

Univerza v Ljubljani

Pravna fakulteta

NEPRAVE OPUSTITVE V KAZENSKEM PRAVU

(magistrsko delo)

Avtorica: Alja Hübscher

Mentor: prof. dr. Vid Jakulin

Ljubljana, marec 2018

POVZETEK

Za kaznivo dejanje izvršeno v nepravi opustitvi je nekdo kazensko odgovoren, če mu lahko dokažemo posebno življenjsko zvezo med storilcem in žrtvijo, iz katere izraščajo posebne odgovornosti storilca za žrtev. Te dolžnosti pa so varovalne in nadzorstvene oblike.

Vzrok za nastanek prepovedane posledice je lahko le kršitev dolžnostnega ravnanja, to je kršitev garantne dolžnosti. Na koncu se presoja še krivdo, ki pa je lahko izključena oz. omiljena na podlagi pravne ali pa dejanske zmote storilca.

Slovenski kazenski zakonik za razliko od nekaterih tujih kazenskopravnih sistemov (npr. nemškega) ne predvideva splošne omilitve kazni za kazniva dejanja izvršena v nepravi opustitvi, bi bila pa fakultativna možnost omilitve kazni v primeru nepravih opustitev zaradi značilno nižje, manj zavržne krivde teoretično utemeljena.

Ključne besede: kazensko pravo, neprava opustitev, garantna dolžnost, vzročna zveza, krivda, kazenske sankcije

ABSTRACT

For a criminal offence committed in a form of omission, someone is accountable, if a special kind of link exists between a perpetrator and a victim, based on which a perpetrator has special responsibilities towards a victim. These responsibilities are those of safeguarding and monitoring.

A criminal offence may be committed by omission only when the perpetrator has failed to perform the act, which he was obliged to perform. The perpetrator shall be guilty if he has committed a criminal offence with intent or by negligence and when he must have or could have been aware that his conduct was unlawful. The guilt of a perpetrator may be excluded if he was in error regarding the circumstances (mistake of fact) or was not aware of a statutory element of such an offence (mistake of law).

Slovenian penal code, unlike some other penal codes (e.g. German) does not allow general grading of the sentence for criminal offences committed in a form of omission, based on mitigating circumstances. But in theory, an optional grading of the sentence would be justifiable in cases when mitigating factors are presented.

Key words: criminal law, omissions, special responsibilities towards a victim, causal link, fault, criminal sanctions

KAZALO

POVZETEK	2
ABSTRACT	3
1. UVOD	6
2. RAVNANJE: STORITEV – OPUSTITEV	7
3. POSKUS	12
4. GARANTNA DOLŽNOST	13
5. VZROČNA ZVEZA	21
6. SILOBRAN IN SKRAJNA SILA	23
6.1. Silobran	23
6.2. Skrajna sila	23
7. KRIVDA	24
8. ZMOTA	26
9. POSKUS	27
10. STEKI	28
11. SOSTORILSTVO IN UDELEŽBA	29
12. KAZENSKE SANKCIJE	32
12.1. Bistvo kazenskih sankcij	32
12.2. Funkcije kazenskih sankcij	32
12.3. Kazenske sankcije za kazniva dejanja izvršena v nepravi opustitvi	33
13. SODNA PRAKSA	35
13.1 Pravo opustitveno kaznivo dejanje – 314/V, III, I. čl. KZ-1	35
13.2. »Z motokros motorjem do smrti povozil svojega štiri letnega sina«	36

13.3. »Med porodom zaradi zdravniške napake umrl sicer popolnoma zdrav in donošen deček«	37
13.4. »Smrt Jeseniške deklice«	40
14. ŠIRJENJE KAZENSKOPRAVNE REPRESIJE	42
15. SKLEP	43
16. SEZNAM LITERATURE	44

1. UVOD

Kazniva dejanja izvršena v nepravi opustitvi so institut kazenskega materialnega prava, ki me je pritegnil od samega začetka študija omenjene pravne panoge. Še danes se po štirih letih živo spominjam predavanja prof. dr. Damjana Korošca, ko nam je v drugem letniku študija pri predmetu kazensko materialno pravo prvič poskušal pojasniti, kaj ta institut je.

Ljudje v življenju počnemo marsikaj. Z določenimi ravnanji vzpostavljamo stanja, iz katerih izhajajo določene dolžnosti. Če teh dolžnosti ne izpolnimo in zaradi tega pride do izvršitve različnih kaznivih dejanj, utegnemo sami odgovarjati za njih, v nepravi opustitveni obliki.

Namen magistrske naloge je, da sistematično in podrobno predstavim institut nepravih opustitev v kazenskem pravu. Pri tem sem si pomagala z različnimi teoretičnimi in resničnimi primeri, ter navedeno podkrepila s sodno prakso, katera jasno, a skromno dokazuje, da ta institut živi tudi v praksi in ne samo v teoriji.

2. RAVNANJE: STORITEV – OPUSTITEV

Z vidika dogmatike splošnega pojma kaznivega dejanja v sodobnem evrokontinentalnem kazenskem pravu poznamo štiri velike sklope meril obstoja kaznivega dejanja, ki jih imenujemo tudi elementi splošnega pojma kaznivega dejanja, in sicer ravnanje, bit kaznivega dejanja, protipravnost in krivda¹.

Temelj splošnega pojma kaznivega dejanja predstavlja pojem ravnanja. Samo ravnanje lahko izpolni bit inkriminacije in ravnanje je tisto, ki mora biti protipravno in krivdno². Opredelitev ravnanja se je skozi čas močno spreminjala. Osrednja konstitutivna lastnost hegelianskega pojma ravnanja³ je storilčeva voljna uresničitev prepovedane posledice, kar dejansko pomeni, da je pojem ravnanja lahko zaobsegal le naklepna dejanja. Naturalistični pojem ravnanja se je zadovoljil z voljnostjo ravnanja samega in ni več zahteval voljnosti v odnosu do posledice kot enega izmed nujnih elementov. Za obstoj ravnanja torej ni več bistveno, da je storilčeva volja usmerjena v nastanek določene (prepovedane) posledice, zadostuje že, da do ravnanja pride zaradi impulza volje (ne glede na to, kam je ta usmerjena)⁴. Sprva je von Liszt ravnanje opredelil kot »s človekovo voljo povzročeno spremembo v zunanjem svetu«, kasneje pa je opredelitev ravnanja spremenil, ob upoštevanju dejstva, da opustitev, strogo vzeto, ne more povzročiti ničesar, kot »povzročitev ali neprepreditev spremembe (posledice) v zunanjem svetu z voljnim vedenjem«⁵. Tudi takšna opredelitev ravnanj ni mogla v celoti zaobseči opustitev. Tudi če namesto o povzročitvi posledice govorimo o njeni voljni neprepreditvi, še vedno ne moremo utemeljiti, zakaj naj bi tudi opustitev iz nezavestne malomarnosti šteli za ravnanje: če namreč nekdo ne stori nič za prepreditev posledice, ob tem pa niti ne ve, da posledica grozi, te njegove opustitve ne spremlja nikakršen impulz volje.

¹ Korošec *et al* (2013) Cestnoprometno kazensko pravo. 106.

² Ambrož (2007) Kaznivo dejanje in njegove vrednostne prvine. 29.

³ Za utemeljitelje pojma ravnanja v doktrini kazenskega prava veljajo Hegel in njegovi nasledniki, Ambrož, 2007, str. 31.

⁴ Ambrož (2007) Kaznivo dejanje in njegove vrednostne prvine. 31.

⁵ *Ibidem*. 32.

Velik premik je v kazenskopravni dogmatiki povzročil Welzel s svojo finalno koncepcijo ravnanja, ki pravi, da je človekovo ravnanje izvajanje ciljno usmerjene dejavnosti. Ravnanje je zato »finalno« in ne zgolj »kavzalno« dogajanje. Pojasnjuje, da finalnost ravnanja temelji na tem, da človek na podlagi poznavanja zakonitosti kavzalnosti predvidi možne posledice svojih dejavnosti, si postavlja raznovrstne cilje in načrtovano usmerja svoje bodoče dejavnosti v smeri teh ciljev. Toda tudi finalnost, kot lastnost človekovega vedenja, ne more biti tista značilna razlika, ki bi lahko prepričljivo utemeljila kazenskopravni pojem ravnanja. Finalna teorija ravnanja ne nudi skupne podlage storitvenim in opustitvenim deliktom. Ker opustitev v odnosu do posledice ni kavzalna, tudi tisti, ki nekaj opusti, ne more ciljno usmerjati kavzalnega poteka, zato ne ravna finalno⁶.

Je mogoča povezava storitev in opustitev v skupni pojem ravnanja? Novejše teorije ravnanja se ne zadovoljijo s sklepom, da opustitve pomenijo obliko človekovega delovanja, ki jo je treba pač šteti za enakovredno aktivnemu ravnanju, s tem ko opozarjajo na jasne in pomembne razlike med storitvami in opustitvami na ontološki ravni (ne-kavzalnost in ne-finalnost opustitev!). Poskušajo poiskati vrednostna merila, na podlagi katerih bi bilo mogoče tisto, kar je na ravni ontološkega nezdružljivo, povezati na normativni ravni: enotnosti pojma ravnanja torej ne utemeljujejo s pomočjo empirično ugotovljenih lastnosti (kot so kavzalnost, voljnost in finalnost), temveč na podlagi podobnosti med storitvami in opustitvami v vrednostnem smislu⁷.

Za socialni pojem ravnanja, ki ga razvijata Jescheck in Weigend je značino, da kot vrednostno merilo, po katerem je storitve in opustitve mogoče povezati v skupni pojem ravnanja, opredeli njihovo socialno pomembnost. Vedenje je lahko izvajanje ciljno usmerjene dejavnosti (finalnost), pa tudi nehotena povzročitev posledice (malomarnost). Vedenje pa je lahko tudi pasivnost, ki nasprotuje določenemu pričakovanju (opustitev)⁸.

V novejši nemški kazenskopravni doktrini Roxin razvija personalno teorijo ravnanja in kot ravnanje opredeljuje "vse, kar je mogoče pripisati človeku kot

⁶ Ambrož (2007) Kaznivo dejanje in njegove vrednostne prvine. 33.

⁷ Ibidem. 34.

⁸ Ibidem. 35.

duševno-duhovnemu središču delovanja”. Sprašuje, ali lahko z njo zajame tudi opustitve v primerih, kadar se opustitelj ne zaveda nevarnosti nastanka prepovedane posledice. Jescheckov in Weigendov pomislek v takih primerih je, ali je mogoče storilčevo opustitev razumeti kot izraz posameznikove osebnosti. Na ta pomislek Roxin odgovarja z argumentom a maiori ad minus, pravi da če je v nezavestni malomarnosti mogoče videti očitka vreden odnos do prava, je v njej mogoče videti tudi odraz posameznikove osebnosti: če na primer nekdo nekaj pomembnega pozabi, konec koncev tudi s tem izrazi svojo osebnost⁹. Roxin pravi, da ko se opustitelj zaradi nezakrivljenega nepoznavanja norme znajde v neizogibni pravni zmoti, je njegova opustitev – čeprav mu je ni mogoče kazensko pravno očitati – izraz njegove osebnosti¹⁰. V sami naravi opustitev je, da jih je mogoče šteti za izraz osebnosti zgolj, če izhajamo iz pričakovanja določenega ravnanja¹¹.

