

Prevoz prebežnikov v neprimernih razmerah: standard konkretnega ogrožanja¹

Matjaž Ambrož²

Slovenska sodišča so v zadnjem času obremenjena z velikim pripadom zadev prepovedanega prehajanja meje ali ozemlja države (308. člen KZ-1). Hujša (kvalificirana) oblika tega kaznivega dejanja je podana, če so pri prevozu prebežniki izpostavljeni nevarnosti za življenje in zdravje. Gre za primer konkretnega ogrožitvenega kaznivega dejanja, pri čemer se je sodna praksa spopadla z vprašanjem, kolikšno stopnjo nevarnosti ta kazniva dejanja zahtevajo. Analiza pokaže več pomanjkljivosti v dosedanjih teoretičnih opredelitvah konkretnega ogrožanja. Avtor skuša konkretno ogrožanje premisliti na novo, pri čemer ima ključno mesto premislek o vlogi verjetnosti pri sodniški odločitvi. Predstavljeni so različni načini ocene verjetnosti nekega dogodka. Izkáže se, da kvantitativni standardi verjetnosti pri sodniškem odločanju večinoma ne bodo uporabni, torej bodo sodišča morala delati s kvalitativnimi (opisnimi) standardi. Ti pa morajo biti dovolj jasni in praga konkretnega ogrožanja ne smejo postaviti previsoko.

Ključne besede: migracije, kriminalitetna politika, ogrožitvena kazniva dejanja, konkretna nevarnost, verjetnost, pristranosti

UDK: 343.9:343.343.6

1 Uvod

Kaznivo dejanje prepovedanega prehajanja meje ali ozemlja države (308. člen KZ-1) ima kvalificirano obliko, ki je med drugim podana, če storilec »koga izpostavi nevarnosti za življenje in zdravje« (»Kazenski zakonik (KZ-1)«, 2008). Prevozi prebežnikov pogosto potekajo tako, da ti ne sedijo na običajnih potniških mestih, temveč so nameščeni v tovornem prostoru dostavnega vozila ali v prtljažniku osebnega vozila. Te zadeve so v sodni praksi sprožile razpravo o tem, kako slabe morajo biti razmere prevoza, da je standard nevarnosti za življenje in zdravje ljudi izpolnjen, s tem pa podana kvalificirana oblika kaznivega dejanja, ki kaznovalni okvir znatno razširi.

V ozadju teh razprav je problematika ogrožitvenih kaznivih dejanj, ki so svojevrstna posebnost med kaznivimi dejanji. Tipična kazniva dejanja so poškodbeni, pri njih storilec s svojim ravnanjem poškoduje objekt ravnanja: povzro-

či smrt ali telesno poškodbo človeka, okvari njegovo zdravje, omeji njegovo svobodo, zmanjša njegovo premoženje in podobno. Pri ogrožitvenih kaznivih dejanjih pa zadošča že možnost poškodbe, tj. nevarnost, da bi do nje lahko prišlo (zaradi storilčevega ravnanja bi nekdo lahko umrl, bil telesno poškodovan, njegovo premoženje bi se lahko zmanjšalo in podobno). Ogrožitvena kazniva dejanja so predmet živahnega teoretičnega zanimanja in razprav (Ambrož, 2017b; Bavcon idr., 2013; Burgstaller in Schütz 2018; Duff in Hörnle, 2022; Kindhäuser, 1989; Roxin in Greco, 2020; Trechsel in Fingerhuth, 2008; Wolters, 2023), vendar pa v zvezi z njimi ostaja še precej vprašanj nedorečenih ali spornih. Začenjam s tistim, kar ni sporno.

Ogrožitvena kazniva dejanja v grobem delimo na abstraktne in konkretne ogrožitve.³ Ključ do odgovora, za katero izmed vrst ogrožitvenega kaznivega dejanja gre, je zakonski opis. Če ta vsebuje opis nevarnosti za pravno dobro, ki jo mora storilec povzročiti, gre za konkretno ogrožitveno kaznivo dejanje (Frister, 2015; Kindhäuser, 1989). Kot primer konkretnega ogrožitvenega kaznivega dejanja je mogoče navesti kaznivo dejanje povzročitve splošne nevarnosti (314. člen »KZ-1«, 2008), ki v temeljni obliki najprej opiše različne

¹ Članek je nastal v okviru raziskovalnega projekta »Analiza izrednih ukrepov: Zaščita človekovih pravic in preprečevanje družbene škode v dobi nenehnih kriz«, J5-4588, ki ga financira Javna agencija za znanstvenoraziskovalno in inovacijsko dejavnost Republike Slovenije (ARIS).

² Dr. Matjaž Ambrož, redni profesor za kazensko pravo, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, in raziskovalec, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Slovenija.
E-pošta: matjaz.ambroz@pf.uni-lj.si

³ V novejšem času je bilo tudi pri nas opozorjeno na še en, vmesni tip ogrožanja: abstraktno-konkretno ogrožitveno kaznivo dejanje (Ambrož, 2017b). Ta vmesni tip je sprejela tudi sodna praksa, prvič v sodbi Vrhovnega sodišča I Ips 65803/2012 z dne 4. 7. 2019 (Vrhovno sodišče Republike Slovenije, 2019b).

oblike tveganih ravnanj, ki prihajajo v poštev za izvršitev dejanja, kot nadaljnji pogoj pa zahteva, da mora storilec s katerim izmed naštetih ravnanj »povzročiti nevarnost za življenje ljudi ali premoženje velike vrednosti« (opis nevarnosti za pravno dobrino). Na analogni način tudi kvalificirana oblika kaznivega dejanja prepovedanega prehajanja meje ali ozemlja države (šesti odstavek 308. člena »KZ-1«, 2008) opisuje nevarnost, ki jo mora storilec povzročiti (»koga izpostavi nevarnosti za življenje ali zdravje«) – tudi tu gre torej za konkretno ogroženo kaznivo dejanje.

Taksonomsko gledano so konkretne ogrožitve posledična kazniva dejanja, za razliko od abstraktnih ogrožitev, ki jih po prevladujočem pristopu štejemo za delikte brez posledice.⁴ Praktično gledano to pomeni, da je pri konkretnih ogrožitvenih dejanjih treba v sodnem postopku nastanek nevarnosti ugotavljati oziroma dokazovati, kar je drugače kot pri abstraktnih ogrožitvenih kaznivih dejanjih, kjer zadošča ugotovitev, da je storilec ravnal na nedovoljeni način, ni pa pomembno (in torej tudi ne predmet dokazovanja), ali je nevarnost za neko osebo ali stvar v danem primeru zares nastala.

Kratko velja omeniti, da zakonski opis v delu, kjer navaja povzročitev nevarnosti, ni bil ves čas enak. Sprva se je glasil »povzroči nevarnost za življenje in zdravje ljudi«, nato pa je bil z novelo KZ-1I spremenjen v »koga izpostavi nevarnosti za življenje in zdravje«. Sprememba je zgolj stilistična, brskanje po zakonodajnem gradivu pa pokaže, da je do nje prišlo zaradi nesporazuma o naravi ogrožitvenih kaznivih dejanj. Obrazložitev predloga KZ-1I namreč pojasnjuje, da naj bi dikcija »povzroči nevarnost« zahtevala preveč, saj naj bi to pomenilo, da mora priti do posledic, kot so »telesne poškodbe ali smrt« (Vlada Republike Slovenije, 2021: 112). V tem delu je obrazložitev pomešala poškodbeni in ogrožitveni kaznivi dejanja; tudi pred spremembo je za obstoj kvalificirane oblike zadoščalo konkretno ogrožanje življenja ali zdravja, nastop telesnih poškodb ali smrti ni bil potreben (Ambrož, 2022). Zgolj kot primerjalno zanimivost velja navesti, da zakonsko dikcijo »izpostavi nevarnosti« srečamo tudi v švicarskem kazenskem zakoniku, kjer jo brez omahovanja razumejo kot ubeseditev zahteve po konkretni nevarnosti (Trechsel in Fingerhuth, 2008).

