

Sestrelitev ugrabljenega civilnega letala – kazenskopravne razsežnosti človekove pravice do življenja

Ob rob sodbi nemškega zveznega ustavnega sodišča z dne 15. 2. 2006 (BVerfG, 1 BvR 357/05)

dr. Damjan KOROŠEC¹

Avtor najprej na kratko predstavi sodbo Ustavnega sodišča ZRN z dne 15.2.2006 (BVerfG, 1 BvR 357/05) in neskladnost zakonske ureditve pogojev za sestrelitev ugrabljenega civilnega letala z Ustavo ZRN, nato pa analizira njene kazenske razsežnosti. Pri tem izhaja iz slovenskega kazenskega prava.

Ob kratki analizi večdelnega slovenskega splošnega pojma kaznivega dejanja (izpolnjenost biti kaznivega dejanja, protipravnost in krivda), predvsem razlik med izključevanjem protipravnosti ravnanja in njegove posledice na eni strani in izključevanja storilčeve krivde na drugi, kritizira manko instituta opravičljive skrajne sile (skrajne sile, ki izključuje krivdo) v slovenskem kazenskem pravu. Prav primer sestrelitve ugrabljenega letala z nedolžnimi potniki na krovu vidi kot učbeniški primer za pona-zoritev pomanjkanja takega kazenskopravnega instituta. V nadaljevanju se opredeli proti uvajanju oziroma uporabi instituta t.i. prava prostega prostora (*»rechtsfreier Raum«*) tudi za vse primere sestrelitve ugrabljenega letala.

Z argumenti doktrine privolitve oškodovanca, kot jih je razvilo zlasti sodobno nemško materialno kazensko pravo, avtor zavrne opravičljivo ali opravičljivo naravo privolitve in domnevane privolitve ugrabljenih potnikov na letalu za udeležbeno ali izvršitveno ravnanje v zvezi s sestrelitvijo (ki je po naravi stvari smrtonosna za vse ljudi v letalu). Instituta privolitve in domnevane privolitve oškodovanca za tovrstne posege v najpomembnejše kazenskopravne dobrine zavrača kot kazenskopravno obrobna.

Prispevek zaključuje analiza sestrelitve ugrabljenega civilnega letala na ukaz nadrejenega in številnih načelnih pravnih problemov v zvezi s tem, vključno z upoštevnostjo pravne zmote podrejenega v zvezi s sestrelitvijo.

Ključne besede: sodba Ustavnega sodišča ZRN, sestrelitev ugrabljenega letala, kaznivo dejanje, izključitev protipravnosti ravnanja, izključitev storilčeve krivde, skrajna sila, privolitev oškodovanca, dejanje na ukaz nadrejenega

UDK: 629.7 : 343.326 + 343.346.53

1. Uvod

Dne 11. septembra 2001 je mednarodna teroristična organizacija v ZDA ugrabila štiri potniška letala med rednimi leti in jih prisilila k strmoglavljenju. Dve letali sta treščili v World Trade Center v središču New Yorka, eno v sedež obrambnega ministrstva ZDA (Pentagon) v Arlingtonu v Virginiji, eno pa na neobljudeno območje v bližini Pittsburgha v Pensilvaniji. V letalih in na mestih strmoglavljenja je izgubilo življenje več kot 3000 ljudi. To je bila najboljšežnejša zloraba civilnih letal oziroma civilnega zračnega prometa kot orožja za uničevanje na zemlji v vsej človeški zgodovini.

V Evropi je pod očitnim vtisom opisanih tragedij v ZDA povzročil veliko vznemirjenje 5. januarja 2003 duševno moten oborožen moški, ki je s športnim letalom krožil nad (bančnim) središčem Frankfurta ob Maini in po radijski zvezi grozil, da se bo zaletel v stolpnico, v kateri ima sedež Evropska centralna banka. Pilotova akcija se je sicer končala brez žrtev, zaradi izjemno obsežnih varnostnih ukrepov, ki so jih sprožile oblasti, vendar pa je nastala velika materialna škoda.

Strokovnjaki za varnost civilnega zračnega prometa danes ocenjujejo opisana dogajanja kot glavne vzroke za številne ukrepe, ki so bili na mednarodni, nadnacionalni² in na nacionalnih ravneh izpeljani v zadnjih letih za preprečevanje proti-

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

² Zelo očitno npr. v okviru EU uredba Evropskega parlamenta in Sveta št. 849/2004 o poostritvi varnosti civilnega zračnega prometa. Glej *Ur.l. EU št. L 158 z dne 30. aprila 2004, str. 1!*

pravnih posegov v civilni zračni promet in še posebej za odvrčanje in obvladovanje nevarnosti, ki nastanejo zaradi zlorab zračnih plovil za zračnemu prometu tuje namene, vključno z zlorabo letala kot orožja za uničevanje na zemlji. Predvsem zakonodajalci posameznih držav so se soočali s klici splošne javnosti pa tudi vrhov oboroženih sil v zvezi z nadrobno pravno ureditvijo ukrepanja ob ugrabitvi civilnega letala, zaradi katere grozi strmoglavljenje na naseljeno območje in med temi v prvi vrsti ugrabitve, prav s tem (terorističnim) ciljem.

Med državami, ki so se z dejanskimi in pravnimi ukrepi najbolj intenzivno odzvale na tovrstne zahteve oziroma nove teroristične grožnje, so bile na svetovni ravni iz razumljivih razlogov prav ZDA, v Evropi pa po razpoložljivih podatkih Nemčija. Že oktobra 2003 so tam v mestecu Kalkar ob nizozemski meji ustanovili nacionalno usklajevalno središče »Varnost zračnega prostora« (»Sicherheit im Luftraum«³), ki naj kot nekakšno informacijsko super-vozljišče zagotavlja hitro in učinkovito sodelovanje vseh subjektov, zadolženih za varnost nemškega zračnega prostora tako na ravni zveze kot zveznih dežel, vključno z vojsko in policijo. Nacionalno središče naj bi po potrebi v sodelovanju z oblastmi tujih držav, mednarodnimi institucijami, NATO ipd. zagotavljalo hitre in kar se da natančne informacije o morebitnih ugrabitvah letal in iz njih izhajajoče nevarnosti za morebitne talce v letalu, hkrati pa tudi za ljudi in njihovo premoženje na zemlji ter na ta način omogočilo pristojnim organom Nemčije pravočasne in pravilne odločitve v takšnih primerih.

Merila za omenjeno odločanje je nemški zakonodajalec po obsežnih zakonodajnih pripravah konkretiziral leta 2005 v posebnem zakonu o nalogah varovanja zračnega prostora: *Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben* (BGBl. I str. 78 z dne 11.1.2005, skrajšano LuftSiG, v nadaljevanju: LuftSiG ZRN). V njem med drugim prvič v nemški zgodovini in po razpoložljivih podatkih med prvimi v svetu **izrecno ureja tudi merila za uporabo najtežjega ukrepa za zavarovanje ljudi na zemlji pred učinki strmoglavljenja ugrabljenega letala** (v katerem se nahajajo talci): **sestrelitev letala**. Zaradi lastnosti sodobnega civilnega zračnega prometa in civilnih potniških letal za sestrelitev letala po naravi stvari prihajajo v poštev izključno orožja, ki so za vse potnike v letalu, tudi za talce, neposredno smrtonosna.⁴ Očitno je, da gre za pravna pravila, ki so predvsem ustavnopravno, kazensko pravno in ne nazadnje tudi moralno zelo zanimiva. To še toliko bolj, ker je v LuftSiG ZRN pred kratkim Ustavno sodišče Nemčije s sodbo⁵ razglasilo prav

razdelek o merilih za uporabo omenjenega najhujšega ukrepa za neskladnega z nemško ustavo⁶ (v nadaljevanju: GG ZRN), konkretno z **določbo, ki zagotavlja pravico do življenja** (2. odstavek 2. člena GG ZRN).

V nadaljevanju si kratko pogledjmo vsebino te zanimive sodne odločbe najvišjega nemškega varuha ustavnosti,⁷ in sicer posebej z vidika slovenskega kazenskega prava.