V nadaljevanju bom predstavila posebnosti nepravih opustitvenih kaznivih dejanj, ki poskušajo izpolniti splošno merilo o izenačenosti pomena opustitve s pomenom storitve za nastanek prepovedane posledice, s tem pa tudi dodatno, bistveno ožje splošno pravilo, da je načeloma mogoče vsako storitveno kaznivo dejanje izvršiti tudi v opustitveni obliki. Te posebnosti najdemo tako v domači kot tudi v tuji teoriji materialnega kazenskega prava¹².

K biti opustitvenih kaznivih dejanj sodi najprej seveda odsotnost zahtevanega (dolžnostnega) ravnanja – protipredpisana pasivnost storilca. Ta je lahko naklepna ali pa malomarna. Raziskati, ali je bilo sploh mogoče preprečiti nastanek prepovedane posledice, je treba že na ravni biti opustitvenih kaznivih dejanj. Vprašanje vzročnosti se sploh ne postavi, če v danih okoliščinah ni bilo mogoče ničesar storiti. Če bi se odvrnitev prepovedane posledice štela za čudež, potem niti ni mogoče govoriti o izvršitvenem ravnanju. K temu merilu pa je treba šteti tudi analizo prostorske in časovne bližine z nevarnostjo za dobro, razpoložljiva sredstva za odvrnitev te nevarnosti ipd (verjetno se ne more šteti za izvršitveno opustitveno dejavnost

⁹ Roxin (2006) Strafrecht – Allgemeiner Teil. 256.

¹⁰ Ambrož (2007) Kaznivo dejanje in njegove vrednostne prvine. 37.

¹¹ Ibidem. 38.

¹² Korošec (2000) Vidnejše posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj V: Zbornik znanstvenih razprav. 188.

pasivnost kogarkoli na planetu). Treba pa je tudi zanikati elementarno voljnost izvršitvenega opustitvenega ravnanja, kadar nekdo ni mogel nič storiti zaradi absolutne sile (npr. ker je bil zvezan). Take njegove »opustitve« se sploh ne morejo šteti za zakonski znak kateregakoli kaznivega dejanja, ker pač elementarno niso voljne¹³.

Pri nepravih opustitvenih kaznivih dejanjih pa je opustitev lahko vzrok za nastalo posledico le izjemoma in ob strogih pogojih. Najprej je treba ugotoviti, ali je obstajala dolžnost na določen način ravnati za preprečitev posledice, ali je bilo v danem položaju sploh mogoče kaj storiti za preprečitev posledice in ali bi izpolnjena dolžnost glede na dane okoliščine posledico v resnici lahko preprečila. Samo ob teh treh pogojih se lahko opustitev šteje za vzrok nastale posledice, kajti v takšnih primerih se opustitev lahko šteje za enakovredno storitvi ob pravkar navedenih pogojih¹⁴.

Očitno je, da klasične naravoslovne vzročne zveze pri opustitvah sploh ne more biti in je tudi nima smisla iskati, saj nedogajanje strogo vzeto ne more biti vzrok ničemur. Vzročna zveza pri opustitvenih kaznivih dejanjih, to je objektivna vzročno-posledična zveza med opustitvijo in prepovedano posledico (ogrožitvijo ali poškodbo) ni preprosto vprašanje ne v teoriji ne v praksi. Teorija poudarja, da je vzročnost pri opustitvah pravni konstrukt, torej kvečjemu neke vrste kazenskopravna pripisljivost. Gre torej za pravno ugotovitev, da bi storilčevo predpisano (pravno) ukrepanje, z verjetnostjo, ki meji na gotovost, preprečilo nastanek prepovedane posledice. Ta ugotovitev je nujno hipotetična, zaradi svojega vrednostnega pristopa pa je še najbližja teoriji o adekvatni vzročnosti¹⁵. Slednja predlaga, naj se za vzrok posledice vzame samo tisti dejavnik, ki redoma in praviloma povzroči prav takšno posledico, kakršna je nastala. Izključuje torej vse izjeme in nenavadne primere (kot primer navedem lažji trk dveh avtomobilov, v enem od njiju sedi star gospod, ki ima težave s srcem, in se ob samem trku tako razburi, da mu

¹³ Korošec (2000) Vidnejše posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj V: Zbornik znanstvenih razprav. 188.

¹⁴ Bavcon, Šelih (1996) Kazensko pravo. 152.

¹⁵ Korošec (2000) Vidnejše posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj V: Zbornik znanstvenih razprav. 189.

odpove srce in posledično umre. V tem primeru posledica ni adekvatna vzroku)¹⁶.

Osrednjo omejitev preširokega kazenskopravnega obravnavanja garantov predstavljajo merila vzročnosti. Iz kazenskopravne obravnave je mogoče že na ravni kritične presoje adekvatne vzročnosti izključiti velik del opustiteljev. V skladu s teoretičnimi merili teorije o adekvatni vzročnosti, to je presoje, katere posledice redoma in praviloma (lahko) izhajajo iz človekove pasivnosti, sodna praksa lahko in mora izdelati ustrezen referenčni sistem za omejevanje pretirano represivne rabe instituta nepravih opustitvenih kaznivih dejanj v praksi¹⁷.

¹⁶ Bavcon, Šelih (1996) Kazensko pravo. 149.

¹⁷ Korošec (2000) Vidnejše posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj V: Zbornik znanstvenih razprav. 189.

3. POSKUS

V slovenski teoriji materialnega kazenskega prava velja, da poskus pri nepravih opustitvenih kaznivih dejanjih smiselno ni mogoč, češ da ni mogoče nečesa poskusiti ne storiti¹⁸. Tuja, zlasti nemška, teorija pa nasprotno enotno šteje, da sta pri nepravih opustitvah mogoča tako neprimerni kot primerni poskus, vključno z morebitnim prostovoljnim odstopom (seveda v obliki aktivnosti – prenehanje pasivnosti).

Primer za nepravo opustitveno kaznivo dejanje v primernem poskusu je mati, ki poskuša svojega dojenčka izstradati do smrti, pa ga zadnji trenutek rešijo. Primer neprimernega poskusa neprave opustitve pa bi bil kopališki mojster, ki ne bi pomagal človeku, ki tone, ta pa bi bil že mrtev, ker ga je npr. zadela kap¹⁹. Za pričetek primernega poskusa opustitve velja trenutek, ko je dobrina postala neposredno ogrožena prav zaradi pasivnosti storilca (npr. otrok začne nevarno izgubljati telesno težo zaradi podhranjenosti), pri neprimernem poskusu pa je vse tako ali tako vedno odvisno le od storilčevega naklepa in nevarnosti vtisa, ki ga daje povprečnemu opazovalcu njegovega početja (v tem primeru pač pasivnosti).

¹⁸ Korošec (2000) Vidnejše posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj V: Zbornik znanstvenih razprav. 192.

¹⁹ Ibidem. 193.

4. GARANTNA DOLŽNOST

Garantna dolžnost je normativni steber instituta neprave opustitve in primer dela biti kaznivega dejanja, ki pa ga zaman iščemo med zakonskimi znaki inkriminacije, na kar je že zelo kmalu opozorila dogmatika nepravih opustitvenih kaznivih dejanja, ko je preučevala vpetost zapovednosti kazenskopravne norme v tehnično storitveno in s tem prepovedno formulirano inkriminacijo²⁰.

Na prvi pogled vpetje garantne dolžnosti v storitveno inkriminacijsko normo spominja na tehniko blanketnega urejanja v posebnem delu kazenskega prava, predvsem pri pogodbi in zakonu kot virih garantne dolžnosti, vendar je očitno, da imamo opraviti z nekakšnim skritim dodatnim zakonskim znakom, ki pa je podvržen prav vsem merilom, tako biti kaznivega dejanja, kot tudi protipravnosti in krivdi. Ne gre pa za tiho ali izrecno blanketnost, ampak je garantna dolžnost primer dela biti kaznivega dejanja, ki hkrati ni zakonski znak inkriminacije²¹.

Če hočemo nekemu očitati krivdo za nepravo opustitev, mu moramo najprej dokazati posebno življenjsko zvezo med storilcem in žrtvijo, iz katere izraščajo posebne odgovornosti storilca za žrtev. To zvezo, ki se kaže kot dolžnost preprečiti nastanek prepovedane posledice, imenujemo garantna dolžnost, osebo, ki jo ima, garant, njen položaj nasproti potencialni žrtvi pa garantni položaj. Ta dolžnost ne izhaja iz kazenskega materialnega zakona, ampak jo je treba iskati drugje²². V sodobni teoriji kazenskega prava je prišlo do premika iz formalistične tipizacije glede na vir garantne dolžnosti k ambicioznejši, nadrobnejši tipizaciji glede na funkcijo, ki jo garantne dolžnosti opravljajo v zvezi s kazenskopravno dobrino – funkcionalne tipizacije garantnih dolžnosti. Formalna tipizacija garantnih dolžnosti je izhajala iz virov, iz katerih so nastale garantne dolžnosti. V izvorni obliki je vsebovala tri kategorije virov: zakon, pogodbo in predhodno ravnanje storilca, ki je spravilo v nevarnost kazenskopravno zavarovano dobrino, kasneje pa je bil tem trem

²⁰ Korošec *et al* (2013) Cestnoprometno kazensko pravo. 106.

²¹ *Ibidem*. 107.

²² Novoselec, Bojanić (2013) Opći dio kaznenog prava. 144.

virom dodan še četrti vir, in sicer tesna življenjska skupnost med storilcem in nosilcem kazenskopravne dobrine. Funkcionalna tipizacija garantne dolžnosti glede na funkcijo v zvezi s kazenskopravno dobrino razvršča na varovalne in nadzorstvene²³.

Med varovalne garantne dolžnosti uvrščamo tiste, pri katerih varstvo neke kazenskopravne dobrine pred ogrožitvami in poškodbami izvira iz oblasti nosilca garantne dolžnosti nad nebogljenostjo določene kazenskopravno varovane dobrine. Konkretnije sem uvrščamo naslednje vire garantnih dolžnosti²⁴:

1. družinska in podobna razmerja (starševske dolžnosti, starševskim podobne dolžnosti kot so skrbniške, dolžnosti zakoncev, zunajzakonskih partnerjev, dolžnosti otrok do staršev, dolžnosti starih staršev...). Za primer lahko vzamemo sina, ki utegne kazensko odgovarjati za uboj ali kar za umor, ker ostarelega očeta pušča v zelo slabih higienskih razmerah, zaradi katerih oče posledično zboli in umre.

Formalna življenjska partnerstva, vključno z zakonsko zvezo za obstoj garantnih dolžnosti zahtevajo obstoj življenjske skupnosti, po novejši teoriji pa, zaradi značilno premalo izraženega razmerja odvisnosti, skupno življenje kot tako, na primer v skupnem gospodinjstvu, še ne ustvarja garantne dolžnosti med člani skupnosti²⁵.