Našo sodno prakso je sprememba iz »povzroči« v »izpostavi« nekoliko zmedla. Tako je Višje sodišče v Kopru v sodbi III Kp 66179/2022 z dne 1. 6. 2023 ocenilo, da konkretna nevarnost po novem zakonskem opisu ni več potrebna, saj naj bi bila izpostavitve nevarnosti »po definiciji« nižja stopnja ogrožitve kot povzročitev nevarnosti (višje sodišče v Kopru,

2023b). Vendar pa je že dva meseca po tem (v sodbi III Kp 64871/2022 z dne 3. 8. 2023) to stališče korigiralo in je v »izpostavitvi nevarnosti« prepoznalo zahtevo po konkretni nevarnosti, ki jo mora obtožba opisati, temu pa dodalo, da »vsaka kršitev pravil varnosti cestnega prometa še ne pomeni konkretnega ogrožanja« (Višje sodišče v Kopru, 2023b).⁵

Pod črto je torej mogoče reči, da sprememba glagola, ki opisuje storilčevo ravnanje (iz »povzroči« v »izpostavi«) ni bistvena – pred spremembo in po njej imamo opraviti s konkretnim ogrožitvenim kaznivim dejanjem. Sporno pa je, kje leži prag, ki ga mora nevarnost doseči, da lahko govorimo o konkretnem ogrožanju.

Vprašanje je pomembno, ne le v zvezi s kaznivimi dejanji po 308. členu KZ-1, z ogromnim pripadom katerih so sodišča trenutno soočena, temveč za razumevanje konkretnih ogrožitvenih kaznivih dejanj na splošno. Zdi se namreč, da gre za eno izmed področij, kjer »teorija« še ni dovolj dobro opravila svojega dela. Če se namreč kritično zazremo v formule, ki jih ponuja kot preizkus, ali je v nekem primeru do konkretnega ogrožanja prišlo, lahko nanje naslovimo več očitkov. Ti očitki so: nejasnost (večumnost), praktična neuporabnost in večkrat nerazumno visoko postavljen prag konkretnega ogrožanja.

Če imamo te pomanjkljivosti pred očmi, je lažje razumeti nagib različnih predlagateljev, da bi se na ravni zakonskega opisa »nekaj spremenilo« – čeravno se izkaže, da glagolske rošade niso spremenile ničesar. Toda precej trdno sem prepričan, da ključ do rešitve težave ni *ad hoc* spreminjanje posameznih zakonskih opisov, ki za svojo izpolnitev zahtevajo konkretno nevarnost, temveč je kritičnemu pretresu treba izpostaviti dogmatiko konkretnega ogrožanja na splošno. Ta je desetletja počivala na frazah, ki so govorile o »hudih eksistenčnih krizah za pravno dobrino«, o nevarnostih, ki grozijo, da se bodo »sprevrle« v poškodbo, in o »srečnih naključjih«, ki so botrovala temu, da do poškodbe ni prišlo. Te fraze so navzven morda dajale vtis, da je težava opredelitve konkretnega ogrožanja rešena, toda kdor je besede skušal vzeti zares in navedene formule uporabiti, je moral naleteti na težave.

2 Nevarnost kot verjetnost poškodbe

Nevarnost za neko pravno dobrino je mogoče opredeliti kot verjetnost, da pride do njene poškodbe. Jasno je, da mora biti ta verjetnost pri konkretnih ogrožitvenih kaznivih de-

⁴ V tej zvezi je treba opozoriti na nekaj nedoslednosti pri prenosu teh konceptov v slovensko literaturo, kjer je tudi abstraktna nevarnost pogosto obravnavana kot »posledica« (Bavcon idr., 2013).

⁵ Kot zanimivost velja navesti še sklep Višjega sodišča v Ljubljani VI Kp 67923/2023 z dne 11. 03. 2024, v katerem se je sodišče odločilo za kompromis in ocenilo, da navedena kvalificirana oblika zahteva abstraktno-konkretno nevarnost (Višje sodišče v Ljubljani, 2024).

njih večja kot pri abstraktnih ogrožitvenih kaznivih dejanjih, vprašati pa se je treba, kolikšno stopnjo natanko mora doseči.

Začeti je mogoče s preprosto formulo, znano iz starejše sodne prakse nemškega zveznega sodišča (BGH), po kateri je za konkretno ogrožanje potrebno, da »je nastop poškodbe bolj verjeten kot njen izostanek« (Roxin in Greco, 2020). Z drugimi besedami: konkretno ogrožanje naj bi zahtevalo nadpolovično verjetnost poškodbe.

Formula odpira zlasti dve vprašanji: 1) Ali je primerno za konkretno nevarnost zahtevati nadpolovično verjetnost poškodbe? in 2) Kako v posameznih življenjskih primerih sploh dognati, ali je bil ta prag dosežen?

Je zahtevati nadpolovično verjetnost poškodbe preveč, premalo ali ravno prav? Ocena, kaj je »veliko« in kaj »malo«, je vselej stvar konteksta, in nič drugače ni pri stopnjah verjetnosti. Kot primer vzemimo 17-odstotno verjetnost, da se bo nekaj zgodilo. Je to velika, srednja ali majhna verjetnost?

Navedenih 17 odstotkov ni izbranih naključno: gre za (zaokroženo) verjetnost, da nam bo z enim samim metom uspelo vreči šestico na kocki. Večina ljudi to verjetnost ocenjuje kot »majhno«.

Zdaj pa si predstavljajmo revolver, ki ima bobnič s šestimi utori za naboje, v enem izmed njih je naboj. Neki objestnež nam ta revolver prisloni na glavo in ga na slepo sproži, na srečo se vse dobro konča. Večina nas bo tu najbrž menila, da nas je storilec izpostavil »veliki« nevarnosti za življenje, in ne bo imela zadržka reči, da je objestnež naše življenje »konkretno ogrožal«.

S tem želim pokazati na relativnost ocene »velika« in »majhna« verjetnost. Naša ocena je močno odvisna od tega, kaj je dogodek, katerega verjetnost ugotavljamo. Kadar bo v igri izguba življenja (ali poškodba druge pomembne pravne dobrine), bomo tudi verjetnosti, ki so močno pod polovico, šteli za velike. Zato bi bilo vztrajanje pri tem, da mora biti verjetnost poškodbe pri konkretni nevarnosti vselej nad polovico, izrazito neživljenjsko. Moj vmesni sklep se torej glasi: tudi podpolovična verjetnost poškodbe je lahko konkretna nevarnost. Posebno vprašanje pa je, kako v nekem življenjskem primeru sploh ugotoviti, kolikšna stopnja verjetnosti poškodbe je obstajala.

