

Namen dogmatike so kakovostnejše (sodne) odločitve

dr. Helena Devetak, dr. Katja Filipčič in dr. Damjan Korošec

Februarja 2023 je v sozaložništvu Uradnega lista RS in Pravne fakultete Univerze v Ljubljani izšla prva knjiga¹ posodobljenega **Velikega znanstvenega komentarja posebnega dela Kazenskega zakonika (KZ-1)**.

Gre za obsežno, za kazenskopravno stroko izjemno relevantno delo več kot 70 avtorjev, urednikov, strokovnih pomočnikov in preostalih sodelavcev, za nadgradnjo leta 2015 začete raziskave in marca 2019 izdanega prvega znanstvenega komentarja posebnega dela Kazenskega zakonika. Ta je izšel v treh zvezkih na več kot 3000 straneh, z novo izdajo, ki vključuje poglobljeno obravnavo od prve izdaje sprejetih štirih novel, pa bo strani še za slabo četrtno več.

K tej nalogi so pristopili »staroselca urednika« **dr. Damjan Korošec** in **dr. Katja Filipčič** s Pravne fakultete Univerze v Ljubljani ter nova urednica za področje gospodarske kriminalitete, odvetnica **dr. Helena Devetak**.²

Zakaj menite, da v Sloveniji pred letom 2019 oziroma 2023, ko je bil izdan bistveno posodobljen komentar, nismo imeli znanstvene analize Kazenskega zakonika?

Dr. Damjan Korošec: Slovenija z Velikim znanstvenim komentarjem (VZK) na srečo ni začela iz nič, že v času Jugoslavije je bilo nekaj komentarjev posebnega dela kazenske zakonodaje. Monumentalen komentar posebnega dela slovenskega kazenskega zakona kolege Mitje Deisingerja je bil v vseh pogledih pomemben predhodnik VZK in v obeh dosedanjih izdajah VZK vir ter tudi inspiracija urednikom in avtorjem. Res pa ni dobra izkaznica slovenske znanosti, da raziskovalni projekt z velikim številom urednikov, avtorjev, svetovalcev in strokovnih pomočnikov posebej na področju posebnega dela kazenskega prava zamuja pri kazenski zakonodaji samostojne Slovenije (1995) za kar več desetletij. Analiza vzrokov za to je pomembna za razumevanje, kaj je slovenska kazenskopravna teorija in kakšen je njen vpliv, zato je prav, da se o tem odkrito pogovarjamo.

Brez dvoma je primerjalno pomemben faktor majcenost Slovenije in znotraj nje mikroskopska majcenost kazenskopravne znanosti. Kot urednik pri obeh izdajah sem dobil vtis, da pri tem igra dopolnilno žalostno vlogo tradicionalno razumevanje in postavljanje prioritet v visokem šolstvu. Tistih nekaj ljudi, ki jim je država pripravljena financirati kariere v kazenskopravni znanosti, je prisiljeno (spet primerjalno vpadljivo!) ogromne dele svojega delovnega časa in energije polagati na oltar politične svete krave nujnosti groteskno številnih izpitnih obdobij in izpitnih rokov in še številnejših pravic ponavljanja neuspešno opravljenih izpitov, reševanja pravih cvetač pritoževanj v zvezi z izpiti in še marsičesa. Ob tem smo se navadili na utapljanja v administriranju in upravljanju vseh vrst, obrazcih in poročilih, vlogah in prilogah, analognih in digitalnih, ki kot metastaze uničujejo moč za ambiciozno raziskovalno delo, v mojem primeru (univerzitetnega docenta in profesorja) npr. desetletja povsem brez asistentov, kaj šele tajniške admini-

strativne podpore. Seveda gre zato pri raziskovanju vse strašljivo počasi!