2. prevzete dolžnosti z elementom odvisnosti kazenskopravne dobrine od drugega, praviloma iz pogodbenega razmerja (sem v glavnem uvrščamo odgovornost proizvajalca za proizvod ter garantno dolžnost zdravstvenih delavcev za kazenskopravne dobrine pacientov). Kot primer lahko navedem kazensko odgovornost učitelja smučanja, in sicer za kaznivo dejanje povzročitve smrti iz malomarnosti, ker svojemu učencu ne pomaga po padcu, v katerem si je slednji zlomil nogo, posledično pa je zaradi nezmožnosti premikanja na smučišču zmrznil.

²³ Korošec (2008) Najnovejši trendi pri obvladovanju opustitvenih kaznivih dejanj V: 1. Konferenca kazenskega prava in kriminologije. 21.

²⁴ Korošec *et al* (2013) Cestnoprometno kazensko pravo. 262.

²⁵ Korošec (2008) Najnovejši trendi pri obvladovanju opustitvenih kaznivih dejanj V: 1. Konferenca kazenskega prava in kriminologije. 24.

3. dolžnosti, ki izvirajo iz uradnega položaja ali razmerij v pravni osebi (tu gre za dolžnosti organov do pravnih oseb javnega in zasebnega prava, vključno z dolžnostmi udeležencev kaznovalnih postopkov, v najširšem smislu do državljanov, ki utegnejo biti prizadeti kot udeleženci teh postopkov, to je zlasti dolžnosti policistov, vojakov, tožilcev, sodnikov, pooblaščenih uradnih oseb pri izvrševanju kazenskih sankcij ipd., v sodobni teoriji vse bolj tudi dolžnosti policistov do potencialnih žrtev kaznivih dejanj). Sem med drugim sodijo predsednik uprave podjetja, ki svojim podrejenim noče preprečiti kaznivih dejanj zoper stranke podjetja, policist, ki neprizadeto opazuje, kako udeleženec nasilne demonstracije z granitnimi kockami drugo za drugo uničuje izložbe trgovin, ali pa sodnik, ki na zaslišanju osumljenca kaznivega dejanja policistu ne prepreči, da bi z osumljencem ponižujoče ravnal²⁶.

Med nadzorstvene garantne dolžnosti uvrščamo tiste, pri katerih varstvo neke kazenskopravne dobrine pred ogrožitvami in poškodbami izvira iz oblasti nosilca garantne dolžnosti nad virom nevarnosti (za kazenskopravno dobrino)²⁷.

Konkretnije sem uvrščamo naslednje vire garantnih dolžnosti:

1. nadzor nad nevarnimi nepremičnimi in premičnimi stvarmi ter živalmi v lastnem oblastnem območju (posebno vlogo v današnjem svetu tu igra nadzor nad motornimi vozili). Kot primer lahko navedem lastnika osebnega avtomobila, katerega bi posodil svojemu polnoletnemu sinu, ki pa je bil očitno opit in nezmožen za varno vožnjo v cestnem prometu. Lastnik avtomobila bi odgovarjal po pravilih za nepravne opustitve za vsa kazniva dejanja, ki bi jih s tem avtomobilom povzročil sin²⁸.

2. nadzor nad protipravnimi ravnanji drugih z omejeno odgovornostjo za taka ravnanja (tu imamo v mislih zlasti otroke in duševno prizadete), ki so v razmerju nadzora s strani nosilca dolžnosti, pa tudi drugih v izrazitih razmerjih podrejenosti v javnopravno hierarhično urejenih sistemih (mišljena je zlasti vojska, pa tudi policija). Kazenska odgovornost zaradi kršitve takih garantnih

²⁶ Korošec *et al* (2013) Cestnoprometno kazensko pravo. 263.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Bavcon *et al*. (2013) Kazensko pravo – splošni del. 168.

dolžnosti lahko med drugim doleti tudi vojaškega generala, ki ve za številna kazniva dejanja njegovih podrejenih zoper civilno prebivalstvo, pa si pred njimi zatiska oči. Kazenska odgovornost zaradi kršitve takih garantnih dolžnosti pa bi morda lahko zadela tudi učitelja, ki med poukom ne bi nadziral svojih učencev, ti pa bi skozi okno vrgli stol, ki bi poškodoval naključno mimoidočega²⁹. Vendar moramo pri tem paziti, da ne širimo preveč kazenske odgovornosti, saj učitelj ne more odgovarjati prav za vsa ravnanja svojih učencev.

3. nadzor nad nevarnimi kavzalnimi poteki, ki jih je sprožilo prav ravnanje nosilca dolžnosti (ingerenčna odgovornost). V praksi je dandanes najpomembnejša povzročitev prometne nesreče kot vir garantne dolžnosti, ki zavezuje k reševanju vseh ogroženih in poškodovanih v tej nesreči ali v zvezi z njo, torej že na ravni nepravil, in ne šele nepravnostno značilno blažjih pravih opustitev³⁰.

Pomembno je tudi vprašanje, kdaj preide garantna dolžnost iz ene na drugo osebo. Kot primer vzemimo varuško. Ko gredo starši iz stanovanja in tam pustijo otroka z varuško, je s prihodom varuške in odhodom staršev prešla garantna dolžnost na varuško, njen vir pa je pogodba o varstvu otroka. Če pa varuška sploh ne bi prišla, bi pa kljub pogodbi ostala garantna dolžnost na starših³¹.

Kot primer kršitve varovalne in nadzorstvene odgovornosti v cestnem prometu naj omenim gostilničarja, ki v nasprotju s predpisi o omejevanju porabe alkoholnih izdelkov³² že vidno opitemu gostu, vozniku avtobusa, ki ta dan prevaža skupino 50 otrok, dotaka alkoholne pijače. Takšno ravnanje ustvarja garantni položaj z vidika gostilničarjevih tako varovalnih kot nadzorstvenih dolžnosti. S svojim ravnanjem poveča nevarnost za življenje tako gosta, vseh potnikov na avtobusu, kot tudi drugih udeležencev v prometu, na katere bo gost v opitem stanju najverjetneje naletel, s čimer gostilničar postane zelo jasen garant. Kršitev garantne dolžnosti pa se pokaže, če gostu ne prepreči

²⁹ Bavcon *et al.* (2013) Kazensko pravo – splošni del. 169.

³⁰ Korošec *et al.* (2013) Cestnoprometno kazensko pravo. 264.

³¹ Korošec (2008) Najnovejši trendi pri obvladovanju opustitvenih kaznivih dejanj V: 1. Konferenca kazenskega prava in kriminologije. 23.

³² Glej Zakon o omejevanju porabe alkohola, Uradni list RS, št. 15/03 in 27/17.

vožnje motornega vozila³³. Če bo zaradi opitosti voznika avtobusa kasneje prišlo do prometne nesreče, ki bo imela za posledico smrt številnih otrok na avtobusu, bomo gostilničarju lahko očitali, da je s svojimi dejanji soprispeval k izvršitvi kaznivega dejanja nevarne vožnje v cestnem prometu, ki ima za posledico smrt ene ali več oseb³⁴. Garantni položaj vzpostavljata točenje in prodaja alkoholnih pijač, tudi ko nista protipravni, takrat pa bo delež gostovega oz. kupčevega samoodgovornega samoogrožanja bistveno pomembnejši³⁵. Vendar pa je treba biti zelo previden, da se garantna dolžnost gostilničarja ne širi prekomerno. Treba je postaviti razumno mejo ter realne zahteve.

Naslednji sklop kršitev varovalnih in nadzorstvenih dolžnosti v povezavi s cestnim prometom predstavljajo lastniki oz. posestniki motornih vozil, ki ne preprečijo uporabe le-teh osebam, ki teh vozil ne smejo voziti³⁶. Opustitev dolžnosti preprečiti takšni osebi vožnjo motornega vozila predstavlja kršitev garantne dolžnosti. Če pa gre za posestnikovega otroka oz. partnerja, se temu priključijo še dodatne varovalne garantne dolžnosti in opravi imamo s t.i. multiplo garantnostjo, ta pa naj bi bila po vseh znanih pravilih kazenskopravne teorije problematika povečanega neprava ravnanja³⁷.

Garantno dolžnost je treba ločiti od posebnih statusov storilcev, ki konstituirajo posebno kaznivo dejanje (*delicta propria*). Posebna kazniva dejanja so lahko storitvena, prava opustitvena in pa tudi neprava opustitvena. Če je določeno storitveno formulirano posebno kaznivo dejanje v konkretnem primeru storjeno v opustitveni obliki, je treba najprej presojati poseben status storilca, zatem pa še ločeno njegovo garantno dolžnost³⁸. Kriminalitetno-politični smisel instituta garantne dolžnosti, in s tem nepravih opustitev, je dodatno splošno zavarovanje kazenskopravnih dobrin, katerih neposredni nosilci so v posebnem odnosu odvisnosti od drugih (to je garantov). Posebej velja poudariti, da gre za izjemo od načelne nekaznivosti človekove pasivnosti,

³³ Korošec *et al* (2013) Cestnoprometno kazensko pravo. 267.

³⁴ 324/IV, I KZ-1.

³⁵ *Ibidem*. 269.

³⁶ *Ibidem*. 269.

³⁷ *Ibidem*. 270.

³⁸ Korošec (2000) Vidnejše posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj V: Zbornik znanstvenih razprav. 185.

ki mora biti v konkretni zadevi kriminalitetno-politično posebej utemeljena³⁹. Poleg garantne dolžnosti pa mora biti podan še en splošen, zelo elementaren pogoj, da sploh lahko pri nepravni opustitvah govorimo o protipravnem dejanju: za nastanek prepovedane posledice mora imeti opustitev enak pomen kot storitev (tretji odstavek 17. člena KZ-1⁴⁰). Človekova pasivnost mora biti elementarno sposobna povzročiti ustrezno prepovedano posledico iz posamezne, sicer storitvene inkriminacije, torej sposobna mora biti začeti vzročno zvezo proti prepovedani posledici. Na tem mestu pa se Korošec sprašuje, v čem je vsebina tega širokega merila? Ali določenih storitveno oblikovanih inkriminacij ni mogoče izvršiti v nepravi opustitvi in ali so pri njih posamezne oblike opustitvene udeležbe nemogoče?⁴¹ Nadrobnejši študij dogmatike razkrije, da je pravi pomen takšne klavzule (o enakem pomenu) prava uganka. Teoretiki ugotavljajo, da je v praksi celo brez pomena in jo razglašajo za nekoristen zakonodajalski privesek dogmatike garantnih dolžnosti in splošnih pravil o razlagi zakonskih znakov⁴². Sodobna teorija materialnega kazenskega prava je v glavnem enotna v prepričanju, da je v nepravi opustitvi načeloma možno storiti vsako kaznivo dejanje, ki je v zakonu formulirano storitveno, če le ni: (1.) iz posameznih zakonskih znakov očitno, da opustitvena oblika sploh ni možna oziroma si jo je v praksi nemogoče zamisliti, ali pa (2.) če iz posamezne inkriminacije ne izhaja zakonodajalčeva volja, da opustitvena izvršitev ni kazniva, četudi bi bila možna⁴³. Kaznivega dejanja sodelovanja pri pretepu (126. člen KZ-1⁴⁴) po naravi stvarni ni mogoče izvršiti v nepravi opustitvi. Če nič ne storiš, v pretepu sodelovati ne

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ 17/III. člen KZ-1: *"Z opustitvijo je lahko storjeno tudi kaznivo dejanje, ki ga zakon ne določa kot opustitveno kaznivo dejanje, če storilec ne prepreči prepovedane posledice. V takem primeru se storilec kaznuje za opustitev samo, če je moral preprečiti nastanek prepovedane posledice in če je opustitev za nastanek take posledice enakega pomena kot storitev."*

⁴¹ Korošec (2000) Vidnejše posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj V: Zbornik znanstvenih razprav. 186.