Računanja oziroma ocenjevanja verjetnosti se je mogoče lotiti na različne načine. Za tukajšnje potrebe bom nekoliko poenostavljeno govoril o teoretični, statistični in subjektivno ocenjeni verjetnosti. Teoretično verjetnost si je v najbolj temeljni obliki mogoče predstavljati kot ulomek, v števcu kate-

rega je število »ugodnih« izidov⁶ (tj. izidov, katerih verjetnost nas zanima), v imenovalcu pa število vseh možnih izidov. Teoretična verjetnost, da z enim metom kovanca vržem cifro, je torej $\frac{1}{2}$.⁷

Teoretična verjetnost nam bo v pomoč takrat, kadar lahko število »ugodnih« in vseh možnih izidov preštejemo ali pa jih s pomočjo kombinatorike lahko izračunamo. V tej zvezi neki harvardski profesor fizike pravi takole: »Štetje je za verjetnost ključnega pomena, kajti pri verjetnosti gre pogosto le za to, da znamo prešteti število načinov, na katere se stvari lahko zgodijo.« (Morin, 2016: vii). Slaba novica pri tem je, da teoretična verjetnost v veliki večini primerov za presojo ogrožitvenih kaznivih dejanj ne bo uporabna, saj »načinov, na katere se stvari lahko zgodijo« (tj. na katere bi lahko prišlo do poškodbene posledice) ne bomo mogli prešteti ali jih kombinatorično izračunati. Navedeni primer z revolverjem je v tem pogledu velika izjema, tudi ta pa je prej učni konstrukt kot nekaj, s čimer bi se pravosodje pogosto ukvarjalo.

Drugače kot pri teoretični verjetnosti, ki je abstraktna računaska kategorija, si je statistično verjetnost mogoče predstavljati kot empirično kategorijo, ki temelji na opazovanju oziroma na eksperimentiranju. Eksperiment bi denimo lahko bil, da stokrat vržem kovanec, pri čemer me zanima, kolikšen bo delež »cifer«. Za tovrstno eksperimentiranje velja, da večje ko je število ponovitev, bolj se statistična verjetnost približuje teoretični, kar je znano kot zakon velikih števil (Morin, 2016).

Tako kot teoretična bo tudi statistična verjetnost za potrebe sodnih postopkov večinoma neuporabna. Statističnih podatkov denimo o tem, kako pogosto prevoz človeka v prtljažnem prostoru osebnega avtomobila pripelje do okvar zdravlja ali smrti, nimamo, eksperimentiranje pa seveda ne pride v poštev.

Nekaj besed o teoretični in statistični verjetnosti je bilo potrebnih zato, da bi pokazal na njuno relativno neuporabnost za pravosodno odločanje o ogrožitvenih kaznivih dejanjih. V veliki večini primerov pravosodje lahko dela le s tistim, kar imenujem subjektivno ocenjena verjetnost – gre za oceno, ki ne temelji ne na izračunih ne na statistikah, temveč na posameznikovih izkušnjah, znanju in intuiciji.

⁶ Izraz »ugodni izidi« je zgolj konvencionalno poimenovanje dogodkov, katerih verjetnost nas zanima. Kadar gre za verjetnost poškodb in drugih neželenih posledic (kot v našem primeru), bi bilo vsebinsko seveda ustrežnejše govoriti o »neugodnih izidih«.

⁷ V preprostih primerih, kot sta navedena, večina ljudi to verjetnost intuitivno izpelje, ne da bi za to potrebovala kakršno koli formulo. Takoj ko se stvari nekoliko zapletejo (npr. dva meta kovanca ali kocke, namesto enega), pa intuicija odpove in je treba kombinatorično računati.

Ugotovitev, da bo v večini primerov edino sodniško ali tožilsko orodje subjektivno ocenjena verjetnost, ima pomembno posledico: takšna verjetnost se izmika natančni kvantifikaciji. Izjava, kot na primer, »Sodišče ocenjuje, da je *tempore criminis* obstajala 36-odstotna verjetnost okvare zdravja oškodovanca.« bi delovala nenavadno, saj je jasno, da subjektivna ocena ne more biti na odstotek natančna. To pomeni, da pravosodje v veliki večini primerov ne bo moglo delati s kvantitativnim standardom verjetnosti (nevarnosti), temveč bodo zanj uporabne le kvalitativne formule, torej takšne, ki verjetnost (nevarnost) opišejo z besedami. Jasno je, da kvalitativne formule ne morejo biti več kot približne. Poseben izziv je takšno formulo oblikovati tako, da jo bo večina ljudi razumela približno enako in da bo prag konkretnega ogrožanja postavljen »primerno«. Odgovor na vprašanje, kaj je primerno, je seveda pogojen s posameznikovim individualnim občutkom in vrednostnimi nazori. Vendarle pa naslednje izhodišče ne bi smelo biti sporno: prag konkretnega ogrožanja mora biti postavljen dovolj visoko, da omogoča jasno razmejitev z abstraktnim ogrožanjem, in hkrati dovolj nizko, da bo sploh uporaben.

3 Oblikovanje kvalitativne formule: eksistenčna kriza, čudež, naključje, itd.

Kvantitativna formula, po kateri je za konkretno nevarnost potrebna nadpolovična verjetnost poškodbe, je torej neuporabna. Odziv na to so številni poskusi izoblikovati nekakšno kvalitativno (opisno) formulo, ki bi določala jedro in meje konkretnega ogrožanja.

Njihov pregled je mogoče začeti s poskusom, ki se ga je prijelo poimenovanje »naravoslovnoznanstveni model«. Njegov idejni oče je Horn Eckhard (Roxin in Greco, 2020), temeljna ideja pa je, da je konkretno ogrožanje podano, kadar izostanka poškodbe naravoslovnoznanstveno ni mogoče pojasniti. Drugače povedano: pri konkretnem ogrožanju bi ravnanje po naravoslovnih zakonitostih moralo povzročiti poškodbo, vendar ta »kot po čudežu« ni nastala. V primeru prevoza ljudi v neprimernih razmerah bi morale biti razmere prevoza tako zelo slabe, da bi se nam zdelo nedoumljivo, da so ti ljudje sploh še živi oziroma so jo odnesli brez okvar zdravja.

Osrednja težava tega modela je, da konkretne ogrožitve izrazito zoži. Skoraj vse izostanke poškodbenih posledic je namreč *ex post* mogoče pojasniti. V literaturi (Roxin in Greco, 2020) se v tej zvezi navaja nenavaden ponazoritveni primer: storilec prehiteva v nepreglednem ovinku, nasproti mu pripelje vozilo, vse kaže, da bo prišlo do trčenja, vendar tega prepreči nenaden in nenavadno močan sunek vetra, ki prestavi (odpihne) nasproti vozeče vozilo – in vse se dobro

konča. Ker poznamo razloge, zakaj do trčenja ni prišlo (sunek vetra), po naravoslovnem modelu konkretnega ogrožanja ne bi smeli priznati, hkrati pa je očitno, da dobrih normativnih razlogov za to nimamo. Poleg nenavadnega šolskega primera, v katerem je poškodbeno posledico preprečil nenadni sunek vetra, si lahko predstavljamo še druge primere, denimo oškodovance, ki si kožo rešijo sami, bodisi s spretnim prometnim manevrom bodisi z drugimi samozaščitnimi ukrepi. Tudi v teh primerih znamo pojasniti, zakaj do poškodbe ni prišlo, hkrati pa ne vidimo dobrih razlogov, da konkretne ogrožitve ne bi priznali. Na področju prevoza prebežnikov si lahko predstavljamo prevoz v tovornem prostoru brez dotoka svežega zraka, ki se je predčasno končal, ker je bilo tovorno vozilo ustavljeno pri policijskem nadzoru. Tudi tu znamo pojasniti, zakaj do poškodb zdravja ni prišlo (pomanjkanje svežega zraka na srečo ni trajalo dovolj dolgo) – in vendar se to ne zdi prepričljiv razlog za to, da bi konkretno ogrožanje zanikali. Vse povedano je mogoče strniti takole: omejiti konkretne ogrožitve le na primere, ko posledica »kot po čudežu« izostane, bi pomenilo ta delikttni tip napraviti dejansko neuporaben.

