

Odgovornost za kaznivo dejanje, izvršeno na zapoved predpostavljenca.*

(Koreferat Prvemu kongresu pravnikov slovanskih držav, Bratislava, 1933.)

Profesor dr. Metod Dolenc, Ljubljana.

I.

Na prvi pogled se zdi, da je vprašanje odgovornosti za kazniva dejanja, ki so izvršena na zapoved predpostavljenca, samo malo obsežen problem. V resnici pa je važen izrastek vsega kazenskega prava; kajti on poganja naravnost iz korenik, ki naj nosijo ves filozofični in socijalni sistem kazenskega prava. Le tedaj, če postavimo na čelo označenega vprašanja na izvestno podlago bistvenih prvin za filozofično upravičbo državne kaznovalne pravice, pridemo do pravilne rešitve. To pa kaže, da bo vsak odgovor na vprašanje po odgovornosti za kaznivo dejanje, storjeno na zapoved predpostavljenca, samo relativno pravilen, a relativnost se snuje iz stožernega problema utemeljitve kazenskopravne odgovornosti po svojem bistvu, vobče.

V pogledu na slovanske države, ki prihajajo za naš kongres v poštev, smemo stožerni problem občne kazenskopravne odgovornosti deliti po dveh vidikih: 1. Ogromna večina slovanskih držav se poslužuje dejanski kazensko pravne zakonodaje, ki temelji na načelu subjektivne socijalno - etične krivde kršitelja po kazenskem zakonu zaščitenih pravnih dobrin, čijih kršitvam naj sledi sankcija. 2. Sovjetska Rusija, doslej edina med slovanskimi državami, pa si je ustvarila — ne toliko defi-

* Ta koreferat je napisan brez poznanja referata glavnega poročevalca za to vprašanje, gospoda justičnega podpolkovnika dr. Josipa Lepšika (Praha).

nitivno, kolikor odločno — dejansko kazenskopravno zakonodajo, ki sloni na načelu odgovornosti za socialno nevarnost dejanja in storilca. Zločinu je ovrgljiv simptom nevarnosti antisocialnega individua, pa tudi ovrgljiv znak (indic) za stopnjo nevarnosti. Nič ne odločuje individualna etična krivda, ampak izvestna socialna nevarnost zločinca ali zločina, ali pa tudi obeh. Socialnonevarni individuum naj se po sodnem preudarku napravi za neškodljivega, zlasti, če je »razredni sovražnik«; če pa je proletarec, naj se eventualno potom poboljševanja prilagodi pogojem družbenega življenja. V naslednjih vrsticah naj preiščemo kolikor mogoče na kratko naš problem po obeh vidikih.

II.

Predpostavljamo, da je treba socialno-etične krivde nekega človeka, če naj sledi zločinu kazenskopravna odgovornost in sankcija (kazen).

Za naše vprašanje moramo takoj odgovornost cepiti na dva dela: odgovornost predpostavljena, ki je velel kazenskopravno zabranjeno dejanje, in odgovornost podrejena, ki je zapovedano zabranjeno dejanje storil. Seveda priznavamo možnost, da se more odgovornost ustanoviti hkratu za oba.

Glede predpostavljena ni, da bi mogli dvomiti, da ga zadene odgovornost po splošnih načelih kazenskega zakona, ki veljajo za nasnovanje. Ali šteje dejstvo, da je predpostavljenec zapovedal podrejenca kot neposrednemu storilcu zabranjeno delo, za otežujočo okolnost pri odmeri kazni, za naše vprašanje ni odločilne važnosti. Vendar se mora to vprašanje po splošnih etičnih načelih vobče potrditi.

Glede one osebe, ki je kaznivo dejanje na zapoved predpostavljena storila, pa je treba najprej ugotoviti, kaj je v smislu kazenskopravne zakonodaje konstitutiven element odnosa predpostavljena do podrejene osebe. (Da tukaj predpostavljamo obstoj občnih pogojev za njeno polno kazenskopravno odgovornost za primer, da bi storila isto zabranjeno dejanje brez zapovedi po svoji volji, se samo po sebi razume.) Ni, da bi šele dokazovali, da ni vsak predpostavljenec, niti vsak podrejenec v istem medsebojnem odnosu. Njuno razmerje utegne biti zelo različno.