2. Vsebina odločitve

LuftSiG ZRN v posebnem razdelku (3, členi 13–15) ureja pogoje za uporabo vojske pri odvrčanju posebej velikih nevarnosti v zračnem prometu. V 15. členu določa, da mora vojska letalo, ki pomeni takšno posebej veliko nevarnost v zračnem prometu (zaradi ugrabitve s ciljem strmoglavljenja), v zračnem prostoru preveriti, posvariti in poskusiti preusmeriti.⁸ Če to ne uspe, sme vojska letalu zagroziti z uporabo orožja in izstreliti svarilne strele.⁹ Določba 2. odstavka 14. člena LuftSiG ZRN pri tem izrecno zahteva spoštovanje načela sorazmernosti (med ukrepi in teži nevarnosti, ki jo pomeni letalo v zračnem prometu). Šele če tudi na ta način ni mogoče odvrniti posebej velike nevarnosti v zračnem prometu, je po določbi 3. odstavka 14. člena LuftSiG ZRN dopustno »neposredno učinkovanje na letalo z orožjem«.¹⁰ Citirana določba posebej opredeljuje, da je uporaba orožja dopustna le, če je glede na okoliščine mogoče izhajati iz tega, da bo zračno plovilo uporabljeno zoper življenje ljudi in je neposredno učinkovanje z orožjem edino sredstvo za odvrnitev te neposredne nevarnosti. Za odreditev tega najhujšega ukrepa je izključno pristojen zvezni obrambni minister, v primeru nadomeščanja pa za to pooblaščen član zvezne vlade (4. odstavek §§ 14 LuftSiG ZRN).

Vsaj na prvi pogled se s kazensko pravnega zornega kota zdi, da je nemški zakonodajalec v zgoraj kratko predstavljenih zakonskih določbah konkretiziral pravila ukrepanja v klasični silobranski situaciji. Uporaba smrtonosnega orožja oziroma smrtonosna uporaba orožja zoper vse ljudi, ki so na takem letalu, torej poleg ugrabiteljev tudi vse člane posadke in vse potnike, je urejena z zakonskimi merili, to je s pravili, ki postavljajo mejo med zakonitim in nezakonitim, za kazensko pravo torej očitno med neprotipravnim in protipravnim – mejo znotraj drugega elementa klasičnega trodelnega, t.i. nemškega

³ Povzeto po BVerfG, 1 BvR 357/05 z dne 15.2.2006, odstavek št. 7, kot objavljeno na spletu dne 16.2.2006: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705.html. Vsi prevodi iz nemškega jezika v pričujočem prispevku: D.K.

⁴ V praksi iz različnih vojaško-tehničnih razlogov prihajajo v poštev predvsem vodljive rakete zrak-zrak, ki jih v civilno letalo izstrelijo vojaška letala iz majhne bližine.

⁵ BVerfG, 1 BvR 357/05 z dne 15.2.2006, kot objavljeno na spletu dne 16.2.2006: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705.html.

⁶ Sprejeta dne 23.5.1949 (BGBl. I, Str. 1; III 100–1), skrajšano GG.

⁷ Predstavitev glej tudi pri Korošec D. Sestrelitev [...]! Sodba je bila takoj po objavi kratko predstavljena tudi v največjih slovenskih dnevnih časopisih in elektronskih medijih.

⁸ »[...] D]as Luftfahrzeug, von dem die Gefahr eines solchen Unglücksfalls ausgeht, [ist] von den Streitkräften [...] im Luftraum [zu] überprüf[en] und [...] zu warnen und umzuleiten.«

⁹ Gre za manevre in ukrepe, ki jih v praksi izvajajo vojaška letala.

¹⁰ »Unmittelbare Einwirkung auf das Luftfahrzeug mit Waffengewalt.«

splošnega pojma kaznivega dejanja.¹¹ Prav za kazenske prav-
nike je zato še posebej zanimivo argumentiranje Ustavnega
sodišča Nemčije, ki je razglasilo zgoraj kratko navedene določ-
be LuftSiG ZRN za neskladne z določbami GG ZRN o pravici
do življenja.

Ker LuftSiG ZRN državo pooblašča, da naklepno ubije lju-
di, ki niso storilci, temveč žrtve kaznivega dejanja (ugrabitve
letala), se je na Ustavno sodišče Nemčije obrnilo več pritož-
nikov, češ da zakonodajalec s tem zakonom krši njihove ustav-
ne pravice. Konkretno so navajali kršitev pravice do dostojan-
stva (1. odstavek 1. člena GG ZRN¹²) in pravice do življenja
(1. del prvega stavka 2. odstavka 2. člena GG ZRN¹³).

Ustavno sodišče v tukaj prikazani sodbi ugotavlja, da je njho-
va pritožba že zato dopustna, ker iz zasebnih in poklicnih razlo-
gov pogosto uporabljajo letala in so zato izpostavljeni praktični
možnosti uporabe določb 3. odstavka 14. člena LuftSiG ZRN
(»neposredno učinkovanje na letalo z orožjem«).¹⁴

V srednje dolgi obrazložitvi ugotavlja nadalje, da je pritožba
utemeljena, saj napadani zakon pritožnike degradira na ra-
ven golega objekta državnega delovanja (»zum bloßen Objekt
staatlichen Handelns«¹⁵). Vrednost in ohranitev njihovega živ-
ljenja zakon po prepričanju sodišča prepušča v presojo zvez-
nega ministra za obrambo po količinskih merilih in po »glede
na okoliščine« domnevno preostalem trajanju življenja,¹⁶ s
čimer krši njihovo pravico do dostojanstva in življenja po 1/1.
in 2/2. členu GG ZRN. »Država večine svojih državljanov ne
sme varovati tako, da manjšino – v tem primeru posadko in
potnike letala – naklepno usmrti,« zapiše sodišče.¹⁷ Tehtanje
življenja proti življenju na podlagi merila, koliko ljudi je do-
mnevno prizadetih na eni in koliko na drugi strani, je za sodišče

nedopustno. Izrecno pravi: »Država ne sme usmrtiti ljudi, ker
jih je manj od tistih, ki jih želi rešiti z njihovo usmrtitvijo.«¹⁸

Iz podobnih razlogov sodišče nasprotuje tudi morebitnemu
relativiziranju pravice do življenja potnikov z utemeljitvijo, da
je treba nanje gledati kot na del orožja (letala na poti do strmo-
glavljenja). »Kdor tako argumentira«, piše v sodbi, »naredi [iz
ljudi] goli objekt državnega delovanja in jih oropa človeške
kakovosti in dostojanstva.«¹⁹

Podobno za sodišče ni sprejemljiv argument t.i. tihe privolitve
članov posadke in potnikov letal, ko naj bi ti z vstopom v leta-
lo implicitno privolili v vsa možna tveganja letalskega prevoza
in tako tudi v lastno smrt s sestrelitvijo letala v primerih, pred-
videnih v LuftSiG ZRN. Za domnevo takšne privolitve sodišče
ne vidi »nobenega realističnega ozadja« in jo razglasi za »neživ-
ljenjsko fikcijo«, ki ne more biti podlaga ustavnosti ukrepa,
kakršen je sestrelitev letala.²⁰

V obrazložitvi sodbe sodišče potrdi vsebino pravice do
življenja iz GG ZRN, s katero je »pred državnimi posegi varo-
vana biološko-fizična eksistenca vsakega človeka od trenutka
njene nastanka do nastopa smrti, neodvisno od življenjskih
okoliščin posameznika, njegovega telesnega in duševnega
stanja«²¹. Nedvoumno poudari, da je vsako človeško življenje
kot tako enako dragoceno in se pri tem sklicuje na svoje prejšnje
odločitve BVerfG 89, 120 (130) in 39, 1 (59).²² Po mnenju
sodišča napadani zakon, konkretno določba 3. odstavka 14.
člena (sestrelitev letala) na ustavno nedopusten način posega
prav v varovalno področje določbe, ki v GG ZRN določa pra-
vico do življenja (1. stavek 2. odstavka 2. člena GG ZRN) in to
enako glede članov posadke kot potnikov letala.²³ Sestrelitev
letala, kot jo predvideva LuftSiG ZRN, po njegovem prepričanju
»ustavnopravno ne more biti upravičena«²⁴.