Naravoslovnoznanstveni model danes v literaturi le še poredko srečamo, obrobno se nanj sklicuje denimo Wolters (2023). Sicer pa se je pozornost avtorjev premaknila od naravoslovnoznanstvenih razlag k sodniškim vrednostnim ocenam nevarnosti, kar bi lahko imenovali normativni model. Sodniška vrednostna ocena, da je neka nevarnost dovolj resna, da si za zasluži etiketo »konkretna«, seveda ne bi smela biti povsem poljubna. Zato so znani različni poskusi opisno določiti standarde, ki upravičujejo to vrednostno oceno.

Opisi gredo v različne smeri. Začeti je mogoče z opisom, ki težišče polaga v človeško intuicijo: konkretno ogrožanje naj bi bilo podano tedaj, ko se opazovalcu zazdi, da »se je zgodilo več kot gola kršitev varnostnih pravil« (Lackner v Wolters, 2023: 43). Lahko bi rekli, da se formula zadovolji s pristopom »*I know it when I see it.*«. Gre za pristop, ki se odpove splošni definiciji in se zanaša na to, da bo opazovalec v praksi že zaznal, kdaj gre za »nekaj več«. Kako utemeljeno je zanašanje na to, da nas bodo intuicije pripeljale do razmeroma enotnih rezultatov? Lahko si predstavljamo dva v didaktične namene skonstruirana primera. V prvem prevozu prebežnikov poteka tako, da so ti nameščeni v običajnih potniških sedežih, vendar nekateri niso pripeti z varnostnim pasom (kršitev varnostnih pravil in nič več), v drugem primeru pa so nagnjeni v tovornem prostoru brez svetlobe in prezračevanja, pri čemer jim je zaradi tresljajev slabo (več kot kršitev pravil). Ker sta primera izbrana v didaktične namene, sta precej čista – težavo seveda predstavljajo številni vmesni primeri, kjer različne osebe na podlagi svoje intuicije ne bodo dale tako jasnih in enotnih odgovorov. Z drugimi besedami: problema konkretnega ogrožanja ni mogoče rešiti z lakonično pripombo, da

bo v posameznih življenjskih položajih opazovalec »že vedel«, kdaj je to podano.

Naslednja fraza, ki skuša ponuditi oprijemališča za sodniško vrednostno oceno, je »eksistenčna kriza za pravno dobrino visoke stopnje«. V skladu s tem modelom bi bilo konkretno ogrožanje v primeru prevoza prebežnikov podano tedaj, kadar bi sodišče ocenilo, da je bilo zaradi slabih razmer prevoza življenje ali vsaj zdravje teh ljudi v hudi »eksistenčni krizi«. Fraza je iznajdba noveše nemške sodne prakse, v katero se je trdno vrasla (Roxin in Greco, 2020), prav tako pa je pustila pečat v nemškem sistemu pravniškega izobraževanja. Tako naj bi denimo v različnih repetitorijih in drugih učnih pripomočkih za pripravo na državne pravniške izpite v Nemčiji pogosto precej apodiktčno pisalo: »konkretna nevarnost = eksistenčna kriza za pravno dobrino visoke stopnje« (Leitmeier, 2018). Poleg tega je fraza naletela na mednarodno odmevnost, navedena je tudi v slovenski literaturi (Bavcon idr., 2013).

Fraza, ki govori o »eksistenčni krizi za pravno dobrino visoke stopnje«, zveni učeno, vendar je hkrati izrazito meglena in ohlapna. Poleg tega ji ostrejši kritiki očitajo še, da je »pravno napačna« in »jezikovno pošastna« (Leitmeier, 2018). Glede zadnjega očitka nam avtor v primerjavo ponuja električni transformator, na katerem bi bil naslednji opozorilni napis: »Visoka napetost – eksistenčna kriza«. Gre seveda za namig na veliko izumetničenost izraza »eksistenčna kriza«, ki pojem konkretne nevarnosti prej zamegli, kot da bi mu dal jasnejše konture. Poleg tega si eksistenčne krize običajno predstavljamo kot položaje, ko gre za vse ali nič, biti ali ne biti, obstoj ali propad, zato je vprašljivo, ali je jih je smiselno še dodatno stopnjevati v »eksistenčne krize visoke stopnje«. Kakor koli odgovorimo na to vprašanje, pa se ni mogoče ogniti vtisu, da je prag konkretnega ogrožanja postavljen izjemno visoko: ne zadošča, da se žrtev znajde v položaju »eksistenčne krize«, marveč mora biti ta kriza za povrh še »visoke stopnje«.

Posebno mesto znotraj poskusov opredeliti konkretno ogrožanje so pridobile formule, ki se tako ali drugače sklicujejo na naključje. Te so prek učbeniške literature (Bavcon idr., 2013) prodrle tudi v slovensko sodno prakso. Konkretna nevarnost naj bi bila podana takrat, ko je »le še od naključja odvisno, ali bo zavarovana pravna dobrina prizadeta ali ne« (Višje sodišče v Mariboru, 2019; Vrhovno sodišče Republike Slovenije, 2016, 2020) oziroma ko »je zgolj naključje preprečilo« nastanek poškodbene posledice (Vrhovno sodišče Republike Slovenije, 2021).

Govoriti o naključju, ki naj bi botrovalo temu, da do poškodbe ni prišlo, je za pravno rabo najbrž prikladnejše, kot govoriti o »čudežu«. Toda tudi koncept naključja ni brez težav.

Kaj pravzaprav je naključje? Izraz uporabljamo v številnih kontekstih in z različnimi pomeni: od tega, da nas nekaj preseneti, prek tega, da se nekaj zgodi brez našega hotenja, do tega, da ne znamo pojasniti, zakaj se je nekaj zgodilo (da niti ne omenjam metafizičnega koncepta naključja kot »odklona od usode«).

Večpomenskost »naključja« je torej težava, in tega se del literature zaveda, zato ponuja napotke, kako je izraz treba razumeti. V kontekstu formule, po kateri pri konkretni nevarnosti poškodba izostane »le po naključju«, naj bi naključje razumeli kot »okoliščino, v katero ni mogoče zaupati« (Bavcon idr., 2013; Roxin in Greco, 2020). O konkretni nevarnosti naj bi torej lahko govorili, ko postane ogrožanje tako veliko, da se na izostanek poškodbe ni več mogoče zanašati. A tu nastane nova težava: tudi zanašanje namreč ni binarno (v smislu, da se na nekaj zanašamo ali pa ne), marveč je – enako kot verjetnost ali ogrožanje – stvar stopnje. Z nekaj dlakocepljenja je mogoče reči, da se tudi pri kaznivih dejanjih abstraktnega ogrožanja ni mogoče povsem zanesti, da se bodo stvari dobro iztekle – če bi se bilo, za inkriminiranje takih ravnanj sploh ne bi imeli dobrih razlogov. Vprašati se torej moramo, kako veliko, utemeljeno oziroma trdno mora biti zaupanje v izostanek poškodbe, da konkretnega ogrožanja ni.

