

in vsebina (dalja komercializacija) NDZ. Zato treba hiteti z NDZ. Od „festina lente“ smo „lente“ že imeli, sedaj velja „festina“. Obdelavanje in morebitna predelava NDZ sta tudi brez ozira na NTZ prav nujna, zaradi NTZ pa še bolj.

Ono „lente“ naj bo le ugotovitev, ne očitek. Nima mnogo smisla, ker več ne pomaga, govoriti o tem, kaj in kako naj bi se bilo naredilo in uredilo. Potrebno je le po svoji vesti povedati, kaj naj se napravi in kako. Moje mnenje je, da naj se NDZ izgradi v navedenem smislu, t. j., da naj se še bolj komercializuje, in da naj se skrbi za to, da se čim prej NDZ spravi v tako obliko, da ga bo moči predložiti v zakonitev.

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

Priv. doc. dr. Munda Avgust.

(Nadaljevanje.)

1. „Začetek izvršitve.“

Naš kazenski zakon je sprejel ta kriterij zbog tega, ker se na podlagi pripravljanih dejanj ne da vedno trditi, ali je imel storilec trdno voljo izvršiti dotični zločin (mot. o. I. 192). Iz nakupa puške se še ne da gotovo sklepati na namen usmrtitve, iz nabave ključa ne na namen izvršiti tatvino. Iz pripravljanih dejanj se še ne vidi, ali se je storilec že odločil za zločin ali je šele v stadiju odločevanja. Tudi se ne sme prezreti, da se ogrožajo pravne dobrine šele z „izvršitvenimi“ dejanji, torej šele z „začetkom izvršitve“ zločina. Pa tudi iz kriminalno-političnih razlogov je bolje, da se pripravljalna dejanja ne kaznujejo. Storilec, ki to ve, se bo prej vzdržal nadaljnjih zločinskih ukrepov (izvršitve zločina). Zbog tega se zakonodavec ni mogel odločiti niti za danski sistem⁸ niti za Lisztov predlog, po katerem naj bi sodnik v vsakem konkretnem primeru odločil, ali spada dotično dejanje v poskusno ali pripravljalno sfero upoštevajoč pri tem zgolj to, ali se lahko iz celotnega

⁸ Danska generalno kaznuje pripravljalna dejanja (glej III).

zadržanja storilca z gotovostjo sklepa, da je imel voljo izvršiti dotični zločin.⁹

Preden nadaljujemo, moramo razčistiti vprašanje, kaj pomenita besedi „začetek izvršitve“ (commencement d'exécution). Storilec je „izvršitev dejanja začel“, če je začel izvrševati vsaj „eno“ dejanje, ki spada k dejanskemu stanu dotičnega zločina. Kazniv poskus torej po našem kazenskem zakonu ni že tedaj podan, če zagreši storilec „katerokoli“ dejanje, dasi se v tem dejanju nedvoumno izraža njegov namen, storiti določen zločin. Kazniv poskus je temveč po našem zakonu šele tedaj podan, če zagreši storilec v zločinskem namenu tipicitetno (izvršitveno) dejanje. Izvršitveno dejanje je niz onih dejanj, ki so potrebna, da se izvrši kak zločin. Izvršitveno dejanje pa je „začeto“, čim se začne prvo delovanje, ki spada z drugimi dejanji vred k izvršitvi zločina. S pripravljalnim dejanjem se zločin pripravlja, s poskusnim dejanjem se pa izvršitveno dejanje začneja. Motivi k norveškemu kazenskem zakonu (str. 147) pravijo: „Pri vprašanju, ali se je izvršitev „začela“ ali le „pripravila“, je treba presojeti zločinsko delovanje v celoti, posamezne čine tega dejanja pa v njihovi notranji zvezi. Odločilno pa je, ali se pri vsem tem vidi določen zločinski cilj.“ Zato je stvar dejanske presoje, ali gre v konkretnem primeru za izvršitveno ali zgolj za pripravljalno dejanje.¹⁰ Zanimiv je v tem pogledu kazenski primer Oreba Petra in tov. (sodba državnega sodišča za zaščito države v Beogradu z dne 28. marca 1934 DS 7/34):

