

## Pojem poskusa v najnovejši zakonodaji s posebnim ozirom na nemško narodno-socialistično pravo.

Priv. doc. dr. Avgust Munda.

(Konec.)

### c) Neobstoječ predmet.

Za poskus na nesposobnem predmetu smatra teorija tudi poskus na predmetu, ki sploh ne eksistira n. pr. tat seže v prazen žep druge osebe, hoteč vzeti denarnico, dotična oseba pa je pustila denarnico doma; ženska, ki ni noseča, skuša odpraviti plod, ker meni, da je noseča.<sup>29</sup> Terminologija ni točna, ker govori tudi v takih primerih o poskusu na nesposobnem predmetu. Govoriti bi morala o poskusu na „neobstojećem predmetu“.

Avstrijsko vrhovno sodišče je razlikovalo med poskusom na neobstojećem predmetu in poskusom na predmetu, ki ga le ni na kraju zločina. V prvem primeru po mnenju avstr. vrh. sodišča ni kaznivega dejanja, v drugem primeru pa gre za kazniv poskus.<sup>30</sup>

Poskus na neobstojećem predmetu je praviloma le drug izraz za poskus na nesposobnem predmetu. To vidimo iz sledećih primerov. Prvi primer: A strelja na Bja, o katerem misli, da spi, v resnici pa je mrtev. Drugi primer: A hoče Bja usmrtiti. Ponoči se poda k njegovi hiši in ustrelji na vrbo misleč, da strelja na Bja. Tretji primer: A ustrelji ob okolnostih, navedenih v drugem primeru, na senco, misleč, da strelja na B-ja. Četrti primer: Nenoseča ženska zaužije abortivno sredstvo, da odpravi plod. Če pregledamo te primere, vidimo sledeče: Mrtvec, vrba, senca niso predmet zločina po § 167 k. z.; usmrtiti se da le živ človek. Vseeno je torej, ali govorimo v teh primerih o poskusu na nesposobnem predmetu ali o poskusu na neobstojećem predmetu. V četrtem primeru je stvar nekoliko drugačna. Tu vobče ni nobenega predmeta. Vendar je ta primer sličen tretjemu primeru. Senca tudi ni predmet, le svetloben efekt. V objektivnem pogledu torej ni bistvene razlike med temi primeri. V subjektivnem pogledu pa ni prav nobene

<sup>29</sup> Poskus prestopka po § 171 k. z. je teoretično mogoč, ni pa kazniv.

<sup>30</sup> Altmann, str. 87.

razlike med vsemi navedenimi dejanji. V vseh teh primerih se je zločinska volja ostvarila (objektivirala) na način, ki nedvoumno kaže, kaj je storil, hotel doseči. Če da n. pr. babica ženski, o kateri pogrješno misli, da je nosna, abortivno sredstvo, je zagrešila dejanje, ki ga je smatrala za sposoben vzročni „začetek izvršitve“ zločina odprave telesnega plodu po § 172 odst. k. z. Objekt zločinca (telesni plod) eksistira po njenem mnenju in to zadostuje. Saj po subjektivni teoriji ni potrebno, da je poskusno dejanje vzročno t. j. objektivno nevarno; zadostuje, da je storilec nevaren. Subjektivna nevarnost pa je podana, ker bi bila storilka plod odpravila, če bi bila dotična ženska v resnici nosna. V tem dejanju so torej podani vsi znaki poskusa:<sup>31</sup> Naklep je bil isti, kakor če bi bila ženska res nosna. Babica je hotela odpraviti plod. V objektivnem pogledu se pa je ta naklep objektiviral v dejanju, ki ga je smatrala storilka za „začetek izvršitve“ (§ 31 Kz.).

## 2. Putativni delikt.

Glede putativnega delikta ne najdemo v najnovejši narodnosocialni nemški literaturi nič novega. Jasno je, da mora ostati putativni delikt slejkoprej nekazniv. Morda pa ni odveč omeniti, kako se po nemški narodno socialistični miselnosti utemeljuje nekaznivost takih dejanj. Utemeljitev je približno sledeča: Če storilec pogrješno misli, da zagreši zločin, ima voljo nekaj storiti, kar je po njegovem mnenju kaznivo. V tem primeru storilec ni sovražnik pravnega reda, ki ga je ustvarilo občestvo.<sup>32</sup> Kazensko pravo pa štiti le tak pravni red, ki ga je ustvarila volja občestva. Zato se storilec, ki zagreši putativni delikt, tudi po narodno socialistični ideologiji ne more kaznovati.