Najkasneje na tej točki nastane vtis, da se vrtimo v krogih. Eno vprašanje stopnje (konkretna nevarnost) smo prek posrednika (naključje) nadomestili z drugim vprašanjem stopnje (količina zaupanja v ugodni izid) – bika nam nikakor ne uspe zgrabit za roge. Se je mogoče domisliti česa boljšega od sklicevanja na »eksistenčno krizo« in »naključje«?

4 Razprava in kazuistika

Doslej opisane težave z opredelitvijo konkretnega ogrožanja lahko strnem tako: Bistvo ogrožanja je verjetnost poškodbe, ki pa je v veliki večini primerov, s katerimi se pravosodje ukvarja, ni mogoče kvantificirati. Zato bi bilo tudi nesmiselno postavljati številčne (kvantitativne) standarde, ki jih mora verjetnost poškodbe doseči. Premik k opisnim (kvalitativnim) standardom je torej razumljiv – tam, kjer ni šlo s številkami, bo šlo morda z besedami. Toda tudi besede prinašajo s seboj težave: pogosto se zgodi, da nekaj ohlapnega (konkretna nevarnost) nadomestijo z nečim enako ali še bolj ohlapnim (npr. eksistenčna kriza), da niti ne omenjam drugega notoričnega problema besed, namreč da jih vsakdo razume nekoliko po svoje.

Velik del preteklega teoretiziranja o standardu konkretne nevarnosti so zaznamovali poskusi s pomočjo pojmovne eksegeze standard napraviti oprijemljivejši. Ti poskusi so nemara ustvarjali vtis, da je problem konkretnega ogrožanja rešen,

toda to je bil v najboljšem primeru samo vtis. Najprej velja opozoriti, da si od še tako marljive cepitve pojmov praviloma ni mogoče obetati oprijemljivih učinkov in vsakodnevnem pravosodnem odločanju. Poleg tega pa še tako bravurozna nadomeščanja enih pojmov z drugimi pogosto ne ustvarjajo večje določnosti. V želji premagati ohlapnost so poskusi definiranja konkretnega ogrožanja prag pogosto postavljali zelo visoko: zahtevali so nadpolovično verjetnost poškodbe ali celo nevarnost na meji poškodbe. Če bi te zahteve vzeli zares, bi bile konkretne ogrožitve podane le redko, hkrati pa bi povzročili določeno nedoslednost. Ta bi prišla do izraza ob primerjavi kaznivosti poskusa kaznivega dejanja in konkretnih ogrožitev. Tudi poskus kaznivega dejanja je namreč oblika ogrožanja, pri kateri pa nikomur ne pade na pamet, da bi njeno kaznivost omejil na primere, ko je »le malo manjkalo«, oziroma na primere, ko je bilo ogrožanje »na meji poškodbe«.

Rešitev iz tega položaja je mogoče iskati na podlagi dveh izhodišč: 1) opredelitev konkretnega ogrožanja naj ne bo preveč zapletena (izumetničena) in 2) prag konkretnega ogrožanja ne sme biti postavljen previsoko.

Razmislek je mogoče začeti na podlagi premika, do katerega je prišlo v novejši avstrijski sodni praksi. Če je ta nekoč za konkretno nevarnost zahtevala položaj, v katerem je »tipično mogoče šteti, da bo prišlo do poškodbe« (Burgstaller in Schütz, 2018), je danes ta standard nekoliko zrahljan. Po novem sodna praksa govori o položaju, v katerem bi dobro informirani opazovalec v času dogajanja poškodbo »resno jemal v poštev kot možno«. Če prav gre pri spremembi le za nianso, ta dovolj dobro izrazi tole: za konkretno ogrožanje ni treba, da nas izostanek posledice preseneti, zadošča že, da bi *ex ante* (v času, ko še ne vemo, kako se bo razpletlo) poškodbo resno šteli za možno.

Za navedeno formulo vendarle ne moremo reči, da je povsem preprosta. V njo je namreč vpleten »opazovalec«, ki mora biti »dobro informiran«, mnenje pa si mora ustvariti *ex ante*, torej v času dogajanja, še preden je znan razplet, ali bo do poškodbe prišlo ali ne. Uvajanje *ex ante* perspektive v presojo zveni zelo učeno, vendar razmislek pokaže, da gre za dokaj »naraven« pogled. Naj spomnim: nevarnost sem v uvodu opredelil kot verjetnost poškodbe, verjetnost pa je smiselno ocenjevati v položaju, ko razplet še ni znan (primer: o verjetnosti, da bo košarkar zadel prosti met, se kaže spraševati, še preden je met opravil). Hkrati pa je seveda jasno, da sojenje vselej poteka v času po dejanju, torej je *ex ante* perspektivo mogoče le (bolj ali manj uspešno) simulirati. Čeprav gre za simulirano spremembo pogleda, ta najbrž ni povsem brez pomena. Tu je mogoče napraviti vzporednice s tistim, kar vemo o zmanjševanju naknadne pristranosti (ang. *hindsight bias*) pri pripisovanju kazenske odgovornosti za malomarnost

(Fischhoff, 1975; Kamin in Rachlinski, 1995; Rachlinski, 1998). Jedrnato povedano: naša presoja nekega ravnanja je manj obremenjena s pristranskostjo, dokler ne vemo, kakšne posledice je ravnanje povzročilo (Ambrož, 2017a). Poleg časovne perspektive bo treba nekaj premisleka nameniti še novi, tretji osebi, ki se je znašla v formuli (»opazovalcu«) – k njej se vrnem v sklepnem delu prispevka.

V iskanju alternativ dosedanjim opredelitvam konkretne nevarnosti velja navesti še en novejši poskus, ki je razmeroma preprost in ga zaznamuje nekaj angloameriškega pragmatizma (Duff in Hörnle, 2022). Ta poskus, ki skuša ostati konceptualen (torej neodvisen od podrobnosti konkretne pravne ureditve), predlaga, da naj bi bila konkretna nevarnost podana tedaj, ko obstaja konkretna (določljiva) oseba ali predmet, ki sta bila ogrožena, ogrožanje pa je doseglo raven »znatnega tveganja« (ang. *significant risk*).⁸ Drugače povedano: vse predhodno razglabljanje o stopnjah verjetnosti, hudih eksistenčnih krizah za pravno dobrino, naključjih in zaupanju v ugodni izid je nadomeščeno z jedrnato besedno zvezo »znatno tveganje«.

Prvi vtis je, da besedni zvezi manjka analitične ostrine. Na našo oceno, da je neko tveganje »znatno«, namreč vplivata dva različna dejavnika: 1) kako huda poškodba grozi in 2) kakšna je verjetnost, da do nje pride. Vendar ima zlivanje teh dveh vidikov ogrožanja v enoten pojmovni amalgam »znatnega tveganja« tudi svoje prednosti. Omogoča namreč upoštevanje tistega, kar sem skušal pokazati s primerom z revolverjem z enim nabojem: kadar gre za pomembne dobrine, kot je življenje, lahko tudi pri razmeroma nizkih odstotkih verjetnosti, da bo uničeno, govorimo o »znatnem tveganju«, saj je poškodba, ki grozi, tako huda.

