenciji, ki ureja materijo informacijske in komunikacijske varnosti oziroma novih tehnološko generiranih oblik kriminalitete. Takšno pravno normiranje bolj odraža politične zastoje v pravodajni dejavnosti Evropske unije, ki v tem času informacijsko-komunikacijskega revolucioniranja ni uspela poiskati političnega soglasja o Okvirnem sklepu o boju zoper rasizem in ksenofobijo. Tako je kazalo nevarne zlorabe svobode izražanja regulirati z manj posrečeno potezo o inkriminaciji rasističnih in ksenofobičnih dejanj storjenih v računalniških sistemih. Promulgirano načelo Dodatnega protokola, »kar je nezakonito *off-line*, naj bo nezakonito tudi *on-line*«, se je tako obrnilo – formulacije inkriminacij povezane z razširjanjem »rasističnega in ksenofobičnega gradiva« se sedaj iz *on-line* širijo v inkriminacije, ki veljajo *off-line*.

⁸ Uradni list SFRJ, št. 7/71, RS-MP 2/93. Velja na podlagi Akta o notifikaciji nasledstva glede konvencij OZN in konvencij sprejetih v Mednarodni organizaciji za atomsko energijo (Uradni list RS-MP, št. 9/92, 3/93, 9/93, 5/1999).

⁹ Zakon o ratifikaciji Konvencije o kibernetiski kriminaliteti in Dodatnega protokola h Konvenciji o kibernetiski kriminaliteti, ki obravnava inkriminacijo rasističnih in ksenofobičnih dejanj, storjenih v informacijskih sistemih (MKKKDP), Uradni list RS-MP, št. 17/04, RS-MP 2/05.

Dodaten protokol definira »rasistično in ksenofobično gradivo« (2. člen) kot:

- pisno gradivo, upodobitev ali drugo izražanje mnenj ali teorij,
- ki zagovarja, podpira ali spodbuja,
- sovraštvo, diskriminacijo ali nasilje,
- proti posamezniku ali skupini posameznikov,
- zaradi njihove rase, barve, porekla ali narodnostnega ali etničnega izvora ali pa veroizpovedi, če se ta uporablja kot pretveza za katero od naštetih okoliščin,
- ali ki spodbuja k takim dejanjem.

Protokol loči tri oblike prepovedanih dejanj:

1. rasistično in ksenofobično grožnjo s storitvijo hujšega kaznivega dejanja (4. člen),
2. rasistično in ksenofobično javno žalitev; lahko z dodatnim pogojem, da je zaradi dejanja posameznik/skupina oseb izpostavljena sovraštvu zaničevanju ali posmehu (5. člen),
3. zanikanje, hujše zmanjševanje pomena, odobravanje ali zagovarjanje genocida ali hudodelstev zoper človečnost, kot jih določa mednarodno pravo in priznavajo pravnomočne in obvezujoče odločitve mednarodnih sodišč (vključno z Mednarodnim vojaškim sodiščem ustanovljenim z Londonskim sporazumom); lahko z dodatnim pogojem, da je zanikanje ali hujše zmanjševanje pomena storjeno iz »rasistične ali ksenofobne« motivacije (6. člen).

Bistvena razlika med vsemi tremi dejanji je ta, da za dejanje po 6. členu ni potrebno, da je storjeno iz »rasistične ali ksenofobne« motivacije (tj. za obstoj kaznivega dejanja ni (nujno), da je storjeno zoper osebe zaradi pripadnosti skupinam opredeljenih po naveznih osebnih okoliščin v 2. členu). Zadošča razširjanje ali drugačno zagotavljanje gradiva javnosti v računalniškem sistemu, ki zanika (...) obe kategoriji hudodelstev.

4. PREDOG OKVIRNEGA SKLEPA SVETA O BOJU PROTI RASIZMU IN KSENOFOBII

O boju EU zoper rasizem in ksenofobijo s kazenskim pravom

Evropska unija si je od leta 1996 ko je bil sprejet Skupni ukrep 96/443/PNZ o boju proti rasizmu in ksenofobiji prizadevala sprejeti okvirni sklep, ki bi opredelil skupni kazenskopравни pristop za boj proti rasizmu in ksenofobiji. V letu 2001 je Komisija sprejela

predlog okvirnega sklepa (KOM(2001)664)¹⁰, ki je bil v pretresanju celih šest let. V vmesnem času so bile aktivnosti blokirane z nesprejemljivim predlogom italijanske delegacije iz leta 2003, leta 2005 pa je bil sprejet t. i. luksemburški kompromis.¹¹ Zastoj pri pogajanjih je odpravila uniji predsedujoča Nemčija v prvi polovici 2007 in v Svetu EU za pravosodje in notranje zadeve (Svet za PNZ) je bilo med ministri za pravosodje 19. aprila 2007 doseženo politično soglasje o predlogu Okvirnega sklepa o boju proti rasizmu in ksenofobiji, ki spreminja prvoten predlog Komisije iz leta 2001 in razveljavlja Skupni ukrep 96/443/PNZ.¹²

Predlog Okvirnega sklepa Sveta o boju proti rasizmu in ksenofobiji (v nadaljevanju predlog OS),¹³ predstavlja t. i. splošen kazenskopравни pristop v boju proti kaznivim dejanjem, povezanim z rasizmom in ksenofobijo, ki pomenijo zlorabo pravice do izražanja in združevanja, in ki se kaže kot besedno podpiranje nasilja ali sovraštva zoper posameznike na podlagi (nekaterih) njihovih osebnih okoliščin. Ali kot meni Komisija, namen skupnega kazenskoprnega pristopa je vzpodbuditi »polno in učinkovito pravosodno sodelovanje med državami članicami« z zagotovitvijo 1.) enotne definicije kaznivega dejanja v državah članicah, 2.) učinkovitih in sorazmernih kazenskih sankcij za fizične in pravne osebe in 3.) ukrepov za pravosodno sodelovanje.

»Rasizem in ksenofobija« po predlogu OS

Pri poimenovanju okvirnega sklepa se na jezikovni ravni postavljajo težave povezane s pojmom rasizem in ksenofobija. V skladu z uveljavljeno jezikovno rabo je rasizem miselnost ali ravnanje, ki temelji na rasnem razlikovanju, ksenofobija pa je sovraštvo, odpor do tujcev in tujega.¹⁴ Če je Dodatni protokol h Konvenciji Sveta Evrope o kibernetiski kriminaliteti, ki obravnava inkriminacijo rasističnih in ksenofobičnih dejanj, storjenih v računalniških sistemih, uporabljal pojem »rasističnega in ksenofobičnega gradiva« izjemno široko, tako da

¹⁰ UL C 75 E, 26.3.2002, s. 269.

¹¹ Dokumenti 8994/1/05 REV I DROIPEN 24; 8994/1/05 REV ADD I DROIPEN 24.

¹² V trenutku pisanja Okvirni sklep o boju proti rasizmu in ksenofobiji še ne velja, njegova objava je v visečem stanju, kot je razvidno iz dosjeja pri Evropskem parlamentu. Glej URL: <http://www.europarl.europa.eu/oeil/file.jsp?id=5470042>, 23.8.2007.

¹³ V besedilu obravnavam verzijo dokumenta dostopnega pri Svetu Evropske unije št. 5118/07 DROIPEN I z dne 15.1.2007, ki ga mestoma (lahko) primerjam z (v trenutku pisanja) javnosti zgolj delno dostopnim dokumentom št. 8544/07 DROIPEN 34 z dne 17.4.2007. Glej URL:

http://register.consilium.europa.eu/servlet/driver?lang=SL&ssf=DATE_DOCUMENT+DESC&fc=REGAISSL&srm=25&md=400&typ=Simple&cmsid=638&ff_TITRE=rasizmu&ff_FT_TEXT=&ff_SOUS_COTE_MATIERE=&dd_DATE_REUNION=&rc=1&nr=9&page=Detail, 24.8.2007.

¹⁴ Tako Slovar slovenskega knjižnega jezika. Glej URL: <http://slovarji.ck.uni-lj.si/>, 24.8.2007.

je vanj umeščal poleg rase, še osebne okoliščine barvo kože, poreklo ali narodnost ali etničen izvor ali pa veroizpoved, pa se je evropskih pravodajalec odločil poimenovati s tema pojmom celoten predlog OS. Na primer javno opravičevanje genocida ni nujno povezano z drugimi rasami ali tujci, saj genocid vezan (še) na druge osebne okoliščine.¹⁵ Hudodelstva zoper človečnost pa vsebujejo še drugače opredeljene skupine oseb in tam se postavlja še dodatni problem zaobidenja nabora naveznih osebnih okoliščin.

Razlog, ki ga je mogoče najti za takšno (neprimerno) poimenovanje predloga OS je, da se je pojem »rasističnih in ksenofobičnih dejanj« že delno zasidral v javno in strokovno zavest. Kar manjka je torej to, da okvirni sklep:

- ureja zgolj nekatere oblike in izraze rasizma in ksenofobije,
- upošteva tudi nekatere druge navezne osebne okoliščine,
- da gre poskuse približevanja kazenskoprvnih določil (in ne morebiti socialne in izobraževalne politike).¹⁶

Kazniva dejanja, povezana z rasizmom in ksenofobijo po predlogu OS

Poleg manj pomembnih nerodnosti povezanih s poimenovanjem predloga OS, njegova vsebina odraža politične kompromise, ki v nekaterih segmentih v primerjavi z Dodatnim protokolom h Konvenciji Sveta Evrope o kibernetiki kriminaliteti pomenijo oženje cone kriminalnosti in v drugih njeno širjenje. Predlog OS inkriminira naslednja »namerna dejanja« (1. odstavek 1. člena):

1. javno spodbujanje k nasilju ali sovraštvu¹⁷ (tudi z javnim razpošiljanjem ali razdeljevanjem letakov, slik ali drugega gradiva),¹⁸
2. javno opravičevanje, zanikanje ali grobo zmanjševanje pomena,
 - a.) genocida, hudodelstev proti človeštvu in vojnih hudodelstev,¹⁹ kakor so opredeljeni v Statutu Mednarodnega kazenskega sodišča (členi 6, 7 in 8),²⁰ ali

¹⁵ Glej 6. člen Rimskega statuta Mednarodnega kazenskega sodišča. Zakon o ratifikaciji Rimskega statuta Mednarodnega kazenskega sodišča /MRSMKŠ/ (Uradni list RS-MP, št. 29/01, RS-MP 20/05).

¹⁶ Različica predloga okvirnega sklepa št. 8544/07 DROIPEN 34 z dne 17.4.2007 v angleščini že vsebuje drugačen naslov: »Okvirni sklep Sveta o boju proti nekaterim oblikam in izrazom rasizma in ksenofobije s kazenskim pravom« (prevod A. Z.).

¹⁷ Točka (a) 1. odstavka 1. člena predloga OS.

¹⁸ Točka (b) 1. odstavka 1. člena predloga OS.

¹⁹ Slovenski prevod navaja »zločine« in ne »hudodelstva« zoper človečnost, in vojne »zločine« in ne vojna »hudodelstva«.

²⁰ Točka (c) 1. odstavka 1. člena predloga OS.

- b.) zločinov, ki jih je opredelilo sodišče v Nürnbergu (člen 6 Listine Mednarodnega vojaškega sodišča, dodane Londonskemu sporazumu iz leta 1945).²¹
3. Navedena dejanja morajo biti usmerjena proti skupini ljudi ali proti članu te skupine, opredeljeni glede na raso, barvo kože, vero, poreklo ali nacionalno ali etnično pripadnost.

Prva inkriminacija ne obsega več inkriminacije javnega spodbujanja k *diskriminaciji* (v členu 1(1)(a)). Ostalo je javno spodbujanje k nasilju ali sovraštvu, ki pa je lahko storjeno tudi z javnim razpošiljanjem ali razdeljevanjem letakov, slik ali drugega gradiva (člen 1(1)(b)). To pomeni, da je spodbujanje lahko izvršeno tudi z neverbalnimi sporočili, nejezikovnimi simboli (na primer svastike ipd.), za razpošiljanje pa velja tudi razpošiljanje preko informacijskega sistema.²²

Bistvena razlika v primerjavi z Dodatnim protokolom h Konvenciji Sveta Evrope o kibernetiski kriminaliteti je, da vse tri inkriminacije kot obvezen znak določajo zavržno (rasistično ali ksenofobično) *motivacijo* storilca, da so torej dejanja umerjena proti skupini ljudi/njenemu članu opredeljeni glede na nekatere osebne okoliščine. Kot smo že omenili, zanikanje (...) obeh hudodelstev je po Dodatnem protokolu lahko storjeno tudi z razširjanjem/drugačnim zagotavljanjem gradiva, kjer zanikanje ali hujše zmanjševanje pomena ni povezano z »rasizmom ali ksenofobijo«.

Kratka primerjava predloga OS z omenjenim Dodatnim protokolom nadalje kaže, da predlog OS inkriminira tudi javno opravičevanje (...) *vojnih hudodelstev*, pri tem pa natančneje določa tudi pravne vire, ki te težke zločine definirajo (6., 7. in 8. člen Statuta Mednarodnega kazenskega sodišča in 6. člen Listine Mednarodnega vojaškega sodišča). Pri inkriminacijah javnega opravičevanja (...) tako opazamo nek trend pri naboru/izboru težkih zločinov: če je za nekatere zares težak zločin zgolj genocid, in še to zgolj genocid definiran kot rodomor oziroma zgolj nacističnih holokavst, ki so zasluži posebne kategorijo nad drugimi množičnimi poboji,²³ kar seveda kaže na moč in socialno skonstruiranost statusa žrtve, je v Dodatnem protokolu h Konvenciji Sveta Evrope o kibernetiski kriminaliteti, ki obravnava inkriminacijo rasističnih in ksenofobičnih dejanj, storjenih v računalniških sistemih, prišlo do razširjenja

²¹ Točka (d) 1. odstavka 1. člena predloga OS.

²² Glej člena 10(2)(a) in 10(2)(b) predloga OS.

²³ Glej Korošec 2006: 211-212.

»težkih zločinov« tudi na hudodelstva zoper človečnost. Predlog OS pa razširja nabor še na vojna hudodelstva. Ob definiranju hudodelstva agresije kot četrte oblike t. i. *core crimes*, je tako pričakovati tudi vključitev tega hudodelstva.

Ta na prvi pogled relativno jasno opredeljen obseg kaznivosti, pa se občutneje zamegli, če upoštevamo vse izjeme, ki jih lahko pri implementaciji OS določijo države članice. Problem predstavlja (1) nejasnost oziroma nihanje pri določanju objekta kazenskopravnega varstva, (2) težave povezane z naborom »relevantnih« osebnih okoliščin, (3) okornost pri določanju obveznosti priznanja hudodelstev s pravnomočno odločbo mednarodnega (alternativno tudi domačega) sodišča in (4) osebna okoliščina veroizpovedi, ki ne nastopa kot samostojno relevantna.

1.)

Pri inkriminaciji javnega opravičevanja (...)hudodelstev, lahko država članica iz »kazenske odgovornosti izključi« dejanja (8. člen OS):

1. če so izvršena na način, za katerega ni mogoče, da bi spodbudil nasilje ali sovraštvo (člen 8(1)(c)), ali
2. kadar ne predstavljajo grožnje, zmerjanja, žaljenja oziroma ne motijo javnega miru (člen 8(1)(d)).

Če so podani pogoji navedeni tč. 2, lahko izključi tudi odgovornost za javno spodbujanje k nasilju ali sovraštvu (člen 8(1)(d)).

Pri opisanem omejevanju kazenske odgovornosti, vsaj pri inkriminaciji javnega opravičevanja (...) hudodelstev prihaja do pomenskega prikrivanja: gotovo lahko spodbujanje nasilja ali sovraštva umestimo med motenje javnega miru. Poleg tega, pa je pojem motenja javnega miru pomensko preveč odprt in ga kaže nadomestiti z bolj določnimi opisi. V tem smislu je pritrditi Priporočilu Evropskega parlamenta Svetu z dne 21. junija 2007 (2007/2067 INI)), da je potrebno izključiti pojem »kršenja javnega reda in miru« (pri čemer je pojem reda pomensko še bolj nedoločen in prikladen za zlorabe) in raje bolj določno opredeliti zmerjanje, grozeče ali žaljivo obnašanje (točka 1.g omenjenega priporočila).

Poleg delnega podvajanja, pa je bolj pomemben učinek izključitve kazenske odgovornosti za dejanje javnega opravičevanja (...) hudodelstev, če je izvršeno na način, za katerega ni mogoče, da bi spodbudil nasilje ali sovraštvo (člen 8(1)(c)). To namreč pomeni, da je kaznivo

dejanje javnega opravičevanja, zanikanja ali grobega zmanjševanja pomena hudodelstev storjeno zgolj, če gre pri tem za spodbujanje k nasilju ali sovraštvu proti skupini/članom te skupine opredeljeni glede na določene navezne osebne okoliščine. Z drugimi besedami to pomeni, da sta izvršitveni obliki javnega opravičevanja, zanikanja ali grobega zmanjševanja hudodelstev v tem primeru zgolj dve modaliteti izvršitve kaznivega dejanja javnega spodbujanja k nasilju in sovraštvu po členu 1(1)(a) predloga OS. V tem primeru se postavlja vprašanje zakaj sploh inkriminirati specifično modaliteto javnega spodbujanja k nasilju in sovraštvu, saj so te že vključene v osnovno obliko. Kljub navidezni raznovrstnosti inkriminacij določenih v 1. členu predloga OS, se tako v bistvu izkaže, da gre ob pogoju, da je javno opravičevanje (...) hudodelstev lahko izvršeno zgolj, če spodbuja nasilje ali sovraštvu, za eno inkriminacijo.

Predlog OS s predvidenimi možnostmi »izključitve iz kazenske odgovornosti« v 8. členu tako predstavlja izredno širok skupni kazenskopravni pristop v inkriminaciji nekaterih oblik in izrazov rasizma in ksenofobije, saj inkriminira:

- javno spodbujanje k nasilju/sovraštvu (proti točno opredeljenim skupinam/njenim članom) ne glede na učinke dejanja,
- javno opravičevanje, zanikanje ali grobo zmanjševanje pomena hudodelstev (proti točno opredeljenim skupinam/njenim članom) ne glede na učinke dejanja,
- javno opravičevanje (...) hudodelstev, *če spodbuja nasilje ali sovraštvu* (proti točno opredeljenim skupinam/njenim članom),
- javno spodbujanje k nasilju/sovraštvu, *če pomeni grožnjo, zmerjanje ali žaljenje* (proti točno opredeljenim skupinam/njenim članom)
- javno opravičevanje (...) hudodelstev, *če pomeni grožnjo, zmerjanje ali žaljenje* (proti točno opredeljenim skupinam/njenim članom),
- javno spodbujanje k nasilju/sovraštvu, *če moti javni mir* (proti točno opredeljenim skupinam/njenim članom),
- javno opravičevanje (...) hudodelstev, *če moti javni mir* (proti točno opredeljenim skupinam/njenim članom).

Glede (možnih) inkriminacij iz prve in druge alineje je pomembno opozoriti, da pojem »javno spodbujanje« očitno za evropskega pravodajalca ne predstavlja »jasno in neposredno nevarnost« (da bodo sovražne besede eskalirale v nasilje). Sicer ne bi določal dodatnih pogojev, da morajo dejanja predstavljati »grožnje, zmerjanja ali žaljenja oziroma motenje

javnega miru«. Očitno je, da lahko »javno spodbujanje« obsega veliko modalitet, zato se nam tovrstno konkretiziranje znakov kaznivega dejanja zdi koristno, ker z natančnejšim opredeljevanjem cone kriminalnosti deluje kot branik svobode izražanja. Vendar po argumentu *a contrario* to pomeni, da »javno spodbujanje« ne pomeni »grožnje, zmerjanja ali žaljenja oziroma ne moti javnega miru«. To pa pomeni, da je cona kriminalnosti pri inkriminaciji navedeni v 1. in 2. alineji po našem mnenju (pre)široka in še zdaleč ne dosega ostrine doktrine jasno navzoče in neposredno grozeče nevarnosti, ki se kaže, vsaj zaenkrat ob odsotnosti boljših meril, za še najbolj primerno pri omejevanju svobode izražanja.

Pri tem je treba priznati, da kasnejši predlog OS (št. 8544/07 DROIPEN 34 z dne 17. aprila 2007) določa dodatne pogoje že pri inkriminaciji v 1. členu, torej pogoje, ki jih starejši predlog določa pri omejitvi kazenske odgovornosti (člen 8(1)(d) predloga OS št. 5118/07 DROIPEN 1 z dne 15.1.2007). Kasnejši predlog OS v 1. členu namreč pri obeh oblikah javnega opravičevanja (...) hudodelstev določa, da morata biti storjeni »na način, ki bo verjetno spodbudil nasilje ali sovraštvo proti tako opredeljeni skupini/njenemu članu.« Ker v trenutku pisanja tega prispevka določba 8. člena tega (kasnejšega) predloga, ki določa obseg kazenske odgovornosti, javnosti ni dostopna, lahko zgolj ugibamo njegovo vsebino, a pričakovati je, da bo v novi formulaciji 8. člena, ki postavlja meje kazenske odgovornosti, navedeno, da lahko države ta dodaten pogoj izključijo. Da je temu tako nakazuje tudi nov 1a. odstavek 1. člena kasnejšega osnutka, ki pravi, da lahko države članice za namene 1. odstavka inkriminirajo dejanje, ki je bodisi izvršeno na način za katerega je verjetno, da bo motil javni mir, ali ki je ogrožajoč, zmerljiv ali žaljiv.

To prenašanje znakov kaznivega dejanja in možnosti njihovega izključevanja vzbuja nekaj zmede, a vprašanje je, če bo prišlo do vsebinskih sprememb inkriminacij. Gotovo bi bilo bolje, če bi bil objekt kazenskopravnega varstva določen jasneje in poenoten, namreč ali inkriminacije varujejo:

- čast in dobro ime (tj. zmerjanje, žaljenje) ali/in
- javni red in mir.

Najbrž je skoraj odveč poudariti, da te široke možnosti predpisovanja dodatnih pogojev kažejo, da je pompozno razglašeno doseženo soglasje v Svetu PNZ dne 19. aprila 2007, bolj nesoglasje o tem, kako konkretizirati omejitve svobode govora. Dosežen skupni kazenskopravni pristop v boju zoper nekatere oblike in izraze rasizma in ksenofobije bo v

nekaterih državah vodil do inkriminacij z znaki, ki bodo varovale čast in dobro ime, druge pa do inkriminacij, ki bodo z dodatnimi merili, varovala »javni red in mir«, kar v tem segmentu izničuje prizadevanja po »dodatnem približevanju zakonov in drugih predpisov držav članic in po premagovanju ovir za učinkovito pravosodno sodelovaje« (3. točka preambule predloga OS) na področju boja zoper rasizem in ksenofobijo oziroma predstavlja dejstvo, da harmonizacija na ravni EU ni mogoča.

Primerjava obsega kaznivosti za javno opravičevanje (...) hudodelstev po predlogu OS z obsegom kaznivosti za zanikanje, zmanjševanje pomena, odobravanje ali zagovarjanje genocida določenem v inkriminaciji 300. člena KZ »Zbujanje sovraštva, razdora ali nestrpnosti, ki temelji na kršitvi načela enakosti« kaže, da je KZ v nekaterih delih restriktivnejši v nekaterih pa spet bolj odprt. Restriktivnejši je v delu, ki se nanaša na varovana hudodelstva, saj inkriminira zgolj zanikanje (...) hudodelstva genocida, ne pa hudodelstev zoper človečnost (kot na primer dodaja Dodatni protokol h Konvenciji o kibernetiski kriminaliteti, ki obravnava inkriminacijo rasističnih in ksenofobičnih dejanj, storjenih v računalniških sistemih) in tudi ne vojnih hudodelstev (kar z oziroma na prejšnje inkriminacije v omenjenem Dodatnem protokolu dodaja predlog OS). Kaznivo dejanje zanikanja (...) genocida po 300. členu KZ pa je po drugi strani bolj ohlapno, ker (1) inkriminacija ni vezana na motivacijo storilca, tj. ne glede na to ali je bilo dejanje izvršeno zaradi rasizma ali ksenofobije (tj. izvršeno proti skupini ljudi/njenim članom, opredeljeni glede na raso, barvo kože, vero, poreklo ali nacionalno ali etnično pripadnost.) in ker (2) tudi ni vezana na učinek dejanja (tj. da spodbuja nasilje ali sovraštvo). V omenjeni prvi točki tako 300. člen ni v skladu s predlogom OS, v drugi točki pa se sicer 300. člen KZ ujema z eno izmed možnosti iz predloga OS in ga nikakor zaradi tega ne bi bilo potrebno spreminjati. A kljub temu, je ta možnost ena izmed slabših možnosti, ki jih določa predlog OS. Rešitev z dodatnim pogojem, na primer (!) tako kot določa člen 8(1)(d) OS, ki izvršitveno obliko veže na učinke dejanja, ni napačna, ker s tem dodatnim znakom preprečuje inkriminacijo »gole« izjave (tj. ne glede na učinke) in zato v večji meri omogoča spoštovanje temeljne človekove pravice svobode izražanja oziroma širi polje svobodnega delovanja posameznika, ter zagotavlja načelo *ultima ratio* pri uporabi kazenskega prava.

2.)

V inkriminaciji javnega opravičevanja (...) genocida, hudodelstev proti človeštvu in vojnih hudodelstev, kakor so opredeljeni v Statutu Mednarodnega kazenskega sodišča, se postavlja

vprašanje, katere skupine oseb so sploh varovane s skupnim kazenskoopravnim pristopom zoper »rasizem in ksenofobijo«. Na prvi pogled je jasno, to so skupine/njen član opredeljene glede na raso, barvo kože, vero, poreklo ali nacionalno ali etnično pripadnost (člen 1(1)(c) in (d) predloga OS). Vendar spomnimo, da genocid in hudodelstva zoper človeštvo vsebujeta lastne nabore osebnih okoliščin. Tako je na primer lahko preganjanje skupine (civilnega prebivalstva) opredeljene po spolu ali spolni usmeritvi, ki ga spremlja še eno nečlovečno dejanje in ki je sestavni del velikega ali sistematičnega napada (napad je tudi izvajanje ali podpora politikii posameznih skupin, in ne le oborožen spopad državne oblasti) hudodelstvo zoper človečnost. Vendar ali je tovrstno dejanje lahko tudi kaznivo dejanje, povezano z rasizmom in ksenofobijo po predlogu OS, to pomeni kaznivo dejanje javnega opravičevanja (...) hudodelstva proti človeštvu?

Na kar želimo opozoriti je, da zaradi različnih naborov osebnih okoliščin, lahko pride do diskrepance med genocidom in hudodelstvom zoper človečnost na eni in med kaznivim dejanjem javnega opravičevanja (...) tega hudodelstva na drugi strani. Tako bi (če nadaljujemo z zgornjim primerom) lahko bilo podano hudodelstvo zoper človečnost, zanikovanje (...) hudodelstva usmerjeno proti tej skupini pa ne bi bilo kaznivo dejanje, ker ta skupina ni zaščiten s kaznivimi dejanji, povezanimi z rasizmom in ksenofobijo – inkriminacije po predlogu OS ščitijo le posameznike/skupine opredeljene glede na raso, barvo kože, vero, poreklo ali nacionalno ali etnično pripadnost, ne pa glede na spol ali spolno usmeritev. Niti ne ščitijo drugih skupin/skupnosti opredeljenih po »drugih razlogih, ki so po mednarodnem pravu na splošno priznani kot nedopustni« (točka (h) 1. odstavka 7. člena Rimskega statuta) – ti razlogi, ki po mednarodnem pravu štejejo kot nedopustni, pa so nedvoumno na primer razlogi kot so navedeni v 14. členu EKČP ali v 1. členu Protokola številka 12 k EKČP. Zaskrbljujoče je, da je evropska družbena realnost pač takšna, da prihaja do nasilja ravno zaradi okoliščin kot je na primer spolna usmerjenost, na primer na vseevropsko razširjenih t. i. paradah ponosa ali mavričnih paradah, kjer prihaja do napadov skrajnih desničarskih skupin, motiviranih izključno zaradi teh »drugih« osebnih okoliščin.

Opisana diskrepanca med naveznimi osebnimi okoliščinami preganjane skupine ali skupnosti pri hudodelstvu zoper človečnost in genocidu na eni in naveznimi okoliščinami, ki štejejo za »rasistične in ksenofobične« pri kaznivem dejanju javnega opravičevanja (...) teh dveh hudodelstev, se morda še bolj jasno odraža pri versko opredeljenih skupinah. Na podlagi člena 8(1)(a) predloga OS lahko država članica izključi kazensko odgovornost za dejanja povezana

z rasizmom in ksenofobijo, kadar so usmerjena proti skupini oseb opredeljeni glede na vero. To pomeni, da zanikovanje (nekega) genocida zoper versko manjšino, ki je naperjeno zoper versko manjšino, ni kaznivo dejanje po predlogu OS. Res pa je, da predlog OS pri tej izključitvi kazenske odgovornosti določa pogoj, da oseba pri tem zanikovanju ne grozi in namerava spodbuditi versko nestrpnost (člen (1)(a)). Določba je kontradiktorna, saj to praktično pomeni, da je izključitev kazenske odgovornosti določena v prvem delu člena 8(1)(a) predloga OS, nesmiselna. Ne moremo si namreč predstavljati, da bi zanikovanje tako težkega zločina kot je genocid, proti skupini, ki je bila žrtev tovrstnega genocida, ne spodbujalo verske nestrpnosti. Vsekakor je določba konfuzna, zadnji osnutek OS (št. 8544/07 DROIPEN 34 z dne 17.4.2007) pa javnosti žal na tem mestu ni dostopen.

3.)

Države članice lahko inkriminacijo javnega opravičevanja (...) hudodelstev iz 6., 7. in 8. člena Statuta Mednarodnega kazenskega sodišča (člen 1(1)(c) predloga OS) in zločinov, opredeljenih v 6. členu Listine Mednarodnega vojaškega sodišča (člen 1(1)(d) predloga OS), vežejo na *dodaten pogoj*: da je državno sodišče v tej državi članici in/ali oziroma samo mednarodno sodišče »dokončno priznala [ta hudodelstva, dodal A.Z.] kot zgodovinsko dejstvo« (člen 1(2) predloga OS). Slovenska verzija predloga OS je problematična.²⁴ priznavanje zločinov kot zgodovinskih dejstev ni nekaj, s čimer se ukvarjajo kazenska sodišča, ali povedano drugače, kazensko sodišče ni organ, ki bi »certificiral« zgodovinska dejstva. Ta določba bolj sugerira na nekakšno ugotovitveno sodbo iz civilnega postopka.

