

UNIVERZA V LJUBLJANI  
PRAVNA FAKULTETA

**PRAVNOTEORETIČNE IN PRAKTIČNE RAZSEŽNOSTI POJMA  
PRAVNE DOBRINE**

Timotej Obreza

Ljubljana 2022

UNIVERZA V LJUBLJANI  
PRAVNA FAKULTETA

**PRAVNOTEORETIČNE IN PRAKTIČNE RAZSEŽNOSTI POJMA  
PRAVNE DOBRINE**

Timotej Obreza

»Delo je pripravljeno v skladu s Pravilnikom o podeljevanju Prešernovih nagrad študentom,  
pod mentorstvom doc. dr. Aleša Novaka.«

Ljubljana 2022

## **Povzetek**

Pojem pravne dobrine predstavlja enega izmed temeljnih pojmov današnje pravne misli, pri čemer ima posebno vlogo znotraj kazenskega prava. Od kazenskopravnega sistema in kazenskopravne dogmatike je obenem neločljiv, obenem pa ju, zgodovinsko gledano, kot miselna figura na različne načine šele omogoči. Ker lahko pojem pravne dobrine razumemo kot pravoznanstveni izum, umestljiv v proces nastajanja vednosti o kazenskem pravu kot specifičnem pravnem področju, je prvi korak v nalogi poskus zagotovitve zgodovinsko-teoretične podlage, ki bo njegovo razumevanje naredila bolj celostno in na nek način njegovo mišljenje ter koncipiranje v nadaljevanju šele omogočila. Tako bo pojem najprej predstavljen v svoji zgodovinski dimenziji, z začetkom v sredini 19. stoletja, ko bo preko temeljnih teoretičnih del osrednjih kazenskopravnih teoretikov pokazano, kako do njegove uvedbe in umestitve v sistem prvič sploh pride. Kot samostojni bosta obravnavani obdobji nacionalsocialistične Nemčije in nekoliko poenostavljeno še jugoslovanska kazenskopravna misel, znotraj katerih pojem pravne dobrine predstavlja pomembno mesto teoretske diskusije, a tudi implikacije, ki imajo posledice še danes. Kot osrednji del naloge bo sledila obravnava splošnih značilnosti pravne dobrine, znotraj katerih bom široko in pretežno v tuji literaturi odvijajočo se diskusijo poskušal zvesti na dvoje preprostih izhodišč: kaj s pojmom pravne dobrine sploh označujemo in kako lahko k temu označevanju pristopamo. Od odgovorov nanju bo pomembno odvisen nabor funkcij, ki jih pojmu pravne dobrine pripišemo. Znotraj kazenskopravnega sistema ima pravna dobrina za kazenskopravno znanost odločilne sistemske funkcije, ki omogočajo notranje homogeno in dogmatično precizno pravno analizo; pri tem je ključnega pomena predvsem narava dane pravne dobrine. Toda pojem pravne dobrine ni le metodična pravna figura, ki znotraj pravnega najstva kohezivno izpeljuje abstraktne zaključke same na sebi. V zadnjem času se predvsem tuja kazenskopravna teorija široko ukvarja z vprašanjem teorije kriminalizacije, torej katero človekovo vedenje in zakaj naj zakonodajalec postavi pod kazen. V tej debati znotraj evropskega kontinentalnega prostora ima povsem osrednjo vlogo ravno teorija pravne dobrine, ki preko svoje kritične funkcije ponudi izhodišča za kritiko in napotke pravu *de lege lata* in *de lege ferenda*. Ta debata je tekom naloge tudi obravnavana. V zadnjem delu naloge izvedem kratko analizo vloge pojma pravne dobrine na slovenskem pravnem področju, pri čemer na podlagi kratkega lastnega poskusa ponudim nekatere vzvode za nadaljnjo diskusijo. Zavzamem se za globlje pravnoteoretsko prizadevanje za preučitev novih možnosti analize slovenskega posebnega dela kazenskega zakonika in obenem pozovem k širšemu diskurzu o temeljnih družbenih pojavih, v katerih pa lahko kazenskopravna teorija poleg kritičnega pojma pravne dobrine ponudi tudi nekatere ostale nastavke, denimo načelo povzročene škode. Cilj, h kateremu lahko pojem pravne dobrine pomembno prispeva, je vzpostavitev diskurza, ki bo upošteval dogmatske posebnosti pravnega področja, hkrati pa gradil na njegovi odprtosti in fleksibilnosti.

**Ključne besede:** pravna dobrina, sistem kazenskega prava, pravna zgodovina, pravna znanost, teorija kriminalizacije

## **Abstract**

The notion of legal goods (*Rechtsgutsbegriff*) is one of the fundamental concepts in the present-day legal thought, having a special role within criminal law. It is at once inseparable from the criminal law system and criminal law dogmatics, yet it, historically speaking, in various ways only makes the two possible. Since the notion of a legal good can be understood as a jurisprudential invention, situated in the process of the emergence of knowledge about criminal law as a specific legal field, the first step in the thesis is an attempt to provide a historical-theoretical basis that will make its understanding more holistic and, in a sense, make its thinking and conceptualisation possible. Thus, the concept will first be presented in its historical dimension, starting in the mid-19th century, where it will be shown, through the fundamental theoretical works of the central criminal law theorists, how its introduction and its placement in the system first came about. The periods of National Socialist Germany and, somewhat simplified, Yugoslav criminal legal thought will be treated as separate periods, within which the notion of a legal good is an important site of theoretical debate, but also has lasting repercussions today. As the central part of the thesis the discussion of the general characteristics of legal goods will follow, within which I will try to keep the broad and predominantly foreign literature discussion faithful to two simple starting points: what the notion of legal goods is used to denote in the first place, and how we can approach this denotation. The answers to these two questions will significantly determine the range of functions that we ascribe to the notion of legal goods. Within the criminal law system, the legal good has crucial systemic functions for the science of criminal law, which allow for an internally homogeneous and dogmatically precise legal analysis; in this respect, the nature of the legal good in question is of key importance. But the notion of a legal good is not merely a methodical legal figure that coherently derives abstract conclusions on its own within the concept of legal ought. Recently, foreign criminal law theory in particular has been extensively concerned with the question of the theory of criminalisation, i.e. which human behaviour should be criminalised by the legislator and why. In this debate within the European continental area, it is precisely the theory of the legal good that plays an absolutely central role, offering, through its critical function, a starting point for criticism and guidance to the law *de lege lata* and *de lege ferenda*. This debate is also addressed in the course of the thesis. In the last part of the thesis, I make a brief analysis of the role of the notion of legal goods in the Slovenian legal field, offering some levers for further discussion on the basis of a brief attempt of my own. I advocate for a deeper legal-theoretical effort to explore new possibilities for the analysis of the Slovenian special part of the Criminal Code, and at the same time I call for a broader discourse on fundamental social phenomena, in which, in addition to the critical notion of legal goods, criminal law theory can also offer some other approaches, such as the harm principle. The aim to which the notion of legal goods can make an important contribution is to create a discourse that takes into account the dogmatic specificities of the legal field, while building on its openness and flexibility.

**Keywords:** legal good, system of criminal law, legal history, science of law, theory of criminalisation

## Kazalo

<b>POVZETEK</b> .....	<b>3</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>4</b>
<b>KAZALO</b> .....	<b>5</b>
<b>1 UVOD</b> .....	<b>7</b>
1.1 OPREDELITEV POLJA RAZISKOVANJA: PROBLEMI, CILJI, METODE .....	7
1.2 ORIS ZASNOVE RAZISKOVANJA .....	9
Prvi del: <b>ZGODOVINSKO UMEŠČANJE POJMA PRAVNE DOBRINE</b>	
<b>2 NASTANEK IN RAZVOJ POJMA PRAVNE DOBRINE</b> .....	<b>11</b>
2.1 UVOD V ZGODOVINSKI PRELET .....	11
2.2 SUBJEKTIVNA PRAVICA KOT PREDSTOPNJA POJMA ( <i>FEUERBACHOV SISTEM</i> ) .....	12
2.3 PREDSTAVITEV POJMA KAZENSKOPRAVNE DOBRINE ( <i>BIRNBAUMOVA KRITIKA FEUERBACHA</i> ).....	14
2.4 UVEDBA PRAVNE DOBRINE ( <i>BINDINGOVE NORME</i> ).....	16
2.5 UMEMSTITEV IN OPREDELITEV POJMA ( <i>LISZTOV CILJ KAZENSKEGA PRAVA</i> ) .....	18
2.6 IZNAKAŽENJE POJMA PRAVNE DOBRINE ( <i>PRAVO TRETJEGA RAJHA</i> ) .....	20
2.7 TRK Z JUGOSLOVANSKO PRAVNO DOKTRINO ( <i>DRUŽBENA ŠKODLJIVOST KOT PANDAN?</i> ).....	26
Drugi del: <b>SPLOŠNE ZNAČILNOSTI POJMA PRAVNE DOBRINE</b>	
<b>3 KAJ POJEM PRAVNE DOBRINE OZNAČUJE?</b> .....	<b>34</b>
3.1 TEMELJNO O POJMU .....	34
3.2 DEFINIRANJE PRAVNE DOBRINE .....	35
3.2.1 <i>Definiranje v okviru pozitivnega prava</i> .....	39
3.2.2 <i>Na kratko o personalni teoriji pravne dobrine</i> .....	40
3.3 TIPIZIRANJE KAZENSKOPRAVNIH DOBRIN .....	41
3.3.1 <i>Individualne in kolektivne pravne dobrine</i> .....	42
3.3.2 <i>Razpoložljive in nerazpoložljive pravne dobrine</i> .....	44
3.3.3 <i>Materialne in duhovne pravne dobrine</i> .....	44
3.4 ODNOS KAZENSKOPRAVNE DOBRINE DO OBJEKTA VARSTVA IN PREDMETA NAPADA.....	45
3.4.1 <i>Na kratko o razmerju posameznih inkriminacij do pravne dobrine</i> .....	47
<b>4 KAKO LAHKO PRISTOPAMO K OZNAČEVANJU PRAVNE DOBRINE?</b> .....	<b>49</b>
4.1 UVODNO O RAZLIČNIH POJMOVANJIH .....	49
4.2 POZITIVISTIČNO POJMOVANJE PRAVNE DOBRINE .....	49
4.3 NORMATIVISTIČNA POJMOVANJA.....	51
4.3.1 <i>Iskanje izhodišč</i> .....	52
4.3.1.1 <i>Posebej o nemškem Bundesverfassungsgerichtu</i> .....	55
4.3.2 <i>Vprašanje kriterijev</i> .....	58
4.3.3 <i>Kritika kritikov</i> .....	60
4.3.4 <i>Alternativno izvajanje</i> .....	61
4.3.4.1 <i>Hörnle</i> .....	61
4.3.4.2 <i>Hirsch, Kubiciel</i> .....	61
4.3.4.3 <i>Amelung</i> .....	62
4.3.4.4 <i>Jakobs</i> .....	63
4.3.4.5 <i>Mill, Feinberg</i> .....	63
<b>5 FUNKCIJE POJMA KAZENSKOPRAVNE DOBRINE</b> .....	<b>64</b>
5.1 TEMELJNO O FUNKCIJAH .....	64

5.2	SISTEMSKÉ FUNKCIJE.....	64
5.2.1	<i>Sistematizacijska funkcija</i> .....	65
5.2.2	<i>Razlagalna funkcija</i> .....	65
5.2.3	<i>Procesna funkcija</i> .....	70
5.2.4	<i>Dogmatična funkcija</i> .....	71
5.2.4.1	Nepravo ravnanja, vzročnost in bit inkriminacije.....	71
5.2.4.2	Protipravnost.....	75
5.3	KRITIČNA FUNKCIJA.....	79
5.4	PRIMERJALNA FUNKCIJA.....	81
Tretji del: <b>POJEM PRAVNE DOBRINE IN SLOVENSKA PRAVOZNA NSTVENA DISKUSIJA</b>		
<b>6</b>	<b>POMEN POJMA PRAVNE DOBRINE VČERAJ IN DANES .....</b>	<b>83</b>
6.1	PREGLED TEMELJNE SLOVENSKE LITERATURE .....	83
6.2	PREGLED SLOVENSKE SODNE PRAKSE.....	85
<b>7</b>	<b>PRISPEVEK K RAZUMEVANJU POJMA PRAVNE DOBRINE.....</b>	<b>87</b>
7.1	KAZENSKOPRAVNA ZNANOST KOT DISKURZ .....	87
7.2	POJEM PRAVNE DOBRINE KOT ELEMENT DISKURZA .....	90
7.2.1	<i>Sistemska-znanstveni vidik</i> .....	91
7.2.2	<i>Družbeno-kritični vidik</i> .....	91
<b>8</b>	<b>SKLEPNO.....</b>	<b>94</b>
8.1	K PRVEMU DELU .....	94
8.2	K DRUGEMU DELU.....	95
8.3	K TRETJEMU DELU .....	96
<b>LITERATURA .....</b>		<b>97</b>
<b>SODNA PRAKSA .....</b>		<b>105</b>
<b>PREDPISI.....</b>		<b>106</b>
<b>SPLETNI VIRI.....</b>		<b>107</b>

## 1 Uvod

Pojem pravne dobrine je za naše pravo na več načinov ključen. Ne samo, da na njem temelji sama pravnofilozofska zasnova kazenskopravnega sistema, kot ga poznamo, temveč je bistvenega pomena tudi pri zelo tehničnih pravnih vprašanjih. Pri teh bodisi ponudi elegantno enoznačno rešitev ali pa omogoči nadaljnjo pravnoteoretsko razčlenjevanje ter tako tudi omogoča pravni razvoj. Danes je pojem pravne dobrine predvsem v kazenskem pravu pogosto uporabljena pravna figura, ki jo študent prava običajno osvoji že tekom pravnega študija. Njena samoumevnost, celo inherentnost znotraj pravnega dogajanja, je očitna predvsem zaradi dejstva, da jo je moč zaslediti v skoraj vsaki kazenski ovadbi, zagovornikovi vlogi, sodni odločitvi ali pravoznanstveni razpravi. Kljub temu, da pojem pravne dobrine na tak način pomembno zaznamuje tudi slovenski pravni prostor, do sedaj še ni bil sistematično obravnavan. Pričujoče delo zato skuša podati njegovo širšo zgodovinsko, teoretično, pozitivno-in primerjalnopravno obravnavo ter tako prispevati k celovitejšemu razumevanju pojma pravne dobrine kot ključnega elementa (slovenskega) pravoznanstvenega diskurza. Osrednji namen naloge je torej poiskati razloge za oblikovanje tega pojma in posledice, ki jih ima pojem pravne dobrine tako v pravni teoriji kot v pravni praksi, s tem pa njegovo samoumevnost postaviti v specifično zgodovinsko in pravnoteoretsko perspektivo. To nam lahko, nenazadnje, omogoči tudi prepoznavo nekaterih težav in rešitev, s katerimi se bo slovenska pravoznanstvena diskusija v prihodnosti še ukvarjala.

### 1.1 Opredelitev polja raziskovanja: problemi, cilji, metode

Razpravljati o pojmu pravne dobrine pomeni ukvarjati se s samim temeljem (sodobnega kazenskega) prava. Ker njegov temelj nikoli ni bil večer, kaj šele, da bi vedno nudil ustrezne rešitve na vse porajajoče se pravne in družbene probleme, se zato ne zdi napačno vprašati: kam gremo in kam želimo?<sup>1</sup> Namen mojega raziskovanja je poskus zagotovitve podlage, ki bo morda prispevala k debati o »temeljih«. Zato je ta razprava po svoji ambiciji tudi pravnoteoretična in pravnofilozofska.

Kazensko pravo ne potrebuje hermetične zaprtosti na način, ki onemogoča širši diskurz o osnovnih družbenih vprašanjih. Ob prizadevanju za razumevanje problema kaznivosti v družbi kot splošno pomembne teme, ki človeštvo tare že od nekdaj, kot tudi vseh drugih pojavov, ki kaznivost in kaznovanje spremljajo, morda ni napačen takšen način pristopa k znanstvenemu raziskovanju, ki stremi k širši obravnavi tudi pri na prvi pogled ozkih tehničnih vprašanjih. Pojem pravne dobrine v kazenskem pravu je vse prej kot to. Tako bo tudi moje raziskovanje potekalo skozi prizmo treh različnih vidikov: zgodovinskega oziroma zgodovinsko-teoretičnega, kriminalitetnopolitičnega in pozitivnopravno-znanstvenega, dodatni fokus pa bo tudi na dojetanju predmeta raziskovanja kot aktualnega. Ena izmed osrednjih tez namreč je, da pravnemu tako kot družbenemu redu koristi nadaljnje razvijanje pojma pravne dobrine in teorij, s katerimi lahko pojem oziroma teorijo pravne dobrine modificiramo in razčlenimo.

---

<sup>1</sup> Obreza, Oris pojma pravne dobrine (2022), s. 44.

Ključen element razumevanja obstoja in mesta določenega pravnega pojma v »pravnem sistemu« je poznavanje njegove zgodovine. Le na tak način se lahko dokopljemo do bistva, ki ga bomo nato pravno, zgodovinsko, sociološko, filozofsko ali kako drugače mislili. Ker sem pri naboru (pravnih) virov, ki izrecno naslavljajo tematiko pravne dobrine, omejen, se moram na tem mestu zadovoljiti s temeljno zgodovinsko-teoretično podlago, ki spremlja nastanek oziroma razvoj pojma pravne dobrine, in sicer predvsem v okviru nemške pravno-filozofske misli, ki je v evropskem prostoru brez dvoma najbolj vplivna. Vprašanja, ki si jih bom pri tem zastavljal, so predvsem, kako in čemu je pojem, ki je danes tako notoričen, sploh *nastal*, kaj so s pojmom pravne dobrine označevali nekoč in kaj danes ter, nenazadnje, kako lahko to koristi *nam*.

Na kratko se raziskovanje ukvarja z vprašanjem, kaj je tista bit, *telos*, *substratum*, kar bodisi *prepoznamo* bodisi *označimo* za pravno dobrino. To vprašanje sicer nujno zadeva področje kriminalne politike in teorij postavljanja določenega obnašanja pod kazen, torej procesa inkriminiranja. Večen problem na tem mestu zadeva odnos med pravom in politiko, teorijo in pravom ter teorijo in politiko. Fokus torej ne bo na preiskovanju ontoloških globin, temveč v poskusu po karseda celostni obravnavi dogajanja znotraj te široke problematike.

Če je vprašanje pravne dobrine eno izmed temeljnih vprašanj našega kazenskega prava, je smiselno razumeti tudi njegovo aktualnost. Pravo je kot mehanizem doseganja družbenega konsenza o temeljnih vprašanjih in kot sredstvo doseganja skupno zastavljenih ciljev spremljivo in se prilagaja družbeno-političnim tendencam. Liberalizacija in v tem okviru zlasti zagotavljanje boljšega položaja žensk, tehnologizacija in globalizacija družbe ter ekološke katastrofe so samo nekatera izmed bistvenih vprašanj urejanja boljše skupne prihodnosti, ki pa hkrati prinašajo pomembne pravne izzive. Če lahko kazensko pravo v ta področja pozitivno posega, bodisi s popuščanjem na eni strani ali večjo represijo na drugi, ali pa s kakorkoli koristnimi teoretskimi nastavki na tretji, je potrebno ta mesta ustrezno prepoznati in prilagoditi. Tudi za ta namen je ključno poznavanje temeljnih pravno-teoretskih mehanizmov.

Raziskovanje in preučevanje pojmov v okviru kazenskopravne teorije na kontinentu najpogosteje vodi do seznanitve z nemško literaturo. Ker so avtorji iz Zvezne Republike Nemčije v zvezi s tem vsaj nekoliko specifični, nenazadnje predstavlja nemška kazenskopravna doktrina eno izmed pravnih področij, po katerem so se države po svetu skoraj največ zgledovale in kamor nedvomno posredno ali neposredno spada tudi Republika Slovenija, sem primoran poseči po številnih njihovih (pravnih) virih. Ob tem se bom poskušal, kolikor bo to mogoče, izogniti usodni napaki avtomatičnega nekritičnega prenašanja v slovensko pravno teorijo. Bralca je zato potrebno opozoriti, da bo razprava kljub temu mestoma bistveno odstopala od pravnih pristopov onkraj kontinentalnih meja, še več, praviloma jih sploh ne bo upoštevala. Naj gre v ta namen le skromen komentar, da četudi bodo različne pravne kulture, od tradicije *common law* pa vse do tradicionalnega kitajskega kazenskega prava, ostale nenaslovljene, ostaja tiho zavedanje, da bi kot pobližje analizirane za nas morebiti imele bistveno večjo vrednost, kot si, epistemološko ujeti v okove tradicije, sploh lahko predstavljamo.



Upoštevaje navedeno bodo moje metode torej zgodovinskopravna, ko bom poskušal pravni pojem misliti v historični perspektivi, primerjalnopravna, ko bom povzemal stališča pravne teorije, prakse in veljavnega prava drugih pravnih redov, pozitivnopravna in dogmatična, ko bom teoretske nastavke apliciral oziroma analiziral v okviru domačega slovenskega veljavnega prava oziroma teorije ter v delu filozofska, ko bom pojmu pravne dobrine poskušal odpisati vlogo ahistoričnosti, ga postavil v kontekst in mu odmeril pomembno mesto, ki ga ima v okviru kazenskopravne znanosti. Nenazadnje pa bo krovni argument pogosto predstavljala aksiološka metoda; pravo pač ni samo sebi namen, temveč preko vrednotenja služi ljudem.

Vsaj vse izmed naštetih metod morajo v tem smislu predstavljati oporo za zdajšnje oziroma kasnejše motrenje. V zaključku raziskovalne naloge bom ponudil tudi lastno stališče ter osvetlil možnosti v zvezi z mnogoterimi družbenimi in pravnimi vprašanji, ki jih razpravljanje o tako temeljnih konceptih bodisi razkriva bodisi implicira.

## 1.2 Oris zasnove raziskovanja

Nalogo sem razdelil na tri dele. V prvem, ki je namenjen zgodovinsko-teoretski kontekstualizaciji predmeta obravnave, bom skozi posamezne razdelke pokazal razvoj osrednje pravne figure (kazenskega) prava, ki združuje tako pravnofilozofske kot pravnodogmatske nastavke, tj. pojma pravne dobrine. Najprej bom (2.2.) omenil teorijo Paula Johanna Anselma Feuerbacha, enega izmed vodilnih pravnih filozofov in kazenskih pravnikov na prehodu v 19. stoletje. Njegova kompleksna teorija države in pravice je služila kot temelj njegovega kazenskopravnega sistema, posledično pa tudi koncepta, s katerim je Feuerbach opredelil kaznivo dejanje – teorije subjektivnih pravic posameznika. V letu 1934 se je proti takšnemu razumevanju kaznivega dejanja zavzel **nemških** profesor kazenskega prava Franz Birnbaum, ki je prvič omenil koncept dobrine (*Gut*). S predstavitvijo njegovega spisa bom (2.3) tako nakazal na mesto v zgodovini in teoriji, ko se pravna diskusija v zvezi s kaznivimi dejanji prvič sreča s pojmom dobrine, ter na razloge, ki so Birnbauma pri tem vodili. V nadaljevanju bom (2.4) kratko analiziral ključne teoretske poteze enega izmed pomembnejših kazenskih pravnikov Karla Bindinga, ki je pojem dobrine nekaj desetletij kasneje prvič predstavil skozi sistemski jezik kazenskega prava – opredelil je, da naj bi kaznivo dejanje prepoznali po tem, da bodisi poškoduje bodisi ogrozi *pravno* dobrino. Ključen korak pa, končno, naredi Franz von Liszt, ki (2.5) pojem pravne dobrine misli obenem kot pomemben element dogmatike in kot vodilo pri kaznovanju. V zadnjih dveh razdelkih bom najprej (2.6) širše obravnaval stranpota nacionalsocialistične (kazensko)pravne teorije in v tem smislu omenil tudi diskusijo o pravni dobrini, nato pa skozi obravnavo (2.7) jugoslovanske (kazensko)pravne teorije in sodne prakse poskušal opredeliti mesto, ki ga pojem pravne dobrine kot ena izmed ključnih pravnih figur na našem pravnem področju predstavlja že dolgo obdobje. Tam bom obravnaval tudi glavne poteze socialističnega kazenskega prava, zlasti uvedbo pojma družbene škodljivosti, instituta neznatne družbene škodljivosti in sodno prakso, ki je temu botrovala.

V drugem delu in osrednjem delu se bom ukvarjal s splošno debato o pojmu pravne dobrine znotraj prava nasploh. Ker je pojem najbolj razvit v okviru kazenskega prava, se bom osredotočil na le-to. Najprej me bo zanimalo, (3.2) ali so bili do sedaj izvedeni poskusi

definiranja pravne dobrine ter ali so bili uspešni. To bom (3.2.1) preveril v okviru pozitivnega (veljavnega prava), na kratko (3.2.2) pa se bom dotaknil tudi personalne teorije pravne dobrine, ki predstavlja osrednji element razumevanja pojma pravne dobrine. V nadaljevanju (3.3) bom opredelil nekaj ključnih tipizacij pravnih dobrin v kazenskem pravu, ki so za možnost in koherentnost systemskega mišljenja povsem ključnega pomena. Razlikoval bom med (3.3.1) individualnimi in kolektivnimi dobrinami, (3.3.2) razpoložljivimi in nerazpoložljivimi dobrinami ter (3.3.3) materialnimi in duhovnimi pravnimi dobrinami. Omenil (3.4) bom tudi pomembno distinkcijo med pravno dobrino, objektom varstva in predmeta napada ter (3.4.1) na kratko opredelil tipizacijo kaznivih dejanj, ki je odvisna od načina posega v pravno dobrino. V nadaljevanju se bom lotil širše »pravnofilozofske« diskusije o možnih pojmovanjih pojma pravne dobrine. Ta se od klasične distinkcije od naravnopravnega in pozitivnopravnega pristopa nekoliko razlikuje, govoril bom o (4.2) pozitivističnem in (4.3) normativističnih pojmovanjih. Slednja so bila v zadnjem času zlasti znotraj nemškega pravnega prostora precej široko obravnavana, zato jih bom podrobneje razčlenil, kjer bom (4.3.1) izpostavil nekaj njihovih izhodišč, navedel (4.3.2) nekaj poskusov postavljanja kriterijev za konstrukcijo pravnih dobrin, opredelil (4.3.3) kritiko, ki so jo ti avtorji deležni in, končno, (4.3.4) omenil nekaj pomembnejših alternativnih koncepcij, s katerimi se različni avtorji postavljajo proti »večinskemu stališču«. V naslednjem poglavju bom govoril o funkcijah pojma pravne dobrine znotraj kazenskopravnega sistema. Z njimi pojem pravne dobrine šele zaživi in prikaže svojo (5.2) systemsko, a v delu tudi (5.3) izvensystemsko vrednost. Ravno njegova (5.3) kritična funkcija je povod za diskusijo, ki jo bom prej opredelil v okviru (4.3) normativističnih pojmovanj. Kratko pa bom omenil tudi (5.4) primerjalno funkcijo, ki sicer predstavlja zanimiv, a problematičen pristop k nadnacionalnem preučevanju in vrednotenju kazenskega prava.

V tretjem in zadnjem delu bom svoje ugotovitve poskušal aplicirati na slovensko kazenskopravno misel. Najprej bom (6.1) na kratko predstavil pregled že obstoječe literature in (6.2) sodne prakse. Predvsem prvo bom označil za nezadostno, zato bom (7.1)/(7.2) ponudil nekaj misli za nadaljnje razvijanje slovenskega (kazenskega) prava. Izpostavil bom (7.2.1) systemsko-znanstveni vidik, ki ima predvsem pomembne dogmatske implikacije, in (7.2.2) družbeno-kritični vidik, na podlagi katerega naj slovenska teorija (in družba) stremi k odprtemu diskurzu o obstoječih in prihajajočih izzivih.

## ZGODOVINSKO UMEŠČANJE POJMA KAZENSKOPRAVNE DOBRINE

### 2 Nastanek in razvoj pojma pravne dobrine

#### 2.1 Uvod v zgodovinski prelet

Analiza pojma pravne dobrine (*Rechtsgutsbegriff*) je mogoča iz različnih (znanstvenih) vidikov. Pozitivnopravna in teoretična obravnava, ki sledi v drugem delu naloge, se bo ukvarjala z nekaterimi vprašanji trenutnega slovenskega in tujega prava oziroma kazenskopravne teorije; tam bodo pojem in njegove splošne značilnosti predstavljene zlasti skozi današnje razumevanje. Takšna predstavitev bi bila pomensko okrnjena, če ne mestoma brezpredmetna, če pojma kazenskopravne dobrine ne bi poznali tudi v njegovi zgodovinski dimenziji. Namen prvega dela naloge je zato skozi kratko, a sistematično zgodovinsko analizo njegovega nastanka in razvoja poskušati vsaj delno zagotoviti možnosti njegovega celostnega razumevanja.

Pojem pravne dobrine, ki ga kazenskopravna teorija danes šteje za osrednji teoretsko-sistemski koncept, je pravoznanstveni proizvod, s katerim se kazensko pravo prvič bežno sreča pred približno 200 leti, njegova uvedba in konkretna umestitev v sistem kazenskega prava pa se odvijeta šele v začetku 20. stoletja. Takrat pojem pridobi svojo danes ključno sistemsko vlogo, ki bo močno zaznamovala kazenskopravno diskusijo v zadnjem stoletju. Razumevanje pojma se skozi čas sicer spreminja, a le v enem obdobju zares bistveno: v času nacionalsocialistične Nemčije je pojem kazenskopravne dobrine izrazito ideološko izmaličen, poskušajo ga celo odpraviti in nadomestiti. Postopoma, predvsem po sprejetju nemške ustave, začne pojem dobivati podobo, v kateri ga poznamo danes. Pojem je izrazito pomemben tudi za zgodovino slovenskega kazenskega prava. Vse od Kraljevine Jugoslavije do skupne socialistične države predstavlja pojem pravne dobrine vsaj v določenem dogmatičnem segmentu pomembno teoretsko vrednost. Tudi korektivi socialističnega kazenskega prava, kot je denimo institut družbene nevarnosti, ga ne nadomestijo kot popolni ustrezniki..

Spodnja zgodovinska analiza pojem kazenskopravne dobrine predstavi skozi temeljna in za ta namen običajno omenjena dela; takšna obravnava že zaradi same narave stvari in namena naloge vsaj deloma nujno vodi do zgodovinskega redukcionalizma. Poudarek bo na zgodovinski obravnavi teoretične podlage, ki je vodila do današnjega razumevanja pojma pravne dobrine, čeprav se bo omejila le na najbolj pomembne zgodovinske prelomne točke

## 2.2 Subjektivna pravica kot predstopnja pojma (*Feuerbachov sistem*)

Pred začetkom neposredne obravnave zgodovinskega začetka pojma kazenskopravne dobrine je smiselno predstaviti koncept, ki je pravni dobrini predhodil. Leta 1813 sprejet kazenski zakonik za Bavarsko, ki je bil skoraj v celoti delo Paula Johanna Anselma von Feuerbacha, se je od prejšnjih in kasnejših razumevanj kazenskega prava precej razlikoval. Razsvetljenski filozof in kazenskopравни mislec, kasneje tudi sodnik Feuerbach je pod vplivi del Kanta in Beccarie izoblikoval sistem kazenskega prava, v katerem je na novo opredelil teorijo države oziroma teorijo kaznivega dejanja, ki je na njej temeljila. Osrednji pojem njegovega sistema je predstavljala *posameznikova pravica*, koncept, ki ga kasneje nadomesti teorija o pravni dobrini in ki je za nas ključen. V nadaljevanju sledi povzetek Feuerbachovega filozofskega sistema, skozi prizmo katerega filozof razume tudi sistem kazenskega prava in na podlagi katerega, končno, izpelje teorijo o poškodovanju subjektivnih pravic (*Rechtsverletzungslehre*) kot temelja kaznivega dejanja.

Feuerbach vzame filozofijo kot tisto znanost, s pomočjo katere se človeku kot razumnemu bitju razodene zakon razuma, pravni zakon (*Rechtsgesetz*), hkrati pa naj taisti zakon služi kot sredstvo spoznanja razumskih pravic.<sup>2</sup> Razumske pravice (*Vernunftrechte*) so tiste, ki temelj svojega obstoja in spoznanja najdejo v razumu. Takšna pravica, tj. pravica, pripadajoča posamezniku, pa predstavlja izhodišče oblikovanja na razumu temelječega sistema, ki naj omogoča soobstoj družbenih členov v zagotavljanju svobode.<sup>3</sup> Prava, kot ga razume Feuerbach, ne gre razumeti kot naključnega nabora pravil, temveč kot razumsko dognanje človeku imanentne zmožnosti razumskega mišljenja, ki nujno predhodi konkretni izkušnji.<sup>4</sup> Prava oziroma pravnega pravila tako ne moremo potrjevati glede na to, kar se dogaja oziroma se je zgodilo, temveč glede na pravo samo: izhajati je potrebno iz tega, kar se je smélo zgoditi (*Dürfen*), kar pa izpeljemo na podlagi razumu dostopnih načel.<sup>5</sup> Če se želi dano zadevo pravno pravilno razrešiti, je po Feuerbachu nujno izhajati iz že obstoječe in *a priori* prepoznavne višje norme.<sup>6</sup>

Čeprav je razumski zakon en in lasten vsakemu človeku, je pot do njegove konkretne uporabljivosti dolga in polna pasti, proces razumske aplikacije pa zato vsebuje številne kritične točke, protiargumente za obstoj razumskih pravic. Feuerbach se z njimi sooči. Razlog za množstvo pravnih različnosti med nacijami in ljudstvi oziroma med mnenji posameznikov ni ta, da zakon razuma ne obstaja, temveč to ravno potrjuje njegov obstoj.<sup>7</sup> Okoliščine, ki so zunanje in naključne, ki denimo izvirajo iz vzgoje, iz države ali iz slabosti človekove narave, predstavljajo zgolj umetne modifikacije (enega) človekovega duha.<sup>8</sup> Omenjene kontingence sicer lahko potvorijo človekov izvorni občutek za pravo. Vendar pa po Feuerbachu kljub temu, da vsak človek poseduje *zmožnost* razumskega mišljenja (*Vernunftvermögen*), ne velja, da vsak človek poseduje tudi *razumsko moč* (*Vernunftkraft*), ki je šele pogoj za prehod razuma oziroma

<sup>2</sup> Feuerbach, *Über Philosophie und Empirie* (1993), s. 77.

<sup>3</sup> Feuerbach, *Über die einzig möglichen Beweisgründe* (1993), s. 47 in nasl.

<sup>4</sup> Feuerbach, *Über Philosophie und Empirie* (1993), s. 79 in nasl.

<sup>5</sup> Feuerbach, *Über die einzig möglichen Beweisgründe* (1993), s. 12 in 13.

<sup>6</sup> Prav tam, s. 12.

<sup>7</sup> Prav tam, s. 13.

<sup>8</sup> Prav tam, s. 15 in 16.

razumskih pravic kot skupne dobrine vseh ljudi v dejanskost in veljavo.<sup>9</sup> In rešitev, ki človeka varuje hkrati pred pretiranim libertinizmom, tj. pred pretirano razuzdanostjo idej, kjer dejavnost razuma ni smiselno uporabljana, ter despotizmom, kjer se razumska dejavnost posameznikov sploh ne razvije in v najboljšem primeru predstavlja le hlinjenje pravic despota, nezavedujoč se lastnega stanja razumskega dremeža, je vzpostavitev državnega aparata.<sup>10</sup> Samo s pomočjo tega lahko dejavnost filozofiranja oziroma prepoznanje razuma kot edinega vira prava, ki ga z njo dosežemo, preide v formo pozitivnega prava, ki naj zagotavlja gotovost, pravičnost in svobodo ter potemtakem bogastvo razuma prenese v bogastvo izkušnje;<sup>11</sup> črpajoč iz sveta razumnosti se črka zakona utelesi v svetu čutnosti, iz predmeta filozofije pa tako nastane predmet pozitivnopravne znanosti.

Tako kot pri vsaki znanosti, se tudi pri pozitivnopravni znanosti oziroma pri jurisprudenci ločita forma norme in vsebina norme.<sup>12</sup> Uporaba vsebine norme v konkretnem primeru je dejavnost razsodne moči, ki izvaja subsumpcijo posebnega pod splošno, vendar je pri tem nenadzorovana. Ker je smiselnost pozitivne norme v tem, da je spoznanju dostopna ter v svoji vsebini trdna, nezamenljiva in nedvoumna, je potrebno interpretacijo konkretnega uporabnika zakona, tj. sodnika, zamejiti.<sup>13</sup> Da bi dosegli cilj spoznanja resničnega in veljavnega prava, uvedemo pozitivnega zakonodajalca kot najvišjega interpreta pravnega zakona.<sup>14</sup> Poleg vsebinskega kriterija znanosti Feuerbach izlušči še tri formalne pogoje pozitivnega prava: to so pravilnost, ki jo opredeli kot določnost, ostro natančnost, in jasnost pravnih pojmov, nato notranja skladnost pravnih stavkov ter sistematična povezanost pravnih doktrin.<sup>15</sup>

Šele na tem mestu, po tem, ko je Feuerbach izpeljal obliko in vsebino materializacije razuma ter vzpostavil državo kot najboljšo rešitev ohranjanja pravičnosti, svobode in pravne gotovosti, lahko vpelje teorijo kaznovanja. Ravno zgoraj omenjena prizma pa omogoči razumevanje subjektivne pravice kot temelj kazenske norme: *z jasno določenimi mejami posameznikove svobode* prepoznamo zunanje oziroma subjektivne pravice, ki pozitivno *opredeljujejo meje njegovega delovanja*.<sup>16</sup> Toda pravica sama po sebi ne predstavlja praktične vrednosti, v kolikor ostali subjekti okrog njenega nosilca ne sprejmejo svoje *dolžnosti, da mu ne smejo škodovati*; izpeljava subjektivnih pravic iz razuma zato nujno sovпада z izpeljavo dolžnosti tretjih oseb.<sup>17</sup> V zvezi s tem pa Feuerbach omenja še svoboščine<sup>18</sup>, ki posamezniku znotraj njegovega notranjega polja svobode<sup>19</sup> šele omogočijo delovanje v vsej njegovi zamejeni arbitrarnosti.

---

<sup>9</sup> Prav tam, s.18 in nasl.

<sup>10</sup> Prav tam, s. 25.

<sup>11</sup> Feuerbach, *Über Philosophie und Empirie* (1993), s. 77.

<sup>12</sup> Prav tam, s. 85.

<sup>13</sup> Prav tam, s. 84. Za več o Feuerbachovem pojmovanju vloge sodnika glej tudi *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts* (1993), kjer Feuerbach (sodnike) med drugim poziva k strožjemu kaznovanju manj izobraženih zločincev, saj da ne posedujejo moči in razuma za boljše ravnanje v prihodnosti.

<sup>14</sup> Feuerbach, *Über Philosophie und Empirie* (1993), s. 82.

<sup>15</sup> Prav tam, s. 91.

<sup>16</sup> Feuerbach, *Über die einzig möglichen Beweisgründe* (1993), s. 45-50.

<sup>17</sup> Prav tam, s. 45 in nasl.

<sup>18</sup> Prav tam, s. 50.

<sup>19</sup> Prav tam, s. 51.

Ilustrativno lahko navedemo, da preko tako izpeljanega materialnega koncepta inkriminiranja, kjer je v ospredju s pravicami drugih sodoločena svoboda posameznika, Feuerbach spolno usmerjenost, konkretnije homoseksualnost, nujno prepozna kot kategorijo, ki ne more biti predmet razumskega kazenskopravnega urejanja. Ta namreč ni skozi razum prepoznan predmet<sup>20</sup>, ki bi ga bilo potrebno bodisi zaradi varstva posameznikovih pravic bodisi pravic države kakorkoli pravno urejati. Omenjena dekriminacijska tendenca predstavlja enega izmed pomembnih pozitivnih vidikov Feuerbachove teorije o poškodovanju pravic kot temelja za inkriminacijo, ki v teoretsko-idejnem polju kazenskopravne teorije še danes nemalokrat ugledajo luč sveta. Vendar pa je Feuerbachov koncept obenem podvržen tudi številnim kritikam. Eno in morda najbolj ključno izmed njih predstavlja učenje o pravni dobrini, ki se je izoblikovalo domala sočasno.

### 2.3 Predstavitev pojma kazenskopravne dobrine (*Birnbaumova kritika Feuerbacha*)

Za prvo mesto, ko se v zgodovini kazenskopravne misli pojavi pojem pravne dobrine, štejemo esej nemškega kazenskega pravnikarja Johanna Michaela Franza Birnbauma *O potrebi po kršitvi pravice za pojem kaznivega dejanja*<sup>21</sup> iz leta 1834. Gre za kritiko, usmerjeno zlasti v Feuerbachov koncept kaznivega dejanja kot poškodbe posameznikove (subjektivne) pravice, v kateri Birnbaum zavzame drugačno stališče, predstavi nov pojem in ponudi drugačno mišljenje kaznivega dejanja; pri tem se bolj kot na sistemske pomanjkljivosti Feuerbachove teorije sklicuje na pravno-dogmatične nepravilnosti in jezikoslovno-pomenske neustreznosti, ki naj bi jih pojem *pravice* predstavljal *vis-à-vis* pojem *dobrine* (*Gut*).

Če Feuerbach potrebuje dolgo in koncizno teoretsko izpeljavo, temelječo na teoriji države in vzpostavljeno na podlagi dedukcije dolžnosti, dedukcije pravice in dedukcije svoboščin, Birnbaum k vprašanju pristopi z drugega vidika: koncept kaznivega dejanja je potrebno graditi okrog nekega bolj oprijemljivega temelja, kot pa je duh pozitivnega zakona.<sup>22</sup> Ne glede na to, da sicer govorimo o kršitvi (*Verletzung*) kazenskega zakona, pa po Birnbaumovem mnenju že iz narave stvari izhaja, da moramo poleg pozitivnega pravnega koncepta imeti tudi *naravni koncept zločina*.<sup>23</sup> Kršitev kazenskega zakona najbolj neposredno razumemo v zvezi z osebo ali s stvarjo, zlasti tisto, ki nam pripada, ki nam je lastna in jo torej dojemamo kot nekaj *dobrega*, kar pa je nasprotno konceptu poškodbe, ki ga razume filozofija in ki je nujno razumljen zgolj figurativno. Smiselneje kot o poškodbi pravice, do katere lahko pridemo le z nepotrebnimi abstrakcijami, je po Birnbaumu govoriti o poškodbi dobrine (*Gut*), ki jo kazenska

---

<sup>20</sup> Do drugačnega zaključka pridejo (že) snovalci kazenskega zakonika za Nemško cesarstvo iz leta 1871, ko so Feuerbachovi koncepti že »preseženi«. Zakonik v poglavju Kazniva dejanja zoper moralno v §175 inkriminira homoseksualno spolno ravnanje moških, ga skupaj z bestialnostjo označi kot nenaravno nečistovanje (*widernatürliche Unzucht*), kot možno kumulativno obliko sankcije pa navede tudi izgubo državljanskih pravic.

<sup>21</sup> Polni naslov v nemščini se glasi: »Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung«, v angleščino pa se prevaja kot: »Concerning the Need for a Right Violation in the Concept of a Crime, having particular Regard to the Concept of an Affront to Honour«.

<sup>22</sup> Birnbaum, Concerning the Need for a Right Violation (2014), s. 396 in 397.

<sup>23</sup> Prav tam, s. 390.

norma tako ali tako anticipira - pravice same na sebi namreč ne moremo poškodovati. Za ilustracijo navede naslednji primer:

»Zamislimo si situacijo štirih posameznikov, ki predse merijo z napeto pištolo: prvi nima niti najmanjšega namena kogarkoli poškodovati in se ne zaveda dejstva, da bi s strelom kogarkoli lahko zadel in po izstreljenem strelu zgreši. Drugi ravna na identičen način, brez intenc in vednosti o morebitni žrtvi, a po izstreljenem strelu nekoga smrtno rani. Tretji, nasprotno, ustrelji z namenom zadeti neko osebo, vendar zgreši. Četrti pa prav tako nekoga želi smrtno raniti in to tudi uspešno izvede.«<sup>24</sup>

Po Birnbaumu ob upoštevanju Feuerbachovega koncepta pridemo do sklepa, da lahko v zadnjem primeru govorimo o namernem kaznivem dejanju, v tretjem primeru o poskusu kaznivega dejanja, v drugem primeru o krivdnem kaznivem dejanju (*verschuldetes Verbrechen*), medtem ko v prvem primeru naletimo na težavo. Čeprav naj bi pri tem prav tako šlo za kaznivo dejanje, ne moremo govoriti niti o poškodbi niti za poskusu poškodbe, temveč le o ogrožitvi (*Gefährdung*), kar pa po Birnbaumu pripelje do pojmovne nezdrumljivosti s Feuerbachovo »nevarnostjo izgube pravice«. Kadar nekaj izgubimo oziroma je nekaj našega ogroženega namreč nujno mislimo na *objekt pravice*, ne pa na pravico samo.<sup>25</sup> Tako je v primeru smrti uničeno naše življenje kot partikularen fizični objekt, ne pa pravica do njega. Zaradi takšne rabe *napačnega jezika* in *napačnega koncepta* v nemških abstraktnih idejah naj potemtakem prihajalo tudi do napačnih zaključkov: zgoraj naveden primer ogrožitve po Feuerbachovem konceptu kaznivega dejanja kot poškodbe subjektivne pravice je pojmovno nujno nekazniv.

Primernejši se Birnbaumu zdi pojem dobrine. Ne samo, da omogoča lažjo in boljšo predstavo o tem, kar naj bi se s kaznivim dejanjem ščitilo, temveč mu predstavlja tudi bistveno prednost za razumevanje določenih sklopov inkriminacij. Tukaj izstopa področje doktrine injurij (razžalitev), kjer teorija subjektivne pravice odpove kot izrazito neprimerna, celo odvečna. Feuerbach čast opredeli kot zunanji izgled spoštovanja, ki ga čutimo v razmerju do drugih oziroma kot zunanji izgled prepoznanja vrednosti v drugih. Iz takšne formulacije je po Birnbaumu v konkretnem primeru razžalitve nemogoče izpeljati smiselno inkriminacijo, saj nam zunanjšega izgleda spoštovanja ne more nihče poškodovati, kaj šele odvzeti. Ponovno je veliko bolj naravno govoriti o nekakšni intelektualni dobrini, ki nam je lastna zaradi prepoznanja vrednosti, ki jo drugi v nas vidijo kot v (dobrem) človeku.<sup>26</sup>

Birnbaum želi prenesti težišče razprave o kaznivem dejanju iz *sfere duhovnega* (kar naj bi napačno zasledoval Feuerbach) v *sfero konkretnega, popredmetenega*.<sup>27</sup> To sicer prinaša določene zgoraj navedene dogmatične in razlagalne prednosti, a ima posledice tudi na ravni

<sup>24</sup> Po Birnbaum, Concerning the Need for a Right Violation (2014), s. 396 in Birnbaum, Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung (1834) (2011), s. 152-154. Vsi prevodi iz nemščine oziroma angleščine T.O.; pri prevajanju sem si dovolil nekoliko svobode.

<sup>25</sup> Birnbaum pri tem izhaja iz strogega materialnega gledanja na dobrino, saj enači, rečeno z moderno kazenskopravno terminologijo, predmet napada in napadeno pravno dobrino. Kasneje se takšno enačenje opusti, saj se dobrino prepozna kot nekaj *pravnega*, torej lastnega prava, ne zunanji resničnosti. Za več glej naslednje opredelitve po Bindingu/von Lisztu, pa tudi razločevanje med objektom napada, pravno dobrino in objektom kazenskopravnega varstva v drugem delu naloge.

<sup>26</sup> Birnbaum, Concerning the Need for a Right Violation (2014), s. 402-404.

<sup>27</sup> Marx, ZUR DEFINITION DES BEGRIFFS RECTHSGUT (1972), s. 5.

normodajne dejavnosti. Kaznivo dejanje, ki ni več del konciznega in svobodo zagotavljajočega sistema pravic, temveč vedno bolj postaja poškodovanje nečesa dobrega, naravnega, odpira vrata nastavkom, ki v ospredje pretirano in problematično postavljajo moralo in družbo, s čimer se zabriše meja med pravom in moralo, kazensko pravo pa postaja vedno bolj dojemljivo za etične in religiozne prestopke.<sup>28</sup> Teorija pravne dobrine v kazenskem pravu v svojih zametkih začne na tak način omogočati konstrukcije inkriminacij dobrega zavoljo dobrega samega, pri čemer na pomenu izgubi Feuerbachova s pravicami strogo vpeta posameznikova svoboda, manifestirajoča se v v pogojih državne skupnosti. Že v naslednjem obdobju takšno razumevanje zavrne Karl Binding, ki mu Birnbaum sicer predstavlja referenco, a se od njegovega razumevanja obenem tudi teoretsko ogradi.

#### 2.4 Uvedba pravne dobrine (*Bindingove Norme*)

Obravnavan Birnbaumov prispevek še nekaj desetletij po objavi ostane neprepoznan, s tem pa njegov koncept dobrine kazenskopravni znanosti razmeroma tuj. Eden izmed poglobitnejših razlogov za to naj bi bil izrazit vpliv Heglove filozofije v kazenskem pravu, ki se kaže v letih med 1840 in 1870, tj. v času, ko je neposredno izhajanje kazenskopravnih teoretikov iz Heglove filozofije pravice pravilo.<sup>29</sup> Temu obdobju nato sledi doba pozitivizma, z njo pa tudi spremembe na področju kazenskopravne teorije.<sup>30</sup>

Eden pomembnejših kazenskopravnih teoretikov v času, ki sledi, postane Karl Binding. Ta nase opozori z delom *Norme in njihove kršitve*<sup>31</sup> iz leta 1872, kjer za središče sistema kazenskega prava opredeli normo, ki naj služi interesom pravne skupnosti. Za nas je pomembna prva knjiga omenjenega dela, v kateri Binding, sicer v krajšem poglavju, prvič uvede pojem pravne dobrine kot poseben juristični tehnični termin znotraj kazenskopravnega sistema, ga loči od pojma pravice, pri tem pa se neposredno sklicuje na zgoraj obravnavano Birnbaumovo kritiko. Pojem pravne dobrine s tem še ne postane osrednji pojem, saj mu umanjajo ključne lastnosti, ki jih bo nekaj let kasneje predstavil drug pomemben kazenski pravnik tega obdobja, Franz von Liszt.

Binding se pred razpravljanjem o pojmu pravne dobrine in njegovem smislu ukvarja z vprašanjem t. i. deliktnega momenta določenih ravnanj, ki so v takratni bodisi teoriji bodisi zakonodaji opredeljena kot škodljiva.<sup>32</sup> Delitev med kaznivimi dejanji (*Verbrechen*) in policijskimi prestopki (*polizeiliche Übertretungen*), ki jo srečamo že pri Feuerbachu, aktualna pa je še v obdobju, v katerem deluje Binding, naj bi odražala kvalitativno drugačno vrednotenje protipravnega posega, vendar po njem razlikovanje med eno in drugo skupino ravnanj že na pojmovni ravni ni dovolj diverzificirano.<sup>33</sup> Binding tukaj kritično nastopi zoper pojmovanje, v

<sup>28</sup> Tako Amelung, RECHTSGÜTERSCHUTZ (1972), s. 48 in nasl.; tudi Dubber, The Promise of German Criminal Law (2005), s. 30.