Tako so tu karierni izleti in umiki kazenskih pravnikov v sodstvo, upravo, politiko, politično delovanje v raziskovalni karieri, beg iz kazenskopravne teorije v mehko sociologijo, kriminologijo, viktimologijo, nevroznanosti in njihovih popularnih klonov in brstov, nadomeščanje kazenskopravnega raziskovanja z delovanjem v nepravni znanosti namesto sinergijskega dopolnjevanja, neprestano dajanje prioritete tako rekoč vsemu drugemu, le kazenskopravni znanosti ne. Ob tem ne gre pozabiti, da je v Sloveniji zadnjih osemdeset let politika (ki je ustvarjala in razlagala kazensko pravo) pretežno leva, mestoma, tudi v zadnjem času, zelo leva, kar med drugim vodi do vrednostno-samoumevnostnega razumevanja marsikaterih rešitev, odsotnosti nekaterih rešitev, vse na škodo uravnoteženega preizpraševalnostnega razvoja prava (in družbe). Kar nekaj je politično simbolnih zakonodajnih stolpov, ki so sami sebi namen. Tu mislim npr. na nič manj kot globalno eno najbolj radikalno privilegiranih inkriminacij detomora, na dolgotrajno vpadljivo splošno zadržanost do učinkov privolitve oškodovanca v interesu javnosti splošnih dobrin, na preračunljivo ali siceršnjo apatijo ob pojavih prava ulice oziroma, da poskusim biti zelo aktualen, na razvnetost pri razpravljanju o potrebi po posebnih inkriminacijah femicida, po evtanazijski dovoljenosti vzajemnega pobijanja in prav posebej na poseben minimum in maksimum kazni pri novi temeljni obliki kaznivega dejanja posilstva (neprisilitvenem in nemanipulativnostnem posilstvu od KZ-1H) po prvem odstavku 170. člena KZ-1. Ta je zapor od šestih mesecev do petih let, to pa je enaka kazen, kot jo naša zakonodaja predvideva za poveljniško odgovornost za genocid po tretjem odstavku 104. člena KZ-1, za pozivanje k neposredni izvršitvi genocida po četrtem odstavku 105. člena KZ-1, za mednarodno podporo nasilni spremembi ustavne ureditve Slovenije po drugem odstavku 359. člena KZ-1, pa tudi za naklepno hudo telesno poškodbo druge-

¹ Junija sledi druga, pred koncem avgusta pa še tretja.

² Pri prvi izdaji je bil urednik za področje gospodarskega kazenskega prava odvetnik Stojan Zdošek; <<https://www.uradni-list.si/knjigarna/knjiga/veliki-znanstveni-komentar-posebnega-dela-kazenskega-zakonika-kz-1-1>> (10. 6. 2023). Vprašanja za tokratni intervju so poleg avtorja sicer prispevali tudi odvetniki dr. Blaž Kovačič Mlinar, mag. Mitja Kocmut (Oxon), Žiga Peternel, dr. Petra Plešec in dr. Miha Šošić, za kar se jim iskreno zahvaljujem.

ga (prvi odstavek 123. člena KZ-1) in za usmrnitev(!) drugega iz malomarnosti (118. člen KZ-1). Ob tem v Sloveniji ta delikt zastara v tridesetih letih (zahteva novele KZ-1F iz leta 2020), kar je splošni zastaralni rok za terorizem v hudodelski združbi (šesti odstavek 108. člena KZ-1), za atentatni uboj predsednika republike (352. člen KZ-1) ali za umor v grozoviti izvršitveni obliki (1. točka prvega odstavka 116. člena KZ-1). Težko se je izogniti vtisu politično pregretega,

slabega prava, velikih sistemskih problemov posebnega dela KZ-1 in ne tako redkih posamičnih bizarnosti posameznih inkriminacijskih sklopov in inkriminacij in še kakšnih osebnih deficitov teoretskega znanja (v pravosodju). Ob povrh vsega rednem sprotnem bombardiranju z novelami kazenske zakonodaje, v katerih so tudi teoretsko zelo klavrni odbleski in odmevi ideologij, pa čeprav novih in popularnih. Tudi ni mogoče ob tem krotiti nadutosti, ošabnosti



(z desne)

dr. Helena Devetak,
dr. Damjan Korošec
in dr. Katja Filipovič

nezrelega, vsaj v spolnem primeru histeričnega prava, a v kontekstu izhodiščnega vprašanja je bolj pomembno, kaj je lahko zoper to napravila kazensko-pravna teorija, koliko je (na politično očitno vplivni ulici, pa tudi v političnih kabinetih) sploh zmognosti razumeti njene naloge in vloge, koliko je v javnosti in dani politiki sploh zaželeno, slišano in nagrajeno in kaj je bila sploh intelektualno sposobna in zlasti tudi pripravljena napraviti. Da ni morda tudi sama sociologizirana, kriminologizirana in spolitizirana? Morda sistematično marginalizirana in podplačana?