Oreb Peter, član teroristične družbe „Ustaša“, je bil od vodstva družbe določen, da izvrši v Zagrebu atentat na Njegovo Veličanstvo kralja Aleksandra. V ta namen je prejel od omenjene družbe orožje (bombe, revolvere, patrone). Da izvrši atentat, je ilegalno prekoračil mejo čez planino Peco in prišel 11. decembra 1933 v Zagreb. V Zagrebu je zvedel, da se bo vozil kralj 16. decembra ob določeni uri v odprtem avtomobilu čez Jelačičev trg. Pred določeno uro se je oborožen postavil na Jelačičevem trgu v špalir, in čakal na prihod kraljevega avtomobila. Ko je privozil kraljev avtomobil mimo njega, je imel roko v žepu, držeč za bombo. Bombe pa ni mogel zagnati proti avtomobilu, ker je zašel med odrasle, računal pa je na to, da bo stal med šolsko mladino. Državni tožilec državnega so-

⁹ Motivi s. k. z. 1910, str. 193.

¹⁰ Olshausen § 43—16, 18.

dišča za zaščito države je obtožil Orebiča zbog poskusa usmrtitve kralja po § 91 k. z., državno sodišče pa ga je obsodilo le zbog pripravljalnega dejanja usmrtitve kralja po § 92 k. z.^{10a} Orebičevo dejanje je smatrati po našem mnenju za čin, ki vodi „neposredno“ k izvršitvi; časovno je to dejanje neposredno pred izvršitvenim dejanjem, torej zadnji člen verige priprave zločina usmrtitve, ni pa še „začetek izvršitve“. Pravni čut pa zahteva, da se tako dejanje kaznuje de lege ferenda kot poskus in ne kot pripravljalno dejanje. Zločinska volja se je tu očitovala na način, ki nedvoumno kaže na določen zločinski naklep.

In kakšna je razlika med pripravo in „začetkom izvršitve?“ Oba navedena pojma je moči razlikovati le po objektivnih vidikih. Tudi pri tem razlikovanju je treba kakor pri razlikovanju med sotorilstvom in pomočjo upoštevati razliko med „vzrokom“ in „pogojem“. Pripravljalno dejanje ustvarja „pogoje“ za uspevek, ker odstranjuje zapreke, ki ovirajo izvršitev. Izvršitveno dejanje je neposredni „vzrok“ za uspevek.¹¹ Dejanje pa se more le tedaj imeti za „začetek izvršitve“, če je v preračunljivi zvezi z uspehom. Mišljen pa je le uspevek, ki si ga je storilec zamislil, ne pa uspevek, ki je dejansko nastopil. Zato mora sodnik preskusiti „generalni“ pomen dejanja za uspevek, sicer bi se morala vzročnost praviloma v vsakem primeru poskusa zanikati (razen če je prekinjena). Vzročnost je torej presojati za časa dejanja — ex ante, ne ex post.

Besedi „začetek izvršitve“ se lahko tolmačita objektivno ali subjektivno. Motivi k osnutku s. k. z. iz l. 1910 pravijo (str. 193, 194), da ju je tolmačiti objektivno. To tolmačenje pa ni v skladu z določbo § 32 odst. 2 k. z. S to določbo je namreč izrečno uzakonjena subjektivna teorija. Kazen zbog poskusa je torej naperjena zoper zločinsko voljo, ne zoper objektivno nevarnost poskusnega dejanja. Zločinska volja se pa kaznuje po našem kaz. zakonu le tedaj, če se manifestira z dejanjem, ki ga je imeti v objektivnem (sposobni poskus) ali v subjektivnem pogledu (nesposobni

^{10a} Opozoriti je treba na neskladnost določb čl. 1 t. 7 in čl. 2 zak. o zaščiti javne varnosti in reda v državi in § 92 kaz. zakona. Pripravljalno dejanje usmrtitve kralja, prestolonaslednika, kraljevskega namestnika se kaznuje z dosmrtno robijo, pripravljalno dejanje usmrtitve „kateregakoli oblastvenega organa“ pa s smrtjo (!), dosmrtno robijo ali robijo do 20 let. Po srbskem kaz. zakoniku (§ 87) se je kaznovalo pripravljalno dejanje (poslednje) usmrtitve kralja s smrtjo.

