

Razumeti nepravo opustitveno kaznivo dejanje

Stare kazenskopravne dileme ob novih problemih umetne inteligence

1. Uvod¹

Neprava opustitvena kazniva dejanja so temeljna izvršitvena oblika kaznivih dejanj, pri katerih je bistveni del neprava ravnanja neizpolnitev posebne dolžnosti ravnanja, ki ni neposredno določena v načeloma storitveno oblikovani določbi posebnega dela materialnega kazenskega prava.² Razkorak med dolžnostjo ravnanja, ki je rezultat samostojno oblikovane dogmatike garantnih dolžnosti, ter storitvenim opisom kaznivega dejanja je

* *Študent I. stopnje študija Pravne fakultete Univerze v Ljubljani, petersu.jr@gmail.com.*

** *Redni profesor na katedri za kazensko pravo, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, damjan.korosec@pf.uni-lj.si.*

¹ Razprava temelji na raziskovalnem delu soavtorjev na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani v okviru manjšega temeljnega raziskovalnega projekta Razvoj in uporaba umetne inteligence v luči negativnih in pozitivnih obveznosti države zagotavljati pravico do življenja (J5-3107), ki ga sofinancira Javna agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije. Avtorja sta si delo na prispevku razdelila takole: prvonavedeni je samostojni avtor razdelkov 1, 2, 3.1, 4 in 5; drugonavedeni pa je samostojni avtor razdelka 3.2.

² S tem moramo kategorično šteti, da dolžnost ravnanja spada v element biti kaznivega dejanja, saj šele sporoča, katera »pasivna« ravnanja so sploh kazenskopravno relevantna in tvorijo nepravno kvaliteto dogajanja, kar je drugače kot stališča nekaterih avtorjev v nemški doktrini, zlasti Hansa Welzla ter Armina Kaufmanna. Glej natančneje Roxin, 1970, str. 31–33; in Freund, 1998, str. 179.

eno najmanj razjasnenih poglavij splošnega in posebnega dela sodobnega kazenskega prava,³ razglašeno celo za »temačno«.⁴

Odraž tega zahtevnega trka med načeli zakonitosti, kriminalitetne politike in gole pravičnosti⁵ je jezikovno-logično nezadovoljivo brušen⁶ tretji odstavek 17. člena Kazenskega zakonika (KZ-1).⁷ Ta najprej poudarja, da gre v urejanem primeru za opustitveno kazni-vo dejanje, ki kot tako v zakonu »ni določeno«, kar pomeni, da zapoved določenega ravnanja samo z jezikovno razlago iz dane določbe posebnega dela ne izhaja.⁸ Izpeljava zapovedne norme in širše lastnosti, ki jih mora opustitveno ravnanje izpolnjevati, da je lahko štet kot vrednostno zajeto v načeloma storitveno oblikovani biti kaznivega dejanja, je jedro zahtevnega razlagalnega postopka, ki podaja te pogoje na splošni in abstraktni ravni. Teorija ga označuje kot »problem enakovrednosti« (nem. *die Gleichstellungsproblematik*).⁹

Ob spoznanju relativne nezadostnosti jezikovne kot temeljne metode razlage v pravu je za rešitev problema enakovrednosti kot glavni cilj pričujočega prispevka metodično ključna pojmovna izgradnja bistva opustitvenega ravnanja nasploh in ožje abstraktnega koncepta, ki enovito povezuje temeljne elemente dejanskega stanu nepravega opustitvenega kaznivega dejanja. Le s to pojmovno izgradnjo lahko ustrezno razložimo zahtevane pogoje »enakovrednosti« med storitvenim in opustitvenim ravnanjem znotraj opustitvene odprte norme.¹⁰

³ To velja tudi ali celo še zlasti za slovensko kazenskopravno teorijo. V predgovoru k monumentalnemu komentarju posebnega dela Kazenskega zakonika Korošec (v: Korošec, Filipčič in Zdolsek (ur.), 2018, str. 23) celo resignirano oceni: »Izostrena prepoznavna možnost neprave opustitvene izvršitvene oblike posameznih izvršitvenih ravnanj kot da se izmika slovenski (kazensko)pravni kulturi.« Zato razprava metodološko v temelju izhaja iz primerjalnopravne analize razlage obravnavanega instituta v nemški kazenskopravni teoriji, zlasti tamkajšnjih monografskih delih in doktorskih disertacijah. Prav iz nemške teorije in zakonodajne zgodovine namreč institut nepravega opustitvenega kaznivega dejanja sploh izvira in je tam nadrobno obravnavan. Kljub temu si prispevek prizadeva najprej razviti temeljne rešitve in zlasti splošni koncept razumevanja (nepravih) opustitvenih kaznivih dejanj, ki presega posebnosti različnih veljavnih pravnih sistemov, in ga v nadaljevanju ponazoriti na temelju slovenskega kazenskopravnega sistema.

⁴ Pomenljiv izraz po Roxin, 2003, str. 2003. Prim. Herzberg, 1972, str. 6; in Gimbernat Ordeig, 1999, str. 307.

⁵ Herzberg, 1972, str. 6.

⁶ Korošec, 2010, str. 165.

⁷ Uradni list RS, št. 55/08 do 186/21.

⁸ Stratenwerth in Kuhlen, 2011, str. 277–278; Jakobs, 1991, str. 780; Welzel, 1969, str. 202; in Stree, v: Schönke in Schröder (ur.), 2019, komentar § 13 StGB, robna št. 137.

⁹ Rudolphi, 1966, str. 51; prim. tudi Welp, 1968, str. 18.

¹⁰ Z opustitveno odprtostjo norme v nadaljevanju razumemo možnost kršitve norme najprej s storitvenim ravnanjem kot tudi z opustitvenim ravnanjem, iz česar izhaja bistvena razlika v primerjavi z nujnimi storitvenimi (kompulzivno komisivnimi) kaznivimi dejanji na eni in praviimi opustitvami na drugi strani. Glej Herzberg, 1972, str. 22; in Roxin, 2003, str. 633.

Iskanje osrednje miselne predstave za institut nepravega opustitvenega kaznivega dejanja, ki podaja prehodni most ob napolnjevanju tretjega odstavka 17. člena KZ-1 v konkretnem primeru in opustitveno dvoumnimi opisi posebnega dela, torej načeloma staro problematiko splošnega dela materialnega kazenskega prava, bo v tej razpravi potekalo ob konkretizaciji z najsodobnejšimi najspornejšimi primeri razmejitve med storitvenimi in opustitvenimi ravnanji, zlasti na področju za človeka smrtonosnih aktivnih prekinitev reševalnih potekov ter povezanih kršitev dolžnosti pri upravljanju s tehnično zapletenimi napravami, podprtimi z umetno inteligenco.

2. Metodološka pot rešitve problema enakovrednosti

2.1. Razmerje med institutom nepravih opustitev ter jezikovno razlago kazenskopравnih določb

Pravno najpriljubljenejši pristop na stezi do prepričljivega sklepa je izhajanje iz trdnega besednega pomena izrazov,¹¹ ki so uporabljeni v pravnih določbah, kar je sploh na področju kazenskega prava ustavnopravno zapovedana dragotina.¹² Tako naj bi razlaga kazenskopравnega predpisa v posebnem delu izhajala iz predmetne urejenosti relevantnega instituta v splošnem delu, v našem primeru temeljnih predpostavk posebnega opustitvenega neprava v storitvenem opisu kaznivega dejanja iz tretjega odstavka 17. člena KZ-1, in konkretizacije teh pogojev na temelju jezikovne razlage določb posebnega dela. Vendar prav odnos med jezikovno razlago ter institutom nepravih opustitev prikaže slednjega v vsej njegovi, na prvi pogled protislovni naravi. Institut je namreč odraz zasledovanja smiselnih generalnoproventivnih učinkov s kazenskopравnim sankcioniranjem in odzivanjem na kršitve dolžnostnih ravnanj, kjer predpisane pravne posledice na »matičnih«, ožjih pravnih področjih (kriminalitetnopolitično) ne zadostujejo,¹³ ob zavedanju, da celovit prikaz takih dolžnosti presega zakonodajnotehnične možnosti določnega in jasnega zapisa v enem pravnem aktu.¹⁴ Hkrati natančna opredelitev tega razmerja ponuja uvid v dokončno opredelitev tega instituta.

Tako začetno izhajanje iz jedra izrazov, ki označujejo kaznivo izvršitveno ravnanje v določbah posebnega dela KZ-1, sporoča, da je na posameznih mestih vsebovan zelo jasno zamejen abstraktni koncept, ki se izrecno in izključno nanaša na opustitvena ravnanja. »Kdor pusti koga brez pomoči [...]«,¹⁵ zavoljo ponazoritve, nedvoumno sporoča sank-

¹¹ Larenz in Canaris, 1995, str. 141.

¹² Prvi odstavek 28. člena Ustave Republike Slovenije (URS), Uradni list RS, št. 33/91-I do 92/21.

¹³ Prim. Schünemann, 1971, str. 223, ki v tej zvezi širše govori o sekundarni naravi kazenskega prava; Pawlik, 2011, str. 931.

¹⁴ Nitze, 1989, str. 108; Rudolphi, 1966, str. 86; in Bärwinkel, 1968, str. 50.

¹⁵ Prvi odstavek 128. člena KZ-1.

cioniranje kršitve zapovedne norme, torej opustitvenega ravnanja na ravni sekundarne hipoteze kazenskopravne norme.¹⁶ Toda v tem in drugih abstrahiranih primerih gre za pravo opustitveno kaznivo dejanje,¹⁷ za kar gre (načeloma) tudi takrat, ko je alternativna oblika izvršitvenega ravnanja izključno opustitvena in je postavljena poleg storitvene oziroma opustitveno odprte dispozicije.¹⁸ Pravniški sklep, ki se z zaslombo na razlagalni argument *a contrario* zelo vabljivo ponuja, je, da vsa druga opustitvena ravnanja, naj njihova kršitev vzbuja še tako veliko socialno-etično grajo, ne morejo biti podvržena kazenskopравниh sankcijam.¹⁹ Vendar bi tak sklep bil v odkritem nasprotju z določbo tretjega odstavka 17. člena KZ-1, ki našemu podvzemu sploh daje zahtevano ustavno-pravno legitimnost. Ob upoštevanju, da se vsakršen koncept zapovedi reševalnega ravnanja zaradi svoje odvisnosti od konkretnih okoliščin in možnosti tehnično učinkovitega ravnanja²⁰ vsaj deloma izogiba celoviti abstraktni jezikovni zajetosti, pa je v skupnem stališče po metodi *a contrario* povsem nevzdržno.²¹ Po drugi strani pa razmerje podredljivosti med besednim pomenom izrazov za (načeloma storitvena) izvršitvena ravnanja in najbolj zavržnimi opustitvenimi ravnanji ni več povsem enoznačno.²² Kljub vsemu v teh primerih, v katerih jezikovna razlaga nudi možne nastavke, se ti ne izlijejo v dokončen razumen sklep, saj ni nikakršnih pravno utemeljenih meril za razmejitve med posameznimi dolžnostnimi ravnanji, temveč gre praviloma zgolj za odraz spreminjajočih se moralnih vrednotenj, zaradi česar so možni pojmovni odtenki splošnega jezika nasploh nezadosten

¹⁶ Korošec, v Korošec idr. (ur.), 2018, str. 493; natančneje Korošec, 2000, str. 5.

¹⁷ Bosch, v: Schönke in Schröder (ur.), 2019, komentar § 13 StGB, robna št. 1a.