V vsebinsko (iz kazenskopravnega zornega kota) ključnem
delu obrazložitve sodbe ustavno sodišče ugotavlja, zakaj bi

¹¹ Ta je, kot je znano, sestavljen iz skladnosti ravnanja (in morebitne
posledice le-tega) z bitjo dane inkriminacije (prvi element splošnega
pojma kaznivega dejanja), protipravnostjo tega ravnanja in njegove
morebitne prepovedane posledice (drugi element) in storilčeve krivde
v zvezi z ravnanjem in morebitno posledico tega ravnanja (tretji ele-
ment). Zlasti nemška kazenskopravna teorija je razmerja med temi ele-
menti zelo natančno teoretično raziskala. V slovenski kazenskopravni
teoriji glej zlasti pregledno pri *Bavcon et al., str. 162–171!* Nadrobne-
je glej spodaj!

¹² Dobesedno se ta odstavek glasi: »Dostojanstvo človeka je nedo-
takljivo. Državna oblast ga mora spoštovati in varovati.«

¹³ Stavek se dobesedno glasi: »Vsakdo ima pravico do življenja in
telesne celovitosti.«

¹⁴ BVerfG, 1 BvR 357/05 z dne 15.2.2006, odstavek št. 36.

¹⁵ Prav tam, odstavek št. 37.

¹⁶ »Es mache sie zum bloßen Objekt staatlichen Handelns. Wert und
Erhaltung ihres Lebens würden unter mengenmäßigen Gesichtspunk-
ten und nach der ihnen »den Umständen nach« vermutlich verbleiben-
den Lebenserwartung in das Ermessen des Bundesministers der Ver-
teidigung gestellt.« Prav tam.

¹⁷ Prav tam, odstavek št. 38.

¹⁸ Navedeni vir, prav tam.

¹⁹ Prav tam, odstavek št. 39.

²⁰ Prav tam, odstavek št. 131. O kazenskopravni vsebini pojma (dom-
nevana) privolitev oškodovanca glej nadrobneje spodaj!

²¹ Prav tam, odstavek št. 85.

²² Sodbe Ustavnega sodišča Nemčije (»Budesverfassungsgericht«,
skrajšano BVerfGE) so citirane v skladu z izvornikom (kot objavljen
dne 16.2.2006 na spletni strani http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705.html), to pa je hkrati v skladu z uveljavljeno
nemško prakso, to je s šifro, ki je sestavljena iz oznake BVerfGE in
dveh števil (npr.: BVerfGE 5, 123). Prva številka označuje zvezek,
druga pa stran v določenem zvezku, kjer se sodba začne. Praviloma
je v oklepaju dodana še stran obrazložitve sodbe, kjer je za konkretno
obravnavani problem posebej relevantna vsebina oziroma od koder je
dobesedni citat.

²³ Prav tam, odstavek št. 87.

²⁴ Prav tam, odstavek št. 88.

LuftSiG ZRN sicer ustavnopravno smel urejati meje pravice do življenja. Sodišče priznava, da ima pravica do življenja po izrecni določbi 3. stavka 2. odstavka 2. člena GG ZRN svoje meje, ki jih lahko določa zakon (»v [...] pravico [do življenja] je dopustno poseči le na podlagi zakona«).²⁵ Vendar pa je treba zakon, ki omejuje pravico do življenja, po mnenju sodišča presoati zlasti v luči pravice do življenja in z njo tesno povezane pravice do dostojanstva iz 1. odstavka 1. člena GG ZRN. »Človeško življenje je vitalna podlaga človekovega dostojanstva kot nosilnega načela in vrhovne ustavne vrednote«, ponovi sodišče svoja že prej izražena stališča iz sodb BVerfGE 39, 1 (42); 72, 105 (115) in 109, 279 (311).²⁶ Po njegovem mnenju ima vsak človek kot oseba to dostojanstvo, ne glede na svoje lastnosti, telesno ali duševno stanje, sposobnosti in družbeni status (tu sodišče spomni na svoje enake prejšnje odločitve BVerfGE 87, 209 (228); 96, 375 (399)) in zlasti tako razumljenega dostojanstva človeku ni dopustno, kot pravi sodišče, celo ni mogoče vzeti (», [Diese Würde] kann keinem Menschen genommen werden«²⁷). Zato mora ostati državi po prepričanju ustavnega sodišča na eni strani prepovedano z lastnimi ukrepi s kršitvijo prepovedi neupoštevanja človekovega dostojanstva posegati v njegovo pravico do življenja, po drugi strani pa mora država varovati vsako človeško življenje.²⁸ To pomeni, da se morajo »država in njeni organi varovalno in spodbujevalno postaviti pred življenje vsakega posameznika« in to še zlasti, ko grozijo protipravni posegi vanj.²⁹ V primeru sestrelitve letala, predvidene v LuftSiG ZRN država po prepričanju sodišča ne obravnava nedolžnih članov posadke in potnikov, ki so po naravi stvari v nezavidljivem položaju ne le nasproti ugrabiteljem ampak tudi nasproti tistim, ki sestrelitev letala odredijo in izvedejo,³⁰ kot subjekte z dostojanstvom in neodtujljivimi pravicami, temveč jih kot žrtve kaznivega dejanja, vredne posebne zaščite z žrtvovanjem njihovega življenja za reševanje življenja drugih, **popredmeti in hkrati obravnava nepravno** (»sie verdinglicht und zugleich entrechtlich«³¹). To še toliko bolj, ker je v primerih ugrabitev letal zaradi narave letalskega prometa odločitev za sestrelitev vedno povezana z nezanimljivim tveganjem nezadostnega poznavanja dejanskih razmer na letalu, ki se lahko spreminjajo iz sekunde v sekundo in obstaja stalna nevarnost odreditve in izvedbe pretiranega ali sploh nepotrebne ukrepa.³²

²⁵ Prav tam, odstavek št. 119.

²⁶ Prav tam.

²⁷ Prav tam.

²⁸ Prav tam, odstavek št. 120.

²⁹ Prav tam.

³⁰ Prav tam, odstavek št. 124.

³¹ Prav tam.

³² Prav tam, odstavki št. 125–128.

3. Kazenskopravne razsežnosti

3.1 Splošno

Prikazana sodba nemškega ustavnega sodišča se izrecno ograди od vprašanja kazenske odgovornosti za sestrelitev letala oziroma za ukaz take sestrelitve³³ in se omeji zgolj na ugotovitev, da nemški zakonodajalec obravnavanega ukrepa ne sme kvalificirati za neprotipravnega oziroma ga dovoliti na način, kot je to storil v LuftSiG ZRN. Več kot očitno pa je, da so zgoraj kratko prikazani ustavnopravni argumenti vrhovnega varuha nemške ustave večplastno zanimivi za kazensko pravo, zlasti v okviru njegovih klasičnih institutov silobrana in skrajne sile. Kot bom poskusil prikazati v nadaljevanju, pa je s tem sodba BVerfG, 1 BvR 357/05 z dne 15.2.2006 še posebej pomembna tudi za trenutno razumevanje splošnega pojma kaznivega dejanja v povezavi z institutom skrajne sile v Sloveniji in njenem Kazenskem zakoniku (*Ur.l. RS, št.: 63/94, 70/94, 23/99 in 40/04, 95/04-UPB1*).

Slovensko kazensko pravo načeloma tradicionalno izhaja iz trodelnega splošnega pojma kaznivega dejanja po nemškem vzorcu. Ta je – le malenkostno poenostavljeno – tako v Nemčiji kot v Sloveniji sestavljen iz ravnanja, skladnega z bitjo inkriminacije, protipravnosti in krivde.

Nemško ustavno sodišče nam v zgoraj kratko prikazani sodbi sporoča, da država iz ustavnopravnih razlogov ne sme sestrelitev letala z nedolžnimi člani posadke in potniki na krovu,³⁴ s katero bi se odzivala na klasično silobransko situacijo, razglasiti za skladnega s pravom. Take skladnosti s pravom (ki jo sodišče v konkretni ustavnosodni zadevi zavrača) v luči pravkar shematsko prikazanega trodelnega splošnega pojma kaznivega dejanja ne v Nemčiji ne v Sloveniji ne moremo razumeti drugače kot razlog izključitve protipravnosti (»Rechtfertigungsgrund«), v slovenski kazenskopravni terminologiji vse pogostejše imenovan tudi razlog upravičenosti, torej kot razlog izključitve drugega elementa splošnega pojma kaznivega dejanja. Zaradi, po mojem razumevanju, sorodnega ustavnopravnega razumevanja pravice do življenja in ne nazadnje tudi koncepta človeškega dostojanstva v slovenskem in nemškem ustavnem redu (kot tudi v ustavnih redih ostalih evropskih držav ali vsaj držav, združenih v poglavitne evropske integracije: Svet Evrope in Evropsko unijo) se zdijo prikazani argumenti v nemški sodbi BVerfG, 1 BvR 357/05 z dne 15.2.2006 relevantni in po mojem osebnem mnenju po svojem vsebinskem bistvu tudi ustavnopravno povsem sprejemljivi tudi v Sloveniji. Zato je po mojem mogoče izhajati iz prepričanja, da v

³³ Prav tam, odstavek št. 130.