¹¹ Olshausen § 43—12.

poskus) za „začetek izvršitve“ zločina. Storilec, ki udeje-
stvuje (ostvari) svojo zločinsko voljo, postane torej po
našem kazenskem zakonu kazniv še le tedaj, če nekaj stori,
kar spada dejansko k uresničenju dejanskega stanu ali če
nekaj stori, kar bi spadalo po njegovem mnenju k ures-
ničenju dejanskega stanu, če bi bilo namreč stanje stvari
tako, kakor si ga je (storilec) predstavil.¹²

Ker je po našem kazenskem zakonu tolmačiti kriterij
„začetka izvršitve“ tudi subjektivno (nesposobni poskus),
je storilec „začel izvrševati“ zločin tudi tedaj, če sta sred-
stvo ali predmet zločina absolutno nesposobna. Ker pa go-
vorimo sedaj o posameznih kriterijih pojma poskusa, se
hočemo s problemom nesposobnega poskusa baviti pozneje.

2. „Dejanje, ki vodi k dejanski izvršitvi“.

Po avstrijskem kaz. zakonu iz l. 1852 (§ 8) se začenja
kaznivost poskusnega dejanja z „dejanjem, ki vodi k de-
janski izvršitvi“ zločina.¹³ O pomenu teh besed so mnogo
pisali in jih različno tolmačili. Iz določbe § 8 avstr. k. z.
sledi, da so pripravljalna dejanja nekazniva; ni pa povse
jasno, s katerim dejanjem se začne kaznivost poskusa. To-
liko pa je gotovo, da ta pojem ni istoveten s pojmom „za-
četka izvršitve“. Avstrijsko vrhovno sodišče je kaznovalo
storilca po določbi § 8 avstr. k. z. tudi v takih primerih, če
še ni započel „izvršitvenega“ dejanja; tako je n. pr. ka-
znovalo nabavo sredstev kot poskus, če je nedvoumno, da
hoče storilec uporabiti nabavljeno sredstvo za nameravani
zločin. Po avstrijski judikaturi je torej za kaznivost po-
skusa zadostovalo, da je zločinska volja dokazana in da se
ta volja objektivira v katerem koli dejanju, ki ta namen ne-
dvoumno izraža.¹⁴

¹² Avstr. osnutek iz l. 1927. je to popolnoma jasno izrazil z be-
sedami: „Kdor ostvari svojo odločitev storiti zločin z dejanji, ki so
začetek izvršitve ali ki bi bila začetek izvršitve po stanju stvari, kakor
si ga je (storilec) predstavil, se kaznuje zbog poskusa...“ (§ 26).

¹³ Finger (1912 I—472—473) pravi, da ni moči tolmačiti besedi
„dejanska izvršitev (§ 8 avstr. k. z.)“ niti objektivno niti subjektivno;
zakon misli na dejanje, ki je „za časa storitve po splošnem mnenju
sposobno, da vodi k izvršitvi zločina.“

¹⁴ Altmann 81, Finger 1912—472.

Po Lamaschu (Gr. 1906—35) zadostuje za poskus po § 8 avstr. k. z.
vsako dejanje, ki mu „neposredno“ sledi začetek izvršitve zločina.

Starejša avstrijska judikatura in literatura sta objektivistični,
Lamasch je prvi zastopal subjektivno poskusno teorijo v avstrijskem
slovstvu.

5. „Dejanje, ki vodi neposredno k izvršitvi.“

Praksa avstrijskega vrhovnega sodišča je tolmačila določbo § 8 k. z. preveč ekstenzivno; zato daje že avstrijski osnutek iz l. 1909 točnejšo mejo med pripravljalnimi in poskusnim dejanjem. To mejo določa s tem, da smatra za poskus dejanje, ki vodi „neposredno“ k izvršitvi (§ 14).¹⁵ S tem je jasno povedano, da osnutek za kaznivost poskusa ne zahteva izvršitvenega dejanja; določa pa obenem točnejšo mejo napram pripravljalnemu dejanju. Za kaznivost poskusa po omenjenem osnutku ne zadostuje vsako dejanje, ki vodi k izvršitvi, marveč le ono, ki „neposredno“ vodi k izvršitvi. Osnutek razširja torej pojem poskusa preko izvršitvenega dejanja, toda le za en korak.¹⁶

4. „Dejanje, ki je neposredno naperjeno na to, da se... namera uresniči.“

Sličen kriterij si je izbral poljski kazenski zakon iz l. 1932 v določbi čl. 23 § 1. Po tej določbi se kaznuje zbog poskusa „kdor ostvari svojo namero storiti zločin z dejanjem, ki je neposredno naperjeno na to, da se ta namera uresniči, ki pa nameravanega zločina ne dovrši“.