Čim n. pr. stopi neka oseba sama po svoji volji v razmerje podrejena do predpostavljena, ki ga more vsak čas brezpogojno ali pa vsaj pod izvest-

nimi pogoji odpovedati, med katere bi spadala lahko tudi pravica razrušiti podrejenost za primer, da dobi nalog ali ukaz izvršiti kaznivo dejanje, naš problem ne more biti več predmet posebne diskusije; saj se razblini v navaden primer, ko odgovarja vsakdo po svoji etično utemeljeni krivdi. V tem spoznanju tiči primarni odgovor na vprašanje odgovornosti za kaznivo dejanje podrejene osebe, ki mu ga zapove predpostavljena. Oba odgovorjata primarno po svoji socialno - etični krivdi za storjeno kaznivo dejanje; saj je treba vsako nasnovano kaznivo dejanje presoјati po socialno-etični krivdi. Seveda moramo povsem odmisli ti tiste primere, pri katerih pridejo v poštev eksempcijski ali ekskulpacijski momenti druge vrste, n. pr. storitev v silobranu, v stanju skrajne sile ali pod vplivi, ki ukinjajo vračunljivost (vis ac metus).

Drugače pa je, če izvira odnos predpostavljene in podrejene osebe iz izvestne legalne norme javnega prava, kjer daje država zakonit *imperium*, ki zasega podrejenca v tem smislu, da je legalno zavezan, da izpolnjuje zapovedi ali povelja, izhajajoča iz tega imperija; tam dobi naše vprašanje pač drugačno izjemno lice.

Predvsem nikakor ne bomo govorili o kaznivosti dejanja, ki sicer vsebuje kršitev pravne dobrine, pa objektivno ni zabranjeno. Oškodovanje individualne interesne sfere, materialna kršitev pravice, ni vedno pregreha zoper kazenskoppravno zaščitno normo. V imenu najvišje pravice, ki je ustanovljena za občno dobro vseh državljanov, se utegne zgoditi posamezniku zlo. To je postulat od države prevzete garancije za pravni red, ki regulira socialno sožitje. Tu govorimo o zakonitih eksempcijah glede uporabe norm kazenskega prava. Kdor kot organ občne varnosti posluje, bilo na povelje sodnika, bilo na zapoved upravnega oblastva, na ta način da »o sumljenca«, ki pa v resnici ni krivec, zapre; ali kdor kot izvršilni organ na povelje izvršilnega sodišča ali upravnega oblastva vzame zavezancu izvesten imovinski predmet, ta seveda ni odgovoren po kazenskem zakonu. Če bi iz nepazljivosti ne posloval točno po predpisih, po katerih ravnati se je dolžan, postane pač disciplinsko kazniv itd.

Kjer pa takšne eksempcije ni, sta odločilna v prvi vrsti značaj in vsebina zakonito odrejenega imperija. Če ima podrejenec n. pr. priznano pravico, da sme zahtevati pismeno povelje, čim smatra on, podrejenec, da zapovedano dejanje ni zakonito in da ga ne sme izvršiti, potem je treba presoјati njegov odnos do predpostavljencea

in njegovo odgovornost za eventualno kaznivo dejanje na prvi pogled drugače nego v primerih, kjer take rezerve po zakonu ni.

Še drugo vprašanje se pokaže, namreč: ali naj zakonito ustanovljen imperium na strani predpostavljena izključuje možnost kritične presoje danega ukaza od strani podrejenca ali ne? V tem pogledu se pozitivna zakonodaja lahko postavi na različna stališča. Toda praktično se da pri strogem imperiju predpostavljena, ki se tiče res važne snovi, težko zamisliti, da bi se dovolila takšna presoja. Kajti s tem bi se porušili temelji strumne hierarhično urejene organizacije državne uprave. Pri vojaški organizaciji bi bila takšna pravica kritičnega presojevanja povelj predpostavljenih naravnost nemogoča. Enaka težkoča obstoji v tem pogledu, ali moramo, če vzamemo, da je podan legalni imperij, ki sili podrejenca, da izpolnjuje brezpogojno zapoved predpostavljena, priznati obveznost podrejenca za vsak primer ali samo za tiste primere, ki je pri njih zapoved krita po legalnem obsegu imperija? Praktično vzeto: Ali naj ima vojaški poveljnik pravico zaukazati podrejenca, da stori dejanje, ki z vojaškim poklicem kot takim in abstracto nima nobene zveze? Tudi tu pridemo naposled do vprašanja, ali naj ima podrejenec možnost ali celo dolžnost, da sam presodi zapoved v tem pogledu, ali se tiče predmeta v mejah obstoječega imperija, ali pade izven njegovega okvira.