<sup>29</sup> Marx, nav. delo, s. 6. Po Heglu (GRUNDLINIEN DER PHILOSOPHIE DES RECHTS (1986), §§ 84-96) je sicer predmet kaznivega dejanja »splošna volja, ki je prizadeta skozi kršitev svojih kvantitativnih in kvalitativnih posebnosti«.

<sup>30</sup> Marx, nav. delo, s. 6.

<sup>31</sup> V nemškem izvorniku »Die Normen und ihre Übertretung«.

<sup>32</sup> Binding, DIE NORMEN UND IHRE ÜBERTRETUNG (1872), s. 175 in nasl.

<sup>33</sup> Prav tam, s. 186.



okviru katerega v obeh primerih, torej tako pri kaznivih dejanjih kot pri policijskih prestopkih, govorimo o *kršitvi pravice*. To je zanj problematično, saj distinkcija v primeru, ko kvalitativno različne količine neprava ne opredelimo na način, ki bi to različnost posegov odražal, postane odvečna.<sup>34</sup> Binding se zavzame za model, na podlagi katerega bo mogoče različne skupine norm tudi različno razvrstiti, s tem pa bo deliktne moment ravnanj v eni skupini utemeljeno različen od tistega v drugi.<sup>35</sup> Še bolj problematična je zanj sama formulacija kaznivega dejanja kot *kršitve pravice* ali *kršitve norme*, saj je evidentno, da pravice kot take ni mogoče poškodovati in norme ne prizadeti.<sup>36</sup> Kazenski zakon predstavlja voljo, vendar ta ne more biti predmet kršitve, energija voljnega hotenja, vsebovana v normi, pa je enaka pred, med in po izvršitvijo kaznivega dejanja.<sup>37</sup> Poškodovati je tako mogoče le nekaj danega, kar pa gotovo ni pravo v obliki pravice.<sup>38</sup>

Na tem mestu Binding uvede pojem pravne dobrine, ki omogoča skupno najboljšo rešitev. Uvodno ga opredeli kot vsa tista za pravo pomembna stanja, ki se jih s spreminjanjem ne sme okrniti.<sup>39</sup> Ohranjanje pravnih dobrin je zato cilj vseh prepovednih norm, sredstvo za doseganje tega stanja pa vedenje v skladu s pravom.<sup>40</sup> Še posebej je pomembno ločevanje pojma pravne dobrine od drugih pomenov, ki jih lahko ima izraz dobrina, zlasti v smislu moralnega dobrega.<sup>41</sup> Zavzame se tudi za ostro ločevanje med pravico, objektom pravice in pojmom pravne dobrine,<sup>42</sup> s čimer Binding koncept kršitve pravice postavi v zgodovino, na njegovo mesto pa uvede pojem dobrine. To dodatno podkrepi z argumentom problema ogrožitvenih kaznivih dejanj, kjer izraz pravica pojmovno povsem odpove.<sup>43</sup> Za nas ključen korak naredi s poskusom natančnejšega definiranja pravne dobrine kot pozitivnopravnega pojma: pravno dobrino opredeli kot vse, za kar obstaja v pozitivnem pravu interes,<sup>44</sup> da preko zaščite pred

---

<sup>34</sup> Prav tam.

<sup>35</sup> Prav tam.

<sup>36</sup> Prav tam, s. 185.

<sup>37</sup> Prav tam.

<sup>38</sup> Prav tam.

<sup>39</sup> Prav tam, s. 189.

<sup>40</sup> Prav tam.

<sup>41</sup> Prav tam.

<sup>42</sup> Prav tam, s. 190.

<sup>43</sup> Prav tam.

<sup>44</sup> Ravno to mesto Bindingove teorije doživi največ kritike, ki živi še danes. Očita se mu namreč, da »zakonodajalcu daje proste roke« na področju ustvarjanja inkriminacij. Glej npr. Dubber, *The Promise of German Criminal Law* (2005), s. 30 in nasl.; Hirsch, *Die aktuelle Diskussion über den Rechtsgutsbegriff* (2001), s. 125; Swoboda, *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen* (2010), s. 29; Marx, *ZUR DEFINITION DES BEGRIFFS RECHTSGUT* (1972), s. 6. Dlje kot ostali pa gre Amelung, ki pojav pozitivizma pri Bindingu skozi družbeno in politično kritično analizo umesti v širši kontekst razvoja naravoslovnih znanosti ter tehnike, ki mu pravo in pravni mehanizmi sledijo. Obenem po Amelungu (*RECHTSGÜTERSCHUTZ* (1972), s. 71) teorija pravne dobrine tudi zelo ustreza konceptu lastnine in se celo vede skladno z ekonomsko teorijo, tako da po njemu ni naključje, da Binding uporablja izraz »Güterkapital«: »Das soziale Grundmodell, das schon im Begriff des Rechtsgutes durchscheint, ist das Eigentum. *Es steht Jhering vor Augen, wenn er als Gut jenen Gegenstand bezeichnet, der dem Rechtsträger einen Genuss verschafft, es steht Pate, wenn Binding vom »Güterkapital« der Rechtsordnung spricht, und es ist im Spiel, wenn Kessler bei der Nationalökonomie gedankliche Anleihen macht. [...] Man geht daher kaum fehl, wenn man behauptet, dass das »ökonomische Jahrhundert« der Strafrechtslehre den Güterschutzgedanken bescherte wie der politischen Theorie einen Karl Marx.*« (Poudaril T.O.). Nekoliko podobno izpeljavo najdemo tudi pri Komelu (*Nastajanje kriminalne vrednosti* (2020), s. 193 in nasl.), ki sicer obravnava Beccarijev pristop k računanju in merjenju zločina, pa vendarle je tudi pravno dobrino mogoče razumeti kot tisti element opredeljevanja, ki določenemu ravnanju »vnaprej položi lastnost družbene škodljivosti« in mu znotraj

poškodbami ali ogrožitvami ostane nemoteno in nespremenjeno.<sup>45</sup> Nadalje pa z opredelitvijo, da so pravne dobrine lahko le tisti predmeti, ki dobijo konkretno varstvo v kazenski normi, razreši težavo razlikovanja med kaznivimi dejanji in policijskimi prestopki. Z novim pojmom tako nastane možnost sistematičnega ločevanja po stopnjevitosti neprava, pri čemer kazniva dejanja kot posebna kategorija škodljivih ravnanj dobijo svojo nanašalno formo.

Z Bindingom pa pride do še ene spremembe. Kljub kritičnemu opozorilu, da obstaja nevarnost t. i. navideznih dobrin,<sup>46</sup> ki se kažejo zlasti v poglavju kaznivih dejanj zoper moralo, je zanj pravni vir, tj. zakonodajalec, pri svoji dejavnosti svoboden, omejen izključno z lastnim razmislekom in logiko.<sup>47</sup> Kritiki opozarjajo, da na ta način postane vsebina kaznivega dejanja skorajda poljubna, Bindingovo stališče pa je pejorativno označeno za formalno koncepcijo kaznivega dejanja<sup>48</sup> in s tem uvrščeno v obdobje kazenskopravnega pozitivizma<sup>49</sup>. Konec 19. stoletja je tako z Bindingom pojem pravne dobrine prvič uveden v sistem kazenskega prava, vendar še ne kot osrednji pojem. Za Bindinga je pojem pravne dobrine le ena izmed pravnih form, ki omogočajo razlago nekaterih kazenskopravnih fenomenov. Vprašanje, ki ostaja odprto, je, kako točno pojem pravne dobrine umestiti znotraj vedno bolj razvijajoče se kazenskopravne dogmatike in čemu pravzaprav služi, s čimer pa se bo ukvarjal šele von Liszt.

## 2.5 Umestitev in opredelitev pojma (*Lisztov cilj kazenskega prava*)

Fokus zgodovinske razprave se je do sedaj ves čas vrtel okrog pojma pravne dobrine kot smiselnega pandana (oziroma nadomestka) prejšnjih razumevanj v okviru splošnega nauka o kaznivem dejanju in kot pravne figure, ki že na ravni abstraktnega razumevanja nudi pojmovno-pomenska izhodišča za bolj natančno izražanje ter opredeljevanje v kazenskem pravu. Lastnost, ki takšnemu pojmu pritiče, je pretirana formalističnost. Korak dlje v zgodovini pojma se zgodi s Franzom von Lisztom, ki v prispevku *Ideja namena v kazenskem pravu*<sup>50</sup> iz leta 1882 opozori na potrebo po novem načinu razumevanja smisla kazenskega prava in kaznovanja nasploh: po njem je varstvo pravnih dobrin potrebno razumeti kot edini namen in cilj kaznovanja. Pravno dobrino želi Liszt povzdigniti iz formalistične prvine v povezovalni koncept za razumevanje kazenskega prava v celoti.<sup>51</sup>

Problem, ki je ga Liszt prepoznal pri prejšnjih kazenskopravnih teoretikih, tudi pri Karlu Bindingu, je razumevanje kazni kot povračilnega ukrepa, usmerjenega zoper zlo, ki ga je storilec povzročil s kaznivim dejanjem. Pri Bindingu, denimo, pomeni kazen nujno državno reakcijo na kršitev pozitivne norme, pri čemer se z njenim globljim smislom, funkcijo in pravičnostjo ne ukvarja: kazen je zanj potrebna le za ponovno vzpostavitev stanja, ki je obstajalo pred kršitvijo norme. Za Liszta pa, drugače, takšno kaznovanje zavoljo vzdrževanja

---

»ekvivalenčnih razmerij« določi kriminalno vrednost, ki nato, podobno kot politična ekonomija blago, *mutatis mutandis* vnaprej klasificira zločine.

<sup>45</sup> Binding, nav. delo, s. 193.

<sup>46</sup> Prav tam, s. 198.

<sup>47</sup> Prav tam, s. 194.

<sup>48</sup> Marx, nav. delo, s. 6.

<sup>49</sup> Dubber, nav. delo, s. 30.

<sup>50</sup> V nemškem izvorniku »*Der Zweckgedanke im Strafrecht*«.

<sup>51</sup> Prim. Peršak, CRIMINALISING HARMFUL CONDUCT (2007), s. 106.

obstoja norm na sebi predstavlja le enega izmed primerov nesmiselnih pristopanj k razumevanju in izrekanju kazni, ki se je v človeški zgodovini vedno znova vzpostavljalo le kot preprosto nagonsko početje (*Triebhandlung*), ne pa kot odraz kakšne modrosti oziroma razumnega premisleka.<sup>52</sup> Izhajajoč iz tega se zato zavzame za rešitev, ki bo kaznovanje osmislila in kazen pomagala natančno, tj. znanstveno, odmeriti: operiral bo s pojmom pravne dobrine.<sup>53</sup>

Liszt najprej prepozna, da se v državni skupnosti kaznovanje prenese na skupen, neodvisen aparat, ki je za razliko od plemenskega maščevanja objektiviziran. Z objektivizacijo kazni je mogoče spoznanje o temeljnih življenjskih pogojih za obstoj državne skupnosti in v njej nahajajočega se posameznika, v katere so usmerjena kazniva dejanja.<sup>54</sup> Ti pogoji in interesi skupnega sobivanja, ki jih pravni red prepozna kot ustrezne in varstvo katerih postavlja pod kazen, so ravno pravne dobrine.<sup>55</sup> Pomanjkljivost teorij kaznovanja v preteklosti je bila zanj nezmožnost metafizične izpeljave načela obsegi kazni. Koncept pravne dobrine, na drugi strani, omogoča prav to: če nujno kazen opredelimo le kot kazen, ki je pravična in pravilna, za cilj kaznovanja pa varovanje in ohranjanje pravnih dobrin, potem mora kazen po vrsti in količini odražati le konkreten poseg v pravno dobrino. Tega pa se da opredeliti in, kar je ključno, ob ugotovitvah kriminalne statistike celo preveriti njegovo učinkovitost.<sup>56</sup> S tem je pravna dobrina postavljena kot skupen cilj sistema kazenskega prava in predstavlja utelešenje človekovih konkretnih interesov<sup>57</sup>, ki obenem nudijo ključno sistemsko orientacijo.

Pojem pravne dobrine mora obenem onkraj abstraktnega pravnega formalizma služiti tudi kot temelj za harmoničen razvoj prava kot celote in s tem vseh delov kazenskopravne znanosti.<sup>58</sup> Za Liszta je natančnejša opredelitev in razjasnitev pojma pravne dobrine usodnega pomena za celotno pravno znanost, pri čemer je pomembna predvsem njegova narava *mejnega pojma* (*Grenzbegriff*) abstraktne pravne logike.<sup>59</sup> Z ugotovitvijo, da pojem pravne dobrine ne pripada izključno pravni znanosti, temveč *meji* na druga znanstvena področja, zlasti etiko in filozofijo, pa tudi druge znanosti o človeku, neposredno pa je povezan tudi s področjem kriminalne politike, želi Liszt vzpostaviti soodvisnost in povezovalno naravo tehnično-pravne logike z določenim ciljem, ki mu znanost kazenskega prava sledi.<sup>60</sup> Veliko težo na tem mestu Liszt pripiše delu Karla von Gareisa *Enzyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft: Einleitung in die Rechtswissenschaft*, kjer je pojem pravne dobrine obravnavan kot osnova za enciklopedično predstavitev celotnega (kazenskega) prava.<sup>61</sup> Ker je Gareisova predstavitev nekoliko pomanjkljiva, Liszt razvrstitev skupin pravnih dobrin glede na njihovo jedro različnosti in podobnosti opravi sam. Loči med kaznivimi dejanji zoper telo in življenje,

---

<sup>52</sup> Liszt, DER ZWECCKGEDANKE IM STRAFRECHT (1882), s. 5 in nasl.

<sup>53</sup> Prav tam, s. 10 in nasl.

<sup>54</sup> Prav tam, s. 12.

<sup>55</sup> Prav tam, s. 13.

<sup>56</sup> Prav tam, s. 22 in nasl.

<sup>57</sup> Liszt, Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft (1888) s. 134 in nasl.

<sup>58</sup> Prav tam, s. 133

<sup>59</sup> Prav tam, s. 138.

<sup>60</sup> Prav tam, s. 139 in 140.

<sup>61</sup> Prav tam, s. 136.

kaznivimi dejanji zoper nematerialne (duhovne) dobrine, kaznivimi dejanji zoper individualne pravice in kaznivimi dejanji zoper premoženjske pravice.<sup>62</sup> Osnovni koncept pravne dobrine je s tem uporabljen kot znanstveni instrument za vrednostno razvrščanje dejanj, ki posegajo v osnovne življenjske interese posameznika oziroma skupnosti; pojem pravne dobrine torej *sistematizira*. Liszt gre še korak dlje: sfero pravnega varstva, v kateri se pojem giblje, je po njem potrebno razlikovati od konkretnih dejanj in njihovih konkretnih učinkov. Pravna dobrina kot pravno zavarovan interes ima namreč do kaznivega dejanja, izvršenega v obliki poškodbe oziroma ogrožitve,<sup>63</sup> povsem drugačno vez kot ga ima ravnanje človeka, tj. povzročanje določene spremembe v zunanjem svetu, v razmerju do uspeha tega ravnanja, tj. do dejanske spremembe v zunanjem svetu. Vzročnost, ki se ugotavlja v zvezi s človekovim ravnanjem pa ni niti pravna, ni pravno-vrednostna, temveč povsem naravna, ravnanje pa katerokoli človekova sprememba zunanjosti. Poškodba pravne dobrine je s tem le pravno-vrednostni ustreznik uspehu takšnega ravnanja<sup>64</sup>, kar pa predstavlja temeljno ugotovitev za zasnovo Lisztove teorije ravnanja, ki ostane prevladujoča vse do vzpostavitve finalističnega koncepta Hansa Welzla.

Omenjena novost, ki jo uvede Liszt v zvezi s svojim pristopom ugotavljanja pravilne in primerne kazni, t. i. *teorijo specialne prevencije*, je vzpostavitev teoretične in praktične podlage za ločevanje storilcev kaznivih dejanj na podlagi njihove tipizacije. Loči denimo med nepopoljšljivimi, poklicnimi, priložnostnimi in drugimi storilci, pri čemer mora kazen odražati specifičnost njihovega življenjskega/kriminalnega stila - nekaterim gre dosmrtni zapor, pri drugih zadošča simbolna kazen in podobno.<sup>65</sup> Ta ideja, ki jo sicer lahko označimo za dobroveren poskus združevanja splošnih nauk kazenskega prava in kriminalne politike, kot izredno potencirana po tistem obvelja za pomemben mehanizem obdobja, ki sledi.

## 2.6 Iznakaženje pojma pravne dobrine (*Pravo Tretjega rajha*)

Obdobje nacionalsocialistične Nemčije namenoma obravnavam kot izolirano dogajanje. Tako kot večina<sup>66</sup> do tedaj obstoječih pravnih temeljev, doživi v njem korenito spremembo tudi materialno kazensko pravo, v okviru katerega je kritik oziroma transformacij deležna tudi teorija o pravni dobrini. Glede na to, da teorija na nemškem kazenskopravnem področju do tedaj in od tedaj naprej predstavlja tisti element kazenskopravne teorije, ki je bil sicer skoraj vedno predmet znanstvene diskusije, vendar se v njegovo veljavo nikdar ni »radikalno«

---

<sup>62</sup> Prav tam, s. 142 in nasl. Za podrobnejšo sistematično obravnavo posameznih skupin kaznivih dejanj glej tudi Liszt, LEHRBUCH DES DEUTSCHEN STRAFRECHTS (1888), s. 295-627.

<sup>63</sup> Posebej o tem odnosu v Liszt, LEHRBUCH DES DEUTSCHEN STRAFRECHTS (1888), s. 108-111.

<sup>64</sup> Prav tam, s. 154.

<sup>65</sup> Liszt, DER ZWECKGEDANKE IM STRAFRECHT (1882), s. 25 in nasl.

<sup>66</sup> Pomemben prispevek k razumevanju soobstoja totalitarne policijske države in v določenem delu še vedno delujoče pravne države, poda nemški judovski odvetnik, sociolog in profesor mednarodnega prava Ernst Fraenkel v svojem *magnum opus* *The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship* iz leta 1941 oziroma kasnejši priredbi *Der Doppelstaat* (pred kratkim pa je prevod izšel tudi v slovenščini, glej Ernst Fraenkel, Dvojna država, v celoti). Avtor, ki je pred odhodom v Združene države Amerike sicer deloval v nacionalsocialističnem Berlinu, v delu razlikuje med državo ukrepov (*Maßnahmenstaat*) in državo norm (*Normenstaat*), ki v nacionalsocialistični Nemčiji sobivata, ter zanj ugotavlja, da je *določen del pravne arhitekture - področje zasebnega in gospodarskega prava* - tudi v času nacionalsocializma *deloval zelo podobno kot prej*, v njem pa so bili lahko še dolgo aktivni tudi judovski trgovci in gospodarstveniki, kolikor je to ustrezalo političnim oblastem.

posegalo, predstavlja obdobje, ki ga obravnavam v tem poglavju, izjemo. Na na tem mestu ne želim razpravljati o ideološkem iznakaženju pravnih pojmov kot večni moralni zagonetki *per se*, niti ne želim ravno prava Tretjega rajha izrabiti v teoretsko podporo tej ali oni smeri. Skozi kratko analizo pravoznanstvenega dela v omenjenem obdobju je moj cilj kratko preučiti, kako in *zakaj ravno* pojem pravne dobrine s strani nacionalsocialističnih teoretikov doživi tako grobo kritiko, prepoznati tendence v razvoju pravnih pojmov, ki so bile morda prisotne že prej in se, nenazadnje, vprašati, ali kateremu izmed njihovih argumentov, če sploh kateremu, lahko pripišemo kakršnokoli veljavo.

Na področju teorije kazenskega materialnega prava sta v tem obdobju aktivna zlasti pravnik Georg Dahm in Friedrich Schaffstein<sup>67</sup>, ki poskušata že zgodaj koncipirati boljši pristop za uveljavitev pravil igre novih ideoloških aksiomov, tj. zlasti tistega, ki v ospredje postavlja ljudsko skupnost, njenega duha in njeno nedotakljivost. Kot uvodno referenco lahko vzamemo njun traktat *Liberales oder autoritäres Strafrecht?* iz leta 1933, v katerem avtorja, ki kasneje postaneta vodilni figuri nacionalsocialistične kazenskopravne teorije, že takoj ob prevzemu oblasti s strani nemške nacionalsocialistične delavske stranke zastavita probleme, s katerimi se bosta akademsko ukvarjala, in nakažeta tendence svojih razmišljanj. Kot ključno med drugim najprej prepoznata, da (tudi) kazensko pravo spada med področja, ki jih je zaznamovalo racionalistično-individualistično mišljenje in kar je po njuno le eden izmed simptomov procesa razgradnje vrednot, ki se je dogajal v predvojni in povojni Nemčiji.<sup>68</sup> Obenem pa »socialistično-liberalno« kazensko pravo kaže na premoč posameznika nad šibko državo, omehčanje kazenskega pregona in nadindividualnih moralnih vrednot.<sup>69</sup>

V okviru kritike weimarskega liberalizma avtorja hitro prepoznata teorijo o pravni dobrini za posebej zavržno. Ta je zanj odraz »neke razsvetljenske tendence«<sup>70</sup>, nekaj, kar pripada posamezniku in ne odraža vrednot skupnosti, ki bi bile nujne za nje preživetje, skratka je *preveč liberalna*.<sup>71</sup> Poleg tega je pojem pravne dobrine zanj vsebinsko prazen, zaradi te prepoznane arbitrarnosti in naključnosti vsebine, ki si lahko za predmet določi utemeljevanje katerekoli posameznikove pravice, pa tudi nujno ohlapen, »brez hrbtenice«.<sup>72</sup> V tem momentu očitka, ki ga nacionalsocializem ostro usmeri v teorijo pravne dobrine, nekateri avtorji kasneje, obratno, prepoznajo eno izmed oprijemljivih bilk. To, da želi nacionalsocializem s pojmom pravne dobrine povsem odpraviti, kar sicer ni povsem res, se navaja kot pomemben argument v prid

---

<sup>67</sup> Kazenskopravne ideje so se pretežno razvijale v okviru kroga nacionalsocialističnih privrženecv, imenovanega Kielska šola (*Kieler Schule*). Univerza v Kielu, še posebej njena pravna fakulteta, je v času nacionalsocializma obveljala za jedro idej prenove pravnega reda. Kadrovske spremembe na fakulteti so bile vzpostavljene *ad hoc* ob nastopu oblasti nacionalsocialistov v letu 1933, podlago zanje pa je predstavljal Zakon o ponovni vzpostavitvi državnega uradništva. Ključna sta bila zlasti njegov 3. in 4. člen, ki sta nastopila proti nearijcem in proti vsem, pri katerih ni bilo mogoče z gotovostjo sklepati o pripadnosti nacionalsocialistični politični drži. Kdor kriterijem ni ustrežal, je bil bodisi odpuščen ali pa »dan v mirovanje«. Odpuščena sta bila denimo Hermann Kantorowicz in Gerhart Husserl, kot novi in mladi kadri, ki so se zavzemali za nacionalsocializem, pa sta prišla kazenska pravnik Georg Dahm in Friedrich Schaffstein ter civilni pravnik Karl Larenz.

<sup>68</sup> Dahm, Schaffstein, *LIBERALES ODER AUTORITÄRES STRAFRECHT?* (1933), s. 4.

<sup>69</sup> Prav tam, s. 37.

<sup>70</sup> Prav tam, 3-20.

<sup>71</sup> Prim. Hirsch, *Die aktuelle Diskussion über den Rechtsgutsbegriff* (2009), s. 123.

<sup>72</sup> Prav tam, s. 12 in nasl.

tezi, po kateri pojem le *ima določeno materialno vrednost* in da vendarle ni povsem prazen;<sup>73</sup> ravno »sistematično-funkcionalno liberalno jedro« pojma pravne dobrine, tako Sina, ki jih zadobi na podlagi razsvetljenskih, racionalnih, liberalnih temeljev in ki zbode nacionalsocialistične teoretike, predstavlja njegovo ključno vsebino.<sup>74</sup> Z zavrnitvijo tega temeljnega koncepta pa nastane pomembna teoretska praznina.

Dahm in Schaffstein za zapolnitev te praznine predlagata drugi rešitvi. Novost, ki jo je želel uvesti Schaffstein, je razumevanje kaznivega dejanja ne več kot poškodbe pravne dobrine, temveč kot kršitve dolžnosti (*Pflichtverletzung*), ki izhaja iz posameznikove dolžnosti, kot jo opredeljuje skupnost.<sup>75</sup> V sodobnem (tudi slovenskem) evrokontinentalnem kazenskem pravu s pojmom dolžnosti operiramo le redko - posredno ga omenjamo v zvezi s posebnimi kaznivimi dejanji glede na možnega storilca (*delicta propria*), ko inkriminacija natančno določi možnega storilca, običajno glede na poklic, in v tem smislu zgolj njemu omogoči izvršitev določenega kaznivega dejanja; nekoliko bolj specifično je urejen tudi položaj zdravnikov. Bolj direktno v okviru dogmatike omenjamo specifičen tip dolžnosti, namreč garantno dolžnost, katere opustitev vzpostavi odgovornost zavezane osebe, da odgovarja za storitveno kaznivo dejanje (v komisivno-omisivni obliki). Takrat govorimo o nepravih opustitvah.

Schaffstein pa vzame dolžnost kot temelj kazenskega prava. Pri tem loči med dolžnostmi v okviru ožjih skupnosti, denimo družine in sodelavcev, in pa tistimi v okviru razširjenega pojma narodne skupnosti. Na ta način želi vzpostaviti enotnost kazenskega prava z ljudskim moralnim prepričanjem.<sup>76</sup> Z novim pristopom k razumevanju kaznivega dejanja in kazenskega prava kot sredstva za uresničevanje ideje skupnosti bi po Schaffsteinu nastali tudi popravki odvečnih ali napačnih elementom kazenskopravne dogmatike.<sup>77</sup> Najprej nastopi proti dotedanji tridelni strukturi splošnega pojma kaznivega dejanja, ki jo poznamo tudi danes, sestavljeni iz elementov izpolnenosti biti inkriminacije, protipravnosti in krivde.<sup>78</sup> Ločevanje med protipravnostjo in krivdo je po njemu nesmiselno, saj se je zdaj potrebno ukvarjati z vprašanjem, ali je bila kršena oziroma opuščena dolžnost. V tem primeru pa ugotavljanje posameznikove krivde ni bistveno, saj je ključen moralni očitek in pa kazen, ki iz njega izvira.<sup>79</sup> Nacionalsocialistično kazensko pravo je namreč usmerjeno v storilca in v njegovo voljo, ki ga je pripeljala do kaznivega dejanja oziroma kršitve dolžnosti, ne pa toliko v njegovo krivdo. Zaradi teh tendenc se nacionalsocialistično kazensko pravo v teoriji pogosto navaja kot paradigmatičen primer kazenskega prava, usmerjenega v voljo storilca (*Willenstrafrecht*) oziroma kar v storilca samega (*Täterstrafrecht*). Posledično tudi razlikovanje med udeležbo in sosterilstvom ter med dokončanim kaznivim dejanjem in poskusom po Schaffsteinu ni več smiselno. V vsakem izmed teh primerov je namreč količina zavržnosti volje, ki jo je posameznik oblikoval, ko je izvršil ali želel izvršiti kaznivo dejanje, povsem enaka. Tako bi se

---

<sup>73</sup> Marx, nav. delo, s. 15.

<sup>74</sup> Sina, DIE DOGMENGESCHICHTE (1962), s. 89 in nasl.

<sup>75</sup> Schaffstein, Nationalsozialistisches Strafrecht (1934), s. 608; La Torre, Friedrich Schaffstein und die Lehre vom Verbrechen als Pflichtverletzung (2010), s. 112 in nasl.

<sup>76</sup> La Torre, Friedrich Schaffstein und die Lehre vom Verbrechen als Pflichtverletzung (2010), s. 113.

<sup>77</sup> Schaffstein, Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung? (1935) (2011), s. 287 in nasl.

<sup>78</sup> La Torre, nav. delo, s. 114 in nasl.

<sup>79</sup> Prav tam, s. 114.

moralo po Schaffsteinu kaznovanje izenačiti za udeležbo, storilstvo, poskus, četudi je bil nenevaren in neuspeh, in dokončano kaznivo dejanje.<sup>80</sup> Kaznivo dejanje kot kršitev skupnostnih dolžnosti pa bi rešilo še eno težavo: presojanje nepravih opustitev bi postalo nesmiselno, prav tako bi se zabrisala meja med storitvenimi in opustitvenimi kaznivimi dejanji.<sup>81</sup> Če ugotovimo, da je posameznik kršil dolžnost, je namreč vseeno, za kakšno izvršitveno obliko naj bi šlo. Nenazadnje je postalo odvečno tudi razlikovanje med upravičljivo in opravičljivo skrajno silo.<sup>82</sup> Razumevanje kaznivega dejanja kot kršitve dolžnosti pa je spodbudilo tudi pomembno spremembo materialnega kazenskega prava, ko je novela kazenskega zakonika iz leta 1935 odpravila prepoved analogije v kazenskem pravu, tako da se je drugi člen *Strafgesetzbuch* glasil:

»Kaznuje se vsak, ki izvrši dejanje, prepovedano s tem zakonom, oziroma vsak, ki si glede na osnovno idejo kazenskega zakona in po zdravem ljudskem prepričanju zasluži kaznovanje.«<sup>83</sup>

Prispevek Georga Dahma je na področju teorije kriminalizacije šibkejši. Čeprav je delil prezir do liberalne teorije o pravni dobrini, pa je, drugače kot Schaffenstein, predlagal manj vplivno koncepcijo kaznivega dejanja kot izdaje.<sup>84</sup> Po Dahmu je bistveno izhajati iz usmerjenosti v konkretni (*konkretes Ordnungsgedanke*)<sup>85</sup> in ne abstraktni red, torej, če poenostavim, iz obstoječega nabora pravil in običajev v družbi, ki so imanentni ljudski skupnosti.<sup>86</sup> Takšno razumevanje pozornost privede konceptu izdaje, ki pomeni celo več kot zgolj kaznivo dejanje: kriminalno delovanje posameznika je nujno usmerjeno zoper skupnosti in ji tako škodi, obenem pa jo s tem tudi izda. In v primeru, ko je skupnost s strani posameznika izdana, lahko tega posameznika ne samo kaznuje, temveč izloči, mu odvzame pravice in čast biti del nje.<sup>87</sup> Čeprav ta Dahmov koncept ni pritegnil posebne pozornosti, pa je zato veliko več prispevala njegova teorija o tipih storilca (*Tätertypenlehre*). Ta je slonela oziroma sovpadala z ugotovitvami kriminalno-biološke kriminologije, ki se je, začenši s psihiatrom Gustavom Aschaffenburgom, razvijala že pred nastopom nacionalsocialistov. Po njej določeni ljudje *so* storilci, *so* tatovi, *so* morilci, skratka gre za njihovo degenerativno osebnost, ki se manifestira v kaznivem dejanju in jo je potrebno na nek način odstraniti, ukrotiti.<sup>88</sup> Dahm v svoji razpravi *Der Tätertyp im*

<sup>80</sup> Prav tam, s. 116.

<sup>81</sup> Prav tam, s. 115.

<sup>82</sup> Prav tam, s. 115.

<sup>83</sup> Drugi paragraf *Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches* iz leta 1935.

<sup>84</sup> Prim. Stolleis, *THE LAW UNDER THE SWASTIKA*, s. 160.

<sup>85</sup> Delo Carla Schmitta je predstavljalo pomembno referenco za večino pravnih teoretikov tistega časa, tudi za Dahma in Schaffsteina. Pojem »konkretni red« izhaja Schmittovega koncepta treh vrst pravoznanstvenega mišljenja (Schmitt, *ÜBER DIE DREI ARTEN DES RECHTSWISSENSCHAFTLICHES DENKENS* (1934), s. 11, 18, 19): »Ich gehe davon aus, daß es für die Unterscheidung rechtswissenschaftlicher Denkart darauf ankommt, ob das Recht als Regel, als Entscheidung oder als Ordnung aufgefaßt wird. [...] Nur der konkrete Frieden oder eine konkrete Ordnung kann gebrochen werden; nur von einem solchen Denken her ist der Begriff des Verbrechens zu gewinnen. Die abstrakte Norm und Regel dagegen gilt bekanntlich trotz des »Verbrechens« unverändert weiter [...].« (Obakrat poudaril T.O.)

<sup>86</sup> Dahm, *Verrat und Verbrechen* (1935), s. 283.

<sup>87</sup> Prav tam, s. 287 in nasl.

<sup>88</sup> Zanimivo je, da so predstavniki kriminalno-biološke smeri kriminologije, ki je bila v času nacionalsocializma vodilna, precej ostro zavračali »primitivne« koncepte iz konca 19. oziroma začetka 20. stoletja, ko je prevladovala italijanska pozitivistična šola. Edmund Mezger (*DAS TYPENPROBLEM* (1955), s. 6), eden vodilnih kriminologov tedaj, je namreč tako Lombrosovo teorijo rojenega zločinca (*delinquente nato*) kot Garofalov koncept naravnega

*Strafrecht* poudari, da obstaja določena krivdna storilčeva bit (*schuldhafte Tätersein*), ki ji je potrebno soditi ter skupnost pred njo obvarovati.<sup>89</sup> Izrek kazni<sup>90</sup>, značilen za klasično liberalno kazensko pravo, ki je bolj ali manj usmerjen zgolj v kaznovanje izvršenega kaznivega dejanja, je bil za Dahma odvečen. Če obstaja težava s storilcem samim, ne zgolj z njegovim ravnanjem, tudi ni smiselno govoriti o krivdi za posamezno kaznivo dejanje (*Einzeltatschuld*), temveč o krivdi za storilca (*Täterschuld*) - obsojen moraš biti, ker *si* storilec, torej *si* tat, *si* morilec, ne pa zgolj zato, ker si izvršil to kaznivo dejanje.<sup>91</sup>

Na tem mestu je smiselno razviti misel iz konca zadnjega poglavja, in sicer: zgoraj na kratko predstavljeni nacionalsocialistični kazenskopravni in kriminološki nastavki vendarle niso izolirane in na novo izumljene teoretske rešitve, ki se vzpostavijo zgolj in izključno za namene uresničevanja njihovega ideološkega projekta. Četudi je ideološko-radikalni podton mnogo bolj očiten, pa ne gre spregledati, da njihovi pristopi na več načinov priženejo nekatere prej obstoječe tendence *in extremos*. Tako se v literaturi pojavljajo opozorila, da je firerjevo načelo oziroma siceršnje stremljenje k izvrševanju zakonskih določil »ne glede na ceno«, v okviru katerih se je denimo izvajala rasna higiena in urejalo judovsko vprašanje, le stopnjevanje ideje, ki jo je zastavil že kazenski pravnik Karl Binding v svojih Normah iz leta 1872. Tam Binding postavi famozen aksiom svojega kazenskopravnega sistema, po katerem je norme, vsebina katerih je prepuščena državi, pač potrebno spoštovati. Sam te teze ne štejem za prepričljiv argument, ki bi kakorkoli pomembno opredeljeval teoretska izhodišča nacionalsocialistične teorije. Binding se je v letu 1872 namreč uveljavljal kot kazenskopravni teoretik, pri čemer mu je aksiom o potrebi po spoštovanju norm služil kot element koherentnosti njegovega sistema; če se je nekoliko mlajši von Liszt izrazilo ukvarjal s kriminalno politiko, je Binding veliko večji poudarek posvetil ukvarjanju z vprašanji pravne dogmatike. Očitki, da so njegove Norme implicirale željo po avtoritarni državi, še niso na mestu.

Mnogo bolj usoden, a niti ne tako pogosto problematiziran, pa je njegov kasnejši prispevek v okviru pravne utemeljitve možnosti izničenja človeškega življenja, ki ga ni vredno živeti, spis, ki ga je Binding spisal skupaj s psihiatrom Alfredom Hochejem. Ravno v njem, naslovljenim *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens: Ihr Mass und Ihre Form* iz leta 1920, je Binding postavil eno izmed ključnih referenc, na katero so se kasneje dejansko upirali tudi

---

zločina (*delitto naturale*) opredelil kot izjemno poenostavljeno sklepanje, ki ne upošteva posameznikovih vsakokratnih družbenih okoliščin, medtem ko je sam aktivno sodeloval pri vzpostavitvi koncentracijskih taborišč in pripravi zakonodaje, ki je urejala problem rasne higiene s čiščenjem škodljivega dela prebivalstva.

<sup>89</sup> Dahm, DER TÄTERTYP IM STRAFRECHT (1940), s. 9.

<sup>90</sup> Klaus Marxen, nemški profesor kazenskega prava in bivši okrožni sodnik, postavi zanimivo tezo na podlagi zadeve iz leta 1944, iz katere je razvidno povsem drugačno razumevanje funkcije tenorja sodbe, kot so jo poznali pred nacionalsocializmom oziroma kot jo poznamo danes. Nevtralnemu formulo »*Obtoženega A se zaradi kaznivega dejanja B obsodi na kazen C*« se v času nacionalsocializma povsem vrednostno-lirično obarva, ključna pa postaneta le storilec A in kazen C, medtem ko se kaznivega dejanja B skorajda ne omeni. Izrek v primeru, ki ga navaja, se glasi: »Častihlepni, nečastni in nizkotni izdajalci so Karl G., Wilhelm L., Josef W. in Ulich von H. Skupaj s skupino verolomnih oficirjev so kovali zaroto in želeli umoriti našega firerja ter ga v milosti in nemilosti izročiti našim sovražnikom [...] Namesto, da bi tako kot celotno naše ljudstvo ostali možati v teh temnih časih, so ga [...] sredi bitke za obstoj izdali. Zato bodo usmrčeni, njihovo premoženje pa bo pripadlo Rajhu.« (Marxen, Zum Verhältnis von Strafrechtsdogmatik und Strafrechtspraxis im Nationalsozialismus (1984), s. 78 in nasl.) (Prevod in poudarek T.O.)

<sup>91</sup> Dahm, DER TÄTERTYP IM STRAFRECHT (1940), s. 10.



nacionalsocialisti, zlasti ko so uzakonjali svoj evtanazijski program. Za ponazoritev, v prvem delu spisa, naslovljenim *Pravna izpeljava*, Binding utemeljuje, da odvzem življenja bolnemu, ki ga ne čaka nič drugega kot trpeče življenje, življenje torej, ki ima negativno vrednost, ne pomeni protipravnega uboja, temveč neprepovedano pomoč, namenjeno za težke primere, kjer pa bolnikova privolitev nima nobenega pomena.<sup>92</sup> Izmed vplivov na nacionalsocialistično teorijo, ki so jih *de facto* imeli kazenskopravni teoretiki klasične šole, pa naj poleg Bindinga navedem še teorijo specialne prevencije Franza von Liszta, v okviru katere je Liszt ločil med različnimi tipi storilcev in sem jo že omenil zgoraj. Gre za idejo, ki jo prepoznamo tudi v okviru prizadevanj Geoga Dahma, toda s ključno razliko: Lisztova tipizacija storilcev ni usmerjena v storilčevo zlo bit, na katero je potrebno nasloviti moralni očitek in izločitev iz skupnosti, temveč je plod ideje o čimbolj učinkoviti resocializaciji in prevenciji kaznivih dejanj s posamezniku prilagojenimi ukrepi. Ideja, ki jo je Dahm le nekoliko prilagodil, pa vendarle služi za pomembno referenco.

Teorije Geoga Dahma in Friedricha Schaffensteina naletijo na odpor s strani druge struje nacionalsocialistične kazenskopravne teorije. Erich Schwinge in Leopold Zimmerl, profesorja kazenskega prava na pravni fakulteti v Marburgu, proti predlogom Dahma in Schaffsteina ostro nastopita, akademsko soočenje med kielsko in marburško šolo pa je kasneje poimenovano prepir o metodi v kazenskopravni znanosti (*Methodenstreit in der Strafrechtswissenschaft*).<sup>93</sup> Marburčana sta Dahmu in Schaffsteinu očitala predvsem umetno in naivno ustvarjanje ohlapnih pravnih pojmov, pri čemer sta se obregnila tudi ob njuno nepotrebno izmišljevanje abstrakcij v zvezi s teorijo o pravni dobrini. Odkrito sledenje nacionalsocialistični doktrini po mnenju Schwingeja in Zimmerla namreč ne pomeni nujno zavračanje vseh institutov prejšnjega pravnega režima, temveč predvsem zagotovitev učinkovite in praktične rešitve za odločevalca v posameznem primeru. Zato namesto konstruiranja kaznivega dejanja kot kršitve dolžnosti oziroma izdaje Schwinge predlaga le doktrinarno modifikacijo na način, da se razlaga dobrin kaznivih dejanj karseda približa bistvu in namenu nacionalsocialistične ideologije.<sup>94</sup> Ta pristop, ki ga poimenuje teleološko ustvarjanje oziroma razlaganje pojmov (*teleologische Begriffsbildung*),<sup>95</sup> temelji na subjektivnem ustvarjanju pomena (kazensko)pravne norme in je rešitev, ki je v praksi najbolj obveljala.<sup>96</sup> Zlasti ta moment kasneje uporabijo kritiki teorije o pravni dobrini pri argumentu, da pojem pravne dobrine vendarle ne predstavlja nikakršne samostojne vrednosti, češ da je vsebinsko prazen.<sup>97</sup>

<sup>92</sup> Binding, Hoche, DIE FREIGABE DER VERNICHTUNG LEBENSUNWERTEN LEBENS (1920), s. 18-19.

<sup>93</sup> Dahm, Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft (1938), s. 230 in nasl.

<sup>94</sup> Prim. Schulte, Entstehung, Entwicklung und Funktion des Rechtsgutsbegriffs (1992), s. 33. Arthur Kaufmann (RECHTSPHILOSOPHIE UND NATIONALSOZIALISMUS (1984), s. 193 in nasl) pravi, da ima teorija pravne dobrine [danes] »eine sehr wichtige rechtsstaatliche Funktion [...], nämlich dass man nur Taten und nicht Gesinnungen bestrafen soll, wie das in der NS-Zeit vieltausendfach geschehen ist.« (Poudaril T.O.).

<sup>95</sup> Dahm, Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft (1938), s. 232 in nasl. S tem se ukvarja tudi Schiaffo (STRAFRECHT ZWISCHEN WISSENSCHAFT UND SZIENTISMUS (2018), s. 25 in nasl), ki posebej izpostavi pomen teleološkega ustvarjanja pojmov za razvoj »avtoritarnega nacionalsocializma«.

<sup>96</sup> Pri tem pa je ključno vlogo igrala ravno osredotočenost na »skupnostno idejo«. Ta po Stolleisu (THE LAW UNDER THE SWASTIKA (1998), s. 161 in nasl.) predstavlja osnovni ideološki koncept, ki pa ni bil uspešen kot nov pojem pravnega jezika, temveč je na pomenu pridobil šele preko vprege koncepta skupnosti kot etičnega načela pri uporabi razvitih pravnih razlagalnih metod za oblikovanje novih pomenov (*sic!*).

<sup>97</sup> Za več glej spodaj, drugi del naloge v celoti.

Nič novega ni, da pravo v času nacionalsocializma označujemo za pravo ekstremov. Gornja kratka analiza je poskušala izpostaviti teoretske tendence, del katerih je tudi predmet te raziskovalne naloge, ki jih ne gre razumeti kot zgolj neponovljive in zaznamovane z večnim statusom največje zavržnosti. Ti niso niti izolirani zgodovinski dogodki, saj imajo nacionalsocialistične teorije svoje zametke v že prej obstoječih nastavkih, niti niso enkratni in dokončni, saj imajo posledice v prihodnosti. Čeprav je bralec najverjetneje lahko predvidel, v katero smer ga bo tekst ponesel, tudi teorijo pravne dobrine sem namreč »le« umestil v kontekst izmaličevanja »primitivnih liberalnih izhodišč«, naj kot sklep navedem, da pojem pravne dobrine nacionalsocialistični doktrini vendarle *je predstavljal težavo*, četudi je to ob ustrezni politični sili kajpak neizmerno lahko obiti. Četudi obravnavano obdobje nenazadnje predstavlja precejšnjo izjemo v zgodovini kazenskopravne misli, pa je zato toliko bolj očitno, da pravna teorija nujno odseva politično in civilizacijsko stanje določene skupnosti.

## 2.7 Trk z jugoslovansko pravno doktrino (*Družbena škodljivost kot pandan?*)

Kot zadnje v okviru prvega poglavja na kratko obravnavam še obdobje Kraljevine Jugoslavije in Socialistične federativne republike Jugoslavije, kjer bom na podlagi primerov iz teorije in sodne prakse pokazal, kako in če sploh sta bila teorija in pojem pravne dobrine v prejšnjem stoletju uporabljana v okviru slovenskega veljavnega kazenskega prava. Poskušal bom ugotoviti, ali slovensko pravno področje »v prejšnjih obdobjih« s tem pojmom operira in na kakšen način, ali pojem pravne dobrine morda predstavlja le naključno pravno-izrazno figuro ali pa implicira nekoliko širšo teoretsko vrednost, ter v kakšnem obsegu, če sploh, na to vpliva menjava političnega sistema, tokrat v samoupravljalni socializem. Izsledki te diskusije so v določeni meri kajpak ključni tudi za današnji čas, ko slovenska kazenskopravna teorija k problemu teorije pravne dobrine oziroma teorije kriminalizacije pristopa dokaj nedecidirano, ali pa vsaj neenotno.<sup>98</sup>

Dolenc in Maklecov v svojem Sistemu celokupnega kazenskega prava Kraljevine Jugoslavije iz leta 1934 o pravni dobrini govorita na več mestih, in sicer v okviru obravnave tako splošnega kot posebnega dela kazenskega prava. Uvodno opredelita, da tedanji kazenski zakonik za Kraljevino Jugoslavijo, noveliran v letu 1932, izhaja iz dihotomije kaznivih ravnanj, saj omenja le zločinstva in prestopke.<sup>99</sup> To je po mnenju avtorjev takrat predstavljalo odstop od siceršnjih evropskih kazenskih zakonodaj, ki so pri ločevanju običajno sledile zgledu delitve francoskega *Code pénal* na *crimes*, *délits* in *contraventions*. Temu sledi razvrstitev kaznivih dejanj, kjer avtorja med objekti kaznivega dejanja ločita med kaznivimi dejanji zoper pravne dobrine skupnosti ali javne pravne dobrine in kaznivimi dejanji zoper pravne dobrine posameznika.<sup>100</sup> To delitev, ki jo poznamo tudi danes, kasneje pa jo bom obravnaval v okviru sistematizacijske funkcije pojma pravne dobrine, označita za ključno pri zgradbi posebnega dela kazenskega zakonika. Pravna dobrina za njiju predstavlja objekt kazenskopravne zaščite, iz zaščite pravnih dobrin pa črpata tudi kaznovalno pravico države.<sup>101</sup> Četudi zanju pravne dobrine izbira in

<sup>98</sup> Več o stanju teorije o pravni dobrini danes v spodaj v tretjem delu.

<sup>99</sup> Dolenc, Maklecov, SISTEM CELOKUPNEGA KAZENSKEGA PRAVA KRALJEVINE JUGOSLAVIJE (1934), s. 52

<sup>100</sup> Prav tam, s. 53.

<sup>101</sup> Prav tam, s. 202.

določa pravni red v državi, pa presenetita s pozicijo, po kateri za kazensko pravo, drugače, vsebino pravnih dobrin ne določa vsakokratna država sama, temveč sodobno življenje.<sup>102</sup> Zgodovina kazenskega prava naj bi za njiju namreč lepo odražala, da se predmeti kazenskopravne zaščite menjajo veliko bolj kot predmeti civilnega prava, s čimer so veliko bolj prilagodljivi vsakokratni kulturi in civilizaciji.<sup>103</sup>

Dobro nadalje posebej obravnavata v okviru poglavja *Protipravnost, prvina kaznivega dejanja; razlogi, ki izključujejo protipravnost*, kjer uvodoma opredelita, da je protipravnost bistveni znak vsakega zločina in da kaznivega dejanja ni, če protipravnost ravnanja izključujejo predpisi javnega ali zasebnega prava.<sup>104</sup> Tako ravnanja, ki sicer po vsebini pomenijo »oškodovanje, okrnjenje ali ogrožanje pravne dobrine«, niso protipravna, ko gre npr. za predpise o izvršitvi kazni in drugih sankcij kazenskega prava, varnostne odredbe, rabo orožja, vojaške službe in podobno. Navajata pa tudi t.i. posebne primere razlogov, ki izključujejo protipravnost. Sem prvo štejeta »privolitev poškodovanca«, ki ima učinek izključitve protipravnosti le v primerih, kjer gre za zasebne interese in za pravne dobrine, s katerimi sme oseba razpolagati po svoji volji, ne pa tudi pri deliktih zoper javne pravne dobrine in »občenevarnih dejanjih«.<sup>105</sup> Posebej opozarjata, da je pravni pomen oškodovančeve privolitve mogoče ugotoviti šele z analizo posameznih dejanskih stanov v posebnem delu kazenskega prava.<sup>106</sup> Navajata tudi razdeljenost teorije glede možnosti oškodovančeve veljavne privolitve pri »okvarah telesne celovitosti«, kjer povzemata stališče *večine pisateljev*, ki kakršenkoli pomen oškodovančevega pristanka pri telesnih poškodbah zanikajo v primeru, da dejanje nasprotuje dobrim šegam in življenjskim običajem.<sup>107</sup> Med drugim v okviru posebnih razlogov izključitve protipravnosti seveda obravnavata tudi silobran, ki naj bi posamezniku omogočal zaščito pravnih dobrin takrat, kadar država svojih državljanov ne utegne zavarovati.<sup>108</sup> Poleg klasičnih pogojev za obstoj veljavnega silobrana, institut namreč predstavlja enega izmed trdnih temeljev kazenskopravne teorije, ki se je v zgodovini le malo spreminjal, Dolenc in Maklecov navajata, da je lahko pravna dobrina, ki je predmet napada, katerakoli. Za ključno pri ocenjevanju, ali je obramba (še) protipravna, avtorja izpostavita izbiro kriterija. Četudi je končno besedilo takratnega kazenskega zakonika sicer vsebovalo besede, da je dopustna »obramba, ki je *potrebna*«, je še kot stališče prvega osnutka zakonika nekaj časa veljala dikcija, da je dopustna »obramba, ki je *neizogibna*« (obakrat poudaril T.O.).<sup>109</sup> Stališče je bilo podprto z mnenjem strokovnjaka, da mora silobranska obramba stati v sorazmerju le z napadom samim, ne pa z vrednostjo napadene ali ogrožene dobrine, zaradi česar tudi »*najneznatnije pravno dobro* [...] *može da se zašiti ubijanjem napadača, ako je to neophodno potrebno za održanje napadnutog dobra.*«<sup>110</sup> To pozicijo avtorja označita za kriterij »proporcionalitete med

---

<sup>102</sup> Prav tam, s. 202.