Treba je biti iskren: slabega kazenskega prava v Sloveniji ni malo. Kaj nam pomagajo v politiki hvaljene inkriminacije t. i. sovražnega govora (297. člen KZ-1), dokler so že v izhodišču in potem dodatno še z raznimi noveliranjmi formulirane in reformulirane tako, da jih štabi kazenskopravno znanstveno visoko kvalificiranih komentatorjev iz teorije in vrhov sodstva in tožilstva po večmesečnih razvozlanjih in usklajevanjih v sklopu VZK (II) nismo uspeli resno razumeti, kaj šele se o njih poenotiti? Znanstveno, strokovno, ne politično! Take inkriminacije so zanič pravo, politične ambicije gor ali dol. Seveda ni mogoče hitro razvozlavati in komentarsko objavljati klobčičev

in siceršnje osebnostne težavnosti strokovnjakov za kazensko pravo vseh vrst, začetnikov v pravu, ki zavračajo sodelovanje pri tovrstnem raziskovanju ali pa zavlačujejo napredek pri njem z argumentom »osebne prezasedenosti«, brezsrčno tudi z delom zunaj prava. Mnogo je vzrokov, da velikih in ambicioznih in tudi spodobno nagrajevanih raziskovalnih projektov v kazenskem pravu v Sloveniji ni ali pa se vlečejo nespodobno dolgo.

Ni pa seveda vse črno. Prav nasprotno. Med sodelavci v velikem raziskovalnem projektu so bili zlata vredni kolegi, marljivi, predani, požrtvovalni, razgledani in načitani ravno v kazenskem pravu, z velikim smislom za kazensko pravo, odlični soavtorji. Od skoraj vseh sodelujočih praktikov smo lahko v komentarju na debelo črpali relevantna spoznanja in opažanja, o katerih se teoretikom že zaradi narave njihovega dela ne more niti sanjati. Spodbude in sinergije iz prakse so bile velike in po mojem mnenju dolgo-ročno produktivne zlasti tudi za teorijo kazenskega prava v Sloveniji, ki ji takega sodelovanja kronično primanjkuje. Nadvse so nam pomagali tudi svetovalci s svojimi posebnimi področnimi znanji zunaj prava ali zunaj kazenskega prava, izrazito potrpežljivo in

dosledno razumljivo tudi zunaj njihovih strok. Sodelovanje med uredniki je bilo od prve do zadnje sekunde brez prekinitve ves čas zgledno. A vse to sodelovanje je seveda tudi zahtevalo svoj čas, ki ga je bilo na koncu treba meriti v letih.

Nam lahko z nekaj podatki, najbolje številiškimi, orišete obseg tega projekta: koliko let, koliko ljudi, zakaj predvsem je bilo vse to potrebno?

Dr. Katja Filipčič: S kazenskim pravom se poklicno ukvarjam tri desetletja. V tem času sem vodila več raziskovalnih projektov in bila urednica več znanstvenih monografij. Zato sem bila ob odločitvi za izvedbo projekta »komentar posebnega dela KZ-1« prepričana, da vem, v kaj se s souredniki podajamo. Vendar sem že kmalu spoznala, da so vse moje prej navedene izkušnje sicer koristne, da pa komentatorski projekt presega vse moje prejšnje izkušnje tako po vsebinskem obsegu kot po logistični zahtevnosti. Če najprej osvetlim logistični vidik. S pravami projekta smo začeli v letu 2015, naslednje leto pa zbrali več kot 50 strokovnjakov za njegovo izvedbo. Treba je bilo usklajevati njihovo delo, odgovarjati na vprašanja, skrbno voditi evidenco, kdo je že kaj naredil ... Ogromno komunikacije! Seveda pa je bil najpomembnejši vsebinski vidik. Naš pristop je bil izviren; poleg strokovnjakov za kazensko pravo smo k sodelovanju pritegnili tudi strokovnjake z različnih področij, ki so kot soavtorji ali svetovalci pomembno prispevali k analizi zakonskih znakov inkriminacij z različnih pravnih (npr. avtorsko, družinsko, davčno, delovno pravo, varstvo osebnih podatkov) in tudi nepravilnih področij (npr. farmacija, sodna medicina). Uredniki smo vsebinsko usklajevali njihovo delo in si prizadevali, da imajo vsi komentarji podobno strukturo, da si stališča glede podobnih vprašanj ne nasprotujejo. Uredniki smo tudi dopolnjevali besedila z vnaprej izdelanimi moduli o institutih splošnega dela kazenskega prava, na primer o kolektivnih in trajajočih kaznivih dejanjih, privolitvi oškodovanca, poskusu. Zaradi obsežnosti in zahtevnosti dela se nam je izid prve izdaje precej odmaknil od načrtovane časovnice, saj smo vsi uredniki in avtorji sodelovali v projektu ob našem rednem delu. In seveda so bili tudi trenutki, ko smo se vprašali, kaj nam je vsega tega treba. Pa smo vztrajali, ker smo že sproti videli rezultate našega dela in se zavedali, da gre za pomemben projekt. Tako za teorijo kot za prakso. Pet let po izidu komentarja in po petih spremembah KZ-1 ter številnih spremembah dopolnilne zakonodaje smo se odločili aktualizirati komentar, za kar smo potrebovali dve leti. Nekateri avtorji iz prve izdaje pri drugi niso mogli sodelovati, zato smo pridobili še nekaj novih. Prepričana sem, da je druga izdaja še boljša od prve, da so besedila še bolj strukturirana, da so stališča bolj izpolnjena, predvsem pa so vsebinsko dopolnjeni komentarji spremenjenih inkriminacij.