¹⁸ Na primer »[A]li kdor se na zahtevo upravičenca od tam ne odstrani« iz prvega odstavka 141. člena KZ-1. Tako Weigend, v: Cirener idr. (ur.), 2020, komentar § 13 StGB, robna št. 12; Jakobs, 1991, str. 779; Nitze, 1989, str. 133; Welzel, 1969, str. 202; in Korošec, 2000, str. 5; drugače Roxin, 2003, str. 633 in v domači literaturi Novoselec in Karakaš, v: Šepc (ur.), 2021, str. 255. Zadnje navedena avtorja izhajata iz tega, da so nepravne opustitve kot institut navezane na kazniva dejanja, izvršljiva tako v storitvi kot tudi v opustitvi, kar pa po tu zastopanem stališču ne more držati za opustitveno oblikovan alternativen opis, ki je, če nanj gledamo kot na določeno ožjo celoto znotraj zakonskega opisa kaznivega dejanja, nujno izvršljiv samo v opustitvi, storitvene različice pa ne prenese. Poleg tega je vprašljivo, kakšen pomen naj ima uporaba 17. člena za razlago teh opustitvenih alternativ, če, kot priznava sama avtorja, ključen pogoj garantne dolžnosti, izpeljan iz garantne dogmatike, sploh »ni pomemben«. Zato štejemo koncept »zakonsko reguliranega nepravlega opustitvenega kaznivega dejanja« za neustreznega.

¹⁹ V francoskem pravnem redu se miselni tok na tej točki, primerjalnopravno razmeroma osamljeno, tudi ustavi in priznava kaznivost zgolj v zakonu celovito urejenih opustitvenih ravnanj. Glej Schrägle, 2016, str. 44; in Jescheck, 1965, str. 12.

²⁰ Phillips, 1974, str. 66.

²¹ Schünemann, 1971, str. 52.

²² Prav tam, str. 46; smiselno tudi Herzberg, 1972, str. 174. Obširneje o tem vprašanju glej Vogel, 1993, str. 98–99.

temelj za pravno razlago v teh primerih.²³ Zato je tudi razlaga s sklepanjem po analogiji, v tem primeru po analogiji *intra legem*, v smislu prenašanja skupnih vrednostnih meril storitvenega in opustitvenega ravnanja,²⁴ sama za sebe neprepričljiva, saj je prav obstoj tega nedvoumnega skupnega vrednostnega temelja (*tertium comparationis*), prek jezikovno posredovanih konceptov, vprašljiv.²⁵

Glede na povedano lahko vsaj dokončno zamejimo raziskovani pravni pojav z besedami, da so nepravna opustitvena kazniva dejanja izvršitvena oblika tistih kaznivih dejanj, pri katerih iz zakonskega opisa prepovedanega ravnanja izhajajo, da so primarno izvršljiva na storitven način in da izvršitev v opustitveni obliki ni niti neposredno (jezikovno) podredljiva opisu izvršitvenega ravnanja niti ni izključena.²⁶

2.2. Razmišljanje na podlagi »narave stvari«

Hkrati je posamična uporaba namenske in sistematične metode razlage na področju nepravih opustitev ob očitni odsotnosti želenega vodila s strani jezikovne razlage večinoma neprepričljiva, že v samem izhodišču v nekakšni slepi ulici brez prave ciljne točke, zaradi tega arbitrarna in na koncu izhajajoča predvsem iz vrednostnih prepričanj razlagalca.²⁷ Za prepričljivo rešitev problema enakovrednosti na zadosti abstraktni ravni določbe posebnega dela v povezavi s tretjim odstavkom 17. člena KZ-1 in posledično KZ-1 kot celovit normativni sistem zakonodajnega urejanja nepravih opustitev ne dajejo zadostne podlage za pravno rešitev z uporabo klasičnih metod razlage v pravu.²⁸

S tem je očitno, da smo v pravno nezavidljivem položaju, kjer se postavljajo upravičena vprašanja o možnosti razumnega pravnega spoznanja na področju nepravih opustitev

²³ Nickel, 1972, str. 29; in Schünemann, 1971, str. 47.

²⁴ Nasprotno Kaufmann, 1965, str. 42.

²⁵ Prim. Pavčnik, 2017, str. 399.

²⁶ Prim. Roxin, 2003, str. 633.

²⁷ Kot tipični primer širše zastavljene teleološke razlage obravnavanega instituta naj služi zlasti Bärwinklovo (1968, str. 91 in nasl.) izhajanje iz vrednote skupnega dobrega in kazenskopravno relevantnih družbenih vlog pri razlagi instituta nepravih opustitev.

²⁸ Pri tem je izrazito sporno, kakšne nastavke za teoretično razlago pogojev za kaznivost nepravih opustitev daje klavzula enakega pomena v tretjem odstavku 17. člena KZ-1 in ali že kar sama po sebi daje podlago za v nadaljevanju uporabljeno metodo razmišljanja na podlagi narave stvari. Kljub novjšim prizadevanjem Larsa Bersterja, da se klavzula enakega pomena postavi za središče razlagalnih prizadevanj za rešitev problema enakovrednosti, ki naj bi celo zahtevala neposredno primerjanje ontičnih struktur storitvenih in opustitvenih ravnanj, menimo, da bi taka razlaga povsem zgrešila hoteni namen in smisel klavzule enakega pomena, ki je v opozarjanju razlagalca na vpliv izrecno določenih znakov za izvršitveno ravnanje pri nepravih opustitvah. Glej Berster, 2014, str. 56 in nasl. Prim. tudi Schünemann, 1984, str. 304.

in skladnosti takega stanja z ustavnopravnim načelom zakonitosti v kazenskem pravu.²⁹ V nebo vpijoča problematika ni rešljiva samo s samostojnim izpeljevanjem posebnih dolžnostnih ravnanj glede na posebna kazenskopravna vrednotenja enovitosti pravnega sistema in vsebovanih dolžnostnih položajev. Ob dejstvu, da jezikovna razlaga ne posreduje sama po sebi pri tem institutu natančne zamejujoče vsebine, potrebujemo namreč še nujno predhodno ustrezen miselni koncept razumevanja nepravih opustitev na višji ravni abstraktnosti.³⁰ S takim miselnim konceptom lahko v nadaljevanju povežemo obstoječo pravno podlago in vrednotenja pravnega reda, izražena v dogmatiki garantnih dolžnosti, v prepričljivo in sklenjeno celoto. Hkrati se lahko opredelimo do drugih predpostavk za kaznivost nepravih opustitvenih izvršitvenih ravnanj na ravni biti kaznivega dejanja, tudi do pomena in načina prenašanja izrecnih znakov za izvršitveno ravnanje v posebnem delu na opustitveno izvršitveno različico. Ob skorajda nerešljivi zakonodajni uganki na tem področju potrebujemo za vir pravnega spoznanja širšo pravnoznanstveno metodo, ki zagotavlja dopolnjujoč razlagalni predmet za obstoječo normativno zgradbo. Slednjo lahko kot možen spoznavni predmet na višji ravni abstrakcije izpopolnimo ter dopolnimo z bistvom življenjskih razmerij, ki so s pravnimi predpisi nasploh povezana, v teh v določenem ožjem delu utelešena, od katerih predpisi v postopku uporabljanja sicer pridobijo relativno samostojnost, vendar na določeni meta ravni pravne razlage utegnejo zopet postati relevantni za podajanje uvida v smisel in bistvo pravnega instituta ter njegovo praznino obarvati z vsebino.³¹ S tem nikakor nimamo v mislih nekakšne sociološke obravnave empirično zaznavnih značilnosti obstoječih življenjskih razmerij, iz katerih izraste potreba po pravni urejenosti, ampak iskanje ter sprejemanje nevtralnega dostopnega bistva in biti življenjskih razmerij kot enakovrednega vira spoznanja za pravni pomen ter sklep. Opisano bi lahko najjasneje označili kot izhajanje iz v nemški pravni doktrini značnega koncepta narave stvari (nem. *Natur der Sache*), kot nenehno ustvarjanje in hkratno zajemanje pravega pomena, smisla danega pravnega instituta.³²

Brez ambicij po natančnejših opredeljevanjih pravno-filozofskih podrobnosti koncepta narave stvari lahko ugotovimo, da je rešilna bilka za rešitev problema enakovrednosti

²⁹ V nemški teoriji je sprejeto večinsko stališče, da primerljiva določba 13. člena, ki sicer ni brez resne kritike, daje ustavnopravno podlago za teoretično in sodno izgrajevanje primarnih dolžnosti ravnanja, ki jih razlagalec lahko poveže s prepovedano posledico v opisu posebnega dela kazenskega prava in je zato skladna za načelom zakonitosti v kazenskem pravu. Glej natančnejše Roxin, 2003, str. 637; Jakobs, 1991, str. 786–787, ki opozarja na splošnejšo naravo določb, ki se nanašajo na institute splošnega dela; kritično zlasti Schürmann, 1986, str. 187–188. Novejša dela si vsaj *de lege ferenda* prizadevajo za izrecno ureditev podskupin garantnih dolžnosti v splošnem delu kazenskega zakonika, glej von Coelln, 2008, str. 130–131.

³⁰ Prim. Schünemann, 1971, str. 229–231.

³¹ Prim. Kaufmann, 1965, str. 32.

³² Prim. Roxin, 2019, str. 22 in nasl; Schambeck, 1964, str. 64: »z naravo stvari razumemo naravne preddanosti pozitivnega prava na splošno, bistvo ali temelj danosti v posebnem« (prevedel P. Š.).

v mišljenjskem postopku, ki ga ta koncept posreduje. S tem razumemo v nadaljevanju za področje nepravih opustitev razlagalno opiranje in izhajanje iz ontoloških, predpravnih struktur, ki so podlaga za opojmitev, razumevanje ter subsumpcijo tipičnega dogodka v življenjski resničnosti kot opustitvenega ravnanja.³³ Če te predpravne strukture življenjskih razmerij s sistematično jezikovno označitvijo njihovih lastnosti ustrezno zajamemo, pridobimo ustrezen predmet, mišljenjski substrat, ki na področju nepravih opustitvenih kaznivih dejanj tako očitno manjka in na katerega v naslednji fazi raziskave priprimo kazenskopravna vrednotenja in norme, ki zamejujejo, natančneje določajo zahtevano konkretizacijo ontoloških lastnosti opustitvenega ravnanja pri njihovem urejanju na ravni instituta splošnega dela v okviru nepravih opustitev.³⁴ Ključna metodološka razlika v primerjavi z obstoječimi obravnavami nepravih opustitev, ki izhajajo iz koncepta narave stvari, in pričujočo obravnavo je v tem, da si ne prizadevamo najti skupnega vrednostnega temelja med storitvijo in opustitvijo nasploh,³⁵ iz česar naj bi izpeljali pravila pripisljivosti prepovedane posledice pri nepravih opustitvah. Iščemo namreč tiste lastnosti opustitvenih ravnanj, po katerih so ta bistveno različna (in ne vrednostno primerljiva) storitvenim kot nujno predhoden pojmovni aparat za rešitev problema enakovrednosti.

V skladu z zapisanim iskanje navedenega substrata, ideje in pojmovnega bistva opustitvenega ravnanja v nadaljevanju temelji:

1. na nastavkih, ki jih posreduje kazenskopravna teorija v spoznanjih in raziskavah v zvezi z elementom ravnanja kot najsplošnejšo snovjo kazenskopравnih vrednotenj;
2. na povezanih logičnih značilnostih norm, ki na sekundarni ravni sankcionirajo opustitvena ravnanja; in
3. z opazovanjem ter natančnim primerjanjem meril in možnosti razmejitev med opustitvenim ter storitvenim ravnanjem v najspornejših mejnih primerih (na primer v tem prispevku posebej izpostavljenih zdravstvenih postopkov in prekinitev vzdrževanja življenja pacienta s tehničnimi pripravami).