<sup>103</sup> Prav tam.

<sup>104</sup> Prav tam, s. 66.

<sup>105</sup> Prav tam, s. 67.

<sup>106</sup> Prav tam.

<sup>107</sup> Prav tam, s. 68.

<sup>108</sup> Prav tam, s. 69.

<sup>109</sup> Prav tam, s. 71.

<sup>110</sup> Citat povzet po Dolenc in Maklecov, nav. delo, s. 71. Monografija nima seznama literature, zato polnega imena dela kot tudi avtorja omenjenega citata ne poznam.

intenzivnostjo napada in obrambe«, ki pa se mu po robu postavi »kriterij proporcionalitete med napadeno pravno dobrino in tisto pravno dobrino, ki jo pogodi obrambeni nasprotni napad«. <sup>111</sup> Zadnji, ki se tudi uveljavi v pozitivnem kazenskem pravu, poleg samega napada in obrambe v ozir torej vzame tudi relativno vrednost pravnih dobrin, kar je za avtorja bistvenega pomena. Nenazadnje pojem pravne dobrine omenita tudi v zvezi s skrajno silo, ki je pomenila nekaznivost krivdnega ravnanja (danes upravičljiva skrajna sila). Bistvo te je bilo, da se v določenih primerih, ko posameznik sebe ali drugega varuje pred istočasno, neodklonljivo, nezakrivljeno nevarnost za življenje, telo, prostost, čast, lastino ali *drugo dobrino*, če ni poškodba večja od nevarnosti, ravnanje ne šteje za kaznivo. <sup>112</sup> Avtorja ugotavljata, da obseg dobrin, ki so lahko predmet zaščite ravnanja v skrajni sili, ni omejen, pri čemer nevarnost običajno izvira iz elementarnih sil narave, nesrečnega stekanja dogodkov, živali, notranjih bioloških procesov, lahko pa tudi od človeka, kadar se oškodovanec ne posluži silobrana in za zaščito sebe žrtvuje tujo pravno dobrino, denimo tako, da vdre v tuje stanovanje. Tudi v tem primeru pa je bistveno, poleg ostalih pogojev, o katerih avtorja razpravljata, da mora biti škoda na tuji pravni dobrini sorazmerna škodi, ki preti pravni dobrini ogrožene osebe. <sup>113</sup> Škoda v nobenem primeru ne sme biti večja od te, ki bi jo povzročila nevarnost. <sup>114</sup>

Dolencu in Maklecovu pojem pravne dobrine služi tudi v okviru analize posameznih inkriminacij posebnega dela kazenskega zakonika. Pri razžalitvi denimo uvodno opredelita objekt kazenskopravnega varstva, torej pravno dobrino časti, ki pa jo še dodatno razdelata. Ločita med zunanjim in notranjim vidikom pravne dobrine časti, nato jo razčlenita še na vrednost človeka kot takega, kulturno čast, spolno čast, poklicno čast, kreditno in pravno čast. <sup>115</sup> Morebitna kritika, ki se ne nanaša le na konkretno argumentacijo, temveč lahko velja na splošno, je, da izraz pravna dobrina uporabljata le kot poljubno frazo, ki bi ji lahko nadomestila s čimerkoli drugim. Dokler to do neke mere drži in se bom do tega opredeljeval v naslednjem poglavju, pa kot neizpodbitno velja, da Dolenc in Maklecov v teoriji pravne dobrine vendarle vidita sistemsko veljavo. To pomeni, da jima služi kot učinkovito sredstvo analize tako v okviru splošnega kot posebnega dela kazenskega zakonika.

Obdobje socializma, ki sledi čez nekaj desetletij, prinese spremembe tudi na slovenskem kazenskopravnem področju. Namen jugoslovanskega socialističnega kazenskega prava je bil predvsem tudi v misel kazenskega prava implementirati ugotovitve materialistično-dialektične metode <sup>116</sup>, pri tem pa izhajati iz specifičnih razrednih ekonomskih izhodišč kapitalistične družbe. <sup>117</sup> Kljub temu, da je to v končni posledici vsaj na nekaterih mestih pomenilo bistveno zrahljanje pravne varnosti, poseg v dogmatiko in prenovljeno urejanje kriminalne politike, se vendarle zdi pomembno izpostaviti zavedanje teoretikov, da se teorija kazenskega prava ne more zgolj in izključno omejiti na obravnavanje kazenskopravne norme, temveč mora na nek

---

<sup>111</sup> Prav tam, s. 71.

<sup>112</sup> Prav tam, s. 96.

<sup>113</sup> Prav tam, s. 96.

<sup>114</sup> Prav tam, s. 97

<sup>115</sup> Prav tam, s. 230,

<sup>116</sup> Srzentić, Stajić, Lazarević, KRIVIČNO PRAVO JUGOSLAVIJE (1998), s. 23.

<sup>117</sup> Glej npr. Bavcon, KRIMINALNA POLITIKA (1958), s. 101 in nasl.

način sooblikovati diskurz z ostalimi kazenskimi oziroma kriminološkimi vedami,<sup>118</sup> kar seveda ni pozicija, ki bi veljala izključno za socialistično kazensko pravo.<sup>119</sup> Teoretska novost, kakorkoli, ki je izrazito značilna za socialistično kazensko pravo, je uvedba instituta družbene nevarnosti kot korektiva osnovnim kazenskopravnim pojmom, posegajočega tako na področje splošnega pojma kaznivega dejanja kot na področje sankcioniranja in inkriminiranja. Kazenskopravna teorija je družbeno nevarnost le stežka razumela v okviru »prejšnje strukture«, ni bilo denimo jasno, na stopnji katerega elementa splošnega pojma kaznivega dejanja naj bi se analiza izvajala – kot kandidati so se pojavljali protipravnost, širši koncept kazenske odgovornosti, pa tudi družbena nevarnost kot neodvisen upravičevalni/opravičevalni faktor. Institut družbene nevarnosti je posebej zanimiv z vidika, da je obenem posegal v kazenskopravno presojo konkretnega primera kot tudi v delu utemeljeval kriminalizacijo: kaznivo dejanje je bilo namreč le tisto ravnanje, ki je bilo prepoznano kot družbeno škodljivo. S tem je vsaj v delu odpravil tudi s teorijo pravne dobrine, njuna stičišča in razjahanja pa obravnavam v nadaljevanju.

Agresivnih pozivov k odpravi morebitnih »liberalističnih redundanc«, kamor bi spadale iznajdbe klasične oziroma neoklasične kazenskopravne šole, v literaturi nisem našel. Za tovrstno prav tako le stežka označim programatsko tezo iz uvodnega ekspezeja h Kazenskemu zakoniku iz leta 1960<sup>120</sup>, po katerem se mora tudi kazensko pravo spreminjati pod vplivom razvoja socialistične družbe, kriminalna politika pa potemtakem usmeriti k preventivnemu varstvu družbenih dobrin in vrednot ter k omogočanju delinkventovega poboljšanja in reintegracije.<sup>121</sup> Značilnost pravne literature, ki izstopa, pa je predvsem novo ukvarjanje s pojmom *družbenega*. Kazenski zakonik denimo kot objekte kazenskopravnega varstva opredeli osebnost državljanov, njihove z ustavo in zakoni zagotovljene pravice ter svoboščine, politične, narodne, gospodarske in socialne *temelje Jugoslavije*, varovati pa želi tudi pred nasiljem, samovoljo, gospodarskim izrabljanjem in drugimi *družbi nevarnimi dejanji*.<sup>122</sup> Čeprav ravno to razvrstitev opredeli za podlago sistematike posebnega dela kazenskega zakonika, v okviru tega zakon niti njegovi komentatorji ne omenjajo pojma pravne dobrine. Za namen kaznovanja nato zakon opredeli predvsem *preprečevanje družbi nevarnega delovanja* in poboljšanje ter vzgojno vplivanje na storilca in druge, kot kaznivo dejanje pa posebej določi dejanje, ki je *družbi nevarno* in katerega znaki so določeni z zakonom.<sup>123</sup> Tudi na tem mestu zakon niti njegovi komentatorji ne omenjajo pravnih dobrin. Enako velja za takratni učbenik kazenskega prava, kjer se Bavcon in Šelih njegovi uporabi elegantno izogibata.<sup>124</sup>

<sup>118</sup> Srzentić *et al.*, nav. delo, s. 23-24. Glej tudi Stefanovičev ekspeze k predlogu zakona o spremembah in dopolnitvah kazenskega zakonika iz 1959 (v KAZENSKI ZAKONIK S POJASNILI (1960), s. 11 in nasl).

<sup>119</sup> Spomnimo na že klasično tezo nemškega profesorja kazenskega prava Hans-Heinricha Jeschecka, da je kazensko pravo brez kriminologije slepo, kriminologija brez kazenskega prava pa brezmejna.

<sup>120</sup> Jugoslovanski Kazenski zakonik s pojasnili iz 1960, ki je sicer vseboval besedilo Kazenskega zakona iz 1951 (Uradni list FLRJ, št. 13/1951), kot je bil spremenjen z zakonom o spremembah in dopolnitvah kazenskega zakonika z dne 30. 6. 1959 (Uradni list FLRJ, št. 30/1959) (v nadaljevanju: KZ-1960). V primeru referiranja na posamezne člene oziroma njihove odstavke bom navajal le-te, v primeru citiranja pojasnil k zakoniku pa bom navajal ustrezne strani.

<sup>121</sup> Stefanovič, KAZENSKI ZAKONIK S POJASNILI (1960), s. 11-24.

<sup>122</sup> Prvi odstavek 1. člena KZ-1960.

<sup>123</sup> 3. člen KZ-1960.

<sup>124</sup> Glej Bavcon, Šelih, KAZENSKO PRAVO: SPLOŠNI DEL (1987), zlasti poglavja Pomen in definicija kaznivega dejanja, Protipravnost, Določenost v zakonu v okviru tretjega dela učbenika.

Splošni del kazenskega zakonika operiranja s pojmom pravne dobrine sicer ne opusti popolnoma. Pri določbi, ki s klasično dikcijo ureja silobran<sup>125</sup>, komentatorji pojasnjujejo, da pri presojanju neizogibnosti obrambe ni odločilno sorazmerje med napadeno dobrino in dobrino, ki je bila pri obrambi poškodovana, temveč sorazmerje med intenziteto napada in obrambe<sup>126</sup>. Stališče ključno razširja obsežna sodna praksa, po kateri je denimo dejanje še vedno v mejah silobrana, čeprav se *vrednost napadalčeve dobrine ne krije popolnoma z vrednostjo napadene dobrine*, vse dokler vrednost napadalčeve dobrine ni *znatno večja*. Dodatno je izpostavljeno tudi, da oškodovancu, ki ravna v silobranu, ni potrebno bežati pred napadalcem, temveč je v mejah silobrana *upravičen poškodovati napadalčevo pravno dobrino*.<sup>127</sup> Poseben pomen pojma pravne dobrine v kontekstu teorije silobrana pa uvidi tudi Zvezno Vrhovno sodišče Zvezne Republike Jugoslavije, ko odloči:

»Pri odločanju o uporabi predpisov o silobranu intenzivnost oškodovančevega napada na obtoženca ne more presojati samo s stališča končne posledice napada, temveč je treba upoštevati okoliščine, v katerih je prišlo do napada, kakor tudi sredstvo, s katerim je bil napad storjen, in *pravna dobrina, zoper katero je bil usmerjen*.«<sup>128</sup> (poudaril T. O.)

V zvezi s silobranom je bila jugoslovanska teorija sicer razdeljena glede tega, ali izključuje družbeno nevarnost ali protipravnost. Komentatorji Kazenskega zakona SFRJ iz 1984 se postavijo na stališče, da je v vsakem primeru potrebno presojati posamezen primer najprej s stališča protipravnosti in nato še z vidika družbene nevarnosti, saj obramba ne sme predstavljati družbi nevarnega dejanja.<sup>129</sup> Nikjer ne zasledim tendenc, ki bi predstavljale posredno ali neposredno voljo v prid opciji, ki, kot sta opozarjala Dolenc in Maklecov, lahko vodi do situacije, kjer je lahko v silobranski obrambi poškodovana dobrina življenje, čeprav napadalec le krade nepomembno premično stvar, pa bi se tak odvzem življenja štel za skladen s pravom. Nasprotno, socialistična teorija in praksa, kot izhaja zgoraj, zavzame jasno stališče, da se mora upoštevati tudi pravna dobrina, vsaj na način, da *vrednost napadalčeve dobrine ne sme biti znatno večja*.

Morda se zdi, da so navedeni izsledki iz jugoslovanske teorije in sodne prakse le osamljeni primeri ali pa naključni residuumi, ki so v danem trenutku predstavljali »le« preprosto rešitev. Toda sam trdim, da nam ravno ti dokumenti omogočijo pomemben vmesni sklep: *teorija pravne dobrine v določenem segmentu, zlasti dogmatičnem, obstoja tudi v okviru socialističnega kazenskega prava*. To tezo podpirajo tudi pojasnila k posameznim kaznivim dejanjem iz posebnega dela kazenskega zakonika. V okviru 165. člena, kazenskega zakonika,

<sup>125</sup> Prvi odstavek 11. člena KZ-1960 se glasi: »Ni kaznivo dejanje, ki je storjeno v silobranu«, njegov drugi odstavek pa: »Silobran je tista obramba, ki je neizogibno potrebna, da storilec odvrne od sebe ali od koga drugega istočasen protipraven napad.«

<sup>126</sup> KZ-1960, s. 44-45.

<sup>127</sup> KZ-1960, s. 45-56. Sodna praksa je v okviru KZ-1960 navajana pod pojasnili komentatorjev in pred navedbo za ustrezen člen relevantne literature. Pri tem ni vedno natančno citirana, zaradi česar bralec včasih ne utegne razbrati, iz katere zadeve ali iz katerega leta je navajana stavka tenorja sodbe. Na podlagi tistih ustrežno navedenih zadev pa si dovolim trditi, da je navajana praksa v okviru tega dokumenta skoraj izključno iz obdobja 1950-1960. Do istih zaključkov glede uporabe pojma pravne dobrine v okviru silobrana pa me pripelje tudi pregled na sodno prakso do leta 1983 (Pogačar, Đorđević, Bolha, KAZENSKO MATERIALNO PRAVO (1983), s. 25-30.

<sup>128</sup> Sodba ZVS št. Kz 19/57 z dne 13. 2. 1957.

<sup>129</sup> Bavcon, Bele, Kobe, Šelih, KAZENSKI ZAKON SFRJ (1984), s. 35.

naslovljenim Kršitev predpisov o pravicah oseb v delovnem razmerju, se posebej izpostavlja »predpise, ki obravnavajo v okviru tega člena zavarovane dobrine«, <sup>130</sup> medtem ko pojasnila k 167. členu, ki inkriminira opustitev higienskih in tehničnih varstvenih ukrepov pri delu, s pomočjo teorije pravne dobrine opredelijo pojem ogrožanja pravne dobrine ter abstraktne in konkretne nevarnosti. <sup>131</sup> Ker gre tudi v teh dveh primerih, ki sicer nista osamljena, za tipično debato v okviru teorije pravne dobrine, poleg tega pa so vsi zgoraj navedeni primeri časovno razpršeni med 50. in 90. leti prejšnjega stoletja, trdim, da je potrebno dosledno uporabo pojma pravne dobrine na slovenskem kazenskopravnem področju, če parafraziram, od časa profesorjev Dolenca in Maklecova, preko socialistične ureditve in vse do danes, razumeti kot *pravoznanstveno kontinuiteto*.

Ker poleg stroge dogmatične in sistematične razsežnosti pojem pravne dobrine v teoriji nastopa tudi v kontekstu kriminalizacije, že pod prejšnjimi razdelki je bilo omenjeno, da se zgodovinsko pravna dobrina vzpostavi kot argument za vzpostavitev določenega družbenega obnašanja kot kriminalnega, je v tem smislu vredno omeniti še debato o institutu dejanja majhnega pomena oziroma o njegovem jugoslovanskem ustrezniku, institutu neznatne družbene nevarnosti. V obeh primerih gre za podobno rešitev v okviru splošnega dela kazenskega zakonika, prvo obstoječo v okviru 14. člena Kazenskega zakonika Republike Slovenije <sup>132</sup> do leta 2008, ko je institut prešel v procesno zakonodajo, drugo pa v okviru jugoslovanskega Kazenskega zakonika, najprej v okviru 2. odstavka 4. člena KZ-1960, nato pa v okviru 2. odstavka 8. člena Kazenskega zakonika SFRJ <sup>133</sup> iz 1977 (v nadaljevanju: KZ SFRJ). Toda opredelitvi se bistveno razlikujeta. Ambrož v zvezi s tem ironično govori o paradigmatiskem zasuku: jugoslovanski Kazenski zakonik je govoril o dejanju, ki za družbo pomeni neznatno nevarnost zaradi njegovega majhnega pomena, medtem ko je slovenski Kazenski zakonik, nasprotno, govoril o dejanju majhnega pomena, ki je takšno zaradi svoje neznatne nevarnosti. <sup>134</sup> Zares ključna razlika med institutoma vendarle niso obrnjene besede, temveč različna pristopa k definiranju in argumentiranju, kdaj je neko dejanje, ki sicer izpolnjuje zakonske znake kaznivega dejanja, zaradi svojega majhnega pomena nekaznivo. <sup>135</sup>

<sup>130</sup> KZ-1960, s. 248.

<sup>131</sup> KZ-1960, s. 253. Komentatorji v zvezi s tem kaznivim dejanjem posebej opredelijo, da je »[a]bstraktna nevarnost [...] takšno stanje, ki vsebuje možnost ogrožanja zavarovane dobrine in ki se vsak čas lahko spremeni, če se mu pridružijo druge okoliščine, v neposredno in določno ogrozitev, to je v konkretno nevarnost.« Glej tudi pojasnila k 271. členu, s. 388 in nasl.

<sup>132</sup> Ta je bil naslovljen Dejanje majhnega pomena in se je glasil: »Ni kaznivo dejanje tisto dejanje, ki ima sicer z zakonom določene znake kaznivega dejanja, je pa majhnega pomena. Dejanje je majhnega pomena, kadar je njegova nevarnost neznatna zaradi narave ali teže dejanja, ali zaradi tega, ker so škodljive posledice neznatne ali jih ni, ali zaradi okoliščin, v katerih je bilo storjeno, in zaradi nizke stopnje storilčeve kazenske odgovornosti ali zaradi njegovih osebnih okoliščin.«

<sup>133</sup> Ta se je glasil: »Ni kaznivo dejanje tisto dejanje, ki pomeni neznatno družbeno nevarnost, ker je majhnega pomena in zaradi neznatnosti ali odsotnosti škodljivih posledic.«

<sup>134</sup> Ambrož, Bagatelna kriminaliteta in kazensko pravo (2003), s. 4.

<sup>135</sup> Uporabljam frazo » je [...] zaradi svojega majhnega pomena *nekaznivo*.« Slovenski kazenski zakonik pa je, drugače, govoril o tem, da kaznivo dejanje majhnega pomena *ni kaznivo dejanje*, kar je predstavljalo teoretično zagato. Fraza »Kaznivo dejanje ni kaznivo dejanje v primeru X.« namreč že dalj časa buri slovensko kazenskopravno teorijo, saj odpira najrazličnejša vprašanja v zvezi s teoretsko (ne)konstitentno dogmatično analizo na ravni splošnega pojma kaznivega dejanja. O tem obširno piše tudi Ambrož (Bagatelna kriminaliteta in kazensko pravo (2003), s. 11-23), ko razpravlja o institutu dejanja majhnega pomena oziroma bagatelni kriminaliteti na splošno. Glej tudi Korošec, Institut majhnega pomena dejanja v kazenskopravni teoriji (2004), v celoti.

Komentatorji jugoslovanskega Kazenskega zakonika so dejanje, ki ni kaznivo zaradi majhnosti svojega pomena, utemeljevali z dvema elementoma: dejanje je moralo *biti za družbo* majhnega pomena, kar je, kot omenjam zgoraj, odraz novega uvajanja pojma družbenega, obenem pa *škodljivih posledic ni smelo biti* oziroma so morale biti *neznatne*.<sup>136</sup> Dodatno so sodišča pri presoji za odločilne štela še vse subjektivne in objektivne okoliščine dejanja, motive in namen, družbeno moralno podobo storilca, okoliščine v katerih je bilo dejanje storjeno, način, sredstva in posledice dejanja.<sup>137</sup> Ambrož izpostavlja, da je bilo to t. i. objektivno—subjektivno koncipiranje majhnega pomena dejanja značilno tudi za večinski del nekdanje jugoslovanske teorije.<sup>138</sup> Ob tem je povedno, da so sodišča pri argumentaciji v zvezi z majhnostjo pomena dejanja v tenorju operirala skoraj izključno s pojmom *družbene nevarnosti*: dejanje so brez velikih naporov »le« označila za družbeno (ne)nevarno. O pravnih dobrinah v okviru instituta neznatne družbene nevarnosti pa niso govorila niti takrat, ko bi jim uporaba tega izraza, kajpak z vidika današnje anahronistične logike, lahko celo olajšala delo. Sodba Općinskega suda v Karlovcu z dne 11. 2. 1976 tako navaja, da je

»[d]ružbena nevarnost teh dejanj [razžalitev, *op. a.*] podana zaradi tega, ker storilčevo ravnanje nasprotuje moralnim in etičnim načelom, kakor tudi splošno sprejetim pravilom obnašanja. S temi kaznivimi dejanji se pogosto posega v občutljivo sfero dostojanstva, občutka časti in notranjega miru posameznika, takšni postopki so pogosto za prizadetega ponižujoči, to pa je taka škodljiva posledica, da se ne more zanemariti [...].«<sup>139</sup>

Majhnost pomena kaznivega dejanja v okviru kasnejšega veljavnega slovenskega kazenskega prava sta tako teorija kot sodna praksa razumeli in argumentirali drugače. Čeprav sta si normativni izhodišči, normi pozitivnega prava iz omenjenih različnih časovnih obdobij, na več načinov podobni, posebej v oči bode opustitev besedne zveze *neznatna družbena nevarnost* iz slovenske opredelitve, ki je namesto tega govorila o *naravi in teži kaznivega dejanja*. Preskok, ki je sledil, je bila vzpostavitev neločljivosti slovenskega instituta dejanja majhnega pomena in pojma pravne dobrine: ta je zdaj postala osrednji argumentacijski topos. Bošnjak denimo v okviru postavke narave in teže kaznivega dejanja navaja izključnost relevantnost pravne dobrine, s čimer se meri stopnjo moralne zavrznosti ravnanja.<sup>140</sup> Ob tem poudari, da nam ravno rangiranje pomena napadene pravne dobrine odgovori na vprašanje o naravi dejanja,<sup>141</sup> medtem ko je potrebno pri teži kaznivega dejanja upoštevati intenziteto ogrožanja oziroma poškodovanja konkretnega objekta napada,<sup>142</sup> torej, če misel razvijem, konkretnega pandana abstraktnemu konceptu pravne dobrine. Zanimivo tudi izpostavi, da je v okviru škodljivih posledic za škodljive šteti tudi tiste posledice oziroma nevšečnosti, ki jih posredni ali neposredni oškodovanec trpi zaradi kaznivega dejanja »le« na *kakšni pravno priznani dobrini*. Pri tem namreč ni pomembno, da je ta dobrina neposredno povezana z objektom varstva kazensko-pravne norme, kjer avtor navaja primer, ko A obrekuje B-ja, zaradi česar B ostane brez zaposlitve, škodljive posledice torej iz sfere časti in dobrega imena preidejo tudi v sfero

<sup>136</sup> KZ-1960, s. 32 in 33.

<sup>137</sup> Vrhovni sud Hrvatske, št. KŽ 1117/55, 30. 6. 1955.

<sup>138</sup> Ambrož, nav. delo, s. 6.

<sup>139</sup> Općinski sud Karlovac, št. Kž 2/76, 11. 2. 1976.

<sup>140</sup> Bošnjak, Jakulin, Dejanje majhnega pomena (2000), s. 45.

<sup>141</sup> Prav tam, s. 46.

<sup>142</sup> Prav tam.



socialne varnosti in pravice do dela.<sup>143</sup> »Novo« argumentiranje s pojmom pravne dobrine je razvidno tudi iz tenorjev sodišč. Vrhovno sodišče denimo govori, da je

»[d]obrina, ki jo varuje 310. člen KZ, javni red in mir, pa tudi splošna varnost ljudi in premoženja, zato hramba velike količine orožja (tudi orožja, katerega promet posameznikom sploh ni dovoljen) nikakor ne more predstavljati tako nizke ogroženosti varovane dobrine, da bi bilo mogoče uporabiti institut dejanja majhnega pomena.«<sup>144</sup>

Kot omenjeno, institut dejanja majhnega pomena v slovenskem kazenskem pravu preide v procesno pravo, s čimer se urejanje debate o majhnosti pomena dejanja iz splošnega dela kazenskega (materialnega) prava, kjer je »preizkus« opravljaj še sodeči sodnik in se pri tem moral ukvarjati, če poenostavimo, s splošnim pojmom kaznivega dejanja, preseli v okvir: *i.* pristojnosti državnega tožilca, ki lahko kazensko ovadbo zavrže,<sup>145</sup> če je podana nesorazmernost med majhnim pomenom kaznivega dejanja in posledicami, ki bi jih povzročil kazenski pregon; *ii.* pristojnosti zunajobravnavnega senata, ki lahko s sklepom ustavi preiskavo<sup>146</sup> tudi v primeru, če je podana nesorazmernost med majhnim pomenom kaznivega dejanja ter posledicami kazenskega pregona; *iii.* pristojnosti zunajobravnavnega senata, ki sklepa o ugovoru zoper obtožnico in lahko odloči, da se obtožba ne dopusti in da se kazenski postopek ustavi,<sup>147</sup> če ugotovi omenjeno nesorazmernost med majhnim pomenom dejanja in posledicami pregona; ter nenazadnje pristojnosti sodečega sodnika, ki lahko zaradi majhnosti pomena dejanja obtoženca oprosti obtožbe.<sup>148</sup> Pri pregledu slovenske sodne prakse lahko zasledimo nedavno izdano odločitev Višjega sodišča v Mariboru, ki, ko argumentira v prid majhnemu pomenu kaznivega dejanja poneverbe in neupravičene uporabe tujega premoženja, govori o tem, da »ne bo že vsaka uporaba tuje stvari dosegala tako *stopnjo družbene nevarnosti*, da bi bila potrebna kazenskopravna intervencija.«<sup>149</sup> Morda do zasuka paradigme vseeno ni prišlo?

Čeprav se s stanjem teorije pravne dobrine v današnjem slovenskem kazenskem pravu ukvarjam v Tretjem poglavju, že na tem mestu dodajam pomemben poudarek, ki zadeva razmerje med *kontinuiteto*, ki jo v delu vzpostavljam za pojem pravne dobrine, in *ahistoričnostjo*, *nadzgodovinskostjo* kot anahronistično napako v logiki sklepanja. Koncepta pravne dobrine se namreč ne sme razumeti kot kategorije, ki se iz materialnih tal postavi na piedestal zgodovinskega idealizma, kjer kot abstraktum nadzira vsakokratno veljavno pravo. Pravoznanstvena paradigma je veljavna le dokler ji okoliščine in znanstveno-teoretski napredek to zagotavljata;<sup>150</sup> pri tem pa se je potrebno zavedati meja, do katerih je pozitivnopravno-dogmatični diskurz še potreben in konstruktiven, in polja, ko je nujno potrebna nadaljnja in širša debata, ki vključi družbenoaktualno in kritično komponentno.

<sup>143</sup> Prav tam.

<sup>144</sup> Vrhovno sodišče RS, št. I Ips 249/2006, 18. 1. 2007.

<sup>145</sup> Prvi odstavek 161. člena Zakona o kazenskem postopku (Uradni list RS, št. 176/21 – uradno prečiščeno besedilo in 96/22 – odl. US) (v nadaljevanju: ZKP).

<sup>146</sup> 5. točka prvega odstavka 181. člena ZKP.

<sup>147</sup> 5. točka prvega odstavka 277. člena ZKP.

<sup>148</sup> 4. točka prvega odstavka 358. člena ZKP.

<sup>149</sup> Višje sodišče Republike Slovenije v Mariboru, št. IV Kp 4930/2021, 2. 7. 2021. Poudarek v besedilu je moj.

<sup>150</sup> Prim. Hegel, GRUNDLINIEN DER PHILOSOPHIE DES RECHTS, § 218.

## SPLOŠNE ZNAČILNOSTI POJMA KAZENSKOPRAVNE DOBRINE

### 3 Kaj pojem pravne dobrine označuje?

#### 3.1 Temeljno o pojmu

Pojem kazenskopravne dobrine lahko kratko opredelimo kot enega osrednjih pojmov sodobnega kazenskega materialnega prava,<sup>151</sup> tako v njegovem kot ožjem (vprašanje kazenskopravne dogmatike) kot širšem pojmovanju (vprašanje kriminalitetne politike).<sup>152</sup> V razmerju do splošnega pojma pravne dobrine kot nekakšne univerzaliije naše celotne pravne družine nastopa kot *terminus technicus*, tj. specifični pozitivnopravni znanosti prilagojena pravna figura. Najpogosteje se kazenskopravno dobrino danes povezuje predvsem s posebnim delom kazenskega zakonika, saj naj bi posamezna inkriminacija nekega ravnanja služila ravno zaščiti določene kazenskopravne dobrine;<sup>153</sup> gre za dikcijo, ki jo osvoji že študent in je v slovenskem pravnem prostoru široko uporabljana, postala je predmet skoraj vsake pravne debate, prispevka, vloge.<sup>154</sup> Znotraj kazenskopravnega diskurza, denimo v ovadbi državnega tožilca, tako zasledimo argumentacijo v smeri, da sta bili z osumljenčevim ravnanjem, ki izpolnjuje te in one zakonske znake, »poškodovani pravni dobrini *a* in *b*«, spet drugič v okviru profesorjeve napovedi semestrskih predavanj izvemo, da bo »skoraj izključno obravnaval kazniva dejanja zoper pravni dobrini telesne nedotakljivosti in življenja«, tretjič beremo odločitev sodišča, s katero je to odločilo, da je »kazenskopravna dobrina, ki jo ščiti obravnavano kaznivo dejanje [davčne zatajitve po 249. členu KZ-1, *op. a.*], [...] v prvi vrsti javni interes, da so javne dajatve pravilno in pravočasno izpolnjene, [...] zaščiteni dobrina je torej izrazito javnopravne narave in kot taka nedisponibilna«<sup>155</sup> in podobno. Poleg posebnega dela je pojem pravne dobrine absolutno ključnega pomena v okviru splošnega dela kazenskega prava, natančneje glede dogmatičnih vprašanj posameznih elementov splošnega pojma kaznivega dejanja, nenazadnje pa tudi v zvezi s povsem temeljnimi pravnofilozofskimi vprašanji, čemu je kazensko pravo sploh namenjeno in čemu kaznujemo. To vse mu skupno podeli status *osrednjosti, temeljnosti*. Preko statusa, ki ga ima v teoriji in v praksi, pojem pravne dobrine tako pravniku teoretiku kot pravniku praktiku postane samoumeven, celo inherenten element njegovega miselnega repertoarja.

Namen raziskovalne naloge je, kot že povedano, to samoumevnost rabe pravne dobrine razčleniti. V okviru tega poglavja bom zato poskušal odgovoriti na povsem osnovno izhodiščno vprašanje: kaj v okviru pozitivnega prava sploh imenujemo pravna dobrina, kaj torej pravnik misli in implicira, ko nekaj označi za pravno dobrino? Po uvodnem orisu poskusov opredelitev

<sup>151</sup> Johannsen (STRAFTATBESTÄNDE ZUM SCHUTZ (2019), s. 21) o pojmu pravne dobrine govori kot o ključni kontinuiteti nemške kazenskopravne dogmatike nasploh.

<sup>152</sup> Za distinkcijo glej Bavcon *et al.*, KAZENSKO PRAVO (2017), s. 59.

<sup>153</sup> Glej prvi del za natančnejšo opredelitev, kako in čemu do tega premika znotraj kazenskopravne teorije sploh pride.

<sup>154</sup> Obreza, Oris pojma pravne dobrine v kazenskem pravu (2022), s. 38 in 39.

<sup>155</sup> Vrhovno sodišče RS, št. I Ips 1182/2020, 29. 10. 2010.

pojma pravne dobrine bo kmalu postalo jasno, da si avtorji na tem področju niso enotni in da je tu standard prevladujočega stališča zelo izmuzljiv, definicijo pa gre le z malo uspeha iskati tudi v okviru veljavnega prava. Sledila bodo nekoliko enotnejša stališča v okviru personalne teorije pravne dobrine, debate o tipizaciji pravnih dobrin in razmejevanju kazenskopravne dobrine od objekta varstva in predmeta napada, ki jih vse obravnavam v posebnih razdelkih. Zadnji omenjeni temi sta izrednega pomena za razpravo o funkcijah kazenskopravnih dobrin, ki sledi v tretjem poglavju in predstavlja osrednjo točko drugega dela naloge; če z definicijami morda ne bomo prišli daleč, pa pojem pravne dobrine ravno s svojimi funkcijami šele postane osrednji mehanizem kazenskega materialnega prava.

### 3.2 Definiranje pravne dobrine

Podajanje končnih definicij pravnih pojmov in institutov je že zaradi narave stvari nevhvaležno delo. Pogosto lahko druga beseda, ločilo, obrnjen vrstni red stavčnih členov idr. spet znova odkrije nianso, ki ima v zvezi s prej obstoječo pravno definicijo določeno semantično prednost. Toda običajno v pravu glede pomembnih elementov vendarle pride do konsenza, na podlagi katerega se nato teorija oziroma praksa pretežno nagne v eno ali drugo stvar. Četudi pravo ne nudi enoznačnih odgovorov, in dobro je tako, pogosto ta ali ona avtoriteta poskrbi za dominantno pozicijo v zvezi s konkretno teoretsko zagato, ki se prej ali slej oblikuje v *pretežno stališče*. Redko pa v kazenskopravni teoriji kakšen pojem, ki bi bil tako zelo ključnega pomena, v vsem času svojega obstoja in bivanja znotraj pravne znanosti, pušča toliko izhodišč za nejasnost, neenotnost, morda *netrdnost*, kot to velja za pojem pravne dobrine. Če ocenimo, da kazenskopravni diskurz z njim operira slabih 200 let, še danes ostaja odprto vprašanje: kaj sploh je pravna dobrina? V okviru tega razdelka bom preletel nekaj bistvenih poskusov definiranj pojma pravne dobrine in poskušal poiskati vzvode za njegovo opredelitev v veljavnem kazenskem pravu.

Pravna dobrina je pojem, ki asociativno nikakor ni vezan na področje kazenskega prava. Slovar slovenskega knjižnega jezika dobrino definira kot »nekaj, kar je namenjeno za zadovoljitev človekovih potreb oziroma kot dobro, pozitivno lastnost.«<sup>156</sup> Pravni terminološki slovar nato pravno dobrino definira kot »dobrino, ki je pravno zavarovana.«<sup>157</sup> Pavčnik v Teoriji prava pravno dobrino obravnava v poglavju Predmet pravnega razmerja, kjer pravi, da ne samo, da je že samo človeško vedenje in ravnanje osredotočeno na dobrine, ki so pravno dovoljene in pravno zavarovane, temveč da je celo sam smisel vedenja in ravnanja prav v posredovanju ter udejanjanju določenih dobrin.<sup>158</sup> Zanj so to tisti predmeti, ki jih pravni red prepozna in pripozna kot pravno upoštevne, in iz katerih izhajajo pravna upravičenja in pravne obveznosti. Dobrina

---

<sup>156</sup> Slovar slovenskega knjižnega jezika. Dostopno na: <http://bos.zrc-sazu.si/sskj.html>.

<sup>157</sup> Accetto, Ahtik, Dugar *et al.*, PRAVNI TERMINOLOŠKI SLOVAR (2018), s. 272. Köbler (JURISTISCHES WÖRTERBUCH (2018), s. 358) na drugi strani pravno dobrino (*Rechtsgut*) opredeli kot *pravno pripoznan interes posameznika ali skupnosti, ki zaradi svoje pomembnosti zasluži pravno zaščito*.

<sup>158</sup> Pavčnik, Novak, TEORIJA PRAVA (2015), s. 183. Na koncu iste strani gre Pavčnik še dlje, ko dobrini pripiše večjo pravičnostno težo, saj da razdelitev pravnih dobrin [v nekem pravnem redu] morda kar najbolj očitno odraža razmerja družbene moči.

torej mora, da postane pravna, s tem, da jo ustrezní pravni red prenese v kategorijo pravnega najstva, status pravnosti šele pridobiti.<sup>159</sup>

Znotraj posameznih pozitivnopravnih znanosti tako kot mnogi ostali tudi pojem pravne dobrine pridobi določene posebnosti. Na to pojmovno specifičnost znotraj posameznih pravnih panog nakaže tudi Pavčnik, ko pravi, da se s pravnimi dobrinami podrobneje ukvarjajo posamezne pozitivnopravne znanosti.<sup>160</sup> Ko torej participiramo v pravnem diskurzu določene pravne smeri, sicer splošni pravni pojem pravne dobrine uporabljamo kot *terminus technicus*,<sup>161</sup> izhajamo namreč iz določene teoretske bodisi praktične vednosti, ki jo pravna dobrina za nas predstavlja v okviru obravnavane pravne problematike.<sup>162</sup>

Kazensko pravo je pogosto opredeljeno z njegovima varnostno in garantno funkcijo. Pri prvi gre predvsem za varovanje pravnega reda, splošnih in posebnih družbenih ter človeških vrednot pred pojavom kriminalitete, pri drugi pa za nudenje zaščite človeku pred morebitnim samovoljnim in nezakonitim represivnim delovanjem državnega aparata.<sup>163</sup> Iz tega nujno sledi, da se področje kazenskega prava fokusira na ravnanja, ki posameznika in družbo prizadenejo v največji meri, kar pa ima pomen tudi za našo razpravo: le tiste najpomembnejše vrednote in dobrine *naj bodo* povzdignjene v *pravne* dobrine. Avtorji, ki se lotijo oblikovanja definicij pravne dobrine, to seveda upoštevajo, toda kljub temu prihajajo do zaključkov, ki so v praksi skoraj neznatnega pomena. Definiranje nečesa tako vrednostno občutljivega namreč predstavlja izredno dojemljivost za posameznikova subjektivna, moralna, politična stališča, kakršenkoli poskus enostavne in abstraktne vsebinske zamejitve tega, čemur *resnično* pripisujemo lastnost dobrine, pa je že *a priori* pretežno obsojen na neuspeh.<sup>164</sup> V nadaljevanju bom predstavil nekaj takšnih, skozi različna časovna obdobja variirajočih poskusov definiranj pravne dobrine. Na njihovi podlagi pa bom nato poskušal ugotoviti, ali je vendarle mogoče prepoznati pojmovno jedro, ki bi avtorje povečini družilo.

Definicije si sledijo kronološko, pri čemer sta pred vsebinsko opredelitvijo navedena avtorjev priimek in letnica dela, iz katerega je definicija vzeta:

---

<sup>159</sup> S tem pa postane del normativne znanosti in normativne kavzalnosti. Prim. Kelsen, PURE THEORY OF LAW (2009), s. 70-76.

<sup>160</sup> Pavčnik, Novak, nav. delo, s. 183.

<sup>161</sup> Hirsch (Die aktuelle Diskussion über den Rechtsgutsbegriff (2009), s. 126) izpostavi, da se pogosto pozablja, da pravna dobrina ni specifičen kazenskopravni termin, temveč to šele postane, ko si ga dogmatično specifično znanstveno področje prikroji po lastnih kriterijih.

<sup>162</sup> Pojem kazenskopravna dobrine lepo ustreza opisu, ki ga Lautmann (Wie hermetisch denkt die Strafrechtsdogmatik? (1980), s. 611) sicer poda za kazensko-dogmatične figure nasploh: kot izhajajoča iz splošnejšega pravnega pojma pravne dobrine odraža delček splošnega pravnega argumentacijskega repertoarja, vendar se pri obravnavi specifičnih (tj. dogmatičnih) vprašanj kaže kot povsem področno-specifična miselna figura (*bereichspezifische Denkfiguren*).

<sup>163</sup> Bavcon *et al.*, nav. delo (2017), s. 49.

<sup>164</sup> »Jede einheitliche Umschreibung eines strafschutzwürdigen Rechtsguts vermag der komplexen Sozialordnung als dem Bezugsgegenstand nicht gerecht zu werden.« (Hefendehl, KOLLEKTIVE RECHTSGÜTER (2002), s. 1). Podobno tudi Johanssen (STRAFTATBESTÄNDE ZUM SCHUTZ (2019), s. 43 in nasl). Prim. tudi Mona, DIE EINWILLIGUNG (2017), s. 108 in Hörnle, GROB ANSTÖSSIGES VERHALTEN (2004), s. 17.

- i. Binding, 1885: »Pravna dobrina je vse, kar v očeh zakonodajalca predstavlja vrednost za pravni red, katerega ohranitev mora zagotavljati z normami.«<sup>165</sup>
- ii. Liszt, 1888: »Pravne dobrine so znotraj pravno zavarovane sfere nahajajoči se interesi.«<sup>166</sup>
- iii. Jäger, 1957: »Pravne dobrine so stanja, ki se jih da tako poškodovati kot pravno zaščititi.«<sup>167</sup>
- iv. Mayer, 1967: »Pravna dobrina je posebno dragoceno stanje zunanje življenjske resničnosti.«<sup>168</sup>
- v. Rudolphi, 1970: »Pravne dobrine [...] so [...] družbene funkcijske enotnosti, brez katerih naša državna skupnost v svoji konkretni izpeljavi ne bi bila mogoča.«<sup>169</sup>
- vi. Marx, 1972: »Kazensko pravo ščiti objekte, ki človeku omogočajo njegovo samouresničevanje. Ti objekti so [...] pravne dobrine.«<sup>170</sup>
- vii. Calliess, 1974: »Varstvo pravnih dobrin pomeni varstvo možnosti participacije v družbi.«<sup>171</sup>
- viii. Maurach in Zipf, 1992: »Postalo je običajno, da kazenskopravno zaščitene interese označujemo kot pravne dobrine.«<sup>172</sup>
- ix. Jescheck in Weigend, 1996: »Pravno dobrino moramo razumeti kot pravno zaščiteno vrednoto družbene ureditve.«<sup>173</sup>
- x. Köhler, 1997: »Pravna dobrina je utelešenje pravnih norm ravnanja, vezanih na obstoj določene svobode in pogojev za njen obstoj.«<sup>174</sup>
- xi. Roxin, 2006: »Pravne dobrine so pogoji in nameni, ki so nujni za posameznika, njegov svoboden razvoj na podlagi enega izmed teh namenov zgrajenega družbenega sistema ali za delovanje tega sistema samega.«<sup>175</sup>
- xii. Hassemer in Neumann, 2013: »Priporočljivo je pravno dobrino splošno definirati kot človeški interes, vreden kazenskopravne zaščite.«<sup>176</sup>
- xiii. Baumann, Weber in drugi, 2016: »Pravna dobrina je poduhovljena idealna vrednota.«<sup>177</sup>
- xiv. Bavcon, Šelih in drugi, 2017: »Pravna dobrina označuje splošen interes skupnosti, ki mu pravo nudi varstvo v okviru posameznih inkriminacij.«<sup>178</sup>

<sup>165</sup> Binding, HANDBUCH DES STRAFRECHTS (1885), s. 169.

<sup>166</sup> Liszt, Der Begriff des Rechtsgutes (1888), s. 135.

<sup>167</sup> Povzeto po Johannsen, nav. delo, s. 43. Vsi prevodi iz nemščine: T.O.

<sup>168</sup> Enako kot zgoraj, s. 43.

<sup>169</sup> Enako kot zgoraj, s. 43.

<sup>170</sup> Marx, nav. delo, s. 62.

<sup>171</sup> Povzeto po Johannsen, nav. delo, s. 43.

<sup>172</sup> Enako kot zgoraj, s. 43.

<sup>173</sup> Enako kot zgoraj, s. 43.

<sup>174</sup> Enako kot zgoraj, s. 42.

<sup>175</sup> Enako kot zgoraj, s. 42.

<sup>176</sup> Hassemer, Neumann, Vorbemerkungen zu §1 (2013), s. 123.

<sup>177</sup> Povzeto po Johannsen, nav. delo, s. 43.

<sup>178</sup> Bavcon *et al.*, nav. delo (2017), s. 204.

Po tem kratkem ekskurzu v polje definicijskih zarisov se zdi, da o pravni dobrini nismo izvedeli ničesar pomembno novega. Vsaka izmed opredelitev sicer ponudi na svoj način smiseln opis, toda ta vedno znova ostane brez praktične vrednosti. Predstavljene abstrakcije sicer lahko podajo avtorjevo okvirno idejo o tem, kaj bi naj pravna dobrina predstavljala, nekateri gredo celo tako daleč, da govorijo o »pduhovljenih idealnih vrednotah«, a pomembnejši vprašanji, ki se implicitno zastavljata, v resnici zadevata povsem drugovrstni problem. Ta je najprej povezan z (i.) dejstvom, da naj bi kazensko pravo štilo ravno pravne dobrine, nato pa (ii.) z dejstvom, da se pravna dobrina kot koncept historično uveljavi šele *tekom obstoja posebnega dela kazenskega zakonika*.

Izhodišče prvega (i.) je izhajanje iz predpostavke namena kazenskega prava. Če avtorji kazensko pravo razumejo kot pravni sistem, ki naj bi bil namenjen varovanju pravnih dobrin<sup>179</sup>, to lahko postane neprevpraševana epistemološka konstanta na način, da pravno dobrino definirajo kot nekaj, kar *je* zavarovano s pravom, kar *je* pomemben interes in podobno. Takšne opredelitve ne samo, da lahko izpadejo povsem tautološko, temveč vsaj na prvi pogled spodbudijo tudi dvom o pristanku na vsebinsko vsenost konkretnih ciljev, ki si jih kazensko pravo zastavlja. Zgoraj navedene definicije so seveda lahko izvzete iz konteksta, v katerem ta ali oni avtor teoretsko pojasnjuje in izgrajuje ravno omenjena problema; toda dvom ostaja: katero *konkretno* merilo dovoljuje, da neka dobrina postane *pravna*?

Četudi funkcijo sodobnega kazenskega prava iščemo predvsem v varstvu pravnih dobrin, se zdi očitno, da bi (ii.) kazensko pravo dobro delovalo tudi brez koncepta pravne dobrine. Bilo bi manj tehnično izdelano, mogoče bolj izrazno okorno, toda opravljalo bi svojo nalogo: na tak ali drugačen način bi varovalo družbo in človeka. Teoretiki v svetu prava radi izgubijo stik s stvarnejšim historičnim substratom, zlasti z dejstvom, da je teorija pravne dobrine vendarle pravoiznanstveni izum, ki na določenem mestu v zgodovini ni obstajal – in kljub temu je takrat veljavna, četudi običajnoppravna, norma, ki je inkriminirala ravnanje uboja ali umora, varovala človekovo življenje. *Pravno dobrino zato s tem, ko jo poskušamo opisati, v veliki meri opredeljujemo le kot post festum pridobljeno pravnofilozofsko označbo izraza zakonodajalčeve politične volje, ki določeno obnašanje z zakonskimi znaki postavlja pod kazen.*

Vendar to ne pomeni, da smemo pojmu pravne dobrine vnaprej odreči kakršnokoli preskriptivno ali konstruktivno vlogo; nasprotno: kazenskopravna znanost in pravna filozofija, prav tako pa druge družboslovne znanosti, si morajo prizadevati za kar največjo ustreznost posebnega dela kazenskega zakonika oziroma druge stranske zakonodaje. Ključnega pomena je zavedanje, da pojem pravne dobrine sam na sebi nima skrite metafizične vrednosti, večnega idealnega substrata, ki ga je zgolj potrebno razkriti, temveč da v okviru kazenskopravne znanosti nastopa kot specifična pravna figura, ki jo lahko znanstveno razčlenjujemo ter kljub njenim slabostim koristno vprežemo. Zato dejstvo, da danes morale ne priznavamo za pravno dobrino, ne pomeni, da morala, ali pa zdrava ljudska zavest in rasna čistost ne morejo biti označene za pravno dobrino; pravna dobrina je nenazadnje le *pravni pojem*. Pomembno je le,

---

<sup>179</sup> To stališče še 1999 precej problematizira Appel (Rechtsgüterschutz durch Strafrecht (1999), s. 279), ki v zvezi s tem navaja takrat precej razširjeno skepso.

kaj s tem pravnim pojmom počnemo, kakšno vlogo mu pripisujemo in *del česa pravzaprav je in naj bo*: del sistema, ki je usmerjen v človeka in v njegov razvoj.<sup>180</sup>

Četudi sama debata o definicijah pravne dobrine zaradi povedanega težko konstruktivno-praktično pridoda, je nenazadnje smiselno prepoznati, da se avtorji pretežno gibljejo okrog vrednostnega okvirja, ki zajema vrednote, interese ali objekte, ki naj bili posamezniku in družbi posebej dragoceni. Več o tem bo govora v spodnjem razdelku Posebej o personalni teoriji pravne dobrine. Glede vprašanja, katere so ti vrednote, interesi, objekti, ki naj bi bili posamezniku in družbi dragoceni, pa odgovor najverjetneje leži v obliki takšnega ali drugačnega družbenega konsenza, kar lahko razumemo le kot apel za prizadevanje za najboljše skupno dobro.

### 3.2.1 Definiranje v okviru pozitivnega prava

Glede na to, da operiramo s pojmom pravne dobrine kot strokovnim izrazom kazenskega prava, je smiselno preveriti še, ali je odgovor na vprašanje, kaj označujemo s pravno dobrino, mogoče iskati znotraj slovenskega veljavnega kazenskega prava. Posebni del Kazenskega zakonika pojma pravna dobrina ne vsebuje, prav tako ne njegov splošni del. Pojma ne omenja niti 99. člen, ki v zakonu ureja pomen izrazov, tj. izrecnih blanket. Je pojem pravne dobrine, četudi ga štejemo za osrednji pojem slovenskega kazenskega prava, našemu Kazenskemu zakoniku res povsem tuj?

Odgovor na vprašanje je dvojne narave. Najbližje se pojmu pravne dobrine približa definicija kaznivega dejanja, ki v prvem odstavku 16. člena Kazenskega zakonika določa, da je

»[k]aznivo dejanje [...] človekovo protipravno ravnanje, ki ga zakon *zaradi nujnega varstva pravnih vrednot* določa kot kaznivo dejanje in hkrati določa njegove znake ter kazen za krivega storilca.«<sup>181</sup> (poudaril T.O.)