⁴² Korošec et al (2013) Cestnoprometno kazensko pravo. 264.

⁴³ Korošec (2000) Vidnejše posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj V: Zbornik znanstvenih razprav. 186.

⁴⁴ 126. člen KZ-1: *"Kdor sodeluje pri pretepu, v katerem je kdo ubit ali hudo telesno poškodovan, se za samo sodelovanje kaznuje z zapornim do enega leta."*

moreš. Podobno velja tudi za inkriminacijo dogovor za kaznivo dejanje (295. člen KZ-1⁴⁵) ter vse verbalne in hujskaške delikte⁴⁶.

Kot zanimivost naj omenim storitveno formulirano inkriminacijo povročitve splošne nevarnosti kazenskega zakona iz leta 1977 (prvi odstavek 240. člena KZ SRS⁴⁷). Gre za kaznivo dejanje, ki ga je bilo glede na zakonske znake mogoče izvršiti v storitveni ali (nepravi) opustitveni izvršitveni obliki, vendar pa po volji zakonodajalca opustitvena izvršitvena oblika za vsakogar ni bila kazniva. V prvem odstavku te inkriminacije je bila kot splošno kaznivo dejanje inkriminirana storitvena izvršitvena oblika, v drugem pa kot neke vrste delictum sui generis opustitvena, vendar pa kot posebno kaznivo dejanje (delictum proprium). Po argumentaciji a contrario iz obeh odstavkov izhaja nekaznivost vseh opustitvenih oblik za t.i. navadne osebe⁴⁸.

V primeru kaznivega dejanja povročitve splošne nevarnosti (314. člen KZ-1⁴⁹) je dispozicija oblikovana alternativno. V po svoji naravi blanketno strukturiranem opustitvenem delu inkriminacije zakonodajalec predvideva pravo opustitev, ki pa je po svoji naravi izenačena z nepravo: blanketna izpolnitvena norma v bistvu kvečjemu vzpostavlja storilčev garantni položaj. Takšne alternativne dispozicije so z vidika splošne teorija o nepravih

⁴⁵ 295. člen KZ-1: *"Kdor se s kom dogovori, da bosta storila kaznivo dejanje, za katero se sme izreči kazen petih let zapor ali hujša kazen, se kaznuje z zaporom do enega leta."*

⁴⁶ Korošec (2000) Vidnejše posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj V: Zbornik znanstvenih razprav. 186.

⁴⁷ 240/I. člen KZ SRS: *"(1) Kdor s požarom, povodnijo, eksplozijo, strupom ali strupenim plinom, z ionizirajočim sevanjem, z motorno silo, električno ali kakšno drugo energijo, ali s kakšnim drugim splošno nevarnim dejanjem ali sredstvom povzroči nevarnost za življenje ljudi ali za premoženje večje vrednosti.*

(2) Enako se kaznuje uradna ali odgovorna oseba, ki ne postavi predpisanih naprav za varstvo pred požarom, eksplozijo, strupi, strupenimi plini ali ionizirajočimi sevanji, povodnijo, plazovi ali drugimi naravnimi nesrečami, ali ne skrbi za njihovo brezhibnost, ali ne skrbi za njihovo delovanje, kadar je to potrebno, ali sploh ne ravna po predpisih ali tehničnih pravilih o varstvenih ukrepih in tako povzroči nevarnost za življenje ljudi ali za premoženje večje vrednosti."

⁴⁸ Korošec (2000) Vidnejše posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj V: Zbornik znanstvenih razprav. 186.

⁴⁹ 314. člen KZ.1: *"(1) Kdor s požarom, povodnjo, eksplozijo, strupom ali strupenim plinom, ionizirajočim sevanjem, motorno silo, električno ali kakšno drugo energijo ali kakšnim drugim splošno nevarnim dejanjem ali sredstvom ali opustitvijo dejanja, ki bi ga moral storiti za zagotovitev splošne varnosti ljudi in premoženja, povzroči nevarnost za življenje ljudi ali premoženje velike vrednosti, se kaznuje z zaporom do petih let."*

opustitvah nesmiselne, saj je opustitvena oblika načeloma kazniva tudi brez opustitvenih odstavkov⁵⁰.

⁵⁰ Korošec (2000) Vidnejše posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj V: Zbornik znanstvenih razprav. 189.

5. VZROČNA ZVEZA

Vzrok za nastanek prepovedane posledice pri ogrožitvenih in malomarnostnih kaznivih dejanjih je lahko le kršitev dolžnostnega ravnanja, kar pa smiselno ustreza tudi pojmu nepravih opustitvenih kaznivih dejanj (unechte Unterlassungsdelikte), pri katerih je vzrok prepovedane posledice kršitev garantne dolžnosti (Garantenpflicht), zato je za omenjena kazniva dejanja značilno, da se pojem vzročnosti konstruira iz svojih naravnih in pravnih sestavin⁵¹.

Teorije objektivne pripisljivosti gradijo na predpostavki, da si je treba vprašanje vzročnosti zastaviti vrednostno in ne empirično, torej ali je mogoče nastalo posledico storilcu pripisati kot njegovo delo. Presoja objektivne pripisljivosti je dvostopenjski postopek: najprej je treba ugotoviti, ali obstaja naravoslovno pojmovana vzročna zveza med storilčevim ravnanjem in prepovedano posledico, v drugem koraku pa je treba oceniti, ali je ta zveza v pravnem in vrednostnem smislu bistvena. Izjemo od tega pravila v določenem smislu predstavljajo neprava opustitvena kazniva dejanja: če se postavimo na stališče, da pri teh kaznivih dejanjih po naravi stvari naravoslovno pojmovane vzročne zveze med ravnanjem in posledico ne more biti, potem se mora presojanje objektivne pripisljivosti zožiti zgolj na normativno oceno o povezanosti opustitvenega ravnanja in nastale posledice. Pri nepravih opustitvah se pač moramo zadovoljiti s tem, da za vzročnost zadošča, da sta opustitev in posledica povezana na podlagi določene zakonitosti (nehranjenje otroka – smrt otroka)⁵².

Klasičen primer zanikanja vzročne zveze pri opustitvi so cestni delavci, ki na cestno zaporo niso namestili varnostnih svetilk, kasneje pa so mladoletni vandali povsem razbili cestno zaporo in dele vrgli v prepad (voznik avtomobila se je posledično ubil, ker nevarni odsek ceste ni bil pravilno fizično zaprt in je zapeljal v prepad). Če bi bilo ustrezno verjetno, da bi vandali razbili in

⁵¹ Korošec *et al* (2013) Cestnoprometno kazensko pravo. 161.

⁵² Ambrož (2007) Kaznivo dejanje in njegove vrednostne prvine. 60.

onesposobili tudi svetilke na zapori, je vzročnost med opustitvijo cestnih delavcev in smrtjo voznika preusmerjena⁵³.

⁵³ Korošec (2000) Vidnejše posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj V: Zbornik znanstvenih razprav. 190.

6. SILOBRAN IN SKRAJNA SILA

6.1. Silobran

Načeloma se lahko vse opustitve štejejo za protipraven napad, ki upravičuje silobran. Kdor s silo prisili mater, ki hoče svojega otroka izstradati do smrti, da vendarle nahrani otroka, ravna v silobranu zoper materino opustitev, ki je brez dvoma protipraven napad na otrokovo življenje⁵⁴.

6.2. Skrajna sila

Kdor je garant drugemu, se praviloma ne bo mogel uspešno sklicevati na skrajno silo, kadar temu drugemu ne bo pomagal. V takih primerih pride v poštev odgovornost za pravo opustitveno in tudi za nepravo opustitveno kaznivo dejanje, npr. umor, telesne poškodbe, ipd⁵⁵.

Neuspešnost sklicevanja garanta na skrajno silo je izhajala iz določbe četrtega odstavka 12. člena Kazenskega zakonika⁵⁶, prvenstveno pa je bila uporabna v zvezi z opustitvenimi delikti⁵⁷.

Obramba v smislu silobrana oziroma odvrčanje nevarnosti v smislu skrajne sile bosta po naravi stvari praviloma storitvena, vendar si je mogoče zamisliti tudi opustitve. Kdor opusti pomoč hudo ranjenemu, da bi rešil svojo kožo, lahko ravna v silobranu (ranjeni je napadalec) ali v skrajni sili (vsem grozi skupna naravna nevarnost)⁵⁸.

⁵⁴ Korošec (2000) Vidnejše posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj V: Zbornik znanstvenih razprav. 190.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ 12/IV KZ: »Skrajne sile ni, če se je bil storilec dolžan izpostaviti nevarnosti«.

⁵⁷ Korošec (2000) Vidnejše posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj V: Zbornik znanstvenih razprav. 190.

⁵⁸ Ibidem.

7. KRIVDA

Ko v kazenskem postopku ugotovimo, da je obtoženi storilec dejanja, ki ima znake kaznivega dejanja in je bilo ravnanje storilca protipravno, šele potem si zastavimo vprašanja, ali temu storilcu kazensko pravo daje lastnost aktivnega subjekta ali ne, ter ali je kriv ali ne⁵⁹. Aktivni subjekt je na splošno vsakdo, ki je dopolnil štirinajsto leto starosti (izjeme so pri *delicta propria*, kjer je aktivni subjekt točno določen⁶⁰), aktivni subjekt v primeru kaznivega dejanja izvršenega v nepravi opustitvi pa je tisti, ki ima garantni položaj. Določba 21. člena KZ-1⁶¹ pove, da otrok mlajši od 14 let sicer lahko ravna protipravno, ne more pa biti storilec kaznivega dejanja, saj nima lastnosti aktivnega subjekta.