III.

Vsa naša doslejšnja izvajanja kažejo jasno, da problem odgovornosti za izvršitev kaznivega dejanja na zapoved predpostavljena ne more dobiti enovrstno rešitev, ampak da obstoji *quaestio facti* po tem, kakšnega z n a č a j a je imperium.

Enotnost in kontinuiteta države se da pojmovati samo s pomočjo norm, a organizacija države zahteva, da ima prisilna sredstva na razpolago, s katerimi uveljavlja svoje norme. Če naj celokupna vsebina norm tvori pravni red, morali bi pač zahtevati, da bi se vse norme med seboj strogo ujemale. To pa ni absolutno dosegljivo; včasih se križajo, ker je zakonodajalec opustil skrajno brigo za zanesljivo skladnost norm, včasih, ker je to namenoma tako hotel. (Tu imamo v mislih n. pr. gori omenjene eksemplije od uporabe kazenskega zakona.) Ko pa pridejo norme, ki ohranjujejo in garantirajo pravni red v državi, med seboj navzkriž, mora obveljati vsebina tiste zakonite določbe, ki izraža *normo višjega reda*.

Ni pravnega reda brez države. Država sicer ni sama sebi namen, pač pa je njena eksistenca pogoj za vzdrževanje pravnega reda. Tistim normam gre prednost, ki imajo svrho, da državo glede njene eksistence ščitijo, ohranjajo, vzdržujejo. Razume se, da morajo biti take, od države izdane, državo ohranjujoče norme javnopravnega značaja in da so vprav one tako vzvišene, da se morajo druge norme pred njimi umakniti v ozadje, če pride med njimi do nasprotja.

Tudi kazensko pravo je skup javnopravnih norm, vse so garantirane od države, obstoj države je pogoj za obstojanje kazenskega prava. Če država ustanavlja imperij svojih organov v svrhu samoohranitve in če v ta imperij vključi pravico zahtevati brezpogojno pokoravanje podrejenih organov, ako predpostavljenec nekaj zapove, potem ne moremo več govoriti o prostosti volje podrejenca, zato pa tudi ne o kaznivosti izvršenega zapovedanega dejanja. Država, ki veli, ne ubijaj, pa je ustanovila v interesu samoohranitve, da sme njen organ veleti podrejenцу »ubijaj!«, ta država podrejenca, ki je izvršil zapoved, ne sme kaznovati. Država niti ne sme dati podrejenцу pravice, da bi presojal zakonitost ali umestnost zaukazanega dejanja, ako bi s tem hierarhijski organizaciji svojih organov izpodnesla tla. To bi pomenilo izpodrežanje samoohranitve! Zaukazano dejanje utegne biti kaznivo pri predpostavljenцу, za podrejenca pa ni.

Pridemo do zaključka, da se država sme — ne mora — posluževati takšnih norm, po katerih zahteva v hierarhičnem ustroju svojih organov slepe pokornosti podrejenca napram ukazom predpostavljenцев, to pa le, kjer gre za obstoj države kot tak, torej samo za javnopravne norme tistega značaja, ki garantirajo obstoj države. Izvajanje takšnega imperija od strani državnih organov - predpostavljenцев v svrhu samoohranitve države mora biti v pogledu na podrejene organe obvezno, ne da bi podrejena oseba mogla biti kazenskopravno odgovorna, dasi je dejanje objektivno kaznivo. Za podrejeno osebo v takem primeru namreč ni protipravnosti, ona je orodje predpostavljenca brez socialno-etične krivde, čim je dejanje izvršila po svoji službeni dolžnosti.