Zakaj se zdi, če človek prebira poudarke iz predgovorov obeh izdaj, da so bile nepravne opustitve prej v naši kazenskopravni teoriji, pa verjetno posledično tudi v sodni praksi, nekako neupravičeno zanemarjene, da ne rečemo spregledane? Bi lahko rekli, da je prišlo zaradi tega, teoretično, kdaj lahko celo do neustrezne sodne odločitve?

Dr. Korošec: Arhetipično kaznivo dejanje je naklepno, storitveno, dokončano in poškodbeno. Brez storilskih in udeležbenih sodelovanj, enoaktno, netrajajoče. Seveda brez kakšnih objektivnih pogojev kaznivosti, nedovršnih glagolov ali množinskih samostalnikov v inkriminaciji za opis izvršitvenih ravnanj ali prepovedanih posledic in podobnih zakonodajnih dekadenc. Tako kaznivo dejanje je razmeroma preprosto učiti pri študiju prava, se ga naučiti in potem prepoznati v praktičnem delu s kriminalom. Prav takih je tudi statistično veliko in se jih je mogoče strokovno zlahka navaditi. Z vidika znanosti gre tako rekoč za kaznivo dejanje za začetnike. Kaj lahko se ambicije in znanje kazenskih pravnikov, tako na področju splošnega kot na področju posebnega dela, tu tudi otopelo za vselej končajo. Če sem zelo zloben, lahko rečem, da to ne velja nujno le za študente, tožilce in sodnike, ampak tudi za docente in profesorje kazenskega prava. Malomarnost, ogrožitvenost, nedokončanost, bolj eksotične oblike zakonodajnih opisov ravnanja in posledice, še posebej kot rezultat dogmatično neobglednega zakonodajalca, prav posebej pa opustitvenost ravnanja in med njimi znanstveno očitno daleč najbolj kompleksna, nepravna opustitvenost garanta hitro presežejo ambicije in znanje zlasti v vzajemnih kombinacijah.

Teorija nepravilnih opustitvenih kaznivih dejanj je eden od primerjalno najvidnejših indikatorjev vrhunskosti kazenskopravne teorije oziroma kar razvitosti pravne znanosti. Je že tako. Ne neprestana pavšalna skepsa glede smisla kazenskega prava in državne represije in izumljanje vedno novih alternativnih kazenskih sankcij. Še manj ritmično podaljševanje zastaralnih rokov za pregon kaznivih dejanj (na področju spolnosti) pred vsakokratnimi volitvami v državni zbor in utemeljevanje koristnosti ali odvečnosti posebnih zastaralnih rokov pri deliktih zoper npr. otroka s silnimi politično-viktimološkimi razpravami. Kaj pomaga sijajen, silovit nabor vzgojnih in prevzgojnih in varnostnih in mavrično alternativnih kaznovalnih in kazenskih ukrepov v kazenskem pravu, če zaradi slabega prava, osebnih deficitov znanja in kombinacij obojega nisi sposoben utemeljiti, da je neko ravnanje protipravno, ne pa krivdno, in zaradi tega odpadejo vse alternative kaznovanja in prevzganja in v odkrilju kazenskega prava? S politično in vrednostno zagretostjo ni mogoče nadomeščati prava. Pa je iz strukture znanosti, ki se (znotraj pravnih fakultet, npr. ljubljanske) ukvarjajo s kriminalom, števila in karier posameznih znanstvenikov in njihovih raziskav in objav in financiranosti razvidno, da se v Sloveniji tega zavedamo? Ali morda ne izhaja ravno iz nezavedanja teh razmerij slovenski tradicionalno obupno mačehovski odnos do nepravilnih opustitvenih kaznivih dejanj (ki so brez dvoma ogromen in zelo viden steber sodobne kazenskopravne teorije, z enako ogromnim potencialom za vsakodnevno sodno prakso)?