³³ V slovenski teoriji nekoliko drugače Pavčnik, 2013, str. 236–240.

³⁴ Metodološko podobno na področju nepravih opustitev Schünemann, 1971, str. 231; smiselno tudi Rudolphi, 1966, str. 92. Kritično o uporabi metode narave stvari pri razlagi instituta nepravih opustitev zlasti Brammsen, 1986, str. 70 in nasl.

³⁵ Tako na primer Kaufmann, 1965, str. 42.

3. Kazenskopравни pojem opustitvenega izvršitvenega ravnanja in njegove temeljne značilnosti

3.1. Analiza normativnih značilnosti opustitve znotraj ravnanja kot elementa splošnega pojma kaznivega dejanja

Splošni pojem ravnanja lahko opredelimo v kazenskopravnem smislu kot tisti dogodek v človekovem življenju, ki je substrat za kazenskopravno vrednotenje v njegovih treh elementih, izraženih v splošnem pojmu kaznivega dejanja, in ki ravnanju kot snovi pripišejo različne lastnosti, ki morajo biti izpolnjene za utemeljen izrek kazenskopravne sankcije v konkretnem primeru.³⁶ Pojem ravnanja v svojih najsodobnejših osebnostnih in socialnih koncepcijah zajema tako storitvena kot tudi opustitvena ravnanja³⁷ ter opozarja na njune temeljne razlike, ki se zrcalijo v potrebi po drugačni uporabi institutov splošnega dela kazenskega prava pri vsakem od obeh tipov izvršitvenega ravnanja v konkretnem primeru.³⁸ Storitve in opustitve kot obliki izvršitvenega ravnanja se najprej kažeta v različni oblikovanosti deontičnega operatorja (»ne sme« pri storitvah oziroma »mora« pri opustitvah) v normativnem sklopu, s katerim je posredovana še vsebina določenega ravnanja.³⁹ To pomeni, da je na ravni primarne pravne norme pri opustitvenih bitih določena aktivnost zapovedana, praviloma abstraktno prek cilja, ki naj bo dosežen,⁴⁰ ki je izražen v preprečitvi nastanka neprava uspeha, in kršitev primarne norme predstavlja opustitveno ravnanje kot opustitev zapovedanega ravnanja.⁴¹ Za izpolnitev opustitvene biti ni relevantno, kaj je storilec počel v časovnem oknu, ko je bila možna preprečitev nastanka prepovedane posledice,⁴² ampak se analiza historičnega dogodka omeji na trditve, da nečesa ni bilo, kar bi moralo biti, kar že na tej ravni presoje izključuje pasivnost kot tako kot odločujoče merilo za označbo bistva opustitve na sebi, temveč gre vedno za

³⁶ Roxin in Greco, 2020, str. 337–338; ter Jescheck in Weigend, 1996, str. 218.

³⁷ Bavcon idr., 2013, str. 161.

³⁸ Kot primer poskusa izpeljave pravnih posledic v zvezi z instituti splošnega dela na podlagi razlik med storitvijo in opustitvijo v nemški literaturi zlasti »načelo obratnosti« (nem. *Umkehrprinzip*) Armina Kaufmanna, ki je sicer predmet zelo resnih in premišljenih kritik. Pregledno o teoriji glej Vogel, 1993, str. 105–106.

³⁹ Prav tam, str. 34. Na številnih mestih avtorji opozarjajo na medsebojno logično izmenljivost zapovedne in prepovedne norme, na primer zapoved storitve je hkrati prepoved opustitve, vendar tu zaradi potrebne poenostavitve zapovedno normo v kazenskem pravu večemo na opustitveno ravnanje, prepovedno normo pa na storitveno izvršitveno ravnanje. Glej natančneje Ast, 2010, str. 18; in Sánchez-Vera, 1999, str. 89 in nasl.

⁴⁰ Phillips, 1974, str. 21.

⁴¹ Weinberger, 1988, str. 89.

⁴² Engisch, 1973, str. 174.

vrednotenje pasivnosti, pasivnosti v odnosu do nečesa.⁴³ Opustitveno ravnanje je torej vedno vrednostno vneseno kot hipotetično v historični dogodek⁴⁴ glede na konkretne okoliščine, omejeno in konkretizirano s tehnično možnimi alternativami ravnanj in je za dokončno opredelitev vedno situacijsko vezano, za razliko od storitvenih norm,⁴⁵ ki so značilno ali v vsaj večjem obsegu »univerzalne«. ⁴⁶ Pri opustitvah se torej z danostmi historičnega dogodka poveže pravno pričakovano, zahtevano hipotetično ravnanje s predvidenim učinkom preprečitve prepovedane posledice, kar je tudi ključni temelj za pripisljivost prepovedane posledice in jasno kaže na to, da je za pojem opustitvenega ravnanja bistveno to, kar bi lahko bilo, ki je čisto hipotetično so-mišljeno storitveno ravnanje, ki z dejstvom, da v historičnem dogodku ni bilo podvzeto, skupno tvori širšo množico, ki je podsklop splošnega pojma ravnanja in vzporedna storitvenim ravnanjem.⁴⁷

Kljub temu bi analiza, usmerjena zgolj še na značilnosti in postopek izpeljave norm, ki tvorijo pravno relevantno pričakovanje posega v izrazu garantnih dolžnosti za njihove nosilce, bila bistveno prehitra, saj ne bi resno obravnavala stvarnega substrata opustitvenega ravnanja, ki si ga metodološko prizadevamo najti. Zato se mora iskanje ontičnih sestavin dogajanja, ki ga podredimo pod opustitveno ravnanje, vsaj začeti pri osredinjanju na to, kaj je storilec dejansko prispeval k prepovedani posledici v historičnem dogodku. Tako je nesporno, da je zveza med storilčevim kakršnimkoli že vložkom energije ali celo njegovo popolno odsotnostjo ter prepovedano posledico izrazito oddaljena in abstraktna. Drugače kot pri tej zvezi je storilčev poseg v okolje pri storitvenih ravnanjih kot tak temeljni pogoj za nastanek prepovedane posledice, posledično prvi in bistveni dejavnik v vzročni verigi. S tem želimo, brez želje po izčrpnih obravnavanjih teorij o vzročni zvezi in njeni naravi pri opustitvenih ravnanjih,⁴⁸ povedati, da so pravno ovrednotene

⁴³ Roxin, 2003, str. 629.

⁴⁴ Prim. z opredelitvijo pojma opustitve pri Kindhäuser, 1980, str. 178.

⁴⁵ Vogel, 1993, str. 104–105.

⁴⁶ Phillips, 1974, str. 27.

⁴⁷ S tem lahko tudi zanikamo tezo Gustava Radbrucha, da sta storitev ter opustitev v medsebojnem razmerju »a in ne-a«. Gre namreč za bistveno različno normativno vsebino, kjer sta si na višji ravni izvršitveni obliki ravnanja vzporedni šele kot »a in ne-b«. Glej natančneje Radbruch, 1903, str. 140; kritično Herzberg, 1972, str. 171; in Bärwinkel, 1968, str. 36.

⁴⁸ Jescheck in Weigend, 1996, str. 618 tako vehementno zanikata kavzalnost opustitvenega ravnanja v smislu realne povzročitve posledice. Tako tudi Welzel, 1969, str. 213; drugače zlasti Engisch, 2021, str. 30. Najnovejše raziskave poudarjajo relativnost pojma vzročne zveze pri storitvenih kaznivih dejanjih, ki je kot taka vedno del pravnega vrednotenja in ne more biti ustreznna podlaga za razmejitve med storitvenim in opustitvenim ravnanjem. Glej Haas, str. 170 in nasl. Po tukaj zastopanjem stališču glavni razlikovalni element med nasprotujočimi si stališči pomeni izhodiščno vzeti preučevani predmet: če se osredinimo na to, kar je storilec dejansko počel ob ugotovitvi, da je s tem kršil zapovedno normo, je jasno, da njegov vložek ne more biti v vzročni zvezi s prepovedano posledico. Če pa se poudarjeno ozremo na zapovedno normo, ki doda v pravno vrednotenje historičnega dogodka hipotetično storitveno ravnanje, je storilčeva kršitev vsaj zakonski pogoj za nastanek prepovedane posledice.

vzročne zveze med ravnanjem ter prepovedano posledico pri storitvah ter opustitvah vsaj bistveno različne.⁴⁹ Iz tega izhaja, da primerljiv logični člen, ki je izvor ogrožitve oziroma poškodbe pravne dobrine pri storitvenih ravnanjih, širše opredeljen kot bistveni pogoj, ki do prepovedane posledice pripelje, pri opustitvenih ravnanjih ne more biti identičen v fizikalnem smislu s storilcem ali z njim v bistvenem povezan in podvržen njegovi volji (na primer kot njegov pripomoček ali orodje), kajti potem bi nesporno šlo za storitveno ravnanje.⁵⁰ Ta vzrok prepovedane posledice je pri opustitvenem ravnanju od storilca torej nujno telesno ločen⁵¹ in na načelni ravni ni podvržen storilčevi volji, in ga v nadaljevanju zaradi pomenske ter terminološke jasnosti označujemo kot »tveganje«.⁵² Narava razmerja med storilcem in tveganjem ter njegove bistvene lastnosti je iskani ključni ontološki temelj opustitvenega ravnanja, ki je lahko substrat za kazenskopravna vrednotenja, izražena in posredovana v okviru instituta nepravlega opustitvenega kaznivega dejanja.

3.2. Razmejitev med opustitvenim in storitvenim ravnanjem v mejnih primerih medicinskega prava

Prav medicinsko kazensko pravo je v zadnjih letih potisnilo kazenskopravni teoriji nekatere posebej trde orehe s področja razmejitve med storitvami in opustitvami, konkretno glede (ne)podaljševanja življenja pacienta v ugašanju, vključno z izrednimi javnozdravstvenimi družbenimi razmerami vrednostno skrajnostno zaostrene triaže (izbruhi bolezni covid-19), po možnosti še v povezavi z napravami in algoritmi, temelječimi na umetni inteligenci (angl. *artificial intelligence*). Med njimi ima prav posebno mesto generator etičnih in kazenskopravnih problemov, znan kot opustitev in odtegnitev nesmiselnega zdravljenja ob koncu življenja v pravi ali nepravi opustitveni (opustitev zdravljenja) izvršitveni obliki ali storitveni oziroma nepravi opustitveni (odtegnitev zdravljenja) izvršitveni obliki. Gre za naklepno neukrepanje (opustitev zdravljenja) ali prenehanje ukrepanja (odtegnitev zdravljenja) zdravnika s sklicevanjem na nesmiselnost podaljševanja človekovega življenja v ugašanju, problemsko izvorno zunaj etičnih pritiskov triaže, razvojno pa vse

⁴⁹ Roxin, 2003, str. 641.

⁵⁰ Prim. Roxin, 2019, str. 516.

⁵¹ Welp, 1968, str. 103 sicer priznava, da nepravo opustitveno kaznivo dejanje v običajnih primerih predpostavlja prepovedano posledico, povzročeno s storilcu tujo, od njega neodvisno silo, razen pri odgovornosti iz ingerence, tj. na temelju protipravnega predhodnega ravnanja, kjer naj bi učinek izhajal iz storilca samega. Po natančnejšem premisleku pa gre tudi pri predhodnem ravnanju za tveganje, ki ga predhodno vzpostavi storilec, toda v trenutku veljavnosti zapovedne norme je to tveganje od storilca »tuje«, tj. ločeno. Za preprečitev nastanka prepovedane posledice bi namreč drugače storilec lahko bil v nadaljevanju samo pasiven, tako pa mora aktivno zmanjšati tveganje.