Morda določba praktično pomeni, da mora obstajati vsaj ena obsodilna sodba po 6., 7. ali 8. Statuta Mednarodnega kazenskega sodišča oziroma 6. členu Listine Mednarodnega vojaškega sodišča, da bi bil mogoč kazenski pregon zaradi kaznivega dejanja, povezanega z rasizmom ali ksenofobijo (1. člen predloga OS). Z določitvijo tega pogoja lahko država članica onemogoči, da bi sodišče o obstoju hudodelstev presoјalo kot o predhodnem vprašanju. Morda ne popolnoma nepomembno, država članica ne more tega dodatnega pogoja določiti tako, da bi bila lahko samostojno odločilna zgolj domača sodba – ta je lahko relevantna zgolj alternativno ali kumulativno s sodbo mednarodnega sodišča.

²⁴ Angleška različica predloga OS je naslednja: » (...) only if the crimes referred to in these paragraphs have been established by a final decision of a national court of this Member State and/or an international court or by a final decision of an international court only.« (2. odstavek 1. člena predloga OS št. 8544/07 DROIPEN 34 z dne 17.4.2007).

4.)

Obseg kaznivosti kaznivih dejanj povezanih z rasizmom in ksenofobijo zmanjšuje možnost, da se kazensko ne odgovarja za dejanja, usmerjena proti skupini ljudi/njenemu članu opredeljeni glede na vero (člen 8(1)(a) predloga OS). Pogoj je, da to ni pretveza za dejanja, usmerjena proti skupini oseb, opredeljeni glede na preostale navezne osebne okoliščine (tj. raso, barvo kože, poreklo ali nacionalno ali etnično pripadnost). Povedano drugače, sklicevanje na vero naj bi zajelo vsaj ravnanje, ki je pretveza za dejanja, usmerjena proti skupini ljudi, opredeljeni glede na raso, barvo kože, poreklo ali nacionalno ali etnično pripadnost, ali proti članu te skupine.

Navedena določba je problematična, saj islamofobija in antisemitizem bistveno soprispevata k pojavu sovražnega govora v Evropi. Določba zadnjega predloga OS, ki nam je dostopna (dokument št. 8544/07 DROIPEN 34 z dne 17.4.2007) te določbe ne razkriva, v dokumentu št. 5118/07 DROIPEN I z dne 15.1.2007, pa je bilo (v istem členu 8(1)(a)) dodano, da izključitev kazenske odgovornosti za dejanja usmerjena proti skupini oseb, opredeljeni glede na vero, ni dovoljena »če oseba z besedami ali obnašanjem grozi in namerava tako spodbuditi versko nestrpnost«: kar določba v prvem delu izključuje, v drugem stavku ponovno vzpostavlja. Trenutno te določbe zato ni mogoče analizirati bolj podrobno.

Kriminaliteta iz sovraštva (*hate crime*) v predlogu OS

V predlogu Okvirnega sklepa Sveta o boju proti rasizmu in ksenofobiji lahko prepoznamo novo zavest evropskega sestavljalca skupnega kazenskopravnega pristopa o posebej nevarni in zavržni obliki kaznivih dejanj, ki so storjena iz sovražne motivacije, v anglo-ameriških pravnih sistemih znanih pod imenom kriminaliteta iz sovraštva (*hate crime*). V 6. točki preambule predloga OS Svet EU upošteva, da je »(p)ri izrekanju kazni za običajna kazniva dejanja (...) treba kot oteževalne okoliščine upoštevati rasistične ali ksenofobične motive. To naj bi predstavljalo neposredni odgovor storilcem takšnih kaznivih dejanj in imelo svarilen učinek«.

Neobvezujoče besedilo preambule konkretizira 4. člen predloga OS, ki opredeljuje rasistične in ksenofobične motive: »Za kazniva dejanja, ki niso navedena v členih 1 in 2 države članice sprejmejo potrebne ukrepe, s katerimi zagotovijo, da se rasistični in ksenofobični motivi obravnavajo kot oteževalna okoliščina oziroma da takšne motive sodišča lahko upoštevajo pri izrekanju kazni.«

Ta morda navidezno manj pomemben del skupnega kazenskopravnega pristopa je potrebno še posebej izpostaviti, ker se z njim vsaj delno in (zaenkrat) manj pravno dogmatično dodelano uvaja koncept kriminalitete iz sovraštva, ki je v anglo-ameriških pravnih redih vzbudil posebej velika upanja v boju proti kriminaliteti povzročeni iz diskriminatornih nagibov, a je bil naposled deležen posebej uničevalne, a utemeljene kritike.

Sovražni govor (*hate speech*) je mogoče razumeti kot del koncepta kriminalitete iz sovraštva (*hate crime*), saj gre v obeh primerih za kriminaliteto motivirano izključno ali pretežno na storilčevih (negativnih) predsodkih – to pomeni, da nekoga ne maramo samo zaradi pripadnosti določeni skupini. Takšno definicijo je mogoče podati na bolj osnovni ravni, medtem ko se zakonski dejanski stanovi v državah, kjer so sprejeli posebne zakone zoper kriminaliteto iz sovraštva in zoper sovražni govor, lahko precej razlikujejo. Nekateri zato menijo,²⁵ da za kršitev zakonodaje, ki prepoveduje sovražni govor, zadostuje že izražanje na podlagi rase, barve kože, veroizpovedi idr. osebnih okoliščin, za katerega oseba ve ali bi lahko vedela, da bo sprožilo jezo ali razburjenje v javnosti, medtem ko se zakonodaja, ki preprečuje kriminaliteto iz sovraštva, uporabi šele takrat, ko je v kazenskem postopku že dokazano, da je bilo storjeno kaznivo dejanje. V tem primeru se zaradi zavržne (tj. diskriminatorne) motiviranosti storilca uporabi zakon zoper kriminaliteto iz sovraštva (*hate crime law*), ki za isto dejanje predpisuje določeno povišanje kazni (zato so ti zakoni imenovani tudi »zakoni o strožji kazni« oziroma *sentence enhancement laws* ali *sentence augmentation laws*).

Drugi²⁶ avtorji pod naziv *hate crime laws* uvrščajo naslednje vrste zakonov: (1) substancialne zakone zoper kriminaliteto iz sovraštva (*hate crime laws*), (2) zakone o postrožitvi kazni (*sentence enhancement laws*) in (3) zakone, ki predpisujejo obvezno zbiranje podatkov o kriminaliteti iz sovraštva (*hate crime reporting laws*). Tisti, ki zastopajo stališče o ustavnosti celotne zakonodaje zoper kriminaliteto iz sovraštva menijo, da je potrebna distinkcija med govorom in dejanjem: ljudje lahko govorijo, kar si mislijo, ne smejo pa se vesti v skladu s temi mnenji, če to predstavlja fizično ogrožanje drugih. Drugi, ki menijo, da so ti zakoni neustavni, pa svoje stališče argumentirajo z dejstvom, da gre za rekriminalizacijo in

²⁵ Glej Winer 1992.

²⁶ Na primer Jacobs, Potter 1997.

povečevanje kazni za ista dejanja zgolj zaradi »napačnih misli« ob storitvi kaznivega (tj. »napačnega«) dejanja.

Pri posebni zakonodaji zoper kriminaliteto iz sovraštva je ključnega pomena določitev predsodkov oziroma natančneje, osebnih okoliščin, ki posameznika (ali več njih) povezujejo z določeno (širšo) skupino in zaradi katerih imamo do njega (njih) negativni odnos. Evropski sestavljavec predloga OS pojma »rasističnih in ksenofobičnih motivov« (4. člen), kljub pogosti uporabi v besedilu ne opredeljuje neposredno. Pravno relevantne osebne okoliščine izhajajo iz opredelitve pojma »sovraštvo«, ki se nanaša na sovraštvo, ki temelji na rasi, barvi kože, veri, poreklu ali nacionalni ali etnični pripadnosti (točka (5c) preambule predloga OS), opredelitve »porekla«, ki »se v osnovi nanaša na osebe ali skupine oseb, ki so potomci oseb, ki bi se jih lahko opredelilo z določenimi značilnostmi (npr. rasa ali barva kože), toda ni nujno, da vse te značilnosti še obstajajo« (točka (5a) preambule), in opredelitve »vere«, ki »se v splošnem smislu nanaša na osebe, opredeljene glede na svoja verska prepričanja ali svetovne nazore« (točka (5b) preambule predloga OS). Svetovni nazor pa je skupek med seboj povezanih misli, pojmov, sodb o temeljnih, splošnih vprašanjih sveta, družbe in človeka.²⁷

Problem pri zakonodaji iz sovraštva je seveda, zakaj ravno ti predsodki oziroma osebne okoliščine in ne drugi, ki so morda enako uveljavljeni v mednarodnem pravu. Ali kazniva dejanja storjena z drugo (poljubno) motivacijo storilca niso enako resna in žrtve enako prizadete? Situacija v ZDA kaže, da je pri odločanju o predsodkih, ki zaslužijo posebno, tj. strožjo obravnavo, ključna predvsem politična moč reprezentativnih organizacij posameznih skupin, ki uspejo pri pridobivanju statusa žrtve. Status žrtve je socialna etiketa in ni nekaj ontološko danega.²⁸ Gre za s strani oblasti priznane predsodke, ki zaslužijo strožje kaznovanje, del tako imenovane identitetne politike (*identity politics*) oblasti, ki očitno generira nadaljnje družbene delitve in sproža konflikte.

Nadaljnjo težavo predstavlja tudi dokazovanje »sovražne motivacije« *in concreto*. Motivacija storilca je običajno neznanka. Storilec, ki ga v ureditvah, kjer poznajo posebne zakone zoper

²⁷ Vrste svetovnega nazora so primeroma idealistični, krščanski, marksistični, materialistični. Tako Slovar slovenskega knjižnega jezika, iskalni pojem »nazor«. Programska različica ASP v1.25. Amebis d.o.o.

²⁸ Jacobs in Henry ugotavljata, da je zgodovina proti-gejevskega nasilja v ZDA kruta, a kljub temu nasilje motivirano z anti-gejevskimi predsodki ni vsebovano v *hate crime bills*. Glej Jacobs, Henry 1996.

kriminaliteto iz sovraštva, zaradi uradno razglašanih »zavržnih« motivov čaka strožja kazen za isto dejanje, seveda prikriva svojo resnično motivacijo. Kriminološke raziskave tudi kažejo, da obtoženi večkrat niti sam ne ve zakaj je storil dejanje in zgolj ponuja razlage in razloge, ki jih zasliševalci želijo slišati. Psihoanalitične razlage se nadalje osredotočajo tudi na dejstvo, da so samemu storilcu pravi razlogi lahko odtegnjeni, potlačeni. Iz navedenih razlogov je posebna zakonodaja zoper kriminaliteto iz sovraštva, ki omogoča zgolj strožje kaznovanje, neprimeren odgovor na kriminaliteto motivirano na predsodkih.

Predlog OS kljub temu določa dve obliki upoštevanja »rasističnih in ksenofobičnih motivov« (8. člen): pri izrekanju kazni ali pri odmeri kazni. V prvem primeru gre tako povečevanje kazni, ki spominja na zakone o strožji kazni (*sentence enhancement laws* ali *sentence augmentation laws*), kjer je kazen za enako dejanje višja zaradi rasistične ali ksenofobične motivacije storilca. V drugem primeru pa gre za možnost, ki jo naš KZ že pozna v okviru splošnih pravil za odmero kazni (člen 41/2 KZ), kjer sodišče kot obteževalne okoliščine upošteva tudi nagibe, iz katerih je bilo dejanje storjeno. V tem primeru bo seveda moralo sodišče posebej obrazložiti, zakaj določen motiv šteje kot posebej zavržen in zato v okviru predpisane kazni izreka višjo kazen, zato ne bo avtomatizma, kot ga povzročajo posebni »zakoni o strožji kazni«.

Izhajajoč iz te določbe predloga OS, ki narekuje zelo različne oblike upoštevanja »rasističnih in ksenofobičnih motivov«, je težko sklepati kaj bodo storile države članice. »Moralna panika« o skokovitem naraščanju kriminalitete iz sovraštva, ki jo je bilo v prejšnjem desetletju zaznati zlasti v ZDA in VB, in ki je tam vodila do sprejetja posebne zakonodaje, je privedla do povečanja nasilja v družbi – in ne obratno.²⁹ V primeru slovenske materialne kazenske ureditve *de lege ferenda* predlagamo, da se je potrebno vzdržati morebitnih poskusov sprejema posebne zakonodaje iz sovraštva, ki bo določala avtomatizem pri povečevanju kazni. Sedanja rešitev, ki omogoča upoštevanje nagibov, iz katerih je bilo dejanje storjeno v okviru splošnih pravil za odmero kazni, povsem zadostuje.

Odgovornost pravnih oseb po predlogu OS

Pomembna novost predloga Okvirnega sklepa Sveta o boju proti rasizmu in ksenofobiji je poudarjena odgovornost pravnih oseb za dejanja povezana z rasizmom in ksenofobijo. Pravne

²⁹ Glej kritične navedbe v Jacobs, Henry 1996; Jacobs, Potter 1998.

osebe so lahko v celoti odgovorne za vse oblike kaznivih dejanj, povezanih z rasizmom in ksenofobijo (1. člen predloga OS) in za hujskanje, pomoč in napeljevanje (2. člen predloga OS), pri čemer za pravno osebo ne šteje država ali drugi javni organi (ki izvršujejo javna pooblastila) in javne mednarodne organizacije (člen 5(4)) (podobno kot to določa 2. člen Zakona o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja, ZOPOKD).³⁰

Kazenska odgovornost pravnih oseb je podana (5. člen predloga OS), če so dejanja storjena v njihovo korist, stori pa jih katera koli oseba, ki deluje bodisi samostojno ali kot del organa te pravne osebe, njen vodilni položaj znotraj te pravne osebe pa temelji na (a) pooblastilu za zastopanje pravne osebe, ali (b) pooblastilu za sprejemanje odločitev v imenu pravne osebe, ali (c) pooblastilu za opravljanje nadzora znotraj pravne osebe. Blažja oblika odgovornosti pravne osebe pa je podana, ko sta pomanjkljiv nadzor ali kontrola zgoraj navedene osebe omogočila, da je dejanje v korist te pravne osebe storila podrejena oseba.

Na podlagi navedenega ugotavljamo, da bi bile nekatere rešitve koristno vključiti tudi v ZOPOKD. Pri tem je primarnega pomena med kazniva dejanja, za katera odgovarja tudi pravna oseba umestiti tudi kaznivo dejanje iz 300. člena (10. točka 25. člena ZOPOKD). Manj pomembna, a ključna za preprečitev paradoksalnih situacij, pa je rešitev, da bi v 2. odstavku 21. člena ZOPOKD med pravne posledice obsodbe dodali novo točko, ki bi pravni osebi odvzela upravičenje do državnih ugodnosti ali pomoči (tam so navedena zgolj dovoljenja, pooblastila in koncesije, ki jih podeljujejo državni organi).

Nekateri trendi urejanja sovražnega govora na ravni EU

Po pregledu delovnih gradiv, osnutkov, mnenj, priporočil nastalih v postopku sprejemanja Okvirnega sklepa Sveta o boju proti rasizmu in ksenofobiji, je mogoče prepoznati naslednje trende ali politične težnje pri regulaciji sovražnega govora v EU:

1. pri opredeljevanju »rasistične in ksenofobične« motivacije se kaže tendenca, da bi bila lahko skupina/njen član opredeljena tudi glede na druge navezne osebne okoliščine, kot je socialni status ali politično prepričanje (*razširitev arzenala varovanih skupin/njenih članov*),

2. nekatere države (zlasti države »razširjene Evrope«) se zavzemajo za razširitev kaznivosti z vključitvijo javnega opravičevanja, zanikanja ali grobega zmanjševanja pomena

³⁰ Uradni list RS, št. 59/99, 12/00, 50/04, 98/04-UPB1.

genocida, zločinov proti človeštvu in vojnih zločinih, ki so jih zagrešili *totalitarni sistemi* (kar naj bi pomenilo zlasti poveljni komunistični sistemi),

3. v Evropskem parlamentu se pojavljajo mnenja, da bi določili kvalificirane oblike kaznivih dejanj, povezanih z rasizmom in ksenofobijo, za *javne osebnosti in predstavnike oblasti*,

4. s kazenskim pravom se skuša omejiti tudi dejavnost rasističnih in ksenofobičnih skupin in sodelovanje v teh dejavnostih z namenom prispevanja k organizaciji kriminalnih dejavnosti.³¹

5. KAZNIVO DEJANJE »ZBUJANJE SOVRAŠTVA, RAZDORA ALI NESTRPNOSTI, KI TEMELJI NA KRŠITVI NAČELA ENAKOSTI« PO 300. ČLENU KZ

Ustavnoppravna podlaga kazenskopravnega omejevanja svobode izražanja

Ustavnoppravno podlago za kazenskopravno omejevanje temeljne človekove pravice svobode izražanja (39. člen Ustave RS, U RS) predstavljajo trije sklopi določb:

(1) enakost pred zakonom (14. člen U RS), ki je kazenskopravno varovana z inkriminacijo »Kršitev enakopravnosti« (141. člen KZ),

(2) pravica do osebnega dostojanstva in varnosti (34. člen U RS) in varstvo pravic zasebnosti in osebnostnih pravic (35. člen U RS), ki sta kazenskopravno varovani z inkriminacijami v poglavju kazniva dejanja zoper čast in dobro ime (18. poglavje KZ),

(3) prepoved spodbujanja k neenakopravnosti in nestrpnosti ter prepoved spodbujanja k nasilju in vojni (63. člen U RS), ki se v kazenskem pravu odraža v inkriminaciji »Zbujanje sovraštva, razdora ali nestrpnosti, ki temelji na kršitvi načela enakosti« (300. členu KZ).

Koncept sovražnega govora kot institut anglo-ameriškega izvora v našem pravnem okolju vzbuja kar nekaj nejasnosti. Sintagma »sovražni govor« se pogosto uporablja (tudi) za označbo žaljivega izražanja o osebnih okoliščinah, ki naj bi žrtvam povzročalo posebno emocionalno škodo. Ta objekt kazenskopravnega varstva (zgoraj naveden drug sklop določb U RS) ščitijo inkriminacije iz 18. poglavja KZ. V primeru, da bi šlo za diskriminatorno prikrajšanje, omejevanje človekovih pravic ali temeljnih svoboščin (ali takšno njihovo podeljevanje) bi bili podani znaki po 141. členu KZ, ki neposredno ščiti enakost pred

³¹ Glej še Priporočilo Evropskega parlamenta Svetu z dne 21. junija 2007 o napredku pri pogajanjih glede Okvirnega sklepa o boju proti rasizmu in ksenofobiji (2007/2067(INI)).

zakonom. Vendar je koncept sovražnega govora v našem pravnem sistemu potrebno razumeti v ožjem smislu, v smislu določbe 63. člena U RS,³² ki se odraža v inkriminaciji po 300. členu KZ.³³ Del vsebine razumevanja sovražnega govora, ki se nanaša na žaljivo izražanje se nanaša na drug objekt kazenskopravnega varstva - čast in dobro ime, pri sovražnem govoru pa gre za varstvo javnega reda in miru.

»Sovražne besede« torej ogrožajo javni red in mir in pripravljajo (kvalitativen) preskok, prehod od besed k dejanjem. Določitev restriktivnih in objektiviziranih meril tega preskoka je epicenter kazenskopravne prepovedi sovražnega govora, saj je potrebno hkrati s prepovedjo tudi onemogočiti zlorabo kazenskega prava s poskusi »kontrole misli« oziroma kaznivih dejanj tipa »sovražna propaganda«, ki ga je določal 133. člen Kazenskega zakona SFR Jugoslavije. Z artikulacijo besed se namreč še niso zgodile spremembe relevantne za javni red in mir, zato ne kaže izražanja prepovedovati; lahko pa, kot omenjeno, artikulacija žaljivih besed pomeni izpolnitev katerega izmed zakonskih dejanskih stanov kaznivih dejanj zoper čast in dobro ime ali zakonski dejanski stan kaznivega dejanja po 141. členu KZ. Kakšna ureditev sovražnega govora v ožjem smislu oziroma inkriminacija »Zbujanje sovraštva, razdora ali nestrpnosti, ki temelji na kršitvi načela enakosti« zadosti tem zahtevam?

Merila jasno navzoče in neposredno grozeče nevarnosti

³² Prepoved spodbujanja k neenakopravnosti in nestrpnosti ter prepoved spodbujanja k nasilju in vojni (63. člen Ustave RS; Uradni list RS, št. 33/91, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 69/04, 69/04, 68/06):

Protiustavno je vsakršno spodbujanje k narodni, rasni, verski ali drugi neenakopravnosti ter razpihovanje narodnega, rasnega, verskega ali drugega sovraštva in nestrpnosti.

Protiustavno je vsakršno spodbujanje k nasilju in vojni.

³³ Zbujanje sovraštva, razdora ali nestrpnosti, ki temelji na kršitvi načela enakosti (300. člen Kazenskega zakonika; Uradni list RS, št. 63-2167/1994, 70-1/1994, 23-1035/1999, 110-5389/2002 in 40-1662/2004):

(1) Kdor izziva ali razpihuje narodnostno, rasno ali versko sovraštvo, razdor ali nestrpnost, ali širi ideje o večvrednosti ene rase nad drugo, ali daje kakršnokoli pomoč za rasistično dejavnost, ali zanika, zmanjšuje pomen, odobrava ali zagovarja genocid,

se kaznuje z zaporom do dveh let.

(2) Če je dejanje iz prejšnjega odstavka storjeno s prisilo, grdim ravnanjem, ogrožanjem varnosti, s sramotitvijo narodnostnih, etničnih ali verskih simbolov, s poškodovanjem tujih stvari, z oskrunitvijo spomenikov, spominskih znamenj ali grobov,

se storilec kaznuje z zaporom do petih let.

(3) Material in predmeti, ki nosijo sporočila iz prvega odstavka tega člena, kot tudi pripomočki, namenjeni za njihovo izdelovanje, razmnoževanje in razpečevanje, se vzamejo ali njihova uporaba ustrezno onemogoči.

Merila za presojo, kdaj sovražni govor predstavlja jasno navzočo in neposredno grozečo nevarnost za javni red in mir, so ključnega pomena za določanje obsega pravice do svobode izražanja v družbi. Načelno je logično, da je levji delež njihove minuciozne razčlenitve naloga kazenskih sodišč, a kljub temu analiza KZ kaže na izjemno raznovrstne izvršitvene oblike.

Ustavna določba o prepovedi spodbujanja k neenakopravnosti in nestrpnosti (63. člen) uporablja pojma »spodbujanje« in »razpihovanje«. Določba 300. člena KZ določa izvršitvene oblike »izzivanja«, »razpihovanja«, »širjenja idej«, »zanikanja«, »zmanjševanja pomena«, »odobravanja«, »zagovarjanja«. Pojme, ki kažejo na večjo stopnjo »angažiranosti« od (»golega«) izražanja najdemo tudi v nekaterih drugih določbah KZ: verbalni delikt po 360. členu (Ščuvanje k nasilni spremembi ustavne ureditve) določa izvršitveni obliko »pozivanja« in »ščuvanja«, prav tako 373. člen (Genocid) in 385. člen (Ščuvanje k napadalni vojni), 387. člen (Spravljanje v suženjsko razmerje) pa med izvršitvenimi oblikami določa »ščuvanje«.

Načeloma ugotavljamo, da izvršitveni obliki »izzivanja« in »razpihovanja« (člen 300/1 KZ) ostajata v strogih okvirih jasno navzoče in neposredno grozeče nevarnosti. A kljub temu (lahko) (ne nujno potrebna) raznolikost izvršitvenih oblik uporabljenih v KZ (ne zgolj v členu 300 KZ) neupravičeno širi cono kriminalnosti in povzroča pojmovno zmedo. Izvršitvene oblike »spodbujanje«, »izzivanje«, »razpihovanje«, »pozivanje«, »ščuvanje« bi bilo potrebno *de lege ferenda* smiselno stopenjsko uskladiti (v kolikor gre za različne stopnje). Zaenkrat je potrebno vsaj jasnejše razlikovanje med (1) napeljevanjem, ki je usmerjeno proti določenim osebam in je konkretno in neposredno, in (2) ščuvanjem (oziroma hujskanjem, spodbujanjem ali izzivanjem, razpihovanjem), ki je usmerjeno proti nedoločenemu krogu oseb.³⁴ Nadaljnja distinkcija med izvršitvenima oblikama (a) izzivanja (300. člen KZ; oziroma spodbujanja po 63. člen U RS) in (b) razpihovanja nima posebnega pomena. Prva naj bi pomenila povzročanje takšnega (nevarnega) stanja, druga pa razširjanje že obstoječih nasprotij v določenem okolju.³⁵ V sodobni antagonistični družbi je namreč težko določiti »korenine« oziroma počelo obstoječih nasprotij, tako da bi lahko ločevali med »inicialnim« izzivanjem in »nadaljnjim« razpihovanjem sovraštva, razdora, nestrpnosti. Namesto dosedanjega »izzivanja« in »razpihovanja« bi povsem zadoščala izvršitvena oblika, ki bi se jasno razlikovala od napeljevanja: na primer »ščuvanje«, ki se že sistematično uporablja pri drugih

³⁴ Podobno na posebno obliko napeljevanja v širšem smislu opozarja Korošec v okviru ščuvanja h genocidu. Glej Korošec 2006: 208.

³⁵ Deisinger 2002: 734.

inkriminacijah (glej 360., 373., 385., 387. člen KZ),³⁶ ali »spodbujanje« kot to določata na primer U RS in predlog OS. Z namenom, da bi to izvršitveno obliko jasno ločili od napeljevanja, bi jo lahko opredelili kot javno (tj. kot »javno ščuvanje« oziroma »javno spodbujanje«). Sprememba KZ v tem delu nikakor ni nujna, bila pa bi dobrodošla z vidika večje preglednosti (načela *lex certa*).

Tretja izvršitvena oblika po členu 300/1 KZ, tj. *širjenje idej o večvrednosti ene rase nad drugo* povzema enako določilo Mednarodne konvencije [OZN] o odpravi vseh oblik rasne diskriminacije iz leta 1965. Ta konvencijska določba kljub temu, da pojem rase definira relativno široko,³⁷ ne obseže diskriminacije glede na druge osebne okoliščine. Določba je nomotehnično obsoletna, zato bi to izvršitveno obliko ohranili tako, da bi prepovedali »izzivanje in razpihovanje« ne le sovraštva, razdora, nestrpnosti, temveč tudi diskriminacije, saj so »ideje o večvrednosti« v bistvu ideje o neupravičenemu razlikovanju (diskriminaciji). S tem bi prepovedali ne le širjenje rasnih diskriminatornih idej, temveč »širjenje idej o večvrednosti« glede na katerokoli drugo osebno okoliščino. Ni namreč nobenega upravičenega razloga za privilegirane rasno diskriminacije nad ostalimi oblikami diskriminacije.

V opisanem smislu bi kazalo spremeniti tudi četrto izvršitveno obliko, tj. *dajanje kakršnekoli pomoči za rasistično dejavnost*: prepoved naj se *de lege ferenda* nanaša na pomoč kakršni koli diskriminatorni dejavnosti. Sicer pa je dajanje pomoči tovrstni dejavnosti mogoče obseči s splošnimi pravili o pomoči pri izvršitvi kaznivega dejanja Kršitve enakopravnosti (141. člen KZ) in kaznivem dejanju Hudodelskega združevanja po 297. členu KZ.

Izvršitvene oblike »zanikanje«, »zmanjševanje pomena«, »odobravanje«, »zagovarjanje« so v luči doktrine jasne in neposredne nevarnosti lahko problematične, zato si še pred njihovo oceno podrobneje pogledjmo ameriško doktrino jasne in neposredne nevarnosti in izvršitvene

³⁶ »Ščuvanje« se nadalje razlikuje od »pozivanja«. Deisinger komentira obe izvršitveni obliki po 360. členu KZ (»Ščuvanje k nasilni spremembi ustavne ureditve«) takole: »Pozivanje pomeni vse oblike agitacije na nedoločen krog ljudi za izvrševanje (kaznivih dejanj), ščuvanje pa je neposredna propaganda z istim ciljem« (Deisinger 2002: 922). Komentar istega avtorja izvršitvenih oblik po 387. členu KZ (»Spravljanje v suženjsko razmerje«), ki se nanaša na »ščuvanje drugega, naj proda svojo svobodo ali svobodo osebe, ki jo preživlja ali zanjo skrbi«: »Zadnja oblika [tj. ščuvanje; dodal A.Z.] je napeljevanje, ki je opredeljeno kot samostojno kaznivo dejanje« (Deisinger 2002: 975).

³⁷ Glej 1. člen Mednarodne konvencije [OZN] o odpravi vseh oblik rasne diskriminacije in zgornje poglavje »Kratko o Mednarodnopravni podlagi inkriminacij "sovražnega govora"«.

oblike kaznivih dejanj po predlogu Okvirnega sklepa Sveta EU o boju proti rasizmu in ksenofobiji.

Merila po judikaturi Vrhovnega sodišča ZDA

V ZDA je na ustavni ravni pri opredeljevanju nezaščitenega sovražnega govora uveljavljena doktrina jasne in neposredne nevarnosti (*clear and present danger doctrine*). Sodišče je v primeru *Dennis v. United States* (341 U.S. 494, 507) zavzelo stališče, da je svoboda govora dopustna do tiste meje, na kateri grozi »neposredna nevarnost za napad«. To pomeni, da mora biti subjektivni moment usmerjen na inkriminirani učinek in hkrati mora biti ta učinek tudi objektivno možen in verjeten.³⁸ Jasno navzoča in neposredno grozeča nevarnost, da bo sovražni govor eskaliral v fizično nasilje, je edina, ki utemeljuje kazenskopravno intervencijo. Vrhovno sodišče ZDA je nadalje v primeru *R.A.V. v. City of St. Paul* (112 S. Ct. 2538, 1992) postavilo tudi distinkcijo, da 1. amandma ne ščiti »napadalnih besed« (*fighting words*) ker bi te (zgolj) sporočale določeno (diskriminatorno ali nevarno) idejo, temveč zato, ker določeno idejo sporočajo na netoleranten način. Ker lokalni predpis, ki je bil v tem primeru predmet ustavne presoje, po katerem je bil belopolti mladoletnik obsojen zaradi zažiganja križa na vrtu temnopolte družine, ni določal posebnega žaljivega načina izražanja, temveč je prepovedoval *fighting words*, ki prenašajo sporočila o rasni, spolni ali religiozni nestrpnosti, v celoti, je sodišče enotno razsodilo, da je predpis neustaven, ker kriminalizira nezaščiten *fighting words* in tudi zaščiten *non-fighting words*. Za sodišče je odlok namreč pomenil, da lokalna oblast skuša preprečiti izražanje določenih idej. Vrhovno sodišče tako razlikuje zagovarjanje idej (*advocacy*) in provokativen način njihove artikulacije (*incitement*).