Ta sicer ne omenja *pravne dobrine*, temveč *pravno vrednoto*. Izraza se pomensko nekoliko razlikujeta, kar izhaja tudi iz Pravnega terminološkega slovarja, ki pravno dobrino, kot rečeno, opredeljuje kot dobrino, ki je pravno zavarovana, medtem ko pravno vrednoto opredeli kot »etično zaželen cilj, ki ga pravo priznava in varuje.«<sup>182</sup> Morda bi uspeli s tezo, da zakonodajalec vendarle meri na določene predmete, ki jim priznava tolikšno vrednost, zaradi katere jih želi nujno zavarovati ravno s kazenskopravno, tj. najbolj represivno, normo, in bi jih torej namesto pravnih vrednot lahko imenovali tudi pravne dobrine. To je obenem gotovo tudi pozicija, ki cilj in namen kazenskega prava vidi ravno v varstvu pravnih dobrin. Toda težava, na katero naletimo, je, ponovno, krožnost opredelitve. Tudi ob navedeni predpostavki namreč dikcija ne pove, kaj pravna dobrina pravzaprav označuje. Vrednost, nujnost varovanja in pomen pravne vrednote oziroma pravne dobrine so izraženi le implicitno znotraj logičnega preskoka, po katerem jih je *zaradi njihovega nujnega varstva potrebno zavarovati z inkriminacijo*, ki jih bo

<sup>180</sup> Marx, nav. delo, s. 100 in nasl.

<sup>181</sup> 16. člen Kazenskega zakonika (Uradni list RS, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16, 27/17, 23/20, 91/20 in 95/21, 186/21 in 105/22 – ZZNŠPP) (v nadaljevanju: KZ-1).

<sup>182</sup> Accetto *et al.*, nav. delo, s. 273.

ščitila (pred?) po njihovi okrnitvi. Varovanje temeljnih vrednot je sicer omenjeno tudi v okviru 45.a člena Kazenskega zakonika, ki opredeljuje namen kaznovanja. Tam je, podobno, opredeljeno le, da s kaznovanjem država varuje temeljne vrednote in načela pravnega reda.<sup>183</sup> Največ, do česar se lahko z nekoliko domišljije v okviru slovenskega kazenskega zakonika pogojno dokopljemo v zvezi s pojmom pravne dobrine, je naslednja opredelitev:

»Pravna dobrina (oziroma pravna vrednota) predstavlja razlog za inkriminiranje, saj je njeno varstvo tako nujno pomembno, da ga moramo izvajati s kazenskim pravom oziroma s posameznimi določbami v okviru njegovega posebnega dela.«

Primerjalnopravno gledano tudi nemški *Strafgesetzbuch*<sup>184</sup> definicije pravne dobrine ne vsebuje, ne uvršča je niti v katerokoli izmed skupin temeljnih kazenskopravnih pojmov, posebej definiranih v prvem odstavku paragrafa 11 StGB. To nekateri avtorji problematizirajo,<sup>185</sup> pri tem pa se opirajo celo na ustavno zapoved določnosti v pravu (*Bestimmtheitsgebot*), torej načela zakonitosti, ki izhaja iz 3. odstavka 20. člena in 2. odstavka 103. člena *Grundgesetz* (v nadaljevanju: GG). Težava naj bi izhajala zlasti iz dejstva, da nemški StGB, za razliko od slovenskega, s pojmom pravne dobrine večkrat operira. Pravno dobrino naprej omenja v okviru paragrafa 34 StGB,<sup>186</sup> ki ureja upravičljivo skrajno silo, in denimo, kar je bolj problematično, v okviru paragrafa 184h StGB, ki ureja zakonsko opredelitev nekaterih izrazov spolnega kazenskega prava. Ta v prvi točki navaja, da so spolna ravnanja v smislu StGB samo tista, ki so pomembna z vidika vsakokratno *zaščitene pravne dobrine*.<sup>187</sup>

### 3.2.2 Na kratko o personalni teoriji pravne dobrine

V kontekstu definiranja in opredeljevanja pravne dobrine je potrebno omeniti nastavek, skozi prizmo katerega je danes pojem pravne dobrine najbolj razširjeno razumljen. Če se je glede definicij nemogoče uskladiti, pa je po drugi strani t. i. personalna teorija pravne dobrine tista, ki tako v vrednostnem kot dogmatičnem smislu doseže največjo stopnjo strokovnega soglasja.<sup>188</sup> Njeno usmerjenost nakazuje že pridevnik *personalen*: personalna teorija pravne dobrine je teorija, ki v središče kazenskopravnega sistema postavlja posameznico.

---

<sup>183</sup> 45. člen KZ-1.

<sup>184</sup> Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 11. Juli 2022 (BGBl. I S. 1082) geändert worden ist (v nadaljevanju uporabljamo tudi oznako StGB).

<sup>185</sup> Prim. Johannsen, nav. delo, s. 42. Johannsen (nav. delo, s. 39) se sicer zavzema za materialno, ne pozitivnopravno utemeljitev pojma pravne dobrine v kazenskem pravu.

<sup>186</sup> Paragraf 34 StGB določa: »*Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden.*« (Obakrat poudaril T.O.).

<sup>187</sup> Paragraf 184h StGB, prva točka: »*Im Sinne dieses Gesetzes sind (1.) sexuelle Handlungen nur solche, die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit sind.*« (Poudaril T.O.).

<sup>188</sup> V literaturi pa sicer tudi znotraj personalne teorije pravne dobrine obstajajo nesoglasja, običajno predvsem med »monističnim« in »dualističnim« pristopom, kjer drugi afirmira tudi individuumu oddaljene kolektivne dobrine.



Personalna teorija pravne teorije naj ne bi bila »le« ena izmed variacij, temveč različica teorije pravne dobrine, ki sodobno kazensko pravo šele utemeljuje.<sup>189</sup> Po njej posameznica predstavlja ne samo središče, temveč tudi izhodišče kazenskega prava,<sup>190</sup> in sicer *pred* državo in skupnostjo. Na tak način je posameznica določena za najvišjo pravno vrednoto, v katero mora biti usmerjena vsa aktivnost državnega aparata.<sup>191</sup> Nemški avtorji si na tem mestu pogosto pomagajo kar z GG, ki značilno že v prvem odstavku svojega prvega člena podaja znano opredelitev nedotakljivosti človeškega dostojanstva in dolžnosti vseh državnih organov, da jo spoštujejo in varujejo.<sup>192</sup> Na podlagi tega avtorji po letu 1945 začnejo z izpeljavami, ki naj bi personalni teoriji zagotovila njeno bistveno lastnost: postati mehanizem, ki omogoča politično omejevanje.<sup>193</sup> V ospredju stoji ideja, da je določenim inkriminacijam zaradi njihove neskladnosti s teorijo pravne dobrine odrečena legitimnost, s čimer se mnogi ne strinjajo. Temelj živahne debate, ki se je na podlagi tega razvila in ki jo v veliki meri obravnavam spodaj,<sup>194</sup> je vprašanje funkcij, ki naj bi jih (personalna) teorija pravne dobrine opravljala, kar pa je neposredno povezano tudi s samo naravo pravne dobrine, torej kako k označevanju in izbiranju pravnih dobrin sploh pristopamo.

### 3.3 Tipiziranje kazenskopravnih dobrin

Kazenskopravna teorija veljavno pravo razčlenjuje. Pri tem klasificira, kategorizira, ustvarja modele, ki omogočajo lažje preučevanje in opisovanje normativnih fenomenov. Ko se torej pravni pojavi vrstijo, množijo, med seboj pomembno povezujejo ali razlikujejo, začne znanstvena dejavnost pogosto ustvarjati *pravne tipizacije*. Ker je pojem pravne dobrine osrednji pojem sodobnega kazenskega prava, utemeljen zlasti na funkcijah, ki bodo obravnave spodaj, lahko z njim označimo najrazličnejše pojave posebnega dela kazenskega zakonika. Možno je tudi obratno logično sklepanje: (tudi) zato, ker lahko s pojmom pravne dobrine označimo najrazličnejše pojave posebnega dela, ta predstavlja osrednji pojem sodobnega kazenskega prava. V zvezi z njim je že zelo zgodaj prišlo do tipizacij, ki so pomembno zaznamovale nadaljnje znanstveno razčlenjanje večine elementov splošnega pojma kaznivega dejanja, in jih obravnavam v nadaljevanju.

---

<sup>189</sup> Poudariti gre, da v zgodovini kazenskega prava, ki je sprejemalo teorijo pravne dobrine, usmerjeno v posameznico, ne pride do veliko prepričljivih in širše sprejetih ugovorov oziroma alternativ (Hirsch, nav. delo, s. 124); podobno tudi Vormbaum (EINFÜHRUNG IN DIE MODERNE STRAFRECHTSGESCHICHTE (2016), s. 58-59) kot relativno osamljen primer navaja, da so v 19. stoletju personalni teoriji nasprotovali zlasti zagovorniki Hegla, v zvezi s tem pa delo *System des deutschen Strafrechts* Christiana Reinholda Köstlina iz leta 1855, kjer avtor argumentira, da kaznivo dejanje po svojem bistvu ne predstavlja napada na posameznika, temveč napad na državo. Poleg novejših nastavkov, ki jih bom obravnaval spodaj v drugem poglavju tega dela, pa gre seveda omeniti še prizadevanja po odpravi oziroma rekonstrukciji teorije pravne dobrine pod nacionalsocializmom ter deloma v okviru socialističnega kazenskega prava.

<sup>190</sup> Johannsen, nav. delo, s. 60 in nasl.

<sup>191</sup> Prav tam, s. 63.

<sup>192</sup> 1. odstavek 1. člena Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel I des Gesetzes vom 28. Juni 2022 (BGBl. I S. 968) geändert worden ist.

<sup>193</sup> Martins, Der Begriff des Interesses und der demokratische Inhalt der personalen Rechtsgutslehre (2013), s. 234 in nasl.

<sup>194</sup> Glej drugo poglavje drugega dela in razdelek Kritična funkcija v okviru tretjega poglavja drugega dela.

### 3.3.1 Individualne in kolektivne pravne dobrine

Sodobno kazensko pravo s personalno teorijo pravne dobrine svoj fokus usmerja v posameznico. Pri tem so osrednjega pomena t. i. klasične pravne dobrine, med katerimi se običajno omenja zlasti življenje, zdravje, dostojanstvo in nedotakljivost telesa, tudi lastnino in čast.<sup>195</sup> Za njih je ključno, da pripadajo posameznici in jih teorija imenuje *individualne pravne dobrine* (*Individualrechtsgüter*). Te naj ne bi predstavljale le jedra posebnega dela kazenskega zakonika, temveč obenem tudi skupino dobrin, ki jih je dogmatično najlažje in najbolj plastično preučiti.

Ko je poškodovana pravna dobrina življenje, to pomeni nastop človekove smrti. Ravnanje, storitveno ter pravo ali nepravo opustitveno, ki je privedlo do človekove smrti, je praviloma enostavno opredeljivo, pri čemer danes natančno ugotavljanje načina in vzroka smrti omogočajo tudi izvedenci sodne medicine. Podobno velja za ugotavljanje vzročnosti: debata o pripisovanju vzroka za nastop smrti predstavlja učbeniški primer aplikacije teorij vzročne zveze. Če je smrt človeka določena kot prepovedana posledica (in ponekod tudi kot nepravi objektivni pogoj kaznivosti) kazenske norme, na ravni izpolnjenosti zakonskih znakov, tj. biti, inkriminacije ni zapletov; v kolikor debata zadeva kompleksno dilemo med ubojem na mah, ubojem in umorom, to od trenutka identifikacije poškodovane pravne dobrine, torej življenja, ni več vprašanje teorije pravne dobrine, temveč posameznih (zgodovinsko) vzpostavljenih modifikacij znotraj posebnega dela kazenskega zakonika. Podobno pravna dobrina življenja omogoča učbeniško razpravo o dokončanem, nedokončanem, primernem in neprimernem poskusu kaznivega dejanja. Če nekdo drugemu nameri delujoče strelno orožje v prefrontalni korteks lobanjske skorje in ga zadane, je že izvršil dokončan in primeren poskus kaznivega dejanja uboja ali umora, če oseba zaradi tega umre, pa je izvršil dokončano kaznivo dejanje uboja ali umora. Če nekdo z istim namenom in v isti cilj nameri z vodno pištolo, bo poskus neprimeren do te mere, da ne bo kazniv, šlo bo za t. i. absolutno neprimeren poskus. Če si ponovno zamislimo isti scenarij, toda tokrat strelec ne bo neposredno želel in hotel ubijati, temveč bo »le pritisnil« na petelin strelnega orožja in se tako sprijaznil, da drugega s tem morda ubije, mu bo pripisati eventualen, in ne več direktni naklep.<sup>196</sup> V nekem tretjem primeru pa, ko tetovator na naše telo meri in pritiska s pištolo za tetoviranje ter z vbrizgavanjem črne snovi v vrhnje predele kože na izredno boleč način oblikuje podobo v obliki cvetlice, ne pride do izvršitve kaznivega dejanja, saj naša privolitev izključuje protipravnost.

Ponazoritev z zgornjimi primeri je simbolična in naj služi argumentu, da kazenskopravna teorija (oziroma dogmatika) z individualnimi pravnimi dobrinami zelo elegantno operira; te zgodovinsko takorekoč nudijo osnovni pravoznanstveni poligon za razvoj kazenskopravnih institutov. Pojav, ki se od individualnih pravnih dobrin neprimerljivo razlikuje, zadeva tista kazniva dejanja, ki niso več usmerjena posameznika, pravne dobrine torej *ne pripadajo* več *posamezniku*, temveč v delovanje države, v skupnost, obstoj in varnost drugih širših kazenskopravno zavarovanih pojavov in podobno. Te pravne dobrine, ki jih teorija imenuje

<sup>195</sup> Prim. Hassemer, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre* (1989), s. 90.

<sup>196</sup> Za kvalitetno obdelavo in (filozofsko) kontekstualizacijo problematike vrst naklepa sicer glej Bung, *WISSEN UND WOLLEN IM STRAFRECHT* (2009), predvsem s. 207-272.

*kolektivne oziroma univerzalne pravne dobrine*, ponekod tudi *dobrine splošnosti* (*kollektive Rechtsgüter, Universalrechtsgüter, Rechtsgüter der Allgemeinheit*, redkeje tudi *soziale Rechtsgüter*), se od individualnih sicer bistveno razlikujejo, vendar morajo zaradi personalne teorije pravne dobrine še vedno predstavljati vezanost na posameznico. Nekateri njihovi primeri so varstvo okolja, varstvo pravnega prometa, varstvo državnega ozemlja, varstvo javnega prometa, delovanje finančnih trgov in drugi, predstavljajo pa pojave, ki v razmerju do individualnih pravnih dobrin odražajo bistveno večjo mero abstraktnosti, neoprijemljivosti. Ker so nadindividualni in globalni pojavi vedno pogostejši predmet pravnega urejanja, zaradi tega prihaja tudi do »množenja« kolektivnih dobrin.<sup>197</sup> Na to se pogosto kritično odziva kazenskopravna teorija, ki poudarja, da pojem pravne dobrine ravno zaradi takšnega inkriminiranja izgublja na pomenu<sup>198</sup>, kazen pa da postaja poljubno zakonodajalčevo sredstvo.

Hefendehl, ki se je s kolektivnimi dobrinami morda največ ukvarjal, preprosto opredelitev, po kateri so kolektivne dobrine tiste, ki služijo interesom več ljudi oziroma splošnosti, zavrača, namesto tega pa predlaga razporeditev kolektivnih dobrin v štiri različne skupine. V *prvi* so kolektivne pravne dobrine zaupanja, kjer kot primer navaja zaupanje v varnost denarne valute; v *drugi* so pravne dobrine, ki ščitijo omejeno razpoložljive družbene kontingente, kamor šteje pravne dobrine (varstva) okolja; v *tretji* so pravne dobrine delovanja države, kjer primeroma navaja pravno dobroto obstoja države in njenih institucij; v *četrti* pa omenja omejeno razpoložljive državne kontingente ter za njihov primer navaja odtegotanje socialnih prispevkov.<sup>199</sup> Avtor se posebej ukvarja tudi z razmejevanjem med kolektivnimi dobrinami, ki jim priznava legitimnost, in t. i. *navideznimi pravnimi dobrinami*, včasih imenovanimi tudi *obskurne pravne dobrine*, za katere se »zgolj zdi«, da so kolektivne dobrine, pa jim tega statusa ne smemo pripisati in jih izločiti iz posebnih delov kazenskih zakonikov. Ključne tri kriterije, ki jih ponudi za razločevanje med prvimi in drugimi, Hefendehl opredeli s pojmi *neizključenost iz uporabe, nekonkurenčnost pri potrošnji* oziroma *konzumu* in *nedistributivnosti*.<sup>200,201</sup> Prvi označuje lastnost, da od rabe dobrine nihče ne more biti izključen, prav tako jo različni posamezniki lahko uporabljajo obenem, pa to enemu ali drugemu dostopa ne ovira.<sup>202</sup> Po drugem je bistveno, da lahko dobroto potencialno uporablja vsak družbeni člen, ne da bi lahko bila dodeljena le posamezni družbeni skupini.<sup>203</sup> Tretji kolektivno dobroto prepozna takrat, kadar je pojmovno, dejansko in pravno nemogoče, da bi bila dobrota »razkosana« in posameznikom dana le deloma.<sup>204</sup>

Nekoliko drugače kot Hefendehl poskuša Greco, ki za prepoznavo kolektivne dobrine omenja test *cirkularnosti* – ta postavlja merilo, da golo dejstvo, da določena kazenska norma brez

---

<sup>197</sup> Hefendehl, nav. delo, s. 2-3.

<sup>198</sup> Prav tam, s. 2.

<sup>199</sup> Hefendehl, Die Rechtsgutslehre und der Besondere Teil des Strafrechts (2012), s. 507; Hefendehl, KOLLEKTIVE RECHTSGÜTER (2002), s. 111 in nasl.

<sup>200</sup> Nem. »die Nicht-Ausschließbarkeit von der Nutzung, die Nicht-Rivalität des Konsums und die Nicht-Distributivität«.

<sup>201</sup> Hefendehl, Die Rechtsgutslehre und der Besondere Teil des Strafrechts (2012), s. 507.

<sup>202</sup> Hefendehl, KOLLEKTIVE RECHTSGÜTER, s. 111-112.

<sup>203</sup> Prav tam.

<sup>204</sup> Prav tam.

postuliranja kolektivne pravne dobrine ne bi bila legitimna, še ne predstavlja razloga, da to zares naredimo; test *distributivnosti* – enako kot Hefendehl ga opredeli kot pojmovno, dejansko ali pravno nemožnost deljenja pravne dobrine; in test *nespecifičnosti*, ki prepoveduje po konstruiranje kolektivne dobrine v primeru, ko bi bila z njim prizadeta tudi individualna pravna dobrina. Ti testi po Grecu predstavljajo le »negativne predpostavke«, ki bi jih bilo treba dopolniti s pozitivnim, vrednostnim argumentom; niso zadostni, so pa nujni kriteriji pri analizi posameznih norm.

Namen zgornjih teoretskih poskusov je predvsem ponuditi nekatere poskuse, ki jih s posebej izdelanimi pojmovnimi aparati ponekod drugod – uspešno ali neuspešno – že izvajajo. Morda bi aplikacija teh – ali drugih, ki bi bili lahko družbeno in teoretsko koristni – za slovensko pravno znanost lahko pomenila korak naprej k prilagajanju na družbene izzive in pojave.

### 3.3.2 Razpoložljive in nerazpoložljive pravne dobrine

Z razločevanjem individualnih od kolektivnih dobrin se usodno povezuje t. i. problematiko razpoložljivosti (disponibilnosti) dobrin. Identifikacija individualne dobrine omogoči ugotovitev vezanosti na njenega konkretnega in posamičnega nosilca, tj. potencialnega oškodovanca kaznivega dejanja. Institut razpoložljivosti kot nujno vezan na naravo dobrino ima zato osredni pomen ravno pri vprašanju (z)možnosti privolitve kot posebnega razloga upravičenosti ravnanja v okviru drugega elementa splošnega pojma kaznivega dejanja (glej spodaj). Privolitev v sistemu kazenskega prava zavzema mesto, ki odraža prizadevanja po pravnoteoretski in dogmatični vpeljavi posameznikove *avtonomije*.<sup>205</sup> Ta naj bi se s postopno liberalizacijo in posledično širitvijo disponibilnosti (razpoložljivosti) v kazenskem pravu krepila.<sup>206</sup>

### 3.3.3 Materialne in duhovne pravne dobrine

Pomembno opažanje, ki se ob privzetju pojma pravne dobrine v kazenskopravno znanost izkaže za zelo ključno, zadeva različnost predmetov kazenskopravnega varstva glede na možnosti njihove spojenost z elementi stvarnosti. Ne glede na koncepcijo, ki jo zagovarjamo, obstaja bistvena razlika med pravnimi dobrinami, ki lahko svoje ustreznike najdejo v snovni materiji, tj. *materialnimi* pravnimi dobrinami, in tistimi, ki zadevajo le namišljeno, a kljub temu vrednostno bistveno entiteto, tj. *duhovnimi* pravnimi dobrinami. Primer prve sta življenje in telesna nedotakljivost, ki najdeta pandan v telesu, lastnina, ki najde pandan v določeni premični stvari, medtem ko je paradigmatičen primer duhovne pravne dobrine čast. Ta je lahko s kombinacijami raznovrstnih injurij izmaličena onkraj prepoznavnosti, vendar otipljivih posledic ne bo zaznati.

---

<sup>205</sup> Prim. Korošec, PRIVOLITEV OŠKODOVANCA V KAZENSKEM PRAVU (1997), s. 49 in nasl. Pri tem Korošec z izrazom avtonomija posameznika meri na *svobodo potencialnega oškodovanca kaznivega dejanja, ki se [...] kot princip priznava na ustavnopravni in zasebnopravni (pa tudi kazenskopravni) ravni kot garantirano področje individualnosti*«. (Poudarek je moj).

<sup>206</sup> Prav tam, s. 53.

### 3.4 Odnos kazenskopravne dobrine do objekta varstva in predmeta napada

Pri opredeljevanju kazenskopravne dobrine je potrebno razumeti razmerja med kazenskopravno dobrino kot širšim konceptom in njegovimi ožjimi dogmatičnimi izpeljavami. Ker je pojem pravne dobrine precej abstrakten koncept, v zvezi s katerim je iskanje vezi do stvarnega objekta, ki bi bil zaradi nastale poškodbe ali ogrožitve okrnjen, precej težavno, si je kazenskopravna dogmatika rešitve poiskala v bolj natančnih poimenovanjih.

Že v Kazenskem pravu zasledimo diferenciacijo med *posebnim* in *posameznim objektom kazenskopravnega varstva*. Prvi označuje konkretizacijo družbenih odnosov, interesov in pravnih dobrin, ki jih kazenske norme ščitijo. Njihova uporabna vrednost pride do izraza pri opredeljevanju bolj homogenih skupin kaznivih dejanj: ločimo denimo med inkriminacijami, ki ščitijo ugled in čast posameznika, in pa inkriminacijami, ki ščitijo ugled in čast Republike Slovenije in drugih držav oziroma mednarodnih organizacij.<sup>207</sup> Takšno razlikovanje nam lahko, skupaj ob natančnem upoštevanju zakonskih znakov relevantne inkriminacije, omogoči razjasnitev vprašanj o tem, kdo sploh je naslovnik kaznivega dejanja, kdo, država ali posameznica, je sploh bil prizadet in podobno.<sup>208</sup> Posamezni objekti kazenskopravnega varstva na drugi strani so konkretne posamezne pravne dobrine, ki jih kazenska norma varuje.<sup>209</sup> Uporabna vrednost te izpeljave se kaže zlasti pri prepoznavanju poškodovane ali ogrožene pravne dobrine, ki jo dana inkriminacija sicer zajema, pa ta ni nujno opredeljena kot primarno zaščitena. Kot paradigmatičen primer lahko navedemo inkriminacijo povzročitve prometne nesreče iz malomarnosti,<sup>210</sup> ki je v okviru posebnega dela Kazenskega zakonika sicer uvrščena v poglavje Kazniva dejanja zoper varnost javnega prometa, vendar zajema številne prepovedane posledice (oziroma, kot je pretežno stališče teorije: nepravne objektivne pogoje kaznivosti), ki bistveno odstopajo od kolektivne dobrine varnosti javnega prometa ter po vsebini gotovo sežejo na druga področja posebnega dela – to so hude telesne poškodbe in celo smrti oseb.<sup>211</sup> Dodatno uporabnost pa navaja tudi sodna praksa, ki zavzema stališče, da je »pri analizi oziroma ugotavljanju *pravih realnih stekov* potrebno uporabiti kriterij poškodbe objekta kazenskopravnega varstva.«<sup>212</sup> Pri realnih stekih govorimo odnosu med posameznimi inkriminacijami, ki opredeljujejo pravno upoštevnost zaporednih ravnanj, ki izpolnjujejo zakonske znake več različnih norm. Objekt kazenskopravnega varstva torej omogoča identifikacijo konkretne v okviru tipske zakonske norme implicitno ali eksplicitno pravno zavarovane abstraktne vrednote, tj. *pravne dobrine*, ki v primeru različnosti objektov kazenskopravnega varstva oziroma dobrin pri *zaporednih storilčevih ravnanjih* stek potrdi (pravi stek), ali pa ga zanika (nepravi stek) in privede do subsumpcije le pod eno izmed norm.

<sup>207</sup> Bavcon *et al.*, nav. delo (2017), s. 208.

<sup>208</sup> Prav tam, s. 208-209.

<sup>209</sup> Prav tam, s. 209.

<sup>210</sup> Za več o tej problematiki glej Korošec, Pregledno o temeljnih dogmatskih napetostih aktualnega cestnoprometnega kazenskega prava Slovenije (2014), v celoti. Nadrobneje se s tem ukvarjam spodaj v razdelku Sistemsko-kritična funkcija.

<sup>211</sup> Bavcon *et al.*, nav. delo (2017), s. 209.

<sup>212</sup> Korošec, Ambrož, Filipčič, Jakulin, MATERIALNO KAZENSKO PRAVO: JUDIKATURA (2017), s. 53. Poudarek v besedilu je moj.

Nekoliko drugačno vlogo ima *predmet napada* (v literaturi zasledimo množico poimenovanj: *Angriffsobjekt, Tatobjekt, Handlungsobjekt, Schutzobjekt, Rechtsgutsobjekt*). Distinkcijo med pravno dobrino in predmetom napada je leta 1972 uvedel nemški teoretik, kasneje tudi ustavni sodnik, Winfried Hassemer, ki jo je sicer šaljivo označil za »eno in edino nekontroverzno ugotovitev 140-letne problemske zgodovine kazenskega prava.«<sup>213</sup> Predmet napada je definiran kot predmet, na katerem se izvrši ravnanje, ki izpolnjuje zakonske znake kaznivega dejanja.<sup>214</sup> Z njim torej označimo poškodovano ali ogroženo stvar oziroma osebo, ki neposredno trpi efekt storilčevega prepovedanega ravnanja. Če vzamemo inkriminacijo ponarejanja listin,<sup>215</sup> lahko pri njej kot zavarovano pravno dobrino prepoznamo pravni promet ali zaupanje v pravni promet, medtem ko je predmet napada šele vsakokratna ponarejena listina. Primer je sicer preprost, opazimo pa, da zavarovana pravna dobrina *per se* v konkretnem primeru nikakor ne bi omogočila natančnega razumevanja inkriminacije.

Vseeno pa gre znotraj omenjenega kaznivega dejanja le za eno izmed možnih *vrst razmerja med pravno dobrino in predmetom napada*, kar je v teoriji poimenovano kot razlikovanje med več zakonodajnimi tehnikami urejanja odnosa med njima. Teoretska kriterija, na podlagi katerih se ta odnos natančneje določa in ugotavlja, sta predvsem *formalno* in *materialno ujemanje* pravne dobrine in predmeta napada,<sup>216</sup> ponekod pa se uporablja tudi izraz *formalna* in *vsebinska identiteta*.<sup>217</sup> Po teh so možni naslednji scenariji:

Prvič, pravna dobrina in predmet napada se tako formalno kot materialno ujemata (prekrivata).<sup>218</sup> Učbeniški primer bi bilo kaznivo dejanje goljufije: v obeh primerih govorimo o premoženju, ki je bodisi zaščiteno kot pravna dobrina bodisi napadeno v primeru izvršitve kaznivega dejanja. Takšni primeri so preprosti in načeloma ne povzročajo težav.

Drugič, pravna dobrina in predmet napada se prekrivata le vsebinsko, ne pa tudi formalno.<sup>219</sup> V zvezi s to kategorijo se tipično navajajo usmrtitveni delikti. Pri teh je zaščitena pravna dobrina človeško življenje, medtem ko je predmet napada človek sam. Čeprav v primeru izvršitve tega kaznivega dejanja tako človeško življenje kot človek sam usahneta, prenehata, je odnos med enim in drugim le vsebinske narave.<sup>220</sup> Razlika torej obstaja zlasti v formalni opredelitvi, tj. na pojmovni ravni.

---

<sup>213</sup> Johannsen, nav. delo, s. 48.

<sup>214</sup> Prav tam.

<sup>215</sup> Ravno primer kaznivega dejanje ponarejanja listin (*Urkundenfälschung*) se v nemški literaturi tipično navaja za ponazoritev distinkcije pravna dobrina - predmet napada, glej Hefendehl, KOLLEKTIVE RECHTSGÜTER (2002), s. 39; Johannsen, nav. delo, s. 48. Johannsen (nav. delo, s. 48) sicer tudi v zvezi s to distinkcijo navaja možnost problematizacije, saj se lahko ponarejena listina opredeli kot t. i. *producta sceleris*, saj ta z aktom ponarejanja šele nastane, torej »ponarejena listino ne more biti predmet ravnanja«.

<sup>216</sup> Hefendehl, KOLLEKTIVE RECHTSGÜTER (2002), s. 40.

<sup>217</sup> Prav tam, s. 39-40.

<sup>218</sup> Prav tam, s. 40.

<sup>219</sup> Prav tam.

<sup>220</sup> Prav tam.

Tretjič, pravna dobrina in predmet napada se ne prekrivata niti vsebinsko niti formalno.<sup>221</sup> V to kategorijo spadajo kazniva dejanja, katerih opredeljevanje in dogmatična vprega se kažeta za najtežjo in obenem nakazujeta, da imamo opravka s kolektivnimi dobrinami;<sup>222</sup> ravno pri prepoznavanju slednjih sta kriterija materialnega in formalnega najbolj učinkovita. Tu ne govorimo več o poškodbah pravne dobrine, temveč o ogrožitvah,<sup>223</sup> za najtežje opredeljive pa se kažejo abstraktne ogrožitve. V zvezi s temi avtorji posebej poudarjajo, da ne sme prihajati do enačenja med objektom napada in pravno dobrino ter da je potrebno med obema, torej med zastopnikom (*Repräsentant*) in zastopanim (*der zu Repräsentierende*), najti dovolj ozko razmerje.<sup>224</sup>

Zgoraj omenjeni pojmi šele ključno pripomorejo k možnosti analize dejanskih stanov. Četudi ta proces včasih poteka samoumevno, ali pa izraze med seboj tehnično nepravilno zamenjujemo, je kazenskoppravna teorija pri teh poimenovanjih precej enotna. Ker je pojem pravne dobrine abstrakten koncept in načeloma lasten sferi najstva, potrebujemo nadaljnje dogmatične izpeljave za to, da postopek analize in preučevanja šele lahko steče. V tem smislu lahko poleg pojma pravne dobrine tudi njih, zlasti pa pojem objekt napada, razumemo kot pomembno pravo-znanstveno pridobitev.

#### 3.4.1 Na kratko o razmerju posameznih inkriminacij do pravne dobrine

Dosedanje opredelitve so zadevale tipizacijo pravne dobrine same, neodvisno od izbranega načina njenega konkretnega varstva znotraj inkriminacij v posebnem delu kazenskega zakonika. Od teh se pomembno razlikuje tipizacija kaznivih dejanj, ki razlikuje med *načini posega v pravno dobrino*. Ker prostor in namen naloge tega ne omogočata, v nadaljevanju v zvezi s tem omenjam le osnovno.

Pri abstraktnih oziroma čistih abstraktnih ogrožitvenih kaznivih dejanjih govorimo o takšnem inkriminiranju, ki pod kazen postavlja že ravnanja oziroma vedenja, s katerimi pravna dobrina sploh ni dejansko ogrožena ali poškodovana; obstoj njihove nevarnosti tako temelji na pravni domnevi, ki jo vzpostavi zakonodajalec.<sup>225</sup> Abstraktno-ogrožitveni tip inkriminacij pogosto pride v poštev pri dobrinah splošnosti, primeroma navajam varstvo pravnega in finančnega, ponekod tudi cestnega prometa, varstvo okolja in podobno. Avstrijska teorija dodatno omenja še nevarnostne<sup>226</sup> oziroma potencialno ogrožitvene delikte. Pri teh je ključno, da do poškodbe dobrine v konkretnem primeru sicer ne pride, a je v konkretnem primeru mogoč očitek storilcu, da bi moral na podlagi svoje presoje (zaradi pravne varnosti se strogo izhaja iz možnosti njegove *ex ante* ocene nevarnosti) ravnati drugače.<sup>227</sup> Tipičen primer takšne inkriminacije je

---

<sup>221</sup> Prav tam.

<sup>222</sup> Prav tam.

<sup>223</sup> Prav tam.

<sup>224</sup> Prav tam, s. 41.

<sup>225</sup> Fuchs, Zerbes, STRAFRECHT AT I (2018), s. 110.

<sup>226</sup> T. i. *Gefährlichkeitsdelikte*.

<sup>227</sup> Fuchs, Zerbes, nav. delo, s. 110.

kaznivo dejanje ogrožanja s prenosljivimi boleznimi<sup>228</sup> (§ 178 avstrijskega *Strafgesetzbuch*<sup>229</sup>). Na podlagi njega je bil v času odvijajoče se pandemije koronavirusne bolezni obsojen posameznik, ki je pozitiven na Covid-19 in kljub odločbi o karanteni (brez maske) odnašal smeti v smetnjak pred stanovanjskim blokom. Na hodniku je storilca srečala stanovalka bloka, sicer živeča s kronično bolnim možem, za katerega bi bil stik z boleznijo zelo verjetno lahko usoden.<sup>230</sup>

Konkretna ogrožitvena kazniva dejanja za izpolnitev biti, drugače, zahtevajo, da neko nevarno ravnanje povzroči tudi uspeh konkretne nevarnosti za nastanek poškodbe pravne dobrine. Pri teh mora biti konkretni objekt ravnanja dejansko že v območju vpliva konkretno nevarnega ravnanja.<sup>231</sup> V slovenski teoriji se pogosto navaja kaznivo dejanje nevarne vožnje v cestnem prometu, ki v 1. odstavku 324. člena KZ-1 omenja povzročitev neposredne nevarnosti za življenje ali telo kakšne osebe.

Nazadnje pa omenjamo še poškodbena kazniva dejanja, to so tista, kjer do poškodbe pravne dobrine dejansko pride.<sup>232</sup> Klasičen primer teh je kaznivo dejanje uboja.

---

<sup>228</sup> Za širšo obravnavo (dogmatike) kaznivega dejanja ogrožanja ljudi s prenosljivimi boleznimi v okviru avstrijske kazenskopravne teorije glej Schallmoser-Schweiberer, Corona-Sünder (2021), v celoti.

<sup>229</sup> Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch – StGB) StF: BGBl. Nr. 60/1974 (NR: GP XIII RV 30 AB 959 S. 84. BR: S. 326. NR: Einspr. d. BR: Einspr. d. BR: 1000 AB 1011 S. 98.)

<sup>230</sup> Corona-Infizierter trug Müll aus der Wohnung: Bedingte Haftstrafe: <https://www.diepresse.com/5935050/corona-infizierter-trug-muell-aus-der-wohnung-bedingte-haftstrafe>.

<sup>231</sup> Fuchs, Zerbes, nav. delo, s. 110.

<sup>232</sup> Prav tam.



## 4 Kako lahko pristopamo k označevanju pravne dobrine?

### 4.1 Uvodno o različnih pojmovanjih

V prejšnjem poglavju sem ugotovil, da pojem pravne dobrine znotraj kazenskopravne teorije ni enotno razumljen. Zavzel sem pozicijo, po kateri nespremenljive definicije pravne dobrine ne potrebujemo, ne samo, ker to tudi ob neskončnih naporih ne bi prineslo praktične vrednosti, temveč ker je pri tem nenazadnje ključna vrednostna usmeritev, ki nas vodi pri prepoznavanju predmetov, vrednih kazenskopravne zaščite. Še preden preidem do bistvenih praktičnih in znanstvenih posledic, ki jih ima pojem pravne dobrine v (našem) kazenskopravnem sistemu v okviru funkcij, pa je potreben dodaten korak. Opredeliti je potrebno temeljna izhodišča za poskus označevanja in zarisovanja pomena pravne dobrine. Debata, ki bo predstavljena, zajema nabor zgodovinskega opredeljevanja do vprašanja, od kod in na kakšen način naj bo pri oblikovanju novih kaznivih dejanj zagotovljen cilj, torej *substratum* kazenske norme.

V temelju je mogoče meje diskusije enostavno orisati z naslednjim vprašanjem: kakšno vlogo naj pojem pravne dobrine v kazenskopravnem sistemu sploh ima? Pri tem bo ta vsaj v delih spominjala na klasično pravnofilozofsko razlikovanje med pozitivističnim in naravnopravnim pristopom k razumevanju prava, vendar dihotomija med »pozitivističnim« in »naravnopravnim« v okviru diskusije o pravnih dobrini nikakor ni tipična; takšna običajno skozi množstvo zgodovinskih poenostavljanj šele navidezno postane. Naš namen v zvezi s tem ni zavzemati končnega stališča v prid enemu ali drugemu pristopu, temveč prepoznati prednosti obeh in jih, končno, v okviru Tretjega dela naloge tudi združiti.

V poglavju bodo najprej obravnavani pristopi, ki se z vsebino pojma pravne dobrine pretežno ne ukvarjajo in normo sprejmejo kot stvar na sebi, nato pristopi, ki golemu pozitivizmu nasprotujejo in pojem pravne dobrine razumejo kot merilo za presojanje vsakokratnega veljavnega prava. Nazadnje bodo omenjeni še nekateri alternativni, pogosto osamljeni, poskusi posameznih avtorjev.

### 4.2 Pozitivistično pojmovanje pravne dobrine

Zgoraj omenjeni Karl Binding je pripadal šoli pozitivizma, ki je pravo preučevala kot posebno znanost logičnega razčlenjanja pojmov. Avtorja se sicer drži sloves izvrstnega dogmatika, vendar je bilo njegovo delo zadnja desetletja prav zaradi njegovega pojmovanja pravne dobrine deležno velike mere kritične pozornosti.

Če spomnim, osrednja teza, s katero je operiral Binding, je ta, da je cilj kazenskega prava vzdrževanje veljave norm. Te niso same sebi namen, temveč služijo tistim interesom skupnosti, katerih eksistenca je nujno potrebna za njen obstoj. S tem je povezan tudi njegov pojem pravne dobrine: za Bindinga lahko pravna dobrina pomeni vse, kar v očeh zakonodajalca predstavlja vrednost za pravni red skupnosti.<sup>233</sup> Pri tem pa so zanj relevantne samo tiste pravne dobrine, ki jih kot takšne opredeli vsakokratni kazenski zakonodajalec. Zaradi te pozicije, ki se v

---

<sup>233</sup> Binding, DIE NORMEN UND IHRE ÜBERTRETUNG (1872), s. 338 in nasl.

literaturi skoraj izolirano predstavlja kot pozitivistična, gredo Bindingu očitki, da pristaja na poljubno vsebino pravne dobrine. Po njih naj bi Bindingovo pojmovanje pravno dobrino razumelo kot izključno metodični pojem,<sup>234</sup> nekakšen pozitivnopravno-teoretski instrument za operacionalizacijo dogmatičnih konceptov, ponekod avtorji omenjajo tudi izraz »formalni pojem pravne dobrine«.<sup>235</sup> Njegovo razumevanje je sicer mogoče lepo ponazoriti tudi z anekdoto, s katero govori cinično o delu sociologov. Ti naj bi namreč »delikte poskušali opredeljevati drugače kot s pomočjo zakona, s čimer pa opravljajo pravno nečisto delo« ter s tem spregledajo, da se »področji razlikujeta kot dan in noč«.<sup>236</sup> Za Bindinga torej šteje le »čisto pravno«.

Nekateri med »pozitiviste« štejejo tudi avtorja Hansa-Heinricha Jescheka in Thomasa Weigenda.<sup>237</sup> Sporno pri njuni poziciji naj bi bilo razločevanje med vnaprej danimi elementarnimi, lastnimi vsaki družbi, pravnimi dobrinami in stranskimi, ki od družbe do družbe variirajo.<sup>238</sup> Slednje naj bi bile izključno pogojene z »globoko ukoreninjenimi etičnimi prepričanji v skupnosti«, kamor avtorja primeroma prištevata tudi inkriminacijo prepovedi mučenja živali.<sup>239</sup> Če takšna prepričanja s tem, ko jih kazenski zakonodajalec prenese v pravni red, postanejo predmet kazenskopravne norme, jih gre pač šteti za (nove) pravne dobrine.<sup>240</sup> V zvezi z avtorji, ki se zavzemajo za takšen »metodični«, torej od vsebine neodvisen, pojem pravne dobrine, pa denimo zasledim še Karla Heinza Gössla. Ta v svojem učbeniku posebnega dela,<sup>241</sup> v katerem obravnava kaziva dejanja zoper posameznikove nematerialne pravne dobrine, posebej izpostavi, da prevzema pojmovanje pravne dobrine po Bindingu in zavzame stališče, da je izbor pravne dobrine izključno kriminalitetnopolitična odločitev zakonodajalca.<sup>242</sup>

Navedeni posamezniki, izmed katerih navadno skoraj izključno le Karl Binding, postanejo v drugi polovici 20. stoletja tarča kritikov, ki se zavzemajo za t. i. sistemsko-kritični model pojma pravne dobrine. Teoretični nastavek, iz katerega predstavniki tega pristopa izhajajo, bo sicer natančneje predstavljen v nadaljevanju, je pa na tem mestu smiselno navesti njegovo temeljno idejo: pojem pravne dobrine naj ne bo vsebinsko prazen, temveč naj zagotavlja podlago za prepoznavo *nelegitimnih kaznivih dejanj*. Povedano drugače, »pozitivistom« se očita, da ne prepoznajo smisla ukvarjanja z materijo kaznivega dejanja kot naloge kazenskopravne teorije, s čimer teoretsko (in, nenazadnje, politično) afirmirajo katerokoli težnjo po kriminalizaciji vsakokratnega zakonodajalca, saj nečemu tako temeljnemu, kot je koncept pravne dobrine, pripisujejo izključno vlogo vrednostno neobčutljivega delovnega orodja. Lastnost kazenskopravne teorije, ki doživi kritiko, je torej ravno izhajanje iz pozitivnopravne ureditve

<sup>234</sup> Podobno tudi Hirsch, nav. delo, s. 125.

<sup>235</sup> Glej Appel, nav. delo, s. 282; tudi Sina, nav. delo, s. 89 in nasl.

<sup>236</sup> Binding, GRUNDRISS (1975), s. 64.

<sup>237</sup> Dostopa do primarnih virov, denimo njenih monografij ali učbenikov kazenskega materialnega prava, nimam, zato sem primoran izhajati iz sekundarnih.

<sup>238</sup> Dubber, *The Promise of German Criminal Law* (2005), s. 27-29; Dubber, *THE DUAL PENAL STATE* (2018), s. 55.

<sup>239</sup> Dubber, *The Promise of German Criminal Law* (2005), s. 13.

<sup>240</sup> Prav tam.

<sup>241</sup> *Strafrecht: Besonderer Teil, Band I: Delikte gegen immaterielle Rechtsgüter des Individuums* (1987).

<sup>242</sup> Gössel, *STRAFRECHT BT Bd I* (1987), s. 1-2.

kot pravilno in popolno zastavljenega ter sistematiziranega nabora pravnih figur splošnega in posebnega dela kazenskega zakonika, pripravljenega za izvajanje in razvijanje dogmatičnih operacij. Podobno naj bi veljalo za gornji primer avtorjev Jeschecka in Weigenda, saj da ravno s tem, ko v primeru kaznivega dejanja prepovedi mučenja živali brez težav uvidita varovano pravno dobrino življenja in dobrobiti živali, v kazenskopravni sistem brez zadržkov sprejmeta izključno na etičnih in moralnih stališčih utemeljeno normo. Takšna norma pa po zagovornikih (personalne) teorije pravne dobrine ni legitimna.

V zvezi z navedenimi očitki se pojavljajo mnoge nejasnosti, mestoma tudi kontradiktornosti. Ker je pojem pravne dobrine nekaj desetletij nazaj postal modna tema, verjetno obstaja le malo nemško govorečih kazenskih pravnikov, ki se v zvezi s problematiko ne bi izjavili. Past, v katero so mnogi izmed njih padli, pa so pogosta zgodovinska poenostavljanja zavoljo lažjega in bolj shematičnega problematiziranja. Ko denimo Dubber Bindingu očita, da so z njim »pravne dobrine postale interes prava samega«<sup>243</sup>, obenem ne upošteva dejstva, da se Binding na več mestih opredeli do problematičnih norm, ki skupnosti ne koristijo in zato ne spadajo v kazensko zakonodajo. Te primere Binding poimenuje »inkriminacije zavoljo inkriminiranja samega.«<sup>244</sup> Golo dejstvo, da v takih primerih ne govori o odsotnosti pravne dobrine, pač ne more biti očitek, ki bi ga opredeljeval za pozitivista. Poleg tega pa Binding specifično omenja tudi nevarnost množenja navideznih pravnih dobrin, ki v resnici ne bi bili nič drugega kot »neuporabni kolektivni pojmi.«<sup>245</sup> Kot takšno označi tudi pravno dobrino javnega redu, ki je danes skoraj splošno prepoznana kot »le« kolektivna dobrina.<sup>246</sup> Binding je morda na določenih mestih še bolj kritičen, kot se avtorjem zdi. Toda teza, ki jo pripadniki kritične šole zagovarjajo, v določenem delu vendarle drži: pojem pravne dobrine včasih ni bil posebej prepoznan kot sredstvo prevpraševanja obstoječe kazenske zakonodaje, temveč je to šele postal. Ker pojem pravne dobrine pri Bindingu, deloma tudi pri Jeschku in Weigendu, kot osrednji element vsake inkriminacije ni pridobil lastnosti argumentacijskega toposa za eksplicitno kriminalitetnopolitično prevpraševanje, ga je v tem obsegu mogoče označiti za pozitivistični koncept.

### 4.3 Normativistična pojmovanja

Osrednja teza avtorjev, ki se pozitivističnemu gledanju zoperstavijo, zadeva razumevanje pojma pravne dobrine kot ne le formalne metodične forme, temveč materialnega, vsebinsko napolnjenega koncepta. Kot tak naj bi pojem pravne dobrine nudil ključno (kritično) izhodišče bodisi dejavnosti postavljanja norm kot taki bodisi njeni *post festum* kritični reviziji. Pojmu pravne dobrine, ki začne biti nekaj desetletij po sprejetju nemškega *Grundgesetzes* vedno bolj razumljen kot mehanizem omejevanja kazenskopravne represije, s tem pritiče funkcija *merila*, pojmovanje, ki iz takšnega razumevanja izhaja, pa normativistično pojmovanje. Takšen pojem kazenskopravne dobrine naj bi bil pred-pozitiven oziroma vnaprej dan (*vorpositiver Rechtsgutsbegriff*), na nek način postavljen pred sfero pravnega najstva, s tem pa »sposoben

<sup>243</sup> Dubber, *The Promise of German Criminal Law* (2005), s. 30.

<sup>244</sup> Appel, nav. delo, s. 304.

<sup>245</sup> Binding, *DIE NORMEN UND IHRE ÜBERTRETUNG* (1872), s. 363 in nasl.

<sup>246</sup> Prav tam, s. 352.

izvajanja vsebinske avtoritete« vsakokratnega kazenskega zakonodajalca.<sup>247</sup> V tem poglavju se bom dotaknil tistih ključnih stičišč, ki avtorje tovrstnega prepričanja najbolj povezujejo. Najprej se bomo vprašali po možnih izhodiščih, ki bi lahko pojem pravne dobrine vsebinsko opredeljevali, nato po s praktično (*sic!*) rabo takšnega razumevanja pojma nujno povezanimi kriteriji, ki bi to ali ono kaznivo dejanje prestregli kot nelegitimno ter nenazadnje opredelili ključne očitke, ki vrednost normativističnemu pojmovanju odrekajo. Ob koncu poglavja pa bodo navedeni še nekateri posamezni in manj zastopani alternativni poskusi razumevanja pojma pravne dobrine.

### 4.3.1 Iskanje izhodišč

Skupno normativističnim razumevanjem je izhajanje iz pojma pravne dobrine kot nadzakonskega merila veljavnemu *ius positum*. Glede na to, da pri tem izhajajo iz modernega kazenskega prava, utemeljenega na varstvu pravnih dobrin, za izhodišče svojega izvajanja vzamejo ravno teorijo kaznivega dejanja, ki se enkrat bolj in drugič manj referira na sam pojem pravne dobrine. V tem kontekstu avtorji pogosto izhodiščno govorijo o (*i.*) *materialnem pojmu kaznivega dejanja*, v okviru katerega poteka debata o smislu, cilju, namenu in, nenazadnje, vsebini kazenske norme, s katero zakonodajalec vzpostavi novo kaznivo dejanje. Na temeljno vprašanje, kaj sploh naj bo (metafizični) vir, iz katerega naj bi črpali vsebino kriminalizacije, nato avtorji običajno odgovorijo implicite z zavzetjem enega izmed naslednjih dveh stališč. Zelo pogosto referenco predstavlja (*ii.*) ustava kot vrhovni pravni vir; očitno je, da s tem ne bodo mislili katerekoli ustave, temveč posegajo po nemški. Normativisti torej z negiranjem pozitivističnega nastavka še ne postanejo nujno ne-pozitivisti in naravnopravno usmerjeni,<sup>248</sup> temveč predvsem poudarjeno izražajo tezo, da je vsebina vsakokratne kazenskopravne norme lahko in mora biti prevpraševana, v tem primeru preko ustave. In drugič, nekateri izmed njih ustave ne vidijo kot zadostnega, kaj šele primerne vira pri iskanju odgovorov na potrebo po kazenskopravni intervenciji. Podstat, iz katere pri tem izhajajo, pa razen dejstva, da naj bi izhajali iz (*iii.*) onkraj pravnega najstva, ostaja bodisi povsem neopredeljena bodisi zastavljena precej površinsko. V nadaljevanju bom omenjeno tematiko na kratko obravnaval, ločeno pa bom v zvezi s tem predstavil tudi vlogo nemškega ustavnega sodišča. To se je v nekaj odločbah o teoriji pravne dobrine namreč že izreklo in po mnenju nekaterih pri tem njen pomen dokončno zapečatilo.