Načeloma so pri opustitvah možne vse oblike krivde, od obarvanih naklepov do nezavedne malomarnosti, vendar pa bo dokazovanje pogosto zelo težko. Iz pasivnosti storilca je precej težje vleči indične sklepe v zvezi z njegovimi posebnimi nameni, kot iz naravno nujno večje barvitosti in očitnosti storitev. Prav zato je treba biti pri presoji krivde opustiteljev še posebej previden, dokaznopravno načelo in *dubio pro reo* pa je treba v opustitvenih zadevah uporabljati posebej striktno. Pri nepravih opustitvah je na dlani, da so kaznive iz naklepa, če storitvena inkriminacija zahteva to krivdno obliko, oziroma iz malomarnosti, če storitvena inkriminacija govori o malomarnosti. Teorija poudarja, da malomarnost lahko konstituira tudi malomaren odnos do možnosti lastnega garantnega položaja. Primer, ki ga pogosto najdemo v literaturi, je učiteljica, ki opazuje otroke pri nevarni igri (npr. plezanju). Če se pri tej igri eden od otrok kasneje smrtno ponesreči, je možna učiteljčina odgovornost za nepravo opustitveno malomarno povzročitev smrti otroka, če iz malomarnosti ni preverila, ali so med otroki učenci iz njene šole (ki bi jim morala kot učiteljica preprečiti samoogrožanje)⁶². Opisani primer kaže na nezavedno malomarnost. Bolj klasičen primer potencialne malomarnosti (strokovnjaka), tokrat zavestne, pa je npr. kopališki mojster, ki utapljajočemu

⁵⁹ Bavcon *et al.* (2013) Kazensko pravo – splošni del. 260.

⁶⁰ *Ibidem*. 261.

⁶¹ 21. člen KZ-1: »*Kdor je storil protipravno dejanje, ko še ni bil star štirinajst let (otrok), ne more biti storilec kaznivega dejanja.*«.

⁶² Korošec (2000) Vidnejše posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj V: Zbornik znanstvenih razprav. 191.

meče plovne predmete (namesto da bi mu pomagal s skokom v vodo), človek v vodi pa se utopi. Ali pa primer staršev (katerim se je en otrok že ubil pri padcu skozi okno), ki ne zaprejo oken v stanovanju in zato pride do smrtne nesreče še enega otroka. Kriminalitetnopolitično in z vidika vseh morebitnih posebnih teoretičnih omejitev kaznivosti nepravih opustitev ni videti pravega razloga, da v tovrstnih drastičnih primerih ne bi prišlo do kazenske obsodbe za nepravo opustitev⁶³, npr. v okviru inkriminacije povzročitve smrti iz malomarnosti (glej npr. določbo 118. člena KZ-1⁶⁴).

⁶³ Korošec (2000) Vidnejše posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj V: Zbornik znanstvenih razprav. 191.

⁶⁴ 118. čl. KZ-1 »Kdor povzroči smrt drugega iz malomarnosti, se kaznuje z zaporom od šestih mesecev do petih let.«.

8. ZMOTA

Za zmoto nikoli ne zadošča storilcev dvom, marveč mora biti podano njegovo prepričanje, ki je zgrajeno na nevednosti ali na napačnih predstavah⁶⁵.

Za tipično pravno zmoto se šteje zmota o obstoju garantne dolžnosti (o obstoju zapovedne norme). Zmote o dejstvih, iz katerih izrašča garantna dolžnost (npr. dejstvo, da gre za »lastnega« otroka, da obstaja nevarnost, da obstaja pravni posel ipd.), štejejo za dejanske zmote, te pa kot je znano, negirajo zavestno sestavino naklepa in z njim odgovornost za naklepna kazniva dejanja.

Kadar gre za pravno zmoto v zvezi z nepravimi opustitvami (te so v praksi še posebej pogosto obremenjene z različnimi zmotami storilcev), pa teorija poudarja, da pridejo v poštev omiljena merila opravičljivosti zmote. Tudi krivda se tipično presoja mileje (nezavedna malomarnost kot oblika krivde), to pa je okoliščina, ki omogoča milejše kaznovanje. Razlog je tudi tukaj v zapleteni določenosti pravnih dolžnosti in pogosto težavni praktični prepoznavnosti situacije, ki zahteva ravnanje v zvezi z garantno dolžnostjo⁶⁶.

⁶⁵ Bavcon *et al.* (2013) Kazensko pravo – splošni del. 308.

⁶⁶ Korošec (2000) Vidnejše posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj V: Zbornik znanstvenih razprav. 192.

9. POSKUS

V slovenski teoriji kazenskega materialnega prava je veljalo, da poskus ni mogoč pri nepravih opustitvenih kaznivih dejanjih, ker smiselno ni mogoče, da bi kdo poskusil opustiti svojo dolžnost, ki je v preprečitvi nastanka prepovedane posledice⁶⁷.

Sodobna domača in tuja teorija poudarjata, da ne gre za vprašanje poskusa pasivnosti, ampak za vprašanje poskusa s pasivnostjo izvršiti dejanje oziroma ne preprečiti prepovedane posledice. Tako danes tudi v slovenski teoriji kazenskega prava velja, da sta možna tako primerni kot tudi neprimerni poskus, vključno s prostovoljnim odstopom (v obliki aktivnosti)⁶⁸.

Kot primer za primerni poskus nepravega opustitvenega kaznivega dejanja lahko ponovno vzamemo mater, ki preneha hraniti svojega dojenčka s ciljem izstradati ga do smrti, dojenčka pa zadnji trenutek rešijo. Primer neprimernega poskusa neprave opustitve pa bi bil kopališki mojster, ki ne bi pomagal človeku v bazenu ki tone, ta pa bi bil že mrtev, ker ga je npr. zadela kap⁶⁹.

Vprašanja začetka poskusa so v praksi problematična z vidika dokazovanja, v teoriji pa niti niso sporna. Načeloma za začetek primernega poskusa opustitve velja trenutek, ko je dobrina postala ogrožena zaradi pasivnosti storilca (primer: otrok začne nevarno izgubljati težo zaradi podhranjenosti), pri neprimernem poskusu pa je vse odvisno od storilčevega naklepa in nevarnosti vtisa, ki ga njegovo početje daje opazovalcu⁷⁰.

⁶⁷ Bavcon, Šelih (1996) Kazensko pravo. 257.

⁶⁸ Bavcon *et al.* (2013) Kazensko pravo – splošni del. 326.

⁶⁹ *Ibidem.*

⁷⁰ *Ibidem.*

10. STEKI

Možen je t.i. stek garantnih dolžnosti, **to je** komuliranje istočasnih različnih garantnih dolžnosti istega storilca nasproti isti žrtvi. Če je npr. oče svojega sedemletnega otroka spravil v nevarno situacijo, ima dvojen garantni položaj: po družinskopravni zakonodaji kot kot oče in zaradi predhodnega ogrožanja kazenskopravno varovane dobrine. Njegova morebitna neprava opustitev v takih primerih bo tako rekoč dvakrat protipravna⁷¹.

Ta situacija je podobna komulaciji kvalifikatornih okoliščin znotraj istega kaznivega dejanja (npr. storilec na zahrbtnen način in iz morilske sle umori svojega soseda). Tako kot pri dvojni garantni dolžnosti, bo tudi tu izvršeno še vedno le eno kaznivo dejanje, bo pa to okoliščina, ki bo omogočala težje kaznovanje.

Kolektivna kazniva dejanja pa kot oblika navideznega realnega steka načeloma ne prenesejo konstrukta nepravih opustitev. Po mnenju teorije lahko zajemajo samo aktivno življenje, ne pa periodične ali celo trajne pasivnosti človeka⁷².

⁷¹ Korošec (2000) Vidnejše posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj V: Zbornik znanstvenih razprav. 193.

⁷² Ibidem, 194.

11. SOSTORILSTVO IN UDELEŽBA

Ko preučujemo, kdaj ima opustitev ravnanja za nastanek prepovedane posledice enak pomen kot storitev (določba tretjega odstavka 17. člena KZ-1), naletimo na še eno omejitev dosega instituta nepravih opustitev: opustitvena sotorilstva kot oblika najintenzivnejšega sodelovanja pri kaznivem dejanju naj ne bi bila možna pri nekaterih kaznivih dejanjih, možna pa bi bila pomoč, kot milejša oblika sodelovanja. To je najverjetneje zaradi zelo osebne narave nekaterih kaznivih dejanj in različnih posebnosti njihovih zakonskih formulacij. Sem spadajo inkriminacijske norme, ki naj ne bi prenesle sotorilstva in z njim tudi sotorilstva v nepravi opustitvi zaradi opredelitve posebnih namenov storilca, prenesle pa bi kvečjemu pomoč v nepravi opustitvi. Teorija tako pri številnih zanika možnost konstrukcije opustitvenega sotorilstva, dopušča pa opustitveno pomoč⁷³. Torej po tej trditvi paznik v zaporu, medtem ko opazuje, kako zapornik posiljuje sozapornika in ne stori ničesar za preprečitev napada (je pa nesporen garant zapornikovemu življenju in spolni nedotakljivosti), odgovarja zgolj za pomoč v opustitveni obliki, ne more pa ravnati v opustitvenem sotorilstvu. Lahko pa ta isti paznik odgovarja za sotorilstvo v nepravi opustitvi, če ne bi ukrepal ob naklepnem uničevanju varovanih stvari. Razlog v tem razlikovanju odgovornosti je najverjetneje v zelo osebni naravi nekaterih kaznivih dejanj in različnih posebnostih njihovih zakonskih formulacij⁷⁴. Je pa to tako doma kot v tujini precej nesistematično obdelano vprašanje.

V novejši nemški kazenskopravni teoriji srečamo splošno zastavljeno trditev, da je pomoč v opustitveni obliki dogmatično problematična in neživljenjska konstrukcija ter da je najustrezneje opredeliti opustitveno ravnanje, ki se kaže kot pomoč, kot samostojno storilstvo opustitvenega delikta, torej zunaj pravil o udeležbi⁷⁵.

Teorija poudarja, da po merilih energijskega vložka navzočnost ob izvrševanju kaznivega dejanja kot taka ni storitveno ravnanje in zato ne more pomeniti ne

⁷³ Korošec *et al* (2013) Cestnoprometno kazensko pravo. 265.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*.

sostorilstva, ne pomoči in zlasti tudi ne napeljevanja, čeprav ima na storilca še tako velik vpliv⁷⁶. Koliko pa bo v okviru nepravih opustitev takšna navzočnost pomembna sama po sebi, pa je odvisno od splošnih pravil za prepoznavo opustitvenega ravnanja in še posebej garantnih položajev⁷⁷.

Opustitveno pomoč pri opustitvi si je skorajda nemogoče zamisliti, medtem ko je možna in celo precej pogosta opustitvena pomoč pri storitvi. Znan je primer, ko je nemško zvezno vrhovno sodišče obsodilo taksista za opustitveno pomoč pri posilstvu: taksist je skupino mladih peljal na osamljen kraj, kjer je sedel v avtu in ni nič ukrenil, medtem ko so v njegovem taksiju posiljevali dekle⁷⁸.

Teorija pa namesto konstrukcije sostorilstva v primerih, kjer je eden storitelj, drugi pa opustitelj, zagovarja kvalifikacijo opustitelja kot pomagača. Razlog naj bi bil v značilno večjem storiteljevem obvladovanju dogajanja. Pri napeljevanju k nepravi opustitvi in pri pomoči pri nepravi opustitvi mora naklep udeleženca vedno zajemati tudi garantni položaj osebe, ki jo napeljuje, oziroma ji pomaga⁷⁹.