Je pa kultiviranje doktrinarne najzahtevnejših spoznanj o splošnem pojmu kaznivega dejanja in vpetosti različnih vidikov ravnanja garantov vanj kajpak postopek, dolgotrajno dogajanje, evolucija, naloga za več generacij, ne zgolj za eno izdajo kakšnega znanstvenega komentarja. Zelo si želim, da se slovenska praksa ne bo zapirala pred tovrstnimi postopki širjenja znanja in kompetenc v nekatere obrambne mehanizme in retrogradnost in bo tudi v nepravilnih

opustitvenih kaznivih dejanjih, s skromno pomočjo VZK (II), predvsem spoznala možnost za rast in seveda tudi za preciznejše in boljše zagotavljanje pravne varnosti ljudi. Pri (nepravih) opustitvenih kaznivih dejanjih ne gre nič bolj za širjenje represije kot pri kateremkoli drugem institutu splošnega (ali posebnega) dela kazenskega prava, zato bi bila morebitna politična odklonilnost ravno do njih in posebej do njihovega utemeljevanja logično nesmiselna,

prve in druge stopnje prepoznajo dogmatična vprašanja in jih suvereno obravnavajo, tudi s pomočjo našega komentarja. Od izida prve izdaje je preteklo premalo časa, da bi lahko ocenjevali, ali je bil ta naš namen dosežen. Vsekakor pa vidimo, da se naš komentar ne praši na policah, saj se sodbe sklicujejo nanj. In ne le sodbe Vrhovnega sodišča. Včasih slišim od kakšnega sodnika ali tožilca, da je komentar prezahteven, preveč teoretičen in da zato ni posebej upora-



pravnoznanstveno pa sploh nonsens. Res pa se zdi, da nenaklonjenosti nekaterih zgodovinskih obdobj do kazenskopravne teorije tudi ali morda še posebej v posttranzicijskih družbah preprosto ni mogoče uiti.

Ali ste od prve izdaje komentarja zaznali kakšen vpliv komentarja na obrazložitve objavljenih sodb in pravno argumentacijo v smislu večje dogmatične doslednosti? Koliko po vaši oceni sicer sodna praksa sledi kazenskopravni dogmatiki?

Dr. Filipčič: Dogmatika kazenskega prava predstavlja zapleten sistem teoretične analize institutov splošnega dela kazenskega prava, na katere mora biti sodišče pozorno pri obravnavi prav vsake zadeve. Gre na primer za vprašanja zmot, dokončnosti kaznivega dejanja, nepravih opustitev. Večina zadev, ki jih obravnava sodna praksa, je v dogmatičnem smislu nezahtevnih, sodišča pa so usmerjena v razčiščevanje dejanskih in postopkovnih vprašanj. Niso pa vse zadeve take. Včasih sodišča prve in druge stopnje tudi ne zaznajo, da imajo pred sabo zadevo, obremenjeno z zahtevnimi teoretičnimi vidiki, ali pa je to zanje pretrd oreh in čakajo na stališča Vrhovnega sodišča. In namen našega komentarja je, da tudi sodišča

ben za prakso. Takih mnenj ne razumem kot kritike nas avtorjev in urednikov, ampak kot kritiko stanja našega sodstva, ko so sodniki in tožilci preobremenjeni z obravnavo številnih zadev, lovljenjem rokov in izpolnjevanjem norm, ko imajo premalo časa, da bi lahko poglobljeno naštudirali različne vidike zadev, ki jih obravnavajo. Kljub temu upam, da bodo sodniki in tožilci ob hitenju pri iskanju odgovorov na posamična vprašanja prebrali tudi dele komentarjev, ki zajemajo dogmatične vidike, prepoznali njihov pomen in se jih pogostejše lotili tudi v svojih odločbah. In da bodo ustvarjeni boljši pogoji za njihovo delo, ki jim bodo omogočali poglobljeno obravnavo vsake zadeve. Tako bodo odločitve kakovostnejše, saj je to namen dogmatike. Njena vloga ni, da živi in se razvija v profesorskih pisarnah, ampak da se to dogaja v sodnih dvoranah ter da se odraža v tožilskih in sodnih odločitvah.