<sup>31</sup> Tako nemški Reichsgericht (Citat pri Olshausenu § 45—21), nemški osnutek 1925, motivi, str. 23, nasprotno Čubinski (str. 106), ki pravi: „Objekt, napram kateremu se izvrši poskus, mora vedno eksistirati. V primeru, da objekta ni ne le na določenem kraju n. pr. v žepu, v postelji, marveč ga sploh ni v prirodi n. pr. odprava telesnega plodu pri ženski, ki ni nosna, ni mogoče govoriti o objektu kaznivega dejanja.“ Menimo, da to mnenje ni v skladu z zakonom. Ne sme se prezreti, da je predmet kaznovanja zločinec, ne pa kaznivo dejanje. Zločinska volja je ono, proti čemer so v prvi vrsti naperjene določbe kaz. zakona. Ta zločinska volja se pa kaznuje po našem kaz. zakonu le tedaj, če se očituje v zunanjem svetu z dejanji, ki so vsaj „začetek izvršitve“ (§ 31 k. z.). Ker pa je naš kaz. zakon v določbi § 32, odst. 2, sprejel subjektivno teorijo, je za kaznivost poskusa zadostno, da je dejanje po storilčevem mnenju „začetek izvršitve“ zločina. Zadostuje torej, da eksistira objekt po storilčevem mnenju.

<sup>32</sup> Gürtner, op. cit. 35.

Putativni delikt omenjamo tudi z bog tega, ker smatrajo objektivisti (n. pr. Liszt § 47 III) nesposobni poskus za putativni delikt. Liszt vidi bistvo poskusa v relaciji tega, kar se je zgodilo, s tem, kar se ni zgodilo. Ta relacija — tako pravi Liszt — mora biti subjektivna (nevarnost storilca) in objektivna (nevarnost dejanja). Nevarnost dejanja je v tem, da mora biti dejanje objektivno sposobno, povzročiti uspevek (objektivna vzročnost). Iz tega sklepa, da je nesposobni poskus putativen delikt, ker je nenevaren.

Iz vidika subjektivne teorije pa je razlika med putativnim deliktom in nesposobnim poskusom znatna. Kdor zagreši putativni delikt, ravna le s „putativnim“ naklepom. Naklep je pri putativnem deliktu naperjen na neprepovedano dejanje, pri nesposobnem poskusu na prepovedano dejanje: na zločin. Določba § 31 k. z. pravi: „Kdor je izvršitev zločina (!) začel...“ Pri nesposobnem poskusu je torej naklep prav takšen kakor pri sposobnem poskusu.

## VI. Kaznovanje poskusa.

V tem pogledu mora zakonodaja rešiti dvoje vprašanj:

- 1.) pri katerih deliktih naj se kaznuje poskus in
- 2.) ali se naj kaznuje poskus mileje ko dovršeno dejanje.

K 1. Doslej je veljalo načelo, da se kaznuje poskus le pri hujših deliktih; za primer dihotomije torej pri zločinstvih vedno, pri prestopkih pa le, če to zakon izrečno predpisuje. Izmed novejših osnutkov poudarja to načelo tudi še avstrijski osnutek iz l. 1927 (§ 31). V najnovejši zakonodaji se pa uveljavlja zopet načelo,<sup>33</sup> da se kaznuje poskus pri vseh kaznivih dejanjih. Tako govorita osnutek čehosl. k. z. (§ 18)<sup>33a</sup> in poljski k. z. (čl. 25 § 1) le o poskusu „kaznivega dejanja“, sovjetski k. z. pa o poskusu „zločina“ (§ 19). Nemško narodnosocialistično pravo je opustilo razlikovanje kaznivih dejanj po trihotomiji ali dihotomiji. To razlikovanje smatra za neporabno, ker je „čisto formalno in shematično“ (Denkschrift 112, 118). Zato kaznuje poskus pri vseh naklepnih deliktih. Temu nasproti pa kaznuje italijanski kazenski zakon (§ 56) poskus le pri zločinstvih.