Posredno storilstvo je nujno naklepno, možno je v zvezi z opustitvijo, vendar načeloma zgolj v storitveni obliki. Opustitvena posredna storilstva pa so velika posebnost, ki jo glede udeležbe zasledimo v nemški kazenskoopravni teoriji, in sicer glede t.i. sodelovanja pri tujem samoogrožanju oziroma pri tuji samopoškodbi kot problemu splošnega dela kazenskega prava. Kadar gre za garanta tujemu življenju, telesni celovitosti, osebni varnosti ali kar elementarnemu človeškemu dostojanstvu nasploh, sodobna nemška teorija materialnega kazenskega prava v takih primerih zagovarja konstrukt posrednega storilstva (kjer je samoogrožujoči oziroma samopoškodujoči neposredni, četudi nekaznivi pseudo-storilec). To pa v glavnem velja le za primere, kjer je samoogrožujoči oziroma samopoškodujoči zaradi mladosti, duševnih napak ali zmot nesposoben veljavne privolitve v ogrožanje oziroma poškodbo (preprosteje povedano, ko taka oseba ne ve/ne more vedeti, kaj počne). Psihiater, ki bi npr. naklepno pasivno spremljal samomor svojega

⁷⁶ Korošec *et al* (2013) Cestnoprometno kazensko pravo. 266.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Korošec (2000) Vidnejše posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj V: Zbornik znanstvenih razprav. 194.

⁷⁹ Ibidem. 195.

duševno labilnega pacienta, bi odgovarjal kot posredni storilec umora v opustitvi (se pravi kot morilec in ne kot opustitelj pomoči). Podobno bi se kot posredni storilec umora lahko štel varnostnik v zaporu, ki bi z željo po jetnikovi smrti nedejavno opazoval njegov samomor⁸⁰.

⁸⁰ Korošec (2000) Vidnejše posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj V: Zbornik znanstvenih razprav. 195.

12. KAZENSKESKE SANKCIJE

12.1. Bistvo kazenskih sankcij

Kazen je že v zgodovini služila varstvu določenega ekonomskega in pravnega sistema, istemu interesu pa služi tudi danes. Poleg tega mora služiti tudi širšim interesom družbe in varovati tiste pravne dobrine, ki jih priznava vsa družba, saj bi brez te dimenzije kazen izgubila svoje opravičilo in legitimnost.⁸¹

Funkcija kazni je ostala čez vsa obdobja enaka, kazen kot sredstvo reagiranja družbe na izvršeno kaznivo dejanje. To funkcijo pa lahko kazen izvršuje samo, če ima nekatere temeljne značilnosti:

1. Kazen je po vsebini izraz negativnega moralno-etičnega vrednotenja kaznivega dejanja in storilca, merilo za njeno odmero pa je sorazmernost med težo kaznivega dejanja in storilčevo krivdo. Ta vidik kaže na povračilnost kazni v njeni sodobni obliki.
2. Kazen naj bi na ljudi vplivala tako, da bodo spoznali, da so ravnanja za katera je predpisana kazen, prepovedana.
3. Kazen je grožnja, ki je predvidena za posamezne kršitelje, na druge ljudi pa naj deluje zastraševalno.
4. Kazen pomeni nasilen poseg v pravice posameznika, čeprav je dandanes humanizirana.⁸²

12.2. Funkcije kazenskih sankcij

Namen in najsplošnejša funkcija vseh vrst kazenskih sankcij, je preprečevanje nadaljnjega izvrševanja kaznivih dejanj. Ta funkcija se navezuje na zahtevo po varstvu družbe pred kriminaliteto, le-ta pa je ena izmed temeljnih funkcij kazenskih sankcij in kazenskega prava na sploh. Seveda pa je ta funkcija upravičena le, če so sankcije, določene v pozitivnem pravu, izrečene in izvršene sorazmerno z zahtevo po varstvu družbe in varstvu človekovih pravic

⁸¹ Bavcon *et al.* (2013) Kazensko pravo – splošni del. 365.

⁸² *Ibidem.*

ter v skladu z načelom, da so kazensko pravo in kazenske sankcije ultima ratio societatis⁸³.

Povračilnost in preprečevanje sta dopolnjujoča se temelja, na katerih temelji kazen. Merilo za določitev kazni predstavlja povračilnost, torej da je kazen sorazmerna s težo kaznivega dejanja in jo je še mogoče šteti za pravično. Drugi temelj kazni pa predstavljata generalna in specialna prevencija. Generalna prevencija predstavlja obliko grožnje možnim storilcem kaznivih dejanj in jih s tem odvrča od tega, da bi morda storili kaznivo dejanje. Specialno preventivne funkcije kazni danes ne razumemo več le kot zastraševanje in nasilje zoper obsojenca, temveč kot celoto ukrepov, katerih namen je odvrniti obsojenca od ponovne izvršitve kaznivega dejanja, njihov cilj pa je vrnitev obsojenca nazaj v družbo, torej tudi resocializacija. Z nastankom novih vrst kazenskih sankcij, to so npr. varnostni in vzgojni ukrepi, pa ima specialno preventivna prevencija poglobljeno funkcijo⁸⁴.

12.3. Kazenske sankcije za kazniva dejanja izvršena v nepravi opustitvi

V nadaljevanju se bom sprehodila skozi vse štiri značilnosti kazni v luči kaznivega dejanja izvršenega v nepravi opustitvi, za primer pa bom vzela povzročitev smrti iz malomarnosti.

»Kazen je po vsebini izraz negativnega moralno-etičnega vrednotenja kaznivega dejanja in storilca, merilo za njeno odmero pa je sorazmernost med težo kaznivega dejanja in storilčevo krivdo. Ta vidik kaže na povračilnost kazni v njeni sodobni obliki.« Če vrtčevska vzgojiteljica opusti nadzor nad svojim varovancem med sprehodom po naravi in slednji pade v reko ter se utopi, je treba njeno opustitev šteti za moralno-etično zavržno in očitano vredno.

»Kazen naj bi na ljudi vplivala tako, da bodo spoznali, da so ravnanja, za katera je predpisana kazen, prepovedana.« Brez kančka dvoma lahko trdimo,

⁸³ Bavcon *et al.* (2013) Kazensko pravo – splošni del. 368.

⁸⁴ Ibidem.

da vzgojiteljica dobro ve, da ne sme opustiti nadzorstva nad svojimi varovanci, torej kazen v tem primeru ne bo dosegla svojega učinka.

»Kazen je grožnja, ki je predvidena za posamezne kršitelje, na druge ljudi pa naj deluje zastraševalno.« Mogoče bi imela kazen v tem primeru celo nasprotni učinek, v smislu da bi na ostale ljudi delovala do te mere zastraševalno, da bi se dijaki v manjši meri odločali za poklic vzgojitelja.

»Kazen pomeni nasilen poseg v pravice posameznika, čeprav je dandanes humanizirana.« Predpisana kazen za izvršitev kaznivega dejanja povzročitve smrti iz malomarnosti je zaporna kazen in bi predstavljala zelo nasilen poseg v pravice vzgojiteljice.

Glede sankcije pri nepravih opustitvah je treba poudariti, da slovenski kazenski zakonik ne sledi nekaterim tujim kazenskopravnim sistemom, po katerih bi bilo pri nepravih opustitvah splošno dopustno omiliti kazen⁸⁵. Kazen za nepravo opustitev je načeloma enaka kot za storitev. Tuji zakoni štejejo, da je krivda v primeru nepravih opustitev značilno zmanjšana in zato predvidevajo fakultativno možnost omilitve kazni. Menim, da bi bila fakultativna možnost omilitve kazni v primeru nepravih opustitev zaradi značilno nižje, manj zavržne krivde teoretično utemeljena⁸⁶.

⁸⁵ § 13/II StGB: »Die Strafe kann nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.«.

⁸⁶ Korošec (2000) Vidnejše posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj V: Zbornik znanstvenih razprav. 196.

13. SODNA PRAKSA

Pri iskanju sodne prakse sem naletela na kar nekaj težav. V iskalniku sodne prakse pod iskalno zahtevo »neprava opustitev« nisem našla nobenega zapisa sodbe, zato sem pisala vsem okrožnim in okrajnim sodiščem v Sloveniji ter jih prosila za sodno prakso za katero koli kaznivo dejanje izvršeno v nepravi opustitvi. Veliko sodišč mi sploh ni odpisalo, velika večina tistih, ki pa so mi odpisala, ne vodijo evidence kaznivih dejanj po kriteriju izvršitve v nepravi opustitvi ampak samo po pravilni številki sodbe, datumu izdaje sodbe ali po imenu obsojenca.

Sodišče v Murski Soboti se je zelo potrudilo in je svojim sodnikom poslalo vprašanje, ali so se kdaj v svoji karieri srečali s takšnim načinom izvršitve kaznivega dejanja, ter od enega dobili pozitiven odgovor in mi poslali anonimizirano sodbo. Žal pa gre v tej sodbi za izvršitev kaznivega dejanja v pravi opustitvi, tako da sodba ni primerna za mojo magistrsko diplomsko nalogo.

13.1 Pravo opustitveno kaznivo dejanje – 314/V, III, I. čl. KZ-1

Sodišče v Mariboru mi je posredovalo tri zanimive sodbe, vendar je šlo v vseh treh primerih tudi za pravo opustitveno kaznivo dejanje. V eni sodbi je obravnavano kaznivo dejanje po 314/V, III, I. členu KZ-1⁸⁷, vendar pa bi bila po mojem mnenju bolj pravilna kvalifikacija po 118. členu KZ-1 – povzročitev smrti iz malomarnosti, in sicer v nepravi opustitvi. Povzročitev splošne nevarnosti pomeni, da je krog možnih oškodovancev nedoločen. V tem primeru pa je bil krog določen. Možna oškodovanka je bila le najemjemalka,

⁸⁷ 314/V,III,I KZ-1 "(1) Kdor s požarom, povodnjo, eksplozijo, strupom ali strupenim plinom, ionizirajočim sevanjem, motorno silo, električno ali kakšno drugo energijo ali kakšnim drugim splošno nevarnim dejanjem ali sredstvom ali opustitvijo dejanja, ki bi ga moral storiti za zagotovitev splošne varnosti ljudi in premoženja, povzroči nevarnost za življenje ljudi ali premoženje velike vrednosti, se kaznuje z zaporom do petih let.

(3) Kdor stori dejanje iz prvega odstavka iz malomarnosti, se kaznuje z denarno kaznijo ali zaporom do enega leta.

(5) Če ima dejanje iz prvega, drugega ali tretjega odstavka tega člena za posledico smrt ene ali več oseb, se storilec kaznuje za dejanje iz prvega odstavka z zaporom od enega do petnajstih let, za dejanje iz drugega odstavka z zaporom najmanj petnajstih let, za dejanje iz tretjega odstavka pa z zaporom do osmih let."

ki je z najemodajalcem – storilcem – podpisala najemno pogodbo. Ker gre za ozek krog morebitnih oškodovancev, je tudi zagrožena kazen po 118. členu KZ-1 nižja kot pa po 314/V. členu.