So pa še druge vrste državnega imperija in na njihovi podlagi izdanih povelj: sodnikov, učiteljev, vzgojiteljev, upravnikov in podobno. Tudi ti imajo za sebe zakon, ki jim

daje oblast zaukazovanja podrejenim osebam. Pri sodnikih pač pa pri učiteljih, vzgojiteljih. Niti pri prvih, niti pri bo težko misliti na podrejene osebe razen na uslužbence, drugih pa ne moremo misliti, da bi šlo za imperium v interesu samoohranitve države, dasi gre gotovo tudi tu za javnopravni imperium. Mislimo pa, da se zapoved predpostavljence podrejenca, da naj stori dejanje, ki vesta zanj oba, da je kaznivo, ne more presojati enako kot zapoved, dana v interesu samoohranitve države. Dejanje, čeprav ukazano od sodnika, učitelja itd., ki je kaznivo, ostane kaznivo tudi na strani storilca, ki je zapoved izpolnil. On se mora vzdržati storitve; če tega noče, ga zadene odgovornost za krivdo, razen če mu je krivda ali kaznivost izključena zaradi skrajne sile, vis ac metus in podobno.

V tem smislu torej razumemo quaestio facti imperija, ki je temelj za presojo odnosa med zapovedovalcem in tistim, ki je zapoved izpolnil. Samo na javnopravnem, državo ohranjujočem imperiju sloneče razmerje more opravičiti neodgovornost podrejene osebe, ki stori kaznivo dejanje na zapoved predpostavljence. Gre za krivdo izključujoč, ne za kazen izključujoč moment. Pri vsakem drugem javnopravnem imperiju omenjene neodgovornosti ne smemo priznati, še manj pa pri oblastih, ki jo imajo starši, gospodarji, šefi itd. na podlagi zasebnopravnih zakonitih norm.

Iz vsega tega sledi, da na zapoved storjeno kaznivo dejanje redno ni nekrivdno; nekrivdno je le izjemoma, če gre za zgoraj označeni posebni imperij predpostavljence, ki ga izvršuje v svrhu samoohranitve države.

Bodi dovoljeno, da se pozovemo na analogen primer, ki pri njem zakon sicer ne odreja odnosa predpostavljence do podrejence, pač pa naročitelja in izpolnitelja nekega dejanja, ki je tu pa tam morda kaznivo. To je primer tako zване »odvetniške imunitete«. Čim se drži odvetnik po zakonitih predpisih okvira informacij stranke-klijenta in čim osebno ne prekorači mej stanovskih dolžnosti, zlasti dostojnosti, mu eventualno kaznivo dejanje (največkrat verbalni delikt!) ne more naprtiti osebne krivde, odgovornost nosi samo njegova stranka: Ni protipravnosti na strani odvetnika, »zapoved« stranke-klijenta ga oprasča krivde, toda le, če se drži strogo mandata in sam ne prekorači mej, ki mu jih veleva stanovska dolžnost. Ta analogen primer iz zakonodaje potrjuje naše zgoraj navedeno pravilo: Protipravnost je neobhodno potrebna prvina kaznivosti nekega dejanja, ki je po kazenskem zakonu objektivno zabranjeno.

IV.

Namenoma se nismo dotaknili niti konkretno veljajočih zakonitih določb te ali one države, niti razprav o problemu iz književnosti. Sedaj pa se moramo vendarle ozreti po vprašanju, kako naj se uzakonijo in concreto načela, ki smo jih spoznali in označili in thesi za pravilna.

Ni drugega izhoda, nego ta, da mora kazenski zakonodajec sam *verbis expressis* ustanoviti izjemo, da kaznivega dejanja ni in tudine sme biti, če izključuje javno pravo protipravnost dejanja. Bližnjih odredb ob pestrosti teh primerov, ki smo jih navajali, ni mogoče zamisliti. Generalna določba, kot je navedena, bo tudi popolnoma zadovoljujoča, ker je pač stvar sodišča, da subjektivno krivdo in odgovornost izloči, če gre na strani podrejenca za objektivno nekrivdno dejanje zaradi pomanjkanja prvine protipravnosti.