K 2. Glede načina kaznovanja poskusa je najnovejša zakonodaja sprejela staro francosko načelo, da se kaznuje poskus tako kakor dovršeno dejanje. To stališče je povse

<sup>33</sup> To načelo velja še danes v Avstriji (§ 8 avstr. k. z.).

<sup>33a</sup> Poskus prekrška se pa po čehosl. osnutku o prekrških (§ 4) kaznuje le v primerih, ki jih zakon izrečno omenja.

razumljivo že iz vidika sociološke šole. Predmet kaznovanja je storilec, ne kaznivo dejanje. Kazen je v prvi vrsti naperjena zoper zločinčevo voljo (§ 70, odst. 1 k. z.: „Kazen se odmerja storilcu po stopnji njegove kazenske odgovornosti.“) Sedanji nemški sistem, da se kaznui poskus obligatorno mileje, je opuščeni.<sup>34</sup> Le italijanski kaz. zakon (1930) določa skladno z načeli objektivne teorije za poskus posebne znižane kazni (čl. 56).<sup>35</sup> Sicer pa je novejša zakonodaja opustila tudi sistem fakultativno milejšega kaznovanja poskusa, ki sta ga sprejeli n. pr. Jugoslavija in Japan.<sup>36</sup> Malo prej smo omenili, da kaznuje najnovejša zakonodaja poskus tako kakor dovršeno dejanje. Ta sistem so sprejeli: čehosl. osnutek (§ 18),<sup>37</sup> poljski k. z. (čl. 24, § 1),<sup>38</sup> sovjetski k. z. (§ 19) in nemško narodnosocialistično pravo.

Nesposobni poskus se kaznuje v novejši zakonodaji različno. Naš kaz. zakon določa za nesposobni poskus obligatorno (!) omilitev kazni po svobodni oceni (§ 72); za posebno lahke primere pa fakultativni (!) oprost kazni (§ 32 odst. 2). Poljski kaz. zakon dovoljuje le fakultativno omilitev kazni po svobodni oceni (čl. 24 § 2), nemški in avstrijski osnutek

<sup>34</sup> Ta sistem pobija teorija, ker je kriminalno-politično zgrešen (Liszt, § 46, VI op. 19). Pri nas se je še ohranil v določbi § 167 odst. 3 Kz.

<sup>35</sup> V primeru poskusa se zamenja smrtna kazen z zapornom od 24—30 let, dosmrtna robija z zapornom ne izpod 12 let; v vseh drugih primerih se kazen zniža za  $\frac{1}{3}$  do  $\frac{2}{3}$ .

<sup>36</sup> V naši zakonodaji je navidezno protislovje med določbami § 31, odst. 1 in § 70, odst. 2 k. z. (glej članek dr. Vragoviča: Kazna za pokušaj po našem krivičnom zakonu. Pravosudje 1932—613). Določba § 31, odst. 1 k. z. pravi: „Za poskus se sme (!) storilec mileje kaznovati (§ 71 k. z.) kakor za izvršeno (prav: dovršeno) dejanje“. Po § 70 odst. 2 k. z. pa „mora“ sodnik pri odmeri kazni upoštevati „vse okolnosti, ki vplivajo na to, da bo di kazen večja ali manjša...“ med temi tudi „posledico dejanja“. Na eni strani sili torej zakon (§ 70 odst. 2) sodnika, da „mora“ upoštevati pri odmeri kazni posledico dejanja, ki je pri poskusu praviloma ni, na drugi strani pa daje zakon (§ 32 odst. 1) sodniku le možnost, da „sme“ omiliti kazen, ako je bilo dejanje le poskušeno. V kakšnem razmerju sta ti dve določbi? Menim, da je določba § 70 odst. 2 splošnega, določba § 32 odst. 1 pa specialnega značaja. Poskus je torej kljub določbi § 70 odst. 2 le fakultativna olajševalna okolnost. Ni torej pravilno, če upošteva sodnik poskus vselej kot olajševalni razlog pri odmeri kazni; sodnik mora temveč v vsakem konkretnem primeru v sodbi utemeljiti, zakaj smatra, da je poskus olajševalna okolnost. Drugače v nemškem pravu, kjer je poskus obligatorna olajševalna okolnost (§ 43 n. k. z.).