Žrtev je imela v najemu stanovanje. Najemodajalec ni poskrbel za vpis kurilne naprave in z njo povezanih dimnih vodov v obvezne evidence. Posledično dimni vodi niso bili strokovno pregledani in očiščeni. Nato je na dimno tuljavo priključil peč na trdo gorivo, jo usodnega dne zakuril, kar pa je imelo za posledico uhajanje ogljikovega monoksida iz zamašene dimne tuljave, ki je nastajal pri gorenju v peči. Uhajal je skozi dimno tuljavo in kurišče v sosednje stanovanje, kjer je bivala žrtev, ki je v posledici zastrupitve z ogljikovim monoksidom v svojem stanovanju istega dne umrla⁸⁸.

Nepravo opustitveno kaznivo dejanje po 118. členu lahko skonstruiramo z vzpostavitvijo primerne garantne dolžnosti. V tem primeru je to pogodba med storilcem in žrtvijo – najemna pogodba, na podlagi katere ima najemodajalec številne dolžnosti, konkretno na podlagi takrat veljavne Uredbe o načinu, predmetu in pogojih izvajanja obvezne državne gospodarske javne službe izvajanja meritev, pregledovanja in čiščenja kurilnih naprav, dimnih vodov in zračnikov zaradi varstva okolja in učinkovite rabe energije, varstva človekovega zdravja in varstva pred požarom⁸⁹, skrb za vpis kurilne naprave in z njo povezanih dimnih vodov v obvezne evidence.

Zaradi storilčeve opustitve dolžnostnega ravnanja, je smrt najemnika pripisljiva njegovemu (ne)ravnanju.

13.2. »Z motokros motorjem do smrti povozil svojega štiri letnega sina«

Približno 20 let nazaj se je v okolici Krškega zgodila huda prometna nesreča, v kateri je življenje izgubil štiri letni deček.

Na motokros progi je oče tega dečka vozil kros motor. Ko se je z njim povzpel na skakalnico, je imel hitrost približno 70 km/h. Ko je zagledal točko pristanka,

⁸⁸ Sodba Okrožnega sodišča v Mariboru, št. I K 65471/2012 z dne 7.7.2015.

⁸⁹ Uradni list RS, št. 129/04, 57/06, 105/07, 102/08, 94/13, 106/15 in 68/16 – ZDimS.

je točno na njej stal njegov sin. Ker v zraku motorja ne moreš obrniti, je oče lahko le z grozo spremljal potek dogajanja in s sprednjo gumo svojega motorja zadel sina direktno v sence. Otrok je bil na mestu mrtev⁹⁰.

Garantka temu otroku je bila njegova mati. Nad njim je opustila dolžno nadzorstvo in otrok ji je pobegnil na progo. Po mojem mnenju je krivda matere nedvomno vzpostavljena, saj bi mati morala vedeti, da se kaj takega lahko zgodi in bi morala temu primerno otroka varovati s še večjo skrbnostjo kot sicer. Vožnja motorjev na motokros progi je zelo hitra in nevarna, polno je zelo visokih in dolgih skokov, skoraj štiriletni otrok pa se vse te nevarnosti ne zaveda tako zelo dobro. Sin je očetu želel samo pokazati kam mora njegov oče skočiti in kje pristati, zato je tudi stekel na progo in se postavil pod skakalnico.

Iz medijev sem izvedela, da obtožnica zoper mamó zaradi kaznivega dejanja povzročitve smrti iz malomarnosti izvršenega v nepravi opustitvi nikoli ni bila vložena. Na krajevno pristojno okrožno sodišče v Krškem sem poslala glede omenjenega primera povpraševanje, vendar nisem prejela nobenega odgovora.

13.3. »Med porodom zaradi zdravniške napake umrl sicer popolnoma zdrav in donošen deček«

S pogodbo o zdravstvenih storitvah zdravnik prevzame obveznost, da si bo s profesionalno skrbnostjo (v skladu s pravili stroke oz. medicinske doktrine, etičnimi pravili, zakonodajo, veljavno privolitvijo za poseg) prizadeval doseči, da bo pacient ozdravel. Izjema je pri lepotnih posegih, splavu, sterilizaciji ter izdrtju zoba, kjer je zdravnik pogodbeno zavezan k dosegu konkretnega rezultata⁹¹.

⁹⁰ Dostopno prek: <http://nova24tv.si/sprosceno/sport/bogomir-gajser-iskreno-o-smrti-sina-ravno-tam-kjer-sem-pristajal-je-stal-kot-kip-se-danes-ga-vidim/> (28. 2. 2018).

⁹¹ Ovčak Kos, Božič Penko (2017) Dileme v primerih odškodninskega prava v zvezi z odgovornostjo za medicinsko napako, V: Odvetnik, revija odvetniške zbornice Slovenije, Leto XVIII, št. 5 (83). 12.

V primeru ko zdravnik ne ravna v skladu s profesionalno skrbnostjo, kar se odrazi v strokovni napaki in bolniku nastane škoda, gre za kršitev pogodbenega razmerja⁹².

V spodaj opisanem primeru je šlo za kršitev garantne dolžnosti zdravnika in sicer pogodbe o zdravstvenih storitvah, ki jo je sklenil s pacientko.

Okrožno sodišče v Novem mestu mi je posredovalo anonimizirano sodbo dolgo kar devetintrideset strani. Obdolžencema – babici in zdravniku B.B. je bila izrečena pogojna obsodba (babici 11 mesecev, zdravniku pa zgolj 6 mesecev), zaradi kaznivega dejanja povzročitve smrti iz malomarnosti. Tu je šlo za tipičen primer izvršitve kaznivega dejanja v nepravi opustitvi, čeprav sodišče tega v sodbi ni nikjer izrecno zapisalo.

A.A. je prišla zvečer okoli 21.00 ure v Splošno bolnišnico Novo mesto na porodniški oddelek, da bi rodila zdravega in donošenega otroka, ker ji je odtekla voda. Porod se je torej začel po naravni poti. Ob 4.00 so bili popadki dovolj pogosti in močni, vendar ji je kljub temu babica nastavila infuzijo Syntocinona – umetni hormon, ki sproži popadke. Normalni popadki so dva do trije na deset minut, po prejemu tega zdravila pa jih je imela tudi po šest na deset minut. Posledica prejema tega zdravila in prepogostih popadkov je bila bradikardija ploda (tj. padeč plodovih srčnih utripov pod 120/minuto). To je bil očiten znak, da se s plodom slabo godi in da se je do tedaj normalen porod prevesil v nenormalnega. Babica o tem dogodku, ki je trajal kar 35 minut zdravnika porodničarja ni obvestila. A.A. je bila ob 6.00 zjutraj popolnoma odprta in bi rodila v roku ene ure, a ji je babica še naprej dozirala Syntocinon, kljub temu pa niti do 7.00 ni mogla roditi zaradi nesorazmerja med velikostjo plodovega vodilnega dela, to je glavice, in porodno potjo. Takrat jo je pregledal zdravnik porodničar, B. B., ki je ugotovil, da se plodova glavica ne spušča v porodni kanal, da je nad interspinalno linijo in da se vidi oteklina na glavici ploda. Porod je ob 7.00 zastal. Ob 7.00 bi moral v službo priti obtoženi C.C., ki pa je zamujal 50 minut. Ob 7.50 se je B.B. dobil v knjižnici s svojim naslednikom – C.C-jem, ki mu je predal dežurstvo, vendar pa B.B. in C.C. dežurstva nista predala v skladu z dobro klinično prakso, saj nista šla skupaj v

⁹² Ibidem. 13

porodno sobo k porodnici, kjer bi se C.C. lahko seznanil z zapleti pri porodu in patološkim stanjem ploda in kjer bi se skupaj odločila za najprimernejši način dokončanja poroda. Ob predaji dežurstva je B.B. C.C.-ju predal napačne in nepopolne informacije glede stanja ploda, saj mu je rekel, da je CTG zapis v redu in da porod eno uro stoji. C.C. , ki bi se ne glede na nepopolno prejete informacije od svojega predhodnika, kljub temu moral takoj ob predaji dežurstva seznaniti z vsemi relevantnimi okoliščinami in takoj pregledati porodnico in CTG zapis, tega ni storil, ker je napačno in nestrokovno ocenil, da ima še čas za dokončanje poroda. Če bi zdravnik B.B. pregledal CTG zapis za nazaj in tako ugotovil, da je imel plod že ob 4.40 35 minut trajajočo bradikardijo, ki je sprožila proces hipoksemije, to je pomanjkanje kisika v krvi ploda med porodom, bi kasneje beleženje bradikardije z deceleracijami brez dvoma povezal z odvijajočim se procesom hipoksemije, ne pa z drugo porodno dobo, zaradi česar bi ukinil infuzijo Syntocinona in takoj pristopil k operativnemu dokončanju poroda s carskim rezom. V tem primeru bi se otrok rodil živ in po vsej verjetnosti tudi popolnoma zdrav. Tako pa se je tudi zdravnik C.C. odločil za čakanje, ki je bilo za plod pogubno. Najprej je poizkušal otroka poroditi ob 8.40 z vakuumsko ekstrakcijo, ki pa je bila neuspešna. Za porod s carskim rezom se je odločil po tem in otrok se je ob 9.03 rodil mrtev. Tudi če bi C.C. takoj ob prihodu v službo ob 7.50 uri nemudoma odšel v porodno sobo, ter se na podlagi stanja CTG zapisa in pregleda porodnice takoj odločil za dokončanje poroda s carskim rezom in ne z vakuumsko ekstrakcijo, ki je bila v danih okoliščinah neprimeren in strokovno neupravičen način dokončanja poroda, otrokovega življenja ne bi rešil. Otrok bi se z gotovostjo rodil živ, če bi B.B. okoli 7.00 opravil carski rez.

Sodišče je v obrazložitvi zapisalo, da dokazni postopek ni z gotovostjo potrdil očitka obtožbe, da so tudi ugotovljene opustitve obtoženega C.C. oziroma njegovega ravnanja, ki prav tako niso bila skladna z načeli porodniške stroke in dobro klinično prakso, v vzročni zvezi s smrtjo otroka. Dokazni postopek je namreč pokazal, da ni izključena verjetnost, da tudi v kolikor bi C.C. ravnal skladno z veljavno doktrino v porodništvu, bi se otrok kljub vsemu rodil mrtev.

13.4. »Smrt Jeseniške deklice«

Gre za aktualen in medijsko zelo odmeven primer dveletne deklice z Jesenic, ki je telesnim poškodbam podlegla na Pediatrični kliniki v Ljubljani, 4. julija 2016.

V omenjeni zadevi nisem razpolagala z nobeno dokumentacijo, saj je bila v času pisanja magistrske naloge prvostopenjska sodba sicer že razglašena, ne pa tudi napisana in obrazložena. Za vpogled v spis in obtožnico sem zaprosila generalnega državnega tožilca, ki pa je bil primoran na podlagi 181. člena Zakona o državnem tožilstvu⁹³, ki določa, da lahko generalni državni tožilec odobri vpogled, prepis, kopiranje ali izpis iz vpisnikov, imenikov, evidenc in spisov državnega tožilstva posamezniku, ki izkaže, da podatke potrebuje za znanstvenoraziskovalno delo, le v primeru, da gre za vpisnike, imenike, evidence in spise, ki so že arhivirani, mojo prošnjo zavrniti. Ker pa je bil omenjeni primer medijsko zelo odmeven, ga bom vseeno predstavila, in sicer sem za vir uporabila javno dostopne informacije.