Pri našem razlaganju vpliva v govoru stoječe zapovedi predpostavljena napram podrejenцу ni nobenih težav glede rešitve vprašanj, kako naj učinkujejo glede na odgovornost za kaznivo dejanje podrejenca subjektivni ekskulpativni momenti na strani predpostavljena. V primerih, kjer ne obstoji protipravnost dejanja podrejenca, odpade vsako nadaljnje razmotrivanje, ker podrejenec ni krivec. V ostalih primerih pa se mora itak podrejenčeva krivda in odgovornost za njo samostojno presojsati. Tu se smemo sklicevati na nauk zastopnikov t. zv. triparcijske delitve splošnega dela kazenskega zakonika, ki se seveda sama po sebi razume.

V.

Rusko sovjetsko komunistično kazensko pravo ne priznava, da je bistveni element kazenskopravne odgovornosti etična krivda; socialna nevarnost je vzrok, a nje odprava zadnji cilj kaznovanja. Pri tem pa navedeno kazensko pravo dela specijalne razlike glede zaščite pravnih dobrin. Ne na splošno, ampak samo toliko so pravne dobrine zaščitene, kolikor pritičejo proletarcu, glede državljana-buržuja zaščitene ni. Organizirana je naravnost borba zoper stare razvade državljanov — »izkoriščevalcev proletarijata«. Ker je sovjetski kazenski zakonik preračunjen na obrambo koristi proletarijata, nima interesa za vprašanje razmerja med zapovednikom in podrejencom, kolikor ne gre za interes proletarca ali njegove države. Dosledno odreka boljeviška jurisprudencija vsakemu pozitivnemu pravnemu pravilu garan-

cijske funkcije, bilo glede zakonodajalca samega, bilo glede pravosodstva in uprave. Boljševiška država je delitev oblasti in načelo izvrševanja pravosodstva po neodvisnih sodnikih zavrgla. Ni čudno, da vrhovna vladajoča instances v državi daje kazenskim sodnikom obvezna navodila, kakšno kazen naj izreko za izvestno kaznivo dejanje. Sakrosanktnost zakona se imenuje tam ironično »fetišizem« zakona, kajti norme kazenskega zakona ostanejo le toliko časa v veljavi, kolikor so državi v prid in potrebam položaja primerne.

Idealni cilj boljševiških kriminalistov bi bil, da bi dosegli, da kriminalitete v pravi, boljševiško organizirani državi sploh ne bi bilo. Današnja sovjetska republika je samo prehodna država, ki ima še kriminaliteto. Njena kazniva dejanja so »tipično razredna« in pa »občna« dejanja; neko srednje stališče med obema zavzemajo »gospodarski delikti«. Vedno pa je in ostane zločin kršitev koristi vladajočega ljudskega razreda. Torej protipravnost ni več prvina zločina, ona je kot takšna zamenjana s pojmom antisocijalnosti v tem smislu, da zločin nasprotuje interesom »kolektiva«. Kar je zoper državno »raison«, je zločin, pa naj si stoji v kazenskem zakoniku ali ne. V tem smislu obstoji imperij predpostavljena, ki veže podrejenca; poslednji ne more biti socijalno nevaren, če se po zavesti o pravnosti ali vsaj pravilnosti dejanja niti ne vpraša.

Sam sovjetski kazenski zakonik daje verbis expressis smernice glede odgovornosti za dejanja, ki so storjena na zapoved, za prekršitve vojaške subordinacije. Kdor ne izpolni vojaškega povelja, se kaznuje z odtegnitvijo osebne prostosti do dveh let. Nikjer ne stoji, da bi se smel podrejenec upreti in zapoved vojaškega predpostavljena zanemariti, čim se zahteva od njega storitev kaznivega dejanja. Vidi se vsekakor jasno, da je tudi boljševiški zakonodajalec poudaril vojaški imperij kot sredstvo za samoohranitev države. Seveda je s tem zanikana pravica, vprašati in kontrolirati obstojanje socijalne nevarnosti zapovedanega dejanja.