Primerjava s predlogom skupnega kazenskoprnega pristopa v EU

Primerjava obsega kaznivosti za javno opravičevanje, zanikanje ali grobo zmanjševanje pomena hudodelstev po predlogu OS in kaznivosti za zanikanje, zmanjševanje pomena, odobravanje ali zagovarjanje genocida določenem v inkriminaciji 300. člena KZ kaže, da v tem delu domača inkriminacija:

(1) ni vezana na dejstvo, ali je bilo dejanje izvršeno proti skupini ljudi/njenim članom, opredeljeni glede na raso, barvo kože, vero, poreklo ali nacionalno ali etnično pripadnost (tj. ne glede na to ali je bilo dejanje izvršeno zaradi rasizma ali ksenofobije),

³⁸ Glej Zupančič 1989: 51.

(2) ni vezana na učinek dejanja, tj. pogoj, da to zanikanje (...) hudodelstev spodbuja nasilje ali sovraštvo.

Sklep

Izvršitvene oblike *zanikanje, zmanjševanje pomena, odobravanje in zagovarjanje genocida* dodane z novelo KZ-B so (trenutno, do sprejema predloga OS v obstoječih osnutkih) skladne z mednarodnimi konvencijskim pravom. Primerjava kaže, da je trenutni 300. člen KZ v tem delu zelo strog. Zlasti novejši pravni viri teh oblik ne inkriminirajo zgolj zaradi zavržne vsebine, temveč tovrstno vsebino vežejo na nadaljnje pogoje. Postavlja se distinkcija med: (1) sporočanjem določene (diskriminatorne ali drugače zavržne) ideje in (2) (netolerantnim) načinom sporočanja te ideje.³⁹ Tako na primer Dodatni protokol h Konvenciji Sveta Evrope o kibernetiski kriminaliteti, ki obravnava inkriminacijo rasističnih in ksenofobičnih dejanj, storjenih v računalniških sistemih, pri inkriminaciji »Rasistična in ksenofobična javna žalitev« določa (člen 5/2), da: *»pogodbenica lahko zahteva, da ima kaznivo dejanje (...) učinek, da je posameznik ali skupina oseb izpostavljena sovraštvu zaničevanju ali posmehu«*.

Podobno omenjeni dodatni protokol pri inkriminaciji »Zanikanje, hujše zmanjševanje pomena, odobravanje ali zagovarjanje genocida ali hudodelstev zoper človečnost« dodaja (člen 6/2), da: *»pogodbenica lahko zahteva, da je zanikanje ali hujše zmanjševanje pomena iz prvega odstavka tega člena storjeno z namenom spodbujanja sovraštva, diskriminacije ali nasilja proti posamezniku ali skupini oseb zaradi njihove pripadnosti skupini, ki se razlikuje po rasi, barvi, poreklu ali narodnostnem ali etničnem izvoru ali pa po veroizpovedi, če se ta uporablja kot pretveza za katero od naštetih okoliščin«*.

Podobno rešitev z dodatnimi pogoji predvideva tudi predlog Okvirnega sklepa Sveta EU o boju zoper rasizem in ksenofobijo, ki dopušča (!) določanje dodatnih pogojev/znakov inkriminacije »javnega opravičevanja, zanikanja ali grobega zmanjševanja pomena hudodelstev«, tako da mora biti način izvršitve tak, da (vsaj) lahko spodbudi nasilje ali sovraštvo, usmerjeno proti skupini oseb/njenemu članu (opredeljeni po določenih osebnih okoliščinah) (člen 8(1)(c)) oziroma da javno zanikanje (...) hudodelstev predstavlja grožnje, zmerjanje, žaljenje oziroma moti javni mir (člen 8(1)(d)). Vendar pa mora biti v vsakem primeru javno opravičevanje (...) hudodelstev usmerjeno pri skupini ljudi/njenemu članu,

³⁹ Glej zgoraj citiran primer *R.A.V. v. City of St. Paul* (112 S. Ct. 2538, 1992).

opredeljeni glede na nekatere osebne okoliščine – tj. zaradi »rasizma in ksenofobije«. V kolikor bo OS sprejet v obliki, ki nam je dostopna (ker je zelo verjetno), bo določbo treba spremeniti.

Pri zadnjih izvršitvenih oblikah predlagamo naslednje spremembe: manj pomembno je dodati predikat »javnega« zaničanja in »hujšega« zmanjševanja pomena. Bolj bistveno je dodati znak, da je zaničanje (...) hudodelstva bodisi storjeno z *namenom* javnega spodbujanja k sovraštvu, nasilju ali diskriminaciji proti skupini ljudi/članu opredeljeni glede na (nekateri ali boljše: katerekoli) osebne okoliščine« bodisi da je storjeno *na način*, za katerega je verjetno, da bo zbudil sovraštvo, nasilje ali diskriminacijo.

Nabor relevantnih naveznih osebnih okoliščin

Osebne razlike so v postmodernej družbi, ki vzpodbuja ljudi k drugačnosti, iskanju svojega »resničnega« jaza in izraza, svojevrstnim svetovnim nazorom, prepričanjem, videzom, vedenju, slogu, stilu itd. nepreštevne. Nabor družbeno »relevantnih« ali »esencialnih« osebnih okoliščin, po katerih se oblikujejo skupine, in ki jih je potrebno ščititi tudi s kazenskim pravom kot *ultima ratio societatis*, je zato primarno vprašanje za sociologijo kulture in kulturno antropologijo in ne za (kazensko)pravno dogmatiko. V mednarodnem konvencijskem pravu obstoječe navezne osebne okoliščine so zato »zgolj« okoliščine, ki so se pokazale kot časovno-zgodovinsko in geografsko »relevantne« oziroma kot opredelilne okoliščine družbeno vplivnih skupin. Na to vredno(s)tno podstat pri omejitvah pravice do svobode izražanja kažejo številne odločitve različnih nadzornih organov nadnacionalnega in nacionalnega značaja. Tudi na primer Šelihova meni, da nacionalne zakonodaje pri razčlembi omejitev svobode izražanja odražajo vso raznolikost kulturnih, civilizacijskih in pravnih tradicij.⁴⁰ Podobno tudi Korošec⁴¹ bolj slikovito v kritiki trenutnega deskriptivnega pozitivnopravnega definiranja žrtev genocida meni, da je izpostavljanje nekaterih osebnih okoliščin predvsem »rezultat (mračnih) zgodovinskih naključij«.

Relevanten nabor osebnih okoliščin, ki bi lahko prišle v poštev pri inkriminaciji po 300. členu KZ, je zato nešteto: od mednarodno pravno »uveljavljenih« (na primer narodnost, rasa, spol, jezik, vera, etnično poreklo) do povsem kapricioznih (na primer obrazne poteze in način

⁴⁰ Tako Šelih 1995: 258.

⁴¹ Korošec 2006: 213.

govora). Načeloma velja ugotoviti, da naš pravni red ne postavlja hierarhije med osebnimi okoliščinami: ustavna določba o enakosti pred zakonom (14. člen U RS) primeroma našteva osebne okoliščine in njihov nabor pušča odprt z generalno klavzulo. Načelom tudi velja, da tovrstna odprtost ni v neskladju s kazenskopravnim načelom *lex certa* (glej 141. člen KZ). Katere okoliščine potem velja z inkriminacijo »Zbujanje sovraštva, razdora ali nestrpnosti, ki temelji na kršitvi načela enakosti« po 300. členu KZ varovati?

Primerjalnopravno v inkriminacijah »sovražnega govora« najdemo različne osebne okoliščine, večina držav povzema osebne okoliščine navedene v široko sprejetih mednarodnih dokumentih, med bolj kreativne pa sodijo: Španski kazenski zakonik, ki v 510. členu določa raso, ideologijo, vero, religijo, družinski status, narodnostno in etnično pripadnost, spol, spolno orientacijo, bolezen, invalidnost, Splošni kazenski zakonik Kraljevine Norveške, ki v 135a. členu navaja vero, raso, barvo kože, nacionalno in etnično pripadnost, homoseksualno usmerjenost ali življenjski stil, Švedski kazenski zakonik, ki prav tako v 8. členu v nabor uvršča vse oblike spolne usmerjenosti.

Nabor pravno relevantnih okoliščin po predlogu Okvirnega sklepa Sveta o boju proti rasizmu in ksenofobiji obsega raso, barvo kože, vero, poreklo ali nacionalno ali etnično pripadnost (točka (5c) preambule), pri čemer vera obsega verska prepričanja ali svetovne nazore, v Evropskem parlamentu pa se pojavljajo zahteve po razširitvi nabora na socialne in politične osebne okoliščine.

Pozitivnopravno naštevanje posameznih osebnih okoliščin je deležno izrazite kritike tudi v mednarodnem kazenskem pravu pri inkriminaciji genocida. Tam že jezikovna analiza kaže, da je pojem genocid (rodomor, angleško *genocide*, nemško *Genozid*, *Völkermord*) »rezerviran« za skupine opredeljene glede na nacionalnost, etničnost in raso. A kljub temu Konvencija o preprečevanju in kaznovanju hudodelstva genocida iz leta 1948 kot zaščitene skupine v kaznivem dejanju genocida (2. člen) našteva nacionalne, etnične, rasne in verske skupine, to določbo pa prevzemata tudi statuta *ad hoc* mednarodnih kazenskih sodišč,⁴² pri sprejemanju Rimskega statuta mednarodnega kazenskega sodišča, pa je prišlo do zahtev nekaterih držav, da bi razširili žrtve genocida tudi na socialne in politične skupine. Kljub temu je sicer Rimski statut povzel zaščitene skupine določene v Konvenciji o preprečevanju in kaznovanju

⁴² Statut mednarodnega kazenskega sodišča za nekdanjo Jugoslavijo v 4. členu in Statut mednarodnega kazenskega sodišča za Ruando v 2. členu.

hudodelstva genocida (6. člen Rimskega statuta), ker so nasprotniki razširitve menili,⁴³ da kazniva dejanja, storjena zoper te skupine, pokrije že definicija hudodelstev zoper človečnost. Kar je sicer res,⁴⁴ kar pa še ne pomeni, da je inkriminacija hudodelstva genocida zato kaj bolj logična. Ta raznovrstnost bolj kaže na to, da je krog osebnih naveznih okoliščin v mednarodnem kazenskem pravu izjemno heterogen, da ne obstaja sistematično zbran in smiseln arzenal osebnih okoliščin.

Argumenti o neprimernosti tovrstnega nabora pa niso zgolj nelogični. Korošec⁴⁵ na podlagi relativno obsežne novejšje kazenskopravne literature razbira, da je omejevanje žrtev genocida na narodno, etnično, rasno in versko opredeljene skupine tudi diskriminatorno, nemoralno,⁴⁶ kriminalitetnopolitično vprašljivo in zastarelo.⁴⁷ Meni, da se je treba »čim prej odpovedati pozitivnopravnemu naštevanju posameznih kategorij (...) in namesto tega oblikovati zaščitene skupine po nenaštevni (nonenumerativni), konceptualni definiciji.«⁴⁸ Pri tem navaja rešitev Selbmann:⁴⁹ subjektivno-objektivno definicijo zaščitene skupine kot »skupine, ki jo storilec definira in jo je mogoče identificirati«.⁵⁰

Nabori pravno relevantnih osebnih okoliščin so tudi v domačem pravnem redu izjemno heterogeni. Ustava v 63. členu »Prepoved spodbujanja k neenakopravnosti in nestrpnosti ter prepoved spodbujanja k nasilju in vojni« kot protiustavno določa vsakršno spodbujanje k narodni, rasni, verski ali *drugi neenakopravnosti*. Inkriminacija 141. člena KZ v primerjavi s

⁴³ Po Zagorac 2003: 107.

⁴⁴ Hudodelstva zoper človečnost obsegajo (tudi) preganjanje kakšne prepoznavne skupine ali skupnosti zaradi političnih, rasnih, narodnih, etničnih, kulturnih, verskih razlogov, razlogov, povezanih s spolom (...), ali *drugih razlogov, ki so po mednarodnem pravu na splošno priznani kot nedopustni* (tč. h, prvi odstavek 7. člena Rimskega statuta). Tovrstno preganjanje samo po sebi ne predstavlja hudodelstva zoper človečnost, če preganjanje ni povezano z drugim dejanjem iz seznama dejanj, ki štejejo za hudodelstva zoper človečnost, ali katerim koli drugim kaznivim dejanjem iz pristojnosti stalnega mednarodnega kazenskega sodišča (tč. h, 1. odst. 7. čl. Rimskega statuta). Izpolnjeni morajo biti še nadaljnji pogoji: 1) da je dejanje sestavni del velikega ali sistematičnega napada, 2) na civilno prebivalstvo, 3) pri izvajanju ali v podporo politiki kakšne države ali organizacije.

⁴⁵ Korošec 2006: 212-213.

⁴⁶ Tudi zaradi izrecno sprejetega stališča ob sprejemanju Konvencije o preprečevanju in kaznovanju genocida, da gre genocid priznati le zoper tiste kategorije žrtev, ki so bile »zgodovinsko glavne žrtve množičnih pobojev«. Lippman, M. (2002). A Road Map to the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. *Journal of Genocide Research*, 2: 181- 182. (Po Korošec 2006: 210, op. 102.)

⁴⁷ Po Korošec 2006: 210 in op. 103.

⁴⁸ Korošec 2006: 213.

⁴⁹ Gre za Selbmann, F. (2002). *Der Tatbestand des Genozids im Völkerstrafrecht*. Leipzig: Leipziger Universitätsverlag. (Po Korošec 2002: 213, 221.)

⁵⁰ Po Korošec 2006: 213.

300. členom dodaja: barvo, etnično pripadnost, spol, spolno usmerjenost, jezik, politično ali drugačno prepričanje, gmotno stanje, rojstvo, izobrazbo, družben položaj ali kakšno drugo okoliščino. Nedoslednost KZ se kaže pri inkriminaciji genocida (373. členu KZ), ki zajema glede na konvencijsko pravo tudi socialne in politične skupine itd.

Z novelo KZ-B je 300. člen KZ prejel primernejši naslov, ki razširja taksativno našteje varovane skupine in jih nadomešča s sklicevanjem na načelo enakosti (14. člen U RS).⁵¹ Žal je bil spremenjen le naslov, ne pa v tem smislu tudi 1. odstavek 300. člena KZ. Na podlagi zgoraj navedenih argumentov, bi bilo potrebno pozitivnopravno naštevanje osebnih okoliščin dopolniti ali spremeniti:

1. dopolnitev taksativnega nabora osebnih okoliščin: ta dopolnitev bi v bistvu zahtevala vrednostno opredelitev za/proti določenim žrtvam. Potrebno bi bilo preučiti, katere osebne okoliščine so do tolikšne mere kvantitativno in kvalitativno navzoče, da zaslužijo posebno (kazensko)pravno varstvo. Kvantitativni kriterij bi pomenil, da je potrebna določena kritična masa, ki določeno osebno okoliščino tukaj in zdaj štejejo za »pomembno«, kvantitativni kriterij pa bi pomenil, da je okoliščina takšne narave, da ima osebnostno/družbeno konstitutiven vpliv. Gotovo bi sem sodile osebne okoliščine določene že v 141. členu KZ;
2. nadomestitev pozitivnopravnega naštevanja z generalno klavzulo »ki temelji na kršitvi načela enakosti«. Iz zgoraj navedenih razlogov se kaže ta rešitev bolj pravno dogmatsko dodelana (skladnost s 63. členom U RS in notranja koherentnost KZ), moralno upravičena (hierarhije med osebnimi okoliščinami ni mogoče moralno upravičiti), logična (ker ni mogoče najti prepričljivih razlogov za hierarhiziranje osebnih okoliščin in izdelati lestvico, ki bi bila splošno in univerzalno sprejemljiva) in tudi politično sprejemljiva.⁵²

Nabor mednarodnih hudodelstev

Argumenti o diskriminaciji žrtev, ki ne sodijo v pozitivnopravne varovane kategorije, veljajo *mutatis mutandis* za žrtve drugih hudodelstev, zato mora zanikovanje (...) hudodelstev po *de lege ferenda* obseči tudi druga t. i. *core crimes*, kamor sodijo (zaenkrat) še hudodelstva zoper

⁵¹ Enakost pred zakonom (14. člen Ustave RS): V Sloveniji so vsakomur zagotovljene enake človekove pravice in temeljne svoboščine, ne glede na narodnost, raso, spol, jezik, vero, politično ali drugo prepričanje, gmotno stanje, rojstvo, izobrazbo, družbeni položaj ali katerokoli drugo osebno okoliščino. Vsi so pred zakonom enaki.

⁵² Evropski parlament v Priporočilu Svetu z dne 21. junija 2007 (2007/2067(INI)) v točki 1. m) priporoča, da ne bi smelo biti hierarhije med razlogi za diskriminacijo.

človečnost in vojna hudodelstva. Dodatni protokol h Konvenciji Sveta Evrope o kibernetiski kriminaliteti z leta 2003 prepoveduje zanihanje (...) genocida in hudodelstev zoper človečnost, predlog Okvirnega sklepa EU o boju zoper rasizem in ksenofobijo pa razširja prepoved še na vojna hudodelstva. Podobno določbo, ki bi tudi bolj določno definirala hudodelstva s sklicevanjem na Statut Mednarodnega kazenskega sodišča in Listino Mednarodnega vojaškega sodišča dodane Londonskemu sporazumu iz leta 1945, bi kazalo vključiti tudi v 300. člen KZ.

Kratek povzetek predlogov za spremembe 300. člena KZ

1. Izvršitveni obliki »izzivanja« in »razpihovanja« nadomestiti z »javno spodbujanje« (ali »javno ščuvanje«) (pogojno),
2. nabor varovanih kategorij oziroma naveznih osebnih okoliščin: odpraviti pozitivnopravno naštevanje in ga nadomestiti z generalno klavzulo »ki temelji na kršitvi načela enakosti« oziroma za enumerativnim naštevanjem dodati »glede na kakšne druge osebne okoliščine« (pogojno: zgolj razširitev nabora vsaj z osebnimi okoliščinami naštetimi v 141. členu KZ),
3. zbujanje sovraštva, (dodati) »nasilja« in »diskriminacije« (pogojno ostane v besedilu razdor ali nestrpnost),
4. črtati: »ali širi ideje o večvrednosti ene rase nad drugo«,
5. črtati: »ali daje kakršnokoli pomoč za rasistično dejavnost« (pogojno),
6. dodati znak: »javnega« zanihanja (...) (pogojno),
7. dodati znak: »hujšega« zmanjševanja pomena (pogojno),
8. ne le genocida, temveč tudi drugih hudodelstev: tj. *hudodelstev zoper človečnost in vojnih hudodelstev* določenih v 6., 7. in 8. členu Rimskega statuta,
9. zanihanje (...) hudodelstev pod nadaljnjim pogojem:
 - o če je izvršeno *na način*, za katerega je verjetno, da bo spodbudil sovraštvo, nasilje ali diskriminacijo, ali
 - o če je izvršeno *z namenom* spodbujanja k nasilju, sovraštvu ali diskriminaciji,
10. nadomestiti v 2. odstavku: »narodnostnih, etničnih ali verskih« simbolov s »simbolov varovanih skupin po 1. odstavku«,
11. dodati v 2. odstavek: *kvalificirano obliko* za uradne osebe: »ali če stori dejanje uradna oseba z zlorabo uradnega položaja ali uradnih pravic« (glej člen 141/3 KZ).

Predlog novega 300. člena KZ

Spodbujanje sovraštva, nasilja ali diskriminacije

300. člen

(1) Kdor javno spodbuja sovraštvo, nasilje ali diskriminacijo, ki temelji na kršitvi načela enakosti pred zakonom ne glede na narodnost, raso, vero ali katerokoli drugo osebno okoliščino, se kaznuje z zaporom do dveh let.

(2) Enako se kaznuje kdor javno zanika, huje zmanjšuje pomen, odobrava ali zagovarja genocid, hudodelstva zoper človečnost in vojna hudodelstva, kot jih določajo 6., 7. in 8. člen Rimskega statuta, na način, za katerega je verjetno, da bo spodbudil sovraštvo, nasilje ali diskriminacijo.

(3) Če je dejanje iz prvega ali drugega odstavka storjeno s prisilo, grdim ravnanjem, ogrožanjem varnosti, s sramotitvijo narodnostnih, etničnih, verskih ali drugih simbolov varovanih skupin po prvem odstavku tega člena, s poškodovanjem tujih stvari, z oskrunitvijo spomenikov, spominskih znamenj ali grobov, se storilec kaznuje z zaporom do treh let.

(4) Če stori dejanje iz prvega, drugega ali tretjega odstavka tega člena uradna oseba z zlorabo uradnega položaja ali uradnih pravic, se kaznuje z zaporom do petih let.

(5) Material in predmeti, ki nosijo sporočila iz prvega odstavka tega člena, kot tudi pripomočki, namenjeni za njihovo izdelovanje, razmnoževanje in razpečevanje, se vzamejo ali njihova uporaba ustrezno onemogoči.

6. SKLEP

Problemi posebne zakonodaje zoper kriminaliteto iz sovraštva in sovražnega govora so večplastni. Definiranje *in abstracto* je večpomensko. Nekatere definicije se osredotočajo na dejstvo, da beseda lahko povzroči bolečino, druge da beseda lahko vodi do fizičnega nasilja. V slovenski kazenskopravni ureditvi je prvi aspekt varovan s kaznivimi dejanji zoper čast in dobro ime, drugi pa s kazenskopравnim varstvom javnega reda in miru.

(Sovražne) besede v celoti ni mogoče kontrolirati. »Med vrsticami«, podtonu, »v ozadju« jezika vedno ostaja nek del, ki ga ni mogoče nadzorovati, ga dokazovati ali z zagotovostjo pripisovati govorniku. Definicija sovražne besede, ki bi v celoti obsegla vse oblike in hkrati zaradi dovolj velike konkretnosti onemogočala zlorabe je nemogoča. Zato je minuciozna izdelava pravnih meril sodne prakse pri definiranju sovražnega govora prvo zagotovilo svobode in hkrati omejitve eskalacije nasilja. Pri tem je potrebno upoštevati, da subjektivna presoja žrtve o obstoju »sovražnega govora« ne sme postati glavno merilo kaznovanja. Moč žrtve v družbi se povečuje,⁵³ čeprav identifikacija in status žrtve ni nekaj samo po sebi umevnega. Status žrtve je v simbolna etiketa, ki jo je šele potrebno pridobiti, kar pa ni nikoli pravično do vseh žrtev. Poleg tega sovražni govor danes ni nekaj, kar dobiva epidemiološke (ali kar pandemiološke) razsežnosti in zato ni potreb po kazenskopravnem zaostrovanju, temveč zgolj po inkriminiranju, ki bo bolj pravično do vseh žrtev.

⁵³ Glej Petrovec 2005.

LITERATURA

- Bačić, F.; Pavlović, Š. (2004). **Komentar kaznenog zakona**. Zagreb: Organizator.
- Bavcon L. et al. (1994). **Kazenski zakonik Republike Slovenije z uvodnimi pojasnili** Ljuba Bavcona et al. Ljubljana: ČZ Uradni list RS, s. 21-100.
- Bavcon L., A. Šelih (1996). **Kazensko pravo – splošni del**. Ljubljana: ČZ Uradni list Republike Slovenije.
- Bavcon, L., Šelih, A., Filipčič, K., Jakulin, V. in Korošec, D. (2003). **Kazensko pravo – splošni del**. Ljubljana: Uradni list RS.
- Bele, I. (2001). **Kazenski zakonik s komentarjem – posebni del**. Ljubljana: Gospodarski vestnik.
- Card, R. (1995). **Criminal Law**. London, Dublin, Edinburg: Butterworths.
- Deisinger M. (2002). **Kazenski zakonik s komentarjem – posebni del**. Ljubljana: Gospodarski vestnik.
- Hall, N. (2005). **Hate Crime**. Cullompton: Willan Publishing.
- Jacobs, J. B.; Henry, J. S. (1996). The Social Construction of a Hate Crime Epidemic. **The Journal of Criminal Law & Criminology**, let. 86, št. 2, s. 366-391.
- Jacobs, J. B.; Potter, K. A. (1997). Hate Crimes: A Critical Perspective. **Crime and Justice**, št. 22, s. 1-50.
- Jacobs, J. B.; Potter, K. (1998). **Hate Crimes: Criminal Law and Identity Politics**. New York, Oxford: Oxford University Press.
- Kalčina, L. (2005). Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKŠP) s Poslovníkom Evropskega sodišča za človekove pravice. Ljubljana: Informacijsko dokumentacijski center Sveta Evrope (IDC Sveta Evrope) pri Narodni in univerzitetni Knjižnici (Zbirka Slovenija in Svet Evrope; št. 41).
- Korošec, D. (2006). Genocid in sodobno kazensko pravo. **Pravnik**, let. 61/123, št. 4-5, s. 191-221.
- Petrovec, D. (2005). **Kult žrtve**. Ljubljana: GV založba (Zbirka Pravna praksa).
- Symposium (1992). Hate Speech After R.A.V. Case: More Conflict Between Free Speech and Equality? **William Mitchell Law Review**, let. XI, št. 18.
- Šelih, A. (1995). Svoboda izražanja in kazenskopravno varstvo časti in ugleda. **Zbornik znanstvenih razprav PF**, letnik LV. Ljubljana: Pravna fakulteta, s. 258.

- Šugman, K. G. (2006). Kategorizacija in stereotipiziranje ter njun pomen za kriminologijo. **Revija za kriminalistiko in kriminologijo**, let. 57, št. 1, s. 15-27.
- Winer, A. S. (1992). The R.A.V. Case and the Distinction Between Hate Speech Laws and Hate Crime Laws. **William Mitchell Law Review**, let. XI, št. 18, s. 971-978.
- Zagorac, D. (2003). Rimski statut mednarodnega kazenskega sodišča. V: Zagorac, D., ur. (2003). **Rimski statut mednarodnega kazenskega sodišča in drugi dokumenti z uvodnimi pojasnili**. Prvi zvezek. Ljubljana: Amnesty International Slovenije.
- Zupančič, B. M. (1989). Omejitve javne besede v pravu ZDA. V: Šetinc, L., ur., **Omejitve javne besede: zbornik razprav**. Ljubljana: GV, s. 51.

Kibernetsko materialno kazensko pravo :
o samostojni podpanogi kazenskega prava in nekaterih dilemah
Aleš Završnik

Uvod

Svetovna mrežna povezanost informacijskih sistemov in posledično čezmejna narava kibernetike kriminalitete je razlog, da so se intenzivna prizadevanja po oblikovanju sodobnih inkriminacij povezanih s kibernetiko kriminaliteto pričela na mednarodni ravni. Ta prizadevanja predstavljajo možnost za relativno široko harmonizacijo, hkrati pa prinašajo doktrinarne slabosti povezane z iskanjem širše pravno-politične sprejemljivosti rešitev. Prva izčrpna mednarodna prizadevanja kako oblikovati kazenskopravni »boj« zoper (takrat poimenovano) »računalniško kriminaliteto«, so se začela v okviru Organizacije za gospodarsko sodelovanje in razvoj (OECD), ko je njena *ad hoc* ustanovljena komisija preučila možnosti mednarodne harmonizacije kazenskih zakonov v boju proti ekonomski kriminaliteti povezani z računalniki. Mednarodna prizadevanja po harmonizaciji so se nadaljevala na VIII. kongresu Združenih narodov leta 1990 v Havani, ko je bil sprejet Priročnik o prevenciji in nadzoru »kriminalitete povezane z računalniki«,¹ ki (med drugim) vsebuje kazenske materialne določbe o zaščiti imetnika podatkov in informacij ter kazenske materialne določbe o zaščiti zasebnosti. Tudi na konferenci skupine G-8 o kibernetiki kriminaliteti leta 2000 je bil poudarjen velik pomen, ki ga v boju proti kibernetiki kriminaliteti predstavlja mednarodno sodelovanje.² Šele 2001 pa je bila v okviru Sveta Evrope sprejeta sodobna kazenskopravna osnova (vključno z inkriminacijami) za kazenskopravni boj zoper kibernetiko kriminaliteto.

Konvencija Sveta Evrope o kibernetiki kriminaliteti (*Convention on Cybercrime*) iz leta 2001³ je prvi celovit mednarodnopravni dogovor o boju proti kibernetiki kriminaliteti s

¹ **United Nations Manual on the Prevention and Control of Computer-Related Crime**, 4 U. N. Doc. ST/ESA/SER.M/43-44, U. N. Sales No. E.94.IV.5. Vir URL: <http://www.uncjin.org/Documents/EighthCongress.html#congress>, dostop dne 1.9.2007.

² Glej *G-8 Conference on Cyber Crime*. Dostopno na URL: <http://www.ambafrance-us.org/news/statmnts/2000/g8.asp>, 1.9.2007.