⁵² Izraz po Güntherju Jakobsu, ki tveganje (nem. *das Risiko*) razume kot skupek pogojev, ki pojasnjujejo nastanek določene posledice. Glej Jakobs, 1991, str. 222; in Jakobs, 2017, str. 341 in nasl.

bolj tudi znotraj teh okvirov. Pri tem si je danes mogoče zamisliti celo potencialno kaznivo nezagotovitev naprav, ki s pomočjo umetne inteligence podpirajo odločanje.

Takoj tukaj je treba razkriti, da po sodobnem medicinskem kazenskem pravu tako imenovano nesmiselno zdravljenje ob koncu življenja ali konkretnije: opustitev takega zdravljenja ob koncu življenja tako zunaj kot tudi znotraj triazne problematike ne šteje za usmrtilitev pacienta, čeprav bi po znanih pravnih teorijah o kavzalnosti – vključno s teorijo o pripisljivosti potencialne prepovedane posledice opustitvenemu izvršitvenemu ravnanju – opuščeni zdravstveni ukrepi pacientu z verjetnostjo, ki meji na gotovost, vsaj nekoliko podaljšali življenje v umiranju. Kazenskopravno teoretično pa pri tem ostajajo verjetno globalno najvidnejši tako imenovani mejni primeri razmejitve med opustitvenim in storitvenim ravnanjem na ravni ravnanja (nem. *die Handlung*) kot podstati biti kaznivega dejanja (nem. *die Tatbestandsmäßigkeit*) kot elementa splošnega pojma kaznivega dejanja.

S ciljem primerno strukturiranega razumevanja problematike je treba ločeno obravnavati⁵³ nepomoč in prekinitev pomoči pacientu (A) v razmerah, v katerih ta aktualno še zmore dovolj telesne in duševne moči, da zavrta posamezne zdravstvene ukrepe, pa čeprav bi mu podaljšali življenje, in tudi v razmerah, v katerih je pacient z vnaprejšnjo opredelitvijo za primer določenega zdravstvenega stanja zapovedal opustitev ali prekinitev določenih zdravstvenih ukrepov. Tu gre pri nepomoči pacientu za problematiko izključevanja strokovne napake v medicini in s tem biti inkriminacije, usmerjene proti smrtnemu izidu njegove bolezni ali poškodbe (pasivnosti zdravnika) po merilih privolitve (konkretno: zavrnitve) oškodovanca in le dopolnilno za posebno problematiko opustitve in odtegnitve nesmiselnega zdravljenja ob koncu življenja kot problematike ravnanja. Sodobna tehnologija z umetno inteligenco tu očitno ne more imeti kakšne res posebne vloge pri odločanju zdravnika. Očitno drugačno pa je stanje v kategoriji, prikazani v nadaljevanju.

Neobstoj zdravstvene in s tem tudi zdravniške napake v pogojih tako imenovane nesmiselnosti podaljševanja človekovega življenja v ugašanju vsaj potencialno velja tudi v primerih (B), v katerih ugotovitve o nesmiselnosti ni mogoče opreti na voljo pacienta samega in celo ne izhaja niti iz stališč kakšnega njegovega zdravstvenega pooblaščenca oziroma svojcev, ki so po zdravstvenem pravu načeloma poklicani h konkretni skrbi za najboljšo korist pacienta, kamor že na prvi pogled šteje predvsem ohranjanje njegovega življenja. Te osebe bi se lahko pojavljale v vlogi zagovornikov podaljševanja življenja umirajočega pacienta za vsako ceno, kljub medicinskim ocenam o tako imenovani nesmiselnosti takega početja v konkretni zadevi. To je zlahka predstavljivo v primerih triaze v izrednih javnozdravstvenih razmerah. Tukaj medicinska etika sicer načeloma prepozna enaka objektivna merila za presojo nesmiselnosti zdravstvenih ukrepov v konkretnih zadevah tako v smeri neuvredbe zdravljenja kot tudi prekinitve že uvedene zdravljenja,

⁵³ Povzeto po Korošec, v: Korošec, Filipčič in Zdolšek (ur.), 2018, str. 291–292. Primerjaj Korošec, 2016.

vendar je treba te vidike, zlasti triažnega odločanja, šteti za precej bolj pravno meglene kot pri osebnem aktualnem ali vnaprejšnjem zavračanju zdravljenja s strani pacienta. Prav tu si je zato najlažje predstavljati podporo odločanju zdravnikov z algoritmi umetne inteligence celo kot kazenskopravni standard tako imenovanega dolžnostnega ravnanja v medicinski stroki, z vsemi (kazensko) pravnimi posledicami vred. Ta bi lahko s svojo objektivizirano predvidljivostjo, utemeljeno na veliki množici podatkov, zajetih v odločanje, razbremenila zlasti krivdo zdravnika kot storilca (nem. *die Schuld*) v delu »bi moral storiti glede na svoje zmožnosti«. Toda vprašanj storitvenosti ali opustitvenosti ravnanja (včasih bolj ali manj žargonsko imenovanih tudi težišče očitka storilcu na storitvi ali opustitvi) samih po sebi seveda ne rešuje niti še tako moderna tehnologija.

Starejša teorija materialnega kazenskega prava je tradicionalno štela, da gre drugače kot pri neuvedbi in neizvedbi ukrepov, ki odvrtačajo ogrožitev oziroma poškodbo kakšne kazenskopravne dobrine (torej tudi zdravstvenih ukrepov za podaljševanje življenja pacienta, podprtih ali nepodprtih z najsodobnejšimi algoritmi sodobne inteligence), pri čemer gre za očitno opustitveni tip izvršitvenega ravnanja v smislu prvega elementa večdelnega splošnega pojma kaznivega dejanja, pri prekinitvi – odtegnitvi takih že začelih ukrepov (zlasti na primer odklop naprav za vzdrževanje bitja srca, krvnega obtoka, predihavanje, infuzijskih črpalk ipd.) za storitev kot tip izvršitvenega ravnanja.⁵⁴ Neuvedba zdravljenja je torej opustitev, prekinitvev oziroma odtegnitev zdravljenja pa je vselej storitev. V začetku enaindvajsetega stoletja pa v Nemčiji opazimo pomemben teoretski zasuk na tem področju. Kot beremo na primer v enem najbolj reprezentativnih del o prekinitvi reševalnih kavzalnih potekov,⁵⁵ gre pri vseh primerih, ko se smrt človeka uresniči kot nevarnost, ki je (akutno) obstajala pred odtegnitvijo pomoči, tudi pri odtegnitvi že predhodno uvedenga zdravljenja za opustitveno in ne storitveno problematiko. To čeprav je z vidika objektivne pripisljivosti in fenomenološke obravnave podana bistvena razlika med primeri, v katerih zdravnik sploh ne pomaga pacientu – takrat gre nesporno za opustitveno ravnanje – od primerov, kjer aktivno prepreči, prekine že vzpostavljen reševalni postopek. V slednjih primerih gre za aktivni vložek energije oziroma je storilec sam tveganje za dobroto življenja in s tem za storitveno ravnanje.⁵⁶ Teleološko gledano pa primera, ko zdravnik pacientu sploh ne pomaga oziroma ko mu pomaga, pa reševalne ukrepe prekine, ne smeta biti bistveno različno obravnavana, saj gre še vedno za temeljno kršitev zdravniških dolžnosti. Zato se prekinitvev takih predhodno vzpostavljenih zdravstvenih ukrepov obravnava po pravih opustitvenega ravnanja in gre s tem za opustitve-

⁵⁴ Samson, 1974, str. 601–602.

⁵⁵ Glej V. Haas, 2002, zlasti str. 129, pa tudi 131 in tam navajano literaturo. Glej tudi T. Kaschubs-Saeedi, 2002, str. 158–183. Primerjaj Korošec, v: Korošec, Filipič in Zdolšek (ur.), 2018, str. 292.

⁵⁶ Schneider, 1997, str. 175 in nasl.

no problematiko (podreditev pod zapovedno normo).⁵⁷ Očitno gre za odraz splošnejšega pojava, kjer dejstvo, ali gre naturalistično gledano za storitveno ali opustitveno ravnanje, ni posebej relevantno, temveč je ključna presoja, da gre za neizpolnitev (opustitev) posebne pravne dolžnosti. Povedano velja neodvisno od morebitne podpore s strani umetne inteligence pri odločanju storilca (v medicini). Tudi širše v vseh zadevah, v katerih storilec s svojim ravnanjem onemogoči, nevtralizira priložnost za reševanje kazenskopravno zavarovane dobrine, ko je to isto priložnost s svojim reševalnim prizadevanjem prej sam ustvaril⁵⁸ (značilno torej tudi, ko odklopi napravo, s katero je mogoče učinkovito podaljševati življenje pacienta in na katero je tega pacienta prej sam priklopil), naj bi tako prekinitev po novem normativno razlagali kot opustitveno ravnanje, tj. kršitev zapovedne norme. V tem smislu se v novejšem kazenskem pravu briše funkcionalna meja med opustitvijo in odtegnitvijo zdravljenja (ki podaljšuje življenje umirajočemu bolniku) oziroma je take primere treba po novem šteti za mejne, če že ne rešene v korist opustitev.

Ob tem naj ne bo odveč opozoriti, kako kazenskopravno usodne so te tipizacije. V primerih, ko nimamo na voljo aktualne ali vnaprejšnje volje pacienta, ampak le odločanja zdravstvenega pooblaščenca oziroma svojcev (v smeri podaljševanja pacientovega življenja z vsem arzenalom medicine za vsako ceno, tudi in še zlasti v triažnih pogojih ali pa izrecno v nasprotni smeri!), zaradi potencialnega ali aktualnega smrtnega izida opustitve zdravljenja pravila nadomestne privolitve načeloma zatajijo. Institut nadomestne privolitve oziroma zavrnitve, kot je že bolj ali manj splošno znano in je pravzaprav že vraščeno v temelje kulture, namreč po splošnih ustavnih načelih socialne države in številnih nedvoumnih ugotovitvah kazenskopravne teorije na področju privolitve kot razlogu upravičenosti (izključitvi protipravnosti) nima upravičilnega učinka, če vodi v smrt človeka.⁵⁹ Zato tukaj ni vseeno, ali vidimo nesmiselnost zdravljenja umirajočega človeka kot problem odsotnosti zdravstvene napake in prek tega odsotne storitve ali opustitve storilca kot izvršitvenih ravnanj ali kot problem privolitve (in prek nje odsotnosti zdravstvene napake) oziroma kot problem odsotnosti biti kaznivega dejanja ali protipravnosti. Ker s privolitvijo oziroma nadomestno privolitvijo aksiomatično ne pridemo naprej, izključevanje protipravnosti s temi instituti odpade. Zdi se, da ostaneta zgolj še instituta domnevane zavrnitve pacienta in neposredna raba zdravstvene strokovne napake bodisi kot blanketne izpolnitve znakov kazenskopravne norme in s tem biti kaznivega dejanja opustitve zdravstvene pomoči ter neprave opustitvene usmrtitve pacienta, bodisi prek zanikanja garantne dolžnosti po pravilih neprave opustitve v takih zadevah.

⁵⁷ Roxin, 2003, str. 665. Zato izraz »opustitev v storitvi« (nem. *Unterlassen durch Tun*). Glej tudi Haas, str. 231–232.

⁵⁸ Primerjaj razpravljanje o tveganju (nem. *das Risiko*) pri nepravih opustitvah v nadaljevanju.

⁵⁹ Temeljno o omejeni disponibilnosti človekovega življenja kot kazenskopravne dobrine v luči privolitvene dogmatike v slovenskem jeziku glej Bavcon idr., 2013, str. 248–254.