Mama deklice S. A. in njen partner M. J. sta bila obtožena in (še ne pravnomočno) 28. septembra 2017 obsojena, da sta sodelovala skupaj in v soglasju, deklico zanemarjala in z njo surovo ravnala. Vsak od njiju je obsojen za pet kaznivih dejanj lahke telesne poškodbe, tri kazniva dejanja hude telesne poškodbe ter za kaznivo dejanje povzročitve posebno hude telesne poškodbe, ki je imela za posledico smrt. Sodnica jima je izrekla zaporno kazen in sicer mami 23 let, očimu pa 21 let. Obramba je že napovedala pritožbo zoper prvostopenjsko sodbo. Za deklico so bili usodni zadnji udarci v glavo, ki so povzročili akutni možganski hematoma, za posledicami katerega je v bolnišnici umrla. Sočasno je storilec deklici izbil en zob in drugega polomil, med drugim pa je utrpela tudi prebito ustnico in obtolčenino. K zadnji poškodbi glave je po mnenju zdravnikov in izvedencev, ki so sodelovali v dokaznem postopku, pripomogel predhodni možganski hematoma, ki ga je deklica utrpela zaradi močnega udarca z glavo v predmet večje gladke površine nekaj dni oziroma tednov prej. V zadnjih tednih življenja sta obsojena med drugim na njeni roki ugasnila cigareto, jo tako močno udarjala po zadnjem delu telesa,

⁹³ Zakon o državnem tožilstvu, Uradni list RS, št. 58/11, 21/12 – ZDU-1F, 47/12, 15/13 – ZODPol, 47/13 – ZDU-1G, 48/13 – ZSKZDČEU-1, 19/15 in 23/17 – ZSSve.

da so nastale podplutbe, utrpela pa je tudi močan udarec v hrbet, ki je povzročil zlom treh reber. Eden od njiju ji je skozi zadnjično odprtino v debelo črevo vstavil napihnjen balonček premera slabih dveh centimetrov, ki je v dolžino meril dobrih sedem centimetrov, drugi pa je vsa naštetja in druga očitana dejanja dopuščal. To je deklici, kot je navedla sodnica, znatno poslabšalo telesne zmožnost za igro in običajno delovanje ter ji povzročalo telesne in duševne bolečine.

Ob vsem tem sta S. A. in M. J. dveletno deklico večkrat puščala doma samo, opustila sta tudi skrb za njeno higieno in ustrezno prehrano, tako je pogosto dlje časa ostala v polulani ali pokakani plenički ter izgubljala telesno težo⁹⁴.

Na Okrožnem sodišču v Kranju so mi posredovali telefonsko številko tožilke na tem primeru – T. L., katero sem tudi poklicala in ji zastavila nekaj vprašanj. Zanimalo me je predvsem, zakaj se tožilci v veliki večini primerov odločijo za kvalifikacijo prave opustitve, ko pa gre očitno za nepravo. Zelo prijazno mi je razložila, da je dokazovanje v primeru neprave opustitve znatno težje in ker tožilci zasledujejo obsodilno sodbo, se zato rajši odločijo za pravo opustitev. V primeru smrti jeseniške deklice pa je tožilka dejala, da te izbire niti ni imela, saj je šlo za tako očitno garantno dolžnost mame do svojega otroka, zato je tudi sodnica mami deklice dosodila višjo zaporno kazen kot pa njenemu partnerju, M. J.-ju.

⁹⁴ Dostopno prek: <https://www.dnevnik.si/1042786109/kronika/1042786109> (23. 10. 2017).

14. ŠIRJENJE KAZENSKOPRAVNE REPRESIJE

Temeljna načela kazenskega prava so: načelo zakonitosti (Nullum crimen nulla poena sine lege *paevia*; Nullum crimen sine lege *certa*), načelo človekovega dostojanstva in humanosti, načelo legitimnosti in omejenosti represije samo na nujne primere (prisila kot *ultima ratio*), načelo subjektivne ali krivdne odgovornosti ter načelo individualizacije kazenskih sankcij, torej sorazmernost med kaznivim dejanjem in kaznijo⁹⁵.

Kazenska represija je organizirano, s pravom urejeno, in vnaprej določeno nasilje, ki ga izvajajo s pravnimi predpisi določeni državni organi v okviru predpisanega postopka in v oblikah, ki so predpisane, zoper tistega, ki krši pravno normo⁹⁶. Omejena mora biti samo na nujne primere, torej kazenska represija kot *ultima ratio*.

Za primer vzemimo naslednjo (realno) situacijo: vzgojiteljica pelje svojo skupino otrok na sprehod. Pri tem eden od otrok pade v reko, kjer zaradi udarca v glavo izgubi zavest in se posledično utopi. Vzgojiteljica je na podlagi pogodbe garant temu otroku. Že to vzpostavi njeno kazenskopravno odgovornost in posledično konstrukcijo nepravlega opustitvenega kaznivega dejanja – povzročitve smrti iz malomarnosti. V tem primer bi šlo dejansko za zelo hudo nesrečo, saj vsak od nas ve, da je nemogoče imeti vse te otroke vsako sekundo popolnoma pod nadzorom, to se od vzgojiteljice tudi ne more pričakovati, to bi bilo popolnoma nerealno in za kaj takega bi potreboval vsak otrok svojo vzgojiteljico.

Glede na ugotovitve, do katerih sem prišla pri preučevanju sodne prakse lahko z veliko gotovostjo zaključim, da bi v takem konkretnem primeru sodišče ali oprostilo vzgojiteljico obtožbe za kaznivo dejanje povzročitve smrti iz malomarnosti izvršeno v nepravi opustitvi, ali pa bi jo obsodilo na pogojno kazen, vendar za kakšno drugo pravo opustitveno kaznivo dejanje, ki ima precej nižjo zagroženo kazen.

⁹⁵ Bavcon *et al.* (2013) Kazensko pravo – splošni del. 126.

⁹⁶ *Ibidem.* 32.

15. SKLEP

Ko sem se za magistrsko nalogo odločila raziskovati kazniva dejanja izvršena v nepravi opustitvi sem menila, da je tovrstnih kaznivih dejanj v Sloveniji precej veliko. Ko sem začela iskati sodno prakso, pa sem naletela na zelo veliko razočaranje, saj sem ugotovila, da se tovrstna kazniva dejanja kot taka ne preganjajo, temveč se preganjajo kot prava opustitvena kazniva dejanja, pri katerih pa je kaznovalni okvir precej nižji.

Če bi kaznivo dejanje povzročitve splošne nevarnosti, ki sem ga na primeru iz sodne prakse povzela v enem od prejšnjih poglavij, kvalificirali kot kaznivo dejanje povzročitve smrti iz malomarnosti, izvršenega v nepravi opustitvi (kar bi bilo po mojem mnenju edino pravilno, saj opustitev pregleda in čiščenja dimnih tuljav predstavlja zavestno malomarnost) in storilcu izrekli kazen zapora, in če bi o tem glasno poročali mediji, bi morda zaradi tega vsaj en najemodajalec opravil svojo dolžnost (ki je drugače morda ne bi) in tako preprečil smrt podnajemnika. Le tako bi do izraza prišla generalna prevencija kazni.

V nepravih opustitvenih kaznivih dejanjih tiči velika potencialna nevarnost širjenja kazenskopravne represije brez najmanjše spremembe pozitivnega kazenskega prava⁹⁷. Sem pa menja, da je pregon storilcev obravnavanih kaznivih dejanj smiseln, tudi če ne pride do obsodbe oziroma je izrečena kazen pogojna obsodba, saj na ta način namen kazenskih sankcij pride resnično do izraza, to je do specialne in še posebej generalne prevencije. Bi bilo pa treba v takšne postopke bolj aktivno vključiti medije, ki bi poročali strokovno in neodvisno, z namenom ozaveščati javnost o nevarnosti kaznivih dejanj izvršenih v nepravi opustitvi.

⁹⁷ Korošec (2000) Vidnejše posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj V: Zbornik znanstvenih razprav. 196.

16. SEZNAM LITERATURE

Ambrož M., Kaznivo dejanje in njegove vrednostne prvine, Ljubljana, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti, 2007.

Bavcon L., Šelih A.: Kazensko pravo – splošni del, Ljubljana: Uradni List Republike Slovenije, 1996.

Bavcon L., Šelih A., Korošec D., Ambrož M., Filipčič K., Kazensko pravo – splošni del, Ljubljana, Uradni list Republike Slovenije, 2013.

Kazenski zakon Socialistične Republike Slovenije, Uradni list SRS, št. 12/77 in Uradni list RS, št. 63/94 – KZ.

Kazenski zakonik, Uradni list RS, št. 95/04.

Kazenski zakonik (KZ-1), Uradni list RS, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16 in 27/17.

Korošec D., Najnovejši trendi pri obvladovanju opustitvenih kaznivih dejanj, 1. Konferenca kazenskega prava in kriminologije, Portorož, GV založba, 2008, str. 19 – 26.

Korošec D., Vidnejše posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj, ZZR, Pravna fakulteta v Ljubljani, letn. 60, št. 1, 2000, str 179 – 197.

Korošec D., Dežman Z., Karakaš A., Nerat B., Novoselec P., Verdel Kokol V., Zgaga S., Cestnoprometno kazensko pravo, Ljubljana, GV Založba, 2013.

Novoselec P., Bojanić I., Opći dio kaznenog prava, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2013.

Ovčak Kos M., Božič Penko A., Dileme v primerih odškodninskega prava v zvezi z odgovornostjo za medicinsko napako, Odvetnik, revija odvetniške zbornice Slovenije, Leto XVIII, št. 5 (83) - zima 2017, str. 11 – 14.

Roxin C., Strafrecht – Allgemeiner Teil Band I (Grundlagen Aufbau der Verbrechenstheorie), München, Verlag C.H. Beck, 2006.

Smrt skoraj štiri letnega dečka: Bogomir Gajser iskreno o smrti sina: "Ravno tam, kjer sem pristajal, je stal kot kip. Še danes ga vidim." Dostopno prek: <http://nova24tv.si/sprosceno/sport/bogomir-gajser-iskreno-o-smrti-sina-ravno-tam-kjer-sem-pristajal-je-stal-kot-kip-se-danes-ga-vidim/> (28. 2. 2018).

Sodba v primeru jeseniške deklince: Ni kazni, dovolj visoke, da odtehta takšno dejanje, dostopno prek:

<https://www.dnevnik.si/1042786109/kronika/1042786109> (23. 10. 2017).

Zakon o državnem tožilstvu (ZDT-1). Uradni list RS, št. 58/11, 21/12 – ZDU-1F, 47/12, 15/13 – ZODPol, 47/13 – ZDU-1G, 48/13 – ZSKZDČEU-1, 19/15 in 23/17 – ZSSve.