³⁴ S sestrelitvijo letala brez ljudi ali zgolj z ugrabitelji na krovu, s katero se posebej ukvarja nemško ustavno sodišče v prikazani sodbi (BVerfG, 1 BvR 357/05 z dne 15.2.2006, odstavek št. 140 in naslednji), se v tem prispevku ne ukvarjam.

podobnih primerih usmrtnice nedolžnih članov posadke in potnikov letala zaradi »uradne« srestrelitve letala kazenskoppravno tudi v Sloveniji ne bi smelo biti mogoče razglašati za skladne s slovenskim pravom, torej neprotipravne. A poglejmo, kakšne alternative ostajajo za kazenskoppravno presojo dajalca ukaza in izvrševalca srestrelitve po nemškem in kakšne po slovenskem kazenskem pravu. Z drugimi besedami: poglejmo, ali odločitev nemškega ustavnega sodišča sili organe pregona in kazensko pravosodje (Nemčije), da morebitnega dajalca ukaza in izvrševalca srestrelitve preganjajo in obsodijo za kaznivo dejanje zoper nedolžne člane posadke oziroma potnike, ali pa so v kazenskem pravu vendarle na voljo kakšni instituti, ki bi tudi v takem primeru omogočali oprostilno sodbo.

3.2 Dve temeljni obliki skrajne sile v nemškem in ena sama oblika skrajne sile v slovenskem kazenskem pravu

Četudi je ugrabitev letala z namenom strmoglavljenja kot značilno nova oblika terorističnega napada na življenje ljudi (na zemlji) kazenskoppravno gledano zelo očiten protipraven napad, ki ustvarja t.i. silobransko situacijo in potencialno upravičuje odzive na tak napad, imamo v primeru, ko so na letalu tudi nedolžni člani posadke oziroma potniki, po splošnih pravilih sodobne teorije materialnega kazenskega prava vendarle opraviti s potencialnimi merili skrajne sile. Kadar namreč v obrambi pred protipravnim napadom branitelj poškoduje tretje osebe ali njihove dobrine, se po tradicionalno splošno sprejetih pravilih uporabljajo (vsebinsko strožja) merila instituta skrajne sile.³⁵

Skrajna sila je v sodobni kazenskoppravni teoriji relativno širok problemski sklop, ki jo je včasih težko ločiti od sorodnega splošnega instituta sile in grožnje. V tem pregledu velja posebej opozoriti na potencialne težave slovenskega kazenskega prava, da bi z institutom skrajne sile kazenskoppravno korektno obvladovali nekatere zadeve sile in grožnje, zaradi katerih so v tujini že pred desetletji ob (upravičljivi) skrajni sili, ki jo kot edino obliko pozna naše kazensko pravo, množično sprejeli poseben pozitivnopravni institut t.i. opravičljive skrajne sile.

Po sodobni teoriji materialnega kazenskega prava skrajna sila kot institut načeloma dovoljuje upravičevanje (upravičljiva skrajna sila, skrajna sila, ki izključuje protipravnost) ali vsaj upravičevanje (opravičljiva skrajna sila, skrajna sila, ki izključuje krivdo). V problemski sklop skrajne sile tako najprej sodijo klasični primeri, ko nekdo zaradi okoliščin določene zadeve istočasno nezakrivljeno nevarnost za svoje dobrine lahko odvrne le tako, da žrtvuje (tudi) dobrine osebe, ki je vir nevarnosti.³⁶ Sem z nekaterimi dodatnimi omejitvami uvrščamo tudi

primere, ko nekdo zaradi okoliščin konkretne zadeve istočasno nezakrivljeno nevarnost za svoje ali tuje dobrine lahko odvrne le tako, da žrtvuje (tudi) kakšno dobrino osebe, ki sama sploh ni vir nevarnosti. V slednji kategoriji so najbolj razvpite t.i. skupine v stiski.³⁷ Gre za okoliščine, ko dvema človekoma ali več ljudem grozi skupna zunanja istočasna nezakrivljena nevarnost (na primer brodolomci na rešilnem splavu brez pitne vode), v pomanjkanju učinkovitih alternativ pa član te skupine, da bi rešil kakšno svojo dobrino, zlasti življenje, napade dobrino drugega člana, na primer njegovo življenje (brodolomci ubijejo najšibkejšega in pijejo njegovo kri, da ne bi umrli zaradi dehidracije).³⁸ Načeloma se takšne okoliščine presojujejo po merilih, sorodnih merilom opravičljive skrajne sile (skrajne sile, ki izključuje krivdo³⁹), kot jo poznajo nekatere države (npr. Nemčija, Avstrija)⁴⁰ za presojo krivdnosti ravnanja, kjer pri odvrčanju istočasne nezakrivljene nevarnosti od sebe ali koga drugega pride do posledice, ki je zaradi teže ali drugih okoliščin ni mogoče šteti za skladno s pravom, vendar pa – nekoliko poenostavljeno – zaradi pomanjkanja subjektivne zavrznosti ravnanja storilca (nemožnosti očitka) to ravnanje ne šteje za krivdno. V slovenskem kazenskem pravu ne poznamo instituta opravičljive skrajne sile in slovenski kazenski pravniki se zato v zadevah, ki jih v tujini obravnavajo po institutu opravičljive skrajne sile, zatekamo k merilom instituta sile in grožnje iz 13. člena KZ, ki pa so glede kompulzivne sile identična merilom opravičljive skrajne sile iz 12. člena KZ (norma 13. člena KZ se glede kompulzivne sile preprosto sklicuje na merila 12. člena KZ). V praksi to ne pomeni, da obsodimo za protipravno krivdno ravnanje povsod tam, kjer bi v tujini lahko oprostili zaradi odsotne krivde po merilih opravičljive skrajne sile (skrajne sile, ki izključuje krivdo), pač pa oprostimo po bolj radikalni poti: zanikamo protipravnost po merilih upravičljive skrajne sile (skrajne sile, ki izključuje protipravnost) po 12. členu KZ. Takšna rešitev je za storilca brez dvoma radikalno ugodnejša, teoretično in pravno politično pa ne nujno najboljša. Med drugim napadenemu jemlje pravico do silobrana, kar brez dvoma ni zadovoljiva rešitev. Zato slovensko kazensko pravo potre-

³⁵ V slovenski teoriji glej npr. Bavcon et al., str. 238! Stališče je nesporno tudi npr. v nemški teoriji. Zgolj primeroma glej tam Roxin AT, poglavji o silobranu in skrajni sili v celoti.

³⁶ Nemška teorija tako okoliščino imenuje »rechtfertigender Notstand«.

³⁷ Nemška teorija jih imenuje »Gefahrengemeinschaften« in umešča med splošne institute kazenskega prava, ki so še najbližji opravičljivi skrajni sili (»entschuldigender Notstand«). Splošno o institutu skupin v stiski glej npr. Roxin AT, str. 888–891!

³⁸ Posebna različica takšne skupine v stiski je, kadar član skupine, da bi rešil kakšno tujo dobrino, zlasti življenje, napade dobrino drugega člana, npr. njegovo življenje (najmočnejši brodolomec ubije najšibkejšega med njimi, da bi drugim šibkejšim od sebe omogočil, da se s pitjem krvi izognejo smrti zaradi dehidracije). V nemški teoriji takšnega posebnega primera nisem zasledil. Vsekakor pa bi bil najbližji opravičljivi skrajni sili (»entschuldigender Notstand«), s posebnimi dodatnimi omejitvami, ki jih nemški teoretiki imenujejo načelo enakovrednosti človeških življenj. Nadrobneje glej v tem poglavju spodaj!