<sup>37</sup> „Le če kaže izbira sredstev, način izvršitve ali sploh vzrok, zbog katerega se dejanje ni dovršilo, na manjšo odločnost odločitve ali pa manjšo nevarnost storilca, sme (!) sodišče kazenski stavek znižati (§ 18 odst. 2 čeh. o.).“

<sup>38</sup> Čl. 24 § 1 poljskega k. z.: „Sodišče odmeri kazen za poskus v okviru, ki velja za dotično kaznivo dejanje“.

iz l. 1927 (§ 26 odst. 5) razen tega tudi fakultativni oprost kazni za posebno lahke primere. Čehoslovaški osnutek pa določa za nesposobni poskus isto kazen kakor za sposobni poskus.<sup>38a</sup> Italijanski kaz. zakon nesposobnega poskusa ne omenja. Nemško narodno socialistično pravo smatra, da je treba vsak poskus, sposobni in nesposobni, enako kaznovati, ker je vseeno, ali se je poslužil storilec sposobnega ali nesposobnega sredstva, oziroma ali je izvršil zločin na sposobnem ali nesposobnem predmetu.

Nekaznivost praznovernega poskusa omenja izmed novejših zakonodaj le poljski kaz. zakon (čl. 25. § 3) in osnutek čehosl. kaz. zakona (§ 18 odst. 3).

## VII. Odstop od poskusa.

Končno hočemo še na kratko omeniti prostovoljni odstop od poskusa.<sup>39</sup> Izvzemši angleško pravo upoštevajo vse zakonodaje odstop od poskusa kot razlog, ki ukinja ali omiljuje kazen. Novejše zakonodaje upoštevajo odstop (pri končanem in nekončanem poskusu) kot razlog, ki ukinja kazen.<sup>40</sup>

Nemško narodnosocialistično pravo vidi v odstopu le izreden olajševalen razlog.<sup>41</sup> To velja zlasti za končan poskus; tu je namreč storilec storil vse, kar je smatral za potrebno, da doseže uspevek. Tudi ni primerno, da se storilec ne kaznuje, ker se mu je slučajno posrečilo odvrniti uspevek. Nemško narodnosocialistično pravo se pa še v drugem pogledu razlikuje od sodobnega prava. Odstop od poskusa naj daje sodniku le možnost, ne pa dolžnost omilitve kazni. Če odstopi storilec od končanega poskusa, mu sme sodnik (fakultativno) omiliti kazen po svobodni oceni, če pa odstopi od nekončanega poskusa, ga sme (fakultativno) opro-

<sup>38a</sup> § 18 čehosl. o.: (1) Kdor započne z odločitvijo storiti zločin, ta zločin, se kaznuje, če se dejanje ne dovrši, po oni določbi, ki velja za dovršeno dejanje.

Besedilo drugega odstavka je navedeno v opombi 37.

„(3) Določbe prvega in drugega odstavka veljajo tudi tedaj, če započne krivec dejanje z nesposobnim sredstvom ali na nesposobnem predmetu, smatrajoč jih za sposobne. Če je bil vzrok njegove zmote praznoverje ali grobo neznanje prirodnih zakonov, se storilec ne kaznuje.“

<sup>39</sup> Posebne določbe o odstopu od poskusa imajo le one države, ki niso sprejele pomanjkanje odstopa za negativen znak poskusa — VDA V—198, 226—269.

<sup>40</sup> Srbski osnutek k. z.—204, Liszt § 48 IV, Olshausen § 46—2.

<sup>41</sup> Tudi po jugoslovanskem vojaškem kaz. zakonu (§ 12) sme sodnik storilcu, ki prostovoljno odstopi od poskusa, kazen le izredno omiliti ali ga oprostiti kazni.

stiti kazni. Storilec se pa ne kaznuje, če odstopi od pripravljalnega dejanja. V tem primeru je torej tudi po nemškem narodnosocialističnem pravu odstop razlog, ki ukinja kazen (Denkschrift str. 155).