³ **Konvencija o kibernetiki kriminaliteti** (*Convention on Cybercrime*) je stopila v veljavo 1. julija 2004, v Sloveniji velja od 1. januarja 2005. Zakon o ratifikaciji Konvencije o kibernetiki kriminaliteti in Dodatnega protokola h Konvenciji o kibernetiki kriminaliteti, ki obravnava inkriminacijo rasističnih in ksenofobičnih dejanj, storjenih v informacijskih sistemih (MKKKDP), Uradni list RS-MP, št. 17/04, RS-MP 2/05. Dodatni protokol je stopil v veljavo (tudi v Sloveniji) 1. marca 2006. dostopna na URL: <http://conventions.coe.int/treaty/EN/Treaties/Html/005.htm>, 1.9.2007.

pomočjo kazenskega prava. Aktivnosti Sveta Evrope so odtej na področju kibernetike kriminalitete precej živahne, ustanovljena je bila Komisija za kibernetiko kriminaliteto (*Convention Committee on Cybercrime, T-CY*), materija je del programa Hobotnica, ki organizira svetovne konference namenjene izključno kibernetiki kriminaliteti itn.⁴ Potrebno pa je opozoriti, da so rešitve sprejete pod okriljem Svet Evrope, vključno s kazenskimi materialnimi rešitvami, vedno bolj pisane »na kožo« (ali bolje: za dobičke) velikih korporacij (proizvajalk programske opreme, ponudnikov vsebin) in je njene domnevno nevtralne aktivnosti (vključno s predlaganimi inkriminacijami) potrebno motriti z veliko mero kritičnosti.⁵ Kljub številnim kritikam,⁶ ki bodo podrobneje predstavljene v nadaljevanju, pa je omenjena konvencija še vedno relativno široko sprejeta na svetovni (ne zgolj evropski) ravni.

Zakaj si kibernetiki kriminalni sploh zasluži posebno sistematično doktrinarno kazenskopravno zaokrožitev? Uvodoma pogledimo nekatere trende na področju t. i. informacijske in omrežne varnosti v evropski in slovenski družbi,⁷ ki kažejo na razloge zakaj potrebujemo bolj sistematičen kazenskopravni odziv na kibernetiko kriminaliteto:

⁴ Program Hobotnica zoper korupcijo in organizirano kriminaliteto (*Octopus Programme against corruption and organized crime in Europe*) je bil začel leta 1996 kot skupen program Sveta Evrope in Evropske komisije, od leta 2001 pa ga samostojno nadaljuje Svet Evrope kot krovni program za sodelovanje na področju boja proti ekonomski kriminaliteti. Več o programu na URL: <http://www.coe.int/t/e/legal%5Faffairs/legal%5Fco%2Doperation/combating%5Feconomic%5Fcrime/3%5Ftechnical%5Fcooperation/OCTOPUS/>, 1.9.2007. Glej na primer *Octopus Interface 2007: Cooperation against Cybercrime* na URL: http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/combating_economic_crime/3_technical_cooperation/CYBER/Octopus_if_2007.asp#TopOfPage, 1.9.2007.

⁵ Kritike je Svet Evrope na področju ukvarjanja s kibernetiko kriminaliteto v zadnjem času deležen zlasti zaradi programa *The Project on Cybercrime* začete leta 2006, to je »globalnega projekta namenjenega spodbujanju evropskih in neevropskih držav k pristopu in implementaciji Konvencije o kibernetiki kriminaliteti in njenega Dodatnega protokola o ksenofobiji in rasizmu«, ker ga v veliki meri finančno podpira korporacija Microsoft. Ta korporacija seveda na ta način pridobiva vzvode za učinkovit nadzor nad agendo Sveta Evrope in nad tem, kaj šteje za »problem« vreden pozornosti (na primer intenziteta kazenskopravne zaščite produktov, ki jih tudi sama proizvaja).

⁶ Zelo kritična do Konvencije o kibernetiki kriminaliteti je mednarodna koalicija nevladnih organizacij združenih v GILC (*Global Internet Liberty Campaign*), ki opozarja, da je konvencija odprla vrata vse bolj invazivnim zakonom, ki aktivnosti *on-line* kriminalizirajo bolj kot njihove ekvivalente *off-line*, in da pomeni grožnjo temeljnim človekovim pravicam in svoboščinam, demokraciji in vladavini prava. Glej GILC, 2000: **Eight Reasons the International Cybercrime Treaty Should be Rejected**, URL: <http://www.gilc.org/>, 1.9.2007. Podobno kritično tudi iniciativa EDR (*European Digital Rights*) Glej na primer Marzouki, M. (2007) **ENDitorial: The 2001 CoE Cybercrime Convention More Dangerous Than Ever**. Po URL: <http://www.edri.org/edriagram/number5.12/cybercrime-convention-dangerous>, 1.9.2007.

⁷ Glej na primer usmeritve razvoja obeh družb, ki si prizadevata postati t. i. informacijski družbi, v: Lizbonski strategiji (2000-2010), Akcijskem načrtu eEvropa 2005, Evropski strategiji i2010 (2005-2010), Strategiji razvoja informacijske družbe v RS (Strategija si2010 za obdobje 2007-2010), Strategiji e-uprave RS itn., ki vse po vrsti opredeljujejo kot enega izmed ciljev »informacijske družbe« tudi omrežno in informacijsko varnost in boj proti kibernetiki kriminaliteti.

- rast odvisnosti držav od informacijsko-komunikacijske tehnologije (IKT) se povečuje, s tem pa tudi ranljivost na kibernetško kriminaliteto,
- premoženjska škoda kibernetškega kriminala znaša letno več kot 50 milijard dolarjev, na primer zgolj eden izmed znanih črvov *I Love You* naj bi povzročil 11 milijard dolarjev premoženjske škode, napadi na spletni imenik *Yahoo!*, dražbeno spletno stran *eBay* in trgovino *E*Trade* pa 1,2 milijarde škode,⁸
- škodljiva programska oprema (angl. *malware*) kot so virusi, črvi, Trojanski konji, vohunska programska oprema (angl. *spyware*) se neustavljivo razvija,
- neželena pošta (angl. *spam*) predstavlja pretežni del e-poštnega prometa in ne povzroča zgolj nevšečnosti, temveč prenaša škodljivo programsko opremo, pojavlja se tudi na novih tehnologijah, poleg elektronske pošte še na mobilnikih (*SMSishing*), pri internetni telefoniji (*vishing*), ter zavira pretočnost svetovnih informacijsko-komunikacijskih mrež,⁹
- *botnet*¹⁰ postaja osrednje orodje za kriminalne aktivnosti kot so napadi na informacijske sisteme (t. i. DoS – *Denial of Service* oziroma DDoS – *Distributed Denial of Service* napad), kraje identitete, *phishing*¹¹ in druge tehnike socialnega inženiringa, prevare, namestitve vohunske programske opreme in (neželenih) oglaševalskih programov (angl. *adware*),

⁸ Kumar Katal, N. (2001). Criminal Law in Cyberspace. *University of Pennsylvania Law Review*, 149, april, s. 1003.

⁹ Po nekaterih ocenah je leta 2005 neželena pošta predstavljala 80% delež prometa, leta 2006 95%, za leto 2007 pa je so bile podane ocene o nevarnosti sesuvanja sistema. Po *Le Monde*, 11 maj 2007, URL: <http://www.lemonde.fr/>, 11.5.2007. Glej tudi Rowan, D., Britain is flooding the world with spam. Po URL: <http://www.timesonline.co.uk>, 27.4.2006.

¹⁰ *Botnet* je mreža »ugrabljenih« računalnikov. To pomeni računalnikov, ki so še vedno v (realni) posesti uporabnika, a ki ob izvajanju njegovih ukazov izvajajo še druge naloge, za katere ta pogosto niti ne ve, da se izvajajo (to se na primer odraža zgolj v bolj počasnem delovanju računalnika). *Bot* (okrajšava za robot) pa so programskih roboti, ki delujejo povsem samostojno tako, da vprežejo in izkoriščajo mreže okuženih in prevzetih računalnikov (v računalniškem žargonu imenovanih *zombiji*). Za izvrševanje kaznivih dejanj s pomočjo botov je značilno, da gre za popolno avtomatizacijo, saj enkrat zagnani program deluje popolnoma samostojno, viktimizacijski učinek tovrstnih avtomatiziranih dejanj pa je množičnost in relativno minorna oškodovanost žrtev, dobički pa so (lahko) zaradi množičnosti velikanski. *Botnet* je na primer namenjen množičnemu pošiljanju neželene elektronske pošte (*spam*), uničevanju spletnih strani, omogočanju »goljufij na klik« (*click fraud*), krajo (*phishing*) serijskih števil aplikacij, krajo finančnih informacij (na primer števil kreditnih kartic), DoS napadov ipd. Njihova razširjenost je neznanka, srednje ocene so, da obstaja milijon okuženih »podjarmljenih« računalnikov. Po Reimer, J. (2007). **FBI: Over one million computers working for botnets**. Po URL: <http://arstechnica.com/news/ars/post/20070614-fbi-over-one-million-computers-working-for-botnets.html>, 20.6.2007.

¹¹ *Phishing* (skovanka iz angleške besede *fishng* – ribolov) pomeni lovljenje zaupnih podatkov; na primer elektronsko sporočilo ali lažna spletna stran od uporabnika zahteva, da vnese svoje finančne podatke in gesla za dostop do elektronskega bančništva ali da izvozi digitalno potrdilo ipd.

- razvija se kriminalna storitvena ekonomija (na primer najmanjše okuženih botnetov s strani organiziranih kriminalnih skupin),
- globalni neosredotočeni napadi z virusi, črvi in neželeno pošto se vedno bolj nadomeščajo z bolj osredotočenimi napadi na posamezne uporabnike, skupine, organizacije in sektorje, in zasledujejo izključno ekonomske interese,
- *online* plačilni sistemi so izjemno rizični,
- uporaba P-2-P omrežij¹² domnevno omogoča tudi obsežno kršenje pravic intelektualne lastnine,
- otroška pornografija ni več predmet posamičnih izmenjav med uporabniki, temveč se spreminja v dobičkonosno ekonomsko dejavnost,
- t. i. kritična informacijska infrastruktura je pod večjo grožnjo kibernetičnih terorističnih napadov,¹³
- nove tehnologije in tehnike izvrševanja deviantnih ravnanj se razvijajo hitro, prenašajo se na nove tehnologije in so vedno bolj sofisticirane; omrežja naslednje generacije (NGN – *Next-Generation-Networks*) kot so storitve internetne telefonije (VoIP – *Voice over Internet Protocol*), internetne televizije (IP TV), videa na zahtevo (VoD – *Video on Demand*) predstavljajo nove kazenskopravne izzive.

Navedena heterogena množica razlogov v prvi vrsti kaže, da je identificiranje in analiza kibernetičnih groženj še vedno izredno težavna, kar se odraža tudi v inkriminacijah v kazenskem materialnem pravu. V skladu z načelom določnosti in jasnosti kazenskoprnega zakona (načelo *lex certa*) na eni in načelom omejenosti kazenskopravne represije (načelo *ultima ratio societatis*) na drugi strani je zato kazensko normiranje izredno težavno; tam kjer poznajo stransko kazensko zakonodajo je situacija sicer (na prvi pogled) lažja, a v bistvenem ne olajšuje neizogibnega tehtanja pri odgovoru na vprašanje: ali sploh kazenskopravno intervenirati? Ob tem problemu se zato pojavljata dve stališči: (1) ta nova škodna ravnanja

¹² P-2-P omrežja so omrežja enakovrednih odjemalcev/uporabnikov. Izmenjava informacij poteka neposredno med uporabniki (angl. *peer-to-peer*) in omogoča skupno uporabo vsebin (t. i. *file sharing*).

¹³ Kibernetični terorizem ogroža t. i. kritično informacijsko infrastrukturo, med katero lahko uvrstimo podjetja, ki se ukvarjajo z distribucijo plina, elektrike, vode, telekomunikacijska podjetja. Po nekaterih ocenah kar 95 odstotkov tovrstnih podjetij v ZDA in Evropi naj ne bi imelo primerne zaščite pred kibernetičnimi napadi, kljub temu da je bilo v prvi polovici 2002 več kot 180.000 internetnih napadov na podjetja; napadi se povečujejo za 60 odstotkov na leto; zaznana in prijavljena sistemska občutljivost in varnostni incidenti se vsako leto podvojijo, kar po nekaterih ocenah predstavlja zgolj 10% celote itd. Po ocenah FBI samo napadi na zasebno infrastrukturo v ZDA povzročijo 10 milijard dolarjev škode, izhajajoč iz predpostavke, da je samo 20 odstotkov napadov prijavljenih. Intersec, let. 12, št. 11/12, s. 366-368; Lewis, T. G. (2006). **Critical Infrastructure Protection in Homeland Security**. Hoboken: Wiley-Interscience.

niso tako resna ali pa njihova kvaliteta ni takšna, da bi jih ne bilo mogoče reševati v okviru obstoječih inkriminacij, (2) potrebno je oblikovanje posebnega kazenskopravnega pristopa, posebnih enot v kazenskopravnem sistemu, posebne zakonodaje itn. Prvi pristop spregleduje vsaj dejstvo, da informacijski sistemi in z njimi povezane storitve in subjekti (na primer ponudniki storitev informacijske družbe) v preteklosti niso niti obstajali, da je vzniknil nov objekt kazenskopravnega varstva in da je potrebno definirati ključne kategorije varstva: ali je to informacija, podatek, tehnologija, informacijski sistem ali vse skupaj? Od tega je odvisna tudi varnost informacijskih mrež in njenih elementov, kar pa dejansko pomeni varnost nanjo prenesenih družbenih podsistemov (od organizacije državne oblasti s koncepti e-uprave, e-volitev, zdravstvenih sistemov z e-zdravstvenimi kartoni, izobraževanja z na primer e-šolskimi redovalnicami itd.). Drug pristop pa je povezan z vsemi zapleti, ki jih prinaša stranska kazenska zakonodaja (na primer povzročja pravno negotovost itn.). V obeh primerih je potrebno odgovoriti na vprašanje: kaj sploh je (ali bi naj bila) kibernetična kriminaliteta?

I. SPLOŠNE TEME

Pojem kibernetске kriminalitete

Opredeljevanje »kibernetске« kriminalitete je zaradi nenehno razvijajoče se tehnologije od nekđaj izjemno težavno. V začetku 80. let je kazalo, da je končna pridobitev razvoja elektronike in mikroprocesorjev in osnovna »platforma« osebni računalnik; od tod *računalniška kriminaliteta* (nem. *Computerkriminalität*). Ker je bilo poimenovanje vrste kriminalitete po uporabljenem sredstvu neobičajno, je kazenskopravna teorija¹⁴ predlaga uporabo pojma *kriminaliteta, povezana z računalniki* (angl. *computer-related crime*), ki upošteva dejstvo, da je računalnik »samo orodje v človekovih rokah«,¹⁵ vanjo pa je uvrstila kazniva dejanja, pri katerih računalnik nastopa kot orodje ali kot predmet napada. Ker je za izvršitev ali poskus izvršitve kaznivega dejanja potrebno določeno znanje iz računalništva (tehnika informatike) ali informatike (uporabna informatika), so nekateri predlagali tudi uporabo pojma *kriminaliteta v informatiki* (fr. *la criminalité informatique*).¹⁶

Kasnejše tehnologije so temeljile na prenosu informacij med računalniki in omogočale komunikacijo in zanje je postal primernejši bolj generičen pojem informacijsko-komunikacijske tehnologije (IKT), katerih zgolj del predstavljajo (osebni) računalniki. Poleg teh je razvoj prinesel številne druge terminalske naprave kot so mobilni telefoni, dlančniki, avtomatizirani vmesniki (z žičnimi ali brezžičnimi povezavami) in druge hibridne tehnologije, ki danes združujejo doslej ločene tehnologije: televizijo, radio, video, telefon, navigacijo itd. Najnižji skupni imenovalac teh tehnologij oziroma skupni objekt kazenskopravnega varstva je tako bolj kot »računalnik« podatek¹⁷ in (komunikacijsko) omrežje, ki ga sestavljajo omenjene terminalske naprave, strežniki (računalniki, ki hranijo podatke) in usmerjevalniki (računalniki ki usmerjajo podatke); od tod pojem *kriminaliteta informacijsko-komunikacijske tehnologije*.

¹⁴ Glej Jakulin, V. (1996). **Kazenskopravni vidiki računalniškega piratstva**. Po URL: <http://www.ius-software.si>, 20.8.2007.

¹⁵ Tako Brvar, B. (1982). Pojavne oblike zlorabe računalnika. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, let. 33, št. 2. 92–104, s. 92.

¹⁶ Glej supra op.

¹⁷ Razlika na katero velja opozoriti je med pojmom podatek (angl. *data*) in informacija (angl. *information*). Slovenski slovar informatike podatek definira (tudi) kot »sporočilo v taki obliki, da se lahko obravnava z računalnikom«, informacijo pa kot: »podatki, obdelani in prikazani tako, da so razumljivi uporabniku«. To pomeni, da lahko informacija vsebuje več podatkov, bistvo podatka pa je v možnosti računalniške obdelave. Po URL: <http://www.islovar.org>, dostop 10.9.2007.

Vendar elektronskih komunikacijskih omrežij je več vrst, poleg na primer omrežij fiksne in mobilne telefonije, obstaja posebna vrsta omrežja – internet, ki uporablja za komunikacijo poseben protokol (IP – *Internet Protocol*). Znotraj interneta nadalje obstaja več načinov komuniciranja oziroma več storitev: svetovni splet (www – *World Wide Web*, storitev, ki omogoča dostop do spletnih strani), elektronska pošta, internetni klepet (programi kot sta IRC – *Internet Relay Chat* in *Googletalk*, ki uporabljajo internet za prenos sporočil v realnem času), prenos datotek (FTP – *File Transfer Protocol*), internetna telefonija (VoIP – *Voice over Internet Protocol*, kjer gre za prenos govora v realnem času) itd. Od tod pojmovanja, da gre za **internetno kriminaliteto** (nem. *Kriminalität im Internet*), **e-kriminaliteto** ali **virtualno kriminaliteto** ali tudi **računalniško mrežno kriminaliteto** (angl. *computer network crime*).

Danes se je pod vplivom Konvencije Sveta Evrope o kibernetiki kriminaliteti uveljavil pojem **kibernetika kriminaliteta** (angl. *cybercrime*, fr. *le cybercrime*, *la cybercriminalité*, nem. /tudi/ *Cyber-Crime*), ob njem pa se vedno bolj uporablja tudi pojem **kriminaliteta visoke** (ali **visoko razvite**) **tehnologije** (v angl. *high-tech crime*). Za razliko od skupine prej navedenih pojmov osredotočenih na internetno omrežje, sta zadnja pojma širša in omogočata vključevanje tudi novih tehnologij. Vprašanje pa je, če nista za kazensko pravo, v katerem velja postroženo načelo zakonitosti (in poudarek na določnosti – *lex certa*), neprimerna. Pojem kriminalitete »visokih tehnologij« je gotovo (pre)širok, saj tehnološka sofisticiranost (»visokost«) gotovo pritiče tudi drugim področjem, na primer biotehnologiji, nanotehnologiji, jedrski, polimerični in drugi kemični tehnologiji ipd. Razlog za današnjo uveljavljeno rabo pojma kibernetika kriminaliteta tudi ni v njegovi logični samoumevnosti. Pojem kibernetike je izvorno umetniško-literarni pojem,¹⁸ ob široki uporabnosti IKT pa tudi izrazito nedoločen.¹⁹

¹⁸ Besedo kibernetični prostor (*cyberspace*) je skoval William Gibson v leta 1984 izdanem znanstveno-fantastičnem romanu *Nevromant* (*Neuromancer*), kar je desetletje pred nastankom svetovnega spleta. Ta in drugi sorodni pojmi (na primer klon, kiborg, simulaker, simulacija, matrika, hiperrealno itd.) sodijo v protikulturni kiberpankovski kontekst in so večinoma nastali v literarni in filmski produkciji, šele kasneje prodrli v družbeno kritične refleksije. Za označevanje virtualnega prostora se uporabljajo tudi nekatera druga kreativna imena: cifroprostor (*Cyberspace*), kriptoanarhizem, informacijska avtocesta, infosfera, druga narava (*Next Nature*), metavesolje, družbeno programje (*Social Software*), teleprezenca itn.

¹⁹ Pojem kibernetika izvira iz grškega *kybernetes* (Κυβερνήτης), ki pomeni krmar, voditelj, pilot in ima enak koren kot vlada, vodstvo. **Slovar slovenskega knjižnega jezika** kibernetiko opredeljuje kot vedo, ki raziskuje podobnost med delovanjem strojev in živo naravo. (SSKJ, iskalni pojem »kibernetika«. Programska različica ASP v1.25. Anebis d.o.o.). **Leksikon računalništva in informatike** kibernetiko (*cybernetics*) opredeljuje kot vedo, ki proučuje vedenje in načine vodenja zapletenih sistemov, kot so na primer telesa živali ali stroji. Pri tem poskuša z enotno matematično teorijo opisati različne sisteme, ne glede na njihovo materialno zasnovo (mehansko, kemijsko, elektronsko...) (Po Pahor, D. et al. (2002). **Leksikon računalništva in informatike**. Ljubljana: Pasadena.) Po tretji definiciji je kibernetika preučevanje komunikacije in nadzora, ki običajno vključuje regulativni mehanizem povratne zveze v/pri živih organizmih, napravah in organizacijah, ravno tako kot njihove kombinacije. Na primer, v družbeno-tehničnih sistemih vključuje preučevanje računalniško vodenih

Danes enotne in logične označbe »kibernetske« kriminalitete ni. Velik družbeno-političen vpliv konvencije Sveta Evrope o tem vprašanju je gotovo razlog za poenotenje poimenovanja, čeprav zaradi omenjenih kritik dejavnosti Sveta Evrope, ki se nanašajo na širitev cone kriminalnosti in zastopanje interesov »velikih igralcev« na račun svobode posameznika, lahko kaj kmalu tudi ta vpliv zbledi. Zaradi problematičnosti tega pojma se zato pravodajalci poslužujejo kar več od navedenih pojmov hkrati, ki jih bodisi poljubno zamenjujejo²⁰ bodisi izrecno izenačujejo.²¹

Manj pomembne težave povezane s poimenovanjem se odražajo tudi pri (bolj relevantnem) vsebinskem opredeljevanju. **Kibernetska kriminaliteta v širšem smislu** je kriminaliteta pri kateri je sredstvo ali cilj napada IKT. Objekti kazenskopravnega so pri tako razumljeni kiberkriminaliteti izredno heterogeni: poleg varstva elektronskih komunikacijskih omrežij (informacijskih sistemov), kamor bi lahko uvrstili vsa omrežja, ki se z razvojem postopno zlivajo v enotno platformo (omrežja fiksne telefonije, podatkovna omrežja, omrežja mobilne telefonije in internet) in podatkov (shranjenih ali posredovanih po teh omrežjih), lahko v vanjo uvrstimo številne druge objekte kazenskopravnega varstva. Na primer Grabosky z računalniki povezano kriminaliteto razume široko in vanjo uvršča vsa dejanja, ki so izvršena zoper informacijski sistem ali z njegovo pomočjo, kjer je informacijski sistem orodje ali tarča kaznivega dejanja. Primeroma so po njegovem to naslednja dejanja:²²

kraja telekomunikacijskih storitev (angl. *phone phreakers*),
uporaba računalniških mrež za komunikacijo (kot pomoč) pri izvrševanju kriminalne
aktivnosti,
informacijsko piratstvo, goljufija, ponarejanja,
razpečevanje žaljivega gradiva (otroška pornografija, rasistična in ksenofobična
propaganda, zalezovanje, grožnje itd.),

naprav, kot so avtomati in roboti. Glej spletno enciklopedijo (geslo Cybernetics), URL: <http://en.wikipedia.org>, 1.10.2007. Kibernetiko najdemo v medicini (biokibernetika), biologiji, matematiki, tehnologiji, fiziki, psihologiji, sociologiji, semiotiki itd.

²⁰ Glej na primer Priporočilo Sveta EU z dne 25. junija 2001 o 24-urni kontaktni službi za boj proti *kriminaliteti visoke tehnologije* (OJ C 187 z dne 3.7.2001), ki uporablja še pojem »računalniška mrežna kriminaliteta« in ju v besedilu poljubno zamenjuje. Ta »tehnika« ustvarja zmedo, saj ne vemo ali še vedno teče beseda o isti »stvari«, in je za kazensko pravo neprimerna.

²¹ Glej na primer Komunikacijo Komisije Svetu, Evropskemu parlamentu, Ekonomsko-socialnemu odboru in Odboru regij: Ustvarjanje varne informacijske družbe z izboljšanjem varnosti informacijske infrastrukture in bojem proti kriminaliteti, povezani z računalniki (COM(2000) 890 final), ki to kriminaliteto definira kot »vsako kriminaliteto, ki vključuje uporabo IKT«, in izrecno izenačuje pojme »računalniške kriminalitete«, »kriminalitete, povezane z računalniki«, »kriminalitete visokih tehnologij« in »kibernetske kriminalitete«.

²² Grabosky, P. (2001). Computer Crime: A Criminological Overview. V: **Forum on Crime and Society**, let. 1, št. 1. New York: United Nations Publications, s. 35–53.

elektronsko pranje denarja in izmikanje plačevanju davkov,
 elektronski vandalizem in terorizem,
 prodajna in investicijska goljufija,
 nezakonito prestrezanje telekomunikacij,
 goljufija povezana z elektronskim poslovanjem/transferji.

Kibernetsko kriminaliteto v širšem smislu Wall razvršča v tri kategorije in jih razvršča glede na kriminalne priložnosti na naslednji način:²³

Tabela 1 **Matrica kibernetske kriminalitete: stopnja priložnosti glede na tip kriminalitete**

<i>Dejanja povezana z integriteto (Integrity-related)</i>	<i>Dejanja povezana z računalniki (Computer-related)</i>	<i>Dejanja povezana z vsebino - obscenost (Content-related)</i>	<i>Dejanja povezana z vsebino - nasilje (Content-related)</i>
Več priložnosti za tradicionalno kriminaliteto (na primer preko komunikacije)	Phreaking Chipping	Prevare Piramidne sheme	Trgovanje s pornografskim gradivom Zalezovanje Nadlegovanje

²³ Wall, D. S. (2004). The Internet as a Conduit for Criminal Activity. V: Pattavina, A., eds., **Information Technology and the Criminal Justice System**, Thousand Oaks, London, New Delhi, s. 77-98. Tabela po Wall, D. S. (2003). Mapping Out Cybercrimes in a Cyberspatial Surveillant Assemblage, s. 115. V: Webster, F.; Ball, K.; eds., **The Intensification of Surveillance: Crime, Terrorism, and Warfare in the Information Age**. London: Pluto, s. s. 112-136.

Nove priložnosti za tradicionalno kriminaliteto (na primer čezmejna organiziranost)	Krekanje/hekanje Virusi Haktivizem	Množične prevare 419 goljufije kraja zaupnih osebnih in poslovnih podatkov	on-line seksualna trgovina Video pornografske spletne strani	Generaliziran sovražni govor Organizirani pedofilski krogi
---	--	---	---	---

Nove priložnosti za nove oblike kriminalitete	Neželena pošta DoS napadi Informacijsko vojskovanje Parazitsko programiranje	Piratstvo On-line igre na srečo E-avkcijske goljufije Goljufije po neželeni pošti (bulk fraud)	Kibernetska spolnost Kibernetsko zvodništvo	Online ženitno posredovanje Organiziran sovražni govor (Bomb talk/Drug talk) fokusiran sovražni govor
---	---	---	--	--

Priročnik OZN o preveciji in nadzorovanju kriminalitete povezane z računalniki²⁴ kot najbolj pogoste oblike kriminalitete povezane z računalniki našteva (1) goljufijo z manipulacijo računalnika, (2) računalniško ponarejanje, (3) poškodovanje ali spremembe računalniških podatkov ali programov, (4) neupravičen vstop v računalniški sistem ali storitev in (5) neupravičeno reproduciranje pravno zaščitenih računalniških programov. Vsebuje kazenske materialne določbe o (a) zaščiti imetnika podatkov in informacij in (b) o zaščiti zasebnosti.

²⁴ United Nations Manual on the Prevention and Control of Computer-Related Crime, 4 U. N. Doc. ST/ESA/SER.M/43-44, U. N. Sales No. E.94.IV.5. Vir URL: <http://www.uncjin.org/Documents/EighthCongress.html#congress>, 1.9.2007.

Priporočilo Svet Evrope št. R (89) 9 glede kriminalitete povezane z računalništvom in navodil nacionalnim zakonodajalcem glede opredeljevanja kibernetičnih kaznivih dejanj določa naslednji minimalni seznam:

- z računalnikom povezana goljufija,
- računalniška ponareditev,
- poškodovanje računalniških podatkov ali programov,
- računalniška sabotaža,
- nepooblaščen vstop v računalniški sistem,
- neupravičeno prestrezanje,
- neupravičeno razmnoževanje zavarovanega računalniškega programa,
- neupravičeno posnemanje topografije.

Glede na objekte kazenskoopravnega varstva slovenskega KZ široko pojmovana kibernetična kriminaliteta obsega vsaj naslednja kazniva dejanja, naperjena zoper:

- življenje in telo (na primer umor storjen preko vstopa v naprave v zdravstvu /t. i. *remote perpetrator*/),
- človekove pravice in svoboščine (na primer kaznivo dejanje po 145. členu »Ogrožanje varnosti«, 148. členu »Neupravičeno prisluškovanje in zvočno snemanje«, 150. členu »Kršitev tajnosti občil«, 151. členu »Nedovoljena objava zasebnih pisanj«, 154. členu »Zloraba osebnih podatkov«, 158. členu »Kršitev avtorske pravice«, 159. členu »Neupravičena uporaba avtorskega dela« in 160. členu KZ »Kršitev avtorski sorodnih pravic«),
- spolno nedotakljivost (na primer virtualno spolno nadlegovanje, Prikazovanje in izdelava pornografskega gradiva po 187. členu KZ),
- premoženje (na primer še goljufija /*cyber-fraud*/ ali tatvine identitete /*identity theft*/ itd. Ker je po 10. odstavku 126. člena KZ premična stvar tudi računalniška zmogljivost pridejo v poštev še druga kazniva dejanja.),
- gospodarstvo (na primer poleg 242. člena še vohunjenje, »Ponareditev ali uničenje poslovnih listin« po 240. členu in »Poslovna goljufija« po 234.a členu KZ),
- pravni promet (na primer kaznivo dejanje po 256. členu KZ »Ponarejanje listin«, 257. členu »Posebni primeri ponarejanja listin« in 258. členu KZ »Overitev lažne vsebine«),

- javni red in mir (na primer »Zbujanje sovraštva, razdora ali nestrpnosti, ki temelji na kršitvi načela enakosti« po 300. členu in »Izdelovanje in pridobivanje pripomočkov, namenjenih za kaznivo dejanje« po 309. členu KZ),
- splošno varnost ljudi in premoženja (na primer »Poškodovanje ali uničenje javnih naprav« po 320. členu KZ),
- varnost države (na primer napadi na t. i. kritično informacijsko in obrambno informacijsko infrastrukturo /*cyber-war* in *cyber-terrorism*/) itn.