³⁹ Roxin AT, str. 888–891.

⁴⁰ Glej 35. člen nemškega StGB in 10. člen avstrijskega StGB! Primerjaj tudi določbo II. odstavka 30. člena hrvaškega KZ, ki govori o izključevanju kaznivosti pri določenih oblikah skrajne sile.

buje dodatne institute, ki bi bili kos obravnavanim primerom kompulzivne sile in grožnje zunaj okvirov prvih dveh elementov splošnega pojma kaznivega dejanja (zlasti npr. z izključevanjem krivde znotraj tretjega elementa splošnega pojma kaznivega dejanja).

Prikazana sodba nemškega ustavnega sodišča *BVerfG, 1 BvR 357/05 z dne 15.2.2006* po mojem mnenju zelo plastično pokaže, kako slovenski kazenskopravni sistem v primerjavi s sistemi, ki poznajo institut opravičljive skrajne sile, nima na voljo dovolj razdelanega instrumentarija splošnega dela materialnega kazenskega prava prav v etično najbolj kompleksnih okoliščinah storitve kaznivega dejanja, kakršna je sestrelitev ugrabljenega letala s talci za obvarovanje življenja ljudi na zemlji. Če se je že – vsaj po mojem osebnem mnenju – z lahkoto mogoče strinjati, da uboja ljudi kot bolj ali manj nujna posledica sestrelitve letala, predvidene v nesrečnem LuftSiG ZRN, ne moremo razglasiti za ustavno sprejemljivo omejitev pravice do življenja in s tem za skladnega s pravom (bodisi nemškim, bodisi slovenskim!) oziroma s kazenskopравnimi besedami za uboj z izključeno protipravnostjo, pa se ni mogoče z enako lahkoto strinjati s pomanjkanjem tako rekoč vsakršnega kazenskopravnega instituta, s katerim bi bilo mogoče v Sloveniji izključevati kaznivost (kaznivost v najširšem smislu kot skupni izraz za kateri koli element splošnega pojma kaznivega dejanja) osebe, ki je sodelovala pri sestrelitvi letala z nedolžnimi člani posadke ali potniki na njem. Neskladnost določenih določb nemškega prava v zvezi s sestrelitvijo ugrabljenega letala na njegovi poti do strmoglavljenja ne pomeni nujno, da moramo v takih drastičnih primerih vztrajati na nedotaknjeni, polni kazenski odgovornosti vseh morebitnih vpletenih, ki so posegli po tako drastičnem ukrepu: na izpolnjenosti vseh elementov splošnega pojma kaznivega dejanja. V razvitem večdelnem splošnem pojmu kaznivega dejanja razglasitev dejanja (ravnanja in njegove posledice) za protipravnega sploh ne pomeni nujno, da pri takem ravnanju ne prihajajo v poštev merila (opravičljive) skrajne sile in prek njih oprostilna sodba zaradi odsotne storilčeve krivde. Da bi s strani najvišjega varuha ustavnosti uradno razglašena protipravnost sestrelitve pomenila nujno, da v kazenskem postopku sestrelitelju ni mogoče očitati krivde, tega nemško ustavno sodišče seveda utemeljeno nikjer ne trdi. Ne spušča se v vprašanja morebitne izključene krivde neposrednega izvajalca sestrelitve letala, dajalca ukaza za tako sestrelitev ali morebitnih drugih udeležencev pri tem. Ne duši kazenskopravne razprave o tem. Nasprotno: prikazana sodba tujega sodišča je koristna spodbuda za slovenskega zakonodajalca, da čim prej uvede institut opravičljive skrajne sile, s katerim bi bil potencialno laže kos tako drastičnim situacijam, kot jih predvideva LuftSiG ZRN. Kajpak bo slovenska kazenskopravna teorija morala še natančno proučiti vse alternative in osebno vidim v prikazani sodbi predvsem spodbudo, da se tega loti čim prej.

Ni dvoma, da v sodobni slovenski kazenskopravni teoriji ne moremo govoriti o doktrinarno enotno utemeljenem in splošno sprejetem institutu opravičljive skrajne sile, kakršnega imajo nekateri razviti kazenskopravni sistemi v tujini (tudi v zakonodaji). Poglejmo si v nadaljevanju, kateri drugi kazenskopravni instituti splošnega dela ostajajo slovenskim pravnikom na voljo za usmerjeno obravnavanje etično tako kompleksne zadeve, kakršno obravnava nemško ustavno sodišče v prikazani sodbi.

3.3. Sestrelitev letala znotraj »prava prostega prostora«?

Nekateri teoretiki materialnega kazenskega prava v primerih kompleksnega srečevanja različnih nezdružljivih kazenskopravnih vrednot, ki storilca pahnejo v velike moralne dileme, zanikajo možnost, da bi se pravo izrekalo ne le o protipravnosti, ampak tudi o krivdi. Nemški teoretik *Arth. Kaufmann*⁴¹ npr. zahteva, da takih okoliščin ne presojava po merilih opravičljive skrajne sile (skrajne sile, ki izključuje krivdo⁴²), ampak uporabimo institut t.i. prava prostega prostora (*»rechtsfreier Raum«*). Gre za stališče, po katerem naj bi se določene človekove odločitve (o obstoju življenja) zaradi svoje izjemne etične težavnosti preprosto izmikale dometu (kazensko)pravnega razmišljanja, zato naj bi bila naloga kazenskega prava takšno odločitev po posebnih teoretičnih merilih zgolj prepoznati, nato pa razglasiti nekakšno materialnopravno nepristojnost kazenskega prava v zadevi, konkretno po teoretičnem institutu prava prostega prostora.

Ne more biti posebnega dvoma, da je sestrelitev civilnega potniškega letala, ki so ga storilci ugrabili s talci vred, z (terorističnim) namenom strmoglavljenja na naseljeno območje pravi učbeniški primer »kompleksnega srečevanja različnih nezdružljivih kazenskopravnih vrednot, ki storilca pahnejo v velike moralne dileme«, kakršnim naj bi bil namenjen institut t.i. prava prostega prostora po *Kaufmannu*. To velja tako za dajalca ukaza sestrelitve kot za neposrednega izvršitelja in tudi za vse morebitne ostale udeležence.

Ker pa *Kaufmannovo* stališče glede tehtanja življenj v zadevnih situacijah v sodobni kazenskopravni teoriji (tako v Nemčiji, kot v Sloveniji) ni večinsko sprejeto in nasprotno z vidika splošnega pojma kaznivega dejanja velja za zelo sporno,⁴³ lahko v danih prostorskih okvirih za potrebe tega prikaza kazenskopravnih razsežnosti odločitve nemškega ustavnega sodišča poenostavimo naslednje. Kazensko pravo je relativno

⁴¹ Kaufmann.

⁴² Glej zgoraj!

⁴³ V sodobni slovenski kazenskopravni literaturi glej posebej pregledno pri Ambrož, poglavje »Vrednostni pat položaj in prava prosti prostor«, str. 96–102! Avtor govori o »koliziji enakovrednih dobrin« oziroma »koliziji takšnih dobrin, katerih vrednosti ni mogoče racionalno ovrednotiti«. Glej navedeno delo, str. 96!

tog normativni sistem, ki je od dveh nasproti si stoječih vrednostnih polov pozitivno-negativno glede na svojo družbeno funkcijo usmerjen skoraj izključno v negativnega. Kategoriji, kot sta nevtralna vrednost in indiferenca, na katerih očitno temelji institut t.i. prava prostega prostora, po naravi stvari nista kazenskopravni: normativni sistem kazenskega prava ju ne dopušča.⁴⁴ Ali z besedami slovenskega kazenskopravnega teoretika *Matjaža Ambroža*: »V [normativnem sistemu kazenskega prava] se priznanje možnosti indiferentne vrednostne sodbe o določenem ravnanju, po tem, ko je s tem ravnanjem storilec v določeno pravno dobrino že posegel, – kljub nedvomno tudi negativnim razsežnostim takšne togosti – ne kaže kot sprejemljiva rešitev.«⁴⁵ Zato institut t.i. prava prostega prostora za kazenskopravno obvladovanje v tem prispevku obravnavane sestrelitve civilnega letala z nedolžnimi člani posadke ali potniki na krovu ne more biti prava rešitev.