Dr. Helena Devetak, vi ste odvetnica in imate med uredniki največ neposrednega stika s prakso. Kaj menite vi?

Dr. Devetak: Menim, da je na splošno mogoče zaključiti, da sodna praksa sledi kazenskopravni

dogmatiki. To navsezadnje izhaja iz novejših javno objavljenih odločitev višjih sodišč in Vrhovnega sodišča, ki se od prve izdaje VZK pogosto sklicujejo nanj. Pri uredniškem delu druge izdaje VZK sem pri pregledu novejših sodne prakse v sodbah višjih sodišč pogosto naletela na citate in sprotne opombe, ki se sklicujejo na VZK, kar me je razveselilo, saj kaže na to, da sodniki VZK dejansko uporabljajo in je torej dosežen njegov namen, kot je omenila že kolegica dr. Filipčič. Res pa je, da je to odvisno od posameznega sodnika in njegovega načina dela, od tega, ali sploh in v kolikšni meri si pomaga s komentarjem in ali ga tudi navede v opombah besedila sodbe.

Nedavno sem naletel na prispevek o tem, da avstrijsko podjetje, ki deluje nedaleč od slovenske meje, za darovanje krvi ponuja plačilo in povračilo potnih stroškov, zaradi česar se vse več Slovencev odloča za darovanje krvi tam. Kaznivo dejanje iz 181.a člena KZ-1 v tretjem odstavku med drugim inkriminira odvzem ali pridobitev odvzete krvi ali komponente krvi, za katero darovalec prejme plačilo. Kako je mogoče, da se pojavljajo takšne razlike med državami članicami EU, oziroma kako je mogoče, da je trgovanje s krvjo v nekaterih med njimi povsem legalno, ko pa naj bi vse sledile istim oziroma vsaj podobnim pravnim vrednotam in za vse velja oziroma naj bi veljala enaka evropska zakonodaja?

Dr. Korošec: Z vidika mednarodne vpetosti sistemov kazenskega prava (ne nujno razmerja do mednarodnega kazenskega prava) imamo po eni strani (vsaj v Sloveniji) precej teoretsko megleno kategorijo t. i. nacionalno omejenih kazensko-pravnih dobrin in posledično enako megleno figuro nacionalno omejenih inkriminacij – v glavnem javni red in mir, pravosodje, obrambna moč države, nenazadnje tudi obstoj države in njene temeljne ureditve – kjer že sama dobrina oziroma prepovedana posledica iz inkriminacijske dispozicije z razlago ostaja zgolj naša in domača in je izvršitev zoper tujino, včasih pa celo kar v tujini ovira na ravni izpolnjenosti biti inkriminacije kot elementa splošnega pojma kaznivega dejanja. Sam to tudi po delu pri VZK štejem za eno bolj zanemarnjenih področij posebnega dela slovenskega kazenskega prava. Potem je tu ogromen sklop bolj standardnih teoretskih problemov krajevnosti in javnosti nacionalnega kazenskega prava z znanimi subsidiarnostmi realnega, aktivno in pasivno personalitetnega in univerzalnega načela te veljavnosti ter z zakonskimi in teoretskimi omejitvami, če dejanje v tujem kraju, kjer je bilo izvršeno, ni kaznivo. Tu kaj lahko spet trčimo v nejasnosti kakšne poduhovljene in abstraktne in še zlasti politično ali celo ideološko napete slovenske kazensko-pravne dobrine (kot npr. pri dvojni zakonski zvezi, sklenjeni v tujini, nadomestnem materinjenju z udeležbo našega državljanca v tujini, sodelovanju naših državljanov pri tujem znanstvenem raziskovanju v zvezi s stvaritvijo človeškega bitja, izbiro spola otroka ipd.) in tudi to je v veliki meri problematika teorije posebnega dela kazenskega prava. Kaj lahko se kdaj odpre vprašanje, zakaj v določenih primerih po »zlorabi tujine za izvršitev kaznivega dejanja« naša država ne zavaruje najbolj neboljjenih žrtev takih deliktov z izgovorom, da delikt ni univerzalno kazniv (obrezovanje slovenskih