Predvsem od 70-ih let<sup>249</sup> naprej se je diskusija o (*i.*) pojmu pravne dobrine v veliki meri prevesila iz pojma pravne dobrine kot metodičnega, delovnega orodja k pojmu pravne dobrine

---

<sup>247</sup> Appel, nav. delo, s. 278.

<sup>248</sup> Prim. Novak (NARAVA IN MEJE ZAVEZUJOČE MOČI PRAVA (2003), s. 109): »Skupno pozitivističnim teorijam je opredeljevanje brez sklicevanja na metafizične podmene.«

<sup>249</sup> Nekatera temeljna in obenem tudi pogosto citirana dela oziroma prispevka kazenskopravne teorije, ki so to problematiko obravnavali, so denimo Ottojev *Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand* (1971), Marxov *Zur Definition des Begriffs Rechtsgut* (1972), Rudolphijev *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs* (1970), Amelungov *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft* (1972), Sinin *Die Dogmengeschichte des Begriffs Rechtsgut* (1962), Hassemerjev *Theorie und Soziologie des Verbrechens* (1973), Lampejev *Rechtsgut: kultureller Wert und individueless Bedürfnis*, Gösslov *Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeitseinschränkendes Tatbestandsmerkmal* (1985), Kaufmannov *Die Aufgabe des Strafrechts* (1983).

kot kritičnemu merilu vrednosti.<sup>250</sup> Na tak način je pojem prišel v tesno povezavo z materialnim pojmom kaznivega dejanja<sup>251</sup>, ki se za razliko od formalnega pojma kaznivega dejanja ni zadovoljil že s formo kaznivega dejanja kot pozitivno veljavne pravne norme, temveč se je spraševal po kvaliteti inkriminiranega vedenja.<sup>252</sup> Vodilo materialnega pojma kaznivega dejanja je ideja, da zakonodajalec pri svoji dejavnosti nima prostih rok<sup>253</sup>, da je torej omejen, ter da mu pri tem priskoči na pomoč kazenskopravna teorija<sup>254</sup> – in zanjo od tedaj naprej v pretežni meri ravno pojem pravne dobrine. Nekateri celo omenjajo, da je v tem smislu pojem pravne dobrine ključno prispeval k liberalizaciji (nemškega) kazenskega prava, zlasti v smislu dekriminizacije homoseksualnih ravnanj.<sup>255</sup>

Avtorji pri tem pojmu kazenskopravne dobrine zagotovijo ustrezno »vrednostno-kritično moč«, bodisi preko skrinjice občečloveških vrednot, materialnih etične norme, temeljnih ustavnih pravic, družbenih empiričnih substratov, splošnega interesa družbe itn. Pogosto pri obravnavi materialnega pojma kaznivega dejanja naletimo tudi na opredelitev drugih idejnih oziroma teoretskih izhodišč, ki diskusiji o vsebini kaznivega dejanja predhodijo. Kot paradigmatičen primer naj tudi na tem mestu služi v prvem delu skicirana teorija države Paula Anselma von Feuerbacha. Danes vsaj nekoliko podobno shemo opazimo na primer pri Roxinu, ki pojem pravne dobrine obravnava v okviru poglavja o materialnem pojmu kaznivega dejanja, kjer ga omenja le kot element širšega koncepta. Ob njem navaja še materialni pojem kazni, varstvo pravnih dobrin in demokracijo ter ustavo, subsidiarnost varstva pravnih dobrin, pa tudi tipično ne-nemške koncepte kot so *harm* in *offence principle*.<sup>256</sup> Pojem pravne dobrine, skratka, zgodovinsko gledano v kazenskopravno diskusijo vstopi skozi materialni pojem kaznivega dejanja,<sup>257</sup> v okviru katerega nato nekateri avtorji začnejo z izdelavo »kriterijev« za njihovo legitimnost. Ključno vlogo pri tem igra spodaj obravnavana kritična funkcija pojma pravne dobrine.

Veliko temo sodobne teorije pravne dobrine predstavlja (*ii.*) sklicevanje na ustavo kot temeljni in vrhovni pravni vir. V Kazenskem pravu se avtorji zavzamejo, da »številne temeljne vrednote določa že ustava, zato kot pravne dobrine potrebujejo kazenskopravno varstvo«. <sup>258</sup> Korošec glede pravnih dobrin v spolnem kazenskem pravu opazi, da se »spolno kazensko pravo od šestdesetih let dalje začne odmikati od državno predpisane spolne morale in se usmerja k

<sup>250</sup> Prim. Appel, nav. delo, s. 279.

<sup>251</sup> Prim. Hassemer, Neumann, nav. delo, s. 101: »Kaznivost predstavlja materialno kategorijo [in] [...] ni formalne narave, sicer se kriminalna politika nanjo ne bi mogla sklicevati, [ter] [...] kot kroven pojem združuje vsebinske temelje v okviru svojih temeljev pravičnosti in smotrnosti.« (Prevod T.O.)

<sup>252</sup> Podobno Roxin, Greco, STRAFRECHT AT Bd I (2020), s. 21.

<sup>253</sup> V tem smislu sme biti kot kaznivo dejanje opredeljeno samo tisto vedenje, ki je vredno kazni in je škodljivo, glej npr. Hefendehl, KOLLEKTIVE RECHTSGÜTER (2002), s. 6; Bavcon *et al.*, nav. delo (2017), s. 99.

<sup>254</sup> Appel, nav. delo, s. 280.

<sup>255</sup> Prim. Hörnle, Theories of Criminalisation (2016), s. 687.

<sup>256</sup> Glej Roxin in Greco, nav. delo s. 9-116.

<sup>257</sup> Pri tem Hirsch (Die aktuelle Diskussion über den Rechtsgutsbegriff (2001), s. 123) pretirava, ko pravi, da se ima »pojem pravne dobrine za svoj obstoj izključno zahvaliti prizadevanjem po zamejitvi kazenskega prava«, češ da njegovi začetki »neposredno segajo v Birnbaumovo opredeljevanje znotraj materialnega pojma kaznivega dejanja«. (Prevod je moj)

<sup>258</sup> Bavcon *et al.*, nav. delo (2017), s. 100.

varstvu strogo osebnih dobrin, pri čemer ključna postane njihova *ustavnoskladnost*.<sup>259</sup> Nemškimi avtorjem posebej značilno koristita prvi odstavek prvega člena in prvi odstavek drugega člena nemškega *Grundgesetz*, ki pogosto postaneta izhodiščna točka poskusov vsebinskega napolnjevanja pojma pravne dobrine. Pri tem je potrebno ločevati med tistimi, ki pojem pravne dobrine zavračajo in namesto tega posežejo kar po ustavi sami, ter tistimi, ki pojem pravne dobrine priznavajo in ga koncipirajo šele skozi ustavo. V zvezi z drugimi, ki jih bomo na tem mestu kratko obravnavali, pa je načeloma spet možno razlikovati med tistimi, ki ustavo privzamejo *a priori*, in tistimi, ki v ustavi, zlasti v omenjenih dveh odstavkih, prepoznajo vrednote, ki so jih sicer predhodno tako ali tako teoretsko privzeli. Jasna ločitev med enimi in drugimi je praktično nemogoča; je pa že na tem mestu potreben poudarek, da avtorji, ki v ustavi na tak ali drugačen način vidijo rešitev, običajno nujno izhajajo iz problematične predpostavke, da je nemški pravni prostor za njih edini obstoječ in smiseln.

Hefendehl svoj poskus materializacije pravne dobrine »od spodaj« začne z besedami: »Materializacija pojma pravne dobrine [...] lahko kvaliteto pravne vezanosti pridobi le takrat, ko njeno izhodišče predstavlja ustava.« Temu doda misel, da je posledično objekte kazenskopravnega varstva, ki jih vsebuje kazenski zakonik, mogoče presoјati le v okviru takšnega, z ustavo podprtega pojma pravne dobrine. Po njemu morajo argumenti za to, da bi bili uporabni, preiti iz *kriminalitetnopolitičnih v ustavnopravne*<sup>260</sup>, čeprav kasneje izpostavi, da si cilji ustave kot vrhovnega pravnega akta in kazenskega zakonika pač ne ustrezajo dovolj, da bi jih bilo mogoče prevajati. Skepsa do razumevanje ustavnih določb kot povsem zadovoljivih za potrebe ciljev kazenskega prava sicer izpostavi tudi Johannsen, ki izhaja iz podobnih stališč kot Hefendehl, in hkrati navede, da je prevajanje vrednot iz ustave v kazenski zakon *more geometrico* pač nemogoča naloga. Oba avtorja se v svojih monografijah nato raje ukvarjata z nadaljnjim preciziranjem pojma pravne dobrine, brez da bi ustavi posvetila resno pozornost. V literaturi pogosto navajana je tudi Roxinova opredelitev, po kateri v okviru pojma pravne dobrine edino možno oviro zakonodajalcu predstavlja zgolj in samo ustava, vendar pri tem avtor svojega stališča ne izpelje, temveč ga dodatno zaplete, ko pravi, da pravni dobrini pritiče celo nekakšna »pred-pozitivna« narava. Problematika, ki jo obravnavamo, je obenem izredno kompleksna in izredno preprosta: avtorji svojih stališč običajno ne razdelajo, zato ključni koraki pri zagotavljanju kakršnekoli dejanske teoretične oziroma praktične vrednosti ostajajo nepojasneni. Nekoliko paradokсно je, da je na tem področju morda največ uspeha dosegel Franco Bricola, italijanski kazenskopravni teoretik, ki je teorijo pravne dobrine (*teoria del bene giuridico*) v 70-ih letih interpretiral skoraj izključno skozi ustavo in pri tem izhajal iz 13. člena italijanske ustave.<sup>261</sup> Ta določa, da je posameznikova osebna svoboda nedotakljiva, v okviru svoje ustavne teorije pravne dobrine pa Bricola je izhajal predvsem iz ideje, da kazni, dosojena ob izvršitvi kaznivega dejanja, nujno poseže v temeljno osebno svobodo obsojenega.<sup>262</sup> Posledično je Bricola prišel do sklepa, da mora kaznivo dejanje, ki torej kaznovanje utemeljuje, zadostiti ustavnopravni zahtevi po legitimnosti omejevanja posameznikove osebne svobode.

<sup>259</sup> Korošec, SPOLNOST IN KAZENSKO PRAVO (2008), s. 106. Poudarek v citatu je moj.

<sup>260</sup> Hefendehl, KOLLEKTIVE RECHTSGÜTER, s. 3.

<sup>261</sup> Gre za prvi odstavek 13. člena italijanske ustave (*Costituzione*): »*Personal liberty is inviolable*«.

<sup>262</sup> Bricola, Relaciones entre Dogmática y Política Criminal (2015), v celoti; Donini, STRAFRECHTSTHEORIE UND STRAFRECHTSREFORM (2006), s. 58-59.

Že iz nekaj kratko omenjenih izhodišč je razvidno, da avtorjem njihovo iskanje pri zagotavljanju vsebinskega temelja pojma pravne dobrine predstavlja težavo: tako kot je dobro težko definirati, je težko enoznačno opredeliti izhodišče, iz katerega pri tem izhajamo. Visoka stopnja abstraktnosti in vrednostne kompleksnosti koncepta pravne dobrine ob tem pogosto pripeljeta do položaja, ki niso razširjeno izvajane, temveč le poenostavljeno sugerirajo na možno rešitev. To je morda še najbolj očitno v okviru zadnjega (*iii.*) pristopa, ki poskuša graditi na izvenpravnih domenah. Hassemer in Neumann v teoriji pravne dobrine izvorno vidita celo »skozi razsvetljenstvo inspiriran poskus zakonodajalcu [...] zagotoviti zunajpravno merilo za pravičnost njegove odločitve.« Na tem mestu, upam, da je historična netočnost takšnega stališča očitna; preseneča pa, da se s tem v enem izmed pomembnejših sistemskih komentarjev pojem pravne dobrine povezuje s *pravičnostjo*<sup>263</sup>. Pojem pravne dobrine nato nekateri označijo kot »v določenem delu pred-pozitiven, vendar ne pred-praven«<sup>264</sup>, ali pa izhajajoč iz »materialnih etičnih norm«<sup>265</sup>, nato temelječ na »znanstvenih kriterijih materialnega pojma kaznivega dejanja«<sup>266</sup> ipd. Tendanca v zvezi z zadnjo izmed naštetih opcij, ki jo bomo vsaj v delu zastopali tudi v tej nalogi, je, da naj se kot edini smiseln vir opredeljevanja pravne dobrine upoštevajo tista prevladujoča znanstvena stališča, ki bi se lahko združila v delujoč mehanizem bodisi za neke vrste usmeritve zakonodajalcu bodisi za učinkovito analizo. Diskusija o tem se bo v spodnjih razdelku, ko se bomo ukvarjali z vprašanji kriterijev, ki jih kritični pojem pravne dobrine lahko vzpostavi, nekoliko bolj razgibala. Dosedanji prelet naj velja predvsem kot argument v prid dejstvu, da teorija pravne dobrine običajno ne predstavlja teme, ki bi bila detajlno in enoznačno sprejeta. Bralcu mnogoterost (in obenem relativna skromnost) pristopov morda izpade neresno, vendar na tem mestu ponovno poudarjam dvoje. Prvič, teorija pravne dobrine največ smisla in konsenza požene predvsem v okviru svojih funkcij, ne pa tudi pozitivnih opredelitev. Te so običajno odraz razmišljanj posameznih avtorjev, zaradi česar bo morda še najbolj poveden razdelek spodaj, kjer obravnavam alternativne pristope. In drugič, namen naloge nikoli ni bil podati popoln oris problematike.

#### 4.3.1.1 Posebej o nemškem Bundesverfassungsgerichtu

Nemško Zvezno ustavno sodišče (*Bundesverfassungsgericht*; v nadaljevanju: sodišče) se je z legitimnostjo posameznih inkriminacij nemškega *StGB* že nekajkrat ukvarjalo in pri tem bodisi posredno ali neposredno zavzelo stališče tudi o kritični zmožnosti pojma oziroma teorije pravne dobrine. Stališča sodišča so njen pomen v veliki meri povsem prezrela, legitimnost kaznivih dejanj pa presojala predvsem skozi lasten test sorazmernosti.<sup>267</sup> To predvsem jemlje moč argumentom predstavnikov normativističnega pojmovanja. V nadaljevanju bom omenil

---

<sup>263</sup> Avtorja (nav. delo, s. 104 in nasl.) kljub temu izpostavita, da je ustava pomembna referenca pri opredeljevanju pravne dobrine, saj iz nje izhajajoče temeljne pravice vendarle pomenijo »formulacijo centralnih družbenih interesov«.

<sup>264</sup> Povzeto po Peršak, nav. delo, s. 110, kjer avtorica opisuje Roxinovo koncepcijo.

<sup>265</sup> Peršak, nav. delo, 112-114.

<sup>266</sup> Johannsen, nav. delo, s. 47.

<sup>267</sup> V okviru tega se sodišče najprej ukvarja z vprašanjem, ali je relevantna kazenska norma sploh primerna in nujna za zaščito pravne dobrine, in, nenazadnje, ali sorazmerna glede na zakonodajalčev cilj. Podrobneje se s tem ukvarja ustavna sodnica Graßhof v ločenem mnenju k odločbi BVerfGE 90, 145, zlasti na točkah 194, 195. Kritično o tem Swoboda, *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen* (2010), s. 44-49.

nekare izmed teh odločb, ključno referenčno točko pa bo predstavljala že kar monumentalna »odločba o incestu« (*Inzest-Entscheidung*), ki je v kazenskopravni teoriji praktično postala obvezna materija vsakega prispevka o pojmu pravni dobrini. Pri tej bom zavoljo specifičnosti teme smiselno povzel vse ključne argumente sodišča, četudi ti za nas niso bistveni, in se nato dotaknil mesta, ki je za nas posebej relevantno.

V letu 2008 se je sodišče v zadevi BVerfGE 120, 224 ukvarjalo z vprašanjem, ki je nemško kazenskopravno-dogmatično klimo pomembno zaznamovalo. Pritožnik je na podlagi postopka ustavne pritožbe sprožil postopek pred sodiščem v zvezi z obsodbo po drugem stavku drugega odstavka 173. paragrafa *StGB*, ki je in še danes inkriminira spolne odnose med brati in sestrami. Sodišče je pritožbo sprejelo v obravnavo, vendar jo je zavrnilo kot neutemeljeno: incest naj bi bil po njegovem mnenju legitimna inkriminacija, kar je podprlo s štirimi glavnimi argumenti.

Prvič, kaznivo dejanje incesta naj bi po mnenju sodišča služilo varstvu družine po 6. členu *Grundgesetz*, ki naj bi ozaveščal pomembno povezavo med ustavo in tradicionalnimi življenjskimi oblikami. Po mnenju sodišča je bistveno, da zakonska zveza in družina predstavljata življenjski pogoj skupnosti same, obenem pa družinski odnosi, porazdelitev vlog in red v družini nedvomno bistveno opredeljujejo telesni in čustveni razvoj otrok. Spolni odnosi med družinskimi člani naj bi takšno stanje rušili in pomembno škodovali tako družini kot udeležnemu posamezniku. Pri tem se je sodišče kljub nereprezentativnosti citiranih študij oprlo na strokovno mnenje Inštituta Max Planck, iz katerega je izhajalo, da so posledice meddružinskega spolnega udejanjanja lahko zmanjšana samozavest, funkcionalne spolne motnje v odrasli dobi posameznika, zavirana individuacija, primanjkljaji v psihoseksualni identiteti in sposobnosti vzpostavljanja odnosov, težave pri vzpostavljanju intimnih odnosov, pri tem pa so lahko prizadeti tudi tretji družinski člani, ki morebiti trpijo zaradi izključenosti ali socialne izolacije.<sup>268</sup> V zvezi s problematiko porazdelitve družbenih vlog je sodišče zavzelo stališče, da incestna razmerja »slabšajo strukturo porazdelitev družine«, obenem pa s tem rušijo življenjsko funkcijo družine kot človeške skupnosti, kjer spolno občujeta starša.<sup>269</sup>

Drugič, pomemben aspekt inkriminacije incesta naj bi predstavljalo varstvo spolne samoodločbe, ki je med sorojenci ogroženo zlasti v primerih t. i. despotskih incestov in zakonskih incestov. Sodišče je tu v zvezi s prvim navedlo primere, kjer je brat, običajno starejši in nasilni udeleženi v incestnem razmerju s sestro, nekakšen naslednik neprizotnega očeta, v zvezi z drugimi pa primere incesta, kjer je brat od sestre bistveno starejši.<sup>270</sup> Varstvo spolne samoodločbe naj bi tako veljalo predvsem za nemočne, običajno mlajše deklice, ki so z akti pomembno zaznamovane.<sup>271</sup>

Tretjič, smisel inkriminacije naj bi bil tudi v evgeničnih pomislekih zakonodajalca. Sodišče se je tukaj ponovno sklicevalo na strokovno mnenje Inštituta Max Planck, ki je v delu potrdilo zakonodajalčev *ratio legis*, tj. domnevo, da pri otrocih, ki izhajajo iz incestnega razmerja, ni

---

<sup>268</sup> BVerfGE 120, 224, 244.

<sup>269</sup> Prav tam.

<sup>270</sup> BVerfGE 120, 224, 246 in nasl.

<sup>271</sup> Otto, Rechtsgutsbegriff und BVerfGE 120, 224 (2016), s. 370-371.



mogoče izključiti nevarnosti dedne škode zaradi večje možnosti kopičenja recesivnih dednih nagnjenj.<sup>272</sup>

Kot četrto in zadnje je sodišče zavzelo stališče, da je inkriminacija incesta po 173. paragrafu *StGB* upravičena tudi zaradi prepričanja, da cilji kaznovanja incesta, utemeljeni na kulturnem in zgodovinskem ozadju nemškega naroda, še vedno veljajo kot družbeno učinkoviti in prevladujoči.<sup>273</sup>

Kot že omenjeno, je v zvezi odločitvijo nastala široka razprava, saj zadeva ni samo pravno, temveč tudi politično očitno občutljiva. Pri tem je eden izmed pomembnih argumentov diskusije izhajal iz stališča, da takšno kaznivo dejanje ne more biti kriminalitetnopolitično in pravoznanstveno sprejeto kot legitimno, saj nasprotuje osnovnim znanstvenim kriterijem: kriminalizacija, ki se izvaja na domnevno biološko in zgodovinsko utemeljenih moralnih prepričanjih, pač ne more računati na umetno ustvarjanje pravnih dobrin, predvsem pa to ni združljivo s personalno teorijo pravne dobrine.<sup>274</sup> Sodišče se je nekaterih kazenskoopravnih argumentov zavedalo in se do njih v točki 39 tudi ostro opredelilo. Zavzelo je decidirano stališče, da kazenskim normam še sama ustava ne nalaga strogih kriterijev, po katerih bi inkriminacije ocenjevali za legitimne, kaj šele, da bi to vlogo opravljal nek teoretski pojem.<sup>275</sup> Ob tem je dodalo, da ne samo, da teorija glede pojma pravne dobrine ne dosega enotnosti, temveč da niti pozitivistična niti »naturalistična« konceptija ne nudita nobene smiselno upoštevne opore. Prva namreč ne more obveljati kot vodilo zakonodajalcu, saj je osredotočena na iskanje pravne dobrine v samem namenu vsake konkretne inkriminacije, druga pa s poudarjanjem, da pravne dobrine predstavljajo le in zgolj »temeljne pogoje družbenega življenja«, zakonodajalcu nikakor ne more omejevati pristojnosti, saj lahko nekaj takega doseže izključno ustavna norma.<sup>276</sup>

S tem se zoper trud kazenskoopravne znanosti postavlja močen argument: ker razprava o pravni dobri ni sprejeta kot del diskusije na najvišji ravni odločanja v državi, je njena relevantnost pravzaprav neznatna. Takšno razumevanje lahko kajpak ohromi upe, da bi bilo pravo *de lege lata* in *de lege ferenda* konstruktivno presojeno onkraj ozkih teoretičnih diskusij v revijah kazenskega prava. Je pa na tem mestu smiselno omeniti pomisleke teoretika Kubiciela, ki se do »arogance« v zvezi s pomembnimi dogmatičnimi koncepti s strani sodišča posebej opredeli. Kubiciel zavzame tezo, da nemško Zvezno ustavno sodišče in tudi sodišča sicer v svojih odločitvah raje posegajo po argumentih, ki so bolj dostopni in bolj razumljivi, s čimer rada »spregledajo« argumente (kazensko)pravne znanosti.<sup>277</sup> Za boljšo aplikabilnost dogmatičnih

---

<sup>272</sup> BVerfGE 120, 224, 248.

<sup>273</sup> BVerfGE 120, 224, 248 in nasl.

<sup>274</sup> Napotujem še na odločbo BVerfGE 90, 145, v kateri se je sodišče ukvarjalo z vprašanjem legitimnosti inkriminacije posedovanja oziroma konzumiranja kanabisa (»*Cannabis-Beschluss*«). Tam je eksplicitno, predvsem pa v ločenem mnenju sodnice Graßhof, obravnavano tudi vprašanje abstraktnih ogrožitvenih inkriminacij.

<sup>275</sup> Dubber (THE DUAL PENAL STATE (2018), s. 64) povzema, da pozicija sodišča teorijo pravne dobrine opredeli kot »toothless« in »groundless«.

<sup>276</sup> BVerfGE 120, 224, 39.

<sup>277</sup> Kubiciel, DIE WISSENSCHAFT VOM BESONDEREN TEIL (2013), s. 107.

konceptov zato poziva, da mora kazenskopravna znanost že v času svojega nastajanja (razprave) upoštevati dejstvo, da bo zelo verjetno na nek način institucionalno spregledana. Pri tem pa celo opozori, da mora biti to izvajano na »previden način«, saj lahko pretirano prizadevanje po enostavni uporabljivosti vodi do »nezadostne teoretizacije, kakršno poznajo v Združenem kraljestvu in Združenih državah Amerike«. <sup>278</sup>

### 4.3.2 Vprašanje kriterijev

Pojem pravne dobrine lahko normativ predstavlja le v primeru, da poda odgovor, kdaj in zakaj nekatere inkriminacije ne smemo šteti za legitimno. Kljub ugotovitvi, da *Bundesverfassungsgericht* za tovrstne ideje nima veliko posluha, diskusija o napotkih, ki jih izvedemo iz pojma pravne dobrine, še vedno poteka. <sup>279</sup> Otto poudari, da je kakršnokoli pričakovanje enoznačnih odgovorov naivno in nesmiselno, vendar naj pojem pravne dobrine vseeno služi kot kritično merilo zakonodaje. S tem naj zakonodajalca sili k naknadno preverljivim racionalnim argumentom pri sprejemanju te ali one kazenske norme, ki pa mora biti obenem skladna s strukturo vrednostnih sodb pravne skupnosti. <sup>280</sup> Enega izmed takšnih primerov sem že omenil, ko je bila narejena distinkcija med kolektivnimi in *navideznimi* pravnimi dobrinami; v zvezi s to debato napotujem na tisto mesto. <sup>281</sup>

Če izhajamo iz stališča, da je kazensko pravo namenjeno varstvu pravnih dobrin, je cilj ukvarjanja s kriteriji za znanstveno (ne)legitimnost kazenske norme predvsem poskus zavrnitve prepričanja, da lahko pravno dobrino ne glede na kvaliteto konstruira praktično katerokoli zakonodajalčevo normiranje. <sup>282</sup> Pojem pravne dobrine naj tako ne bi smel biti le čarovniški klobuk (*Zauberhut*), iz katerega lahko potegnemo vse, kar nam domišljija omogoča, prav tako pa ne sme že vsaka okrnitev pravne dobrine zadoščati za potrebo po kazenskopravni represiji <sup>283</sup>, saj ta predstavlja *ultima ratio* urejanja družbenih odnosov. Gre za klasično diskusijo o kritični funkciji pojma pravne dobrine, sicer obravnavani spodaj, ki se sooča s klasično težavo, ki jo poudarjamo tekom naloge: težavnost teme in neprepričljivo izvajanje. Peršak izpostavlja, da se posledično zaradi tega kazenski teoretiki pri obsojanju oziroma analizi posameznih norm pavšalno sklicujejo na neustreznost zakonodaje »glede na moderno kazensko pravo« ali pa »glede na podobne pravne sisteme«, na »preveliko podobnost oziroma tradicijo s prejšnjim sistemom«, »nomotehnično neustreznost s pleonazmi«, pa na »nasprotovanje klasičnim kazenskopravnim načelom«, »pravičnost«, »preširoke možnosti za zlorabe« in podobno. <sup>284</sup>

Poskuse, ki želijo z nebogljenostjo pravne teorije na tem področju presekat, avtorji vedno bolj izvajajo skozi »materializacijo pojma pravne dobrine od spodaj«. Enega izmed teh predstavlja tudi v nadaljevanju obravnavan Johannsenov poskus, kjer v celoti izhajam iz njegove

<sup>278</sup> Prav tam, s. 109.

<sup>279</sup> Pritrditi gre Kasparju (Redundante Tatbestände (2017), s. 414), ki se zavzame, da »ustavno pravo na noben način ne more nadomestiti dogmatičnih struktur ali ponuditi rešitev na posamezne težave kazenskega prava«.

<sup>280</sup> Otto, GRUNDKURS STRAFRECHT (2004), s. 8.

<sup>281</sup> Glej razdelek Individualne in kolektivne pravne dobrine v okviru prvega poglavja tega dela naloge.

<sup>282</sup> Prim. Peršak, nav. delo, s. 55.

<sup>283</sup> Hassemer, Neumann, nav. delo, s. 101.

<sup>284</sup> Peršak, nav. delo, s. 28.

monografije *Straftatbestände zum Schutz mehrerer Rechtsgüter*, ki naj bi merilo kriminalitetnopolitičnega vrednotenja utemeljeval »le na zakonitostih znanstvenega sklepanja in argumentiranja«:

- Johannsen prvi korak izpeljave racionalnih kriterijev<sup>285</sup> izvrši z (i.) ločitvijo med objektom ravnanja in pravno dobrino. Ta ni vrednotenjske narave, temveč zadeva le golo tehnično potrebo po terminološki točnosti, na podlagi katere šele lahko natančneje opredelimo predmet debate in razmerje med fenomenoma.
- Kot drugo (ii.) zavrne razumevanje pojma pravne dobrine v »čisti idejni« konceptiji. Pomembno je, izpostavi, da pravne dobrine razumemo kot »predmete resničnega sveta« in jih podvržemo njegovim »kavzalnim zakonom« ter prepoznamo, da pripadajo prostoru in času sveta stvari, ljudi in ravnanj, ne pa nedostopnim idejnim pojmom.
- Pod tretjo točko (iii.) zavrne tudi »čisto materialno« konceptijo pojma. Pravnih dobrin vseeno ne smemo razumeti skozi ozko materialistično razmišljanje, ki bi upoštevalo le fizične predmete, temveč je potrebno kot legitimne prepoznati tudi vse »duševno-duhovne fenomene«, ki jih je še mogoče poškodovati; paradigmatičen primer teh predstavlja čast.
- Zavzame se (iv.) proti »čisto statičnemu« pojmu pravne dobrine. Pri tem na kaznivem dejanju tatvine demonstrira, da mora pravna dobrina vključevati tudi varstvo relativnega elementa, ki pravno dobrino in njenega nosilca šele povezuje. S tatvino se namreč ne poškoduje lastnine same, temveč posamezničino razmerje do predmeta, ki ji pripada. Poleg tega mora pojem pravne dobrine obsegati tudi varstvo funkcionalno-procesnega elementa, preko katerega so varovana stanja, ki posameznikom omogočajo družbeno udejanjanje. Tu kot primer navede pravno dobrino pravosodja, ki z uvedbo splošnih pravil posameznikom omogoča reševanje sporov na miren način. Kot zadnji argument proti statičnemu pojmu pravne dobrine Johannsen navede še potrebo po upoštevanju »evolucijskega« elementa. Pojem pravne dobrine mora biti namreč v koraku s časom in hitro razvijajočo se moderno družbo, pri čemer morajo biti ob nastajanju novih družbenih institucij upoštevane tudi možnosti za njihovo okrnjenje.
- Predzadnje izpostavi, da (v.) mora konsistentna teorija pravne dobrine kritično nastopiti proti vsem poskusom, da bi obvarovali sisteme pravil vedenja, občutke, zaupanje in varnost. Paradni primer prvega, navaja, sta morala in tabu: prepoved incesta, mučenja živali, zanikanje Auschwitza ali prostitucije ne varujejo nobenih pravnih dobrin, zato ne morejo biti legitimni. Prav tako ne morejo pravne dobrine konstituirati občutki pri kaznivem dejanju motenja miru mrtvih, niti zaupanje v delovanje določenih družbenih struktur ali pa varnost določene institucije. Vsi navedeni primeri kazenskoopravno intervencijo postavljajo znatno pred dejanski nastop okrnitve pravne dobrine in so primeri t. i. vnaprejšnje kriminalizacije<sup>286</sup> (*Kriminalisierung im Vorfeld*) in že po definiciji neprimerni. Namesto njih se mora po Johannsensu, obratno, stremeti k lokalizaciji inkriminiranja.
- Zgoraj opisano Johannsenovo izvajanje pa nenazadnje utemelji na personalnem pojmu pravne dobrine. Vsi izmed naštetih kriterijev morajo biti zato usmerjeni proti skupnemu cilju: človeku, ki predstavlja edino končno vrednostno merilo.

---

<sup>285</sup> To v nadaljevanju obravnavam pod četrnim naslovom tega poglavja.

<sup>286</sup> Za več o tem glej npr. Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung* (1985), v celoti.

Do vprašanja o vsebinski ustreznosti gornjega izvajanja se ne bom opredeljeval. Johannsen je vendarle eden izmed redkih avtorjev, poleg denimo še Hefendehla, ki se je opredeljevanja lotil z izključnim namenom zagotoviti »racionalnost presoje«. Vprašanje, ki se bralcu nujno zastavi, zadeva praktično vrednost tovrstnih teoretskih opredelitev: kako in pravzaprav zakaj bi si takšne opredelitve zaslužile resnejšo pozornost? Je res smiselno pričakovati, da bo zakonodajalec pri sprejemanju novega kaznivega dejanja, s katerim bo urejal prepoznano sporno materijo, upošteval na nekaj straneh opisana subjektivna stališča, ki jim najverjetneje na več načinov nasprotuje pomemben del predstavnikov istega pravnoznanstvenega področja? To ni argument proti znanstveni obravnavi: nasprotno, potrebujemo je več. Toda kako naj bodo razumljena prizadevanja, ki kot nelegitimen predstavljajo velik del stoletja starega (nemškega) kazenskega zakonika? Znanost za spremembe potrebuje ustrezno politično voljo.

### 4.3.3 Kritika kritikov

Prizadevanja po vzpostavitvi kriterijev kazenskopravnega normativa zakonodajalcu naletijo na številne kritike. Če jih navedemo le nekaj, so pogosti očitki ti, da si pripadniki kritične šole pojma pravne dobrine prizadevajo za nemogoče cilje, s katerimi bi omejili zakonodajalčevo prosto polje sprejemanja zakonov, ki mu gre že po ustavi; tak argument na kazenske pravnike običajno naslavljajo ustavni pravniki. Appel še pred odločitvijo nemškega Zveznega ustavnega sodišča, obravnavano zgoraj, teorijo pravne dobrine označi za zastarel koncept, ki je popolnoma neprilagojen ustavnopravnim pridobitvam moderne državne skupnosti.<sup>287</sup> V tej kot vrhovni pozitivnopravni akt vlada ustava, ki ureja vlogo, naloge in meje zakonodajne dejavnosti. Logično zanj zato je, da se ji mora pojem pravne dobrine, ki je pred dvesto leti vzhajal v povsem drugačnih družbenih okoliščinah, umakniti.<sup>288</sup> Temu se pridružuje Stuckenberg, ki dodaja, da kazenski pravniki, ki želijo kritiko izvajati preko pravne dobrine, pravzaprav delujejo v bizarni ignoranci do načel ustavnega prava. Namesto konstruktivnih kriterijev razvijajo »spolzke pojme«, v maniri, s katero želijo zakonodajalca teoretsko ukrotiti, pa kažejo svoje sovraštvo do demokracije.<sup>289</sup> V podobnem smislu gre razumeti tudi zgoraj navedeno *Inzest-Entscheidung* nemškega Zveznega ustavnega sodišča.

Kritični do razumevanja pojma pravne skozi prizmo ustave so tudi pogledi, ki poudarjajo, da kriminalizacija sklicevanja na ustavo sploh ne prenese. Ne samo, da iz ustave ne izhaja nikakršna »zapoved inkriminiranja«<sup>290</sup>, ki bi zakonodajalcu nalagala oblikovanje kaznivih dejanj, temveč bi bilo iz nje praktično nemogoče izpeljati »celoten kanon pravnih dobrin«, ki bi z zadostno jasnostjo zamejil kazenskopravne še dosegljive danosti.<sup>291</sup> Kritik pa je pogosto deležen tudi Roxinov koncept, po katerem je pri pravni dobrini potrebno upoštevati temeljne interese, ki izhajajo iz ustave, obenem pa pojem pravne dobrine razumeti kot nekaj, kar se

<sup>287</sup> Appel, nav. delo, s. 278 in nasl.

<sup>288</sup> Prav tam, s. 278, Appel to ubesedi tako: »Das Modell des strafrechtsbegrenzenden Rechtsgutslehre stammt aus einer Zeit, in der es eine verfassungsrechtliche weitgehend ungebundene Strafgesetzgebung zu bändigen galt. [Pojem pravne dobrine] ist dementsprechend ohne Einbindung in eine staats- und verfassungsrechtliche Konzeption entwickelt worden und richtet sich auch nicht auf die strafrechtliche Bewältigung der Industriestaatlichkeit, sondern einen klassischen Kern an (meist) kapitalen Delikten.« (Poudaril T.O.)

<sup>289</sup> Stuckenberg, *The Constitutional Deficiencies of the Rechtsgutslehre* (2013), s. 37-39.

<sup>290</sup> Hassemer, Neumann, nav. delo, s. 103.

<sup>291</sup> Hirsch, nav. delo, s. 127.

nahaja »izven prava«. <sup>292</sup> Takšna pozicija naj bi namreč zaradi nekonsistentnosti omogočala, da kot legitimno privzame katerokoli inkriminacijo. <sup>293</sup> Toda potrebno je biti previden: Roxin svoj koncept pravne dobrine izvaja iz nalog kazenskega prava, pri čemer se zaveda časovne odvisnosti vsakokratnih družbenih vrednot z vsakokratnim pozitivnim pravom. S tem v mislih Romano postavi tudi argument, s katerim sicer pomembnost v ustavi varovanih vrednot prepozna, a obenem opozori na problematičnost njenega koncipiranja kot *zaprtega kataloga*. Pravne dobrine naj bi namreč v prvi vrsti predstavljale vrednote človeškega bivanja, ki ne morejo biti izčrpane preko zaprtega normativnega sistema. <sup>294</sup>

#### 4.3.4 Alternativno izvajanje

Poleg golega kritiziranja se v literaturi se pojavljajo tudi številni poskusi, po katerih naj bo pojem pravne dobrine bodisi v delu bodisi v celoti odpravljen. Avtorice, ki se jih lotijo, običajno pomen in smisel pojma pravne dobrine najprej ovržejo in nato predlagajo ustrezno teoretsko modifikacijo. Nekaj izmed njih, ki sicer pogosto niso obsežni, temveč kljub kompleksnosti tematike zvedeni na nekajstavčno analizo, bom predstavil v nadaljevanju.

##### 4.3.4.1 Hörnle

Ideje v prvem delu omenjenega Paul Anselma von Feuerbacha so običajno le ena izmed zgodovinskih postojank, ki se jih dotaknejo avtorji v svojem (običajno) površinskem povzemanju. Tatjana Hörnle, ki se za Feuerbachov koncept kaznivega dejanja kot kršitve *pravice* zavzema še danes, pravne dobrine dojema le kot »šifro«, medtem ko svoj koncept prepovedanega ravnanja izpelje iz silnic, ki delujejo v ozadju. Ključni element prepovedanega ravnanja zanjo predstavljajo subjektivne individualne pravice drugih, pri čemer se opre predvsem na prvi odstavek 2. člena nemškega *Grundgesetz*, po katerem ima vsak pravico do svobodnega razvoja svoje osebnosti, dokler s tem ne posega v pravice drugih, ustavnopravni red oziroma zoper moralni zakon. <sup>295</sup> Pri tem se Hörnle ne sklicuje na katerekoli pravice, temveč le na tiste, ki zadevajo razumne, posplošujoče, trajne in tehtne interese drugih, da ostanejo varni. <sup>296</sup> Poleg tega Hörnle priznava tudi kolektivne dobrine, ki pa so legitimne le kolikor služijo uresničevanju svoboščin posameznikov. <sup>297</sup>

##### 4.3.4.2 Hirsch, Kubiciel

Hansa Joachima Hirscha in Michaela Kubiciela obravnavam skupaj, ker v literaturi najbolj izstopata kot zagovornika potrebe po upoštevanju teorije kaznovanja. Hirsch zavrne pomembnost pojma pravne dobrine in opozori, da je v zgodovini kazenskega prava visoko precenjen, saj da samostojno ni dosegel nobenega pomembnega premika. <sup>298</sup> Omenja, da tako sistemsko-kritični kot sistemsko-imanentni pojem pravne dobrine doživljata krizo, saj nista kos

---

<sup>292</sup> Peršak, nav. delo, s. 110.

<sup>293</sup> Dubber, *The Promise of German Criminal Law* (2005), s. 31 in nasl; Hirsch, nav. delo, s. 127.

<sup>294</sup> Romano, *Zur Legitimation der Strafgesetze: Zur Fähigkeit und Grenzen der Rechtsgutstheorie* (2011), s. 160.

<sup>295</sup> Hörnle, *GROB ANSTÖSSIGES VERHALTEN* (2004), s. 43 in nasl.

<sup>296</sup> Swoboda, nav. delo, s. 41.

<sup>297</sup> Prav tam.

<sup>298</sup> Hirsch, nav. delo, v celoti.

nalagam, ki jima jih postavlja dogmatika nasproti realnemu, hitro razvijajočemu se življenju.<sup>299</sup> Po njegovem mnenju moramo pri določanju kaznivih dejanj izhajati iz družbene škodljivosti ravnanja, pri tem pa posebno pozornost posvetiti »lestvici kazenskopravnega urejanja«. <sup>300</sup> Bistvo kaznivega dejanja je vendarle legitimna in storilcu določena kazen, iz katere pri ocenjevanju škodljivosti izhajamo. Ker kazensko pravo predstavlja zadnje državno sredstvo, je potrebno razširiti diskusijo o legitimaciji kazni, saj lahko šele z njo zadostimo načelom *ultima ratio*, sorazmernosti in subsidiarnosti.<sup>301</sup> Posebnega pomena je zanj načelo sorazmernosti, ki lahko zakonodajalcu omogoča racionalno presojanje smiselnosti poseganja po najbolj represivnih sredstvih le v primeru, ko je to res potrebno.

Kubiciel podobno poudari, da bi šele teorija kaznovanja omogočila oblikovanje uporabljivih legitimacijskih zahtev zakonskih dejanskih stanov. Izhaja iz teze, da je ob tem potrebno teorijo pravne dobrine zamenjati s teorijo kršitve pravne dolžnosti, saj so šele te tiste, ki lahko drugim državljanom resnično zagotavljajo svobodo.<sup>302</sup> Bistveno zanj je izhajanje iz posebnega dela kazenskega zakonika, ki ga mora kazenskopravna znanost razdelati in kot primarno praktična znanost vzpostaviti teorijo kaznovanja, ki bo omogočila prilagajanje spreminjajoči se dejanskosti.<sup>303</sup>

#### 4.3.4.3 Amelung

Eden izmed redkih kazenskopravnih teoretikov, ki materialni pojem kaznivega dejanja razumejo skozi prizmo povzročene družbene škode, je Knut Amelung. Pri tem izhaja iz socialne systemske teorije, ki posameznika ne razume kot enoto, zaščiten samo na sebi, temveč kot del skupnosti, ki njegovo varstvo šele omogoči.<sup>304</sup> Bistveno točka, kjer po njegovu pojemu pravne dobrine odpove, je v varstvu organizacijskih pogojev skupnega življenja ljudi, očita pa mu tudi vsebinsko nedoločeno, saj da je le »pojmovni tulec za poljubno vsebino«<sup>305</sup> vsakokratnega zakonodajalca. Za osmišljenje svoje teorije družbene škodljivosti se opre na z ustavo varovano človeškimi dostojanstvom in osebno svobodo,<sup>306</sup> ki predstavljata normativno izhodišče njegove sociološke misli.

Amelung sicer na več mestih ponudi koristno in unikatno precizno kontekstualiziran vpogled v izbrane kazenskopravne fenomene, kar je med pravnimi teoretiki redkost. Svoje analize kljub mestoma nepotrebni provokativnosti pogosto podpre s kritično analizo, ki gre veliko dlje od običajnih prispevkov. Tak primer predstavljajo že njegova uvodna poglavja v njegov klasičen *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, kjer pojem pravne dobrine misli skozi redko opaženo umeščenost v družbeni kontekst.

---

<sup>299</sup> Prav tam, s. 132 in nasl.

<sup>300</sup> Prav tam, s. 129.

<sup>301</sup> Hirsch, nav. delo, s. 129.

<sup>302</sup> Kubiciel, nav. delo, s. 265 in nasl.

<sup>303</sup> Kubiciel, nav. delo, s. 288 in nasl.

<sup>304</sup> Amelung, RECHTSGÜTERSCHUTZ (1972), s. 350-393.

<sup>305</sup> Johannsen, nav. delo, s. 40; Stuckenberg, nav. delo, s. 39.

<sup>306</sup> Amelung, RECHTSGÜTERSCHUTZ (1972), s. 314 in nasl.

#### 4.3.4.4 Jakobs

Günther Jakobs se zavzame za potrebo po kaznovanju neprava že zaradi gole kršitve norme in ne šele s poškodbo ustrezne »razsvetljsko-liberalno« koncipirane pravne dobrine.<sup>307</sup> Družbeno škodljivost, ki izzove kazen, je po njem mogoče ugotoviti že na podlagi kršitve kazenske norme kot negacije v družbi prakticiranega normativnega reda, bistvo kaznivih dejanj pa zato ni varovanje nečesa, kar smo označili za dobrino, temveč del systemskega modela, ki obstoječemu praktičnemu redu omogoča veljavo.<sup>308</sup> Proti pojmu dobrine tako nastopi kritično, saj ne predstavlja ustreznega »filtra za družbeno škodljivost«.<sup>309</sup>

#### 4.3.4.5 Mill, Feinberg

Kritični pojem pravne dobrine je, kot sem že opredelil, le eden izmed možnih nastavkov znotraj teorije kriminalizacije. Če je v evropskem kontinentalnem prostoru zelo vplivna nemška teorija o pravni dobrini, pa so za neevropsko *common law* področje značilni drugačni filozofski pristopi. V zadnjem obdobju v evropskem prostoru na vplivu pridobivata tudi teoriji Johna Stuarta Milla in Joela Feinberga, ki gradi na Millu. *Harm principle* ali načelo povzročene škode, ki predstavlja stično točko obeh filozofskih pristopov, in teorija pravne dobrine sta v literaturi pogosto navajana kot teoretska ustreznika različnih miselnih sistemov, ki se sicer v marsičem razlikujeta, a obenem tudi pomembno prekrivata. Za razliko od pojma pravne dobrine, ki izhaja iz koncepta posamezniku lastnih dobrin in vodi do sklepa, da naj bo kaznivo ravnanje tisto, ki pomembno okrne kakšno izmed relevantnih dobrin, načelo povzročene škode temelji na ugotavljanju škode, ki je posamezniku nastala s konkretnim ravnanjem tretje osebe. Prva temelji na določenem naboru vnaprej prepoznanih entitet, ki posamezniku in skupnosti omogočajo mirno sobivanje, drugi pristop pa se vedno znova sprašuje o tem, ali je določeno ravnanje dovolj škodljivo, da že postane kaznivo. Ni nenavadno, da se načelo povzročene škode (oziroma Feinbergovo nadaljnjo izpeljavo, ki dodaja še načelo prizadetosti (*offence principle*), pravni paternalizem in pravni moralizem) navaja kot možen pandan kontinentalni teoriji; njegova »praktičnost« naj bi bila zmožna dodatnega koraka, ki ga nesoglasna kontinentalna teorija ne premore.<sup>310</sup> Takšno stališče, da lahko načelo povzročene škode zapolni vrzeli pomanjkljivega pojma pravne dobrine,<sup>311</sup> v mednarodni in slovenski pravni teoriji zastopa Peršak. Ker natančna obravnava bistveno presega namen naloge, naj tudi na tem mestu velja napotilo na nadaljnjo literaturo.<sup>312</sup>

<sup>307</sup> Swoboda, nav. delo, s. 43.

<sup>308</sup> Swoboda, nav. delo, s. 43; Roxin, Greco, nav. delo, s. 92; Wohlers, Günther Jakobs und die Rechtsgutslehre (2019), s. 310.

<sup>309</sup> Jakobs, STRAFRECHT AT (1991), s. 44 in nasl.

<sup>310</sup> Tako tudi von Hirsch, Harm und Offence (2008), s. 915 in nasl.

<sup>311</sup> Glej Peršak, nav. delo, zlasti strani 104-118.

<sup>312</sup> Predvsem že citirano delo Nine Peršak *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*, ki je sicer priredba avtoričine doktorske disertacije z ljubljanske Pravne fakultete in predstavlja pomemben prispevek k povezovanju različnih pristopov teorije kriminalizacije; Feinbergovo *The Moral Limits to Criminal Law*; von Hirschev in Simistrov *Crimes, Harms and Wrongs: On the Principles of Criminalisation*.

## 5 Funkcije pojma kazenskopravne dobrine

### 5.1 Temeljno o funkcijah

Pojem pravne dobrine je mogoče najbolj natančno opredeliti preko njegovih funkcij.<sup>313</sup> Šele z njimi lahko predstavimo vlogo, ki jo ima v okviru kazenskega prava. Glede na to, da pojem pravne dobrine s funkcijami šele postane smiseln, je mogoče trditi, da ga ravno te tudi definirajo; posledično pa se avtorji njegove obravnave pogosto lotijo izključno v okviru njih. Vprašanje, kako veliko teži pojmu pripisujemo, kateri funkcijski doseg mu pripišemo, pa je nujno povezano s pojmovanjem, iz katerega izhajamo.

Pravnik o funkcijah pravne dobrine najverjetneje prvič bere v učbeniku kazenskega materialnega prava, kjer avtorji na kratko omenjajo, da kazenskopravne dobrine omogočajo zakonodajno-tehnično preglednost posebnega dela kazenskega zakonika, nudijo argumentacijsko podlago za konstrukcijo idealnih oziroma realnih stekov kaznivih dejanj in omogočajo ugotavljanje bodisi sposobnosti privolitve v kaznivo dejanje bodisi dopustnosti silobrana.<sup>314</sup> Obenem naj bi nudile tudi pomoč pri razvrstitvi teže kaznivega dejanja; bolj ko naj bi bila dobrina pravno varovana, višja sankcija bo predvidena za njeno poškodovanje oziroma ogrožitev.<sup>315</sup> Nadalje pa trdijo, da naj bi bile iz obsega in narave zavarovanosti kazenskopравnih dobrin razvidne tudi demokratičnost, pluralnost, libertarnost oziroma liberalnost dane družbene skupine in države.<sup>316</sup> Že ti dve trditvi nakazujeta dva različna pristopa k pojmu pravne dobrine: dodeljevanje in ugotavljanje mesta pravne dobrine v okviru pozitivnopravne ureditve na eni strani, ko govorimo o stekih, preglednosti posebnega dela in podobno, ter prepoznavanje pojma pravne dobrine kot širšega vrednostnega merila na drugi, ko denimo govorimo o liberalnosti dane družbene skupine.

Pojem pravne dobrine biva med kazenskopravno dogmatiko in pravnofilozofskimi vprašanji, ki zadevajo zlasti teorije kriminalizacije. V nadaljevanju bo nekoliko bolj poglobljeno predstavljena diskusija, v okviru katere pojem pravne dobrine najprej in izvorno pripada sistemu veljavnega prava, gre za t. i. sistemske funkcije, nato pa poskuša sistem tudi prebijati in mu zagotoviti vrednostno-znanstveni normativ, takrat bo govora o njegovi kritični funkciji. Nazadnje bom predstavil tudi t. i. primerjalno funkcijo, kjer je pravna dobrina uporabljena kot mehanizem za primerjavo kazenskopравnih sistemov različnih držav.

### 5.2 Sistemske funkcije

Sistemske funkcije pojma pravne dobrine imajo za kazenskopravno znanost poseben pomen. Izraz sistemske funkcije prevajam iz nemškega termina *systemimmanente Funktionen (des Rechtsgutsbegriffs)* in z njim zajemam ves nabor funkcij, ki pravni dobrini zgodovinsko šele

---

<sup>313</sup> Johannsen, nav. delo, s. 27: »Der Rechtsgutsbegriff orientiert sich denknotwendig an den Funktionen, die man der Rechtsgutslehre zuschreibt. Deshalb müssen [sie] zuerst dargestellt werden.«

<sup>314</sup> Bavcon *et al.*, nav. delo (2017), s. 206 in nasl.