3.4. O privolitvi in domnevani privolitvi osebe na letalu v sestrelitev letala, vključno z lastno smrtjo

Ker se nemško ustavno sodišče v prikazani sodbi izrecno ukvarja tudi z argumentom (domnevane) privolitve ljudi na letalu s sestrelitvijo letala z vsemi katastrofalnimi posledicami le-te za njihove dobrine, v prvi vrsti za življenje, je koristno kratko kazenskopravno analizirati te argumente. Kot zgoraj prikazano,⁴⁶ sodišče (domnevano) privolitev precej pavšalno zavrne kot neživiljenjsko fikcijo, kar je mogoče razumeti kot zanižanje dejanskih podlag za uporabo tega instituta. A pogledimo si nekoliko nadrobneje, kako je oziroma bi bilo z uporabnostjo institutov privolitve in domnevane privolitve v tovrstne ekstremne posege oblasti.

Kot je bilo v novejši slovenski kazenskopravni publicistiki že relativno obsežno prikazano,⁴⁷ sodobno kazensko pravo posamezniku priznava načelno pravico, da svobodno razpolaga s t.i. lastnimi osebnimi dobrinami, kakor so v prvi vrsti življenje in telesna celovitost, pa tudi zdravje, osebna varnost, čast, dobro ime, spolna nedotakljivost, svoboda gibanja, zasebna lastnina in podobno. Pravo to svobodo posameznika derivira iz različnih splošnih človekovih pravic in posameznih ustavnih garancij, kakor jih na primer priznavajo tudi različna določila slovenske ustave. V praksi to pomeni, da lahko posamezniki po merilih kazenskega prava načeloma nekaznivo uničujejo lastne stvari, se naklepno samopoškodujejo, spodkopavajo svoje zdravje, izvajajo najrazličnejše aktivnosti, s katerimi ogrožajo sebe in svoje stvari, in napravijo oziroma poskušajo napraviti samomor.

⁴⁴ Glej Ambrož, navedeno delo, str. 101!

⁴⁵ Ambrož, prav tam.

⁴⁶ Glej BVerfG, 1 BvR 357/05 z dne 15.2.2006, odstavek št. 39! Glej tudi zgoraj!

⁴⁷ Glej npr.: Korošec D. Potencialni [...]; Korošec D. Razum [...]; Korošec D. Domnevana [...] in Korošec D. Privolitev [...]!

Osrednji pravni argument za zagotavljanje in varovanje takšne načelne nekaznivosti je predvsem svoboden razvoj osebnosti posameznika kot potencialnega oškodovanca kaznivega dejanja.⁴⁸

V skorajda vseh pravnih sistemih sveta, vključno s slovenskim, pa so posamezniki pri razpolaganju z omenjenimi osebnimi dobrinami (kazensko)pravno omejeni. Zlasti aktivna usmrtitev drugega na njegovo zahtevo in kajpak tudi zgolj z njegovim dovoljenjem ostaja skoraj povsod protipravna. Enako velja za telesno poškodbo, vsaj v njenih najhujših oblikah. Razlogi, ki jih sodobna kazenskopravna teorija vidi za takšne omejitve, in merila, s katerimi poskuša abstraktno definirati mejo med omejeno in neomejeno razpoložljivimi dobrinami (oziroma dobrinami, ki za posameznika štejejo za apriorno nerazpoložljive, in tistimi, ki so razpoložljive), so kompleksen pravni fenomen z izrazitimi filozofskimi in kulturološkimi razsežnostmi, ki jih na tem mestu ni mogoče nadrobneje razlagati. Kakorkoli že, pa dovoljenje drugemu, da poseže v razpoložljivo ali vsaj omejeno razpoložljivo kazenskopravno dobrino tistega, ki dovoljenje za to daje, v kazenskem pravu imenujemo privolitev potencialnega oškodovanca. Za pojem privolitve njena kazenskopravna veljavnost ni bistvena.

Posebej zanimive razprave, predvsem pa pravne omejitve srečamo pri t.i. domnevani privolitvi v kazenskem pravu. Gre za situacije, kjer ena oseba poseže v kazenskopravno varovane dobrine druge osebe ob domnevi, da bi ta druga oseba z zadevnim posegom soglašala, če bi sploh lahko izrazila svojo voljo. Nekateri pravni sistemi obravnavajo takšne situacije po merilih silobrana ali skrajne sile, drugi pa so razvili posebna merila za presojo protipravnosti, na teoretični in praktični ravni drugačna od meril silobrana in skrajne sile – domnevano privolitev oškodovanca. Še najbolj natančna takšna merila je oblikovala sodobna nemška kazenskopravna teorija.

Nasploh omenjena teorija v glavnem enotno definira domnevano privolitev oškodovanca v kazenskem pravu kot »sklicevanje na takšne dejansko obstoječe in zaznavne okoliščine, ki bi ob razumni presoji človeka pripravile do tega, da bi privolil v določeno poseganje v lastne pravne dobrine, ko je jasno, da poškodovani ni niti privolil niti nasprotoval in tega tudi ne more storiti«.⁴⁹

Velika večina teoretikov iz Zvezne republike Nemčije in tudi tamkajšnje zvezno vrhovno sodišče⁵⁰ danes priznavajo, da dom-

⁴⁸ Zlasti nemška kazenskopravna teorija je pri zadevnih utemeljitvah danes vodilna. Glej zgolj primeroma: Korošec D. Privolitev oškodovanca v kazenskem pravu (primerjava dveh kazenskopravnih sistemov). Doktorska disertacija. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, 1997 in tam navajano literaturo!

⁴⁹ Tako na primer nemški kazenskopravni teoretik Arndt že leta 1929. Glej Arndt, str. 5!

⁵⁰ Od rzsodbe BGHSt 35, 246.

nevana privolitev ni podvrsta skrajne sile, ampak samostojen institut.

Že po pravkar bliskovito predstavljeni vsebini pojmov privolitev in domnevana privolitev oškodovanca v kazenskem pravu je na dlani, da privolitev člana posadke ali potnika v letalu v sestrelitev le-tega skupaj z vsemi naravno neizbežnimi katastrofalnimi posledicami za vse ljudi na letalu zaradi tako rekoč absolutne tabuizacije človekovega življenja v okviru splošno sprejete sodobne privolitvene doktrine praviloma ne more imeti kazenskopravne veljave. To velja brez izjeme tudi za primer, ko bi bila privolitev še tako svobodna in formalna (na kar v opisanih zadevah ugrabitve letala po naravi stvari seveda ne gre računati). To toliko bolj velja za domnevano privolitev. V tem smislu je vprašanje dejanskih podlag za uporabo (domnevane) privolitve, ki jih nemaško ustavno sodišče v prikazani sodbi tako nonšalantno zavrne kot apriorno odsotne in s tem uporabo institutov privolitve in domnevane privolitve oškodovanca kot neživljenjsko z zornega kota materialnega kazenskega prava precej drugotnega pomena. V kazenskem pravu ta instituta pač nikoli ne moreta izključevati protipravnosti sestrelitve.

3.5. O kazenskopravni odgovornosti za sestrelitev letala na ukaz (in o pravni zmoti)

Prikazana sodba nemškega ustavnega sodišča se utemeljeno ne ukvarja posebej s kazenskopravnimi vprašanji ravnanja na ukaz, poudarja pa, da LuftSiG ZRN vsaj v zvezi s sestrelitvijo letala kot najtežjim ukrepom, šteje ukaz (konkretno zveznega ministra za obrambo ali v primeru nadomeščanja pooblaščenega člana zvezne vlade⁵¹) za enega temeljnih formalnih predpogojev zakonitosti sestrelitve (ustavnost take ureditve, kot je bilo prikazano, pa sodišče sicer zanika). V pričujočem prispevku si zato velja na kratko pogledati temeljne dileme ravnanja na ukaz v sodobnem kazenskem pravu.