dečkov v tujini z verskim razlogom, obrezovalni turizem v tujino). Odprejo se tudi etična vprašanja smisla kaznivosti (slovenskega) reveža, ki v stiski prodaja tujcem v tujini lastno kri, ne nujno bistveno drugačna kot pri kaznivosti ženske, ki dovoli opraviti protipravno prekinitev nosečnosti in s tem ubije lasten plod, ali najstnice, ki sodeluje v nedovoljeni pornografski predstavi ali prostitucijski dejavnosti. Navsezadnje tudi primerjalno skrajno radikalne novotarije slovenskega kazenskega prava, kot je nemanipulativno in neprisilitveno posilstvo po sistemu »da je da« po KZ-1H, zelo jasno razkrijejo, da taka dogajanja v veliki večini držav, vključno z Nemčijo in Avstrijo, npr. sploh niso kazniva, kar predstavlja politično streljivo oviro pri njihovem pregonu v Sloveniji, tudi če gre za storilce ali žrtve v tujini, ki so slovenski državljani. Če prihaja do tovrstnih razhajanj med kaznivostmi po državah (znotraj ali zunaj EU), se je vredno resno vprašati, ali nimamo opraviti s kakšnimi preveč represivnimi in radikalnimi nacionalnimi zakonskimi rešitvami na horuk (morda tudi s »pravom lokalne ulice«), in ne le, katera država da zaostaja pri stopnjevanju kazenske represije (ravno zoper žensko, otroka ipd.). Tudi glede tega, to je vprašanj mednarodne vpetosti slovenskega prava, smo v VZK II poskušali biti karseda brezobzirni v prikazih in kritikah. In tudi zato ima npr. prva knjiga, ki komentira tudi na novo radikalno preurejano slovensko spolno kazensko pravo, kar 260 strani več od prve izdaje!

Kako gledate na razvoj slovenskega kazenskega prava glede upoštevanja privolitve oškodovanca kot razloga za izključitev protipravnosti? Zdi se, da kljub temu, da se posamezniku v vsakdanjem življenju nalaga vse več obveznosti in se mu prepušča vse večja izbira (in s tem odgovornost za lastne odločitve), slovensko kazensko pravo temu ne sledi in še vedno vztraja pri izrazitem omejevanju (svobodne in informirane) privolitve oškodovanca kot razloga za izključitev protipravnosti. Vsaj pri kaznivih dejanjih zoper premoženje in gospodarstvo bi bilo najbrž treba razmisliti o širši uporabi tega instituta, saj gre tu »zgolj« za premoženje.

Dr. Korošec: Vpetost volje oškodovanca v splošni pojem kaznivega dejanja oziroma posamezne inkriminacije ni posebej močna točka slovenske kazensko-pravne teorije zadnjega stoletja. Na eni strani jo je po moji oceni dušilo poudarjeno socialistično pristopanje k varovanju družbenega sistema in družbe z nanj naravno vezanim povečevanjem samoumevnostne javnosti vseh kazensko-pravnih dobrin, vsaj deloma celo tudi politična skepsa do svobodnega razvoja osebnosti (stran od zapovedanega družbenega razvoja, ideološko zapovedane enakosti ljudi ipd.) in, če hočete, v okviru danega vprašanja, celo tudi do resnične zasebnosti lastnine.

A tudi neodvisno od politik in ideologij dobrinsko mešane sestavljene inkriminacije, v katerih se poleg nedostopnih (nerazpoložljivih) pojavljajo tudi dostopne (razpoložljive) kazensko-pravne dobrine (zelo vidno v varnosti javnega prometa, pri javnem zdravju in še marsikje), kot mnogi drugi kompleksnejši instituti kazenskega prava ostajajo v Sloveniji desetletja neraziskane ravno z vidika privolitve oškodovanca, pa tudi silobrana in še marsičesa. Tuje

nadrobne analize posameznih kazenskoopravnih dobrin, tudi na področju pri nas tako zelo vedno znova politično intrigantne spolnosti človeka, posebej npr. v zvezi s prostitucijo, incestom in še čim, do slovenskega kazenskega prava, še posebej v praksi, bodisi sploh ne pridejo bodisi pridejo močno vulgarizirane. Tu in tam se s svobodo privolitve in njenimi kazenskoopravnimi učinki kljub teoretsko nadrobni raziskanosti problematike eksplozijsko očitno ideološko pretirava (novo posilstvo po KZ-1H), v posameznih segmentih je deležna primerne evolucijske krepitve in sprotnega poglobljenega raziskovanja (privolitev pacienta) s spodobnimi zakonodajnimi rešitvami (Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP), KZ-1), v glavnem pa ostaja v doktrinarni megli, po moji oceni zlasti v zvezi z gospodarstvom in premoženjem. Tudi tu, če smem biti spet nesramen, v precej gosti senci splošnega neumornega razpravljanja o namenu kaznovanja, nevarnostih represije, tveganju zapornih kazni in koristi odvrčanja kazenskega postopka, pomenu mediacije in celo enakosti spolov.