Kot mejni primer razmejevanja storitev in opustitev s področja medicinskega prava je mogoče videti tudi uničenje ali skritje zdravil drugemu, pomembnih za njegovo preživetje, pripomočkov za prvo pomoč (ki bi si jo lahko poškodovani nudit sam ali bi mu jo lahko z njimi in samo z njimi nudili drugi), kot so na primer preveze, material za šivanje ran in podobno, seveda pa ob tehnološkem razvoju v medicini vse bolj tudi različnih strojev in naprav, s katerimi je mogoče človeku podaljševati in reševati življenje. Storilec, pa če je zdravnik, zdravstveni delavec ali kdorkoli drug, navsezadnje lahko tudi pooblaščenec ali svojec pacienta v opisanih primerih kaj lahko s svojim ravnanjem onemogoči, nevtralizira ključno ali edino priložnost za reševanje kazensko pravno zavarovane dobrine (pacienta). Kazensko pravo se ne more izogniti analizi, ali je treba zadevo obravnavati kot storitev ali kot (nepravo) opustitev, z vsemi v tej razpravi obravnavanimi nelahkimi vprašanji meril vred. Tako je treba na splošno v postopku obravnave najprej presoditi, ali gre empirično, naturalistično gledano za tveganje, ki je od storilca ločeno, ali pa je storilec sam neposredni bistveni pogoj nastopa prepovedane posledice v kavzalni verigi. Šele potem lahko resno argumentiramo podreditev storilčevega ravnanja prepovedni ali zapovedni normi in s tem obravnavo po pravilih opustitvenega ali storitvenega ravnanja, tudi kot morebitno opustitev v storitvi.

4. Razmerje (šibke) oblasti subjekta nad tveganjem kot izhodišče razlage nepravlega opustitvenega kaznivega dejanja

4.1. Splošna opredelitev vsebine razmerja med storilcem in tveganjem pri nepravilih opustitvah

Po ugotovitvi v prejšnjem razdelku, da je ključni ontološki temelj za osmislitev instituta nepravilih opustitev v ločenosti med storilcem in tveganjem, lahko končno napravimo vsebinsko označitev in opredelitev temeljnega miselnega koncepta razumevanja nepravlega opustitvenega kaznivega dejanja z določitvijo posebnega odnosa med storilcem in tveganjem ter ga nadalje konkretiziramo s pravili objektivne pripisljivosti prepovedane posledice pri nepravem opustitvenem kaznivem dejanju.

V tveganje kot skupek pogojev za prepovedano posledico je storilec vključen prek hipotetičnega, »domišljenega« reševalnega ravnanja, ki bi preprečilo prepovedano posledico z določeno stopnjo verjetnosti. Pri tem je nesporna zahteva splošne svobode ravnanja in liberalne pravne države, da posameznik ni v vsaki časovni točki zadolžen skrbeti za varstvo pravnih dobrin drugih, temveč mora biti reševalno ravnanje od njega konkretno pričakovano in zapovedano,⁶⁰ pri nepravilih opustitvah na abstraktni ravni s posredova-

⁶⁰ Tukaj je nesporno razvidna izrazita relativnost ločnice med pravimi ter nepravimi opustitvami, saj gre v obeh primerih za pripisljivost prepovedane posledice. Glej Freund, 1998, str. 182. Temeljna razlika je po tu zastopnem stališču izrazito formalna in se kaže v načinu navedene normativne

njem garantnega načela.⁶¹ Hkrati mora biti reševalnega posega storilec na osnovni ravni zmožen.⁶² Ker je tveganje po definiciji ločeno od storilčeve obvladujoče volje, celotno deliktno dogajanje pri opustitvenih ravnanjih nikakor ni podvrženo storilčevi oblasti,⁶³ ki z veliko stopnjo neposrednosti privede do prepovedane posledice, ampak ima storilec poseben odnos prek medsebojno zelo razlikujočih premislekov normativne, dejanske in čisto hipotetične narave samo do manjšega odseka celotne situacije – tveganja, ki je vzročno povezano s prepovedano posledico.⁶⁴ Odvisnost nastanka prepovedane posledice od storilčeve volje pri opustitvenih ravnanjih lahko opazimo v možnosti in zapovedanosti vstopa v dogajanje, v smeri preprečitve in zmanjševanja intenzivnosti tveganja. V tem delu je poseg v pravno dobroto v zelo majhni, s posredovanjem številnih predpostavk zaznavni meri odvisen od storilčeve volje in nikakor zgolj po empiričnem, čistem objektiviziranem opazovanju historičnega dogodka.

Iskani abstraktni višji pojem kot izhodišče objektivnega neprava nepravega opustitvenega kaznivega dejanja mora v bistvenem zelo jasno in neposredno izražati to omejeno odvisnost nastopa prepovedane posledice od storilca, ki omogoča v skupnem in konkretnije utemeljiti pripisljivost prepovedane posledice ter hkrati ustrezati načelom pojmovne ekonomije.⁶⁵ Razmerje med storilcem in tveganjem je v skladu z zapisanim odnos šibke oblasti.⁶⁶ To pomeni omejeno odvisnost nastanka prepovedane posledice od storilčevega ravnanja, zlasti zaradi storilčeve normativne zavezanosti k njegovemu zmanjšanju, dejanske možnosti ter zmožnosti.⁶⁷ Uporaba tega pojma v dogmatiki nepravih opustitev ni

zapovedanosti, ki pri pravih opustitvah izhaja jezikovno iz določb zakona, pri nepravih opustitvah pa preko garantnega načela oziroma uporabe dogmatike garantnih dolžnosti.

⁶¹ Z garantnim načelom razumemo potrebo po uporabi dogmatike garantnih dolžnosti za razlago opustitvenega ravnanja. Glej natančneje Herzberg, 1972, str. 13 in nasl. Vprašanje utemeljitve zahteve po garantnem načelu kot predpostavke omenjene normativne vezi se večinoma utemeljuje s tem, da je sledenje zapovedni normi od storilca zahtevnejše, saj zahteva določen aktivni vložek energije (Engisch, 1973, str. 173); ter da so zapovedi nasploh bolj omejujoče za splošno svobodo ravnanja kot prepovedi (Bärwinkel, 1968, str. 17). Kritično zlasti Jakobs, 1991, str. 781.

⁶² To je posledica opredelitve opustitvenega ravnanja, kjer je lahko smiselno opuščeno samo ravnanje, ki ga je storilec glede na svoje dane sposobnosti zmožen. Glej Roxin, 2003, str. 630.

⁶³ Roxin, 2019, str. 516.

⁶⁴ Prim. Berster, 2014, str. 60; Schünemann, 1971, str. 241.

⁶⁵ Prim. Schünemann, 1971, str. 26.

⁶⁶ Prim. Berster, 2014, str. 59; in Schünemann, 1971, str. 240 in nasl.

⁶⁷ Napravljen koncept je zgolj na videz nezdržljiv z ravnanji v obeh oblikah malomarnosti ali celo v pravni zmoti. Odnos šibkega obvladovanja je namreč odraz objektivizirane presoje dejanskega stanu kot utemeljitev objektivnega neprava ravnanja na ravni biti kaznivega dejanja. Tudi pri ravnanju v malomarnosti, kjer bi storilec lahko spoznal ogroženost pravne dobrine, če bi sprejel dodatne poizvedovalne ukrepe, zaznamo močne elemente zapovedanosti in možnosti prekinitve ogrožajočega kavzalnega poteka in s tem šibkega obvladovanja tveganja v zgoraj opisanem pomenu.

povsem nesporna,⁶⁸ vendar je ključno, da je precej širši kot zgolj pogoj posebne dolžnosti ravnanja. Po tu napravljene predpostavke namreč zajema celovitost pogojev objektivnega neprava nepravlega opustitvenega kaznivega dejanja, ki šele omogočajo dokončno konkretizirati in opredeliti kršeno zapovedno normo. Prav tako s pojmom oblasti ne razumemo čiste možne oblasti, ki jo storilec lahko vzpostavi,⁶⁹ ampak že v okoliščinah med vzpostavitvijo tveganja in nastankom prepovedane posledice, zaradi opisane omejene odvisnosti utemeljujemo določeno šibko oblastno razmerje.

Koncept šibke oblasti nad tveganjem kot izhodišče presoje objektivnih pogojev neprava nepravlega opustitvenega kaznivega elementa je v nadaljevanju konkretiziran in uporabljen za splošno opredelitev lastnosti, ki jih mora katerokoli storitveno oblikovano kaznivo dejanje izpolnjevati, da je izvršljivo v nepravi opustitvi. Nato so kot odgovor na izhodiščno vprašanje prispevka podani elementi splošne biti nepravlega opustitvenega kaznivega dejanja kot razrešitev problema enakovrednosti in na koncu še podani nastavki za razlago izrecno določenih znakov za izvršitveno ravnanje v opustitveni izvršitveni obliki, kar tvori jedro (primerne) razlage klavzule enakega pomena iz tretjega odstavka 17. člena KZ-1.

4.2. Kazniva dejanja, izvršljiva v nepravi opustitvi

S pomočjo napravljenega koncepta šibke oblasti storilca nad od njega (telesno) ločenim tveganjem lahko najprej bistveno dopolnimo zgornjo opredelitev nepravlega opustitvenega kaznivega dejanja v njenem zadnjem elementu, da namreč izvršitev v opustitveni obliki oziroma njena podreditev pod storitveno oblikovan opis ni izključena, in hkrati posredujemo lastnosti tako imenovanega nujnega storitvenega (kompulzivno komisivnega) kaznivega dejanja.⁷⁰

Glede na prepovedano posledico danega kaznivega dejanja je v središču presoje vprašanje, ali si je možno predstavljati tveganje, ki je prepovedani posledici predhodno in z njo v vzročni zvezi, ter je hkrati od potencialnega storilca v opustitvi ločeno oziroma s storilcem vsaj ni bistveno povezano. Od teleološke in zgodovinske razlage kaznivega dejanja v povezavi z varovano dobrino je v nadaljevanju odvisno to, ali dejstvo, da je storilec s tako ločenim tveganjem v odnosu šibkejšega obvladovanja, omogoča sklep, da gre za enako stopnjo neprava kot pri storitveni izvršitvi kaznivega dejanja.⁷¹ Tako je nesporno, da kazniva dejanja, ki za izvršitev zahtevajo pravnoposlovno ali drugačno izjavo volje

⁶⁸ Brammsen, 1986, str. 76.

⁶⁹ Tako na primer Welzel, 1969, str. 201.

⁷⁰ Izraz po Korošec, v: Korošec, Filipčič in Zdolšek (ur.), 2019, str. 283. Enak izraz je uporabljen še v številnih komentarjih v navedenem delu. Prim. tudi Herzberg, 1972, str. 12.

⁷¹ Odgovor na vprašanje, ali je neprava opustitvena oblika kaznivega dejanja izključena kot zadnji element opredelitve naslovnega pojava, nikakor ni predmet jezikovne razlage (že glede na predpostavke neprave opustitve) ali nekakšne »pojmovne predstave«, na kar sicer nakazuje Bavcon idr., 2013,

(najširše kot dejanje verbalne komunikacije) in na tako izjavo volje vezani zakonski znaki⁷² praviloma ne prenesejo neprave opustitvene izvršitvene oblike, vsaj ne v storilstvu. Teleološko je namreč nepravo izvršitvenega ravnanja vezano in usmerjeno na lastno izjavo volje kot odtis osebnosti v zunanjem svetu, ki vodi do ogrožitve varovane pravne dobrine, zaradi česar zgolj pasivna nepreprečitev tujih izjav volje (s strani tretjih) tega neprava ne more doseči. V drugih primerih pa narava dobrine danega kaznivega dejanja⁷³ ali pa zakonski znaki z izrazito moralnimi primesmi (na primer »zlorabiti«)⁷⁴ zahtevajo osebno izvršitev, nepreprečitev tujih ravnanj pa ne izpolnijo stopnje storitvenega neprava.