<sup>315</sup> Šepec, v: KAZENSKI ZAKONIK S KOMENTARJEM (2021), s. 214.

<sup>316</sup> Prav tam, s. 207.



zagotovijo mesto osrednjosti v okviru splošnega in posebnega dela veljavnega<sup>317</sup> kazenskega prava ter kazenskopravne dogmatike. Kot pove že ime samo, bomo izhajali iz *veljavnega* kazenskega prava kot *sistema norm*, za katerega je ta nabor funkcij tako ključen, da mu je *imanenten*. Ker je na tak način pojem pravne dobrine operacionaliziran za namene koherentnega delovanja kazenskopravnega sistema kot relativno zaprtega polja teoretske (in praktične) vednosti, bi mu lahko za ta namen nepejorativno rekli tudi metodični pojem.

### 5.2.1 Sistemizacijska funkcija<sup>318</sup>

Morda na prvi pogled najbolj očitna izmed sistemskih je *funkcija sistemizacije* posebnega dela kazenskega zakonika. Pojem pravne dobrine v smislu sistemizacije omogoča nomotehnično preglednost skupin kaznivih dejanj, razvrščenih glede na varovano pravno dobro. Sistemizacijska funkcija, ki odraža prepoznano univerzalnost pojma kazenskopravne dobrine, s tem tako uporabniku pozitivnega prava kot kazenskemu zakonodajalcu<sup>319</sup> poda najbolj osnovno orientacijo po kazenskem zakoniku in mu, nenazadnje, zagotovi možnost vsaj osnovne seznanitve s kompatibilnostjo in kumulativnostjo posameznih inkriminacij. Takšnemu stališču nujno predhodi predpostavka, da kazenski zakonodajalec posamezne kazenske norme v posebni del »dejansko« smiselno razporeja. Povsem možno namreč je, da bo v zakonski dejanski stan vključil elemente, ki bodo nakazovali »intrainkriminacijski« kompleks dobrin, posledično pa na morebitno nomotehnično neustreznost. V takšnem primeru bo tudi sistemizacijska funkcija pravne dobrine tista, ki bo ponudila izhodišče pri »pravilnejšem« razumevanju posebnega dela kazenskega zakonika<sup>320</sup> in vsaj na dogmatični ravni pripomogla k odpravljanju težave.<sup>321</sup>

### 5.2.2 Razlagalna funkcija

Za razumevanje zakonskega dejanskega stanu vsake posamezne inkriminacije ima varovana kazenskopravna dobrina poseben pomen. Zgoraj sem že izpostavil prevladujoče stališče, da je naloga kazenskega prava varovanje kazenskopravnih dobrin. Cilj vsake kazenske norme je torej varovanje prav določene pravne dobrine.

---

<sup>317</sup> V zvezi s sistemskimi funkcijami se ne strinjam z uporabo izraza *kodificirano* namesto *veljavno* kazensko pravo. Ko denimo Johannsen (nav. delo, s. 29) sistemskim funkcijam pripiše pomembno vlogo *znotraj kodificiranega kazenskega prava* (*[...] kommt auch innerhalb des Systems des kodifizierten Strafrechts Bedeutung zu*), pri tem dejstvo, da je kazensko pravo resnično kodificirano, nikakor ni odločilnega pomena, temveč je bistveno šele to, da v določenem trenutku postavljeno kazensko pravo, priznana kazenskopravna teorija in sodna praksa sooblikujejo prostor, znotraj katerega se pojem pravne dobrine giblje, to pa je *veljavno pravo*.

<sup>318</sup> Zavrniti gre ponekod v literaturi pojavljajoča se poimenovanja *sistemizacijska* namesto *sistemizacijska* funkcija. Zgodovinsko bistvo in znanstveni smoter pravne dobrini ni, da sistem zgradi in ga s tem ustvari, temveč prej to, da se vanj vključi in ga sistemizira, smiselno uredi.

<sup>319</sup> Če govorimo o funkciji, ki jo pojem kazenskopravne dobrine predstavlja v razmerju do kazenskega zakonodajalca, bi lahko namesto o *sistemizacijski* govorili - izraz je bolj specifičen - o *klasifikacijski funkciji*: v dano in že izdelano shemo inkriminacij posebnega dela kazenskega zakonika tako zakonodajalec posamezne, nove inkriminacije *bolj ali manj le razvršča, klasificira*.

<sup>320</sup> Johannsen, nav. delo, s. 30.

<sup>321</sup> Primer problematiziranja sistemizacije posebnega dela je Koroščeva (Pregledno o temeljnih dogmatskih napetostih (2014), v celoti) kritika inkriminacij slovenskega cestnoprometnega kazenskega prava, kjer med drugim posebej izpostavi, da »z notranjo kohezijo vrednot in dobrin v poglavju kaznivih dejanj zoper varnost javnega prometa v slovenskem KZ-1 škriplje«.

Pavčnik nemško kazenskopravno teorijo, na katero se slovenska sicer pretežno opira, identificira kot enega izmed posebnih primerov oblikovanja pravil razlage in jo postavlja ob bok Larenzovi civilistični metodologiji ter Krielejevi metodološki teoriji.<sup>322</sup> Vse tri naj bi težile k praktični razlagi pravnih pravil, tj. tisti, ki ponuja enopomenski odgovor oziroma rešitev, zaradi česar metodologije izoblikujejo določeno hierarhijo razlagalnih metod. Kazenskopravna teorija, ki nas zanima, najprej favorizira jezikovno razlago, nato sistematično, zgodovinsko in teleološko,<sup>323</sup> pri čemer pa naj bi bila teleološka oziroma namenska razlaga, ki se sprašuje po cilju, *telosu* kazenske norme, najbolj pomembna in naj bi jezikovno celo izrivala.<sup>324</sup> Ko torej razlagamo vsakokratni zakonski dejanski stan, nam v okviru teleološke razlage bistveno vodilo predstavlja prav razlagalna funkcija pravne dobrine. Johannsen v tem smislu celo izpostavlja, da interpretu pravnih pravil največji pomen teorije o pravni dobrini predstavlja ravno razlagalna moč, ki jo pri interpretaciji posameznih inkriminacij najdemo v okviru teleološke razlage.<sup>325</sup> Vendar ta razlaga za odločitev v konkretnem primeru nikakor ne zadostuje. S tem, ko pomenski okvir obravnavane norme napolni s prepoznavo cilja, ki mu ta norma služi, lahko v veliki meri le služi pri izbiranju najboljše izmed možnih rešitev, pridobljenih v okviru ostalih razlagalnih metod.

V učbeniku kazenskega prava zasledimo, da pravna dobrina kot eden osrednjih razlagalnih principov posebnega dela kazenskega prava predstavlja ključno merilo za vsebino, pomen in doseg posameznih inkriminacij, zlasti pa je pomembna pri ugotavljanju prepovedane posledice.<sup>326</sup> Poleg tega avtorji učbenika v pravni dobrini vidijo tudi *ratio legis* zakonodajnega postopka.<sup>327</sup> Kolikor drži, da identifikacija pravne dobrine obenem pomeni tudi identifikacijo kazenskopravnega cilja in s tem ključno razlagalno vodilo v primeru interpretativnih zagat, pa je nujno dodati, da lahko takšna razlaga pomene nujno išče izključno v izvršitvenih oblikah kaznivega dejanja, ki so točno določene z zakonskimi znaki.<sup>328,329</sup> V nasprotnem primeru bi bilo namreč kršeno ustavno načelo zakonitosti v kazenskem pravu. Ambrož pa v zvezi z *lex certa* izpostavlja dodatno problematiko, in sicer nujno prisotnost nekaterih vsebinsko odprtih, nedoločenih pojmov kot zakonskih znakov posameznih inkriminacij. Kot primer navede zakonski znak »razžaliti« v okviru kaznivega dejanja razžalitve, ki bi se ga zakonodajalec lahko rešil le z naštevanjem nepreglednih, a še vedno neizčrpnih, posameznih izvršitvenih oblik kaznivega dejanja. Toda vnašanje takšnih »normativnih in vsebinsko odprtih« pojmov kazenskopravna znanost dovoljuje, kolikor je kazenska norma v celoti dovolj določna in če omogoča prepoznavo namena, ki ga želi doseči. Kot ključen mehanizem na tem mestu pa

---

<sup>322</sup> Pavčnik, ARGUMENTACIJA V PRAVU (2022), 108-112.

<sup>323</sup> Prav tam.

<sup>324</sup> Prav tam.

<sup>325</sup> Johannsen, nav. delo, s. 37.

<sup>326</sup> Bavcon *et al.*, nav. delo (2017), s. 205.

<sup>327</sup> Prav tam, s. 205.

<sup>328</sup> To posebej poudarita tudi Roxin, Greco, nav. delo, s. 221 in nasl.

<sup>329</sup> Na težave pri razlagah norm opozori tudi Korošec (SPOLNOST IN KAZENSKO PRAVO (2008), s. 11 in nasl) v zvezi s spolnim kazenskim pravom, ko omenja posebne čustvene in »zaradi tega že po definiciji neznanstvene« razlage inkriminacij. Ocenjujem, da lahko tja kajpak štejemo tudi težave pri razumevanju varovanih pravnih dobrin.

omenja ravno interpretacijo pomensko odprtega zakonskega znaka v povezavi s pravno dobrino, ko jo ščiti.<sup>330</sup>

V nadaljevanju navajam dva ilustrativna primera razlagalne funkcije pojma pravne dobrine v kazenskem pravu. Prvi zadeva interpretacijo zakonskih znakov »kakšne osebe« in »huda telesna poškodba ene ali več oseb« v okviru prvega in četrtega odstavka 324. člena Kazenskega zakonika, ki inkriminira nevarno vožnjo v cestnem prometu in ki ju je problematiziral vrhovni državni tožilec v zahtevi za varstvo zakonitosti, vloženi pred Vrhovnim sodiščem Republike Slovenije. Tožilec, tj. vložnik, je v zahtevi izpostavil, da bi moral zakonski znak »huda telesna poškodba ene ali več oseb« pomensko zajemati tudi voznika samega, s čimer bi moral ta v konkretnem primeru spoznan za krivega.<sup>331</sup> Poudaril je, da je ta jasno izražena sprememba v razmerju do prejšnjega besedila prvega odstavka 324. člena KZ-1 („sopotnikov ali drugih navzočih udeležencev cestnega prometa“) že na jezikovni ravni, podprti z namensko, sploh ne dopušča drugačne razlage, kot da je predmet ogrožanja ali poškodbe vsaka oseba, s tem pa tudi voznik sam.<sup>332</sup> Sodišče je na takšno sklepanje najprej odgovorilo z argumentom genetične razlage<sup>333</sup>, in sicer, da je v *predlogu* spremembe 324. člena KZ-1b med drugim zapisano, da »je prenovljeni člen približal veljavno ureditev tisti, ki velja v Zvezni republiki Nemčiji in je bila v sprejetem predlogu KZ-1 izrecno navedena kot izhodišče za oblikovanje določbe 324. člena in dalje, da bi s tem pristojnim organom omogočil, da se pri odločanju opirajo na bogato nemško judikaturu in literaturo [...]«. <sup>334</sup> Iz takšne inkriminacije pa naj bi jasno izhajalo, »da gre po nemški ureditvi za tipični ogrožitveni delikt brez primesi poškodbenega in da ogrožanje samega sebe ne izpolnjuje biti tega kaznivega dejanja. Zato takšen pristop, ki temelji na interpersonalni naravi kazenskega prava, ne odpira vprašanj protipravnosti v primeru samoogrožitev in samopoškodb v cestnem prometu.«<sup>335</sup>

Temu sodišče še argument sistematične razlage, ko pravi, da je zakonodajalec samopoškodbo v kazenskem zakonu izrecno inkriminiral samo v dveh primerih in je to iz dikcije obeh norm tudi jasno razvidno, pa ti (izmikanje obrambnim dolžnostim s preslepitvijo po drugem odstavku 362. člena in zloraba pravic iz socialnega zavarovanja po prvem odstavku 203. člena KZ-1) konkretno problematiziranemu primeru niti približno nista podobna.<sup>336</sup>

Nenazadnje in končno pa je poseglo tudi po teleološki razlagi, kjer je posebej izpostavilo relevantnost dobrine:

---

<sup>330</sup> Ambrož, KAZNIVO DEJANJE IN NJEGOVE VREDNOSTNE PRVINE (2007), s. 47. Podobno tudi Šepec, v: KAZENSKI ZAKONIK S KOMENTARJEM (2021), s. 220.

<sup>331</sup> Vrhovno sodišče RS, št. I Ips 35743/2015-21, 13. 4. 2017, tč. 4 obrazložitve.

<sup>332</sup> Prav tam.

<sup>333</sup> Zgodovinska razlaga oziroma genetična razlaga kot njena nadaljnja izpeljava sta lahko pri ugotavljanju pravne dobrine posebej ključni. Vendar Johannsen (nav. delo, s. 128-137) opozarja, da četudi lahko razumevanje nastajanja določene norme in zakonodajalčeve volje ob tem procesu v mejnih primerih poda odločilen odgovor, je potrebno pazljivo ločevati med »zakonodajalskimi motivi« in »mišljeno pravno dobrino«.

<sup>334</sup> Vrhovno sodišče RS, št. I Ips 35743/2015-21, 13. 4. 2017, tč. 5 obrazložitve.

<sup>335</sup> Prav tam.

<sup>336</sup> Prav tam, tč. 9 obrazložitve.

»Varnost cestnega prometa, ki je pri kaznivem dejanju nevarne vožnje nedisponibilna kazenskoppravna dobrina, po presoji Vrhovnega sodišča, ob upoštevanju ogroženih razpoložljivih kazenskoppravnih dobrin, nima tako prevalentnega pomena, da bi ob upoštevanju interpersonalne narave kazenskega prava opravičevala stališče, za katerega se v zahtevi zavzema vrhovni državni tožilec.«<sup>337</sup>

Razlagalna funkcija pravne dobrine je na tak način uporabljena v prid oženju kazenskoppravne represije. Drugi primer, ki ga navajam, pa, nasprotno, ob uporabi takšne teleološke razlage nakazuje na nevarnost širjenja interpretacije kazenske norme preko dovoljenih meja. Kot primer bom vzel inkriminacijo poškodovanja tuje stvari, ki je bila v zvezi z izpostavljeno problematiko v tujini že obravnavana, medtem ko bom izhodišča za slovensko pravo na hitro skiciral tukaj.

Kaznivo dejanje poškodovanja tuje stvari danes predstavlja enega izmed temeljnih deliktov, ki v kazenskem zakoniku ščitijo pravno dobrino lastnine. Natančneje naj ne bi šlo za lastnino samo, temveč za varstvo lastninskopravnih razmerij med posamezniki, kakršnakoli premoženjska vrednost (poškodovanega) predmeta namreč sploh ni potrebna.<sup>338</sup>

Delikt poškodovanja tuje stvari s svojo znano dikcijo sicer najde mesto v slavnem Kazenskem zakoniku za Nemško cesarstvo iz leta 1871, a prvotno ne izvira iz nemškega občega prava (*ius commune*), temveč iz partikularnih tradicij posameznih dežel (*ius proprium*).<sup>339</sup> V okviru slednjega je tako kaznivo dejanje poškodovanja tuje stvari predvsem ob koncu 18. stoletja, zlasti pa z vplivnim Splošnim deželnim pravom za pruske dežele iz 1794, postalo stalnica partikularne zakonodaje.<sup>340</sup> V okviru te je kaznivo dejanje poškodovanja tuje stvari imelo posebno vlogo, saj je bilo usmerjeno zlasti v varovanje »posebej doložnih primerov poškodovanja«, zlasti poškodovanj stvari z maščevanjem, zlobo, povzročanjem splošne nevarnosti.<sup>341</sup> Posebnega pomena pa so bila poškodovanja orodja, predvsem pluga in rala, rastlin, sadežev na poljih ter poljedelstvu oziroma živinoreji namenjene živine.<sup>342</sup> Iz navedenih primerov izhaja, da je kazensko pravo partikularnih prav poškodovanje stvari kaznovalo zgolj v določenih primerih, pogosto povezanih s poškodovanimi proizvodnimi sredstvi. Splošno in elegantno dikcijo, po kateri se kaznuje tisti, ki *tujo stvar namenoma in protipravno poškoduje ali uniči*<sup>343</sup>, je tako šele relativno pozno uvedel omenjeni zakonik iz 1871.

Kaznivo dejanje poškodovanja tuje stvari po slovenskem veljavnem pravu izvrši, kdor *tujo stvar poškoduje, uniči ali napravi neuporabno*.<sup>344</sup> Dikciji se sicer nekoliko razlikujeta, vendar pri razlagi obeh do posebnega izraza pride *uporabnost stvari (Brauchbarkeit)*. Na tem mestu se odpira vprašanje, kako uporabnost določenega predmeta sploh presoјati. Če je smisel inkriminacije v največji meri varovati lastnino posameznika pred škodljivimi posegi, bi lahko

<sup>337</sup> Prav tam, tč. 10 obrazložitve.

<sup>338</sup> Merc, v: VELIKI ZNANSTVENI KOMENTAR Zv. 2 (2019), s. 669.

<sup>339</sup> Leutz, DIE SACHBESCHÄDIGUNG (1914), s. 1 in nasl.

<sup>340</sup> Prav tam, s. 2-3.

<sup>341</sup> Prav tam, s. 10-46.

<sup>342</sup> Prav tam, s. 5. Za natančnejšo izpeljavo glej tudi Feuerbach (LEHRBUCH (1847), s. 497 in nasl.).

<sup>343</sup> Prvi odstavek § 303 StGB.

<sup>344</sup> Prvi odstavek 220. člena KZ-1.

to zagotovili predvsem s subjektivizacijo njene uporabnosti: pomemben bi bil zlasti namen, za katerega stvar uporablja *konkreten posameznik*. Takšna rešitev bi morda resnično lahko zagotovila kar največje varstvo pravne dobrine, a jo gre odločno zavrniti. Kazenskopravno represijo bi namreč širila bistveno onkraj meja načela zakonitosti in bi v veliki meri govorila proti predvidljivosti kazenske norme. To stališče zavzame tudi Kargl, po katerem gre v primeru pretiranega upoštevanja posameznikovega osebnega interesa v primeru kaznivega dejanja poškodovanja tuje stvari v veliki meri na škodo pravne varnosti.<sup>345</sup> Avtor to dilemo navaja kot tipičen primer nasprotovanja maksim cilja kazenskega prava na eni strani, tj. varovanja pravnih dobrin, in načelom določnosti v zakonu na drugi.<sup>346</sup>

V slovenski kazenskopravni teoriji je uveljavljeno stališče, da je v zvezi s prvo izvršitveno obliko kaznivega dejanja poškodovanja tuje stvari («kdor poškoduje») ključno, če je stanje stvari s funkcionalnega, estetskega ali *kakšnega drugega za lastnika relevantnega pomembnega vidika* poslabšano na način, da je poseženo v njeno substanco.<sup>347</sup> Takšna opredelitev lahko vodi do interpretacije, ki bi varstvo lastnine preveč subjektivizirala. Ob tem se sicer navaja, da naj bi moral biti posameznikov motiv še »socialno upošteven«, kar lahko razumemo kot korektiv pretirani subjektivizaciji zakonskih znakov. Nasploh pa je skrb v navajani smeri najverjetneje odveč tudi zaradi dejstva, da slovenska sodišča inkriminacijo poškodovanja tuje stvari razlagajo precej, morda celo preveč restriktivno.

Nazadnje v zvezi z razlagalno funkcijo navajam še teorijo oziroma koncept socialne sprejemljivosti. Ta zadeva ravnanja, ki sicer izpolnjujejo bit neke inkriminacije in celo merila za uporabo instituta dejanja majhnega pomena<sup>348</sup>, pa jih zaradi njihove socialne sprejemljivosti pod bit inkriminacije sploh ni mogoče subsumirati.<sup>349</sup> S tem teoretskim modelom, za katerega utemeljitelja se šteje Hans Welzel, se sicer nadrobneje ukvarja Ambrož<sup>350</sup>, na tem mestu pa ga je smiselno izpostaviti iz razloga, ker ni razumljen kot poseben in samostojen (dogmatičen) element znotraj biti inkriminacije, temveč kot *metoda interpretacije*.<sup>351</sup> Po njej je potrebno najprej prepoznati zavarovano pravno dobrino, ki naj bi jo inkriminacija štela, in se na podlagi zožujoče interpretacije vprašati, ali je zakonodajalec želel v polje kaznivosti pritegniti tudi konkretno in posamično ravnanje, ki naj bo označeno kot socialno sprejemljivo.<sup>352</sup> Pri tem pa ne gre za nič drugega kot za razlagalno metodo *teleološke redukcije*.<sup>353</sup>

---

<sup>345</sup> Kargl, *Sachbeschädigung und Strafgesetzlichkeit* (1997), s. 291.

<sup>346</sup> Prav tam, s. 284.

<sup>347</sup> Merc, v: VELIKI ZNANSTVENI KOMENTAR Zv. 2 (2019), s. 670.

<sup>348</sup> Glej naslednji razdelek Procesna funkcija.

<sup>349</sup> Ambrož, *KAZNIVO DEJANJE IN NJEGOVE VREDNOSTNE PRVINE* (2007), s. 99.

<sup>350</sup> Prav tam, s. 99-104.

<sup>351</sup> Prav tam, s. 102.

<sup>352</sup> Prav tam, s. 102. Glej tudi Roxin, Greco, nav. delo, s. 394-398.

<sup>353</sup> Ambrož (*KAZNIVO DEJANJE IN NJEGOVE VREDNOSTNE PRVINE*, s. 102) v opombi primeroma navaja, da nemška teoretika Jeschenk in Weigend koncept socialne sprejemljivosti celo definirata kot »teleološko redukcijo biti inkriminacije«.

### 5.2.3 Procesna funkcija

Pri procesni funkciji pojma pravne dobrine merim na številna mesta ugotavljanja majhnega pomena kaznivega dejanja v naši kazenski procesni zakonodaji. V okviru nje pojem pravne dobrine namreč zagotavlja enega izmed (ključnih) kriterijev pri argumentaciji odločitve, ki bo kazenski postopek zoper domnevnega storilca ustavila.

Novela<sup>354</sup> Zakona o kazenskem postopku v letu 2008 je institut dejanja majhnega pomena iz materialnega prenesla v procesni zakon. Zakon o kazenskem postopku danes na več mestih omenja možnost ustavitve kazenskega postopka v primeru, da je podana nesorazmernost med majhnim pomenom kaznivega dejanja in posledicami, ki bi jih povzročil kazenski pregon. V primeru, da je ugotovljena nesorazmernost med majhnim pomenom kaznivega dejanja in posledicami kazenskega pregona, lahko: (i.) pristojni državni tožilec kazensko ovadbo zavrže;<sup>355</sup> (ii.) zunajobravnavni senat s sklepom ustavi preiskavo;<sup>356</sup> (iii.) zunajobravnavni senat pri sklepanju o ugovoru zoper obtožnico odloči, da se obtožba ne dopusti in da se kazenski postopek ustavi;<sup>357</sup> ter (iv.) nenazadnje sodeči sodnik obtoženca oprosti obtožbe.<sup>358</sup>

Iz pregleda literature izhaja, da so si v okviru prejšnje, materialnopravne, ureditve instituta majhnega pomena kaznivega dejanja avtorji še posebej v zvezi s takratnima zakonskima znakoma *narave in teže kaznivega dejanja* ključno pomagali ravno s pojmom pravne dobrine. Danes sodna praksa, ko izhaja iz nove, procesne, ureditve, z uporabo teh kriterijev nadaljuje.<sup>359</sup> Na tem mestu zato s procesno funkcijo pravne dobrine v okviru našega kazenskopravnega sistema štejem ravno zagotovitev kriterijev, na podlagi katerih bodisi državni tožilec bodisi sodniki izvajajo kvalitativno in kvantitativno oceno (ne)sorazmernosti med sicer izvršenim kaznivim dejanjem in posledicami kazenskega pregona, ki bi sledile. Pravna dobrina lahko tako v okviru zgoraj omenjenih procesnih odločitev predstavlja pomembno argumentacijsko-vrednostno figuro, uporabljeno v prid ustavitvi kazenskega postopka.

Poleg presoje o naravi in teži kaznivega dejanja, pa je, nenazadnje, procesna funkcija pojma pravne dobrine relevantna tudi pri vprašanju možnosti vložitve zasebne tožbe oziroma predloga za pregon kaznivega dejanja v smislu prvega odstavka 52. člena Zakona o kazenskem postopku in posameznih določb posebnega dela Kazenskega zakonika, ki to določajo. Pri obeh omenjenih vprašanjih je namreč ključno, da je oškodovanka kot predlagateljica oziroma oškodovanka kot tožilka imetnica pravne dobrine, ki jo vsakokratna kazenska norma ščiti.

---

<sup>354</sup> Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o kazenskem postopku – ZKP-I (Uradni list RS, št. 68/08 z dne 8. 7. 2008).

<sup>355</sup> Prvi odstavek 161. člena ZKP.

<sup>356</sup> 5. točka prvega odstavka 181. člena ZKP.

<sup>357</sup> 5. točka prvega odstavka 277. člena ZKP.

<sup>358</sup> 4. točka prvega odstavka 358. člena ZKP.

<sup>359</sup> Glej tudi Višje sodišče Republike Slovenije v Mariboru, št. IV Kp 4930/2021, 2. 7. 2021.

## 5.2.4 Dogmatična funkcija

Kot zadnjo v okviru sistemskih funkcij pojma pravne dobrine obravnavam dogmatično funkcijo. Ta je za razumevanje in preučevanje tako kazenskopravnega sistema kot kazenskopravnosti znanosti nasploh morda najbolj usodna – na tem mestu se pravna dobrina namreč najbolj izkaže kot učinkovit pravni mehanizem, ko v okviru splošnega pojma kaznivega dejanja omogoči natančno analizo posameznih zakonskih (oziroma konkretnih) dejanskih stanov. Ključna pri tem je prav omenjena shema tipiziranja pravne dobrine, ki jo bom apliciral na najbolj relevantne institute posameznih elementov splošnega pojma kaznivega dejanja. Najprej v zvezi razumevanjem *ravnanja*, ki izpolnjuje zakonske znake kaznivega dejanja, in *za to potrebnega neprava*, nato v okviru *biti inkriminacije*, kjer dobrina igra ključno merilo možnosti ali nemožnosti kumulacije posameznih zakonskih dejanskih stanovom, nazadnje pa v okviru *protipravnosti* kot drugega elementa splošnega pojma kaznivega dejanja, kjer tipizacija s konkretnim ravnanjem okrnjene pravne dobrine predvsem odkazuje na možnost in zmožnost veljavne privolitve v oziroma silobranski odziv protipravno ravnanje. Na kratko bo omenjeno tudi presojanje v okviru meril upravičljive skrajne sile.

### 5.2.4.1 Nepravo ravnanja, vzročnost in bit inkriminacije

Ravnanje v smislu kazenskega prava ne glede na izbrano teoretsko pozicijo pomeni tisto človekovo delovanje, tj. voljno (obvladljivo) vedenje, ki je v zunanji resničnosti sposobno doseči spremembo. Pri njem se pravnikova analiza bodisi šele začne, takrat bo na podlagi njegove povezovalne funkcije pravnik začel pravno vrednotenje opisanega človekovega vedenja, bodisi že konča, ko bosta zaradi zanikanega obstoja pravno upoštevnega ravnanja izostala tudi potreba in smisel nadaljnje analize.<sup>360</sup> Kazenskopravno relevantno bo tisto ravnanje, ki bo začelo izpolnjevati celoto vseh subjektivnih in objektivnih zakonskih znakov kaznivega dejanja, tj. *biti inkriminacije*, ter tako doseglo ustrezno količino *neprava*.

Pojem nepravo v kazenskem pravu predstavlja poseben tehnični pojem, ki opisuje določeno v vsakokratni kazenski normi vsebovano količino negacije veljavnega pravnega reda.<sup>361</sup> Nepravo je imanentno vezano na bit inkriminacije in na vsakokratno varovano pravno dobrino, za njegovo vrednotenje pa sta v veliki meri ključna vrednost dobrine, ki jo ravnanje napada, in način vplivanja na to dobrino, torej vprašanje njenega poškodovanja ali ogrožanja.<sup>362</sup>

Med človekovim ravnanjem in v zunanjem svetu prepoznavno posledico, ki mu je kazenskopravno očitana, oziroma prepoznanim nepravom, mora biti najprej ugotovljena ustrezna *vzročna povezava*. Tudi pri pripisovanju te ima ključno vlogo pravna dobrina, ki je predmet relevantne kazenske norme. Poseben pomen v tem smislu nosi institut *alternativnega ravnanja, skladnega s pravom*, pri katerem gre za situacije, v katerih se izkaže, da storilec kljub

<sup>360</sup> Šepec, v: KAZENSKI ZAKONIK S KOMENTARJEM, s. 215; Roxin, Greco, nav. delo, s. 290.

<sup>361</sup> Pri tem je pomembno ločevati med nepravom ravnanja in krivdo zanj. Roxin (nav. delo, s. 296) na podlagi »neoklasično-finalistične sinteze« razlikovanje izpelje na način, da gre pri nepravu za *nevrednost ravnanja* oziroma *uspeha ravnanja* (*Handlungs- und Erfolgswert*), pri krivdi pa za *nevrednost miselne nastrojenosti* (*Gesinnungswert*). Za nas na tem mestu sicer ni ključno, katerega izmed pojmovanj kaznivega dejanja prevzemamo, kajti pravna dobrina v vseh igra prav bistveno vlogo.

<sup>362</sup> Šepec, nav. delo, s. 218.

ustreznemu ravnanju prepovedane posledice ne bi mogel preprečiti, ko gre za opustitve, oziroma pri storitvah, ko bi posledica kljub storilčevemu ravnanju, skladnemu s predpisi, nastala v enaki obliki. Slovenska teorija tu načeloma sprejema Ambroževo rešitev, po kateri bo storilcu posledica pripisana šele takrat, ko bo z ravnanjem *tveganje za njen nastanek bistveno povečal*.<sup>363</sup> Ob tem pa avtorji komentarja h Kazenskemu zakoniku izpostavljajo, da je pri oblikovanju kriterija smiselno ločevati med storitvenimi in opustitvenimi kaznivimi dejanji. Pri prvih za oprostitevno sodbo zaradi neobstoja vzročnosti v primeru, v katerem bi storilčevo alternativno ravnanje prav tako rezultiralo v dani posledici, predlagajo ugotovitev *verjetnosti, ki meji na gotovost*. Pri drugih, tj. pravih in nepravih opustitvenih delikih, pa je situacija drugačna. V zvezi s pravih in nepravimi izvršitvenimi oblikami teorija namreč ne govori o pravi, temveč o *psevdivzročnosti*. Ta je ključen pandan običajnim teorijam vzročnosti, ki se v temelju bolj ali manj naslanjajo na naravoslovno vzročnost – zanima jih predvsem vprašanje, pod katerimi pogoji kazensko pravo določenemu človekovemu aktivnemu energijskemu vložku pripiše dovolj veliko verjetnost, da sproži in povzroči nastalo prepovedano posledico.

Pri psevdovzročnosti je izhodišče ravno obratno: povsem jasno je, da (prava ali neprava) opustitev določenega ravnanja (oziroma dolžnosti) prepovedane posledice ni dosegla aktivno, saj se očitek nahaja v ideji, da kot kazenskopravno relevantno prepoznavo ravno njeno odsotnost. Pravo vzročno zvezo torej s tem zaradi vrednostnega očitka opustitelju konstruira za primere, ko jo naravoslovne znanosti zanikajo. Rešitev, ki jo v teh primerih sprejema slovenska kazenskopravna dogmatika, temelji na stališču, ki posledico opustitelju pripiše takrat, ko bi moralo njegovo aktivno ravnanje, ki se ga je pač vzdržal, riziko nastale posledice bistveno zmanjšati.<sup>364</sup> S tem je sicer obenem postavljen tudi bistven del kriterija objektivne pripisljivosti v zvezi z ugotavljanjem psevdovzročnosti. Ključen dodatek temu stališču zadeva ravno pomembnost varovane pravne dobrine: večja ko je in večji ko je v primeru garantnih položajev nepravih opustitev opustiteljev nadzorni in varnostni vpliv na nanjo, *nižja bo verjetnost ugotavljanja gotovosti opustitvenega prispevka k nastali posledici*.<sup>365</sup> Z vrednotenjem se bo sicer v vsakem posameznem primeru ukvarjalo sodišče, toda ugotovitev, ki zadeva obravnavan predmet naloge, je očitna: *pojem pravne dobrine lahko že na ravni vzročnosti povsem usodno determinira nadaljnjo kazenskopravno analizo*.

Vprašanje neprava, ki sem ga označil zgoraj, je tesno povezano s pojavom *stekov* oziroma *konkurenc* več kaznivih dejanj, torej hkratne izpolnjenosti zakonskih znakov dveh ali več kaznivih dejanj.<sup>366</sup> Pomembno nadaljnjo razčlenitev pri tem nudi pojem enotnosti dejanja, ki omogoča razmejitev med *realnim* in *idealnim* stekom kaznivih dejanj. Bistvena pri kaznivih dejanjih, izvršenih v idealnem steku, je medsebojna vsebinska povezanost v enotnem dejanju storilca, s katerim so bila izvršena, medtem ko gre za realni stek kaznivih dejanj že takrat, ko med kaznivimi dejanji ni vsebinske povezave, temveč je ključna okoliščina dejstvo, da so obravnavana hkrati v enem sodnem postopku.<sup>367</sup> V določenih primerih pa bo storilec kljub

---

<sup>363</sup> Prav tam, s. 236.

<sup>364</sup> Prav tam, s. 238.

<sup>365</sup> Prav tam.

<sup>366</sup> Šošić, ENOTNOST DEJANJA V KAZENSKEM PRAVU (2016), s. 20.

<sup>367</sup> Šošić, nav. delo., s. 20 in 21.



dejstvu, da je formalno sicer uresničil zakonske znake dveh ali več kaznivih dejanj, odgovarjal le za nekatera izmed njih. V teh pravnih položajih, ko je *celotna stopnja neprava dejanja in krivde storilca zajeta že znotraj zgolj nekaterih izmed njih*, govorimo o *navidezni* ali *nepravih* stekih kaznivih dejanj.<sup>368</sup> Temeljna značilnost navideznosti steka zadeva identifikacijo *dominantnega* kaznivega dejanja, ki zaradi vsebinskih razlogov, obravnavanih v nadaljevanju, pri analizi prepreči uporabo drugega, *izrinjenega* kaznivega dejanja.<sup>369</sup>

Pri ugotavljanju navideznosti steka ima pomembno vlogo tudi pojem pravne dobrine. Nekateri avtorji enotnost poškodovane pravne dobrine izpostavljajo celo kot osrednjo idejo navideznosti steka, vendar je tak zaključek pretiran; pojma neprava namreč ni mogoče v celoti enačiti s pravno zavarovanimi dobrinami, temveč je potrebno upoštevati tudi v bitih inkriminacij »tipizirano krivdo in nepravo«. Navideznost steka med dominantnim in izrinjenim kaznivim dejanjem, pri čemer imajo pomembno vlogo tudi pravne dobrine, je mogoče presojati skozi tri različna razmerja. Govoril bom o t. i. *odnosih navideznega steka*, in sicer (i.) *odnosu specialnosti*, (ii.) *odnosu subsidiarnosti* in (iii.) *odnosu konsumpcije*, dodatno pa bomo omenili še *istovrstni navidezni stek*.

Pri prvem (i.) je značilno, da je eno kaznivo dejanje pojmovno vsebovano v drugem kaznivem dejanju. Običajno gre za položaje, ko drugo, tj. specialno in dominantno, kaznivo dejanje vsebuje vse zakonske znake prvega, tj. splošnega in izrinjenega, kaznivega dejanja, le da poleg teh vsebuje še posebne dodatne zakonske znake.<sup>370</sup> Poleg vsebovanih zakonskih znakov je potrebno pri odnosu specialnosti upoštevati tudi *pravno zavarovane dobrine* in *objekte kazenskopravnega varstva*, saj šele na tak način analiza neprava postane bolj celostna in omogoči presojo, katero kaznivo dejanje se konkretnemu dogodku vsebinsko in smiselno bolje prilaga,<sup>371</sup> čemur pa dosledno sledi tudi sodna praksa. Vrhovno sodišče se je tako v eni izmed zadev na podlagi vložene zahteve za varstvo zakonitosti ukvarjalo z vprašanjem odnosa specialnosti med kaznivima dejanjema velike tatvine po 1. točki prvega odstavka 205. člena KZ-1 in nedovoljene proizvodnje in prometa orožja ali eksploziva po prvem odstavku 307. člena KZ-1. Ugotovilo je, da je drugostopenjsko sodišče odločilo pravilno, ko med omenjenima kaznivima dejanjema ni potrdilo navideznosti stekov, saj da se, prvič, »[z]akonski znaki kaznivega dejanja nedovoljene proizvodnje in prometa orožja ali eksploziva po prvem odstavku 307. člena KZ-1 v delu, nanašajočem se na protipravno hrambo orožja, ne prekrivajo z zakonskimi znaki velike tatvine po 1. točki prvega odstavka 205. člena KZ-1«, zaradi česar »[...] med tema kaznivima dejanjema ni razmerja specialnosti« (prvi teoretični pogoj), prav tako pa da je treba »[d]odati [...], da je pri kaznivem dejanju velike tatvine kazenskopravno zavarovana dobrina premoženje, pri kaznivem dejanju nedovoljene proizvodnje in prometa orožja ali eksploziva pa javni red in mir«, zaradi česar ni mogoče govoriti niti o odnosu specialnosti niti o odnosu konsumpcije (drugi, komplementarni, teoretični pogoj). Podobno je presodilo tudi Višje sodišče, ko je ugotovilo kršitev zakona (načela zakonitosti) s strani prvostopenjskega sodišča. Rzsodilo je, da »[p]rimerjava zakonskih opisov kaznivih dejanj iz

<sup>368</sup> Prav tam, s. 21 in 22.

<sup>369</sup> Pojmovanji povzemam po Šošić, nav. delo., s. 110.

<sup>370</sup> Tako tudi Vrhovno sodišče RS, št. I Ips 6626/2009-394, 19. 7. 2012.

<sup>371</sup> Šošić, nav. delo, s. 118.

261. in 257. člena KZ-1 pokaže, da sta obe kaznivi dejanji umeščeni v poglavje kaznivih dejanj zoper uradno dolžnost, javna pooblastila in javna sredstva, da gre pri obeh kaznivih dejanjih za *enak objekt kazenskopravnega varstva*<sup>372</sup>, da iz opisa kaznivega dejanja jemanja podkupnine po tretjem odstavku 261. člena KZ-1 izhajajo tudi vsi zakonski znaki kaznivega dejanja zlorabe uradnega položaja ali uradnih pravic po prvem odstavku 257. člena KZ-1, le da je v določbi tretjega odstavka 261. člena KZ-1 dodan še zakonski znak sprejema nagrade – podkupnine, kar označuje to kaznivo dejanje kot specialno v primerjavi in razmerju do splošnejše določbe prvega odstavka 257. člena KZ-1.«<sup>373</sup>

Pri drugem (*ii.*) je značilno, da se določeno kaznivo dejanje uporabi samo, če ni uresničeno drugo, običajno težje, kaznivo dejanje, pri čemer se odnos subsidiarnosti povezuje predvsem z različnimi *stopnjami napada* na pravno zavarovano *dobrino*.<sup>374</sup> Podan je denimo takrat, ko je eno kaznivo dejanje samo *prehodna faza* drugega, kar je tipično najbolj plastično predstavljeno med inkriminiranimi pripravljalnimi dejanji, poskusom in dokončanim kaznivim dejanjem. Gre torej predvsem za položaje, ko *različna kazenska norma v različnih stopnjah napada* varuje *isto kazensko dobro*. Šošić navaja, da avtorji običajno ločijo med formalno in materialno subsidiarnostjo kaznivih dejanj: prva je izrecno določena že v zakonu<sup>375</sup>, pri drugi pa določenosti v zakonu ni, temveč se subsidiarnost ugotavlja iz smisla in razlage določb. Pri tem gre pravzaprav za tipične pravne položaje navideznosti, saj se sprašujemo po količini neprava, zajetega v drugi kazenskopravni normi: dokončano kaznivo dejanje ima prednost pred poskusom in pripravljalnimi dejanji, konkretne ogrožitve pred abstraktnimi, poškodbeni pred ogrožitvenimi delikti, storilstvo pred ostalimi oblikami udeležbe.<sup>376</sup> To smiselno upošteva tudi Višje sodišče v Ljubljani, ko presodi, da sta v primeru, ko je storilec izvršil zakonske znake obeh, v odnosu subsidiarnosti kaznivi dejanji iz 4. odstavka 186. člena KZ-1 (prejšnji tretji odstavek 196. člena KZ), ki inkriminira izdelovanje, nabavo, posedovanje ali dajanje v uporabo opreme, snovi ali predhodne sestavine za izdelavo prepovedanih drog in 1. odstavka 186. člena KZ-1 (prejšnji prvi odstavek 196. člena KZ), ki inkriminira neupravičeno proizvodnjo, predelavo, prodajo [...] rastline ali substance, ki so razvrščene kot prepovedane droge ali nedovoljene snovi v športu [...]. Gre namreč za klasičen odnos med pripravljalnimi dejanji in dokončanim kaznivim dejanjem,<sup>377</sup> ki pa sta kajpak usmerjeni v isto dobro.

Za tretjega (*iii.*) naj bi bilo ključnega pomena, da je eno kaznivo dejanje potrošeno (»konzumirano«) v opisu drugega dejanja; drugi torej v celoti vsebuje nepravo in krivdo prvega. Odnos konsumpcije naj bi bil pri tem najbolj povezan z vrednostno presojo uresničene kriminalne količine, posebej pomembna pa naj bi bila tudi identiteta ali vsaj funkcionalna povezava med napadenimi pravnimi dobrinami. Zaradi precejšnje splošnosti njegove opredelitve ga nekateri avtorji sicer ne priznavajo kot posebne oblike navideznega steka,

---

<sup>372</sup> Poudarek je moj.

<sup>373</sup> Višje sodišče RS v Ljubljani, št. VII Kp 85640/2010, 8. 12. 2015.

<sup>374</sup> Šošić, nav. delo., s. 122 in 123.

<sup>375</sup> Kot primera formalne subsidiarnosti se navajata (Selinšek, KAZENSKO PRAVO (2007), s. 195-196) kaznivi dejanji uničevanja gozdov po prvem odstavku 340. člena KZ-1 (»pa pri tem niso dani znaki kakšnega drugega kaznivega dejanja«) in spolnega nasilja po prvem odstavku 171. člena (»ki ni zajeto v prejšnjem členu«).

<sup>376</sup> Šošić, nav. delo., s. 124.

<sup>377</sup> Višje sodišče RS v Ljubljani, št. III Kp 120/2006, 9. 1. 2007.

vendar svoj smisel primeroma zadobi ob argumentu nemške kazenskopravne dogmatike. Ta v odnos konsumpcije uvršča dva pojavi, to sta *tipično spremljevalno dejanje* in *nekaznivo naknadno dejanje*. Pri prvem gre za odnos konsumpcije kljub dejstvu, da sta z uresničeni kaznivimi dejanji varovani različnih pravni dobrini, pri drugem pa za zavarovanje in izkoristek položaja, pridobljenega z glavnim kaznivim dejanjem. Za slovensko kazenskopravno dogmatiko je v zvezi s konzumpcijo posebnega pomena t. i. institut *inkluzije*<sup>378</sup>, kjer naj bi šlo za *in concreto* presojo o zanemarljivih spremljajočih ravnanjih, katerih kaznovanje naj bi bilo zaradi njihovega majhnega pomena nesmiselno, morda celo absurdno.<sup>379</sup> Posebna »vrednost« te teoretske formule je v tem, da ne predvideva vnaprejšnje abstraktne izključitve kumulacije več zakonskih dejanskih stanov, temveč sodniku omogoča oceno o nesmiselnosti obsodbe za postranska, tudi z vidika varovanih pravnih dobrin neznatna ravnanja.<sup>380</sup> Obraten odnos od inkluzije je sicer *ekskluzija*, ki, nasprotno, zaradi posebne vrednostne pomembnosti določenega ravnanja argumentira proti konstrukciji navideznosti steka med dvema ali več kaznivimi dejanji.

Dodatno in za nas posebej zanimivo teoretsko figuro predstavlja *istovrstni navidezni stek*. Pri tem gre za večkratno uresničitev kazenske norme, ki pa glede na besedilo in namen rezultira v povzročitvi zgolj »enega neprava« in posledično vodi do kaznovanja za eno kaznivo dejanje.<sup>381</sup> Načeloma torej institut indicira samo na »kvantitativno stopnjevanje istega neprava dejanja in krivde storilca«, zaradi česar denimo nekaj ukradenih predmetov isti ali več različnim osebam privede do obsodbe za eno tatvino. Odstop od tega instituta, ponekod imenovanega tudi *iterativna izvršitev kaznivega dejanja*, Šošić pa predlaga poimenovanje *iterativna kazniva dejanja*<sup>382</sup>, predstavljajo primeri kvantitativnega množenja poškodovanja *strogo osebnih* pravnih dobrin, denimo življenja, telesa, časti in dobrega imena.<sup>383</sup> Za take primere Šošić posebej poudari pomen stališča nemške dogmatike, po katerem strogo osebne pravne dobrine zaradi njihove absolutne narave v primeru več oškodovancev pojmovno niso zmožne kvantitativnega stopnjevanja istega neprava: vsaka izmed izvršitev tako pomeni nastanek novega neprava, posledično pa več kaznivih dejanj (in obsodb), in se za takšno pozicijo kategorično zavzame tudi v okviru slovenskega kazenskega prava.

#### 5.2.4.2 Protipravnost

Drugi veliki sklop dogmatične funkcije pojma pravne dobrine predstavlja področje protipravnosti kot drugega elementa splošnega pojma kaznivega dejanja. Pri tej pravna dobrina v okviru aplikacije vseh razlogov upravičljivosti kaznivega dejanja nudi ključno argumentacijsko vlogo, posebej in zares edinstveno pa izstopa predvsem pri dveh, tj. pri (*i.*)

---

<sup>378</sup> V literaturi se kot avtorja instituta inkluzije navaja Zlatarića, glej Šošić, nav. delo., s. 128. V opombi avtor navaja, da Zlatarića za avtorja inkluzije štejeta tudi Novoselec in Bojanić.

<sup>379</sup> Selinšek, nav. delo., s. 199.

<sup>380</sup> Proti institutu inkluzije se sicer decidirano zavzame Šošić (nav. delo, s. 162 in nasl), ki v njej vidi predvsem poseg v načelo delitve oblasti, (sodišča naj bi namreč s tem, ko določenega povzročene neprava zaradi njegove neznatnosti in posledične navideznosti steka ne bi kaznovala, stopala v čevlje zakonodajalca), visoko stopnjo pravne negotovosti (omogoča diskrecijsko odločanje sodišč in posledično nasprotovanje načelu zakonitosti).

<sup>381</sup> Šošić, nav. delo, s. 170.

<sup>382</sup> Prav tam, s. 171.

<sup>383</sup> Prav tam.

silobranu in (ii.) privolitvi. Vlogo pravne dobrine v okviru silobrana sem zgoraj deloma že označil za pravoznanstveno kontinuiteto na našem pravnem področju, medtem ko pa njena funkcija v zvezi s privolitvijo na znanstvenem in praktičnem področju pridobiva predvsem v zadnjih desetletjih. Bistvenega pomena pa je tudi za institut upravičljive skrajne sile. Tega sicer ne bom nadrobneje obravnaval, zato naj velja, da pravna dobrina predstavlja ključno vrednostno merilo pri konkretizaciji zakonske dikcije »če je povzročeno zla manjše od zla, ki je nastalo« v smislu prvega odstavka 32. člena KZ-1.

Silobran (i.) slovenski kazenski zakonik definira kot obrambo, ki je nujno potrebna, da storilec odvrne od sebe ali koga drugega istočasen protipraven napad, pri čemer takšno, v silobranu izvršeno, ravnanje ni protipravno. Institut torej implicira možnost posameznika, da v določeni situaciji, ko je ogrožen on sam bodisi kdo drug, in pod določenimi vnaprej predvidenimi pogoji, z ustrezno intervencijo, ki sicer pomeni poseg v pravne dobrine drugega, ravna v skladu s pravom.

Ključno vprašanje, ki se v zvezi s silobranom zastavlja, zadeva vprašanje *nosilstva pravne dobrine*: kaznivo dejanje, torej napad, mora biti načeloma usmerjeno v *individualne dobrine napadenega* oziroma druge osebe, napadeni pa mora s silobranskim odzivom, torej obrambo, poseči v *individualne dobrine napadalca*. Slovenski kazenski zakonik sezna dobrin, ki pridejo v poštev v zvezi z institutom silobrana, za razliko od nekaterih drugih pravnih redov<sup>384</sup> ne podaja. Nesporno pa je, da bodo v praksi najbolj zanimive predvsem »klasične« pravne dobrine kot so življenje, telesna celovitost, spolna integriteta, osebna svoboda in premoženje, tudi čast. Pri tem je pomembno, da meje in možnosti silobranskih odzivov v okviru posameznih inkriminacij v vsakem primeru odkriva in natančneje opredeljuje šele dogmatična pravna analiza, bodisi s strani teorije ali sodne prakse.<sup>385</sup> Primer analize možnosti silobranskih odzivov v okviru posameznih kazenskih norm posebnega dela kazenskega zakonika pravzaprav predstavlja paradigmatičen primer permutiranja z izsledki kazenskopravne dogmatike na eni in posameznih biti inkriminacij na drugi.

Če sem omenil, da silobran predvideva obojestransko relevantno individualnih pravnih dobrin, temu ob boku stoji decidirano stališče, da kolektivne dobrine<sup>386</sup> silobrana ne prenesejo.<sup>387</sup> Toda v primerih, ko inkriminacija sicer varuje kolektivno dobrino, a je z napadom neposredno prizadet konkreten posameznik, pravni red in teorija silobranski odziv dopuščata.<sup>388</sup> Roxin tukaj govori o »potrebi po konkretizaciji (abstraktne) ogrožitve individualne pravne dobrine na

---

<sup>384</sup> Ciljam zlasti na avstrijski StGB (prvi odstavek § 3).

<sup>385</sup> Šepec, nav. delo, s. 327.

<sup>386</sup> Nekateri avtorji silobran v okviru kolektivnih dobrin v določeni meri priznavajo. Tako npr. Zipf meni, da glede na dovoljenost zaščite dobrin drugega (*Nothilfe*), pravzaprav pri silobranu ne predstavlja nobene razlike, če nekdo štiti dobrine posameznika ali skupnosti (povzeto po Roxin, Greco, nav. delo, s. 787). V nadaljevanju uporabljam izraz kolektivne dobrine kot pojmovni ustreznik dobrinam splošnosti oziroma univerzalnim dobrinam.