Sodobne države vzdržujejo celo vrsto služb, ki zelo neposredno skrbijo za varnost življenja ljudi in njihovega premoženja. Sem sodijo tudi letalske sile vojske, ki pri sestrelitvi letala v okoliščinah, s katerimi se ukvarjamo v pričujočem prispevku, po naravi stvari igrajo odločilno vlogo. V interesu usklajenega, zlasti pa takojšnjega in ažurnega izvrševanja nalog, so te službe hierarhično strukturirane, njihovi člani pa javno-pravno zavezani ravnati po zapovedi (ukazu, povelju, odredbi, obveznem navodilu, ...) nadrejenega. Ta načelna javno-pravna zavezanost danes velja za nujen, strateški pogoj za njihovo učinkovito, nemoteno delovanje. V bistvu je težko najti lepši primer za dejansko usodnost zamujenega odzivanja na ukaze kot ravno pri prestrežanju nevarnega letala v relativno majhnem zračnem prostoru, kakršen je nemški, še ustrezno bolj pa slovenski.

⁵¹ Nadrobnosti glej v predstavitvi LuftSiG ZRN zgoraj!

Če bi pilot vojaškega letala npr. izpolnil ukaz pristojnega nadrejenega, da sestrelji civilno letalo z nedolžnimi člani posadke ali potniki na njem, bi se lahko soočil z očitkom organov kazenskega pregona, da je s tem izpolnil zakonske znake enega ali več kaznivih dejanj (npr. toliko naklepnih umorov, kolikor je bilo na letalu ljudi). Teorija kazenskega prava govori o kaznivem dejanju na zapoved nadrejenega, pri čemer pa je – kot je znano – osrednji problem v tem, ali je podrejeni izvršil kaznivo dejanje, oziroma zakaj ne (obstoj kaznivega dejanja dajalca zapovedi se – vsaj zunaj mednarodnega kazenskega prava – proučuje po splošnih pravilih).⁵²

Očitno je, da pri tako drastičnih ukrepih, kot je sestrelitev civilnega letala z nedolžnimi ljudmi vred, odpade prva od sicer načeloma možnih rešitev problema ravnanja na ukaz: priznavanje kaznivega dejanja podrejenega z odvrnitvijo obsodbe tega storilca prek procesnopравnih instrumentov oportunitete pregona, vključno z učinkovno zelo podobno rešitvijo uporabe materialno-pravnega instituta t.i. majhnega pomena dejanja (podrejenega), kot jo predvideva npr. 14. člen slovenskega KZ. Tovrstni procesni in materialni instrumenti za objektivno tako huda kazniva dejanja po svoji fizionomiji preprosto ne prihajajo v poštev.

Kaj pa ostale možnosti? Kot je znano, vidi del kazenskopravne teorije rešitev problema kaznivega dejanja podrejenega v izključni protipravnosti teh izvršitev: pri manj hudih kaznivih dejanjih je poslušnost še vedno tako pomembna dobrina, da tako rekoč nevtralizira siceršnje nepravo teh ravnanj, zato tudi o protipravnosti ne more biti več govora. Le pri hujših kaznivih dejanjih poslušnost izgubi svoj relativni pomen in dejanje ostaja protipravno.

Takšen koncept v teoriji hvalijo kot tistega, ki podrejenemu daje najbolj jasne smernice, kako zelo pomembna je vrednota poslušnosti v javnopравnih hierarhičnih institucijah. Pri manj hudih kaznivih dejanjih podrejenega ne izpostavlja nevarnosti obrambe v silobranu, s čimer bi ga utegnile napadati žrtve, če bi vsa njegova kazniva dejanja na ukaz nadrejenega šteli za protipravna. To je še posebej pomembno za (kazensko)pravni položaj podrejenih, ki se v svoji vlogi znajdejo neprostovoljno (vojaški naborniki) in imajo zaradi svoje naravne laičnosti značilno slaba kazenskopravna znanja, pomembna za presojo protipravnosti zaukazanih ravnanj.

Splošna teorija poudarja, da je v takem konceptu po drugi strani težko potegniti prepričljivo univerzalno mejo med manj hudimi (na strani podrejenega upravičenimi) in hudimi (tudi zanj neupravičenimi) kaznivimi dejanji. Posebej slaba plat tega koncepta pa je paradoks, da nadrejeni lahko z ukazom po-

⁵² V slovenski kazenskopravni literaturi glej strnjeno npr. pri Bavec et al., str. 263–265! Glej tudi Korošec, D.: Ravnanje [...], str. 215–321!

drejenemu spremeni dejanje, ki bi bilo zanj protipravno kaznivo dejanje, če bi ga osebno izvršil, v upravičeno dejanje, ki se mu žrtev zaradi upravičenosti sploh ne sme upreti (npr. v okviru silobrana).

Drugi del teorije materialnega kazenskega prava izhaja iz prepričanja, da nadrejenemu nečesa, česar sam ne sme storiti, ne smemo pustiti izpeljati z zapovedjo podrejenemu. Protipravnost ravnanj izvrševalca (naj) torej ostane, le krivda izvrševalca je lahko izključena; uporabijo naj se merila instituta pravne zmote na strani podrejenega, ki (vsaj zunaj mednarodnega prava) niso tako strogo vezana na mejo med manj hudimi in hudimi kaznivimi dejanji.

Tak koncept je za podrejene v primerjavi z vsemi ostalimi nasploh v bistvu še najmanj prijazen. Sili jih v shizoidno situacijo, v kateri so ukaze načeloma dolžni izpolnjevati, tvegajo pa upravičene odzive (obrambne napade) potencialnih žrtev na morebitne protipravne izvršitve protipravnih ukazov.

Kakorkoli že, v našem primeru sestrelitve letala imamo po naravi stvari opraviti z dejanjem, ki že na prvi pogled ne more šteti za manj hudo, zato protipravnost pilotovega ravnanja po merilih ravnanja na ukaz ne more biti nikakor izključena. Enako imamo zaradi tehnične zahtevnosti upravljanja sodobnih (vojaških) letal tudi v morebitnih naborniških vojskah po naravi stvari opraviti s profesionalnim pilotom vojaškega letala, od katerega je mogoče pričakovati tudi nadrobnejša pravna znanja o mejah prepovedanega ravnanja v zračnem prometu, vključno z uporabo orožja proti civilnim letalom z nedolžnimi ljudmi na krovu, še sploh, če je takšno uporabo kot neskladno z ustavo uradno razglasilo državno ustavno sodišče, kot v primeru LuftSiG ZRN. Vse to govori tudi zoper upravičenost pilotovega ravnanja po merilih ravnanja na ukaz in posebej tudi po merilih pravne zmote, če se odloči izpolniti ukaz in letalo zares sestreliti. In še mimogrede: razpravljanje o možnostih silobrana ljudi na krovu civilnega letala zoper pilota vojaškega letala, ki jih bo vsak hip sestrelil, je kot argument za eno ali drugo teorijo znotraj doktrine ravnanja na ukaz⁵³ po naravi stvari kvečjemu cinizem.

Vse kaže, da ob nujni protipravnosti sestrelitve letala, kot jo predvideva LuftSiG ZRN, kot to protipravnost na ravni neustavnosti razglasa nedavna odločitev nemškega ustavnega sodišča, po splošnih pravilih teorije materialnega kazenskega prava o odgovornosti za ravnanje na ukaz ostaja kaj malo možnosti, da bi v kazenskopravnem smislu neprotipravno in tudi zgolj nekrivdno ravnal pilot kot izvrševalec (protipravnega) ukaza. To velja tudi v okviru veljavnega slovenskega KZ. Ta se glede vprašanja o obstoju kaznivega dejanja na zapoved nadrejenega, kot je znano, opredeljuje le v posebnem delu glede ukazov v vojski. V členu 283 govori o nekaznovanju pod-