Lahko bi torej rekli, da je v pojmu »znatnega tveganja« nekaj dinamičnega: pomembnejša ko je pravna dobrina, ki je v igri, manjša je lahko verjetnost njene poškodbe, pa bo kljub temu dosežen prag znatnega tveganja (in narobe). Kot že navedeno, natančna kvantifikacija verjetnosti poškodbe, ki mora biti podana pri posameznih dobrinah (npr. pri življenju vsaj 5 odstotkov, pri premoženju pa več kot 50 odstotkov), ni mogoča. To pomeni, da ta standard pušča precej maneverskega prostora sodiščem, da v konkretnih primerih ocenijo, ali neko tveganje štejejo za znatno. Toda ta maneverski prostor je bržkone neizogiben: raba bolj izumetničenih formul (naključje, eksistenčna kriza itd.) ga nemara lahko prikrije, odpravi pa ga ne more.

⁸ Svojo precejšnjo ravnodušnost do pojmov avtorja demonstrirata tudi s tem, da *significant risk* brez posebnih pojasnjevanj ali opravičevanj variirata, tako da je enkrat *significant*, drugič *serious* in tretjič *substantial*.

Pri razpravi o različnih opredelitvah konkretnega ogrožanja je pomembno tudi naslednje: Možno in celo precej verjetno je, da bodo v številnih primerih različne formule sodišča vodile v enake rezultate. Kljub temu pa se zdi, da razprava o njih ni brez pomena: tudi kadar nas dve formuli v večini primerov pripeljeta do enakih rezultatov, velja dati prednost tisti, ki je jasnejša in preprostejša (načelo parsimonije).

Kaj pa naša, domača sodna praksa? Ob količinsko velikem pripadu zadev, povezanih s prepovedanim prehajanjem meje ali ozemlja države, kjer se pogosto odpira tudi vprašanje ogrožanja življenja ali zdravja prebežnikov, se je bila prisiljena spopasti z ne vselej jasnimi in doslednimi teoretičnimi razglabljanji o konkretni nevarnosti. Mislim, da ji je to kar dobro uspelo in da je v veliki večini zadev prišla do prepričljivih rezultatov. Izčrpno povzemanje sodne prakse skupaj s podrobnostmi vsakokratnega dejanskega stanja na tem mestu ni mogoče niti smiselno. Koristno pa se mi zdi vsaj kratko predstaviti izbor najpomembnejših odločitev, na katerega bom lahko navezal nekaj komentarjev.

Da imamo opraviti z deliktom konkretnega ogrožanja, je Vrhovno sodišče Republike Slovenije (2020, 2022) izrecno potrdilo dvakrat (sodbi I Ips 51288/2018 z dne 1. 10. 2020 in I Ips 57562/2020 z dne 8. 9. 2022). Sodišče je konkretno nevarnost priznalo v primeru, ko je storilec prevažal 38 oseb v majhnem temnem delu tovornega vozila brez sedežev, svetlobe in prezračevanja, pri čemer jim je bilo slabo in so nekateri bruhalo (Vrhovno sodišče Republike Slovenije, 2019a), ter v primeru, ko je bilo oseb sicer nekoliko manj (15–20), razmere prevoza pa podobne (Vrhovno sodišče Republike Slovenije, 2023). Zanimivost slednje odločbe je, da konkretno nevarnost poveže s konceptom tveganja, ki je bilo za prizadete »neprijemno večje«, kot bi bilo pri običajnem prevozu. To razmišljanje se močno približa tukaj predstavljenemu stališču, da je konkretno nevarnost mogoče razlagati kot tveganje poškodbe, ki je znatno.

Sodišča so konkretno nevarnost priznala tudi v primerih prevoza več ljudi v prtljažnem prostoru osebnega vozila. Tako je denimo Višje sodišče v Ljubljani (2020) konkretno nevarnost potrdilo v primeru, ko je bilo šest ljudi natrpanih na zadnjem sedežu osebnega avtomobila, trije pa so bili v prtljažniku, ločenem od potniškega prostora (tip vozila »limuzina«), pri čemer jih je pestilo pomanjkanje zraka (sodba III Kp 54106/2019 z dne 17. 7. 2020). Sodišče je pri utemeljevanju odločitve uporabilo učbeniško formulo, po kateri pri konkretni nevarnosti »nevarnost neposredno grozi, da se bo sprevrgla v poškodbo« (Bavcon idr., 2013).

Pač pa sodišča niso priznala konkretne nevarnosti v primerih, ko je bila v prtljažnem prostoru osebnega avtomobila

nameščena ena oseba, pri čemer prtljažni prostor ni bil ločen od potniškega (tip vozila karavan oziroma enoprostorec) (Višje sodišče v Ljubljani, 2023; Vrhovno sodišče Republike Slovenije, 2022).

Moj vtis je, da se celotni prikazani izbor sodne prakse giblje znotraj okvirov tega, kar je racionalno mogoče zagovarjati. Obrazložitve konkretnega ogrožanja so sicer včasih sumarne, zato je bila tem dragocenejša diskusija na letošnji Klavzuri kazenskih sodnikov v Kopru (10. 5. 2024), ki mi je omogočila nekoliko podrobnejši vpogled v sodniške miselne procese pri odločanju o konkretni nevarnosti. Iz nje izhaja, da so pri prevozih prebežnikov za sodnike ključne zlasti te navezne okoliščine: ali so imeli potniki med prevozom dovolj zraka, je bila vožnja taka, da je zaradi nemožnosti prostorske orientacije in treslajev povzročala slabost, kako tesno so bili potniki nagneteni, koliko časa je vožnja trajala in po kakšnem terenu je potekala. Slednja okoliščina (teren) se pokaže kot pomembna zlasti v povezavi s prevozi v tovornih prostorih brez ustreznih sedišč in oprijemališč.

5 Sklep

Vprašanje konkretnega ogrožanja bi najbrž ostalo razmeroma obrobno vprašanje kazenskega prava in kriminalitetne politike, če ne bi močan porast kaznivih dejanj prepovedanega prehajanja meje ali ozemlja države poskrbel za to, da se je sodna praksa s to problematiko morala spopasti. Po eni strani ji je nekaj sitnosti povzročalo vprašanje, ali pri »izpostavljanju nevarnosti za življenje ali zdravje« sploh gre za konkretni ogrožitveni delikt. Ko je bilo to enkrat potrjeno, pa se je zastavilo vprašanje, kje leži prag konkretnega ogrožanja.

Obravnavanje tega vprašanja v sodbah in na sodniških izobraževanjih je ustvarilo pogoje za kritično obravnavo stališč in konceptov, ki so doslej veljali za bolj ali manj samoumevne. Osrednje ugotovitve mojega prispevka so tri. Prva je, da so razprave o konkretni nevarnosti v preteklosti njen prag pogosto postavljale previsoko. Zahtevati, da mora biti poškodba bolj verjetna kot njen izostanek, je vsaj pri pomembnih pravnih dobrinah, kot je življenje, bistveno preveč – to postane jasno na podlagi preprostih miselnih eksperimentov, ki kažejo, da tudi precej nižje verjetnosti izgube življenja (lahko le nekaj odstotne) štejejo za »ogromne«.