Glede na to, da je listina nosilec podatkov (7. odstavek 126. čl. KZ) sodijo v kibernetško kriminaliteto tudi vsa naslednja kazniva dejanja: 165. člen (Uničenje ali ponaređitev volilnih listin), 232. člen (Lažni stečaj), 240. člen (Ponaređitev ali uničenje poslovnih listin), 241. člen (Izdaja in neupravičena pridobitev poslovne tajnosti), 256. čl. (Ponarejanje listin), 257. člen (Posebni primeri ponarejanja listin), 258. člen (Overitev lažne vsebine), 265. člen (Ponaređitev ali uničenje uradne listine, knjige ali spisa), 290. člen (Preprečitev dokazovanja), 307. člen (Odvzem ali uničenje uradnega pečata ali uradnih spisov), 364. člen (Izmikanje obrambnim obveznostim s preslepitvijo).

Sem bi morala soditi tudi določba o kaznivosti odgovornega urednika elektronske spletne publikacije. Urednik elektronske publikacije (ali tisti, ki ga nadomešča) bi moral odgovarjati tudi za objavljene informacije, pa čeprav ne bi šlo za medij po Zakonu o medijih. Po dosedanji ureditvi 30. člena KZ namreč odgovorni urednik elektronske (spletne) publikacije, če ta ne izpolnjuje pogojev za tiskane publikacije kot jih določa Zakon o medijih, ni kazensko odgovoren za njeno vsebino.

Konvencija Sveta Evrope o kibernetški kriminaliteti pa loči naslednje skupine kaznivih dejanj:

- kazniva dejanja zoper zaupnost, celovitost in dostopnost računalniških podatkov in sistemov, kamor sodi: protipravni dostop, protipravno prestrezanje, motenje podatkov, motenje sistemov, zloraba naprav;
- kazniva dejanja, povezana z računalnikom, kamor sodi računalniško ponarejanje in računalniška goljufija;
- kazniva dejanja, povezana z vsebino, kamor sodijo različne izvršitvene oblike kaznivih dejanj povezanih z otroško pornografijo,
- kazniva dejanja, povezana s kršitvijo avtorske in sorodnih pravic.

V skladu z omenjenimi možnimi pojmovanji je tako mogoče sistematizirati naslednje skupine kaznivih dejanj kibernetске kriminalitete (v širšem smislu):

kazniva dejanja kibernetске kriminalitete v ožjem smislu (IKT je tarča napada, napadena je integriteta IKT),

kazniva dejanja, ki izkoriščajo IKT za orodje izvršitve konvencionalnih kaznivih dejanja (IKT je sredstvo napada),

kazniva dejanja, povezana z vsebino (na primer otroško pornografijo, vsebine, ki temeljijo na kršitvi načela enakosti /sovražni govor/, kršitve pravic intelektualne lastnine).

Iz navedenega izhaja, da je **kibernetска kriminaliteta v ožjem smislu** kriminaliteta, ki ogroža informacijsko in omrežno varnost, objekt kazenskopravnega varstva so informacijski sistemi in računalniški podatki. Takšno ožjo definicijo pozna na primer Okvirni sklep Sveta EU 2005/222/PNZ z dne 24. februarja 2005 o napadih na informacijske sisteme.

Pojem kibernetскеga kazenskega prava

Zgodovinsko gledano so se pravni problemi v aplikaciji IKT pojavljali kot (1) problemi varstva podatkov, (2) kot zahteve po zaščiti programske opreme v sedemdesetih letih in šele kasneje (3) kot internetno pravo oziroma področje prava in interneta v devetdesetih. Danes se pravna problematika IKT zgošča v dve pravni podpanogi:

pravno informatiko,

pravo (in) IKT.

Pravna informatika se nanaša na aplikacije IKT na področju prava, kar se kaže na primer v razvoju baz podatkov (na primer registrov predpisov, elektronske zemljiške knjige, na področju kazenskega prava v obliki elektronskih kazenskih evidenc, programov za beleženje strukture zaprtih oseb, informacijskih sistemov za sodno odmero kazni – *sentencing information instruments* ipd.), v razvoju programske opreme za izdelavo pravnih dokumentov, uporabi koncepta e-učenja ipd. Bistveno za to področje je, da gre za uporabo IKT s strani prava oziroma da IKT nastopa v razmerju do prava kot sredstvo.

Pravo (in) IKT pa se nanaša na implikacije IKT za pravo. Gre za prilagoditve (posamezne panoge) prava novim družbenim odnosom. Temeljno vprašanje pri odnosu prava do IKT je

vprašanje, ali kaže ustanoviti posebno pravno podpanogo ali kaže probleme, ki vznikajo na »intersekciji« prava in IKT, preučevati v okviru obstoječih pravnih panog. Zaenkrat so, tudi zaradi nenehno se razvijajoče IKT, enoznačni odgovori precej težavni. Na primer Wiebe²⁵ se zavzema za posebno pravno podpanogo informacijskega (komunikacijskega) prava, ker IKT predstavlja izzive za pravo v treh smereh: (1) predstavlja dematerializacijo področja, (2) brezmejnost (deteritorializacijo) in (3) nadčasovnost (detemporalizacijo). Večinsko mnenje teorije je, da je potrebno vsaj večje informacijsko opismenjevanje pravnikov in vključevanje te posebne pravne podpanoge v študije prava. Vendar vključevanje na kakšen način?

Implikacije IKT za pravo je mogoče ločiti glede intenziteto pravnega odziva na IKT: (1) v primeru, da izberemo pristop, da je za nove družbene odnose mogoče uporabiti obstoječa pravna pravila, ki jih je potrebno razširiti tudi na novo področje, govorimo o **IKT in pravu**. (2) Radikalnejši pa je pristop, ki razume nove družbene odnose kot tako (kvalitativno) drugačne, da je potrebno oblikovati nova pravila. V tem primeru je govor o **pravu IKT** (oziroma kibernetsem pravu ali pravu interneta, angl. *cyberlaw*, *cyberspace law*, *multimedia law*, *law 2.0*, nem. *Online-Recht*, fr. *droit des reseaux*, *droit informatique*).

Na področju kazenskega prava se ta dvojnost pri obravnavi kibernetse kriminalitete²⁶ zrcali v dveh možnih pogledih na učinke (implikacije) IKT na kazensko pravo: v (1) **kazenskem pravu in IKT** in (2) **kibernetsem kazenskem pravu**. Prvo ne pomeni uporabo analogije in širitve cone kriminalnosti z obstoječimi kanoni interpretacije, temveč gre za analizo učinkov IKT na kazenskopravni sistem (ali bolje: akterje kazenskopravnega sistema). Področje »kazensko pravo in IKT« obsega na primer analizo vplivov na (a) organe pregona (na primer vpliv na organizacijske spremembe /posebne e-policijske enote, pomen forenzičnih enot/, evidentiranje in analizo kriminalitete, nove oblike sledenja, tehnike mapiranja kriminalitete itd.), (b) kazenska sodišča (učinki na organizacijsko kazensko pravo, pravno informatizacijo itd.), (c) organe izvrševanje kazenskih sankcij (oblike nadomeščanja kazni zapora s pomočjo IKT /oblike elektronskega sledenja/, analizo vplivov IKT na klimo prestajanja kazni zapora itd). Materija delno ustreza v tujini vse bolj uveljavljenemu področju »kriminalitete in

²⁵ Tako Andreas Wiebe na konferenci *Lex Informatica 2007*. Prispevek dostopen na URL: <http://www2.wu-wien.ac.at/informationsrecht/lexinformatica/>, 6.7.2007.

²⁶ Kljub zgoraj navedenim pomislekom v nadaljevanju uporabljam pojem kibernetse kriminalitete zaradi njegove uveljavljenosti in odsotnosti primernejšega.

tehnologije« (angl. *crime and technology*),²⁷ ki zaradi preučevanja tudi nad-pravnih vidikov bolj kot v kazensko pravo sodi v kriminologijo in sociologijo odklonskosti. Področje kibernetkega kazenskega prava pa pomeni oblikovanje novih procesnih (digitalna forenzika in dokazno pravo) in materialnih pravil. V nadaljevanju nas tako ne bo zanimala (kazenska) pravna informatika, niti področje kazenskega materialnega prava in IKT, temveč kibernetko kazensko pravo.

²⁷ O tem več v posebni znanstveni periodiki, ki obravnava »križišče« med kriminaliteto/pravom in tehnologijo; na primer bolj znana so: Harvard Journal of Law and Technology, Technology Review (MIT), Bulletin of Science, Technology and Society (SagePublications), Media, Crime, Culture (Sage Publications), Science, Technology and Human Values (Sage Publications), Duke Law and Technology Review, Yale Journal of Law & Technology.

II. POSEBNE TEME

1. KIBERNETSKA KAZNIVA DEJANJA, POVEZANA Z INTEGRITETO INFORMACIJSKEGA SISTEMA IN PODATKOV²⁸

(angl. *integrity-related cybercrime*)

Objekt kazenskopravnega varstva kaznivih dejanj, povezanih z integriteto informacijskega sistema in računalniških podatkov, je informacijska in omrežna varnost. Natančneje to pomeni dostop, zaupnost in celovitost (tj. prepoved prenosa, poškodovanja, izbrisa, poslabšanja, spreminjanja, oviranja) računalniških podatkov in informacijskega sistema. Gre za povsem nov objekt kazenskopravnega varstva nastal z razvojem IKT in informacijsko (komunikacijski) sistem in podatki shranjeni ali posredovani v/po njem so tarča napada kibernetičnih kaznivih dejanj te vrste.

Konvencija Sveta Evrope o kibernetični kriminaliteti (v nadaljevanju Konvencija) pri opredeljevanju te oblike kibernetičnih kaznivih dejanj uporablja pojma »računalniški podatek« in »računalniški sistem«, pri čemer zadnji pomeni napravo ali skupino (povezanih ali soodvisnih) naprav, od katerih ena ali njih več samodejno obdeluje podatke s pomočjo programa (točka a 1. člena Konvencije).

Okvirni sklep Sveta EU 2005/222/PNZ z dne 24. februarja 2005 o napadih na informacijske sisteme²⁹ ne uporablja več pojma »računalniški sistem«, temveč širši pojem »informacijski sistem«. Razširjen pojem omogoča tudi vključitev računalniških podatkov, ki so shranjeni, obdelani, dostopni ali se prenašajo zaradi delovanja, uporabe, varovanja in vzdrževanja naprav ali skupine naprav, od katerih ena ali več samodejno obdeluje podatke s pomočjo programa. Ta pojem omogoča razširitev kazenskopravnega varstva na različne terminalne naprave,³⁰ poleg osebnih računalnikov še integriteto dlančnikov, mobilnih telefonov, bankomatov ipd. in je odprt tudi za nove prihajajoče tehnologije.

²⁸ Poglavje Kibernetična kazniva dejanja, povezana z integriteto informacijskega sistema in podatkov, je avtor pripravil v okviru raziskovalnega projekta *Kiberkriminaliteta – pojav novih oblik kaznivih dejanj* na Inštitutu za kriminologijo pri Pravni fakulteti. Ker skupaj z ostalimi deli prispevek tvori smiselno celoto, ga predstavljamo na tem mestu.

²⁹ Uradni list Evropske Unije L 69, 16/03/2005, s. 67-71.

³⁰ Pojem, ki je v uporabi v slovenski pravni ureditvi elektronskih komunikacij je »radijska in telekomunikacijska terminalna oprema«. Tako Pravilnik o radijski in telekomunikacijski terminalski opremi (R&TTE) (Uradni list RS, št. 77/01 in 40/03), izdan na podlagi Zakon o telekomunikacijah (Uradni list RS, št. 30/01 in 110/02-ZGO-1), ki ga sicer Zakon o elektronskih komunikacijah (ZEKom) (Uradni list RS, št. 43/2004, 86/2004, 129/2006, 13/2007 ZEKom-UPB1) razveljavlja, a v tem delu (IX. poglavje) ohranja v veljavi.

Kazenski zakonik po noveli KZ-B³¹ vsebuje v 225. in 242. členu, ki se nanašata na kibernetna kazniva dejanja povezana z integriteto informacijskega sistema in podatkov, pojem informacijski sistem (in pojem podatka), kar je iz že omenjenih razlogov primerneje. Opredelitev pojma podatek in informacijski sistem, ki ga KZ ne definira, lahko najdemo v 1. in 11. točki 2. člena Zakona o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu:³² podatki v elektronski obliki so podatki, ki so oblikovani, shranjeni, poslani, prejeti ali izmenljivi na elektronski način, informacijski sistem pa je programska, strojna, komunikacijska in druga oprema, ki deluje samostojno ali v omrežju in je namenjena zbiranju, procesiranju, distribuciji, uporabi in drugi obdelavi podatkov v elektronski obliki.

Pri obeh inkriminacijah kaznivih dejanj povezanih z integriteto informacijskega sistema in računalniških podatkov v KZ, so v uporabi pojmi, ki bi jih kazalo poenotiti. Izvršitvena ravnanja, ki po nepotrebem ustvarjajo zmedo, so:

- »vdor« v računalniško vodeno zbirko podatkov po 154. členu KZ (Zloraba osebnih podatkov),
- »neupravičen vstop« v informacijski sistem (225. členu KZ),
- »vdor« v informacijski sistem (242. členu KZ) in
- pojmi iz 225. in 242. člena ponovljeni v 309. členu KZ (Izdelovanje in pridobivanje orožja in pripomočkov, namenjenih za kaznivo dejanje).

Razločevanje med izvršitvenim ravnanjem vdora in neupravičenega vstopa je vprašljivo, saj gre v vsebinskem smislu za neupravičen dostop do informacijskega sistema oziroma podatkov. Tako na primer določa omenjena Konvencija, ki v 2. členu uporablja pojem dostopa in vstopa, in Okvirni sklep o napadih na informacijske sisteme, ki v 2. členu uporablja pojem dostopa. Na podlagi navedenega bi zato bilo bolj smiselno spremeniti naslov 225. člena KZ. Primerneje bi ga bilo zamenjati z naslovom »*Napad na informacijski sistem*«. Pri tem bi izpustili element »neupravičenosti«, saj bi kazalo spremeniti formulacijo v 1. odstavku 225. člena KZ in »neupravičen vstop« zamenjati z »vdor«, ki je vedno neupravičen.³³ Novo poimenovanje 225. člena pa bi upoštevalo tudi dejstvo, da 225. člen ne

³¹ Zakon s spremembah in dopolnitvah Kazenskega zakonika – KZ-B (Uradni list RS, št. 40/04).

³² Zakon o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu (ZEPEP) (Uradni list RS, št. 57/2000, 30/2001, 25/2004, 73/2004, 61/2006).

³³ V 212. členu KZ (Velika tatvina) je pojem vdora uporabljen za odpiranje zaprtih prostorov, brez uporabe sile in brez poškodovanja vhodov v zaprt prostor, proti volji lastnika. Po Deisinger, M. (2002). *Kazenski zakonik s komentarjem. Posebni del*. Ljubljana: GV Založba, s. 375.

inkriminira zgolj »neupravičenega vstopa« (po spremembi »vdora«) v informacijski sistem, temveč tudi neupravičeno prestrezanje in več izvršitvenih oblik navedenih v 2. odstavku, ki jih uvrščamo pod pojem motenja podatkov in informacijskega sistema. Pojem »napad na informacijski sistem« bi bil tako kroven pojem, ki bi obsegal vse izvršitvene oblike 225. člena. (Nekoliko bolj je na primer pri tem okorna Konvencija, ki vse izvršitvene oblike označuje opisno – »Kazniva dejanja zoper zaupnost, celovitost in dostopnost računalniških podatkov in sistemov«.)

Primarno vprašanje pri analizi kaznivih dejanj povezanih z integriteto informacijskega sistema in podatkov je, zakaj ob enakih³⁴ izvršitvenih oblikah iz 225. in 242. člena potrebujemo hujšo obliko temeljnega kaznivega dejanja v posebnem členu. Kljub temu, da je zakonodajalec presodil, da si dejanja pri gospodarskem poslovanju in obogatitvenim ali škodnim namenom storilca zaslužijo strožjo kazenskopravno reakcijo, bi bilo to primerneje urediti s posebnim odstavkom, ki bi inkriminiral kvalificirano obliko.³⁵ Namreč, upoštevati je potrebno, da bi morali (v kolikor sledimo tej logiki KZ), z vidika konsistentnosti in koherentnosti KZ zaradi številnih objektov kazenskopravnega varstva, ki jih kibernetika kazniva dejanja ogrožajo, podobne inkriminacije oblikovati še v drugih poglavjih. Na primer vsaj še v poglavju kaznivih dejanj zoper varnost RS in njeno ustavno ureditev in v poglavju kaznivih dejanj zoper obrambno moč države, saj kibernetiko vojskovanje in kibernetiki terorizem postaja v sodobni informacijski družbi, katere delovanje sloni na pravilnem in nemotenem delovanju t. i. kritične informacijske infrastrukture, in v kateri obrambna moč države v veliki meri sloni na obrambni informacijski infrastrukturi, vedno bolj prisotna oblika vojskovanja in terorizma.³⁶

³⁴ V primerjavi z 225. členom KZ 242. člen KZ ne inkriminira izvršitvene oblike neupravičenega prestrezanja.

³⁵ Dilema je podobna dilemi o inkriminaciji posebne (poslovne) goljufije v 234.a členu KZ.

³⁶ Primer prve kibernetike vojne (angl. *cyber war*) – po nekaterih opredelitvah »zgolj« državnega terorizma, predstavlja vojskovanje med indijskimi hekerji, ki naj bi napadli Pakistansko ključno informacijsko infrastrukturo v januarju 2001. Na Evropskih tleh prvo kibernetiko vojno ali kibernetiki terorizem predstavljajo napadi Rusije na Estonijo po odstranitvi spomenika sovjetskemu vojaku iz središča Talina 27. aprila 2007. Takrat so (po ruski različici) ruski in estonski hekerji napadli spletne strani predstavnikov estonske oblasti (predsednika, predsednika vlade, ministrov), bank, časopisov, podjetij, estonski obrambni minister Aaviksoo pa je za napade obtožil ruske oblasti. Pri oceni resnosti takšnega vojskovanja je potrebno upoštevati odvisnost številnih družbenih procesov in družbeni podsistemov od pravilnega delovanja informacijske infrastrukture (na primer e-zdravstvo, regulacija varnosti vseh vrst prometa, vodovodnih, električnih, plinskih omrežij, e-volitve itd.) in pomena obrambne informacijske infrastrukture. Tarčo kibernetike vojskovanja predstavlja tudi obrambna informacijska infrastruktura, ki jo na primer v ZDA predstavlja več kot 2 milijona računalnikov in 10.000 lokalnih omrežij. Ob tem je ključno, da je razločevanje med vojaško in civilno informacijsko infrastrukturo izredno težavno, če ne nemogoče, saj na primer v ZDA kar 95 odstotkov vojaških komunikacij teče po komercialnih (civilnih) telefonskih omrežjih. Po Ashenden, D. (2002). *Cyber Terrorism and the Threat to*

V kolikor bi se zakonodajalec zaradi različnega objekta kazenskopravnega varstva odločil obdržati inkriminaciji v dveh členih, pa bi bilo potrebno naslova kaznivih dejanj po 225. in 242. členu KZ poenotiti. Predlagani spremembi sta naslednji:

- Izvršitvena oblika »vdora« po 242. členu je enaka izvršitveni obliki »neupravičenega vstopa« po 225. členu in ker je pojem vdora primernejši od opisne formulacije »neupravičen vstop«, bi (kot že omenjeno) kazalo izvršitveno obliko »neupravičenega vstopa« v 1. odstavku 225. člena zamenjati z vdorom.

- Kljub večji primernosti pojma vdor, pa bi bilo naslov 242. člena KZ vseeno potrebno spremeniti, ker ne inkriminira zgolj vdora temveč tako kot 225. člen številne druge izvršitvene oblike. Potrebno je poiskati krovni pojem vseh izvršitvenih oblik in morda bi bil, analogno kaznivemu dejanju Poslovne goljufije po 234a. členu, primernejši naslov 242. člena »*Poslovni napad na informacijski sistem*«.

Poenotenje pojmov bi vzpostavilo notranjo skladnost KZ (pojem vdora je uporabljen tudi v 154. členu), poenotenje pa bi obseglo še 309. člen, ki ponavlja pojme iz 225. in 242. člena.

Usklajenost inkriminacij KZ, povezanih z integriteto informacijskega sistema in podatkov, s Konvencijo o kibernetiki kriminaliteti in Okvirnim sklepom o napadih na informacijske sisteme

Konvencija o kibernetiki kriminaliteti v naslovu »Kazniva dejanja zoper zaupnost, celovitost in dostopnost računalniških podatkov in sistemov« loči naslednja kibernetika kazniva dejanja:

1. protipravni dostop (2. člen)
2. protipravno prestrežanje (3. člen)
3. motenje podatkov (4. člen)
4. motenje sistemov (5. člen)
5. zloraba naprav (6. člen)

Okvirni sklep Sveta EU o napadih na informacijske sisteme pa med napade na informacijske sisteme uvršča naslednja kazniva dejanja:

- nezakonit dostop do informacijskih sistemov (2. člen),
- nezakonito poseganje v sistem (3. člen),

Critical National Infrastructures. *Intersec*, let. 12, št. 11/12, s. 366-368. Glej še Meller, P. (2007). *Cyberwar: Russia vs Estonia*. URL: <http://www.crime-research.org/articles/Cyberwar-Russia-vs-Estonia/>, 3.6.2007.

nezakonito poseganje v podatke (4. člen).

Kazenski zakonik je po noveli KZ-B usklajen z omenjeno konvencijo in okvirnim sklepom v naslednjih delih:

- neupravičen *vstop* (1. odstavek 225. člena KZ) oziroma vdor (1. odstavek 242. člen KZ) ustrezata 2. členu Konvencije in 2. členu Okvirnega sklepa,
- neupravičeno *prestrezanje* (1. odstavek 225. člena KZ) ustreza 3. členu Konvencije (prestrezanje ni posebej inkriminirano v 242. členu KZ, niti v Okvirnem sklepu);
- neupravičena uporaba, sprememba, preslikava, prenos, uničenje ali vnašanje *podatkov* (2. odstavek 225. člena in 1. odstavek 242. člena KZ) ustrezajo 4. členu Konvencije in 4. členu Okvirnega sklepa,³⁷
- oviranje prenosa ali delovanja *informacijskega sistema* (2. odstavek 225. člena in 1. odstavek 242. člena KZ) ustrezata 5. členu Konvencije in 3. členu Okvirnega sklepa;
- posedovanje, izdelovanje, prodaja, dajanje v uporabo, uvažanje, izvažanje ali drugačno zagotavljanje *pripomočkov* za vdor ali neupravičen vstop v informacijski sistem (3. odstavek 309. člena KZ) ustreza 6. členu Konvencije.

V skladu z Zakonom o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja (ZOPOKD)³⁸ za kaznivi dejanji po 225. in 242. členu KZ lahko odgovarjajo tudi pravne osebe. Te pa ne odgovarjajo za kaznivo dejanje Izdelovanje in pridobivanje orožja in pripomočkov, namenjenih za kaznivo dejanje po 309. členu KZ. Zakaj ZOPOKD izvzema odgovornost pravnih oseb za to dejanje ni najti prepričljivih razlogov. Izpust gotovo ni kriminalitetnopolitično primeren, še posebej zato, ker izdelane »pripomočke« (kot se izraža KZ v 309. členu, v skladu s 6. členom Konvencije pa bi morali z njim razumeti naprave, vključno z računalniškimi programi, računalniška gesla, kode ali podobne podatke, ki omogočajo dostop in izvršitev katerega izmed kaznivih dejanj) lahko storilec poseduje, izdeluje (...) tudi v imenu, na račun ali v korist pravne osebe. Primeri so v neizprosnem boju med konkurenčnimi podjetji lahko

³⁷ Manjši nerodnosti v 2. odstavku 225. člena KZ sta: (1) pri naštevanju izvršitvenih oblik motenja podatkov ni navedeno poškodovanje podatkov. Zasilno bi bilo mogoče z interpretacijo subsumirati poškodovanje podatkov pod njihovo spreminjanje, ali pa uporabiti določbo 224. člena »Poškodovanje tuje stvari«, saj za premično stvar šteje tudi računalniška zmogljivost (10. točka 2. odstavka 126. člena KZ). (2) V tehničnem smislu je bistvena razlika med izbrisom (pojem uporablja Konvencija) in uničenjem (pojem uporablja KZ) podatkov. Izbris pomeni, da je mogoče s forenzičnimi orodji podatke obnoviti, medtem ko do uničenih podatkov ni več mogoče dostopati. Zasilno bi distinkcijo med pojmovoma v pravnem jeziku lahko razumeli kot sopomenko – podatki so bili za uporabnika izgubljeni.

³⁸ Uradni list RS, št. 59/99, 12/00, 50/04, 98/04-UPB1.

zamišljivi, zlasti na primer med spletnimi trgovinami ali spletnimi avkcijskimi hišami, kjer nekaj urno nedelovanje zaradi sesutja spletne strani z DoS napadom pomeni preusmeritev uporabnikov/klientov (beri: dobička) na pretežno zamenljive storitve konkurenčnih podjetij.³⁹ Ta izpust iz ZOPOKD sicer ni v neskladju s Konvencijo, saj je lahko odgovornost pravih oseb tudi civilna ali upravna, kot to določa 3. odstavek 12. člena Konvencije. Zaradi siceršnje problematičnosti te konvencijske določbe, ki izjemno širi cono kriminalnosti, o čemer več v nadaljevanju, pa je ta »pomanjkljivost« ZOPOKD celo dobrodošla.

Neusklajenosti inkriminacij, povezanih z integriteto informacijskega sistema in podatkov, v KZ s Konvencijo o kibernetiki kriminaliteti in Okvirnim sklepom o napadih na informacijske sisteme, pa se pojavljajo v naslednjih segmentih:

1. Poskus neupravičenega vstopa v informacijski sistem

Konvencija o kibernetiki kriminaliteti v 2. odstavku 11. člena določa kaznivost poskusa za protipravno prestrezanje (3. člen), motenje podatkov (4. člen) in motenje sistemov (5. člen), omogoča pa, da podpisnice izrazijo pridržek in poskusa tudi ne inkriminirajo (3. odstavek 11. člena). Nasprotno pa Okvirni sklep v 2. odstavku 5. člena določa obveznost držav članic EU, da predpišejo tudi kaznivost poskusa. V skladu z 22. členom KZ poskus neupravičenega vstopa v informacijski sistem po 1. odstavku 225. člena, tj. inkriminacije, ki je ekvivalentna 2. členu Okvirnega sklepa, ni kazniv. Okvirni sklep bi morali prevesti v notranji pravni red RS do 16. marca 2007 (1. odstavek 12. člena), zato gre tu očitno za neskladje.

Ločeno od vprašanja (ne)skladnosti KZ z okvirnim sklepom pa je vprašanje, ali je neinkriminacija poskusa neupravičenega vstopa sicer primerna? Iskanje ranljivih točk informacijskega sistema, ki ga predstavlja pregledovanje vhodno-izhodnih vrat (skeniranje portov) preko katerih bi bilo mogoče vstopiti v sistem, je v praksi pogosto, in Klemenčič⁴⁰ ta

³⁹ Novic o napadih na znane spletne prodajalne ali avkcijske spletne ponudnike je ogromno, njihovi zaslužki pa se skorajda avtomatično »prelijejo« na druge ponudnike storitev informacijske družbe. Na primer v septembru 2007 je eBay doživel serijo napadov s strani mreže okuženih računalnikov (*botnet*). Celotna mreža okuženih računalnikov je bila uporabljena za poskuse preboja skozi vrata njihove baze finančnih podatkov. Po Reimer, J. (2007). **Botnet attack targeting eBay and its users, compromising accounts**. URL: <http://arstechnica.com/news.ars/post/20070906-botnet-attack-targeting-ebay-and-its-users-compromising-accounts.html>, 3.10.2007. Tarča nenehni napadov je tudi znan spletni iskalnik Google. Glej na primer Popa, B. (2007). **Google Attacked by Hackers!**, URL: <http://news.softpedia.com/news/Google-Attacked-By-Hackers-52718.shtm>, 23.4.2007.

⁴⁰ Po Klemenčič, G. (2007). Kibernetiki kriminal, s. 340-341. (V: Bogataj Jančič, M. *et al.*, **Pravni vodnik po internetu**. Ljubljana: GV Založba, s. 329-360.)

storilčeva dejanja upravičeno primerja z ravnanjem vlomilca, ki v na primer hiši preverja, ali so določena vhodna vrata zaklenjena. Ali gre takšno dejanje šteti za poskus kaznivega dejanja ali za nekazniva pripravljalna dejanja? Pri iskanju odgovora na to vprašanje, je potrebno opozoriti na kriminološko dejstvo, da žrtve kibernetских kaznivih dejanj zaradi sekundarne viktimizacije, ki jo zanje pogosto večja od primarne viktimiziranosti, niso posebej zainteresirane za razkritje dejstva, da so postale žrtve kaznivega dejanja. Velika stopnja prikrivanja viktimite je še posebej značilna na primer za napade na banke, zavarovalnice, tajne službe in druge varnostne organe. Tako se pojavljajo primeri, ko posamezniki odkrijejo ranljive točke informacijskega sistema žrtev in jih o tem tudi obvestijo. Zaradi preplaha pred morebitno nadaljnjo škodo in pogosto pridobivanja pogajalske moči pri pogajanju o »hvaležnem nadomestilu« za sporočilo o luknjičavosti informacijskega sistema, pa te »žrtve« zahtevajo kazenski pregon teh posameznikov zaradi neupravičenega vstopa/vdora v informacijski sistem.

Upošteva tudi naravo informacijskih sistemov, ki jih praktično ni mogoče izdelati hermetično zaprtih in obenem omogočiti njihovo nujno nadaljnjo povezljivost, in upošteva razvoj (duh) informacijskih sistemov, ki je bil odvisen od prispevkov številnih programerjev, ki so prispevali svoj delež znanja in produkt posredovali naprej drugim v izboljšave, bi kazalo ne upoštevati določbe o obvezni kaznivosti poskusa iz Okvirnega sklepa. Bolj kot reaktivno in represivno delovanje kazenskopravnega sistema, lahko zagotovi večjo stopnjo informacijske in omrežne varnosti ravno pomoč in obveščanje med uporabniki, ne pa grožnje s kazenskimi sankcijami. Zato kaže kljub določbi 2. odstavka 5. člena Okvirnega sklepa, vztrajati pri nekaznivosti poskusa neupravičenega vstopa, ne širiti kazenske represije na zgodnejšo fazo in tak poskus obravnavati kot nekaznivo pripravljarno dejanje.