V VZK II smo se trudili ponuditi celovit katalog disponibilnosti oziroma omejene disponibilnosti v prav vseh obravnavanih inkriminacijah, to je za veliko večino prepoznanih dobrin kazenskega prava, vključno z vplivi teh opredelitev na silobran (delikt v silobranskem upravičenju, dopustnost silobrana zoper tak delikt), kar je pošteno oceniti kot za Slovenijo pionirsko delo in pomembno dodano vrednost prav druge izdaje VZK v primerjavi s prvo (ki je sicer privolitev obravnavala, a manj ambiciozno celovito). Tudi tu pa kajpak velja, da gre za procese, ki so naloga več generacij pravnikov, seveda tudi specialistov za gospodarsko, finančno, bančno in podobno kazensko pravo.

Kako kazenskoopravna teorija oziroma stroka gleda na razvoj sodne prakse slovenskih sodišč pri kaznivih dejanjih, kjer je zakonski znak sicer opravljanje gospodarske dejavnosti, vendar se pod tem nato razume tudi npr. dejavnost zdravstvenih zavodov, neprofitnih organizacij, javnih zavodov (univerza), če ti opravljajo kakršnokoli dejavnost »na trgu« oziroma za plačilo? Ali se s tem ne kršita načelo zakonitosti (*lex certa*) in sistemska delitev KZ-1 glede na zavarovano dobrotno (ali gre za gospodarstvo ali ne)?

Dr. Devetak: Od uveljavitve novele KZ-1B (2011) dalje, ki je pojem gospodarske dejavnosti razširila na način, da ji je dodala še kriterij odplačnosti oziroma opravljanje dejavnosti, poklica ali nalog, za katere je predpisano ali dogovorjeno plačilo, je pojem gospodarske dejavnosti razširjen tudi na vso netržno dejavnost, če ustreza temu pogoju. V zvezi z novo zakonsko opredelitvijo so bila mnenja kazenskoopravnih strokovnjakov deljena in pojavile so se tudi kritike, češ da naj bi se kazenskoopravni pojem gospodarske dejavnosti nesorazmerno razširil in celo presegel definicijo pridobitne dejavnosti iz Zakona o gospodarskih družbah, v skladu s katero se pridobitna dejavnost opravlja na trgu zaradi pridobivanja dobička; nekateri teoretiki pa so zagovarjali nasprotno stališče, in sicer da je široka definicija gospodarskega poslovanja ustrezna in celo nujna za omogočanje pregona nekaterih primerov zlorab položaja v subjektih zunaj gospodarskega sektorja, ki pa tudi ni del javne uprave, zato teh primerov ni mogoče zajeti s kaznivimi dejanji iz poglavja zoper uradno dolžnost, javna pooblastila in javna sredstva.

Zakonski definiciji je sledila tudi sodna praksa, ki gospodarsko dejavnost v konkretnih primerih na splošno tolmači široko. Res je tudi, da sodna praksa ne razmeji natančno, do kod naj bi segale omejitve glede poklicnega in organiziranega opravljanja dejavnosti. Kljub temu bi glede na široko zakonsko definicijo gospodarske dejavnosti v 99. členu KZ-1 težko trdili, da sodna praksa s široko razlago tega pojma krši načelo zakonitosti. Čeprav iz ustaljene sodne prakse izhaja, da gospodarsko dejavnost lahko opravljajo tudi subjekti v negospodarskem sektorju, je treba upoštevati, da to ne velja avtomatično za vsak tak subjekt, temveč mora sodišče obstoj tega zakonskega znaka kaznivega dejanja ugotavljati v vsakem primeru posebej. Pri subjektih v negospodarskem sektorju je treba torej posebej ugotavljati obstoj pogojev, ki takemu subjektu dajejo pridobitno (gospodarsko) naravo skladno z definicijo gospodarske dejavnosti v KZ-1.

Boštjan Koritnik

asistent, raziskovalec in vodja za odnose z javnostmi na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, urednik revij *Pravnik*, *Javna uprava* in *TFL Glasnik*, podžupan Mestne občine Ljubljana



uredniki: prof. dr. Damjan Korošec,
prof. dr. Katja Filipčič, dr. Helena Devetak
založba: Uradni list RS in PF Univerze v Ljubljani,
2023, 1382 strani