4.3. Elementi splošne biti nepravlega opustitvenega kaznivega dejanja

Določitev elementov splošne biti nepravlega opustitvenega kaznivega dejanja kot tistih sestavin neprava dogajanja,⁷⁵ ki morajo nastopiti za podreditev opustitvenega ravnanja pod storitven opis kaznivega dejanja, pomeni vsebinsko konkretizacijo temeljnega koncepta šibkega oblastnega razmerja med storilcem in tveganjem ter hkrati pomeni rešitev problema enakovrednosti.⁷⁶ Abstraktna določitev elementov (objektivnega) neprava ravnanja izhaja iz smiselne obravnave poteka dogajanja,⁷⁷ v temeljnih naveznih okoliščinah nedovoljenega tveganja za pravno dobrino, iz tveganja nastale prepovedane posledice ter načina, kako je storilčevo opustitveno ravnanje med slednji vključeno. Storilec je med navedeni zunanji okoliščini povezan prav s šibkejšim oblastnim razmerjem do tveganja, ki vključuje in konkretizira abstraktno (garantno) zapovedno normo prek objektivne možnosti ter storilčeve zmožnosti zniževanja tveganja kot temeljnih sestavnih elementov opisanega oblastnega razmerja.

str. 169; ampak prefinjene utemeljitve narave dobrine in neprava izvršitvenega ravnanja danega kaznivega dejanja.

⁷² Sem lahko umestimo na primer prilastitveni namen pri tatvini iz prvega odstavka 204. člena KZ-1. Drugače Maurach, Schroeder in Maiwald, 2003, str. 401.

⁷³ To velja zlasti pri kaznivem dejanju krvoskrustva po prvem odstavku 195. člena KZ-1, ki varuje skoraj izključno moralne vrednote urejenega reda v družini, kjer te posebne nemoralnosti, »nenravnosti« ne izpolni opustitveno ravnanje nepreprečitev spolnih ravnanj med sorodnikoma kot tveganja (ki za to okoliščino morda sploh ne vesta). Glej natančneje Roxin, 2019, str. 460 in nasl.

⁷⁴ Bavcon idr., 2013, str. 170.

⁷⁵ Prav tam, 2013, str. 189.

⁷⁶ Drugače kot prevladujoči pogled v nemški doktrini v tem prispevku rešitve problema enakovrednosti torej ne ločujemo strogo od splošnih pogojev (objektivnega) neprava, izražnega v biti kaznivega dejanja, saj menimo, da osredinjanje zgolj na zakonske pogoje za nepravo opustitev zaradi ne-sporne vsebinske izpraznjenosti teh določb ne nudi zadostne podlage za celovito teoretično rešitev.

⁷⁷ Rudolphi, 1966, str. 58.

4.3.1. Obstoj (nedovoljenega) tveganja

Prvi pogoj je obstoj (nedovoljenega)⁷⁸ tveganja za pravno dobrino, ki pomeni neposredno nevarnost za določeno prepovedano posledico v biti posebnega dela,⁷⁹ je ločeno od nosilca oblasti nad tveganjem in njegovemu morebitnemu reševalnemu posegu nujno predhodno.⁸⁰ Tveganje je lahko izraženo v prepletu delovanja naravnih sil, fizičnih objektov v storilčevi organizacijski sferi ali pa v delovanju človeka. Nedovoljeno tveganje je temeljni pogoj primarne hipoteze kazenskopravne norme nepravega opustitvenega kaznivega dejanja⁸¹ kot čisti stvarni element dogajanja, zaradi česar ni nujno zamenljiv s pojmom tveganja v okviru pravil o objektivni pripisljivosti.⁸²

4.3.2. Garantna dolžnost – normativna vez med storilcem in tveganjem

Storilec je s tveganjem povezan najprej prek abstraktnega pravnega pričakovanja vsebinsko reševalnega oziroma zavarovalnega ravnanja objekta pravne dobrine, kar tvori jedro prvega, normativno naravnanelega elementa šibke oblasti nad tveganjem. To pravno pričakovanje, pri katerem pravni red smiselno prepusti naslovníku varstvo in nadzor nad posameznimi tveganji, tudi v korist manjše intenzivnosti javnopravnih posegov v njegovo svobodno sfero,⁸³ izhaja iz samostojne kazenskopravne presoje, ki posameznemu pravnemu položaju pripiše lastnost garantne dolžnosti.⁸⁴ Navedena kazenskopravna presoja se na izrecno formalno urejenost v drugih pravnih področjih opira praviloma zgolj v smis-

⁷⁸ S tem želimo s pridržkom poudariti, da nevarnost za pravno dobrino, ki izhaja iz močnejšega pravno zaščitenega interesa, ne vodi nujno v obstoj kazenskopravno relevantne dolžnosti ravnanja in že na ravni biti kaznivega dejanja onemogoča pripisljivost prepovedane posledice. Kljub temu je z vidika sistematike kaznivega dejanja, kjer imajo taki načelni premisleki, izhajajoči onkraj zakonskih znakov kaznivega dejanja iz pravnega reda kot celote, mesto v elementu protipravnosti, lahko vsaj vprašljivo. Glej Jescheck in Weigend, 1996, str. 323; temeljno o pogoju nedovoljenosti pri garantnih dolžnostih Vogel, 1993, str. 189 in nasl.

⁷⁹ Roxin, 2003, str. 683.

⁸⁰ Prav tam, str. 684.

⁸¹ Prim. Jescheck in Weigend, 1996, str. 615.

⁸² Natančneje o pravilih o objektivni pripisljivosti pri tipičnem storitvenem izvršitvenem ravnanju Roxin in Greco, 2020, str. 476 in nasl.

⁸³ Prim. Jakobs, 2017, str. 467. Navedeno je odraz splošne svobode ravnanja in posameznikove avtonomije – ta lahko svobodno ureja svojo »organizacijsko sfero«, vendar mora »v zameno« tako vzpostavljena tveganja za tuje pravne dobrine obvladovati in je s temi tveganji v posebnem odnosu.

⁸⁴ Pojem garantne dolžnosti (nem. die *Garantenpflicht*) se terminološko od garantnega položaja (nem. die *Garantenstellung*) razlikuje v tem, da se garantni položaj nanaša na skupek dejanskih okoliščin v okviru biti kot elementa kaznivega dejanja, ki kot celota utemeljujejo in so predpostavka posebne pravne dolžnosti, usmerjene v preprečitev ogrožitve ali poškodbe pravnih dobrin – garantne dolžnosti. Glej Bosch, v: Schönke in Schröder (ur.), 2019, komentar § 13 StGB, robna št. 2; Nickel, 1972, str. 52; Freund, 1998, str. 179; Jescheck in Weigend, 1996, str. 636–637; in von Coelln, 2008, str. 85.

lu, da ravnanja, ki so v matičnem pravnem področju določenega dolžnostnega položaja dovoljena, ne morejo biti kazniva v okviru nepravil opustitev,⁸⁵ v drugem pa gre zaradi usmerjenosti k celovitemu varstvu pravnih dobrin za razmerje relativne neodvisnosti.⁸⁶

Garantne dolžnosti lahko razdelimo glede na pretežno vsebinsko merilo, ki hkrati konkretizira iskano dolžnostno ravnanje glede na to, ali ima naslovnik norme posebno mesto z izvorom nevarnosti (nadzorstvena garantna dolžnost) ali pa s končnim mestom, ciljem nevarnosti (varovalna garantna dolžnost).⁸⁷ Tak funkcionalistični pristop⁸⁸ k izgradnji sistema garantnih dolžnosti izhaja najprej iz pravnih dobrin posebnega dela in prek teh na pravne položaje, ki so s temi dobrinami povezani, kar metodološko utemelji s pravnimi načeli pravnemu položaju matičnega pravnega področja⁸⁹ ter glede na strukturne značilnosti odnosa med nosilcem dolžnostnega položaja in pravno dobrino izpelje abstraktno zapovedno normo.

Poudariti je treba, da pri varovalnih garantnih dolžnostih tveganje ne pomeni nezmožnosti objekta pravne dobrine, da samostojno obvladuje sebi neposredno grozeče nevarnosti, temveč je tveganje v teh primerih identično s samo nevarnostjo, zaradi česar ne moremo govoriti o obvladovanju »nebogljenosti« objekta pravne dobrine, temveč o šibkem oblastnem razmerju do grozečega tveganja.⁹⁰

4.3.3. Možnost preprečitve prepovedane posledice – objektivna vez med storilcem in tveganjem

Šibko oblastveno razmerje kot tako ne more obstajati, če storilec nima konkretne možnosti zmanjšati tveganja in s tem preprečiti nastanka prepovedane posledice. Možnosti ravnanja v historičnem dogodku so določene s pomočjo tehničnih pravil učinkovitega ravnanja,⁹¹ s čimer se polje abstraktne zapovedne norme omeji na bistveno zožen sklop alternativnih reševalnih ukrepov z določeno stopnjo učinkovitosti v odnosu do nastajajoče prepovedane posledice.⁹² Tu bomo šteli, da je zahtevana učinkovitost opisana

⁸⁵ Schünemann, 1971, str. 226.

⁸⁶ Jakobs, 1991, str. 801; in Roxin, 2003, str. 715.

⁸⁷ Freund, 1998, str. 184–185. To pomeni, da je storilec zavezan k nadzorovanju tistih tveganj, ki so predhodno sestavni deli delovanja njegovega življenjskega kroga. Na drugi strani pa nekatera tveganja izhajajo iz tujih organizacijskih sfer ali so celo posledica neodvisnega delovanja naravnih procesov (tudi v samem objektu pravne dobrine), vendar je storilec zaradi določenega institucionalnega razmerja z objektom pravne dobrine s tveganjem povezan v ožji časovni točki. Glej Jakobs, 2017, str. 457 in nasl.

⁸⁸ Bavcon idr., 2013, str. 167.

⁸⁹ Vogel, 1993, str. 126; in Bosch, v: Schönke in Schröder (ur.), 2019, komentar § 13 StGB, robna št. 7.

⁹⁰ Berster, 2014, str. 48; Brammsen, 1986, str. 76. Pojem nebogljenosti žrtve izvira zlasti iz Schünemann, 1971, str. 241; tako tudi Bavcon idr., 2013, str. 167.

⁹¹ Phillips, 1974, str. 59.