2. Pripomočki namenjeni za kaznivo dejanje, povezano z integriteto informacijskega sistema in podatkov

Konvencija o kibernetски kriminaliteti v 6. členu inkriminira zlorabo naprav. Relativno zapletena določba⁴¹ je deležna številnih kritik, ki se nanašajo na širitev cone kriminalnosti,

⁴¹ Zloraba naprav (6. člen)

1) Pogodbenice sprejmejo potrebne zakonodajne in druge ukrepe v notranjem pravu, ki kot kazniva opredelijo dejanja, s katerimi nekdo naklepno in neupravičeno:

a) izdeluje, prodaja, daje v uporabo, uvaža, distribuira ali na drug način zagotavlja:
i) naprave, vključno z računalniškimi programi, zasnovane ali prilagojene predvsem za storitev kaznivih dejanj iz 2. do 5. člena konvencije;

nedoločnosti in odprtosti za zlorabe, možnosti kazenskega pregona zaradi povsem legitimne uporabe naprav ter podeljevanju prevelike vloge državni oblasti pri usmerjanju znanstvenih inovacij. Tehnični eksperti menijo, da določba onemogoča razvoj novih varnostnih in diagnostičnih orodij, s tem pa tudi raziskovanje in izobraževanje.⁴² Podobne določbe Okvirni sklep Sveta EU o napadih na informacijske sisteme ne vsebuje.

Inkriminacija v I. odstavku prepoveduje tri skupine izvršitvenih ravnanj:

- izdelovanje,
- zagotavljanje in
- posedovanje,

naslednjih predmetov:

- naprav (strojne in programske opreme) zasnovanih/prilagojenih predvsem za storitev nekaterih kaznivih dejanj,
- nejavnih podatkov za dostop (na primer gesel, kod, digitalnih certifikatov; angl. *access ali interception tools*).

To izredno široko formulacijo, skušajo »rešiti« naslednje omejitve:

- dejanje je lahko storjeno zgolj naklepno (člen 6/1),
- dejanje mora biti neupravičeno (člen 6/1),
- pri izvršitvenem dejanju posedovanja lahko država določi dodaten znak, ki se nanaša na količino posedovanih predmetov (člen 6/1/b),
- dejanje je lahko storjeno zgolj, če »se dejavnosti izvajajo z namenom storitve kaznivega dejanja« (člen 6/2),

ii) računalniška gesla, kode ali podobne podatke, ki omogočajo dostop do računalniškega sistema ali katerega koli njegovega dela z namenom zlorabe za storitev kaznivih dejanj iz 2. do 5. člena konvencije, in

b) poseduje katerega izmed predmetov iz podtočke i ali ii točke a z namenom njegove zlorabe za storitev kaznivih dejanj iz 2. do 5. člena. Pogodbenice lahko v zakonu določijo, da je za podanost kazenske odgovornosti treba posedovati določeno število tovrstnih predmetov.

2) Ta člen se ne sme razlagati na način, da je podana kazenska odgovornost za izdelavo, prodajo, dajanje v uporabo, uvoz, distribucijo ali drugačno zagotavljanje ali posedovanje predmetov iz prvega odstavka tega člena, če se omenjene dejavnosti ne izvajajo z namenom storitve kaznivega dejanja, opredeljenega v 2. do 5. členu konvencije, kot je na primer pooblaščno preverjanje ali zaščita računalniškega sistema.

3) Pogodbenice si pridružujejo pravico, da ne uporabljajo prvega odstavka tega člena, če se pridržek ne nanaša na prodajo, distribucijo ali drugo obliko zagotavljanja predmetov iz podtočke ii točke a prvega odstavka tega člena.

⁴² Glej neprepričljiv demanti s strani U.S. Department of Justice: Computer Crime and Intellectual Property Section. Po **Frequently Asked Questions and Answers ABOUT the Council of Europe Convention on Cyber-crime**. Dostopno na URL: <http://www.cybercrime.gov/COEFAQs.htm#Q11>, 12.6.2007.

za vsa izvršitvena dejanja, razen zagotavljanja nejavnih podatkov za dostop, lahko država izrazi pridržek (člen 6/3).

Določba je nejasna v več ozirih:

(1) V prvem odstavku zahtevana krivdna oblika se brez potrebe ponovi v drugem odstavku. Očitno je, da je bil drugi odstavek potreben, ker inkriminacija zlorabe naprav izjemno širi cono kriminalnosti in je bilo didaktično ponoviti nauk o naklepu.

(2) Predmet izvršitvenih dejanj so naprave zasnovane/prilagojene *predvsem* za storitev kaznivih dejanj iz 2. do 5. člena konvencije. Znak »predvsem« je v kazenskopravnem smislu problematičen, krši načelo zakonitosti in načelo določnosti. Po eni strani določba inkriminira izdelovanje, zagotavljanje ali posedovanje tudi naprav (programske in strojne opreme), ki se uporabljajo v povsem zakonite namene. Po drugi strani pa tudi ni jasno na kaj se znak »predvsem« nanaša: (a) na naprave, ki jih je mogoče uporabiti za zakonite in nezakonite namene ali morda (b) na nabor kaznivih dejanj, kar bi pomenilo, da se zloraba naprav nanaša *predvsem* na kazniva dejanja, povezana z integriteto informacijskega sistema in podatkov (2.-5. člen Konvencije), lahko pa tudi na druga konvencijska kazniva dejanja (na primer na Kazniva dejanja, povezana s kršitvijo avtorske in sorodnih pravic iz 10. člena, kar bi nadalje pomenilo, da je možna/zahtevana inkriminacija zlorabe naprav kot so P-2-P omrežja, ki se po zatrtjevanju kulturne industrije uporabljajo *predvsem* za kršenje njihovih pravic). Po analogiji s podtočko ii točke b 1. odstavka, ki se nanaša na zlorabo nejavnih podatkov za dostop, bi lahko zaključili, da se zloraba naprav nanaša *zgolj* na storitve kaznivih dejanj, povezanih z integriteto informacijskega sistema in podatkov. Določba, ki se nanaša na naprave, je gotovo dvoumna.

(3) Kriminalizacija vsakršne oblike izvršitvenega ravnanja zagotavljanja in posesti (nedoločno opisanih naprav in nejavnih podatkov za dostop) je ob upoštevanju narave delovanja digitalne informacijske tehnologije in mrežnega povezovanja terminalskih naprav sporna vsaj v dveh ozirih: zaradi nespecificiranosti izvršitvenih dejanj je preširoka, zaradi implicitnega nalaganja dolžnega ravnanja uporabnikov pa praktično neuresničljiva brez občutnega omejevanja uporabe in razvoja sodobne tehnologije.

Tematika *posesti* je osrednji fenomen civilnega prava.⁴³ Znak posesti je njena neposrednost, neposredna oblast nad stvarjo. Civilna pravna teorija v zvezi s posestjo razlikuje položaj neposredne in posredne posesti, ki ju loči od podobnega položaja imetništva.⁴⁴ Kakšno («kvaliteto») posesti pa inkriminira določba 6. člena Konvencije? Mrežno povezane naprave omogočajo avtomatično medsebojno izmenjavo podatkov in vzajemno dostopanje na lokalne diskovne prostore drugih terminalskih naprav (tudi) brez vednosti uporabnika. Takšna narava delovanja tehnologije lahko občutno onemogoča določiti trenutek in kvaliteto posesti domnevnega storilca. Povedano drugače, ali mora biti sporna naprava ali nejavni podatek za dostop neposredno in v celoti shranjen na lokalnem disku storilca, ali zadostuje posredna in delna posest? Na primer tehnologija napadov na informacijske sisteme deluje ravno na način, da napadalec nima v neposredni posesti vseh okuženih računalnikov (t. i. *zombijev*), ki bodo simultano izvedli napad na žrtev, temveč jih obvladuje na daljavo in tudi to ne v celoti. Nadalje je pomembno, da se aktivnosti uporabnika beležijo v dnevniške datoteke (angl. *log* ali *log file*), ki zapisujejo potek izvajanja programa, da se podatki in ukazi uporabnika začasno zapisujejo (tj. shranjujejo) v (podatkovnem, ukaznem idr.) predpomnilniku uporabnikovega računalnika (angl. *cache*), na spletne aktivnosti kažejo piškotki (angl. *cookies*), datoteke (podatki), ki se pri komunikaciji s spletnimi mesti samodejno shranjujejo na lokalnem disku uporabnika in olajšujejo poznejši prenos itn.⁴⁵ Vsi navedeni procesi beležijo morebitno uporabnikovo prejšnje ali še trajajoče posedovanje spornih podatkov ali naprav, zato se inkriminacija posesti nekaterih naprav in podatkov v 6. členu Konvencije kaže kot preširoka in krši temeljno načelo kazenskega prava o omejenosti kazenske represije.

Nadaljnje vprašanje je, natančneje kakšno *zagotavljanje* naprav in nejavnih podatkov

⁴³ Po Sajovic, B. (1994). *Osnove civilnega prava. Stvarno pravo I*. Ljubljana: Časopisni zavod Uradni list RS, s. 50-56.

⁴⁴ Neposredna posest pomeni dejansko oblast nad stvarjo, o posredni posesti pa je govora, kadar posestnik izvršuje dejansko oblast nad stvarjo prek drugega. Imetništvo pa izhajajoč iz takšnega razumevanja obeh vrst posesti pomeni samo določeno pooblastilno delovanje glede stvari. Po Sajovic 1994: 54-55.

⁴⁵ Problem inkriminacije posesti nejavnih podatkov za dostop je analogen problemom povezanih z inkriminacijo posesti otroške pornografije na katero opozarja Ambrož. Avtor prikaže dogmatsko rešitev nemške teorije, ki si pri konstrukciji odgovornosti za posest pomaga z »dogmatiko opustitvenih kaznivih dejanj«. Tako je lahko posameznik, ki nehote prejme ali drugače pride v stik z otroško pornografijo, odgovoren za kaznivo dejanje, če gradiva ne uniči, kar pomeni tudi izbriše predpomnilnik, oziroma ga ne preda pristojnim državnim organom. Glej Ambrož, M. (2007). Council framework decision on combating the sexual exploitation of children and child pornography and the Slovenian criminal law. V: Tomášek, M. *et al.* (ur.), **European law and national criminal legislation**, (Sborníky, 33), Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, s. 140-151.

za dostop, naj bi bilo kaznivo. Vprašanje se postavlja pri (1) storitvah informacijske družbe,⁴⁶ ki omogočajo iskanje po nepreglednem številu spletnih strani, (2) pri mrežnem povezovanju na nadaljnje spletne strani in (3) uporabi omrežij za skupno uporabo vsebin.

V prvem primeru gre za storitev spletnih iskalnikov (*search engines*), ki uporabnikom olajšujejo iskanje zelenih spletnih strani oziroma iskalnih pojmov, ki se nahajajo na posameznih spletnih straneh. Vprašanje je, ali so lahko ponudniki spletnih iskalnikov kazensko odgovorni za zagotavljanje naprav in podatkov po 6. členu Konvencije? Ali takšen ponudnik s prikazom zadetkov na podlagi iskalnega pojma »na drug način zagotavlja« sporne naprave in podatke? Direktiva 2000/31/ES o elektronskem poslovanju pravnega statusa ponudnikov spletnih iskalnikov posebej ne ureja, države pa so se odločile za različno urejanje tega vprašanja: ene odgovornost izenačujejo z odgovornostjo za gostiteljstvo (*hosting*), druge z odgovornostjo za izključni prenos (*mere conduit*), tretje pa z odgovornostjo za začasno shranjevanje v predpomnilniku (*caching*).⁴⁷ Vprašanje na zgoraj zastavljen odgovor delno rešuje konvencijska zahteva po inkriminaciji zgolj naklepne krivdne oblike (člen 6/1), kar pomeni, da bi bilo potrebno ponudniku spletnega iskalnika dokazati naklepno zagotavljanje spornih naprav ali podatkov.

V drugem primeru mrežnega povezovanja na nadaljnje spletne strani, torej pri ustvarjanju spletnih povezav (*links, hyperlinks*) pa se postavlja vprašanje, ali je lahko tisti, ki je ustvaril povezavo na spletno stran, na kateri se nahajajo naprave zasnovane ali prilagojene predvsem za storitev kaznivih dejanj in nejavni podatki za dostop, kazensko odgovoren za kaznivo dejanje po 6. členu Konvencije? Podobno kot pri odgovornosti ponudnikov spletnih iskalnikov, Direktiva 2000/31/ES o elektronskem poslovanju odgovornosti za vsebino spletnih povezav ne ureja, odločitve sodišč evropskih držav pa so diametralno nasprotne: od tega, da povezava na spletno stran s protipravno vsebino lahko pomeni izvršitev samostojnega kaznivega dejanja do tega, da povezava na primer upravljavca spletnega seznama sicer

⁴⁶ Zakon o elektronskem poslovanju na trgu (ZEPT) (Uradni list RS, 61/2006) v 11. točki 3. člena definira »storitev informacijske družbe« takole: storitev, ki se po navadi zagotavlja za plačilo, na daljavo, z elektronskimi sredstvi in na posamezno zahtevo prejemnika storitev. Pri tem »na daljavo« pomeni, da se storitev zagotavlja, ne da bi bili strani navzoči sočasno. »Z elektronskimi sredstvi« pomeni, da se storitev na začetku pošlje in v namembnem kraju sprejme z elektronsko opremo za obdelavo, vključno z digitalnim stiskanjem in za shranjevanje podatkov ter v celoti pošlje, prenese in sprejme po žici, radiu, optičnih ali drugih elektromagnetnih sredstvih. »Na posamezno zahtevo prejemnika storitev« pa pomeni, da se storitev zagotavlja s prenosom podatkov na posamezno zahtevo. Storitve informacijske družbe vključujejo zlasti prodajo blaga ali storitev, dostop do podatkov ali oglaševanje na svetovnem spletu ter dostop do komunikacijskega omrežja, prenos podatkov ali shranjevanje prejemnikovih podatkov v komunikacijskem omrežju.

⁴⁷ Ugotovitve o pravni ureditvi spletnih iskalnikov in spletnih povezav povzemam po Tičar, K.; Makarovič, B. (2007). Udeleženci internetne komunikacije, s. 275. (V: Bogataj Jančič, M. *et al.*, **Pravni vodnik po internetu**. Ljubljana: GV Založba, s. 281 in nasl.)

omogoča dostop do protipravnih podatkov, vendar ti niso v njegovi sferi.⁴⁸

V tretjem primeru uporabe omrežij za skupno uporabo vsebin pa se pojavlja vprašanje odgovornosti posameznega uporabnika za zagotavljanje naprav in nejavnih podatkov za dostop. Omrežja P-2-P omogočajo medsebojno »izposoj« (*file sharing*), pri čemer je vsak uporabnik hkrati odjemalec in strežnik, in vsak od udeleženih dostopa na del diska drugih uporabnikov. Ker je temeljna lastnost prenosa podatkov po internetnem protokolu (IP), da se celotni dokument (ali multimedijaska vsebina) pretvori v podatkovne pakete, ki samostojno, neodvisno in po naključnih poteh potujejo od enega do drugega uporabnika, navedeni »pretočni sistem« za P-2-P pomeni, da več kot je vključenih uporabnikov, več je virov pridobivanja (in oddajanja) podatkovnih paketov. Kdaj v teh primerih govorimo o posesti, če se skozi uporabnikov računalnik »pretaka« zgolj del celote? Vprašanje je, kako je s kazensko odgovornostjo po 6. členu Konvencije, če posameznikova terminalska naprava zagotavlja posredovanje na primer zlonamernih računalniških programov ali podatkov za dostop? Kot že omenjeno, inkriminacija po 6. členu Konvencije inkriminira zgolj naklepno storitev takega dejanja. Glede na znana opozorila, da lahko z uporabo P-2-P omrežij dobimo tudi zlonamerno programsko opremo, bi težko zanikali, da povprečno osveščeni uporabnik P-2-P omrežja, ni imel vsaj eventualnega naklepa pri omogočanju distribucije (zagotavljanju) spornih naprav ali podatkov. In bi torej lahko odgovarjal po 6. členu Konvencije.

(4) Pri izvršitvenem dejanju posedovanja lahko država določi tudi dodaten znak o (minimalni) količini posedovanih predmetov (člen 6/1/b). Ta določba je vsaj presenetljiva. Ta dodaten znak vsaj v delu, ki se nanaša na inkriminacijo posedovanja nejavnih podatkov za dostop, odstopa od sicer omejujočega »duha« 6. člena. Vendar, prvič, podatki za dostop do informacijskega sistema ali njegovega dela so (običajno) občutljivi osebni podatki, zato je popuščanje v tem delu kriminalitetnopolitično vprašljivo. Res je, da ta možnost omili represivno naravo inkriminacije posesti, a lahko rečemo, da to ponesrečeno inkriminacijo rešuje na napačen način. Drugič, ta »permisivna« možnost ne-inkriminacije posedovanja določene količine nejavnih podatkov za dostop skupaj z »represivnim« 3. odstavkom, ki zagotavljanje nejavnih podatkov za dostop obravnava postroženo (to je edina inkriminacija, pri kateri pridržek držav ni možen), tvori nekonsistentno in nejasno kriminalitetnopolitično sporočilo v zvezi s posedovanjem nejavnih podatkov za dostop.

⁴⁸ Številne sodne primere o odgovornosti za vsebino linkov navajata Tičar in Makarovič v Tičar, K.; Makarovič, B. (2007). Udeleženci internetne komunikacije, s. 279-281. (V: Bogataj Jančič, M. *et al.*, **Pravni vodnik po internetu**. Ljubljana: GV Založba, s. 281-284.).

Kazenski zakonik v 3. odstavku 309. člena (Izdelovanje in pridobivanje orožja in pripomočkov, namenjenih za kaznivo dejanje) enako kot Konvencija inkriminira tri skupine izvršitvenih ravnanj:

1. izdelovanje,
2. zagotavljanje in
3. posedovanje,

in sicer predmetov – »pripomočkov« za izvršitev kaznivega dejanja po 225. in 242. členu.

Kazenski zakonik je zato v celoti skladen s konvencijskimi določili saj inkriminira najstrožjo možno obliko zlorabe naprav. Pojem pripomočki je pomensko izredno odprt, tako da določba omogoča kazenski pregon zaradi izdelovanja, zagotavljanja ali posedovanja najrazličnejše programske in strojne opreme, če jo je le mogoče uporabiti za izvršitev kaznivega dejanja po 225. ali 242. členu KZ. Povedano drugače, organi pregona praviloma ne bodo imeli prav nobenih težav z iskanjem tovrstnih pripomočkov, saj že na primer obstoj virusa, črva, ali druge zlonamerne programske opreme, ki jo nevede in nehote uporabniki posedujemo v terminalski napravi, zadostuje. Če se je zgoraj navedena kritika 6. člena Konvencije nanašala na opredelitev naprav, ki se *predvsem* uporabljajo za izvršitev kaznivih dejanj, po našem KZ to sploh ni pomembno – lahko se naprava uporablja tudi zgolj za zakonito dejavnost. Vsi zgoraj izraženi pomisleki o izvršitvenem dejanju zagotavljanja in posedovanja pa se *mutatis mutandis* nanašajo tudi na inkriminacijo po 309. členu KZ.

Sklepno: kombinacija znakov kaznivega dejanja po 309. členu KZ, to je 1.) pomensko odprt pojem pripomočkov, 2.) kakršne koli oblike posedovanja ali zagotavljanja pripomočkov, spregleduje naravo delovanja informacijskih sistemov in njihovega mrežnega povezovanja. Bistvo informacijskega komunikacijskega sistema je ravno v njegovi digitalizaciji in neskončni povezljivosti, zato analogije s klasičnimi materialnimi koncepti posesti in zagotavljanja predmetov, kriminalizirajo *online* aktivnosti preko razumne mere in odpirajo vrata instrumentalizaciji kazenskega prava.

2. KIBERNETSKA KAZNIVA DEJANJA, POVEZANA Z VSEBINO

(angl. *content-related cybercrime*)

Kibernetska kazniva dejanja, povezana z vsebino informacijskih sistemov, obsegajo naslednja kazniva dejanja:⁴⁹

kazniva dejanja, povezana s kršitvijo pravic intelektualne lastnine;⁵⁰

kazniva dejanja, povezana z otroško pornografijo;

kazniva dejanja spodbujanja sovraštva, nasilja ali diskriminacije (sovražni govor).

Objekti kazenskoopravnega varstva kibernetičnih kaznivih dejanj, povezanih z vsebino, so raznovrstni: kršitev moralnih in materialnih avtorskih pravic in avtorski sorodnih pravic je v KZ umeščeno v poglavje kaznivih dejanj zoper človekove pravice in temeljne svoboščine (158., 159. in 160. člen KZ), kršitev pravic industrijske lastnine med kazniva dejanja zoper gospodarstvo (238. in 239. člen KZ), otroška pornografija med kazniva dejanja zoper spolno nedotakljivost (187. člen KZ) in zbujanje sovraštva, razdora ali nestrpnosti, ki temelji na kršitvi načela enakosti, med kazniva dejanja zoper javni red in mir (300. člen KZ). V nadaljevanju si pogledimo prvi dve skupini te vrste kibernetičnih kaznivih dejanj.

1. Kibernetska kazniva dejanja, povezana s kršitvijo pravic intelektualne lastnine

Zaščita pravic intelektualne lastnine s kazenskim pravom v dobi interneta in digitalnih tehnologij

Teoretiki civilnega prava so danes soglasni, da ureditev pravic intelektualne lastnine ni prilagojena novim digitalnim tehnologijam, oziroma da ruši krhko ravnovesje med avtorji oziroma imetniki avtorskih pravic, proizvajalci tehnologije in uporabniki. Na primer uporabo avtorskih del v digitalni obliki je nemogoče nadzorovati, saj digitalna tehnologija omogoča enostavno in skorajda brezplačno reprodukcijo in distribucijo. Velik del ponudnikov vsebin (na primer kulturne industrije, filmskih, glasbenih založnikov, proizvajalcev programske opreme) se ni prilagodil novim digitalnim medijem in vsebin ne ponuja na nove načine, hkrati

⁴⁹ Glej Wall, D. S. (2004). The Internet as a Conduit for Criminal Activity. V: Pattavina, A., eds., **Information Technology and the Criminal Justice System**, Thousand Oaks, London, New Delhi, s. 77-98.

⁵⁰ Pravice intelektualne lastnine določata Zakon o avtorski in sorodnih pravicah (ZASP) (Uradni list RS, št. 21/1995, 9/2001, 30/2001, 43/2004, 17/2006, 114/2006, 139/2006, 16/2007-UPB3) in Zakon o industrijski lastnini (ZIL-1) (Uradni list RS, št. 45/2001, 96/2002, 37/2004, 20/2006, 51/2006-UPB3). Po ZASP je avtorska pravica enovita pravica na avtorskem delu, iz katere izvirajo izključna osebnostna upravičenja (moralne avtorske pravice), izključna premoženjska upravičenja (materialne avtorske pravice) in druga upravičenja avtorja (druge pravice avtorja) (15. člen). Avtorski sorodne pravice po ZASP so: pravice izvajalcev, pravice proizvajalcev fonogramov, pravice filmskih producentov, pravice RTV organizacij, pravice založnikov in pravice izdelovalcev podatkovnih baz. Po ZIL-1 so pravice industrijske lastnine: patent, dodatni varstveni certifikat, model, znamka in geografska označba (2. odstavek 1. člena).

pa so dosegli, da so njihova dela podvržena obstoječi regulaciji avtorskih pravic. Neprimernost prava intelektualne lastnine v času digitalne tehnologije in interneta se tako nanaša na intenziteto pravne zaščite, ki sprevrača namene prava intelektualne lastnine. Kot opozarjajo teoretiki avtorskega prava, so je to pravo razvilo kot instrument za zaščito vrednote ustvarjalnosti. V začetku je zadevalo samo objavljane (zato »pravica kopiranja« - *copyright*), kasneje pa tudi izkoriščanje in spreminjanje. V času pred digitalnimi tehnologijami in internetom ta razloček ni bil bistven, ker so bile tehnologije objavljane drage. V dobi digitalne tehnologije in spremenjene distribucijske mreže dobička se je to spremenilo. Po eni strani je postalo razmnoževanje digitalnih zapisov enostavno in hitro, po drugi strani pa distribucija koristi poteka prek založnikov (glasbene in filmske industrije), ki imajo od avtorskih del največje koristi. Ali kot meni Lessig:⁵¹

»Zakon [tj. avtorsko pravo, dodal A.Z.] ne nadzoruje več le ustvarjalnosti komercialnih ustvarjalcev, temveč praktično vsakogar. Čeprav ta razširitev ne bi bila prav pomembna, če bi zakoni o avtorski pravici regulirali le »kopiranje«, pa je zelo pomembna, kadar zakoni regulirajo tako široko in nejasno kot zdaj. (...) Tako je (...) vloga zakonov vse manj podpiranje ustvarjalnosti in vse bolj zaščita določene veje industrije pred konkurenco. Ravno ko bi digitalna tehnologija lahko odprla izjemno paleto komercialne in nekomercialne ustvarjalnosti, zakoni to ustvarjalnost obremenijo z noro kompleksnimi in nejasnimi pravili ter grožnjo z obsceno strogimi kaznimi.«

Problematična so na primer podaljševanja trajanja avtorske pravice, vedno nove razširitve avtorske pravice (na primer na vse začasne in trajne reprodukcije na digitalnem mediju), dejansko neomejeno trajanje avtorske pravice za baze podatkov, obstoj zgolj ene obvezne omejitve avtorske pravice po Direktivi o avtorski pravici v informacijski družbi⁵² itn.

V odgovor na navedene kontradiktorne situacije se je v civilnem pravu pojavilo več inovativnih rešitev, korekcijskih mehanizmov, ki poskušajo omiliti ekstenzivnost pravne zaščite in hkrati obdržati vsaj delen nadzor avtorjev oziroma imetnikov avtorskih pravic nad avtorskim delom, kot na primer iniciative, ki bi omogočile prost dostop (t. i. A2K iniciative – *Access to Knowledge*), uveljavljanja konceptov izviraajočih iz komunikativne pravičnosti,

⁵¹ Lessig, L. (2005). *Svobodna kultura. Narava in prihodnost ustvarjalnosti*. Ljubljana: Krtina, s. 33.

⁵² Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2001/29/ES z dne 22. maja 2001 o usklajevanju določenih vidikov avtorske in sorodnih pravic v informacijski družbi.

pogodbeno rahljanje intenzitete zaščite z licencami kot so CC (*Creative Commons*) licence, GPL licence za programsko opremo ipd.

Kazensko (materialno) pravo kljub navedenim spremembam, ki so jih prinesle digitalne tehnologije, nediferencirano ščiti kršitve avtorskih pravic, podlega zahtevam ponudnikov vsebin po postroževanju kazenskopravne zaščite z dvigovanjem zagroženih kazni oziroma nadomeščanjem denarnih kazni s kaznimi zapora ipd. Odziva, ki bi imel vzporednice gibanju proste programske opreme,⁵³ na področju kazenskega prava ni. Ob poznavanju dejstva, da se ureditev prava intelektualne lastnine sprevača v lastno nasprotje, da gre za prekomerno »privatizacijo« s strani ponudnikov vsebin (kulturne industrije) in ob poznavanju sociološkega dejstva, da je zaradi kršitev pravic intelektualne lastnine (programske opreme, avdio in vizualnih del) kriminalizirana velika večina mladostniške populacije (tj. populacije, ki sploh večinoma uporablja internet in z njimi povezane tehnologije), je zato temeljno vprašanje, ki se zastavlja danes, v kolikšni meri velja kršitve pravic intelektualne lastnine varovati (tudi) s kazenskim pravom? Vztrajanje in pristajanje na strogo (in vedno strožjo) kazenskopravno zaščito se namreč vedno bolj kaže kot nelegitimno in v nasprotju z načelom *ultima ratio* v uporabi kazenskega prava.

Predhodno je potreben še razmislek o škodi: kakšna škoda vse naj bi nastajala s kršitvami pravic intelektualne lastnine? Ali na primer tehnologija kot je P-2-P, ki domnevno omogoča množične kršitve avtorskih pravic, sploh povzroča škodo? Po eni strani je gotovo, da so učinki kršitev nekaterih ekstenzivnih upravičenj, ki izvirajo iz pravic intelektualne lastnine, lahko tudi izjemno pozitivni. Na primer kot nelegitimna se kaže kazenskopravna zaščita patentov za izdelavo zdravil, ki revnejšim državam/kontinentom onemogoča zdravljenje ozdravljivih bolezni, ali na primer avtorskih pravic ponudnikov vsebin, kjer prihaja na eni strani do večjega kulturnega opismenjevanja in dostopnosti kulturnih dobrin tudi ekonomsko šibkim slojem prebivalstva, po drugi strani pa pri domnevnih zlorabah izven držav zahodnega kulturnega kroga celo do prostovoljnega sprejema zahodne kulturne imperializacije, kar generira nove »potrebe« po zahodnjaških proizvodih, storitvah, mentalnih shemah in vsemu kar sodi v ta *way of life*.

⁵³ Za ustanovitelja *Free Software Foundation* velja Richard Stallman. Njegova najbolj slovito delo je Stallman, R.; Lessig, L., avtor dodatnega besedila; Gay, J., ur. (2002). *Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman*. Boston, MA: Free Software Foundation. Dostopno tudi na URL <http://notabug.com/2002/rms-essays.pdf>, 25.8.2007.