Tudi francoski osnutek kaz. zakona iz leta 1934 ima sličen kriterij (čl. 106).^{16a}

5. Italijanski kazenski zakon z dne 19. oktobra 1930 (čl. 56)¹⁷ določa za kriterij poskusa „storitev sposobnih dejanj, ki merijo na nedvoumen način na izvršitev zločina“ (objektivna teorija).

6. Češkoslovaški osnutek 1926 (§ 18) ustvarja za kaznivost poskusa kriterij „započetja“ in kaznuje tudi

¹⁵ § 14. avstr. o. iz l. 1909: „Kdor započne z naklepom, da stori kaznivo dejanje, dejanje, ki neposredno vodi k njegovi izvršitvi, se kaznuje po predpisih, ki veljajo za storilca dovršenega dejanja“.

¹⁶ motivi avstr. o 1909—41.

^{16a} Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, au par de actes tendant directement à le commettre, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime même (art. 106).

Les tentatives de délits ne sont considérées comme délits que dans le cas déterminés par une disposition spéciale de la loi (art 107).

¹⁷ Člen 56 italj. k. z.: „Kdor stori sposobna dejanja (objektivna teorija), ki merijo na nedvoumen način na izvršitev zločina, se kaznuje zbog poskusa, če dejanje ni bilo izvršeno ali če ni nastopil uspevek“.

onega, ki započne zločin z odločitvijo, da bi ga izvršil.¹⁸ Motivi (str. 29) pravijo, da „začetek izvršitve ni primeren kriterij za pojem poskusa. S to formulacijo se namreč pojem poskusa preveč zožuje; to da je iz kriminalno-političnih razlogov pogrešno, ker ostane cela vrsta poskusnih dejanj nekaznovanih, ki bi se morala po pravnem čutu kaznovati. Iz dikcije „kdor započne...“ bi se dalo sklepati, da ograža osnutek s kaznijo tudi pripravljalna dejanja. Temu pa ni tako. Osnutek kaznuje namreč pripravljalna dejanja le pri nekaterih zločinih; iz tega pa sledi, da so pripravljalna dejanja v vseh drugih primerih nekazniva. Če se pa v konkretnem primeru združi več pripravljalnih dejanj, ni izključeno, da jih je moči smatrati za poskus v smislu osnutka. To velja — tako čitamo v motivih (str. 31) za primer, če se postavi storilec, hotoč izvršiti atentat, v špalir, atentata pa ne izvrši, ker je bil prej aretiran. Po našem kazenskem zakonu je imeti tako dejanje le za pripravljalno (glej IV 1).

7. Sovjetski kazenski zakon (1926, nv. 1930) ne odreja nobenega kriterija za kaznivost poskusa, ker kaznuje generalno tudi pripravljalna dejanja (§ 19).

8. Nemško narodnosocialistično pravo hoče sedanji pojem poskusa (§ 43 nemškega kaz. zakona) odpraviti in ga nadomestiti z drugim pojmom. Denkschrift (glej opomba 7) pravi, da je treba kaznovati že „neposredno“ ogražanje pravne dobrine, dasi še ni bil uresničen noben znak dejanskega stanu (str. 133). To neposredno ogražanje označuje Denkschrift s tehničnim izrazom „započetja“ (Unternehmen). Pojem tega započetja je v sredini med pripravljalnim in sedanjim poskusnim dejanjem. Definicija započetja se pa glasi sledeče: „Zločin započne, kdor uresniči naklep, da stori zločin, z dejanji, ki merijo na neposredno ogražanje kake pravne dobrine.“ Praktična posledica te kriminalizacije bi bila ta, da bi se sedanji poskus (§ 43 n. k. z.) kaznoval kot dovršeno dejanje in zenačil z dovršenim dejanjem. Denkschrift je to praktično izvedla tako, da ograža v posebnem delu s kaznijo praviloma že započetje zločina n. pr. „Kdor započne drugega usmrtiti...“ (Denkschrift str. 86). To zakonodajno tehniko pa so v osnutku novega kaz. zakonika, ki še ni izročen javnosti, opustili.