rejenega, »če stori kaznivo dejanje na ukaz ali povelje nadrejenega in se ta ukaz ali povelje tiče vojaške dolžnosti, razen če gre za vojno hudodelstvo ali kakšno drugo hudo kaznivo dejanje, ali če je vedel, da pomeni izvršitev ukaza ali povelja kaznivo dejanje«. Ali gre za izključeno protipravnost ravnanj podrejenega ali za njegovo izključeno krivdo, tega KZ ne pove, pač pa s formulacijo, »ali če je vedel, da pomeni izvršitev ukaza ali povelja kaznivo dejanje« presumira obstoj pravnih zmot podrejenih pri vseh manj hudih kaznivih dejanjih. Zaradi takšnega zakonodajalčevega izhajanja iz obstoja pravne zmote, se z vidika splošnega pojma kaznivega dejanja zdi, da zakon z nekaznivostjo v 283. členu KZ misli na posledice nekakšne neizogibnosti oziroma opravičljivosti pravne zmote in v tem smislu na izključeno krivdo podrejenega (znotraj tretjega elementa tridelnega splošnega pojma kaznivega dejanja) in ne izključeno protipravnost njegovega ravnanja kot drugega elementa splošnega pojma kaznivega dejanja. Ureditev pravne zmote podrejenega v obravnavanem členu ni specialna nasproti siceršnji ureditvi pravne zmote v splošnem delu kazenskega prava (21. člen KZ) zgolj glede načelnega obstoja pravne zmote pri vseh t.i. ne-hudih kaznivih dejanjih, ampak tudi glede apriorne izogibnosti (neopravičljivosti) pravne zmote pri vseh hudih kaznivih dejanjih. V tem smislu gre za pomembno omejitev načelne upoštevnosti pravne zmote iz 21. člena KZ, s tem pa v bistvu tudi normativno-psihološke teorije krivde v celoti. V vsakem primeru pa tudi ureditev ravnanja na ukaz v slovenskem KZ v primerih sestrelitve letala, ki jih obravnava pričujoči prispevek, praktično ne pušča posebej veliko manevrskega prostora za izključevanje kateregakoli elementa kaznivosti pilota, ki letalo neposredno sestreliti na ukaz predpostavljene, če le na dejanski ravni ve, kaj se zares dogaja.⁵⁴ Kar pa seveda ne pomeni, da si slovenska ureditev ravnanja na ukaz v KZ z vidika splošnega pojma kaznivega dejanja ne zasluži nedvoumnejše in konsistentnejše ureditve! In seveda tudi ne, da pilotu kot storilcu kaznivega dejanja v potencialno hudi moralni stiski ni vredno ponuditi instituta opravičljive skrajne sile (*glej zgoraj!*)

4. Zaključek

Sodba BVerfG, 1 BvR 357/05 z dne 15.2.2006 je hvaležna iztočnica za prevetritev lastnega razumevanja pravice do življenja v povezavi s konceptom človekovega dostojanstva, za slovenske kazenske pravnike pa po mojem predvsem koristna spodbuda za razmislek o ustreznosti nekaterih domačih rešitev v KZ ali bolje: pomanjkanje nekaterih rešitev (kot so npr. opravičljiva skrajna sila ali celovita ureditev odgovornosti za ravnanje na ukaz). Seveda je res, da načelo zakonitosti v kazenskem pravu ne onemogoča pravosodne ugotovitve

⁵³ Nadrobneje glej zgoraj!

⁵⁴ O problemih dejanske zmote in njihovem potencialnem vplivu na krivdo storilca glej splošno zlasti v ustreznem poglavju pri Bavcon et al., str. 314–318!

izključene protipravnosti ali krivde v konkretni zadevi tudi z instituti in argumenti, ki niso posebej urejeni v zakonu. Zaradi argumentov nemškega ustavnega sodišča o protipravnosti sestrelitve letala z nedolžnimi člani posadke oziroma potniki na krovu pa resnici na ljubo kazenskemu sodišču za argumentiranje (nadzakonsko) izključene protipravnosti ne ostaja kaj prida maneverskega prostora in po zgornjem shematskem pregledu tudi argumentiranje izključene krivde ne more biti prav lahka naloga. Zakonodajalec bi prav zato moral čim prej zagotoviti institut, primeren posebej za etično najkompleksnejše zadeve in ta hip osebno ne vidim nič primernejšega, kot je opravičljiva skrajna sila po nemškem vzoru.

Zlasti pa naj ta prispevek pomaga k ugotovitvi, da velja previdnost pri skušnjavah po morebitnem sprejemanju podobnih zakonskih določb.

Literatura

1. Ambrož M. (2005): **Vrednostne (normativne) prvine v splošnem pojmu kaznivega dejanja**. Doktorska disertacija. Ljubljana: Univerza v Ljubljani.
2. Arndt H. (1929): **Die mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund**. Breslau: Schletter'sche Buchhandlung.
3. Bavcon L., A. Šelih, K. Filipčič, V. Jakulin, D. Korošec (2003): **Kazensko pravo – splošni del** (4. izd.). Ljubljana: Uradni list RS, str. 162–171.
4. Kaufmann, A. (1972): **Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung**. V: Schroeder F.-C., H. Zipf (ur.): **Festschrift für Reinhart Maurach**. Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, str. 327–345.
5. Korošec, D. (1998): **Domnevana privolitev potencialnega oškodovanca v kazenskem pravu (nemški in slovenski pristop)**. **Pravnik** (53); 6–8: str. 367–384.
6. Korošec, D. (1997): **Potencialni oškodovanec po sodobnem materialnem kazenskem pravu – volenti non fit iniuria?** **Zbornik znanstvenih razprav** Pravne fakultete v Ljubljani; LVII.: str. 189–218.
7. Korošec, D. (1999): **Privolitev oškodovanca in splošni pojem kaznivega dejanja**. **Zbornik znanstvenih razprav** Pravne fakultete v Ljubljani; LVIII.: str. 163–186.
8. Korošec, D. (1997): **Privolitev oškodovanca v kazenskem pravu (primerjava dveh kazensko-pravnih sistemov)**. Doktorska disertacija. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.
9. Korošec, D. (1998): **Razum in volja pri privolitvi potencialnega oškodovanca v kazenskem pravu**. **Zbornik znanstvenih razprav** Pravne fakultete v Ljubljani; LVIII.: str. 143–165.
10. Korošec, D. (2006): **Sestrelitev ugrabljenega civilnega letala**. **Pravna praksa** 7–8, str. 22–24.
11. Korošec, D. (1994): **Ravnanje po pravno zavezujočem navodilu nadrejenega – izključenost protipravnosti ali krivde?** **Zbornik znanstvenih razprav** Pravne fakultete, (54), str. 215–321.
12. Roxin C. (1997): **Strafrecht – Allgemeiner Teil**. Vol. I. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.

Shooting down a hijacked civilian aircraft – criminal law dimensions of the human right to life. Comments on a judicial decision of the German Federal Constitutional Court of 15. 2. 2006 (BVerfG, 1 BvR 357/05)

Damjan Korošec, LL.D., Associate Professor, Faculty of Law, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenia

The author first briefly presents a judicial decision of the Constitutional Court of the German Federal Republic of 15.2.2006 (BVerfG, 1 BvR 357/05) and the incompatibility of the legal regulation of conditions for shooting down a hijacked civilian aircraft with the German Constitution. He then continues with an analysis of the criminal law dimensions of this offence, based on the regulation of this issue in Slovene criminal law.

By a short analysis of the Slovene general concept of criminal offence and its constitutive elements (meeting the conditions for the existence of a criminal offence – in German *Tatbestandsmaessigkeit*, unlawfulness and culpability) and by highlighting differences between the exclusion of unlawfulness of conduct and its consequences on the one hand, and the exclusion of the perpetrator's culpability on the other, the author criticizes the lack of an institution of excusable necessity (necessity which excludes culpability) in Slovene criminal law. For the author, the case of shooting down a hijacked aircraft with innocent passengers on board, is an excellent textbook example for illustrating the lack of such a criminal law institution. In the continuation of the paper, he argues against the introduction or the application of the institution of the so-called law of free space also for all other cases of shooting down a hijacked aircraft.

By the arguments of the doctrine of the injured party's consent, such as developed in contemporary German substantive criminal law, the author rejects a justifiable and excusable character of consent and presumed consent of kidnapped passengers on board, as an act of participation or accomplishment, related to shooting down (which, in the nature of things, is fatal for all the people in the aircraft). He argues against the institution of consent and presumed consent of the injured party for such encroachments on the most important legal goods as marginal from the aspect of criminal law.

The paper concludes with analysis of shooting down a hijacked civilian aircraft on the order of a superior and certain other related fundamental legal issues, including the question of mistake of law made by a subordinate in connection with shooting down an aircraft.

Key words: judicial decision of the Constitutional Court of the German Federal Republic, shooting down a hijacked aircraft, criminal offence, justifications and excuses, necessity, consent of the injured party, acts on the order of a superior

UDC: 629.7 : 343.326 + 343.346.53