Problematičnosti prevelikih kazenskopравnih posegov v civilnopravna razmerja se zaveda na primer tudi evropski pravodajalec, ki v predlogu druge Direktive o kazenskih ukrepih za zagotavljanje uveljavljanja pravic intelektualne lastnine (IPRED 2)⁵⁴ v 7. členu (Zloraba pravic) prepoveduje nekaj, kar je v očitnem nasprotju z razumevanjem pravne države, a ki učinkuje kot oblič na rani pretiranega kazenskopравnega pregona. Določba 7. člena predloga IPRED 2 namreč določa, da je »*prepovedana in kazniva zloraba groženj s kazenskimi sankcijami*«. Prvič, grožnja s kazenskimi sankcijami v pravni državi sploh ni grožnja, ki bi jo pravo (lahko) priznavalo. Kazensko pravo je grožnja *per se*, ki naj bi bila kar se da učinkovita – v kazenskopравni teoriji se imenuje generalna prevencija. Drugič, evropski zakonodajalec se očitno zaveda, da gre za področje (oziroma za zahteve) civilnopravne narave, kjer »rožljanje« z represivnim kazenskopравnim aparatom ni etično sprejemljivo. Ključno pri tem je, da se kaže očitna potreba po obrzdanju kazenske juridizacije zahtevkov civilnega prava.

Po drugi strani pa je sporno, kakšna škoda, če sploh, nastaja domnevnim žrtvam – ponudnikom vsebin. Ocene škode so izredno težavne, a dejstvo je, da so prihodki tovrstne industrije ogromni. Bolj verjetno je, da zatrdjevale množične kršitve njihovih avtorskih pravic povzročajo tudi širšo zakonito uporabo zaščitenih del. Podobno oceno »kolateralnih koristi« implicitno podaja na primer Lessig, ki meni, da je bila privlačnost menjavanja glasbenih datotek za rast interneta kot kokain in da je bolj kot katerakoli druga posamična naprava sprožila povpraševanje po dostopu do interneta, širokopasovnem povezovanju itn.⁵⁵

Vprašanje za kazensko materialno pravo torej ni, ali v digitalni dobi globalnega informacijsko-komunikacijskega omrežja opustiti kazenskopравno zaščito pravic intelektualne lastnine. Gre za vprašanje, v kolikšni meri je kazenskopравna zaščita disproporcionalna in krši temeljno načelo kazenskega prava o omejenosti represije, ker inkriminira dejanja, katerih pravni status je izjemno negotov na samem civilnopravnem področju, in dejanja, ki so v družbi percipirana kot nekaj, kar ne zasluži aktiviranja kazenskopравnega sistema.

⁵⁴ Dokument KOM (2006)168 končno z dne 26.4.2006. Dopoljenega s predlogi Evropskega parlamenta povzemam iz Zakonodajne resolucije Evropskega parlamenta z dne 25. aprila 2007 o spremenjenem predlogu Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o kazenskih ukrepih za zagotavljanje uveljavljanja pravic intelektualne lastnine (KOM(2006)0168 – C6-0233/2005 – 2005/0127 (COD)).

⁵⁵ Lessig, L. (2005). *Svobodna kultura. Narava in prihodnost ustvarjalnosti*. Ljubljana: Krtina, s. 311 in nasl.

Kazniva dejanja, povezana s kršitvijo avtorske in sorodnih pravic, po Konvenciji Sveta Evrope o kibernetiki kriminaliteti

Konvencija o kibernetiki kriminaliteti med ukrepi kazenskega materialnega prava, ki jih je treba sprejeti na državni ravni določa tudi kazniva dejanja, povezana s kršitvijo avtorske in sorodnih pravic (10. člen).⁵⁶ V 3. odstavku 10. člena državam omogoča, da k tej določbi podajo pridržek in uredijo varstvo avtorskih in sorodnih pravic tudi drugače – ne nujno s kazenskimi pravom. Na podlagi že izraženih pomislekov o kazenskopravnem reagiranju, bi bil tovrsten pridržek primeren. Področje avtorskega prava je zelo nemirno in v veliki meri odraža boj med akterji v globalni kapitalistični tekmi, tj. boj med ponudniki tehnologij in ponudniki vsebin, ki pa se odvija na računa posameznikove svobode s širitvijo cone kriminalnosti. A tudi v primeru, da bi država izrazila pridržek, Konvencija med ukrepi medsebojne pomoči določa, da zaprosena država pogodbenica v nekaterih primerih medsebojne pomoči ne more pogojevati z obstojem dvojne kaznivosti (tako na primer pri zavarovanju shranjenih računalniških podatkov v 29. členu), kar pa pomeni, da je sporočilo Sveta Evrope glede boja zoper kršitve avtorske in sorodnih pravic, v veliki meri nedvoumno: tudi kazensko pravo je sredstvo, ki ga kaže uporabljati v boju zoper kršitve avtorskih pravic. V tej luči je potrebno razumeti in podpreti kritiko Sveta Evrope, ki opozarja na finančne vzvode moči, ki jih imajo ponudniki vsebin pri dejavnosti Sveta Evrope na področju kibernetike kriminalitete.

Kazenski zakonik je v delu, ki se nanaša na kršitve avtorskih materialnih pravic (izpolnjevanje zahtev iz 1. odstavka 10. člena Konvencije) in avtorski sorodnih pravic

⁵⁶ Konvencija Sveta Evrope o kibernetiki kriminaliteti: **Kazniva dejanja, povezana s kršitvijo avtorske in sorodnih pravic** (10. člen):

1) Pogodbenice sprejmejo potrebne zakonodajne in druge ukrepe v svojem notranjem pravu, ki kot kazniva opredelijo dejanja kršitve avtorske pravice po pravu te pogodbenice in v skladu z obveznostmi, ki izhajajo iz Pariškega akta z dne 24. julija 1971, ki dopolnjuje Bernsko konvencijo za varstvo književnih in umetniških del, Sporazuma o trgovinskih vidikih pravic intelektualne lastnine in Pogodbe Svetovne organizacije za intelektualno lastnino (WIPO) o avtorski pravici, razen vseh moralnih pravic, ki jih podeljujejo navedene konvencije, če so ta dejanja storjena zavestno, v komercialne namene in s pomočjo računalniškega sistema.

2) Pogodbenice sprejmejo potrebne zakonodajne in druge ukrepe v svojem notranjem pravu, ki kot kazniva opredelijo dejanja kršitve sorodnih pravic po pravu te pogodbenice, v skladu z obveznostmi, ki izhajajo iz Mednarodne konvencije za varstvo izvajalcev, proizvajalcev fonogramov in radiodifuznih organizacij (Rimske konvencije), Sporazuma o trgovinskih vidikih pravic intelektualne lastnine in Pogodbe Svetovne organizacije za intelektualno lastnino (WIPO) o izvedbah in fonogramih, razen vseh moralnih pravic, ki jih podeljujejo navedene konvencije, če so ta dejanja storjena zavestno, v komercialne namene in s pomočjo računalniškega sistema.

3) Pogodbenica si lahko pridrži pravico, da v omejenih okoliščinah ne uvede kazenske odgovornosti iz prvega in drugega odstavka tega člena, če zagotovi druga učinkovita sredstva in tak pridržek ne odvezuje pogodbenice od izpolnjevanja njenih mednarodnih obveznosti, ki izhajajo iz mednarodnih dokumentov iz prvega in drugega odstavka tega člena.

(izpolnjevanje zahtev iz 2. odstavka 10. člena Konvencije) precej strožji od konvencijskih zahtev. Konvencija zahteva inkriminiranje zgolj za primere kršitev izvršenih v »komercialne namene«. Po 159. členu KZ (Neupravičena uporaba avtorskega dela), ki varuje avtorske materialne pravice, zadošča že posest gradiva v vrednosti, ki presega večjo premoženjsko korist. Po 160. členu (Kršitev avtorski sorodnih pravic), ki varuje (nekatero) avtorski sorodne pravice, pa je kazniva neupravičena reprodukcija, dajanje na voljo javnosti, razširjanje ali dajanje v najem, ki pomeni vsaj večjo premoženjsko korist. O problematičnosti inkriminacije posesti spornega gradiva smo že razpravljali, sama narava funkcioniranja informacijske tehnologije (lahko!) pomeni, da že pregledovanje avtorskega dela na neki spletni strani pomeni digitalno kopiranje, to pa inkriminirano posest.

Historiat sprememb KZ jasno odraža svetovne trende postrožene kazenskopravne reakcije na kršitve pravic intelektualne lastnine. V 159. členu je novela KZ-B znak »izkoriščanja« nadomestila z »uporabo« avtorskega dela, zagrožena kazen je bila spremenjena iz 3 mesecev zapora (ali denarne kazni) na 3 leta zapora. Na novo predpisana kazen je nesorazmerna vsaj v razmerju do nekateri drugih primerljivih kaznivih dejanj: za kvalificirano dejanje po 3. odstavku 159. člena je zagrožena kazen zapora do 8 let, kar je na primer več kot pri veliki tatvini. Pred novelo KZ-B je 160. člen inkriminiral zgolj pravice izvajalcev, novela pa je spremenila določbo tako, da je danes inkriminirana večina avtorski sorodnih pravic.

Trend poostrelega varovanja avtorske pravice s kazenskim pravom je morda še bolj prepoznaven v ZDA. Tam je bil leta 1998 sprejet zakon DMCA (*Digital Millenium Copyright Act*), ki je zavaroval pravice ponudnikov vsebin in predvidel strožje varovanje pravic. Uvedel je zaporno kazen za posege v avtorsko pravico in podaljšal dolžino trajanja avtorske pravice za 20 let. Kritiki mu danes očitajo, da je onemogočil znanstveno in tehnološko raziskovanje in upočasnil inovacije, da je monopolom v kulturni industriji olajšal nadzor nad trgom, skrčil pravice potrošnikov in omejil pravico poštene rabe (*fair use*) ter proste uporabe zakonito pridobljenih izdelkov.⁵⁷

Kršitev pravic intelektualne lastnine po predlogu Direktive Evropskega parlamenta in Sveta EU o kazenskih ukrepih za zagotavljanje uveljavljanja pravic intelektualne lastnine (IPRED 2)

⁵⁷ Formenti, str. 16.

Določbe ameriškega DMCA o zagroženih zapornih kaznih za kršitve pravic intelektualne lastnine za evropski pravni prostor niso novost. Za kršitve avtorske in sorodnih pravic je v državah članicah EU večinoma zagrožena zaporna kazen. Kar je novega v EU je, da se že nekaj časa pojavljajo predlogi tudi za izjemno široko inkriminacijo kršitev pravic industrijske lastnine.

Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta o kazenskih ukrepih za zagotavljanje uveljavljanja pravic intelektualne lastnine (*European Parliament and Council Directive on Criminal Measures Aimed at Ensuring the Enforcement of Intellectual Property Rights* ali krajše: *Intellectual Property Rights Enforcement Directive – IPRED 2*)⁵⁸ še ni sprejeta, a njen predlog je doživel 25. aprila 2007 potrditev v prvem branju v Evropskem parlamentu.⁵⁹ Kljub tej »nedonošenosti« ima direktiva za seboj že burno zgodovino. Pred sedanjim predlogom sta Evropski parlament in Svet EU predlagala v sprejem dva pravna akta: (1) Direktivo Evropskega parlamenta in Sveta o kazenskih ukrepih za zagotavljanje uveljavljanja pravic intelektualne lastnine (*Intellectual Property Rights Enforcement Directive – IPRED*) in (2) Okvirni sklep Sveta za krepitev kazenskega okvira za preprečevanje kršitev intelektualne lastnine.⁶⁰ Predlog te (prve) direktive je v 3. členu določal kaznivost vseh kršitev pravic intelektualne lastnine, če so storjene »na področju trgovine«.⁶¹

»Države članice zagotovijo, da opredelijo kot kaznivo dejanje katero koli namerno kršitev pravice intelektualne lastnine, storjeno na področju trgovine, pa tudi poskus take kršitve, pomoč oziroma podporo in spodbujanje k taki kršitvi.«⁶²

⁵⁸ Dokument KOM(2006)0168 končno, 2005/0127(COD), z dne 26.4.2006.

⁵⁹ Zakonodajna resolucija Evropskega parlamenta z dne 25. aprila 2007 o spremenjenem predlogu Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o kazenskih ukrepih za zagotavljanje uveljavljanja pravic intelektualne lastnine (KOM(2006)0168 – C6-0233/2005 – 2005/0127 (COD)).

⁶⁰ Dokumenta KOM(2005)276 končno, 2005/0127(COD), 2005/0128(CNS), z dne 12.7.2005.

⁶¹ Kaj šteje za področje trgovine izhaja iz 61. člena Sporazuma o trgovinskih vidikih pravic intelektualne lastnine (Sporazum TRIPS) z dne 15.4.1994 Svetovne trgovinske organizacije, ki določa, da morajo članice: »provide for criminal procedures and penalties to be applied at least in cases of wilful trademark counterfeiting or copyright piracy on a commercial scale. Remedies available shall include imprisonment and/or monetary fines sufficient to provide a deterrent, consistently with the level of penalties applied for crimes of a corresponding gravity. In appropriate cases, remedies available shall also include the seizure, forfeiture and destruction of the infringing goods and of any materials and implements the predominant use of which has been in the commission of the offence. Members may provide for criminal procedures and penalties to be applied in other cases of infringement of intellectual property rights, in particular where they are committed wilfully and on a commercial scale.«

⁶² V angl.: »Member States shall ensure that all intentional infringements of an intellectual property right on a commercial scale, and attempting, aiding or abetting and inciting such infringements, are treated as criminal offences.« (3. člen IPRED, COM(2005)276 final).

Ta predlog je izjemno širil cono kriminalnosti in je predstavljal novost v več ozirih. (1) Inkriminacija se je nanašala na kršitve vseh pravic intelektualne lastnine: avtorske pravice, avtorski sorodnih pravic in pravice industrijske lastnine (vključno s patenti). (2) To pomeni, da bi kršitve industrijske lastnine, dotlej v evropskih državah pretežno civilnopravna materija, s tem postala kazenskoppravna materija.⁶³ Uradni razlogi so bili, da kršitve intelektualne lastnine dobivajo mednarodne razsežnosti in ogrožajo nacionalna gospodarstva in države, da je potrebno zaščititi potrošnike pred ogrožanjem zdravja in varnosti,⁶⁴ in »da se zdi«, da je ta pojav povezan z organiziranim kriminalom.⁶⁵ (3) Inkriminacija 3. člena se je nanašala na udeležbeno obliko pomoči in kljub pomanjkanju ustrezne določbe sklepam, da tudi na napeljevanje, saj je inkriminirala že spodbujanje h kršitvam nedoločenega kroga naslovnikov. Slednje pomeni, da je inkriminirala udeležbeno obliko, ki se loči od napeljevanja konkretne osebe, kar je kršitve pravic intelektualne lastnine izenačilo z nekaterimi najhujšimi oblikami kaznivih dejanj nasploh. Na primer v slovenskem kazenskoppravnem redu izzivanje in razpihovanje nedoločenega kroga naslovnikov poznamo pri »sovražnem govoru« (300. člen), ščuvanju k nasilni spremembi ustavne ureditve (360. člen), ščuvanju k napadalni vojni (358. člen), ščuvanju h genocidu (373. člen). Ta dvig pomena kršitev pravic intelektualne lastnine, ki dobivajo v »družbi temelječi na znanju« sveto mesto, je bil zaskrbljujoč, saj je vprašanje, ali gre v primerih tovrstnih kršitev res za ogrožanje temeljnih vrednot družbenega sožitja, še posebej ob upoštevanju vseh dilem povezanih s pravom intelektualne lastnine na področju digitalnih tehnologij. Vse bolj kaže, da gre v takih primerih za kazenskoppravno »subvencioniranje« posameznih gospodarskih subjektov in varstvo lastninskih upravičenj posameznih korporacij, ki pa seveda poteka vzporedno s proklamacijami o enakosti vseh akterjev na domnevno svobodnem globalnem trgu.

Po sodbi Evropskega sodišča z dne 13.9.2005 (C-176/03 Komisija proti Svetu), ki je razširila kazenskoppravne pristojnosti EU, je Evropska komisija spremenila predlog Direktive o kazenskih ukrepih za zagotavljanje uveljavljanja pravic intelektualne lastnine⁶⁶ in predlog

⁶³ KZ že inkriminira kršitve pravic industrijske lastnine; 238. člen (Neupravičena uporaba tuje oznake ali modela) in 239. člen (Neupravičena uporaba tujega izuma ali topografije).

⁶⁴ Spomnimo se na primer medijske odmevnosti odkritja v letu 2007, da Barbie igrače vsebujejo preveč svinca v barvilih – izdelane so bile na Kitajskem. Vprašanje seveda je, kaj je bilo bolj moteče: ali to, da so igrače domnevno nevarne za otroke ali to da so proizvedene na Kitajskem.

⁶⁵ Iz obrazložitenega memoranduma IPRED 2 (Dokument KOM(2006)168 končno, 2005/0127(COD), z dne 26.4.2006.).

⁶⁶ Nastal je nov predlog IPRED 2 (KOM(2006)168 končno, 2005/0127(COD), z dne 26.4.2006). Zadnjo različico povzemam po: Zakonodajni resoluciji Evropskega parlamenta z dne 25. aprila 2007 o spremenjenem

Okvirnega sklepa Sveta za krepitev kazenskega okvira za preprečevanje kršitev intelektualne lastnine umaknila. Temeljna novost IPRED 2 je omejitev seznama pravic intelektualne lastnine na katere se nanaša direktiva. Predlog IPRED 2 se ne uporablja za (1) pravice, ki izhajajo iz patentov, (2) za kršitve pravic, ki so povezane z uporabnimi modeli in pravicami, ki izhajajo iz dodatnimi varstvenih certifikatov in (3) za pravice, ki so povezane z vzporednim uvozom izvirnega blaga iz tretje države (1. člen IPRED 2). Kljub temu je spisek pravic intelektualne lastnine, ki jih IPRED 2 ščiti še vedno obsežen in vanj sodijo:

- avtorska pravica,
- avtorski sorodne pravice,
- pravica *sui generis* ustvarjalca zbirke podatkov (KZ ne inkriminira),
- pravice ustvarjalca topografije polprevodniškega proizvoda,
- pravice blagovnih znamk,
- pravice modela,
- geografske označbe,
- trgovska imena,
- pravice, če so določene na ravni Skupnosti, ki zadevajo dobrine v smislu člena 2/1/a in 2/1/b Uredbe Sveta (ES) št. 1383/2003 z 22. julija 2003, o carinskem ukrepanju zoper blago, glede katerega obstaja sum, da krši določene pravice intelektualne lastnine, in o ukrepih, ki jih je treba sprejeti zoper blago, glede katerega je ugotovljeno, da je kršilo take pravice.

Spremenjena inkriminacija 3. člena se še vedno nanaša na naklepne kršitve pravic intelektualne lastnine izvršene na »področju trgovine« in vključuje kaznivost udeležbene oblike spodbujanja h kaznivemu dejanju. Izvršitev kaznivega dejanja na »področju trgovine« pomeni, da piratstvo (»neupravičena uporaba avtorskega dela«, kot določa 159. člen KZ) za osebne in neprofitne namene po IPRED 2 ni kaznivo. Kljub tej omejitvi skuša morebitne kritike inkriminacije prepričati dodaten 3. odstavek 3. člena, ki določa, da »ustrezna uporaba zaščitene delo (...) za namene kritike, recenzije, informiranja, poučevanja (...), preučevanja ali raziskovanja, ni kaznivo dejanje.«

predlogu Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o kazenskih ukrepih za zagotavljanje uveljavljanja pravic intelektualne lastnine (KOM(2006)0168 – C6-0233/2005 – 2005/0127 (COD)).

Zagrožene kazenske sankcije so občutno povišane: za kvalificirane oblike⁶⁷ direktiva določa poseben maksimum za kazen zavora (najmanj 4 leta) in za denarno kazen (najmanj 300.000 evrov), za temeljno obliko pa posebni maksimum znaša najmanj 100.000 evrov denarne kazni.

Primerjava IPRED 2 z določbami 159. člena KZ (Neupravičena uporaba avtorskega dela), 160. člena (Kršitev avtorski sorodnih pravic), 238. člena (Neupravičena uporaba tuje oznake ali modela) in 239. člena (Neupravičena uporaba tujega izuma ali topografije) kaže, da je KZ primernejši (in zato v neskladju s predlogom direktive) v delu, ki se nanaša na (ne)inkriminacijo spodbujanja k navedenim kaznivim dejanjem; v skladu s splošnimi določbami inkriminara udeležbeno obliko sotorilstva, napeljevanja in pomoči. Zagrožene kazenske sankcije so za kršitve pravic industrijske lastnine (238. in 239. člen KZ) celo blažje, kar tudi predstavlja (bodočo) neskladnost.

V zvezi s kaznivostjo spodbujanja h kršenju pravic intelektualne lastnine je potrebno v smislu morebitne bodoče inkriminacije v KZ opozoriti na zahtevo po notranji skladnosti KZ. Za kaznivo dejanje po obstoječem 300. členu KZ, ki se za razliko od 3. člena IPRED 2 ne nanaša spodbujanje kršitev pravic imetnikov intelektualne lastnine, temveč na spodbujanje k narodnostnem, verskem ali rasnem sovraštvu, kar (praviloma) pomeni spodbujanje kršitev pravic manjšin, je zagrožena kazen zavora do 2 let zavora. Po IPRED 2 pa naj bi bilo spodbujanje h kršitvam pravic intelektualne lastnine (beri: interesov korporacij) ovrednoteno višje kot interesi/pravice manjšin. Seveda to ni argument za dvig zagrožene kazni zavora po 300. členu KZ, temveč argument v prid tezi, da je zaščita korporacij v IPRED 2 disproporcionalna in pomeni instrumentalizacijo kazenskega prava za potrebe gospodarske učinkovitosti.

Notranja primerjava med zagroženimi kazenskimi sankcijami za kršitve pravic industrijske lastnine (238. in 239. člen KZ) na eni strani in za kršitve materialnih avtorskih pravic (159. člen KZ) in avtorski sorodnih pravic (160. člen KZ) na drugi strani kaže na, po našem mnenju, zgrešeno razumevanje digitalnih tehnologij. Za neupravičeno posedovanje avtorskih

⁶⁷ Kvalificirana oblika kaznivega dejanja po 3. členu predloga IPRED 2 je podana, če (1) gre za huda kazniva dejanja v smislu člena 3(5) Direktive 2005/60/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26.10.2005 o preprečevanju uporabe finančnega sistema za pranje denarja in financiranje terorizma, (2) če so kazniva dejanja storjena v okviru kriminalne združbe v smislu Okvirnega sklepa o boju proti organiziranemu kriminalu, ali (3) če kazniva dejanja pomenijo tveganje za zdravje ljudi (1. odstavek 5. člena IPRED 2).

del (brez pridobitniškega namena, 2. odstavek 159. člena) je zagrožena kar kazen do pet let zapora. Na drugi strani pa je za kaznivi dejanji, ki kršita pravice industrijske lastnine in sta storjeni pri gospodarskem poslovanju, zagrožena manjša kazen zapora. Vprašanje je, zakaj je zagrožena kazen za nepridobitno posest avtorskega dela strožja od inkriminacije za kršitev pravic intelektualne lastnine na masovno-industrijski ravni. Očitno je, da je pregon posameznikov, ki neupravičeno posedujejo avtorska dela za osebno uporabo, občutno manj težaven od sistemskega (industrijskega) kršenja pravic industrijske lastnine. Še posebej, če vemo, da inkriminacija neupravičene posesti avtorskega dela za neprofitne namene, dejansko inkriminira veliko večino mladostniške populacije in kršilce ni prav težko najti.⁶⁸

KZ je zato v primerjavi z IPRED 2 po drugi strani tudi v občutni meri nerazumno strog:

- inkriminirane so kršitve vseh pravic intelektualne lastnine (vključno s patenti, izpuščena je zgolj inkriminacija ene od šestih avtorski sorodnih pravic),
- kršitve avtorske in sorodnih pravic so kaznive bodisi da so gre za kršitve za osebno rabo in nepridobitne namene (temeljna oblika po 159. členu in po 160. členu KZ),
- pri kršitvah vseh pravic intelektualne lastnine je inkriminirana že posest.

O problemu v zvezi s posestjo smo že pisali. Inkriminira posesti za osebno in neprofitno rabo je še dodatno problematična. Kršitve avtorskih pravic v kibernetnem prostoru so domnevno v veliki meri posledica uporabe P-2-P tehnologije. Tako zatrjujejo avtorji oziroma v njihovem interesu založbe, ki trdijo, da je tehnologija sama po sebi nezakonita, saj je namenjena izključno kršenju avtorskih pravic. Po drugi strani pa zagovorniki odprtokodnega gibanja in zmanjševanja intenzitete avtorskopravne zaščite menijo, da so te tehnologije šele približale internet množicam. Lessig⁶⁹ tako na primer meni, da se omrežja za izmenjavo datotek (osredotoča se na glasbene datoteke), uporabljajo za preizkušanje izdelkov pred nakupom (s čimer omrežja delujejo kot akviziterske tehnologije), za dostop do vsebin, ki niso več na prodaj, a so še vedno avtorskopravno varovane, za dostop do vsebin, ki niso avtorsko varovane in za dostop do vsebin, ki ga imetnik avtorske pravice izrecno dovoli. Poleg tovrstnih oblik uporabe pri izmenjavi datotek, so tehnologije uporabne tudi v projektih, kjer je

⁶⁸ Na podiplomskem študiju kriminologije na Pravni fakulteti v Ljubljani v letu 2007 izvršena kratka anketa med študenti, o tem ali kdo od njih NE poseduje piratske kopije avdio, video del ali nelegalnih kopij računalniških programov, je pokazala, da takšnega študenta ali študentke ni. Kljub temu, da inkriminacija po 159. členu KZ zahteva posedovanje del, katerih vrednost presega večjo premoženjsko korist, in pomeni delno ublažitev takšne inkriminacije, to kaže, da je nekaj zelo narobe z inkriminacijo, ki jo kršijo malodane vsi digitalnih tehnologij in interneta večji posamezniki.

⁶⁹ Lessig, L. (2005). *Svobodna kultura. Narava in prihodnost ustvarjalnosti*. Ljubljana: Krtina, s. 312.

potrebna večja moč, ki jo lahko zagotovi zgolj več računalnikov skupaj (na primer pri znanstvenih projektih).

Poudarjen vpliv zasebnega interesa pri oblikovanju kazenskopravnega odziva zoper kršitve pravic intelektualne lastnine se ne kaže le v inkriminaciji v 3. členu IPRED 2, temveč morda še bolj očitno v procesnih določbah. Zaradi celovitejšega vpogleda v IPRED 2 omenimo zgolj eno šokantno rešitev, ki jasno odkriva »duh«, ki veje iz te direktive. Z namenom olajševanja kazenskih preiskav direktiva v 9. členu predvideva sodelovanje imetnikov pravic intelektualne lastnine v t. i. skupnih preiskovalnih enotah predvidenih v Okvirnem sklepu Sveta EU 2002/465/PNZ z dne 13.6.2002 o skupnih preiskovalnih enotah.⁷⁰ Kot že omenjeno so dejansko imetniki, ki si bodo lahko privoščili takšno sodelovanje v skupnih preiskovalnih enotah, transnacionalne korporacije. Takšno sodelovanje nosilcev zasebnih, poslovnih in dobičkaže(lj)nih interesov dejansko pomeni privatizacijo kazenskega pregona. Imetniki pravic intelektualne lastnine imajo tako na razpolago vzvode fizičnega prisiljevanja, ki je bilo doslej (vsaj domnevno) monopolizirano s strani države. Vprašanje je, koliko s tem dejansko prihaja do posega v nevtralnost državnih preiskav, saj ob upoštevanju zlasti finančnih sredstev, ki jih imajo na voljo interesno povezane korporacije-imetnice pravic intelektualne lastnine, to lahko vodi v neutemeljene in dalj časa trajajoče zasebne para-policijske akcije zoper domnevno nedolžne posameznike. V luči tako širokih možnosti kazenskega preiskovanja se (lahko) izkaže izrečena kazenska sankcija celo manjše gorje od neutrudne hunte kapitalskih pravičnikov.

2. Kibernetska kazniva dejanja, povezana z otroško pornografijo

V zadnji dekadi smo priča izredni kazenskopravni dinamiki na področju boja zoper otroško pornografijo nastalo ali posredovano s pomočjo sodobne IKT (angl. *online child pornography, cyber child porn*). Ocene o razširjenosti otroške pornografije posedovane in/ali izmenjane na internetu so izjemno raznolike, vsem pa je skupno, da so zastrašujoče.⁷¹

⁷⁰ Uradni list Evropske Unije L 62, 20.6.2002, s. 1.

⁷¹ V ilustracijo: v letu 2005 je TopTenReviews ocenil, da otroška pornografija prinaša dobičke preko 3 milijarde dolarjev letno (Po: Ropelato, J. (2005). **Internet pornography statistics**. URL: <http://internet-filter-review.toptenreviews.com/internet-pornography-statistics.html>). Posey navaja, da naj bi kar 80 odstotkov tistih, ki kupujejo otroško pornografijo, hkrati tudi aktivno zlorabljali otroke. (Po Posey, J. (2005). **Child Pornography: Is it so bad?** URL: <http://pedowatch.com/porn.htm>. Schell pa navaja, da se po navedbah organov pregona, dnevno po internetu prenaša milijone videoposnetkov in fotografij trpečih otrok. Ocena o korelaciji med posestniki otroške pornografije in aktivno zlorabo otrok, ki jo podaja Schell (s. 47), je nekoliko blažja od zgoraj navedene ocene 80 odstotkov, še vedno pa navaja, da 25-50 odstotkov tistih, ki otroško pornografijo gledajo in si takšno gradivo izmenjujejo tudi (aktivno) zlorablja otroke. (Po Schell, B. H. *et al.* (2007). *Cyber*

»Moralna panika«⁷² povezana s pedofilijo in vseprisotnostjo otroške pornografije je vodila nacionalne zakonodajalce k hitremu sprejemu zakonov, ki v sicer legitimnem kazenskopravnem boju zoper zlorabe otrok, s širitvijo cone kriminalnosti kar praviloma kršijo nekatere temeljne človekove pravice in svoboščine (na primer pravico do svobode izražanja, varstva osebnih podatkov, varstva pravic zasebnosti in osebnostnih pravic) in temeljno načelo o omejenosti kazenskopravne represije (načelo *ultima ratio societatis* v uporabi kazenskega prava). Iz primerjalnopravne analize inkriminacij v ZDA in Kanadi in analize dveh nadnacionalnih pravnih virov, Konvencije Sveta Evrope o kibernetški kriminaliteti in Okvirnega sklepa Sveta EU 2004/68/PNZ z dne 22. decembra 2003 o boju proti spolnem izkoriščanju otrok in otroški pornografiji (v nadaljevanju Okvirni sklep),⁷³ namreč izhaja, da predstavlja kibernetška otroška pornografija izziv za kazensko materialno pravo vsaj v dveh smislih:

a) **definijskem smislu**, ker digitalna tehnologija omogoča spreminjanje in oblikovanje gradiva (s t. i. *digital imaging techniques* ali *morphing techniques*), kjer je vprašljivo ali prihaja do zlorabe otrok in zato inkriminacije (lahko) posegajo v temeljno človekovo pravico svobode izražanja in pravico do zasebnosti,

b) v oblikovanju **izvršitvenih ravnanj**, kar je posledica tehnološke prepletenosti svetovnega omrežja, kjer ni mogoče potegniti enoznačne in nevprašljive definicije »ponujanja«, »omogočanja dostopa«, »zagotavljanja« in »posedovanja« otroške pornografije v/po kibernetškem prostoru.