Druga ugotovitev je, da bodo koncepti teoretične in statistične verjetnosti za pravosodje praviloma neuporabni. S tem ne želim reči, da je poznavanje osnovnih zakonitosti teoretične verjetnosti za tožilce in sodnike nekoristno ali nepotrebno. Prav nasprotno: poznavanje osnov verjetnosti nam omogoča jasnejše razmišljanje o številnih problemskih sklopih kazen-

skega prava, kjer imamo opraviti z negotovimi izidi (npr. vzročnost, malomarnost, eventualni naklep, poskus itd.).⁹ Povedati želim le, da eksaktni numerični izračuni verjetnosti praviloma ne bodo mogoči, torej bo treba delati s približnimi standardi opisne narave.

Na te standarde je vezana moja tretja ugotovitev. Ti standardi so bili v preteklosti pogosto oblikovani kot učeno zveneče fraze, vendar pa njihova analiza (dekonstrukcija) pokaže, da vsebinskih meril presoje pravzaprav niso ponudili. Zato se mi zdi na mestu priporočilo, da je opisne standarde treba napraviti preprostejše in jasnejše. Tu v poštev prihajata zlasti dve (vsebinsko podobni) možnosti.

Prva je opredelitev konkretne nevarnosti kot nevarnosti, ki grozi konkretni osebi ali objektu, pri čemer je tveganje znatno. Beseda »znatno« je uporabljena zato, da bi izločila zanemarljivo majhna, oddaljena ali zgolj hipotetična tveganja, nikakor pa ne meri na nadpolovično verjetnost poškodbe. Kot že večkrat navedeno, lahko o »znatnem tveganju« (navsezadnje lahko bi rekli tudi: precejšnjem, resnem itd.) govorimo tudi pri le nekajodstotni verjetnosti, da bo nekdo izgubil življenje.

Druga možnost se navdihuje pri novejši avstrijski sodni praksi. Ta za izhodišče jemlje dobro informirano osebo, ki bi ob opazovanju nekega nevarnega ravnanja resno vzela v poštev možnost poškodbe (»Tole se pa lahko slabo konča!«). Predstavljeni varianti sta si vsebinsko na moč podobni. Povezuje ju skupno izhodiščno vprašanje, ali je *tempore criminis* obstajala realna možnost poškodbe konkretne osebe ali predmeta, pri čemer to vprašanje ubesedita vsaka nekoliko po svoje. Za obe varianti je očitno, da dovoljujeta visoko stopnjo sodniške diskrecije, kar pa je pri vrednotenju intenzivnosti neke pretekle nevarnosti neizogibno (v vsakem primeru pa je o tej diskreciji bolje govoriti na glas, kot se pretvarjati, da je ni).

Čisto na koncu je nekaj pozornosti treba nameniti še eni podrobnosti iz avstrijske formule. Gre za sklicevanje na tretjo osebo (opazovalca), katere zaznave in vrednotenja naj bi bili v pomoč pri presoji. S tem je ustvarjen vtis, da sta sodnik in opazovalec dve različni osebi: sodnik pač razsoja glede na to, ali bi opazovalec poškodbo jemal v poštev kot možno. V resnici sodišča praviloma nimajo na voljo opazovalcev, katerih miselne procese bi lahko jemala za vodilo svoje presoje. Bolj neposredno povedano: hipotetični opazovalec, ki nastopa v formuli, ni nihče drug kot sodnik sam.

Kot je znano, to še zdaleč ni edini primer v kazenskem pravu, ko ta ali ona formula razsoja veže na vtise, mnenje ali ravnanje nekakšne fiktivne tretje osebe, ki ji pripišemo določene lastnosti (npr. razumna, dobro informirana, trdnega značaja itd.) Obstajajo različne domneve o tem, kakšno vlogo opravlja vpletanje pogleda tretje osebe v sodniško odločanje. Ena od njih je, da sklicevanje na tretjo osebo odločevalcem (sodnikom in porotam) daje priložnost, da v razsojo posredno vključijo svoja intuitivna in nereflektirana stališča (Hörnle, 2008). V skladu s tem pogledom je tretja oseba (opazovalec) nekakšen odločevalčev alter ego, ki pa ima to srečo, da ji svojih vtisov in mnenj ni treba podrobneje obrazložiti. V tem pogledu bi šlo predvsem za potuho pri obrazložitvi odločitev in mikalo me je zapisati, da bi bilo sklicevanje na tretjo osebo iz formule najboljše izpustiti (kar sem v eni izmed zgodnejših različic tega besedila tudi napravil). Vendar po premisleku ugotavljam,¹⁰ da sklic na tretjo osebo nemara le opravlja neko koristno funkcijo: odločevalca spodbudi, naj se ne zadovolji s prvim intuitivnim odgovorom, ki mu pade na pamet, temveč naj stvar premisli tudi distancirano, skozi pogled »tretje osebe« – ta menjava pogleda, če je vzeta resno, zahteva nekaj miselnega napora, s tem pa nemara lahko prispeva k temeljiteji pretehtani sodniški odločitvi.

Literatura

1. Ambrož, M. (2007). *Kaznivo dejanje in njegove vrednostne prvine*. Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti.
2. Ambrož, M. (2017a). Kazenska odgovornost strokovnih delavcev VIZ za posledice opustitve dolžnega nadzorstva. V M. Ambrož, M. (ur.), *Kazenska odgovornost strokovnih delavcev VIZ: dejavnik varnega šolskega prostora* (str. 152–164). Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.
3. Ambrož, M. (2017b). Sovražni govor kot ogrožitveno kaznivo dejanje. V S. Splichal (ur.), *Zagovor javnosti: med svobodo izražanja in sovražnim govorom* (str. 90–100). Slovenska akademija znanosti in umetnosti.
4. Ambrož, M. (2022). *Kazenski zakonik (KZ-1) z uvodnimi pojasnili k noveli KZ-II*. Uradni list Republike Slovenije.
5. Bavcon, L., Šelih, A., Korošec, D., Ambrož, M. in Filipčič, K. (2013). *Kazensko pravo: splošni del*. Uradni list Republike Slovenije.
6. Burgstaller, M. in Schütz, H. (2018). § 89 StGB. Gefährdung der körperlichen Sicherheit. V F. Höpfel, F., in E. Ratz (ur.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (str. 1–19). Manz.
7. Duff, A. in Hörnle, T. (2022). Crimes of endangerment. V: K. Ambos, A. Duff, A. Heinze, J. Roberts in T. Weigend (ur.), *Core concepts in criminal law and criminal justice* (str. 132–165). Cambridge.
8. Fischhoff, B. (1975). Hindsight ≠ foresight: The effect of outcome knowledge on judgement under uncertainty. *Journal of Experimental Psychology*, 1(1), 288–299.

⁹ Pri vseh naštetih vprašanjih je za oblikovanje sodniške vrednostne sodbe pomembna tudi ocena verjetnosti nekega dogodka (Ambrož, 2007).

¹⁰ Spodbudo za ta premislek dolgujem dr. Alešu Novaku – pogovori z njim so mi bili v veliko pomoč pri razmisleku o vlogi »opazovalca« pri vprašanju konkretnega ogrožanja.