⁹² Roxin, 2003, str. 630–631; in Vogel, 1993, str. 182.

s standardom tako visoke verjetnosti, ki meji na gotovost, da bi ravnanje preprečilo nastanek prepovedane posledice.⁹³

4.3.4. Storilčeva zmožnost preprečitve prepovedane posledice – subjektivna vez med storilcem in tveganjem

Koncept oblasti nad tveganjem je dokončno konkretiziran in potrjen v okoliščinah primera glede na storilčeve sposobnosti izvesti zapovedano ravnanje, kar je povezano s samim pojmom opustitvenega ravnanja nasploh.⁹⁴ V tem delu gre za zahtevno kazenskopravno vprašanje dopustnosti in meja stapljanja vprašanj, ki sicer spadajo v element subjektivnega dela biti kaznivega dejanja ali celo krivde kot bistvenega sestavnega dela objektivnega neprava ravnanja.⁹⁵ Tako se večinski del teorije izogiba zgolj abstraktnim standardom pri ocenjevanju sposobnosti izvesti reševalni ukrep,⁹⁶ čeprav naj storilčevo dejansko vedenje o okoliščinah ogroženosti dobrine vsaj v tej fazi presoje ne bi bilo relevantno.⁹⁷ Zmožnost ustreznega ravnanja se nanaša tudi na razpoložljivost poklicati na pomoč za to javnopravno zadolžene reševalne sile ali tretjega, ki ima posebna znanja, potrebna za konkretno preprečitev prepovedane posledice.⁹⁸ Hkrati že prostorska oddaljenost lahko deluje kot izključitveni razlog pri presoji zmožnosti ravnanja.⁹⁹ S tem je jasno, da se pri standardu sposobnosti oziramo na splošna in pridobljena znanja ter večine konkretnega storilca, ki omejujejo zapovedano alternativno izvršitveno ravnanje in s tem polje šibke oblasti nad tveganjem, vendar ga hkrati skušamo vrednotiti izrazito

⁹³ Razlogi za tako zahtevo so v teoriji razčlenjeni in kritizirani s pristopom, ki si pripisljivost posledice prizadeva vezati že na možnost njene odvrnitve; glej Roxin, 2003, str. 642. Po tu zastopanem stališču se vrednotenje dejanskega stanu, ki naj bo v spornih primerih v korist obdolžencu, že iz ustavnopravno zagotovljenih izhodišč kazenskega postopka ne more zadovoljiti zgolj z »možnostjo«. Poleg tega ne gre za kategorično zanikanje obstoja dolžnostnega ravnanja, kjer niso njegovi učinki v smeri preprečitve prepovedane posledice gotovi. Takrat namreč še vedno ostaja odprta kaznivost za poskus, kjer je v tem primeru prav zaradi neizpolnitve dokaznega standarda za pripisljivost posledice omogočeno milejše kaznovanje. Jescheck in Weigend, 1996, str. 619; ter Wessels in Beulke, 2011, str. 284. V slovenski literaturi tako Bavcon idr., 2013, str. 186. Kritično v novejši literaturi Greco, 2011. Kljub nesporno drugačni naravi vzročne zveze med storitvenim ravnanjem ter prepovedano posledico ter na drugi strani opustitvenim ravnanjem, kjer naj zaradi pravila, da iz ničesar ne more nič nastati, o gotovosti pravzaprav naj ne bi bilo smiselno govoriti – glej Gimbernat Ordeig, 1999, str. 321 in nasl. Gotovost tukaj razumemo zgolj kot poudarjanje najvišje možne, dosegljive stopnje verjetnosti, ki naj se jo obdolženemu za polno pripisljivost prepovedane posledice dokaže.

⁹⁴ Herzberg, 1972, str. 199–201.

⁹⁵ Prim. Vogel, 1993, str. 121.

⁹⁶ Jescheck in Weigend, 1996, str. 616; in Stree, v: Schönke in Schröder (ur.), 2019, komentar § 13 StGB, robna št. 142. Drugače zlasti Jakobs, 1991, str. 788.

⁹⁷ Herzberg, 1972, str. 202.

⁹⁸ Jescheck in Weigend, str. 616.

⁹⁹ Roxin, 2003, str. 630.

objektivizirano. Seveda je mogoče v tem smislu razumeti tudi razpoložljivost najodobnejših naprav, podprtih z umetno inteligenco (za oceno nevarnosti in kot pomagalo za izbor ustreznih ukrepov za njihovo odvrnitev ali zmanjšanje), in usposobljenost storilca za njihovo obvladovanje.

4.3.5. Nastanek prepovedane posledice

Nastanek prepovedane posledice je zadnji pogoj za izpolnitev biti nepravlega opustitvenega kaznivega dejanja, ki smiselno izhaja že iz tretjega odstavka 17. člena KZ-1 in pomeni nastop neprava uspeha, opredeljenega v storitveno oblikovanem opisu kaznivega dejanja. Tako nastale prepovedane posledice kot tipičnega neprava uspeha nepravlega opustitvenega kaznivega dejanja ne smemo razumeti nujno ozko kot od ravnanja časovno-prostorsko ločeno poškodbo ali ogrožitev pravne dobrine, temveč je pojem prepovedane posledice tukaj nekoliko širši, saj nikakor ne more biti razumljen zgolj v smislu posledičnega kaznivega dejanja¹⁰⁰ in potencialno lahko pomeni »vse, kar se da preprečiti«.¹⁰¹

4.4. *Razlaga izrecno določenih znakov za izvršitveno ravnanje v nepravi opustitvi*

Eno najzahtevnejših vprašanj nepravilnih opustitvenih kaznivih dejanj je neposredno povezanih s primerno razlago klavzule enakega pomena iz tretjega odstavka 17. člena KZ-1, ki se nanaša na izrecno določene znake za izvršitveno ravnanje v storitveno oblikovanem opisu,¹⁰² saj ostaja zatrt v sencah nejasnosti, kako navedene znake vsebinsko prenašati na opustitveno izvršitveno različico.¹⁰³ Zgolj obstoj garantne dolžnosti v takih primerih ne zadostuje,¹⁰⁴ temveč lahko prek formalno-materialnega merila šibkejše oblasti nad tveganjem ponudimo ustrezen strukturni temelj za prenos navedenih vsebinskih meril ob upoštevanju kazenskopravne narave teh meril, tj. ali gre za objektivne, subjektivne ali normativne zakonske znake.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Schürmann, 1986, str. 32 in nasl., ki podaja dogmatični pregled različnih pojmovanj prepovedane posledice v smislu 13. člena nemškega kazenskega zakonika.

¹⁰¹ Jakobs, 1991, str. 785.

¹⁰² Bosch, v: Schönke in Schröder (ur.), 2019, komentar § 13 StGB, robna št. 137.

¹⁰³ Güntge, 1995, str. 61.

¹⁰⁴ S pridržkom Weigend, v: Cirener idr. (ur.), 2020, komentar § 13 StGB, robna št. 77; in Roxin, 2003, str. 793. Drugače zlasti Stratenwerth in Kuhlen, 2011, str. 291. Prim. tudi Nitze, 1989, str. 89.

¹⁰⁵ Temeljno o razdelitvi navedenih zakonskih znakov v slovenski teoriji Ambrož, 2007, str. 41 in nasl. Poudariti je treba, da je razdelitev na navedene zakonske znake uporabljena kot smiselna zaradi merila razdelitve, glede na katerega se pretežno razlikuje tudi vodilo njihove razlage v opustitveni izvršitveni različici. Kljub temu bodo možni pristopi k razlagi med temi kategorijami zakonskih znakov v opustitvi medsebojno prehodni in v bistvenem vezani na posebne značilnosti posameznega zakonskega znaka. Celovit prikaz slednjega pa ni cilj pričujočega prispevka.

4.4.1. Objektivni zakonski znaki

Če se opis za izvršitveno ravnanje nanaša na empirično spoznaven objekt v prostoru brez večje potrebe po uporabi posamezne norme,¹⁰⁶ potem to na področju nepravih opustitev pomeni na določen način oblikovano, izraženo tveganje v okviru razmerja med storilcem in tveganjem; tveganjem s tistimi posebnimi lastnostmi in značilnostmi, ki jih sicer zahteva objektivni zakonski znak za storitveno izvršitveno ravnanje. Ker storilec pri nepravih opustitvah ni neposredni vzrok posledice, se zahteve objektivnih zakonskih znakov osredinijo na od njega ločeno sfero dogajanja, ki je lahko ravnanje drugega ali delovanje naravnih sil,¹⁰⁷ in na ravni objektivnega neprava kot ključni aktivni pogoji deliktnega poteka dajejo stvarni substrat za podredljivost njihovih ožjih lastnosti tovrstnemu zakonskemu znaku. S tako orisano razlago objektivnih zakonskih znakov imamo praviloma v mislih znake, ki se nanašajo na predmete, sredstva in pripomočke,¹⁰⁸ s katerimi je opisano izvršitveno ravnanje oziroma je njegovo nepravo kvalificirano ter na drugem mestu okoliščine dejanskega stanu ali posebne načine izvršitve. Tako pridobljen rezultat razlage je včasih zaradi upoštevanja narave dobrine in striktno razlage posameznih nepravih opustitvenih izvršitvenih oblik¹⁰⁹ treba omejiti še tako, da se za enako stopnjo neprava kot pri storitvenem kaznivem dejanju zahteva, da storilec do tveganja z lastnostmi iz objektivnega znaka za izvršitveno ravnanje predhodno na določen način ravna, zlasti da ga poveča,¹¹⁰ kar se kot celota šteje kot kvalificirana kršitev neke zapovedne norme za posledično kaznivost v okviru neprave opustitve.

4.4.2. Normativni zakonski znaki

Prenos normativnih znakov¹¹¹ na opustitveno izvršitveno različico pomeni vnos pre-soje šibkejšega oblastnega razmerja z vidika prek takih zakonskih znakov posredovanih vrednostnih meril. Zahtevana povečana stopnja neprava mora biti izražena prav v razmerju med storilcem oziroma njegovo pasivnostjo in tveganjem in ne zadostuje zgolj to, da tveganje samo po sebi vzbuja socialno-etično grajo. Tudi pri zakonskih znakih, ki so

¹⁰⁶ Roxin in Greco, 2020, str. 405–406.

¹⁰⁷ Prim. Gimbernat Ordeig, 1999, str. 325.

¹⁰⁸ Tipičen primer je uporaba nevarnega orožja (kljub njegovi izraziti normativni naravi) kot sredstva izvršitve velike tatvine po prvem odstavku 205. člena KZ-1, kjer garant v udeležbeni obliki pomoči tako izraženega tveganja izvedbe tatvine z nevarnim orožjem ne prepreči.

¹⁰⁹ Korošec, 2000, str. 4.

¹¹⁰ Prim. Jescheck in Weigend, 1996, str. 629. Opozoriti je treba, da je to praviloma, ne pa nujno identično z garantnim položajem na podlagi storilcu pripisljivega protipravnega predhodnega ravnanja (ingerenčna odgovornost).

¹¹¹ Na primer »na grozovit ali zahrbtnen način« kot alternativni izvršitveni obliki umora po 1. točki prvega odstavka 116. člena KZ-1. Glej Korošec in Zobec, v: Korošec, Filipčič in Zdolšek (ur.), 2018, str. 299.

normativno-objektivni, tj. mešani¹¹² in opisujejo izvršitveno ravnanje, zlasti njegov potek ter učinke, je v večini primerov merodajna vsebinska presoja razmerja med storilcem, tveganjem in nastalo prepovedano posledico.¹¹³

4.4.3. Subjektivni zakonski znaki

Subjektivni zakonski znaki kot odraz storilčeve subjektivne sfere, ki je zahtevana kot pogoj kaznivosti že na ravni biti kot elementa splošnega pojma kaznivega dejanja,¹¹⁴ pomeni, da se za izpolnitev danega opisa predpostavlja tako izkazan storilčev subjektivni odnos do tveganja in nastale prepovedane posledice v povezavi z možnostmi, ki jih za preprečitev prepovedane posledice storilec ima.¹¹⁵

5. Sklep

Na podlagi strukturiranega opazovanja ontoloških značilnosti opustitvenega ravnanja na sebi, metodično utemeljenega prek koncepta narave stvari, smo pridobili nujno potreben pojmovni aparat za razumevanje nepravega opustitvenega kaznivega dejanja. Za rešitev zahtevnega problema enakovrednosti, torej opredelitve splošnih pogojev podreditve opustitvenega ravnanja storitveno oblikovanemu opisu kaznivega dejanja, smo ključni ontološki element našli v od storilca telesno ločenem tveganju, ki je neposredni vzrok prepovedane posledice pri opustitvenih ravnanjih. Obstoj tveganja utemeljuje na primarni ravni pravne presoje tudi sklep, da gre prav za opustitveno ravnanje in s tem za podreditev pod zapovedno kazenskopravno normo, bodisi prek pravih bodisi nepravih opustitvenih kaznivih dejanj. Tako smo jezikovno določno zamejili potrebe argumentacijskega postopka, ki je pri prevladujoči formuli težišča očitka kot načina razmejitve med opustitvenim in storitvenim ravnanjem ostal zabrisan ter zakrit, na koncu izpraznjen

¹¹² Glej Roxin in Greco, 2020, str. 406.