<sup>387</sup> V nemški literaturi se pravne dobrine, ki v primeru silobrana pridejo v poštev, običajno imenuje *notwehrfähige Rechtsgüter*. V prevodu to privede do slovenske besedne zveze »pravne dobrine, ki prenesejo silobran(ski odziv)«, kar je tudi najpogostejše uporabljana sintagma.

<sup>388</sup> Šepec, nav. delo, 328.

točno določenega nosilca.«<sup>389</sup> Šele stvar konkretne presoje torej je, ali bo določeno sicer protipravno ravnanje, ki denimo izpolnjuje zakonske znake kaznivega dejanja ogrožanja javnega prometa z nevarnim dejanjem ali sredstvom po prvem odstavku 326. člena KZ-1, zaradi izkazane usmerjenosti v varovanje individualne pravne dobrine v resnici v skladu s pravom. Moderna kazenskopravna teorija sicer dopušča silobransko obrambo tudi pri »neklasičnih neosebni« kazenskopravnih dobrinah, zlasti naravnih dobrinah in okolju.<sup>390</sup> Ker naj bi imela večina t.i. ekoloških deliktov posledice za zdravje konkretnih posameznikov, denimo v primeru, ko gre za onesnaženje določenega vodnega izvira, naj bi ta *de facto* individualizacija pravnih dobrin dopuščala silobranski odziv.

Posebno relevanten in omembe vreden moment zadeva *možnosti silobranskih odzivov pri dobrinsko mešanih kaznivih dejanjih*. Problematika bi praktično terjala lastno monografsko publikacijo, zato moj namen nikakor ni podati celovite analize, temveč le mimobežen pregled nekaterih izhodišč. Pri tem naj najprej referiram in obenem napotim na doktorsko nalogo Oke Johannsena, v kateri avtor obravnava možnost silobranske reakcije skozi štiri različne skupine kazenskopravnega varstva dobrin: alternativno-homogenega, alternativno-heterogenega, kumulativno-homogenega in kumulativno-heterogenega. Avtorjev cilj pri tem je poskus shematične opredelitve skupine kaznivih dejanj, pri katerih bi silobranska obramba zoper napadalčevo dobroto še lahko bila skladna s pravom. Odločilna kriterija za oblikovanje kategorij kaznivih dejanj sta vprašanje (ne)istovrstnosti pravne dobrine v okviru posamezne inkriminacije, torej ali inkriminacija ščiti individualne ali kolektivne dobrine, in vprašanje tipa dispozicije kazenske norme, predvsem ali za kaznivost zadošča poseg v vse ali zgolj v eno izmed dobrin (napadalca). Ob združitvi kriterijev avtor tako pride do zgoraj omenjenih skupin kaznivih dejanj, vendar po mojem mnenju ne poda dovolj natančnih konkretizacij, ki bi privedle do praktičnih rezultatov. Kljub nekaterim pomislekom pa avtor dostavi kvalitetno analizo, ki jo je vredno omeniti že zaradi tega, ker je, kot pravi tudi avtor sam, predstavljena problematika tudi v pomembnejših nemških učbenikih izredno zapostavljena, posledično pa potencialno dogmatično usodna.<sup>391</sup>

Precej bolj elegantno argumente v zvezi s teoretičnimi možnostmi znotraj-inkriminacijskega kombiniranja in njihovimi posledicami izpelje Jansen. Avtorica se pri tem opre na teorijo deljenega neprava in najprej opredeli, da mora biti upravičljivost silobranskega ravnanja, v kolikor je usmerjena proti več (različnim) individualnim dobrinam (storilca ali drugih), presojana za vsak posamezen primer posebej. Nadalje pa v zvezi z različnimi pravnimi dobrinami znotraj kaznivega dejanja, kombiniranimi v smislu logične konjunkcije, zavzame stališče, da za razumevanje upravičljivosti silobranske obrambe zadostuje že opredelitev, da *silobransko ravnanje v delu zadeva individualne pravne dobrine*. Na tak način količina neprava

---

<sup>389</sup> Roxin, Greco, nav. delo, s. 788. Na več mestih to potrdi tudi sodna praksa nemških sodišč, Roxin primeroma navaja npr. RGSt 21, 168; BGHSt 11, 81; BGH StV 1991, 6.

<sup>390</sup> Šepec, nav. delo, 328-329.

<sup>391</sup> Johannsena (nav. delo, s. 22-23) med drugim zmoti dejstvo, da tudi »veliki Roxin« v svojem učbeniku dobrinsko mešanih kazenskih dejanskih stanov sploh ne omenja.

za izpolnitev biti inkriminacije ne more zadoščati, saj v delu, ki zadeva kakšno individualno dobrino, kaznivo dejanje zaradi *manjkajoče polnosti neprava* ne more obstajati.<sup>392</sup>

Drugače svojevrsten kompleks v zvezi s pojmom pravne dobrine predstavlja institut privolitve (ii.) v kazenskem pravu. Če sem pri silobranu zgoraj izhajal iz temeljne tipizacije na individualne in kolektivne dobrine ter se pri tem vprašal po nosilcu pravnih dobrin, je pri privolitvi ključno vprašanje *razpolaganja* in *razpoložljivosti* kazenskopravnih dobrin, v teoriji se pogosto uporablja tujka *disponibilnost* dobrin. Teoretično in »filozofsko« izhodišče tukaj nedvomno predstavlja nemška literatura, kjer pomembnost *posameznika* in *njegovih dobrin* ter v tem okviru *dobrin, ki se jim lahko odpove*, predstavljajo zgodovinsko klasično temo. Privolitev sicer predstavlja enakovreden in avtonomen razlog pravne skladnosti ravnanja, vendar kot pravni koncept oziroma mehanizem pravno-dogmatične analize učinkuje v obratni smeri kot drugi upravičljivostni razlogi. Če je za silobran (in upravičljivo skrajno silo) značilno, da predpisuje kriterije za pravno-skladnost sicer prepovedanega ravnanja oziroma povzročene neprava, gre pri diskusiji o privolitvi v kazenskem pravu za kriterije, ki prepovedanost *šele utemeljujejo*. Ravnanja, usmerjena zoper relevantne individualne pravne dobrine, so namreč *praviloma* skladna s pravom. Privolitev v določeno ravnanje se običajno predpostavlja: spolna penetracija je *praviloma* običajen, sprejemljiv in pogost pojav interpersonalnega intimnega dogajanja, telesna poškodba, ki nam jo prizadevajo tetovator, kirurg, zobozdravnik je morda boleča, a povsem samoumevno sprejemljiva itn. Kazenskopravno relevantne postanejo omenjene situacije šele takrat, ko *veljavna privolitev izostane*.

Takšno stališče zavzame tudi Mona, ki argumentira, da bi bilo drugačno gledanje, po katerem bi denimo konsenzualen spolni akt dogmatično pomenil le »posilstvo s privolitvijo«, izpadlo skrajno groteskno.<sup>393</sup> Po njem torej v primeru silobrana brez težav postavimo tezo, da so telesne poškodbe *praviloma* prepovedane, izjemoma pa pod pogoji silobrana niso, medtem ko bi pri privolitvi takšno sklepanje privedlo do absurdnih položajev. Pravilna opredelitev zato ni »telesne poškodbe in spolne penetracije so *praviloma* prepovedane, izjemoma pa pod pogoji privolitve niso«, temveč »telesne poškodbe in spolne penetracije *brez privolitve oškodovanca so* protipravne«. <sup>394</sup> Mona s tem privolitev opredeli kot konstitutivni element pravnega pravila<sup>395</sup>, posege v individualne pravne dobrine na podlagi privolitve pa ne kot izjemno, temveč kot socialno-tipično stanje. Človekovo ravnanje, ki izpolnjuje bit kaznivega dejanja, tako načeloma na protipravnost ravnanja *indicira*<sup>396</sup>, vendar dokler veljavna privolitev obstaja, ni in ne more biti protipravno. Jasno pa je, da presojanje storilčeve krivde v takšnem primeru, ko nepravdo sploh ni nastalo, postane dogmatično nepravilno in odvečno.

<sup>392</sup> Jansen, Konsequenzen von Rechtsgüterkombinationen (2019), s. 7.

<sup>393</sup> Mona, DIE EINWILLIGUNG (2017), s. 88.

<sup>394</sup> Prav tam, s. 89 in nasl.

<sup>395</sup> To misel Mona kasneje razvije v tezo, da kazensko pravo ne štiti le pravnih dobrin (posameznika), s katerimi ta v okviru privolitve lahko ali pa ne razpolaga, temveč že *posameznikovo možnost razpolaganja z dobrinami*, ki potemtakem postane zlita skupaj z varstvom pravnih dobrin. Glej Mona, nav. delo, s. 157-188.

<sup>396</sup> Prav tam, s. 86.

Zgornja opredelitev pomeni le kratko predstavitev pojmovnega niansiranja. Ker je moj namen le osvetliti točke, kjer do izraza pride ravno pojem pravne dobrine, ne pa obravnavati vse sicer teoretično izredno široko in podrobno razdelane tematike<sup>397</sup> v zvezi s posameznimi instituti, bo obravnava poenostavljena. Če je kazensko pravo namenjeno zaščititi pravnih dobrin, potem privolitev predstavlja mehanizem, ki posamezniku omogoča, da sicer potencialno kaznivo ravnanje naredi skladno s pravim redom. Ključen element tega mehanizma predstavlja pojem *svobode razpolaganja* (*Dispositionsfreiheit; Verfügungsfreiheit*): pravni red posamezniku, katerega pravne dobrine sicer ščiti, pod določenimi pogoji omogoči njihovo prosto razpolaganje. Prvi in bistven pogoj tega razpolaganja predstavlja ravno ustrezna tipizacija pravne dobrine: privolitev se mora nanašati na konkretnega posameznika, ne pa denimo na abstraktno entiteto, kot so družba, skupnost, država. Tako so telesna in spolna nedotakljivost, osebna svoboda, čast in premoženje in podobni klasični primeri (individualnih) dobrin. Avtorji komentarja h Kazenskemu zakoniku pri privolitvi zastopajo stališče, da mora biti dobrina, prvič, disponibilna, nato pa da, drugič, ne sme obstajati določen »družbeni interes po omejevanju sicer razpoložljivih dobrin«, kjer navajajo predvsem poseg v življenje ter hujše posege v telesno integriteto, denimo privolitev v lastno smrt, pohabljenje ali pa prekinitve nosečnosti brez upoštevanja medicinskih pravil.<sup>398</sup> Ravno debata o pravni dobri človekovega življenja, v zvezi s katero se običajno argumentira, da ni polno razpoložljiva, predstavlja eno izmed osrednjih spornih izhodišč. V kaznivo dejanje umora že po definiciji ni mogoče privolitvi. Kaznivo dejanje uboja (na zahtevo), na drugi strani, pa že vrsto desetletij, še posebej pa v luči obširnih diskusij in uvajanj evtanazije znotraj posameznih evropskih držav, predstavlja burno točko (političnih oziroma) kazenskopravno dogmatičnih nestrinjanj. Na tem mestu je vredno omeniti, da ravno diskusija o razumevanju statusa dobrine življenja kot bodisi absolutno nerazpoložljive, omejeno razpoložljive oziroma polno razpoložljive dobrine predstavlja čudovit primer argumentiranja skozi domnevno trdno teoretično prizmo ozkega pravnega področja, ki ta ali oni političen argument zavije v argument sistemske in pravoznanstvene neustreznosti.

### 5.3 Kritična<sup>399</sup> funkcija

Opisane sistemske funkcije izhajajo iz kazenskopravnega sistema kot zaprtega, koherentnega, organiziranega, morda celo kodificiranega polja pravne vednosti. Skoraj vse izmed njih so vsaj v okrnjeni obliki prisotne že ob koncu 19. stoletja, ko Binding in Liszt pojmu pravne dobrine postopno odmerita ključno sistemsko vlogo. Konceptija, ki se vzpostavi šele po sprejetju nemškega *Grundgesetz*, zlasti v 70-ih in 80-ih<sup>400</sup> letih 20. stoletja, pa pojem pravne dobrine razume (tudi) kot kritično merilo, normativ. Na ta način pojem pravne dobrine ni več zgolj metodično orodje pravne znanosti, temveč instrument in argument kriminalitetne politike:

<sup>397</sup> Vprašanj in pogojev pravilne privolitve, zlasti pojasnilne dolžnosti, privolitvene sposobnosti, drugih razlogov za odsotnost upoštevnosti privolitve niti vsebine privolitve zato ne bomo omenjali.

<sup>398</sup> Šepec, nav. delo, s. 330.

<sup>399</sup> Peršak govori o *kritični*, sam se zavzemam za uporabo izraza *kritična funkcija*. Niansa je vsebinsko dokaj prazna, pa vendarle je morda bolj smiselno, da prevzemamo konotacije, ki jih imajo slovenščini že uporabljani *kritična teorija*, *kritična filozofija*, *kritična misel* idr.

<sup>400</sup> Hassemer, *Grundlinien einer personalen Rechtslehre* (1989), s. 86; Appel, nav. delo, s. 279.

govorimo o *kritičnem* oziroma *materialnem* pojmu pravne dobrine, *sistemske*- oziroma *zakonodajnokritičnem* pojmu pravne dobrine, tudi pojmu, ki *sistem transcendirata* (*systemkritischer Rechtsgutsbegriff*, *systemtranszendenter Rechtsgutsbegriff*, *gesetzgebungskritischer Rechtsgutsbegriff*, *materieller Rechtsgutsbegriff*). Tak pojem pravne dobrine, ki naj bi opravljal kritično funkcijo, predstavlja idejo, da mora biti kazenskopravna represija ustrezno omejevana in kritizirana: ni vsakršna inkriminacija dobra inkriminacija, ni vsaka inkriminacija primerna, potrebna in legitimna. Kritični pojem pravne dobrine tako ne gre s sistemom kazenskega prava, temveč poskuša iti *onkraj* njega.

V teoriji je nesporno, da mora biti pojem pravne dobrine, ki naj bi odražal določen vrednostno-kritični potencial, ustrezno vsebinsko koncipiran. Pri tem je bistveno vprašanje normativnega izhodišča, ki ga privzamemo: odgovor je torej v prvi vrsti vrednoten. Pomembno je, da nobena izmed zgoraj v okviru normativističnih pojmovanj obravnavanih variant ni popolnoma napačna. Res je, denimo, da ustava in ustavnosodna presoja nudita pomembne nastavke pri iskanju odgovora na urejanje družbenih razmerij; prav tako je res, da racionalni znanstveni kriteriji dejansko lahko omogočijo identifikacijo dobrin, ki so bodisi navidezne bodisi nesprejemljive zaradi drugega razloga; in nedvomno je posameznica tista, k varstvu in pogojem za svobodno udejanjanje katere naj pravni red stremi. Vendar obenem nobeno izmed izhodišč ni povsem zadostno. Literatura je polna kritik z ene in druge stvari, toda rešitev se najverjetneje nahaja hkrati nad in med vsemi; diskusijo je potrebno, če že, zasukati v smer, ki ne bo predstavljala le »praznega, liberalnega in poljubnega« teoretiziranja. Nekateri očitni primeri, ki se pojavljajo v literaturi, naslavlja kritike predvsem na kazniva dejanja, ki naj ne bi ščitila nobenih »pravih« pravnih dobrin. Pogosto so bila v okviru te debate kritizirana nekatera kazniva dejanja spolnega kazenskega prava, denimo prepovedanost homoseksualnih odnosov,<sup>401</sup> kar je Nemčija dekriminirala šele leta 1994, nato že omenjena inkriminacija incesta, ki naj bi varovala le »gole moralne vrednote«<sup>402</sup>, in pa kaznivo dejanje mučenja živali. Osrednja kritika slednjega temelji na prepričanju, da moralne predstave in čustva ljudi ne morejo oziroma ne smejo predstavljati razloga za inkriminiranje, predvsem pa ne tvorijo nobene pravne dobrine, saj »ne tangirajo na posameznika«.<sup>403</sup>

Če razumemo kazensko pravo kot zadnje sredstvo, ki ga je družba zmožna nasloviti na najbolj škodljiva in zavržna ravnanja, je vprašanje legitimnosti kazenske norme *de lege lata* ali *de lege ferenda* pravzaprav tista osrednja točka, okrog katere pravne norme niso le danosti, ki jih je potrebno sprejemati, temveč le ene izmed možnih rešitev, ki jim družba pripisuje normativno veljavo. Cilj kritične funkcije pravne dobrine mora zato biti v poskušanju spodbujanja diskusije, ki praga kaznovanja posameznika ne jemlje za samoumevnost, temveč kriminalitetnopolitično nujnost. Pri tem pa vloge ne morejo imeti zgolj in samo kazenskopravni teoretiki. Želeti si je potrebno družbo, kjer bo diskusija večplastno zastopana. Več odprtosti, znanosti, teorije, filozofije, morda več civilne družbe torej.

---

<sup>401</sup> Johannsen, nav. delo, s. 57.

<sup>402</sup> Prav tam.

<sup>403</sup> Wohlers, Tierschutz durch Strafrecht? (2016), predvsem s. 426-430.



## 5.4 Primerjalna funkcija

Zgoraj omenjene funkcije se vse sučejo okrog specifičnega pravnega reda. Ko razmišljamo o sistemu kazenskega prava, sicer operiramo z abstraktno idejo, vendar imamo nujno v mislih pravni red prav določene države oziroma določene pravne tradicije. Očitno je, da skoraj izključno referiramo na pravna reda Republike Slovenije in Zvezne Republike Nemčije. Tudi kritična funkcija »kritiko« nujno izvaja glede na izbran postavljen pravni red. Primerjalna funkcija, na drugi strani, pa pojem pravne dobrine razume drugače. Pojem pravne dobrine vzame za nadzgodovinsko in naddržavno kontinuiteto, preko katere primerja, ocenjuje in vrednoti družbeno in politično stanje različnih kazenskih sistemov, nekakšen juridični lakmusov papir torej. V literaturi poskus izvajanja primerjalne funkcije pojma pravne dobrine sicer zasledim le pri nemškem profesorju kazenskega prava Rolandu Hefendehlu, ki ga bom v nadaljevanju na kratko predstavil.

Hefendehl se v članku<sup>404</sup>, objavljenem leta 2012 v reviji *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, loti »dogmatično-empirične« primerjave posebnih delov kazenskih sistemov držav Čila, Nemčije in Španije. Primerjava med tremi naj bi bila mogoča in smiselna, ker sta tako Čile kot Španija v svoj pravni red v veliki meri prenesla in kasneje različno spreminjala prav nemški zakonik iz leta 1876. Hefendehlov cilj je na podlagi kritičnih izhodišč pojma pravne dobrine izvršena analiza, pri čemer posebno pozornost posveti razlikovanju v statističnih deležih kaznivih dejanj, usmerjenih v varovanje bodisi individualnih bodisi kolektivnih dobrin. Že v uvodu avtor posebej izpostavi, da želi na tak način vzpostaviti novo orodje (*Werkzeug*), na podlagi katerega bo mogoče ocenjevati stanje *nekega* kazenskega zakonika. Pri tem izhaja iz predpostavke, da je kazenski zakonik, ki v ospredje postavlja več individualnih kot kolektivnih dobrin, naprednejši, liberalnejši, boljši. Takšno izvajanje se sicer zdi nekoliko problematično, saj zgodovinsko kompleksnost političnega in pravnega stanja določene družbene tvorbe zvede na izključno merilo sestave kazenskega zakonika. S tem zanemari morda bistveno bolj ključne okoliščine družbene resničnosti, ki bi šele odražale dejansko stanje. Nekatere izmed Hefendehlovih tez so:

- i. Kazenski zakonik, ki se osredotoča na pravne dobrine posameznika, je bolj liberalen kot državnoavtoritaren. Poseben dosežek moderne je, da se najprej osredotoča na posameznikove neodtujljive pravne dobrine in šele nato na premoženje.
- ii. Kazniva dejanja, ki ščitijo kolektivne pravne dobrine, sama po sebi niso odraz osredotočenosti na državo. Potrebno je šele upoštevati njihovo strukturo in razlikovati med kazenskopravno zaščito državnih kontingentov, ki so izolirano osredotočeni na državo, in pravne dobrine družbenega zaupanja, ki jih konstituirajo člani skupnosti.
- iii. Kazniva dejanja z obskurnimi pravnimi dobrinami so sadež preživete misli, pri kateri so vlogo vsaj tiho igrale tudi moralne predstave.

---

<sup>404</sup> Vsa v nadaljevanju predstavljena vsebina črpa prav iz omenjenega članka.

- iv. Razporeditev kaznivih dejanj v različne skupine pravnih dobrin odraža samopodobo države in družbe. Starejša in bolj hierarhična kot je kazenskopravna ureditev, bolj postavlja v ospredje kazniva dejanja zoper državo.

Namen ni predstaviti celotne Hefendehlove obravnave, temveč le tiste bistvene elemente, ki v največji služijo predstavitvi ideje funkcije, ki naj bi jo pojem pravne dobrine zmogel opravljati. Osrednji del avtorjevega članka že predstavlja analiza statističnih deležev. Rezultati te so, med drugim, da 56 odstotkov nemškega StGB sestavljajo kazniva dejanja, ki ščitijo individualne dobrine in 37 odstotkov kazniva dejanja, ki ščitijo kolektivne dobrine. Drugače je pri ostalih dveh, pri katerih »kar« 47 odstotkov čilenskega in 51 španskega *Código Penal* sestavljajo kazniva dejanja, ki ščitijo kolektivne dobrine. V primeru, da združimo relativne deleže individualnih dobrin in pa tistih kolektivnih dobrin, ki naj bi bile, bolj žlahtno, konstituirane iz zaupanja posameznikov (*Vertrauensrechtsgüter*, npr. pravna dobrina zaupanja v delovanje trga), pa ugotovimo, da ti pri vseh treh državah znašajo približno 66 odstotkov. Hefendehl lahko na podlagi tega sklene, da Nemčija ni bolj liberalna od ostalih dveh, saj se v ključnih kategorijah odstotki povsem ujemajo. Poleg tega naj bi čilenski in španski kazenski zakonik odražala bistveno večji napredek v smislu, da se je v zadnjih časih relativni delež kaznivih dejanj, ki varujejo obskurne pravne dobrine, znižal na 3 odstotne točke.

S tem Hefendehl pravno dobrino operacionalizira za vrednostno in, nenazadnje, znanstveno oceno kvalitete kazenskih zakonikov držav. Izključni kriterij kvalitete je pridem liberalnost, torej osredotočenost na posameznika. Je to res pravilen način za vpogled v in konstruktivno kritiko stanja družbe?

Četudi je analiza na podlagi primerjalne funkcije pravne dobrine svojevrstno zanimiva, pa ne gre mimo nekaterih pomislekov. Pravni sistem mora, da je na takšen način analiziran, pojem in teorijo pravne dobrine sploh poznati. Z drugimi besedami, pravni sistem mora biti globoko navdihnjen z nemško kazenskopravno teorijo. Poenostavljeno vrednotenje družbenih fenomenov z izključnim merilom sestave kazenskega zakonika ima lahko za rezultat največ ozko fokusiran vpogled v stanje veljavnega prava v izbrani državi. In nenazadnje, pomen pojma pravne dobrine lahko v izbranih državah variira na način, da v praksi in teoriji predstavlja različne kvalitativne vrednosti.

## POJEM PRAVNE DOBRINE IN SLOVENSKA PRAVOZNANSTVENA DISKUSIJA

### 6 Pomen pojma pravne dobrine včeraj in danes

#### 6.1 Pregled temeljne slovenske literature

Slovenski kazenskopravni teoriji je pojem pravne dobrine v delu dobro poznan. Velja pa, kot omenjeno že povsem na začetku, da spada v tisti nabor pravnih instrumentov, ki na našem področju nikoli niso bili podvrženi resni in osredotočeni analizi. To gotovo ne govori proti kvaliteti slovenske kazenskopravne teorije ali veljavnega prava na splošno, temveč je le eden izmed pokazateljev družbenega dejstva, da je bila Republika Slovenija del skupne države, v kateri nemška kazenskopravna teorija upravičeno ali neupravičeno ni bila najbolj upoštevana, ter dejstva, da naš pravni prostor razpolaga s kvantitativno manjšimi (ekonomskimi) kapacitetami, ki bi omogočale velik obseg poglobljenih znanstvenih pravnih analiz. Pojem pravne dobrine je v okviru naše teorije sicer dobro uporabljan zlasti v okviru svojih sistemskih funkcij, pri čemer gotovo izstopa dogmatična. Ker je bilo navedenih že precej primerov tovrstne teoretske aplikacije, bom v nadaljevanju predstavil le njeno skico. Področje, ki pa me na tem mestu bolj zanima, zadeva sistemsko-kritični pojem pravne dobrine: kaj znotraj našega teoretskega polja govori proti in v prid njegovi širši rabi?

Korošec, ki se je s pojmom pravne dobrine znotraj posameznih kompleksov posebnega dela kazenskega prava pri nas morda največ ukvarjal, v članku iz leta 2016 zapiše:

»Redkokatero predhodno vprašanje ima za dogmatiko kazenskega prava tako temeljni izhodiščni pomen, redkokatero je tako ključno za razvoj in razumevanje prav vseh institutov materialnega kazenskega prava in razmerij med njimi, kot je *vprašanje narave in strukture kazenskopravnih dobrin*.«<sup>405</sup> (Poudaril T.O.).

Izjava gotovo ne odraža osamljenega prepričanja, saj je pomen dogmatične funkcije pojma pravne dobrine v naši teoriji kar najlepše razviden iz njene konsistentne izvedbe v obeh zadnjih velikih pridobitvah slovenskega kazenskega prava, Velikega znanstvenega komentarja posebnega dela Kazenskega zakonika in Kazenskega zakonika s komentarjem, ki sicer v veliki meri sledita številnim nemškim sistemskim komentarjem. Tako lahko v naših novih komentarjih denimo beremo, da je kaznivo dejanje sramotitve Republike Slovenije drugačno od kaznivih dejanj razžalitve, obrekovanja, žaljive obdolžitve, opravljanja ali očitanja kaznivega dejanja z namenom zaničevanja, saj da je z njim, drugače, varovana javna in s tem »izrazito disponibilna« pravna dobrina, ki kot »dобрina splošnosti« izključuje uporabo instituta privolitve oškodovanca;<sup>406</sup> da je silobranski odziv zoper kaznivo dejanje posilstva upravičen po splošnih pravilih in da varovana kazenskopravna dobrina spada v posameznikovo

<sup>405</sup> Korošec, Kazenskopravne razsežnosti predrzne in brezobzirne vožnje v cestnem prometu (2016), s. 48.

<sup>406</sup> Šorli, v: VELIKI ZNANSTVENI KOMENTAR Zv. 1 (2018), s. 890.

avtonomijo;<sup>407</sup> da gre pri kaznivem dejanju pridobivanju oseb, mlajših od petnajst let, za spolne namene za ogrožitveno kaznivo dejanje, zaradi česar zadošča že abstraktna nevarnost v odnosu do varovane dobrine;<sup>408</sup> ali pa da mora po sodobni kazenskopravni doktrini razloge izključitve protipravnosti spremljati subjektivni element, ki je pri silobranu obrambna volja, pri skrajni sili reševalna volja, pri privolitvi pa zavedanje, da je tisti, ki z disponibilno dobrino razpolaga, dopustil poseg vanjo.<sup>409</sup> Slovenska kazenskopravna dogmatika se, skratka, za pomen prednosti, ki jih ima pojem pravne dobrine za kazenskopravno dogmatiko, široko zavzema. Naj dejstvo, da razlagalno, sistematizacijsko in procesno funkcijo na tem mestu izpuščam, ne pomeni njihove nepomembnosti, temveč le manjše zastopnosti, ki pa je na tem mestu ne štejem za ključno.

Nekoliko drugačen vtis daje slovenska teoretska klima v razmerju do kritičnega pojma pravne dobrine. Čeprav ta vendarle predstavlja temo študijskega kurikulumuma<sup>410</sup> in je načeloma tudi pomemben element nemške kazenskopravne diskusije v zadnjih desetletjih, na katero se slovenska teorija v veliki meri opira, na našem pravnem področju skoraj ni bil obravnavan. Edino mesto, ki ga zasledim, kjer se znotraj kriminalitetnopolitično diskusije neposredno omenja kritiško (*sic!*) funkcijo pojma pravne dobrine, zaseda prispevek Nine Peršak *Škodljivost dejanja kot vrednostno merilo inkriminiranja*, nastale v okviru raziskovalnega projekta Inštituta za kriminologijo pri Pravni fakulteti, ki je bil namenjen »zagotoviti ustrezne strokovne podlage za kasnejšo reformo kazenskega materialnega prava«<sup>411</sup>. V njem se avtorica zavzame za večjo uveljavitev anglosaškega koncepta načela kazenskopravne škode (*harm principle*) kot usmerjevalnega in vrednostnega nadzorovalca državnega poseganja v slovensko kazenskopravno misel. Pri tem izpostavi, da v kontinentalnem kazenskopravnem sistemu zanj ni primerne nadomestka, kot najbolj, a še vedno ne dovolj ustrezno pa prepozna ravno teorijo poškodovanja pravne dobrine, ki pa ne nudi dovolj.<sup>412</sup> Kritičnega pojma pravne dobrine ne omeni niti Bošnjak, ko si v okviru iste raziskave zastavi vprašanje, kako mora zakonodajalec inkriminirati.<sup>413</sup> Čeprav se v prispevku ukvarja normativnimi mejami ustave in ustavnosti kazenske zakonodaje, pravnih dobrin kot očitne možne reference niti ne omeni.

Kritična funkcija pojma pravne dobrine v slovenski literaturi torej praktično ni zastopana. Ker so načela inkriminiranja tudi teoretsko zelo nepokrito področje, bi bila za slovenski pravni prostor zanimiva izvedba podobne študije, kot je jo v Avstraliji zastavil Lauterwein. Avtor, ki sta mu bila poznana tako široko razdelani anglosaksonski *harm principle* kot nemška teorija

---

<sup>407</sup> Korošec, Novak, Zgaga Markelj v: VELIKI ZNANSTVENI KOMENTAR Zv. 1 (2018), s. 952.

<sup>408</sup> Završnik, v: VELIKI ZNANSTVENI KOMENTAR Zv. 1 (2018), s. 1043.

<sup>409</sup> Šepec, v: KAZENSKI ZAKONIK S KOMENTARJEM (2021), s. 341.

<sup>410</sup> V mislih imam zlasti profesorja kazenskega prava na Pravni fakulteti v Ljubljani Matjaža Ambroža, ki na 2. stopnji bolonjskega študija v okviru predmeta B2 Kazensko pravo in postopek pogosto obravnava načela oziroma teorije kriminalizacije, kjer predstavi tudi teorijo oziroma pojem pravne dobrine.

<sup>411</sup> Šelih, Sodobne usmeritve kazenskega materialnega prava, Predgovor, s. 9.

<sup>412</sup> Peršak, Škodljivost ravnanja kot vrednostno merilo inkriminiranja (2007), s. 28 in 29. Avtorica v veliki meri povzema svojo doktorsko disertacijo oziroma njeno modificirano in pomembno poobjavo, izdano v obliki monografije, delo *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*, zato napotujem tudi nanju. Na to sicer referiram že zgoraj, glej zlasti razdelek Mill, Feinberg pod Alternativno izvajanje.

<sup>413</sup> Bošnjak, Ustavnost kazenskih zakonov (2007), s. 89.

poškodovanja pravne dobrine ter se je hkrati zavedal tudi, da meje in smisel kriminalizacije znotraj avstralske pravnoteoretske sfere takrat niso bile pogost predmet obravnave, je s študijo, ki je izšla v obliki monografije *The Limits of Criminal Law: A Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing*, preko vprašanj »avtoritetam« posameznih pravnih institucij, zlasti profesorjem, sodnikom in odvetnikom, poskušal odgovoriti na vprašanje, kaj avstralska pravna teorija sploh dojema kot omejevanje kazenskopravne represije. Na podlagi odgovorov intervjuvancev je nato prišel do ugotovitev, da v Avstraliji, drugače kot v Nemčiji, avtorji ne prisegajo le na enega izmed pristopov k teoriji kriminalizacije, temveč so njihova mnenja v zvezi s tem precej razpršena ter da obenem nimajo ustreznega teoretskega instrumenta za kritično obravnavo zakonodaje, kot to v Nemčiji predstavlja teorija pravne dobrine, in, končno, da njihova stališča tendirajo h kriminološkimi premislekom, ne pa toliko k pravni argumentaciji, ki bi si prizadevala za vzpostavitev »pravnih kriterijev«. <sup>414</sup> Pri tem so kot glavna argumenta proti enemu pristopu intervjuvanci izrazili pomislek, da v tako ozko razmišljanje v današnji pluralistični družbi iskreno dvomijo, obenem pa, da je kriminalizacija mnogopomenski in multifunkcionalni proces, ki ene skupne teorije ne bi prenesel. <sup>415</sup> Takšna študija za slovenski prostor po mojem mnenju sicer ni potrebna, <sup>416</sup> a odraža zanimiv pristop k problematiki, ki pravzaprav terja prav to: družbeni angažma k razširjeni debati.

## 6.2 Pregled slovenske sodne prakse

Na pomembnost pravne dobrine kot argumentacijskega instrumenta pri odločanju za to ali ono rešitev v konkretni zadevi je bilo nakazano že tekom naloge, zato na tem mestu zaradi ekonomičnosti napotujem predvsem na razdelke Dogmatična funkcija in Razlagalna funkcija. Zlasti udejanjanje slednje je s strani sodne veje oblasti posebej lepo razvidno.

Slovenska sodna praksa pri argumentaciji v veliki meri sledi kazenskopravni teoriji. Danes ni redko, da kakšnega izmed stališč dogmatikov beremo kot ponavljajoči se jedrni stavek sodne odločbe, ki denimo razpravlja o disponibilnosti (razpoložljivosti) določene dobrine. Toda pomembnejše je, da sodna praksa pravzaprav predstavlja mesto diskurza, kjer ima pojem pravne dobrine zelo dolgo tradicijo. Za ilustracijo lahko ponovno navedemo tenor sodbe Zveznega Vrhovnega sodišča Zvezne Republike Jugoslavije iz leta 1957, ki je odločilo:

»Pri odločanju o uporabi predpisov o silobranu intenzivnost oškodovančevega napada na obtoženca ne more presojeti samo s stališča končne posledice napada, temveč je treba upoštevati okoliščine, v katerih je prišlo do napada, kakor tudi sredstvo, s katerim je bil napad storjen, in pravno dobrino, zoper katero je bil usmerjen.« <sup>417</sup>

S tem je sodišče obenem *de facto* zavrnilo del jugoslovanske kazenskopravne teorije, ki je dolgo priznavala doktrino silobrana, po kateri sta se presojala le intenzivnost napada in obrambe, ne pa tudi, kar izpostavi šele sodišče v danem primeru, pravna dobrina in druge okoliščine, v katerih je prišlo do napada.

<sup>414</sup> Lauterwein, THE LIMITS OF CRIMINAL LAW (2020), s. 48 in nasl.

<sup>415</sup> Prav tam, s. 52.

<sup>416</sup> Ne glede na to imam občutek, da bi prikazala podobne rezultate.

<sup>417</sup> Sodba ZVS Kz 19/57, 13. 2. 1957

Zgoraj sem že omenil, da so sodišča tudi v času »socialističnega kazenskega prava« s pojmom pravne dobrine operirala, kar nam je služilo za potrditev teze, da lahko pojem pravne dobrine na našem pravnem področju štejejo za pravoznanstveno kontinuiteto. Takšna ugotovitev delno nujno vodi do sklepa, da je uporaba in grajenje na tem segmentu kazenskopravne teorije nujno in potrebno. Ravno odločitev sodišč, skozi katere pravni pojmi šele zaživijo, so pokazatelj širine pravno-argumentacijskega instrumentarija.

## 7 Prispevek k razumevanju pojma pravne dobrine

### 7.1 Kazenskopravna znanost kot diskurz

Kaj opredeljuje znanstvenost določenega pravnega področja? Z drugimi besedami, kaj so tisti aksiomi, iz katerih izhajamo in ki omogočajo, da pravo znanstvena diskusija poteka (ne)enotno?

Če poenostavim: zasnova kazenskega prava, kot jo poznamo danes, je ozko vezana na obdobje razvoja v 19. stoletju, ki že na začetku postreže s klasičnimi, *modernimi kazenskimi zakoniki*. Ti so kompleks idej francoske revolucije in razsvetljenstva, volje do sistematično urejene vednosti in potrebe po državni intervenciji za poenotenje prava na določenem območju. Ko se razpravlja o kazenskem pravu, celo ob ozki usmerjenosti v pojem pravne dobrine, je predpostavljen obstoj države kot tisti idejni in realni substrat, ki zagotavlja dovoljšno koncentracijo politične moči za izpeljavo kodifikacijskega projekta.<sup>418</sup> Družbene in ekonomske okoliščine ob tem pripeljejo do možnosti in potrebe po vedno bolj intenzivnem ukvarjanju s posameznimi področji veljavnega prava; skladno z naravoslovno-tehničnim razvojem gre razvoj pravne teorije, posebej značilno se začne izdelovati sistem kazenskopravne dogmatike.

Na ta način se vzpostavljajo družbene pozicije, ki pravo proučujejo kot znanstveni objekt sam zase. Koherentno urejanje pravne vednosti pri tem temelji predvsem na dveh pojavih. Prepoznati mora določene objektivno sprejete znanstvene cilje: delitev na splošni in posebni del, vpeljava načela zakonitosti, ukvarjanje z vprašanjem namena kaznovanja so vse odraz skupnega prizadevanja po doseganju *pravne varnosti, predvidljivosti in določnosti*. Brez upoštevanja teh idejnih gonil, utemeljenih na teoriji države in svobodi posameznika, mišljenje kazenskega prava v evropskem pravnem prostoru od tedaj naprej praktično ni več mogoče, novo nastajajoča pravna znanost pa poudarjeno razvija abstraktno analizo človekovega bivanja v družbi. V nemških deželah nastaja koncept, ki ga danes imenujemo *splošni pojem kaznivega dejanja*<sup>419</sup>. Ta predstavlja pravni mehanizem, ki s svojo notranjo logično strukturo omogoči racionalno in enako sodno obravnavo, poenostavlja in spodbuja sistematično uporabo prava ter skozi jasnost, predvidljivost in stabilnost zagotavlja pospešeno udejanjanje kazenskega prava kot primarno praktične<sup>420</sup> znanosti.<sup>421</sup>

Intenzivirano ukvarjanje s fenomeni, ki jih pravni znanstveniki prepoznajo za kazenskopravno relevantne, privede do historično in geografsko razporejenega mnoštva pristopov, metod, šol, ki se z zgoraj omenjenimi cilji ukvarjajo. Ko se zatrjuje, da klasična Bindingova

---

<sup>418</sup> Pri tem Härter (The Influence of the Napoleonic Penal Code (2018), s. 69) poudarja, da glavni namen nemških oblasti v tem obdobju vendarle ni bila humanizacija kazenskega pravosodja niti uvedba boljše pravne varnosti njihovih državljanov ali njihovih civilnih pravic, temveč predvsem zaokroženje in poenotenje (politične) oblasti nad svojim ozemljem.

<sup>419</sup> To pridobitev oziroma nemški sistem kazenskega prava nasploh španski pravni teoretik Enrique Gimbernat Ordeig označi za »eno največjih dosežkov znanosti o človeku« (po Dubber, The Promise of German Criminal Law (2005), s. 4, opomba 13). Trditev gre vzeti z nekaj ščepci soli, a gotovo služi v premislek: na kakšen način je nemška kazenskopravna dogmatika vendarle lahko razumljena kot »boljša« in kaj je merilo, na podlagi katerega do ugotovitev prihajajo avtorji, ki drugih svetovnih kazenskopravnih redov niso študirali?

<sup>420</sup> Prim. Kubiciel, nav. delo, s. 289.

<sup>421</sup> Peršak, CRIMINALISING HARMFUL CONDUCT (2007), s. 96.

kazenskopravna šola stremi k strogim kaznim in retribuciji, progresivna marburška šola z von Lisztom na čelu pa k specialni prevenciji ter razumevanju kaznivega dejanja kot socialnega fenomena in ne le gole negacije državne norme, se s tem ne misli ničesar drugega kot dveh različnih znanstvenih izhodišč istega objekta opazovanja. Z vedno večjim množenjem teoretskih nians se razvije potreba po vpeljavi merila, ki bo omogočalo praktično uporabo domnevno najboljše dogmatske rešitve: ta kriterij povsem samointuitivno imenujemo *pretežno stališče*<sup>422</sup>. Tako denimo današnja ugotovitev, da je kaznivo dejanje povzročitve prometne nesreče iz malomarnosti po prvem odstavku 323. člena Kazenskega zakonika »ogrožitveno kaznivo dejanje z nepravim objektivnim pogojem kaznivosti«, ob sprejemanju kazenske norme v veljavno pravo v času prejšnje skupne države ni bila predvidena.<sup>423</sup> Stališča, ki bi temu nasprotovala, bi bila v manjšini, najverjetneje označena kot *napačna*. Toda kaj konstituira pretežno stališče o danem pravnem pojavu? Uspeh ene ali druge pravoznanstvene metode je odvisen zlasti od njene *politične* in *znanstvene ustreznosti*.<sup>424</sup> Zavračanje teorije o pravni dobri s strani Georga Dahma in Friedricha Schaffsteina na eni ter Schwingejevo priganje subjektivne interpretacije namena posamezne kazenske norme *ad absurdum*, ki naj pravno dobro izpelje kot ideološki cilj skupnosti v nacionalsocializmu, sta primeroma le dva v okviru istega političnega horizonta gibajoča se pravoznanstvena pristopa. Njuna argumenta si političnonazorsko ustrezata, »znanstveno-racionalno« pa si dosego cilja predstavljata drugače.

Strah bi nas moralo biti epistemološko okorelega dogmaticizma, ki pravo jemlje kot vnaprej dano, morda kot izključno »objektivno«. Pomemben vidik, ki ga pravno razmišljanje običajno spregleda, zadeva preprosto zavedanje, da so izbrani pojmi in ideje, ki jih opredeljujemo za znanstvene cilje in instrumente, sami po sebi produkt določenih historičnih kontingenc, družbeno-politične aktivnosti in filozofskih referenc. Pravni izumi, kakršen je tudi pojem pravne dobrine, vendarle *niso objektivno dani* in *ahistorični*, temveč jih je mogoče umestiti v proces (začetka) nastajanja znanstvene vednosti o konkretnem objektu pravnega preučevanja. Da bi lahko to, kar danes imenujemo samoumevnost in del česar je v okviru znanstvenega cilja tudi določena danes in morda že pet, petdeset ali sto let veljavna pravna teorija, razkrili v vseh njenih družbenih specifikah in jo morda lahko *ponovno in bolje začeli misliti*, bi potrebovali najnatančnejšo analizo družbenih razmerij in procesov, ki so se odvijali in se odvijajo še danes. Bi bilo to sploh smiselno, bi bilo to sploh mogoče? Menim, da nam lahko zaenkrat popolnoma zadošča že dovoljšna mera *skepse*. Graditi je potrebno na pravni tradiciji, a hkrati v obzir vzeti družbene okoliščine, ki tendirajo na uveljavitev, ukinitvev ali spremembo te ali one kazenske norme, tistega ali onega zakonskega znaka. Kazenskopravna znanost ne obstaja zaradi sistema, čeprav ji ta nosi ključno formo njenega udejanjanja, temveč zaradi ljudi.

Ukvarjanje s kriterijema politične in znanstvene ustreznosti določene dogmatsko-pravne rešitve predstavlja izredno spolzka tla; ne samo, da takšna analiza nikakor ni namen naloge,

---

<sup>422</sup> *Herrschende Meinung*, večinsko stališče, stališče večine pisateljev idr.

<sup>423</sup> Proti razumevanju nastanka prometne nesreče kot nepravlega objektivnega pogoja (še) leta 2000 sicer ostro nastopi tudi Novoselec (Uveljavitev novega kaznivega dejanja povzročitve prometne nesreče iz malomarnosti (2007), s. 167-168).

<sup>424</sup> Podobno tezo najdem pri Amelungu (Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung (1980), s. 37), ki pravi, da »die Strafrechtslehre als »Dogmatik« ihre Prinzipien nicht als völlig autonome Wissenschaft, sondern unter Mitwirkung der Träger der jeweils etablierten Macht entwickelt«.



obenem v zgodovini predstavlja izredno redek primer kazenskopravnega izvajanja nasploh. Dejstvo je, da so znanstveni cilji, ki sem jih omenil, nujno del določene politične tradicije. Pomembno pa je, da je ta tradicija zaslužna za izreden pravni razvoj. Ker pravo je in naj bo namenjeno človeku, ker besede niso izmerljive in ker so družbena razmerja predmet opisovanja nepoenotenih pristopov, ki do enakih rezultatov ne vodijo preko ponovljivega naravoslovno-računskega eksperimenta, bo kriterij »pravilnosti« venomer zlasti vrednotenjski.<sup>425</sup> Kriterij naj bo človek: ta ga uporablja in je z njim hkrati naslovljen: človeka je potrebno postaviti v središče. Zgoraj omenjenemu primeru nacionalsocialistične teorije, ki želi z do konca prignano dogmatiko ustvariti pogoje za doseganje radikalnih ciljev, lahko na tem mestu ob bok postavimo odločitev rajhovskega sodišča iz leta 1940 v t. i. zadevi kopalna kad (*Badewannen-Fall*)<sup>426</sup>. Pri tej je rajhovsko sodišče dogmatično pozicijo radikaliziralo na drug način: s tem ko privzelo zelo subjektivistično teorijo udeležbe, po kateri je storilec le tisti, ki »ravnanje želi za svoje«<sup>427</sup>, je preprečilo opredelitev po običajni koncepciji ter storilko reduciralo na pomagачico. Na podeželju živeče dekle, zlorabljano s strani očeta, ki jo je lastna mati pregovorila v utopitev otroka, spočetega med očetom in njegovo hčerko, torej obdolženkinino sestro, tako ni bilo obsojeno na smrt, kot je sicer predvidevalo kaznivo dejanje umora. Dogmatika naj bo trdna le, kolikor služi posameznici.

Vsak pravno dogmatični premislek ne sme biti sam sebi namen, temveč mora temeljiti na izčrpnem ozadju specifično pravnih jezikovnih oblik in miselnih zložen, ki znotraj obstoječega sistema šele dobijo smisel. Kazenskopravna znanost kot znanost najbolj represivnih družbenih odzivov na določene vnaprej opredeljene pojave se odvija kot diskurz različnih šol, političnih obdobij, interesov, usmerjenih v natančno preučevanje pravnih pojavov. Pri tem v resnici ni pomembno, ali kazensko pravo označimo za teologijo<sup>428</sup>, praktično znanost<sup>429</sup> ali pa poskušamo njen status znanstvenosti povsem zavreči<sup>430</sup>. Za namene možnosti diskurza o skupno prepoznanih *vrednostno utemeljenih* znanstvenih ciljnih kazenskopravna znanost izumlja, razvija, pridobiva, predvsem pa *širi svoj na teh ciljnih temelječ argumentacijski repertoar*. Ob zavedanju, da pravo ne opisuje izoliranega dogajanja, temveč da lahko ob doseganju znanstvenih ciljev predstavlja tudi instanco družbenega razvoja in kritike, ni kazenskopravna znanost nič drugega kot *družbeni diskurz*<sup>431</sup> *prizadevanj po enotnih, jasnih, predvidljivih normativnih korakih, usmerjenih v varen obstoj človeka in možnosti njegovega razvoja*.<sup>432</sup>

<sup>425</sup> Podobno tudi Kudlich, *Die Relevanz der Rechtsgutstheorie im Verfassungsstaat* (2015), s. 651.

<sup>426</sup> RG, Urteil 3 D 69/40 z dne 19.02.1940.

<sup>427</sup> Ambrož (STORILSTVO IN UDELEŽBA (2014), s. 29. in nasl.) govori o t. i. subjektivnih teorijah storilstva.

<sup>428</sup> Fletcher, *THE GRAMMAR OF CRIMINAL LAW* (2018), s. 118.

<sup>429</sup> Kubiciel, *DIE WISSENSCHAFT VOM BESONDEREN TEIL* (2013), predvsem s. 289 in nasl.

<sup>430</sup> Schaffo, *STRAFRECHT ZWISCHEN WISSENSCHAFT UND SZIENTISMUS* (2018), s. 6 in nasl.

<sup>431</sup> K temu pravzaprav pozove tudi Ambrož (O vplivu kriminalitetne politike na kazenskopravno dogmatiko (2017), s. 12), ko obravnava razmerje med kazenskopravno dogmatiko in kriminalitetno politiko: »Manj škode je torej, če kriminalitetnopolitičnih preudarkov pri pripisovanju kazenske odgovornosti ne prikrivamo, ampak o njih odkrito govorimo.«

<sup>432</sup> S tem pa se po Grecu (*Strafrechtsdogmatik, Strafrechtswissenschaft* (2014), s. 142) pomembno zoperstavlja vzklikom gole oblasti »kaznujte, usmrtite ga«.

## 7.2 Pojem pravne dobrine kot element diskurza

Menim, da nas ukvarjanje z ontološkimi globinami pravnih pojmov ne bo pripeljalo daleč. Ne trdim, da je to povsem nesmiselno ali nepotrebno, le s skepso opazujem poskuse *končnih opredelitev* pojavov, ki sami na sebi niso končno opredeljivi. Celovito definiranje pojma pravne dobrine je nemogoča naloga. Opredelitev tega, kaj pravzaprav *je* pravica, podobno lahko pripelje le do debate, kjer bo število pojmovanj ustrezalo številu prisotnih v dvorani kumulativno skozi vsa časovna obdobja. Dejstvo, da bo ta debata obstajala, je samo na sebi izrednega, ključnega pomena. Toda s tem ne bi dosegli končnosti, morda ahistoričnosti določenega pojma; nova družbena okoliščina, nova tehnologija, nova posameznica bo iznašla spet novo bistro nianso in morebiti ovrгла tezo včerajšnjih velikanov.

Pojem pravne dobrine ni naključna izrazna figura. Pojem pravne dobrine predstavlja skozi zgodovino kontinentalnega kazenskega prava razvijajoč se pravo-znanstveni izum, ki sčasoma postane tesno vpet v celoten sistem kazenskega materialnega prava. V kazenskem pravu torej pojem označuje določen tehnični termin, ki se »kot delček splošnega pravnega argumentacijskega repertoarja pri obravnavi specifičnih vprašanj kaže kot področno-specifična miselna figura«<sup>433</sup>. Vendar pri tem pojem pravne dobrine ne sme biti le metodičen pojem, vzhajajoč v epistemološko zavrtem svetu dogmaticizma. Če pojem skozi svoje sistemske funkcije nudi ključno teoretsko vrzel, ki povezuje in nadgrajuje sistem, pa naj hkrati tudi omogoči, da preko svoje kritične funkcije pridobi vlogo pomembnega teoretskega instrumenta za obravnavo kriminalitetnopolitičnih izzivov.