Glede ostalih imperijev, o katerih smo govorili pod III. za druge slovanske države, se iz kazenske zakonodaje sovjetske republike iz l. 1926. ne da najti nobena opora, kako naj se vprašanje odgovornosti za izvršitev zapovedanega kaznivega dejanja reši. Osnutek za novi k. z. (1930) ne omenja nobenega krivdo izključujočega razloga več razen silobrana. Po poročilih iz najnovejše književnosti pa je pravosodstvo sovjetske republike vsaj na podlagi k. z. iz leta 1926. priznavalo izključitvene razloge pri medicinsko-upra-

vičenih vposegih v človeško telo, pri privolitvah oškodovane osebe in pri službenih poveljih. To si moremo in tudi moramo razlagati samo na ta način, da tudi pri službenem povelju izven vojaškega imperija presoja socialne nevarnosti podrejenca sploh ni dovoljena.

Za zapoved, ki jo da predpostavljenec izven okvira vojaškega ali siceršnega javnopravnega službenega imperija, v sovjetskih zakonih ni določb. Odločb sodišč v tem pogledu ne poznamo, ker so zbirke odločb, če se sploh izdajajo, nam nedostopne. Moramo smatrati dosledno splošnim smernicam sovjetske kazensko-pravne zakonodaje, da je podrejenec, ki izpolni zapoved osebe, ki ni javnopravni predpostavljenec, in stori kaznivo dejanje, baš tako kazniv kakor predpostavljenec, ker je po nesocialnosti dejanja označen za antisocialno osebo, to pač vedno, če je »buržujski«. Če ni buržujski, ampak razredni proletarec, bo odločevalo vprašanje, v kakšnem odnosu je tisto dejanje do potrebnosti državne zaščite kršenih interesov. V tem pogledu pa imajo sodniki proste roke; celo analogna uporaba kazenskopravnih določb jim je dovoljena. Potemtakem se pač ne bomo oddaljili od resnice, če trdimo, da je vprašanje odgovornosti razrednega proletarca, ki je izvršil kaznivo dejanje na zapoved predpostavljenca, prepuščeno popolnoma sodniški samovolji.

VII.

Če naj ob sklepu zavzamemo svoje stališče v obliki navsota resolucij, bi porekli tako-le:

I. Simpatično je pač stremljenje sovjetske zakonodaje, da se potreba po kaznovanju vobče izpodveže; toda ne more se slediti njeni zakonodaji, ker je i za prehodno i za definitivno boljševisko urejeno državno stanje nesposobna, da bi rešila vprašanje odgovornosti za kaznivo dejanje, storjeno na zapoved predpostavljenca, na zadovoljiven način.

II. Zakonodaja, ki sloni na načelih socialno - etične krivde za kazensko-pravno odgovornost, mora na vsak način sprejeti v splošnem delu kazenskega zakonika določbo, po kateri ni kaznivega dejanja, če izkjučujejo predpisi javnega prava protipravnost ravnanja.

III. V katerih primerih je protipravnost dejanja na strani podrejenca, ki ga stori na zapoved predpostavljence, izključena, odloča sodišče po vidikih, ali je razmerje med predpostavljencem in podrejencom po javnopravnih zakonitih določbah v interesu samoohranitve države prisilnega značaja. Če takega razmerja ni, zadene kazensko-pravna odgovornost tako predpostavljencega kakor tudi podrejenca, kolikor ne pridejo še drugačni krivdo ali kazen izključujoči razlogi do veljave.

IV. V katerih primerih je protipravnost dejanja na strani podrejenca, ki ga stori na zapoved predpostavljence, izključena, odloča sodišče po vidikih, ali je razmerje med predpostavljencem in podrejencom po javnopravnih zakonitih določbah v interesu samoohranitve države prisilnega značaja. Če takega razmerja ni, zadene kazensko-pravna odgovornost tako predpostavljencega kakor tudi podrejenca, kolikor ne pridejo še drugačni krivdo ali kazen izključujoči razlogi do veljave.

V. V katerih primerih je protipravnost dejanja na strani podrejenca, ki ga stori na zapoved predpostavljence, izključena, odloča sodišče po vidikih, ali je razmerje med predpostavljencem in podrejencom po javnopravnih zakonitih določbah v interesu samoohranitve države prisilnega značaja. Če takega razmerja ni, zadene kazensko-pravna odgovornost tako predpostavljencega kakor tudi podrejenca, kolikor ne pridejo še drugačni krivdo ali kazen izključujoči razlogi do veljave.