9. Frister, H. (2015). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Beck.
10. Hörnle, T. (2008). Social expectations in the criminal law: The "Resonable person" in a comparative perspective. *New Criminal Law Review*, 11(1), 1–32.
11. Kamin, K. A. in Rachlinski, J. J. (1995). Ex post ≠ ex ante: Determining liability in hindsight. *Law and Human Behaviour*, 19(1), 89–104.
12. Kazenski zakonik (KZ-1). (2008). *Uradni list RS*, (55/08).
13. Kindhäuser, U. (1989). *Gefährdung als Straftat*. Vittorio Klostermann.
14. Leitmeier, L. (2018). Mordmerkmal der Heimtücke und Todesgefahr bei besonders schwerer Brandstiftung. *Neue Juristische Wochenschrift*, 71(46), 3398–3400.
15. Morin, D. (2016). *Probability*. Samoizdaja (CreateSpace).
16. Rachlinski, J. J. (1998). A Positive Psychological Theory of judging in hindsight. *University of Chicago Law Review*, 65(2), 571–625.
17. Roxin, C. in Greco, L. (2020). *Strafrecht Allgemeiner Teil I*. C. H. Beck
18. Trechsel, S. in Fingerhuth, T. (2008). Gefährdung des Lebens und der Gesundheit. V S. Trechsel (ur.), *Strafgesetzbuch Praxiskommentar* (str. 591–612). Dike.
19. Višje sodišče v Kopru. (2023a). Sodba št. III Kp 64871/2022 z dne 3. 8. 2023. [https://sodnapraksa.si/search.php?q=285%20&database\[SOVS\]=SOVS&database\[IESP\]=IESP&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&rowsPerPage=20&page=78&id=2015081111473169](https://sodnapraksa.si/search.php?q=285%20&database[SOVS]=SOVS&database[IESP]=IESP&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&rowsPerPage=20&page=78&id=2015081111473169)
20. Višje sodišče v Kopru. (2023b). Sodba št. III Kp 66179/2022 z dne 1. 6. 2023. <https://pisrs.si/sodnaPraksa?idECLI=ECLI:SI:VSKP:2023:III.KP.66179.2022>
21. Višje sodišče v Ljubljani. (2020). Sodba št. III Kp 54106/2020 z dne 17. 7. 2020.
22. Višje sodišče v Ljubljani. (2023). Sodba št. VI Kp 20267/2023 z dne 17. 11. 2023. <https://pisrs.si/sodnaPraksa?idECLI=ECLI:SI:VSLJ:2023:VI.KP.20267.2023>
23. Višje sodišče v Ljubljani. (2024). Sklep št. VI Kp 67923/2023 z dne 11. 3. 2024. <https://pisrs.si/sodnaPraksa?idECLI=ECLI:SI:VSLJ:2024:VI.KP.67923.2023>
24. Višje sodišče v Mariboru. (2019). Sodba št. IV Kp 54019/2018 z dne 20. 8. 2019. <https://pisrs.si/sodnaPraksa?idECLI=ECLI:SI:VSMB:2020:IV.KP.54019.2018>
25. Vlada Republike Slovenije. (2021). *Predlog zakona o spremembah in dopolnitvah Kazenskega zakonika, EVA 2021-2030-0022*. https://www.iusinfo.si/AppendixExtSlo/PDZ/PORODZ2021M09D10N24_2_1.PDF
26. Vrhovno sodišče Republike Slovenije. (2016). Sodba št. I Ips 20991/2013 z dne 3. 3. 2016. [https://sodnapraksa.si/?q=G%2012/2006&database\[SOVS\]=SOVS&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&rowsPerPage=20&page=29&id=2015081111418148](https://sodnapraksa.si/?q=G%2012/2006&database[SOVS]=SOVS&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&rowsPerPage=20&page=29&id=2015081111418148)
27. Vrhovno sodišče Republike Slovenije. (2019a). Sodba št. I Ips 51288/2018 z dne 18. 9. 2019. [https://www.sodnapraksa.si/?q=*&database\[SOVS\]=SOVS&database\[IESP\]=IESP&database\[VDSS\]=VDSS&database\[UPRS\]=UPRS&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&rowsPerPage=20&moreLikeThis=1&id=doc_2015081111440961](https://www.sodnapraksa.si/?q=*&database[SOVS]=SOVS&database[IESP]=IESP&database[VDSS]=VDSS&database[UPRS]=UPRS&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&rowsPerPage=20&moreLikeThis=1&id=doc_2015081111440961)
28. Vrhovno sodišče Republike Slovenije. (2019b). Sodba št. I Ips 65803/2012 z dne 4. 7. 2019. [https://www.sodnapraksa.si/?q=*&database\[SOVS\]=SOVS&database\[IESP\]=IESP&database\[VDSS\]=VDSS&database\[UPRS\]=UPRS&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&id=2015081111431656](https://www.sodnapraksa.si/?q=*&database[SOVS]=SOVS&database[IESP]=IESP&database[VDSS]=VDSS&database[UPRS]=UPRS&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&id=2015081111431656)
29. Vrhovno sodišče Republike Slovenije. (2020). Sodba št. I Ips 39138/2018 z dne 16. 7. 2020. <https://pisrs.si/sodnaPraksa?idECLI=ECLI:SI:VSRS:2021:I.IPS.39138.2018>
30. Vrhovno sodišče Republike Slovenije. (2021). Sodba št. I Ips 13595/2017 z dne 25. 2. 2021. [https://www.sodnapraksa.si/?q=id:2015081111446703&database\[SOVS\]=SOVS&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&rowsPerPage=20&page=0&id=2015081111446703](https://www.sodnapraksa.si/?q=id:2015081111446703&database[SOVS]=SOVS&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&rowsPerPage=20&page=0&id=2015081111446703)
31. Vrhovno sodišče Republike Slovenije. (2022). Sodba št. I Ips 57562/2020 z dne 8. 9. 2022. https://sodnapraksa.si/?q=odlo%C4%8Dbe%20&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&showType=table&rowsPerPage=20&page=4671&id=2015081111461768
32. Vrhovno sodišče Republike Slovenije. (2023). Sodba št. I Ips 39275/2022 z dne 30. 3. 2023. <https://pisrs.si/sodnaPraksa?idECLI=ECLI:SI:VSRS:2023:I.IPS.39275.2022>
33. Wolters, G. (2023). Vorbemerkungen zu §§ 306. V J. Wolter in A. Hoyer (ur.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (str. 41–50). Wolters Kluwer.

Transport of Irregular Migrants in Inadequate Conditions: The Concrete Endangerment Standard

Matjaž Ambrož, Ph.D., Professor of Criminal Law, Faculty of Law, University of Ljubljana and Researcher, Institute of Criminology at the Faculty of Law in Ljubljana, Slovenia. E-mail: matjaz.ambroz@pf.uni-lj.si

Slovenian courts have recently been dealing with a large number of cases dealing with prohibited crossings of the border or territory of a country (Article 308 of the Slovenian Criminal Code). An aggravated form of this offence is committed when irregular migrants are exposed to life and health dangers during transport. This is a case of a concrete endangerment offence, whereas the case law has grappled with the question of what level of danger these offences require. The analysis reveals several shortcomings in the previous theoretical definitions of concrete endangerment. In this article, the author attempts to rethink concrete endangerment, reflecting on the role of probability in judicial decision-making. Different ways of assessing the probability of an event are presented. The findings indicate that quantitative standards of probability are largely irrelevant for judicial decision-making, so courts will have to work with qualitative (descriptive) standards, which must be sufficiently clear and must not set the threshold of concrete danger too high.

Keywords: migration, crime policy, endangerment offences, concrete danger, probability, biases

UDC: 343.9:343.343.6