Slične določbe ima tudi ruski sovjetski kazenski zakon. Ta določa (§ 19 odst. 2), da odredi sodišče, če storilec prostovoljno odstopi od poskusa, „primerne odredbe socialne zaščite za ona dejanja, ki jih je storilec dejansko zagrešil, ko je dejanje poskusil ali pripravil.“

Po sodobni zakonodaji mora biti ravnanje onega, ki odstopi od končanega poskusa, vzročno za to, da se uspevek odvrne. Često pa lahko izostane uspevek iz razloga, ki je neodvisen od storilčevega ravnanja. Zato je sporno, ali naj se upošteva odstop tudi pri izpodletelem (delit manqué) in pri nesposobnem poskusu. V obeh primerih uspevek ne more nastopiti in se zbog tega tudi ne more odvrniti. Bilo bi pa nepravilno, če se storilcu odstop ne bi vštel v dobro. Lahko se tudi zgodi, da odstopi od poskusa več oseb, udeleženih pri zločinu, zaporedoma in neodvisno druga od druge. V tem primeru je praviloma vzročen le odstop „ene“ osebe. Bilo bi pa nepravilno, kaznovati drugo osebo, ki ni odvrnila uspevka, ki se pa je v resnici trudila, da ga odvrne. Avstrijski osnutek iz l. 1927 določa v tem pogledu (§ 27 odst. 3): „Unterbleibt die Ausführung oder der Erfolg ohne Zutun des Zurücktretenden, so genügt, solange er das nicht weiß, sein ernstliches Bemühen, die Ausführung zu verhindern oder den Erfolg abzuwenden.“ Storilec se sme po tej določbi oprostiti kazni, toda le tedaj, če je lahko še ob odstopu računal na dovršitev.<sup>42</sup> Že prej smo omenili, da je odstop od poskusa po nemškem narodnem socialističnem pravu le olajševalna okolnost, če se pa je storilec potrudil odvrniti uspevek, uspevek pa kljub temu nastopi, se smatra to prizadevanje le za olajševalen razlog, češ „riziko neuspelosti dejanskega kesa se mora naprtiti storilcu, ne pa občestvu.“<sup>43</sup>

<sup>42</sup> Nemški snutek k. z. iz l. 1925, str. 24 izrečno omenja pri odstopu tudi nesposobni in izpodleteli poskus: „Konnte der Versuch nicht zur Vollendung führen oder war er schon fehlgeschlagen, so genügt, solange der Täter das nicht weiß, sein ernstliches Bemühen, den Erfolg abzuwenden“. V osnutku 1927 so to določbo spremenili, kakor je navedeno v tekstu. Čehosl. osnutek teh primerov ne smatra za nekaznive, češ zgodi se lahko, da se storilec le navidezno prizadeva odvrniti uspevek, da se ogne kazni (motivi str. 53).

<sup>43</sup> Gürtner op. cit. str. 56.

## VIII. Resime.

Predmet kaznovanja je zločinska volja. Ta se naj kaznuje v onem stadiju realizacije, ki kaže nedvoumno na to, da hoče storilec ostvariti konkretni zločin.