Kaj je kibernetška otroška pornografija?

Child Pornography: A review paper of the social and legal issues and remedies – and a proposed technological solution. *Aggression and Violent Behaviour*, let. 12, št. 1, s. 45-63.)

⁷² Grozljive dimenzije kibernetške otroške pornografije v precejšni meri relativizira podatek nekaterih raziskav, da je največja skupina uporabnikov gradiva starostna skupina 12 – 17 letnikov. Zanimivo je, da kar 90 odstotkov starostne skupine 8-16 let priznava, da pornografijo večinoma gledajo med opravljanjem domačih šolskih obveznosti. (Glej Ropelato, J. (2005). **Internet pornography statistics**. URL: <http://internet-filter-review.toptenreviews.com/internet-pornography-statistics.html>). Moralna panika tudi sama sebe krožno dokazuje: na primer v Kanadi dejansko beležijo kar 8-kratni porast kaznivih dejanj povezanih z otroško pornografijo med letoma 1998-2003 (Statistics Canada 20. april 2005), kar je, kot navajajo Schell in ostali, posledica (1) povečanega zavedanja javnosti o »problemu«, ki ga domnevno Internet povzroča otrokom (kar je nenavadno saj demonizira samo tehnologijo kot vir skušnjave in zla), (2) povečane policijske aktivnosti z novimi posebnimi enotami in dodatnimi finančnimi sredstvi, (3) izboljšanih zakonov (beri: razširjene cone kriminalnosti) in (4) povečane policijske tehnološke opremljenosti. Glej Schell, B. H. *et al.* (2007). *Cyber Child Pornography: A review paper of the social and legal issues and remedies – and a proposed technological solution*. *Aggression and Violent Behaviour*, let. 12, št. 1, s. 45-63. (s. 55).

⁷³ Uradni list Evropske Unije L 013, 20/01/2004, s. 44-48.

Legitimen objekt kazenskopravnega varstva pri inkriminacijah otroške pornografije je zaščita otrok pred zlorabo. Pri utemeljevanju te zlorabe je mogoče najti več prepričljivih argumentov: psihološko razvojni argument, ki se opira na spoznanja o čustveni in kognitivni nezrelosti otroka, pravni argument, da otroka štejemo za nesposobnega podajanja svobodne in razumne privolitve v številnih drugih razmerjih in zato naj to velja tudi pri presoji sposobnosti privolitve v spolnost, etični argument, da otrok kot spolno nedozorel v pretežni meri služi kot sredstvo (za izpolnjevanje želja drugega) in ni mogoča vzpostavitev vzajemnosti itd.

Proizvodnja otroške pornografije v času digitalnih tehnologij pa ni več vezana na zlorabo konkretnih otrok. Seveda fiktivne upodobitve niso nobena novost, zgodovina umetnosti je polna risb, kipov, fresk dečkov idr. upodobitev na primer boga Kupida ipd. A kljub temu se prejšnje upodobitve razlikujejo od sodobnih digitalnih upodobitev v tem, da je mogoče s pomočjo specialne programske opreme izdelati gradivo, ki ga sploh ni več mogoče razlikovati od gradiva, ki upodablja resničnega otroka. Zato se zastavlja vprašanje, ali kaže prepovedati izdelavo, razpečevanje in posedovanje gradiva, za katerega je gotovo, da (vsaj) pri njegovem nastanku ni prišlo do zlorabe konkretnega otroka.

Danes je zato mogoče razlikovati naslednje vrste otroške pornografije:

stvarno otroško pornografijo (angl. *real child pornography*), za izdelavo katere je bil »uporabljen« resničen, konkreten otrok. Bistveno za to gradivo je, da jasno in nedvoumno sporoča o preteklem dejanju, v katerem je sodeloval konkreten otrok. Večinska kriminološka in kazenskopravna teorija soglaša, da gre pri tovrstnih dejanjih za zlorabo otrok, bodisi psihološko bodisi telesno bodisi etično. Stvarna otroška pornografija predstavlja poročilo o zlorabi, zato si ta oblika zasluži kazenskopravno intervencijo;

provokativne predstavitve otrok, katerih značilnost je, da so večinoma storjene z vednostjo in privolitvijo njihovih staršev/skrbnikov. Tovrstne predstavitve so v internetnem prostoru pojavljajo v obliki t. i. »*child glamour presentations*« ali »*non-nude child sites*«, ⁷⁴ kazenskopravno niso prepovedane, starši jih običajno utemeljujejo na koristih za otroka (na primer njegovi slavi, kasnejši zaposljivosti ipd.).

⁷⁴ Novejša filmska uprizoritev tovrstne angažiranosti otrok s strani njihovih staršev je predstavljena v trago-komediji *Little Miss Sunshine* (2006), filmu nominiranemu na primer za dve *Golden Globe* nagradi.

virtualno otroško pornografijo (angl. *virtual child pornography*), ki ne prikazuje konkretne – resnične osebe. Ločiti je mogoče tri vrste gradiva tega tipa: (a) upodobitve, ki obstajajo neodvisno od virtualnega prostora in jim ta služi kot medij za (dodatno) objavo (na primer digitalizirane risbe objavljene na spletni strani), (b) računalniško modificirano gradivo, ki z uporabo posebnih računalniških programov omogoča rekombinacijo fotografij konkretnih oseb, ki so spremenjene do te mere, da ni mogoče ugotoviti za katero osebo gre (na primer s kombinacijami različnih delov telesa več oseb) in (c) računalniško-proizvedeno gradivo (t. i. psevdo-fotografije), kjer izdelava spornega gradiva ni več vezana na fotografiranje in digitalno obdelavo fotografij konkretnih otrok (t. i. *digital imaging techniques*), temveč je gradivo v celoti izdelano s pomočjo posebnih računalniških programov.

Spremenjena definicija otroške pornografije se nanaša na vključevanje zadnje vrste otroške pornografije v inkriminacije, saj objekt kazenskopravnega varstva pri inkriminaciji izdelovanja, zagotavljanja in posedovanja tovrstnega gradiva, ki je v primeru stvarne otroške pornografije zaščita otrok pred zlorabami, v primeru virtualne otroške pornografije odpade. Legitimiranje prepovedi, ki se nanaša na virtualno pornografijo, se tako zaplete v raztegnjene definicije o varstvu otrok (na primer varstvu, da bi otrok videl takšno gradivo), v psihologiziranje o seduktivnih učinkih takšne pornografije (po eni strani otrok po drugi strani odraslih), varstvu specifične socialne konstrukcije otroštva (tj. tega kaj pomeni biti otrok), varstvu družbenega sožitja, družbene morale, varstva odraslih pred obscenostjo, neokusnostjo ipd.

Pred natančnejšo analizo inkriminacij povezanih z virtualno otroško pornografijo pogledimo opredelitvi otroške pornografije po Konvenciji Sveta Evrope o kibernetiki konvenciji (v nadaljevanju Konvencija) in po Okvirnem sklepu Sveta EU 2004/68/PNZ z dne 22. decembra 2003 o boju proti spolnemu izkoriščanju otrok in otroški pornografiji (v nadaljevanju Okvirni sklep).⁷⁵

Konvencija v 2. odstavku 9. člena o kaznivih dejanjih, povezanih z otroško pornografijo, »otroško pornografijo« definira kot pornografsko gradivo, ki slikovno prikazuje:

⁷⁵ Uradni list Evropske unije L 013, 20/01/2004, s. 0044-0048.

- a) mladoletnika, ki sodeluje v nedvoumnem spolnem dejanju;
- b) osebo, za katero se zdi, da je mladoletnik, ki sodeluje v nedvoumnem spolnem dejanju;
- c) resnično slikovno prikazovanje mladoletnika, ki sodeluje v nedvoumnem spolnem dejanju.⁷⁶

V skladu s Konvencijo OZN varstvu otrok »mladoletnika« opredeljuje kot osebe, mlajše od 18 let (3. odstavek 9. člena), dopušča pa, da države pogodbenice določijo tudi nižjo starostno mejo, ki ne more biti manj kot 16 let.

Kazenskopravno sta problematični opredelitvi otroške pornografije v točki b) in c). Točka b) je izrazito nedoločna: komu se mora »zdeti«, da je oseba mladoletnik, še zlasti ob upoštevanju konvencijske definicije otroka in za sodobno družbo značilnega kulta mladosti, kjer medicina služi vedno bolj tudi temu, da se nam tudi odrasli ljudje »zdijo« mladoletniki. Točka c) pa se nanaša na virtualno otroško pornografijo, ki vključuje gradivo, ki je spremenjeno (na primer podobe naravnih oseb) in gradivo, ki je v celoti izdelano s pomočjo računalnika. Objekt kazenskopravnega varstva je primeru konvencijske inkriminacije otroške pornografije dvojen: 1) prvi tip (točka a 2. odstavka 9. člena) se osredotoča neposredno na zaščito otrok pred zlorabo, 2) drugi tip (točki b in c 2. odstavka 9. člena) pa cilja na zagotavljanje zaščite zoper vedenje, ki je lahko usmerjeno na spodbujanje ali zapeljevanje otrok k sodelovanju v takšnih dejanjih.⁷⁷

Konvencija je v inkriminaciji otroške pornografije v delu, ki se nanaša na njeno definiranje (točka b in c 2. odstavka 9. člena), izjemno nedoločna in široka, saj inkriminira dejanja, ki lahko pomenijo vzpodbujanje in zapeljevanje otrok k možni prihodnji »bolj kriminalni« aktivnosti. Dvomljivo je, če takšna inkriminacija ustreza temeljnim načelom kazenskega prava o zakonitosti in določnosti ter omejenosti kazenske represije. Potrebno pa je priznati, da

⁷⁶ Slovenska različica Konvencije je v c) točki 2. odstavka 9. člena nerazumljiva. Na primer v angleščini se 2. odstavek 9. člena glasi:

For the purpose of paragraph 1 above, the term "child pornography" shall include pornographic material that visually depicts:

- a a minor engaged in sexually explicit conduct;
- b a person appearing to be a minor engaged in sexually explicit conduct;
- c realistic images representing a minor engaged in sexually explicit conduct.

⁷⁷ Po paragrafu 93 in 102 Pojasnilnega poročila h Konvenciji o kibernetiski kriminaliteti.

je konvencijska definicija neobvezna in si države pogodbenice lahko pridržijo pravico, da takšnega gradiva ne inkriminirajo (4. odstavek 9. člena Konvencije).

Okvirni sklep o boju proti spolnemu izkoriščanju otrok in otroški pornografiji opredeljuje otroško pornografijo enako kot Konvencija.⁷⁸ Vendarle pa določa pomembne izjeme (2. odstavek 3. člena):

(a) glede osebe, za katero se zdi, da je mladoletnik: če je dejansko stara 18 let ali več v času slikovnega prikaza;

(b) kadar se, v primeru izdelovanja in posedovanja, ko so slike otrok, ki so dosegli starost, ko lahko pristanejo na spolnost, narejene in v posesti z njihovim pristankom in izključno za njihovo osebno rabo;

(c) glede virtualne otroške pornografije: če je pornografsko gradivo izdelal in ga ima v posesti izdelovalec izključno za svojo osebno rabo, če to ne predstavlja tveganja za nadaljnje razširjenje gradiva.

Izjeme Okvirnega sklepa so nadvse primerne, kljub temu, da v celoti ne odpravljajo težav povezanih z virtualno otroško pornografijo. Podobno je otroško pornografijo definiral tudi *Child Pornography Prevention Act* v ZDA (1996), katerega ustavnost je presojalo Vrhovno sodišče v primeru *Ashcroft proti Free Speech Coalition*.⁷⁹ Os tega ustavnega spora je bilo naposled ravno vprašanje, ali definicija otroške pornografije, ki vključuje »osebo, ki zgleda« (»*appears to be a minor*«), da je mladoletnik, ki sodeluje v spolno eksplicitnem dejanju, krši prvi amandma k ustavi (svobodo govora)? Poglejmo vladne argumente za ustavnost prepovedi virtualne otroške pornografije in odgovore Vrhovnega sodišča:

- otrokom povzroča posredno škodo, ker lahko vodi v zlorabe otrok: argument je sodišče zavrnilo, ker je vzročna zveza posredna in kontingentna;
- predstavlja stremljenje k prepričevanju (»*tendency to persuade*«) občinstva k izvrševanju kaznivih dejanj: sodišče je argument zavrnilo, ker to ni zadosten razlog in predstavlja le oddaljeno zvezo med svobodnim govorom, ki lahko spodbudi k mislim in impulzom in vodi v zlorabe otrok;

⁷⁸ Člen I, Opredelitve

(b) »otroška pornografija« pomeni pornografsko gradivo, ki slikovno prikazuje ali predstavlja:

- (i) resničnega otroka, ki sodeluje ali je vključen v nedvoumno spolno dejanje, vključno z opolzkim razkazovanjem splovil ali otrokovih intimnih delov; ali
- (ii) resnično osebo, ki zgleda kot otrok, ki sodeluje ali je vključen v dejanje, omenjeno v (i); ali
- (iii) realistične podobe neobstoječega otroka, ki sodeluje ali je vključen v dejanje, omenjeno v (i).

⁷⁹ *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 122 S. Ct. 1389 (2002).

- tovrstno gradivo predstavlja del vladnega boja zoper trg z otroško pornografijo: sodišče je argument zavrnilo, ker trg z virtualno otroško pornografijo očitno obstaja vzporedno in neodvisno od trga stvarne otroške pornografije, zato izničenje trga virtualne pornografije ne bi v ničimer vpliv na njegov obstoj;
- kazenski pregon oseb, ki zlorablajo otroke za izdelavo (stvarne) otroške pornografije je onemogočeno, ker so virtualne podobe popolnoma realistične: sodišče je tudi ta argument zavrnilo, saj vlada s tako široko inkriminacijo skuša prevaliti dokazno breme na obdolženega.

Vrhovno sodišče je tako razveljavilo neustavne določbe o inkriminaciji virtualne otroške pornografije, ker so bile preširoke in so kršile svobodo govora in dejansko kriminalizirale misli.

Kazniva ravnanja v zvezi s kibernetško otroško pornografijo

Oblikovanje izvršitvenih ravnanj v zvezi z kibernetško otroško pornografijo je drug izziv, ki ga pred kazensko pravo postavlja tehnološko prepleteno svetovno omrežje in digitalna tehnologija. Konvencija Sveta Evrope o kibernetški kriminaliteti inkriminira »izdelovanje«, »ponujanje« ali »omogočanje«, »razširjanje« ali »prenašanje«, »zagotavljanje« in »posedovanje« otroške pornografije (točke a do e 1. odstavka 9 člena). Okvirni sklep Sveta EU 2004/68/PNZ o boju proti spolnem izkoriščanju otrok in otroški pornografiji inkriminira naslednja izvršitvena ravnanja: »izdelovanje«, »dostavljanje«, »razširjanje« in »posredovanje«, »oskrbovanje« ali »omogočanje dostopnosti«, »pridobitev« ali »posedovanje« otroške pornografije (točke a do d 1. odstavka 3. člena).

Omenili smo že dileme povezane z izdelovanjem otroške pornografije, ki ga omogočajo specialna programska orodja. Okvirni sklep o boju proti spolnem izkoriščanju otrok in otroški pornografiji je v tem delu razumnejši od Konvencije o kibernetški kriminaliteti in dopušča izdelovanje (in posest) določene vrste kibernetške otroške pornografije (pod nadaljnjim pogojem, da gre izključno za izdelovalčevo osebno rabo.

Nadaljnja problematika izvršitvenih ravnanj pa se kaže v nezmožnosti enoznačne in nevprašljive opredelitve »ponujanja«, »omogočanja dostopa«, »zagotavljanja« in »posedovanja« otroške pornografije v/po kibernetškem prostoru. Več smo o tem pisali zgoraj v poglavju »Pripomočki namenjeni za kaznivo dejanje, povezano z integriteto

informatijskega sistema in podatkov«, kjer smo prikazali probleme nastale spričo mrežne povezanosti informacijskih sistemov in načine delovanja informacijske tehnologije. Na tem mestu zgolj dodaten argument, da je nalaganje dodatnih dolžnostnih ravnanj uporabnikov neprimerno. Bistvo sodobne informacijske tehnologije je ravno uporaba sodobnih informacijskih sistemov (terminalskih naprav) zgolj »na površini«: uporabniku ni potrebno poznati programskega računalniškega jezika, temveč uporablja programsko opremo, ki mu omogoča drsenje »po površini«. Pri tako razumljeni uporabi sodobne tehnologije, ki v veliki meri deluje samodejno, se tako pokaže, da se inkriminacije »razširjanja«, »posredovanja«, »zagotavljanja« lahko problematične, če jih ne spremljajo dodatni znaki (na primer, da je kaznivo dejanje lahko strojeno izključno z direktnim naklepom). Enak problem se kaže tudi pri »posesti« spornih gradiv in naprav, o čemer je bilo že več diskusije na drugem mestu.⁸⁰

Sklep

Analiza stanja kibernetске kriminalitete je zaradi nenehno razvijajoče se informacijske tehnologije in kriminalnih dejavnosti praktično nemogoča. V prispevku ni obravnavanih številnih perečih situacij, ki bi si v enaki meri zaslužile podrobno kazenskopravno analizo, kot na primer napadi na t. i. kritično informacijsko infrastrukturo, okužene mreže (*botnet*), neželena elektronska pošta, ki grozi da bo ohromila elektronsko komunikacijo, kraja identitete, ki je sicer v nekaterih vidikih sorodna goljufiji, a ima nekatere posebnosti itd.

Materialno kazensko pravo lahko kljub nemožnosti natančne in zanesljive analize stanja opredeli informacijski sistem in elektronska komunikacijska omrežja ter podatke, ki so shranjeni ali posredovani v njih, kot (nov) objekt kazenskoprnega varstva. Sistem kibernetškega kazenskega prava še ni izdelan, čeprav bi bilo spričo negotovosti ali posamezna (deviantna) ravnanja zahtevajo kazenskopravno intervencijo in kakšno, to v bodoče potrebno storiti. Ta negotovost pa trenutno ne pomeni, da kazenskopravni sistem »zaostaja« ali »ne reagira« tam, kjer bi moral. Nasprotno, zaradi odsotnosti sistematične analize ogrožanj informacijskih sistemov in elektronskih komunikacijskih omrežij, ter odsotnosti razumevanja narave delovanja informacijskih tehnologij in globalnega omrežja, smo danes priča prekomerni reakciji kazenskoprnega reagiranja. Ta pretirana reakcija se v veliki meri izteka

⁸⁰ O posesti otroške pornografije je v okviru tega Ciljnega raziskovalnega programa pripravil doc. dr. Matjaž Ambrož; glej njegov prispevek »Okvirni sklep Sveta EU o boju proti spolnemu izkoriščanju otrok in otroški pornografiji in spremembe slovenske kazenske zakonodaje: vprašanje inkriminacije posesti otroške pornografije«.

v ugotovitev, da se aktivnosti v »virtualnem svetu« obravnava strože kot njihove ekvivalente v »resničnem svetu« oziroma, da se ne upošteva njihove specifične narave, ki jo je prinesla digitalizacija in svetovni informacijski mrežni sistem ter se jih poskuša umestiti na »Prokrustovo posteljo« obstoječih doktrinarnih rešitev.

LITERATURA

- Ambrož, M. (2007). Council framework decision on combating the sexual exploitation of children and child pornography and the Slovenian criminal law. V: Tomášek, M. *et al.* (ur.), **European law and national criminal legislation**. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta (Sborníky, 33), s. 140-151.
- Wiebe, A. (2007). **Legal Informatics and Information Law as a legal discipline**. Po URL: <http://www2.wu-wien.ac.at/informationsrecht/lexinformatica/>, 6.7.2007.
- Ashenden, D. (2002). Cyber Terrorism and the Threat to Critical National Infrastructures. **Intersec**, let. 12, št. 11/12, s. 366-368.
- Bavcon L.; Šelih, A. (1996). **Kazensko pravo – splošni del**. Ljubljana: ČZ Uradni list Republike Slovenije.
- Bavcon, L.; Šelih, A.; Filipčič, K.; Jakulin, V.; Korošec, D. (2003). **Kazensko pravo - splošni del**. Ljubljana: Uradni list RS.
- Brvar, B. (1982). Pojavne oblike zlorabe računalnika. **Revija za kriminalistiko in kriminologijo**, let. 33, št. 2. 92–104, s. 92.
- Deisinger, M. (2002). **Kazenski zakonik s komentarjem. Posebni del**. Ljubljana: GV Založba.
- Marzouki, M. (2007). **ENDitorial: The 2001 CoE Cybercrime Convention More Dangerous Than Ever**. Po URL: <http://www.edri.org/edriagram/number5.12/cybercrime-convention-dangerous>, 1.9.2007.
- Explanatory Report to the Convention on Cybercrime (ETS No. 185). Vir: URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/185.htm>, 15.9.2007.
- Formenti, C.; Guerzoni, G.; Mansani, L.; Meo, A. R. (2005). **Ne-ekonomija: Digitalna ekonomija in paradoksi intelektualne lastnine**. Ljubljana: Krtina (Knjižna zbirka Krt; 135).
- Franchin, F.; Monnet, R. (2005). **Le business de la cybercriminalité**. Paris: Hermes Sciences, Lavoisier.
- G-8 Conference on Cyber Crime. Dostopno na URL: <http://www.ambafrance-us.org/news/statmnts/2000/g8.asp>, 1.9.2007.

- GILC (2000). **Eight Reasons the International Cybercrime Treaty Should be Rejected**. Vir: URL: <http://www.gilc.org/>, 1.9.2007.
- Grabosky, P. (2001). Computer Crime: A Criminological Overview. V: **Forum on Crime and Society**, let. 1, št. 1. New York: United Nations Publications, s. 35–53.
- Jakulin, V. (1996). **Kazenskopravni vidiki računalniškega piratstva**. Po URL: <http://www.ius-software.si>, 20.8.2007.
- Karstedt, S.; Farrall, S. (2006). The Moral Economy of Everyday Crime: Markets, Consumers and Citizens. **British Journal of Criminology**, let. 46, št. 6, s. 1011–1036.
- Klemenčič, G. (2007). Kibernetski kriminal. V: Bogataj Jančič, M. *et al.*, **Pravni vodnik po internetu**. Ljubljana: GV Založba, s. 329-360.
- Kumar Katyal, N. (2001). Criminal Law in Cyberspace. **University of Pennsylvania Law Review**, 149, april, s. 1003.
- Lessig, L. (2005). **Svobodna kultura. Narava in prihodnost ustvarjalnosti**. Ljubljana: Krtina.
- Lewis, T. G. (2006). **Critical Infrastructure Protection in Homeland Security**. Hoboken: Wiley-Interscience.
- Meller, P. (2007). **Cyberwar: Russia vs Estonia**. Vir: URL: <http://www.crime-research.org/articles/Cyberwar-Russia-vs-Estonia/>, 3.6.2007.
- Ouimet, M. (2006). Réflexions sur internet et les tendances de la Criminalité. **Criminologie**, let. 39, št. 1, s. 7-21.
- Pahor, D. *et al.* (2002). **Leksikon računalništva in informatike**. Ljubljana: Pasadena.
- Pattavina, A., eds. (2004). **Information Technology and the Criminal Justice System**. Thousand Oaks, London, New Delhi: Sage.
- Pollock, R. (2006). **P2P, Online File-Sharing, and the Music Industry**. Vir URL: http://www.rufuspollock.org/economics/p2p_summary.html, 30.5.2007.
- Popa, B. (2007). **Google Attacked by Hackers!** Vir: URL: <http://news.softpedia.com/news/Google-Attacked-By-Hackers-52718.shtml>, 23.4.2007.
- Posey, J. (2005). **Child Pornography: Is it so bad?** Vir: URL: <http://pedowatch.com/porn.htm>.

- Reimer, J. (2007). **FBI: Over one million computers working for botnets.** Vir URL: <http://arstechnica.com/news.ars/post/20070614-fbi-over-one-million-computers-working-for-botnets.html>, 3.10.2007.
- Reimer, J. (2007). **Botnet attack targeting eBay and its users, compromising accounts.** Vir: URL: <http://arstechnica.com/news.ars/post/20070906-botnet-attack-targeting-ebay-and-its-users-compromising-accounts.html>, 3.10.2007.
- Ropelato, J. (2005). **Internet pornography statistics.** URL: <http://internet-filter-review.toptenreviews.com/internet-pornography-statistics.html>).
- Rowan, D. **Britain is flooding the world with spam.** Vir: URL: <http://www.timesonline.co.uk>, 27.4.2006.
- Sajovic, B. (1994). **Osnove civilnega prava. Stvarno pravo I.** Ljubljana: Časopisni zavod Uradni list RS.
- Schell, B. H. *et al.* (2007). Cyber Child Pornography: A review paper of the social and legal issues and remedies – and a proposed technological solution. **Aggression and Violent Behaviour**, let. 12, št. 1, s. 45-63.
- Singh, M.; Singh, S. (2007). Cyber Crime Convention and Trans Border Criminality, **Masaryk University Journal of Law and Technology**, let. 1., št. 1., s. 60-61.
- Slovenski slovar informatike. Vir: URL: <http://www.islovar.org>.
- Stallman, R.; Lessig, L., avtor dodatnega besedila; Gay, J., ur. (2002). **Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman.** Boston, MA: Free Software Foundation.
- Tičar, K.; Makarovič, B. (2007). Udeleženci internetne komunikacije. V: Bogataj Jančič, M. *et al.*, **Pravni vodnik po internetu.** Ljubljana: GV Založba, s. 255-318.
- U.S. Department of Justice: Computer Crime and Intellectual Property Section. **Po Frequently Asked Questions and Answers About the Council of Europe Convention on Cyber-crime.** Dostopno na URL: <http://www.cybercrime.gov/COEFAQs.htm#Q11>, 12.6.2007.
- Wall, D. S. (2004). The Internet as a Conduit for Criminal Activity. V: Pattavina, A. (eds.), **Information Technology and the Criminal Justice System.** Thousand Oaks, London, New Delhi: Sage, s. 77-98.

- Williams, M. (2006). **Virtually Criminal: Crime, Deviance and Regulation Online**. London, New York: Routledge.

Pravni viri:

Kazenski zakonik (KZ) (Uradni list RS, št. 63/94, 70/94, 23/99 in 40/04).

Komunikacija Komisije Svetu, Evropskemu parlamentu, Ekonomsko-socialnemu odboru in Odboru regij: Ustvarjanje varne informacijske družbe z izboljšanjem varnosti informacijske infrastrukture in bojem proti kriminaliteti, povezani z računalniki (COM(2000) 890 final).

Konvencija Sveta Evrope o kibernetiski kriminaliteti (Zakon o ratifikaciji Konvencije o kibernetiski kriminaliteti in Dodatnega protokola h Konvenciji o kibernetiski kriminaliteti, ki obravnava inkriminacijo rasističnih in ksenofobičnih dejanj, storjenih v informacijskih sistemih (MKKKDP), Uradni list RS-MP, št. 17/04, RS-MP 2/05.).

Okvirni sklep Sveta EU 2005/222/PNZ z dne 24. februarja 2005 o napadih na informacijske sisteme (Uradni list Evropske Unije L 69, 16/03/2005, s. 67-71.).

Predlog Direktive Evropskega parlamenta in sveta o kazenskih ukrepih za zagotavljanje uveljavljanja pravic intelektualne lastnine (KOM(2005)276 končno, 2005/0127(COD), 12.7.2005).

Predlog Okvirnega sklepa Sveta za okrepitev kazenskega okvira za preprečevanje kršitev intelektualne lastnine (KOM(2005)276 končno, 2005/0128(CNS), 12.7.2005).

Pravilnik o radijski in telekomunikacijski terminalski opremi (R&TTE) (Uradni list RS, št. 77/01 in 40/03).

Priporočilo Sveta EU z dne 25. junija 2001 o 24-urni kontaktni službi za boj proti kriminaliteti visoke tehnologije (OJ C 187 z dne 3.7.2001).

Spremenjeni predlog Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o kazenskih ukrepih za zagotavljanje uveljavljanja pravic intelektualne lastnine (KOM(2006)168 končno, 2005/0127(COD), 26.4.2006.)

United Nations Manual on the Prevention and Control of Computer-Related Crime, 4 U.

N. Doc. ST/ESA/SER.M/43-44, U. N. Sales No. E.94.IV.5. Vir URL:

<http://www.uncjin.org/Documents/EighthCongress.html#congress>, dostop dne 1.9.2007.

- Zakon o avtorski in sorodnih pravicah (ZASP) (Uradni list RS, št. 21/1995, 9/2001, 30/2001, 43/2004, 17/2006, 114/2006, 139/2006, 16/2007-UPB3)
- Zakon o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu (ZEPEP) (Uradni list RS, št. 57/2000, 30/2001, 25/2004, 73/2004, 61/2006).
- Zakon o elektronskem poslovanju na trgu (ZEPT) (Uradni list RS, 61/2006)
- Zakon o elektronskih komunikacijah (ZEKom) (Uradni list RS, št. 43/2004, 86/2004, 129/2006, 13/2007 ZEKom-UPB1).
- Zakon o industrijski lastnini (ZIL-1) (Uradni list RS, št. 45/2001, 96/2002, 37/2004, 20/2006, 51/2006-UPB3).
- Zakon o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja (ZOPOKD) (Uradni list RS, št. 59/99, 12/00, 50/04, 98/04-UPB1).
- Zakonodajna resolucija Evropskega parlamenta z dne 25. aprila 2007 o spremenjenem predlogu Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o kazenskih ukrepih za zagotavljanje uveljavljanja pravic intelektualne lastnine (KOM(2006)0168 – C6-0233/2005 – 2005/0127 (COD)).