¹¹³ Tako bo izvršitev doseganja spolnega ravnanja iz prvega odstavka 170. člena KZ-1 v nepravni opustitvi zaradi ciljnostne naravnosti glagola »doseči« podana šele ob usmerjenosti pasivnosti v spolno ravnanje in povečanju tveganja nesoglasnega spolnega ravnanja žrtve s tretjo osebo oziroma žrtve na sami sebi prav zaradi pasivnosti nosilca garantnega položaja. Prim. Renzikowski, v: Erb in Schäfer (ur.), 2021, komentar § 177 StGB, robna št. 52–61; Eisele, v: Schönke in Schröder (ur.), 2019, komentar § 177 StGB, robna št. 13–18.

¹¹⁴ Bavcon idr., 2013, str. 190.

¹¹⁵ Razlaga goljufige namena kot tipičnega primera subjektivnega zakonskega znaka po prvem odstavku 211. člena KZ-1 v opustitvi se tako naveže na razmerje med tveganjem ravnanja žrtve v svojo ali tujo škodo zaradi napačne informiranosti, za varovanje premoženjskih dobrin katere ima storilec garantno dolžnost (v teh primerih praviloma na temelju pogodbenega razmerja oziroma prevzemne garantne dolžnosti) in storilec z goljufigim namenom v to tveganje ne poseže z ustreznim informiranjem žrtve.

večinoma prepuščen vrednostnim izhodiščem razlagalca.¹¹⁶ Če je tveganje od storilca pri opustitvenem ravnanju ločeno, tj. ni identično z njim v fizikalnem smislu ali pa zvezano, da ga storilec izrabi kot enega izmed pogojev za nastop prepovedane posledice, mora biti za pripisljivost posledice in enakovrednost storitvenemu ravnanju podano posebno razmerje med storilcem in tveganjem. To abstraktno razmerje smo opisali s pojmom šibkega obvladovanja, kar je tudi podlaga za opredelitev posameznih sestavin objektivnega neprava nepravlega opustitvenega kaznivega dejanja. Od storilca je stopnja izražanja tveganja v nepravo uspeha odvisna v omejeni meri, kolikor mu pravni red vrednostno nalaga dolžnost ravnati v tej smeri in kolikor je to storilcu možno, odvisno od podanih alternativ ravnanja in njihove stopnje učinkovitosti (verjetnosti, ki meji na gotovost) zmanjšanja tveganja. To brez posebnih prilagoditev velja tudi za znotraj in zunajtriazne reševalne ukrepe, podprte z najsodobnejšimi ukrepi presojanj tveganj s tehnologijo umezne inteligence. Tudi tu mora storilčeva (strokovnjakova) sposobnost končno reševalnega ukrepa na ravni biti kaznivega dejanja temeljiti na pretežno objektivizirani(!) presoji, neodvisni od storilčevega vedenja o okoliščinah ogroženosti dobrine, kot zadnji element koncepta šibke oblasti nad tveganjem.

Literatura

- Ambrož, M. (2007) *Kaznivo dejanje in njegove vrednostne prvine*. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.
- Ast., S. (2010) *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik. Eine Systematisierung von Normarten und deren Nutzen für Fragen der Erfolgszurechnung, insbesondere die Abgrenzung des Begehungs- vom Unterlassungsdelikt*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Bärwinkel, R. (1968) *Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Bavcon, L., Šelih, A., Korošec, D., Ambrož, M., Filipčič, K. (2013) *Kazensko pravo. Splošni del*. 6. izdaja. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
- Berster, L. (2014) *Das unechte Unterlassungsdelikt. Der gordische Knoten des Allgemeinen Teils*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Brammsen, J. (1986) *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantienpflichten*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Cirener, G., Radtke, H., Rissing-van Saan, R., Rönna, T., Schluckebier, W. (ur.) (2020) *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar. Erster Band*. 13. izdaja. Berlin: De Gruyter.

¹¹⁶ Haas, 2002, str. 114.

- Erb, V., Schäfer, J. (ur.) (2021) *Münchener Kommentar zum StGB. Dritter Band.* 4. izdaja. München: Verlag C. H. Beck.
- Engisch, K. (1973) 'Tun und Unterlassen' v Lackner, K., Leferenz, H., Schmidt, E., Welp, J., Wolff, E. A. (ur.) (1973) *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973.* Berlin: De Gruyter, str. 163–196.
- Engisch, K. (2021) *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände.* Ponatis 1. izdaje iz leta 1931. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Freund, G. (1998) *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre.* Berlin: Springer.
- Gimbernat Ordeig, E. (1999) 'Das unechte Unterlassungsdelikt', *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 111(2), str. 307–334.
- Greco, L. (2011) 'Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten', *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 6(8-9), str. 674–691.
- Güntge, G., F. (1995) *Begehen durch Unterlassen: Der Gesetzliche Anwendungsbereich des § 13 StGB.* Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Haas, V. (2002) *Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe.* Berlin: Duncker & Humblot.
- Herzberg, R. D. (1972) *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip.* Berlin: Walter de Gruyter & Co.
- Jakobs, G. (1991) *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch.* 2., predelana in razširjena izdaja. Berlin: Walter de Gruyter.
- Jakobs, G. (2017) 'Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen' v Pawlik, M. (ur.) (2017) *Strafrechtswissenschaftliche Beiträge.* Tübingen: Mohr Siebeck, str. 445–479.
- Jakobs, G. (2017) 'Risikokonkurrenz – Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht' v Pawlik, M. (ur.) (2017) *Strafrechtswissenschaftliche Beiträge.* Tübingen: Mohr Siebeck, str. 341–362.
- Jescheck, H. H. (1965) 'Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im deutschen und ausländischen Strafrecht', *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 77, str. 109–148.
- Jescheck, H. H., Weigend, T. (1996) *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil.* Berlin: Duncker & Humblot.
- Kaschubs-Saeedi, T. (2002) *Menschliches Leben als Schutzgut des Strafrechts – Studien zu den Grenzen des Strafrechts im Zeitalter von Reanimations-, Transplantationsmedizin und Humanexperiment.* Frankfurt na Majni: Peter Lang Verlag.

- Kaufmann, A. (1965) *Analogie und „Natur der Sache“*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*. Karlsruhe: Verlag C. F. Müller Karlsruhe.
- Kindhäuser, U. K. (1980) *Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis von Handlung im Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Korošec, D. (2000) 'Vidnejše posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj', *Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete Univerze v Ljubljani* 60 (1), str. 179–198.
- Korošec, D. (2010) 'Nadzorstvena in varstvena kazenska odgovornost v šoli. Učiteljeva odgovornost za nasilna ravnanja drugih', *Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete Univerze v Ljubljani* 70 (1), str. 159–184.
- Korošec, D. (2016) *Medicinsko kazensko pravo*. 2., spremenjena in dopolnjena izdaja. Ljubljana: GV Založba.
- Korošec, D., Filipčič, K., Zdolšek, S. (ur.) (2018) *Veliki znanstveni komentar posebnega dela Kazenskega zakonika (KZ-1)*. 1. knjiga. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
- Korošec, D., Filipčič, K., Zdolšek, S. (ur.) (2019) *Veliki znanstveni komentar posebnega dela Kazenskega zakonika (KZ-1)*. 2. knjiga. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
- Larenz, K., Canaris, C. W. (1995) *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3., spremenjena izdaja. Berlin: Springer.
- Maurach, R., Schroeder, F. C., Maiwald, M. (2003) *Strafrecht. Besonderer Teil. Teilband 1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte. Lehrbuch*. 9. izdaja. Heidelberg: C. F. Müller Verlag.
- Nickel, E. (1972) *Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte im Hinblick auf den Grundsatz „nullum crimen sine lege“ (Art. 103 Abs 2. GG)*. Berlin: J. Schweitzer Verlag.
- Nitze, P. (1989) *Die Bedeutung der Entsprechensklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB)*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Pavčnik, M. (2013) *Argumentacija v pravu*. 3., spremenjena in dopolnjena izdaja. Ljubljana: GV Založba.
- Pavčnik, M. (2017) *Teorija prava. Prispevek k razumevanju prava*. 5., pregledana in dopolnjena izdaja. Ljubljana: Lexpera (GV Založba).
- Pawlik, M. (2011) 'Das dunkelste Kapitel in der Dogmatik des Allgemeinen Teils. Bemerkungen zur Lehre von den Garantienpflichten' v Heinrich, M., Jäger, C., Schünemann, B., idr., (ur.) (2011) *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011. Strafrecht als Scientia Universalis*. Berlin: De Gruyter, str. 931–945.

- Phillips, L. (1974) *Der Handlungsspielraum. Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht*. Frankfurt na Majni: Vittorio Klostermann.
- Radbruch, G. (1903) *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*. Berlin: J. Guttentag.
- Roxin, C. (1970) *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*. 2., nespremenjena izdaja. Berlin: Walter de Gruyter & Co.
- Roxin, C. (2003) *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. München: C. H. Beck.
- Roxin, C. (2019) *Täterschaft und Tatherrschaft*. 10. izdaja. Berlin: De Gruyter.
- Roxin, C., Greco, L. (2020) *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 5. izdaja. München: C. H. Beck.
- Rudolph, H. J. (1966) *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*. Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co.
- Samson, E. (1974) 'Begehung und Unterlassung' v Stratenwerth, G., Kaufmann, A., Geilen, G., Hirsch J. H., Schreiber, H. L., Jakobs, G., Loos, F. (ur.) (1974) *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*. Berlin: De Gruyter, str. 579–603.
- Sánchez-Vera, J. (1999) *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schambeck, H. (1964) *Der Begriff der „Natur der Sache“. Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung*. Dunaj: Springer-Verlag.
- Schneider, C. (1997) *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schönke, A., Schröder, H., idr. (ur.). (2019). *Strafgesetzbuch. Kommentar*. 28. izdaja. München: C. H. Beck.
- Schrägle, H. (2016) *Das begehungsgleiche Unterlassungsdelikt. Eine rechtsgeschichtliche, rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung und die Entwicklung eines Systems der Garantentypen*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schünemann, B. (1971) *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*. Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co.
- Schünemann, B. (1984) 'Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen', *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 96(2), str. 287–320.
- Schürmann, H. (1986) *Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz*. Berlin: Duncker & Humblot.

- Stratenwerth, G., Kuhlen, K. (2011) *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat.* 6., predelana izdaja. München: Verlag Franz Vahlen.
- Šepec, M. (ur.) (2021) *Kazenski zakonik s komentarjem. Splošni del.* Ljubljana: Lexpera (GV Založba).
- Vogel, J. (1993) *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten.* Berlin: Duncker & Humblot.
- Von Coelln, S. (2008) *Das „rechtliche Einstehe müssen“ beim unechten Unterlassungsdelikt. Die Emanzipation der Garantenstellung von einzelnen Fallgruppen.* Berlin: Duncker & Humblot.
- Weinberger, O. (1988) *Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts.* Dunaj: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.
- Welp, J. (1968) *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung.* Berlin: Duncker & Humblot.
- Welzel, H. (1969) *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung.* 11. predelana in razširjena izdaja. Berlin: Walter de Gruyter & Co.
- Wessels, J., Beulke, W. (2011) *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau. Mit höchstrichterlichen Entscheidungen auf CD-ROM.* 41. izdaja. Heidelberg: C. F. Müller Verlag.