Države, ki so prevzele po francoskem vzorcu za razmejitve poskusnih in pripravljanih dejanj kriterij „začetka izvršitve“, so dale sicer poskusu več ali manj točno mejo, vendar preozek obseg. Pravni čut zahteva, da je treba kaznovati tudi razna dejanja, ki so že onkraj meje „izvršitvenih“ dejanj, t. j. dejanja, ki še niso izvršitvena ali tipicitetna. Primer za tako dejanje nam nudi zagrebški atentat, ki smo ga omenili v tem spisu. Najnovejša zakonodaja je kriterij „začetka izvršitve“ deloma že opustila in ga zamenjala z drugimi kriteriji. Tako je sprejel čehosl. osnutek kriterij začetja (§ 18); ta pojem je preohlapien, ker prepušča sodni praksi, da si sama ustvari v vsakem posameznem primeru mejo med pripravljanim in poskusnim dejanjem. Nemški pojem začetja (Unternehmen) — kakor ga tolmači „Denkschrift“ —, tudi ni primeren. Denkschrift pravi: „Zločin započne, kdor neposredno ograža pravno dobrino“. Pravno dobrino pa je mogoče ogražati le s sposobnim t. j. z vzročnim dejanjem (gledano ex ante). Objektivna nevarnost pa ni primeren kriterij za poskus, saj rešuje nemško narodnosocialistično pravo vprašanje poskusa iz vidika subjektivne teorije. Iz novejše literature posnemamo, da je nemško narodnosocialistično pravo pojem začetja že opustilo in ga zamenjalo s pojmom „začetka“ (Beginn). Za začetek smatra „dejanje, ki je neposreden uvod izvršitvi“. Slično dikcijo ima že avstrijski osnutek iz l. 1909 (§ 14), ki je sprejel za kriterij poskusa „dejanje, ki vodi neposredno k izvršitvi“. Poljski zakon pa je uzakonil (čl. 23 § 1) za kriterij poskusa „dejanje, ki je neposredno naperjeno na uredničenje... naklepa“. Sličen kriterij je sprejel tudi najnovejši francoski osnutek (1934).

Pripravljano dejanje kaznujeta generalno le Danska in Sovjetska Rusija; nemško narodnosocialistično pravo namerava kaznovati le „neposredna“ pripravljana dejanja.

Večina novejših zakonodaj je sprejela subjektivno teorijo. Nesposobni poskus se kaznuje ne glede na to, ali je zmeta ontološka ali nomološka (izjema: Poljska). Praznovni poskus se praviloma ne kaznuje (izjema avstr. osnutek 1927) in nemško narodnosocialistično pravo).

Odstop od poskusa je še vedno razlog, ki ukinja kaznivost, le nemško narodnosocialistično pravo mu priznava le svojstvo izrednega olajševalnega razloga.

## IX. Delege ferenda.

Sedaj hočemo še na kratko premotriti, ali bi kazalo glede na najnovejši razvoj znanosti in zakonodaje spremeniti pojem poskusa tudi v jugoslovanskem kazenskem zakoniku. Primer zagrebškega atentata nam kaže, da „začetek izvršitve“ ni primeren kriterij za pojem poskusa. Treba bi ga bilo nadomestiti s primernejšim kriterijem, morda po vzgledu poljskega kaz. zakona ali najnovejšega francoskega osnutka. Ker se s tem razširja obseg pojma poskusa, naj bi ostala pripravljajna dejanja tudi v bodoče nekazniva. Pojem „započetja“ naj se opusti. Subjektivna teorija naj se izrečno uzakoni.

Kazen za poskus bodi ista kakor za dovršeno dejanje. Nesposobni poskus pa se kaznuj fakultativno (ne obligatorno) mileje ne glede na to, ali je zmeta ontološka ali nomološka. Izrečno se lahko določi, da se praznovorni poskus ne kaznuj, dasi taka določba nima praktične vrednosti.

Odstop od poskusa bodi le razlog za fakultativno izredno omilitev kazni ali za fakultativen oprost kazni. Odstop naj se upošteva tudi, če si je storilec zaman prizadeval, da bi odvrnil uspevek (avstr. o. 1927 § 27 odst. 3). To velja zlasti za nesposobni in izpodleteli poskus.

---

## Predhodna izvršba.

Dr. Rudolf Sajovic.

### I. Splošno.

Izvršba kot oblastveni poseg v pravno območje zavezanega pravnega subjekta predpostavlja, da je podan trdno in dokončno zahtevek, ki naj ga oblastvo prisilno uresniči. Le ako je dokončno in na nepobiten način ugotovljeno, da neki osebi res nekaj gre, da ima pravico, zahtevati od druge neko določeno dajatev (storitev ali opustitev), da država šele potrebno silo, s katero naj se izposluje tudi njeno povelje, dano v izpolnitev te dajatve, in to tudi zoper zavezničevo voljo. Dandanes, ko v oblastvenih izjavah samih ne vidimo še takoj nezmotljivih izrekov o obstoju ali neobstoju spornih zahtevkov, ampak zahtevamo skoro vselej še posebne presoje dotičnih izjav ali skratka odločb, dopuščamo tudi izvrševanje povelj za dosego dajatev šele potem, ko je