Posamezna, četudi povsem dogmatska rešitev ima v pravu nujno vsaj določen substrat politične ustreznosti.<sup>434</sup> V kolikor nekdo trdi, da se od političnih tem oddaljuje in se želi ukvarjati le s »čisto pravno znanostjo«, zatorej morda le nadaljuje tradicijo določene (ne)ustreznosti. Tudi »golo ukvarjanje« s pojmom pravne dobrine lahko implicite zahteva avtomatsko prevzemanje zastarelih in nezaželenih etičnih nastavkov, denimo v smeri, da je kazenskopravna intervencija ob incestu ustrezna, ali pa da mora biti splav prepovedan, ker je *nasciturusova* dobrina življenja vredna več od materine avtonomije in dostojanstva. V današnjem evropskem pravnem prostoru se teorija pretežno giblje v okviru liberalne usmerjenosti (kazenskega) prava, v okviru katere nato poteka niansiranje partikularnih znanstvenih pristopov. V okviru te pomembno vlogo nosi ravno pojem pravne dobrine, za katerega nekateri celo napačno trdijo, da pravzaprav »implicira liberalno razsvetljsko razmišljanje«<sup>435</sup>. Naj ponovim: potrebujemo kazensko pravo, ki je usmerjeno v človeka. Kolikor nam lahko teorija pravne dobrine pri relativni fiksaciji na posameznico pripomore, jo je potrebno izkoristiti.

Pojem pravne dobrine ni le metodičen pojem, je tudi *mejni pojem*, saj znanost kazenskega prava obenem povezuje in jo poskuša prebijati. Pretežno stališče naše kazenskopravne znanosti je, da je namen kazenskega prava ravno *varovanje pravnih dobrin*. Gre za klasično dikcijo, ki jo najdemo vsaj v vsaki izdaji Kazenskega prava.<sup>436</sup> Slovenska teorija pri tem potrebuje dodatno teoretsko spodbudo, kjer lahko v kazenskopravnem in širšem diskurzu sodeluje predvsem

<sup>433</sup> Opredelitev si sposojam pri Lautmann, nav. delo, s. 611.

<sup>434</sup> Prim. Ambrož, O vplivu kriminalitetne politike na kazenskopravno dogmatiko (2017), v celoti.

<sup>435</sup> Prim. Marx, nav. delo, s. 5, 15; Hassemer, Neumann, Vorbemerkungen zu §1 (2013), s. 115.

<sup>436</sup> Prim. Bavcon *et al.*, nav. delo (2017), s. 49, 143-155, 204-209.

pojema pravne dobrine kot njegov pomemben *element*. V nadaljevanju se bom kratko dotaknil še dveh ključnih vidikov in nastavkov, ki bi lahko slovensko materialno kazensko pravo nadgradili.

### 7.2.1 Sistemsko-znanstveni vidik

Sistemsko-znanstveni je prvi in najbolj očiten vidik pojma pravne dobrine kot elementa kazenskopravnega diskurza. Ker že zdaj predstavlja zares ključen del slovenske kazenskopravne dogmatike, ga je potrebno spodbujati in nadgrajevati.

V okviru slovenskega kazenskega prava je sistemsko-znanstveni vidik pojma pravne dobrine načeloma široko zastopan, zato je brezpredmeten dvom, da slovenska kazenskopravna znanost tudi v nadaljnjem ne bi sledila razvitim trendom. Pomembna tema, s katero se mora začeti slovensko kazensko pravo globlje in širše ukvarjati, pa je področje *kolektivnih dobrin*. Nadnacionalni in nadindividualni, celo globalni pojavi, s katerimi se soočamo danes, vedno bolj zadevajo dobrine, ki niso strogo razpoložljive in v domeni posameznega nosilca, temveč se nanašajo na *skupnost posameznikov*. Preučiti je potrebno, ali in v kakšni meri je slovensko kazensko pravo takim pojavom kos ter kakšne posledice ima to za sistem kot celoto. V tuji literaturi pogosto srečujemo izraze kot so »tendencia dematerializacije kazenskega prava«<sup>437</sup>, češ da zakonodajalci obsesivno in pogosto sprejemajo nova kazniva dejanja, ki več ne zadevajo otipljivih pojavov, temveč so usmerjeni v nepremišljene abstraktne entitete.<sup>438</sup> Z dovolj napora bo kazenskopravna znanost te pojave sicer obvladala, zato strah pred »krizo kazenskopravne dogmatike«, kot se izraža v nekaterih tekstih, ni potreben. Jasno je, da kazensko pravo ekološke katastrofe ne bo reševalo, temveč mora to reševati skupna politična akcija. Toda pravo se na družbene pojave odziva; dejstvo, da se družba nahaja globoko v obdobju antropocena, mora zato imeti posledice tudi znotraj veljavnega kazenskega prava. Pri tem pa nam lahko pomagajo tudi nekateri izmed zgoraj že omenjenih kriterijev oziroma poskusov opredelitev. Nekaj konkretnjših izzivov našemu kazenskopravnemu diskurzu so denimo lahko: kdaj štejejo, da inkriminacija zadeva kolektivno dobro? Kako ločiti abstraktno ogrožitev individualne dobrine od poškodbe kolektivne dobrine? Naj bo inkriminacija, ki štiti le »navidezno« pravno dobro, legitimna, in kako jo prepoznati?

### 7.2.2 Družbeno-kritični vidik

Pomemben aspekt naloge je poskušati zagotoviti tudi vsaj delni zgodovinski in teoretični vidik pojma pravne dobrine, ki zadeva vprašanje kriminalitetnopolitičnega opredeljevanja. Prepričano lahko trdim, da nam noben izmed obstoječih nastavkov znotraj teorij kriminalizacij ne more podati enoznačnega odgovora in končno opredeliti, katero ravnanje je potrebno postaviti pod kazen in koliko kazni si pravzaprav zasluži. Kritična funkcija, ki naj bi po mnenju nekaterih pojema pravne dobrine odlikovala, bo v praksi zelo težko zagotovila praktično rešitev.

<sup>437</sup> Hirsch, nav. delo, s. 132; Ambos, *The Overall Function* (2015), s. 318. Glej tudi Krüger, *DIE ENTMATERIALISIERUNGSTENDENZ BEIM RECHTSGUTSBEGRIFF* (2000), v celoti.

<sup>438</sup> Podobno tudi Ambrož (*O vplivu kriminalitetne politike na kazenskopravno dogmatiko* (2017), s. 10), ko v zvezi z zadnjimi primerjalnopravnimi trendi pravi, da je »zakonodajalec, ki dosledno in premišljeno vgrajuje kriminalitetnopolitične preudarke v kazenske norme [...] prej fikcija kot resničnost«.

Poskusi opredeljevanja so kljub temu zaželeni: teorija se vendarle ne bo razvijala sama od sebe, vnaprejšnje obsojanje na propad pa je lahko enako usodno. Če primeroma vzamemo Johannsenov poskus »materializacije od spodaj«<sup>439</sup>, bomo tudi ob iskreni želji slediti avtorjevemu napotkom težko izoblikovali inkriminacijo, ki bi idealno sovpadala tako z »racionalnimi kriteriji« kot z našim kriminalitetnopolitičnim ciljem. Ker pa pojem pravne dobrine nesporno predstavlja osrednji koncept našega kazenskega prava, je pomembno, da ga razvijamo na način, da nam bo najbolj koristil.

Ob tem ne smemo pozabiti, da so meje kazenskopravne znanosti v zagotovitvi diskurza o problematiki, ki jo bomo nato vrednostno napolnjevali. In ni smiselno, da diskurz še dodatno ozko zamejemo z izbiro končnih metodoloških pristopov. Kritični pojem pravne dobrine je potrebno pravnoteoretsko in kriminalitetnopolitično povezati na način, da bo naše pravo dovolj notranje homogeno, konsistentno, ter obenem dovolj odprto pred nevarnostmi dogmatizma. In golo dejstvo, da nemško Zvezno ustavno sodišče kot »instanca *par excellence*« teorijo o poškodovanju pravne dobrine zavrača, še ne pomeni, da je njen pomen ničeln, temveč morda le dodatno poziva k debati, ki bo vključevala še ustavnopravne pomisleke. Kriminalizacijo in kaznovanje je morda potrebno ponovno in bolje premisliti. Za ta namen pa lahko brez težav za karseda široke možnosti diskusije v prihodnosti vprežemo tudi ostale koncepte: ne le kritični pojem pravne dobrine, tudi ostali koncepti, denimo *harm principle* naj bodo v pomoč. Tudi najbolj racionalni kriteriji, ki si jih lahko zamislimo, da bi lahko zagotavljali *prave* pravne dobrine, bodo dopuščali širok manevrski prostor, znotraj katerega bo odločitev morda zamejena, in to je tudi zdaj, a še vedno ne dovolj točna. Kje postaviti mejo »škodljivosti« določenega ravnanja? Ob utemeljevanju veljavnosti katerekoli kazenske norme se bo vendarle potrebno opreti na utemeljitev, ki je zunaj nje.<sup>440</sup> Zato se zdi smiselno graditi teorijo hkratnega upoštevanja več pristopov, ki bi upoštevala »najboljše izmed vseh svetov«.

Povsem ilustrativno naj navedem primer inkorporacije teorij, kot so ga izvršili na Finskem. Finci so se s konceptom poškodbe pravne dobrine srečali predvsem preko del Hassemerja in Amelunga, posebej skozi njuni osrednji deli, ki še danes predstavljata pomembni referenci pri obravnavi problematike varstva pravnih dobrin, kasneje pa so to teorijo implementirali v povečini prekrivajoč se koncept *oikeushyva*, ki ima znotraj finskega kazenskega prava pomembno vlogo.<sup>441</sup> V 90-ih letih, ko so se z vprašanji namenov in ciljev sprejemanja nove zakonodaje posebej ukvarjali, so ustanovili Komisijo za ustavno pravo, v okviru katere se je med drugim široko razpravljalo o javnem interesu za sprejetje tega ali onega kaznivega dejanja. Komisija je pri obravnavi posameznih kaznivih dejanj izmed 7 različnih kriterijev upoštevala tudi sorazmernost posamezne inkriminacije, kjer je imel odločilno vlogo ravno pojem pravne dobrine.<sup>442</sup> Ključno za njih je bilo, da je kaznivo dejanje sorazmerno zlasti takrat, kadar resnično varuje določeno pravno dobrino. Diskusija se je sicer nadaljevala tudi preko sodišč,

---

<sup>439</sup> Za bolj podrobno glej razdelek zgoraj Vprašanje kriterijev.

<sup>440</sup> Novak, NARAVA IN MEJE ZAVEZUJOČE MOČI PRAVA (2003), s. 11.

<sup>441</sup> Frände, *Rechtsgut as a Finnish Concept* (2012), s. 19.

<sup>442</sup> Prav tam, s. 23.

vendar Frände pravi, da v kazenskem pravu pojem pravne dobrine ni doživel enotnega konsenza.<sup>443</sup>

Primer se mi zdi zanimiv, saj je v literaturi edini, kjer se izvajanje kriminalitetnopolitično-pravne diskusije poskuša implementirati v specifičen institucionalni okvir. Globoko se zavedam, da teoretski koncepti sami po sebi ne bodo postavljali veljavnega prava, kaj šele, da bi jih bil zakonodajalec primoran upoštevati. Toda misel naj ostane: diskurz je nujno potreben.

---

<sup>443</sup> Prav tam, s. 25.

## 8 Sklepno

Cilj naloge je bil poskus sistematične in večplastne obravnave ene izmed temeljnih pravnih figur sodobne pravne teorije in veljavnega prava nasploh: pojma pravne dobrine. Kot sem napovedal že v uvodu, se mi zdi edini smiseln pristop k obravnavi tako temeljnih in pomembnih pravnih konceptov ta, ki si v razpravo prizadeva vključiti tudi (in predvsem) vidike, ki gredo onkraj gole pozitivnopravne analize. Tak pristop pa se mi zdi *a fortiori* pomemben tudi zaradi dejstva, da podobne analize na slovenskem pravnem področju še nimamo. Kolikor je ta poskus uspel, naj presodi bralec sam; v vsakem primeru menim, da se pojem pravne dobrine tako v pravni teoriji kot v pravni praksi na številne načine izkaže za nepogrešljiv element.

### 8.1 K prvemu delu

V prvem delu, kjer sem obravnaval zgodovinsko-teoretični vidik pojma pravne dobrine, sem si poskušal odgovoriti na vprašanje, kako je pravni koncept, ki je danes samoumeven in ki ga (predvsem v tuji literaturi) označujejo za osrednjega v (kazensko)pravnemu sistemu, sploh nastal. Zanimala so me presečišča, razlogi in posledice njegovega »nastanka«. Ugotovil sem, da je mogoče njegov postopen razvoj razumeti in predstaviti predvsem preko del nekaterih osrednjih osebnosti v zgodovini nemškega kazenskega prava, tj. Paula Anselma von Feuerbacha, Johanna Franza Birnbauma, Karla Bindinga in Franza von Liszta. Pri tem pa je razvoj pojma napačno razumeti kot linearen, saj na različne načine le odraža teoretikovo specifično razumevanje prava, pristop k njegovemu proučevanju kot tudi vsakokratne družbene okoliščine. Četudi poskuša moja obravnava v temelju prepoznati nove pomembne poudarke, ki jih posamezen avtor izpostavi, je potrebno razvoj kazenskopravne znanosti tudi v tem delu razumeti skozi vsakokratno dialektiko obstoječega in nastajajočega. Moja zgodovinska obravnava nikakor ni bila celostna, poleg pristopa pa jo je zamejila tudi nemožnost dostopanja do nekaterih pravnih virov. Ne glede na to sem uspel priti do bistvene ugotovitve: pojem pravne dobre *ni ahistorična kategorija*, ki bi jo bilo potrebno brezkompromisno sprejemati, temveč pravoznanstvena pridobitev, ki se v pravni teoriji in pravni praksi v bistvenem razvije šele ob koncu 19. in začetku 20. stoletja. Od takrat naprej predvsem znotraj kazenskopravnega sistema predstavlja osrednjo točko, okrog katere je mogoče nadaljnje (vrednostno) razvijanje pravne teorije. Pravna dobrina tako ne postane »le« vrednostni temelj samega kazenskopravnega sistema, temveč tudi osrednja referenca pri kaznovanju in postopnem razvijanju kazenskopravne dogmatike.

Dinamiko osrednje vloge pojma pravne dobrine, ki jo omenjam, je posebej zanimivo opazati v obdobjih, kjer ta postane predmet ideološkega prevpraševanja. Preko analize nacionalsocialistične literature sem ugotovil, da je teorija poškodovanja pravne dobrine že na začetku postala osrednji kamen spotike nacionalsocialističnih kazenskopravnih teoretikov, ki so jo praviloma zavračali kot »preveč liberalno« in s tem že po definiciji zavržno. Ker so bili napor, da bi jo nadomestili, v praksi neuspešni, predvsem pa je težavo posledično predstavljala dogmatična praznina, je pojem pravne dobrine preživel, a z določeno nadgradnjo: okrepan ga je bilo potrebno z razlagalnimi metodami, ki so v ospredje postavljale nacionalsocialistične vrednote.

Posebej sem obravnaval tudi kazenskopravno teorijo jugoslovanskega oziroma socialističnega jugoslovanskega obdobja. Znotraj te sem sicer prepoznal številne tendence, ki so razvoj pojma pravne dobrine na našem pravnem področju omejili in ga nadomestili s posebnimi instituti, denimo institutom družbene škodljivosti ravnanja, vendar sem obenem prišel do ugotovitve, ki je posebej povedna tudi za današnje slovensko kazensko pravo: pojem pravne dobrine je bil tudi takrat vsaj v določenem dogmatičnem delu, predvsem pri vprašanjih protipravnosti ravnanja, razvit in uporabljan, z njim pa ni operirala pravna teorija, temveč predvsem in zgolj sodna praksa. Na podlagi tega je mogoče pojem pravne dobrine na našem pravnem področju razumeti kot *pravoznanstveno kontinuiteto*, ki jo je smiselno tudi v nadaljevanju teoretsko razvijati.

## 8.2 K drugemu delu

Po zgodovinski obravnavi sem poskušal pojem pravne dobrine predstaviti skozi širino dilem, opredelitev in značilnosti, ki so lastne njegovi današnji koncepciji. Ugotovil sem, da teorija na številne načine ne uspe zagotoviti enoznačnih odgovorov, kar lahko obenem razumemo kot njen poraz, saj gre vendarle za eno pomembnejših (kazensko)pravnih figur sodobnega (kazenskega) prava, obenem pa kot le še en odraz dejstva, da pravo včasih izredno težko ponudi celostne in končne opredelitve; vrednotenje je namreč izmuzljiv proces. Tako v temeljni literaturi in pravnih virih s tega področja ni mogoče najti strinjanja glede tega, kaj pravna dobrina pravzaprav je, umanjka nam torej splošno sprejeta definicija, a se hkrati kot pomemben pandan kaže vrednostno merilo, ki v središče postavlja človeka. Če torej vemo, čemu naj koncept služi, morda njegove točne definicije sploh ne potrebujemo. Pri tem pa se v zgodovini pravne misli pomembno loči med dvema temeljnima pristopoma k pojmovanju pravne dobrine: med *pozitivističnim*, ki pravno dobrino razume kot izključno pravno kategorijo, in *normativističnimi* pristopi, ki v pojmu pravne dobrine vidijo predvsem priložnost za revizijo in kritiko obstoječega in prihodnjega veljavnega prava. Če naj kazensko pravo varuje le pravne dobrine, vsako posamezno kaznivo dejanje pa specifično pravno dobrino, potem je za zagovornike pojma pravne dobrine kot merila legitimnosti ključno, da se ne zadovoljimo že z vsako rešitvijo, temveč poskušamo zagotoviti ustrezen vrednostno-racionalni okvir, kriterije, teoretske nastavke, ki naj zakonodajalca usmerjajo. Ugotovil sem, da ti poskusi do sedaj ne nudijo dovolj in da so na več načinov vnaprej obsojeni na propad. Predvsem se zdi naivna tista ideja, ki pojem pravne dobrine interpretira kot koncept, ki je realno sposoben omejevati vsakokratnega kazenskega zakonodajalca.

Osrednji del drugega dela predstavlja razdelek o funkcijah pojma pravne dobrine. Za te ugotavljam, da jih lahko ločimo na tiste, ki so lastne sistemu, in tiste, ki gredo onkraj njega. Med prve spadajo *sistematizacijska*, *procesna*, *razlagalna* in *dogmatična*, ki znotraj slovenskega veljavnega prava in pravne teorije vse pomembno prispevajo, pri čemer pa gotovo izstopata razlagalna in dogmatična. Prva predvsem sodiščem predstavlja pomembno *argumentacijsko sredstvo*, druga pa je absolutno ključnega pomena pri številnih *dogmatičnih* vprašanjih, zlasti v okviru prvega in drugega elementa splošnega pojma kaznivega dejaja. Med funkcije, ki gredo onkraj pravnega sistema kot zaprtega sistema pravil, uvrščam *kritično* in *primerjalno* funkcijo. Kritična funkcija je osrednjega pomena predvsem pri diskusiji o

legitimnosti kaznivih dejanj in predstavlja način (akademskega) soočanja z neustreznimi zakonodajnimi rešitvami. Primerjalna funkcija pa si za predmet obravnave vzame različne pravne sisteme in jih poskuša analizirati glede na dobrinsko zastopanost, na kar se v nalogi tudi kritično odzovem. S funkcijami pojem pravne dobrine šele zaživi, preko njih pa je tudi najbolj plastično mogoče potrditi njegovo konceptualno osrednjost. Na številne načine namreč predstavlja začetni, vmesni ali končni argument za razrešitev konkretnega pravnega vprašanja.

### **8.3 K tretjemu delu**

V zadnjem delu sem najprej poskušal odgovoriti na vprašanje, na kakšne načine slovenska (kazensko)pravna teorija s pojmom pravne dobrine že operira in kje so možnosti za izboljšave. Kot je razvidno predvsem iz drugega dela naloge, je slovenska kazenskopravna teorija precej razvita v delu, kjer je pojem pravne dobrine dojemana kot sistemski element veljavnega pozitivnega prava. Pomemben argument za potrditev te teze predstavljata predvsem nedavna Veliki znanstveni komentar posebnega dela KZ-1 in Kazenski zakonik s komentarjem, ki teorijo pravne dobrine konsistentno in razvejano aplicirata. Pojem pravne dobrine torej v pomembnem segmentu nudi ključno oporo slovenski pravni znanosti, zaradi česar se zdi njegovo nadaljnje razvijanje edini smiseln zaključek. Toda slovensko pravo ne bo ostalo brez izzivov: ker bodo globalni, ekološki, skratka nadindividualni pojavi predstavljajo vedno bolj perečo temo, bo potrebno za razumevanje teh kriminalitetnopolitično aktualnih pojavov teorijo še dodatno poglobiti. Način, na katerega je mogoče odgovore in rešitve doseči, poskušam na koncu tretjega dela zarisati tudi sam: potrebno bo iskati ustrezno ravnotežje med dogmaticizmom in širšo obravnavo pravne problematike, razpreti kazenskopravni *diskurz* in pravo usmerjati na način, da bo usmerjeno v *posameznico*.



## Literatura

### MONOGRAFIJE

Accetto, Matej; Ahtik, Meta; Dugar, Gregor; Fajfar, Tanja; ... Zupančič, Karel: PRAVNI TERMINOLOŠKI SLOVAR, Založba ZRC, Ljubljana 2018.

Ambrož, Matjaž: STORILSTVO IN UDELEŽBA V KAZENSKEM PRAVU, GV Založba, Ljubljana 2014.

Ambrož, Matjaž: KAZNIVO DEJANJE IN NJEGOVE VREDNOSTNE PRVINE, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2007.

Amelung, Knut: RECHTSGÜTERSCHUTZ UND SCHUTZ DER GESELLSCHAFT, Athenäum-Verlag, Frankfurt ob Majni 1972.

Bavcon, Ljubo: KRIMINALNA POLITIKA IN NJENE TENDENCE V SOCIALISTIČNI DRUŽBI, Cankarjeva Založba, Ljubljana 1958.

Bavcon, Ljubo; Bele, Ivan; Kobe, Peter; Šelih, Alenka: KAZENSKI ZAKON SFR JUGOSLAVIJE: S POJASNILI, SODNO PRAKSO IN LITERATURO, Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1984.

Bavcon, Ljubo; Šelih, Alenka: KAZENSKO PRAVO: SPLOŠNI DEL, ČZ Uradni list SRS, Ljubljana 1987.

Bavcon, Ljubo; Šelih, Alenka; Korošec, Damjan; Ambrož, Matjaž; Filipčič, Katja: KAZENSKO PRAVO: SPLOŠNI DEL (6. izdaja), Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2017.

Binding, Karl: DIE NORMEN UND IHRE ÜBERTRETUNG: EINE UNTERSUCHUNG ÜBER DIE RECHTSMÄSSIGE HANDLUNG UND DIE ARTEN DES DELIKTS: ERSTER BAND, Wilhelm Engelmann Verlag, Leipzig 1872.

Binding, Karl; Hoche, Alfred: DIE FREIGABE DER VERNICHTUNG LEBENSUNWERTEN LEBENS: IHR MAß UND IHRE FORM, Felix Meiner Verlag, Leipzig 1920.

Binding, Karl: GRUNDRISS DES DEUTSCHEN STRAFRECHTS: ALLGEMEINER TEIL (Ponatis 8. izdaje »Leipzig 1913«), Scientia Verlag, Aalen 1975.

Binding, Karl: HANDBUCH DES STRAFRECHTS (Ponatis izdaje »Leipzig 1885«), Scientia Verlag, Aalen 1991.

Bolha, Janez; Bele, Ivan: KAZENSKO MATERIALNO PRAVO: KAZENSKI ZAKON SR SLOVENIJE, Vrhovno sodišče SR Slovenije: Center za samoupravno normativno dejavnost, Ljubljana 1983.

Bung, Jochen: WISSEN UND WOLLEN IM STRAFRECHT: ZUR THEORIE UND DOGMATIK DES SUBJEKTIVEN TATBESTANDS, Vittorio Klostermann Verlag, Frankfurt ob Majni 2009.

Dahm, Georg; Schaffstein, Friedrich: LIBERALES ODER AUTORITÄRES STRAFRECHT?, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1933.

- Dahm, Georg: DER TÄTERTYP IM STRAFRECHT, Theodor Weicher Verlag, Leipzig 1940.
- Dolenc, Metod; Maklecov, Aleksander: SISTEM CELOKUPNEGA KAZENSKEGA PRAVA KRALJEVINE JUGOSLAVIJE, Tiskovna zadruga, Ljubljana 1934.
- Donini, Massimo: STRAFRECHTSTHEORIE UND STRAFRECHTSREFORM: BEITRÄGE ZUM STRAFRECHT UND ZUR STRAFRECHTSPOLITIK IN ITALIEN UND EUROPA, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin 2006.
- Dubber, Markus Dirk: THE DUAL PENAL STATE: THE CRISIS OF CRIMINAL LAW IN COMPARATIVE-HISTORICAL PERSPECTIVE, Oxford University Press, Oxford 2018.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm; Mittermaier, Carl Joseph Anton: LEHRBUCH DES GEMEINEN IN DEUTSCHLAND GÜLTIGEN PEINLICHEN RECHTS, Georg Friedrich Hayer Verlag, Giessen 1847.
- Fletcher, George P.: THE GRAMMAR OF CRIMINAL LAW: AMERICAN, COMPARATIVE AND INTERNATIONAL: VOLUME ONE: FOUNDATIONS, Oxford University Press, Oxford 2018.
- Fraenkel, Ernst: DVOJNA DRŽAVA, Založba Cf, Ljubljana 2019.
- Fuchs, Helmut; Zerbes, Ingeborg: STRAFRECHT: ALLGEMEINER TEIL I: GRUNDLAGEN UND LEHRE VON DER STRAFTAT (10. izdaja), Verlag Österreich, Dunaj 2018.
- Gössel, Karl Heinz: STRAFRECHT: BESONDERER TEIL (Bd. I): DELIKTE GEGEN IMMATERIELLE RECHTSGÜTER DES INDIVIDUUMS, C. H. Müller Verlag, Heidelberg 1987.
- Hefendehl, Roland: KOLLEKTIVE RECHTSGÜTER IM STRAFRECHT, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München 2002.
- Hegel, Friedrich Wilhelm Georg: GRUNDLINIEN DER PHILOSOPHIE DES RECHTS ODER NATURRECHT UND STAATSWISSENSCHAFT IM GRUNDRISSE, Suhrkamp Verlag, Frankfurt ob Majni 1986.
- Hörnle, Tatjana: GROB ANSTÖSSIGES VERHALTEN: STRAFRECHTLICHER SCHUTZ VON MORAL, GEFÜHLEN UND TABUS, Klostermann Vittorio Verlag, Frankfurt ob Majni 2004.
- Jakobs, Günther: STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL: DIE GRUNDLAGEN UND DIE ZURECHNUNGSLEHRE (2. izdaja), Walter De Gruyter, Berlin, New York 1991.
- Johannsen, Oke: STRAFTATBESTÄNDE ZUM SCHUTZ MEHRERER RECHTSGÜTER: ZUGLEICH EIN BEITRAG ZUR RECHTSGUTSBESTIMMUNG DURCH AUSLEGUNG, Verlag Dr. Kovač, Hamburg 2019.
- Kaufmann, Arthur: RECHTSPHILOSOPHIE UND NATIONALSOZIALISMUS, Moser & Scheuermeier, Basel 1984.
- Kelsen, Hans: PURE THEORY OF LAW, The Lawbook Exchange (5. ponatis), Clark, New Jersey 2008.

Köbler, Gerhard: JURISTISCHES WÖRTERBUCH: FÜR STUDIUM UND AUSBILDUNG (17. izdaja), Verlag Franz Vahlen, München 2018.

Korošec, Damjan: PRIVOLITEV OŠKODOVANCA V KAZENSKEM PRAVU: PRIMERJAVA DVEH KAZENSKOPRAVNIH SISTEMOV (doktorska disertacija), Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Ljubljana 1997.

Korošec, Damjan: SPOLNOST IN KAZENSKO PRAVO, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2008.

Korošec, Damjan; Ambrož, Matjaž; Filipčič, Katja; Jakulin, Vid: MATERIALNO KAZENSKO PRAVO: SPLOŠNI DEL: JUDIKATURA SLOVENSКИH SODIŠČ (2. izdaja), Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2017.

Korošec, Damjan; Filipčič, Katja; Zdolšek, Stojan (ur.): VELIKI ZNANSTVENI KOMENTAR POSEBNEGA DELA KAZENSKEGA ZAKONIKA (KZ-1) (Zv. 1, 2, 3), Uradni list Republike Slovenije, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2018-2019.

Krüger, Matthias: DIE ENTMATERIALISIERUNGSTENDENZ BEIM RECHTSGUTSBEGRIFF, Duncker & Humblot, Berlin 2000.

Kubiciel, Michael: DIE WISSENSCHAFT VOM BESONDEREN TEIL DES STRAFRECHTS: IHRE AUFGABEN, IHRE METHODEN, Vittorio Klostermann Verlag, Frankfurt ob Majni 2013.

Lauterwein, Carl Constantin: THE LIMITS OF CRIMINAL LAW: A COMPARATIVE ANALYSIS OF APPROACHES TO LEGAL THEORIZING, Routledge, London 2020.

Leutz, Eduard: DIE SACHBESCHÄDIGUNG: HISTORISCH UND DOGMATISCH DARGESTELLT, J. Bensheimer Verlag, Mannheim, Berlin, Leipzig 1914.

Liszt, Franz von: DER ZWECKGEDANKE IM STRAFRECHT, C. L. Pfeil, Marburg 1882.

Liszt, Franz von: LEHRBUCH DES DEUTSCHEN STRAFRECHTS (3. izdaja), J. Guttentag Verlag, Berlin, Leipzig 1888.

Marx, Michael: ZUR DEFINITION DES BEGRIFFS »RECHTSGUT«: PROLEGOMENA EINER MATERIALIEN VERBRECHENSLEHRE, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München 1972.

Mezger, Edmund: DAS TYPENPROBLEM IN KRIMINOLOGIE UND STRAFRECHT, Verlag der Bayerischen Akad. der Wissenschaft, München 1955.

Mona, Martino: DIE EINWILLIGUNG IM STRAFRECHT, samozaložba, Bern 2017. Dostopno tudi na: [https://www.krim.unibe.ch/unibe/portal/fak\\_rechtwis/d\\_dep\\_krim/inst\\_krim/content/e406545/e1086626/MartinoMonaDieEinwilligungimStrafrecht2017\\_ger.pdf](https://www.krim.unibe.ch/unibe/portal/fak_rechtwis/d_dep_krim/inst_krim/content/e406545/e1086626/MartinoMonaDieEinwilligungimStrafrecht2017_ger.pdf) (zadnji dostop avgust 2022).

Novak, Aleš: NARAVA IN MEJE ZAVEZUJOČE MOČI PRAVA (doktorska disertacija), Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Ljubljana 2003.

Otto, Harro: GRUNDKURS STRAFRECHT – ALLGEMEINE STRAFRECHTSLEHRE (7. izdaja), De Gruyter, Berlin 2004.

Pavčnik, Marijan; Novak, Aleš: TEORIJA PRAVA: PRISPEVEK K RAZUMEVANJU PRAVA (5. izdaja), GV Založba, Ljubljana 2015.

Pavčnik, Marijan: ARGUMENTACIJA V PRAVU (4. izdaja), Lexpera, GV Založba, Ljubljana 2022.

Peršak, Nina: CRIMINALISING HARMFUL CONDUCT: THE HARM PRINCIPLE, ITS LIMITS AND CONTINENTAL COUNTERPARTS, Springer Science & Business Media, Berlin 2007.

Pogačar, Niko; Đorđević, Đorđe; Bolha, Janez: KAZENSKO MATERIALNO PRAVO: KAZENSKI ZAKON SFRJ, DDU Univerzum, Ljubljana 1983.

Roxin, Claus; Greco, Luis: STRAFRECHT: ALLGEMEINER TEIL (Bd. 1): GRUNDLAGEN: DER AUFBAU DER VERBRECHENSLEHRE (5. izdaja), Verlag C. H. Beck, München 2020.

Schiaffo, Francesco: STRAFRECHT ZWISCHEN WISSENSCHAFT UND SZIENTISMUS: AUTORITÄRE VERIRRUNGEN UND FALSIFIZIERBARKEIT IN DER STRAFRECHTSWISSENSCHAFT, Lit Verlag, Zürich 2018.

Schmitt, Carl: ÜBER DIE DREI ARTEN DES RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN DENKENS, Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Hamburg 1934.

Selinšek, Liljana; Bele, Ivan; Tupančeski, Nikola: KAZENSKO PRAVO: SPLOŠNI DEL IN OSNOVNE POSEBNEGA DELA, GV Založba, Ljubljana 2007.

Sina, Peter: DIE DOGMENGESCHICHTE DES STRAFRECHTLICHEN BEGRIFFS »RECHTSGUT«, Helbing & Lichtenhahn, Basel 1962.

Slovar slovenskega knjižnega jezika – SAZU in ZRC SAZU, Inštitut za slovenski jezik Frana Ramovša, »<http://bos.zrc-sazu.si/sskj.html>« (10. 6. 2022)

Srzić, Nikola; Stajić, Aleksandar; Lazarević, Ljubiša: KRIVIČNO PRAVO JUGOSLAVIJE: OPŠTI DEO (20. izdaja), Savremena administracija, Beograd 1998.

Stolleis, Michael: THE LAW UNDER THE SWASTIKA: STUDIES ON LEGAL HISTORY IN NAZI GERMANY, The University of Chicago Press, Chicago, London 1998.

Šepec, Miha (ur.): KAZENSKI ZAKONIK S KOMENTARJEM, Lexpera, GV Založba, Ljubljana 2021.

Šošić, Miha: ENOTNOST DEJANJA V KAZENSKEM PRAVU (doktorska disertacija), Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Ljubljana 2016.

Vormbaum, Thomas: EINFÜHRUNG IN DIE MODERNE STRAFRECHTSGESCHICHTE, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg 2016.

## ZBORNIKI ČLANKOV, DELA, KI SO SESTAVLJENA IZ POSAMEZNIH ENOT

Birnbaum, Johann Michael Franz: Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens (1834), v: MODERNE DEUTSCHE STRAFRECHTSDENKER (ur. T. Vormbaum), Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg 2011, str. 148-154.

Birnbaum, Johann Michael Franz: Concerning the Need for a Right Violation in the Concept of a Crime, having particular Regard to the Concept of an Affront to Honour, v: FOUNDATIONAL TEXTS IN MODERN CRIMINAL LAW (ur. M. D. Dubber), Oxford University Press, Oxford 2014, str. 389-405.

Bošnjak, Marko; Jakulin, Vid: Dejanje majhnega pomena, v: UVELJAVLJANJE NOVIH INSTITUTOV KAZENSKEGA MATERIALNEGA IN PROCESNEGA PRAVA (vodja raziskave L. Bavcon), Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2000, str. 39-71.

Bošnjak, Marko: Ustavnost kazenskih zakonov; v: SODOBNE USMERITVE KAZENSKEGA MATERIALNEGA PRAVA (ur. A. Šelih), Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2007, str. 81-91.

Feuerbach, Paul Johann Anselm: Über die einzig möglichen Beweisgründe gegen das Dasein und die Gültigkeit der natürlichen Rechte, v: NATURRECHT UND POSITIVES RECHT: AUSGEWÄHLTE TEXTE (ur. H. Gerhard), Rudolf Haufe Verlag, Freiburg, Berlin 1993, str. 7-55.

Feuerbach, Paul Johann Anselm: Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, v: NATURRECHT UND POSITIVES RECHT: AUSGEWÄHLTE TEXTE (ur. H. Gerhard), Rudolf Haufe Verlag, Freiburg, Berlin 1993, str. 56-72.

Feuerbach, Paul Johann Anselm: Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft, v: NATURRECHT UND POSITIVES RECHT: AUSGEWÄHLTE TEXTE (ur. H. Gerhard), Rudolf Haufe Verlag, Freiburg, Berlin 1993, str. 73-109.

Greco, Luís: Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts?, v: STRAFRECHT ALS SCIENTIA UNIVERSALIS: FS FÜR CLAUS ROXIN ZUM 80. GEBURTSTAG (Bd. I) (ur. M. Heinrich, C. Jäger, H. Achenbach, K. Amelung, W. Bottke, B. Haffke, B. Schünemann, J. Wolter), De Gruyter, Berlin, New York 2011, str. 199-214.

Härter, Karl: The Influence of the Napoleonic Penal Code on the Development of Criminal Law in Germany: Juridical Discourses, Legal Transfer and Codification, v: THE WESTERN CODIFICATION OF CRIMINAL LAW: A REVISION OF THE MYTH OF ITS PREDOMINANT FRENCH INFLUENCE (ur. A. Masferrer), Springer International Publishing, Cham 2018.

Hassemer, Winfried: Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, v: JENSEITZ DES FUNKTIONALISMUS: ARTHUR KAUFMANN ZUM 65. GEBURTSTAG (ur. L. Philipps, H. Scholer), Decker & Müller, Heidelberg 1989, str. 85-108.

Hassemer, Winfried; Neumann, Ulfrid: Vorbemerkungen zu § 1, v: STRAFGESETZBUCH (Bd. I) (4. izdaja) (ur. U. Kindhäuser, U. Neumann, H. U. Paeffgen), Nomos, Baden-Baden 2013, str. 71-168.

Hörnle, Tatjana: Theories of Criminalization, v: THE OXFORD HANDBOOK OF CRIMINAL LAW (ur. M. D. Dubber, T. Hörnle), Oxford University Press, Oxford, New York 2016, str. 679-701.

Hirsch, Andrew von: Harm und Offence: Schädigungsprinzip und Belästigungsprinzip als Kriterien für die Kriminalisierung von Verhalten, v: STRAFRECHT ZWISCHEN SYSTEM UND TELOS: FS FÜR ROLD DIETRICH HERZBERG ZUM 70. GEBURTSTAG (ur. H. Putzke, B. Hardtung, T. Hörnle, R. Merkel, J. Scheinfeld, H. Schlehofer, J. Seier), Mohr Siebeck, Tübingen 2008, str. 915-930.

Hirsch, Hans Joachim: Die aktuelle Diskussion über den Rechtsgutsbegriff, v: HANS JOACHIM HIRSCH: STRAFRECHTLICHE PROBLEME (Bd. II) (ur. Hans Lilie), Duncker & Humblot, Berlin 2009, str. 121-138.

Komel, Svit: Nastajanje kriminalne vrednosti: taksonomije, policija in zgodovinsko preoblikovanje kriminalitete (1748-1810), v: PREMESHČANJE MEJ V KRIMINOLOGIJI IN KRIMINALITETNI POLITIKI (ur. R. Salecl), Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2020, str. 175-208.

Korošec, Damjan: Institut majhnega pomena dejanja v kazenskopravni teoriji, v: MAJHEN POMEN DEJANJA KOT INSTITUT MATERIALNEGA KAZENSKEGA PRAVA (vodje raziskave D. Korošec, M. Ambrož, L. Bavcon, K. Filipčič), Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2004, str. 85-118.

Lautmann, Rüdiger: Wie hermetisch denkt die Strafrechtsdogmatik? Sozialwissenschaftliche Bemerkungen zur Bestrafung des Rauschdelikts, v: VOM NUTZEN UND NACHTEIL DER SOZIALWISSENSCHAFTEN FÜR DAS STRAFRECHT: EINZELNE DELIKTE – AUSBLICK (Bd. II) (ur. K. Lüderssen, F. Sack), Suhrkamp Verlag, Frankfurt ob Majni 1980, str. 610-633.

Marxen, Klaus: Zum Verhältnis von Strafrechtsdogmatik und Strafrechtspraxis im Nationalsozialismus, v: STRAFJUSTIZ UND POLIZEI IM DRITTEN REICH (ur. U. Reifner, B. R. Sonnen), Campus Verlag, Frankfurt ob Majni, New York 1984, str. 77-85.

Novoselec, Petar: Uveljavitev novega kaznivega dejanja povzročitve prometne nesreče iz malomarnosti, v: SODOBNE USMERITVE KAZENSKEGA MATERIALNEGA PRAVA (ur. A. Šelih), Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2007, str. 159-192.

Peršak, Nina: Škodljivost ravnanja kot vrednostno merilo inkriminiranja; v: SODOBNE USMERITVE KAZENSKEGA MATERIALNEGA PRAVA (ur. A. Šelih), Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2007, str. 19-32.

Romano, Mario: Zur Legitimation der Strafgesetze – Zu Fähigkeit und Grenzen der Rechtsgutstheorie, v: STRAFRECHT ALS SCIENTIA UNIVERSALIS: FS FÜR CLAUS ROXIN ZUM 80. GEBURTSTAG (Bd I) (ur. M. Heinrich, C. Jäger, H. Achenbach, K. Amelung, W. Bottke, B. Haffke, B. Schünemann, J. Wolter), De Gruyter, Berlin, New York 2011, str. 155-168.

Schaffstein, Friedrich: Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung? (1935), v: MODERNE DEUTSCHE STRAFRECHTSDENKER (ur. T. Vormbaum), Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg 2011, str. 284-290.

Wohlers, Wolfgang: Günther Jakobs und die Rechtsgutslehre, v: STRAFRECHT UND GESELLSCHAFT: EIN KRITISCHER KOMMENTAR ZUM WERK VON GÜNTHER JAKOBS (ur. U. Kindhäuser, C. Kreß, M. Pawlik, C. F. Stuckenberg), Mohr Siebeck, Tübingen 2019, str. 307-326.

## ČLANKI

Ambos, Kai: The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance Between the Rechtsgut and the Harm Principles - A Second Contribution Towards a Consistent Theory of ICL, v: Criminal Law and Philosophy, 9 (2015) 2, str. 301-329.

Ambrož, Matjaž: Bagatelna kriminaliteta in kazensko materialno pravo, v: Zbornik znanstvenih razprav, 63 (2003), str. 91-117.

Ambrož, Matjaž: O vplivu kriminalitetne politike na kazenskopravno dogmatiko, v: Revija za kriminalistiko in kriminologijo, 68 (2017) 1, str. 5-14.

Amelung, Knut: Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung, v: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 92 (1980) 1, str. 19-72.

Appel, Ivo: Rechtsgüterschutz durch Strafrecht? Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Sicht, v: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), 82 (1999) 3, str. 278-311.

Bricola, Franco: Relaciones entre dogmatica y politica criminal, v: Derecho penal y Criminologia, 10 (2015), str. 29-49.

Dahm, Georg: Verrat und Verbrechen, v: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 95 (1935) 2, str. 283-310.

Dahm, Georg: Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft, v: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 57 (1938), str. 225-294.

Dubber, Markus Dirk: The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment, v: German Law Journal, 6 (2005) 7, str. 1049-1071.

Frände, Dan Af: »Rechtsgut« as a Finnish Concept – Some Observations, v: Nordisk tidsskrift for kriminalvidenskab, 99 (2012) 1, str. 19-26. Dostopno tudi na: <https://pdfs.semanticscholar.org/211e/b4d8f6f2e1b108c22d93ee41046360c0bda3.pdf?ga=2.158732282.1306088073.1661291470-1004911641.1661291470> (zadnji dostop avgust 2022).

Greco, Luí: Strafrechtsdogmatik, Strafrechtswissenschaft, v: Rescriptum - Münchener Studentische Rechtszeitschrift 5 (2014), str. 139-142.

Hefendehl, Roland: Die Rechtsgutslehre und der Besondere Teil des Strafrechts: Ein dogmatisch-empirischer Vergleich von Chile, Deutschland und Spanien, v: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 7 (2012) 10, str. 506-512.

Jakobs, Günther: Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, v: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 97 (1985) 4, str. 751-785.

Jansen, Scarlett: Konsequenzen von Rechtsgüterkombinationen, v: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, (2019) 1, str. 2-11. Dostopno tudi na: [https://www.zis-online.com/dat/artikel/2019\\_1\\_1260.pdf](https://www.zis-online.com/dat/artikel/2019_1_1260.pdf) (zadnji dostop avgust 2022).

Kargl, Walter: Sachbeschädigung und Strafgesetzlichkeit: Probleme der rechtsgutsorientierten Auslegungsmethode, v: Juristen Zeitung, 52 (1997) 6, str. 283-291.

Kaspar, Johannes: Redundante Tatbestände, v: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 129 (2017) 2, str. 401-414.

Korošec, Damjan: Pregledno o temeljnih dogmatskih napetostih aktualnega cestnoprometnega kazenskega prava, v: Pravosodni bilten, 35 (2014) 3, 11-28.

Korošec, Damjan: Kazenskopravne razsežnosti predrzne in brezobzirne vožnje v cestnem prometu, v: Odvetnik, 18 (2016) 2, str. 48-56.

Kudlich, Hans: Die Relevanz von Rechtsgutstheorie im modernen Verfassungsstaat, v: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 127 (2015) 3, 635-653.

La Torre, Massimo: Friedrich Schaffstein und die Lehre vom Verbrechen als Pflichtverletzung, v: Journal der juristischen Zeitgeschichte, 4 (2010) 3, str. 111-123.

Liszt, Franz von: Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft, v: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 8 (1888), str. 133-156.

Martins, Antonio: Der Begriff des Interesses und der demokratische Inhalt der personalen Rechtsgutslehre, v: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 125 (2013) 2, str. 234-258.

Obreza, Timotej: Oris pojma pravne dobrine v znanosti kazenskega prava, v: Pamfil, časnik slušateljcev juridične fakultete v Ljubljani, pos. št. julij 2022, str. 38-44. Dostopno tudi na: <https://static1.squarespace.com/static/59c66ed62994ca741bd680bf/t/62c490ec6d93b36c1fb60f7b/1657049327421/Pravna+Obzorja+%28končna%29.pdf> (zadnji dostop avgust 2022).

Otto, Haro: Rechtsgutsbegriff und BVerfGE 120, 224, v: Juristische Ausbildung, 38 (2016) 4, str. 361-373.

Schaffstein, Friedrich: Nationalsozialistisches Strafrecht, v: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 53 (1934), str. 603-628.

Schallmoser-Schweiberer: Corona-Sünder – »Geht's noch?!« oder schon strafbar?: (Neu-)Betrachtung der §§ 178, 179 StGB (Gefährdung von Menschen durch übertragbare Krankheiten), v: Austrian Law Journal, 2021, str. 102-116. Dostopno na: <https://alj.uni-graz.at/index.php/alj/issue/view/14> (zadnji dostop avgust 2022).

Schulte, H. Bernd: Entstehung, Entwicklung und Funktion des Rechtsgutsbegriffs in (Rechts)Philosophie und Rechtsdogmatik, v: Archiv für Begriffsgeschichte, 35 (1992), str. 25-38.



Stuckenberg, Carl-Friedrich: The Constitutional Deficiencies of the German *Rechtsgutslehre*, v: Oñati Socio-Legal Series, 3 (2013) 1, str. 31-41.

Swoboda, Sabine: Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen, v: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 122 (2010) 1, str. 24-50.

Wohlers, Wolfgang: Tierschutz durch Strafrecht? – zur Legitimation tierschutzstrafrechtlicher Normen, v: Rechtswissenschaft, 7 (2016) 3, s. 416-440.

## **Sodna praksa**

### REDNA SODIŠČA REPUBLIKE SLOVENIJE

Sodba Višjega sodišča v Ljubljani opr. št. III Kp 120/2006 z dne 9. 1. 2007.

Sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije št. I Ips 249/2006 z dne 18. 1. 2007.

Sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije št. I Ips 1182/2020 z dne 29. 10. 2010.

Sodba Višjega sodišča Republike Slovenije v Ljubljani št. VII Kp 85640/2010 z dne 8. 12. 2015.

Sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije št. I Ips 35743/2015-21 z dne 13. 4. 2017.

Sklep Višjega sodišča Republike Slovenije v Mariboru št. IV Kp 4930/2021 z dne 2. 7. 2021.

### SODIŠČA BIVŠE SKUPNE DRŽAVE

Sodba »Vrhovnog suda Hrvatske« št. KŽ 1117/55 z dne 30. 6. 1955.

Sodba Zveznega Vrhovnega sodišča FLRJ št. Kz 19/57 z dne 13. 2. 1957.

Sodba »Općinskega suda Karlovac« št. Kž 2/76 z dne 11. 2. 1976.

### ZVEZNO USTAVNO SODIŠČE ZVEZNE REPUBLIKE NEMČIJE

BVerfGe 90, 145 (»Cannabis-Beschluss«) z dne 9. 3. 1994.

BVerfGE 120, 224 (»Inzest-Fall«) z dne 26. 2. 2008.

### REICHSGERICHT TRETJEGA RAJHA

RG, Urteil 3 D 69/40 (»Badewannen-Fall«) z dne 19.02.1940.

## **Predpisi**

### PREDPISI REPUBLIKE SLOVENIJE

Kazenski zakonik (Uradni list RS, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16, 27/17, 23/20, 91/20, 95/21, 186/21 in 105/22 – ZZNŠPP)

Ustava Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99, 75/16 – UZ70a in 92/21 – UZ62a).

Zakon o kazenskem postopku (Uradni list RS, št. 176/21 – uradno prečiščeno besedilo in 96/22 – odl. US)

Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o kazenskem postopku – ZKP-I (Uradni list RS, št. 68/08 z dne 8. 7. 2008).

### PREDPISI FEDERATIVNE LJUDSKE REPUBLIKE JUGOSLAVIJE

Kazenski zakonik iz 1951 (Uradni list FLRJ, št. 13/1951), spremenjen z zakonom o spremembah in dopolnitvah kazenskega zakonika z dne 30. 6. 1959 (Uradni list FLRJ, št. 30/1959).

### PREDPISI ZVEZNE REPUBLIKE NEMČIJE

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 28. Juni 2022 (BGBl. I S. 968) geändert worden ist.

Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 11. Juli 2022 (BGBl. I S. 1082) geändert worden ist.

### PREDPISI NEMŠKEGA CESARSTVA

Gesetz, betreffend die Redaktion des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund als Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (Deutsches Reichsgesetzblatt Band 1871, Nr. 24, Seite 127 – 205) vom 15. Mai 1871.

### PREDPISI TRETJEGA RAJHA

Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs (RGBl. I S. 839) vom 28. Juni 1935.

### PREDPISI ITALIJANSKE REPUBLIKE

Constitution of Italy, 22 December 1947. Dostopno na: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b59cc.html> (zadnji dostop avgust 2022).

## PREDPISI REPUBLIKE AVSTRIJE

Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch – StGB) StF: BGBl. Nr. 60/1974 (NR: GP XIII RV 30 AB 959 S. 84. BR: S. 326. NR: Einspr. d. BR: Einspr. d. BR: 1000 AB 1011 S. 98.)

### **Spletni viri**

Corona-Infizierter trug Müll aus der Wohnung: Bedingte Haftstrafe:  
<https://www.diepresse.com/5935050/corona-infizierter-trug-muell-aus-der-wohnung-bedingte-haftstrafe> (zadnji dostop avgust 2022)