Iz nekega članka dr. Kruga v „Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht“ je namreč posneti, da se bodo

¹⁸ § 18 čeh. osnutka: „Kdor započne z odločitvijo, da stori zločin, ta zločin, se kaznuje, če se dejanje ne dovrši, po oni določbi, ki velja za dovršeno dejanje“.

kaznovala v bodočem nemškem kazenskem zakonu kakor v sedanjem le dovršena kazniva dejanja. Ta formulacija je tudi za lajika lažje razumljiva in markantnejša. Kolikor je posneti iz navedenega članka, so redaktorji osnutka nadomestili pojem začetja (Unternehmen) s pojmom storitve dejanja (Begehung). To naj bi bil generalni pojem, ki naj obsega sedanji poskus in dovršitev. Kaznivost se začne z „začetkom“ (Beginn) dejanja. Za „začetek“ (Beginn) pa se smatrajo ona dejanja, ki so neposreden uvod izvršitvi („die die Ausführung unmittelbar einleiten“). Po udarek je očitvidno na besedi „neposredno“. S to formulacijo se odpravi sedanji formalni kriterij „začetka izvršitve“, novi pojem „začetka“ se pa bo določil v skladu z dosedanjo judikaturu Reichsgerichta po formalnih in materialnih vidikih.¹⁹

V. 1. Nesposobni poskus.²⁰

Doslej smo se v tej razpravi bavili s posameznimi kriteriji poskusa v najnovejši zakonodaji. Sedaj si hočemo napraviti še bežno sliko o tem, kako obravnava najnovejša kazenska zakonodaja vprašanje nesposobnega poskusa. O nesposobnem poskusu moramo govoriti nekoliko obširneje, da fiksiramo nekatere pojme, ki jih uporabljamo pozneje, ko govorimo o nesposobnem poskusu v najnovejši zakonodaji. Ne glede nato pa ni odveč, da se nekoliko bavimo s tem problemom, ki je teoretsko precej zamotan in zlasti v naši literaturi sporen. Vprašanje nesposobnega poskusa pa postane povse preprosto in lahko razumljivo, če si jasno predočimo, da je v prvi vrsti zločinska volja oni pojav, zoper katerega je naperjena kazenska sankcija.

Nesposobni poskus je problem, o katerem se je zelo mnogo pisalo. Profesor Frank pravi, da bi bila nemška kultura v marsikaterem pogledu na višji stopnji, ako se ne bi bile trošile najboljše sile nemških pravnikov za ta problem.^{20a}

Osnovno teoretično vprašanje tega problema je v tem,²¹ ali je nesposobni poskus sploh poskus v tehničnem pomenu

¹⁹ Dr. Krug. Grundprobleme des kommenden Strafrechtes. Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht. 1935, str. 101, 102.

²⁰ Kjer govorimo v tej razpravi o „nesposobnem“ poskusu, mislimo seveda dosledno na absolutno nesposobni, ne pa na relativno nesposobni poskus.

^{20a} Dr. Frank. Untauglicher Versuch. VDA V-265.

²¹ Vprašanje nesposobnega poskusa se je ventiliralo glede nekaterih zločinov že v rimskem pravu. V srednjem veku se je smatral ne-

besede in zbog tega kazniv. To vprašanje je v zvezi z vprašanjem vzročnosti poskusnega dejanja. Po objektivni teoriji mora biti poskusno dejanje objektivno nevarno torej vzročno. Ker pa nesposobni poskus ni objektivno nevaren, ga objektivna teorija, če ostane dosledna, ne more smatrati za poskus v tehničnem pomenu besede. Po subjektivni teoriji pa je tudi nesposobni poskus poskus v pravem pomenu besede; subjektivni teoriji zadostuje namreč za kaznivost poskusa subjektivna nevarnost storilca, če se manifestira v zunanjem svetu s katerim koli (torej tudi nevzročnim) dejanjem. Po naši zakonodaji se mora torej zločinska volja tudi pri nesposobnem poskusu manifestirati v dejanju, ki ga je smatral storilec za časa dejanja za „začetek izvršitve“ zločina²² t. j. za dejanje, ki je sposobno povzročiti hoteni uspevek.

sposobni poskus pri nekaterih zločinih za olajševalen razlog. V 19. stoletju je to vprašanje sprožil Feuerbach. Kot objektivist Feuerbach seveda zanika kaznivost nesposobnega poskusa (objektivna nevarnost). Subjektivisti (zlasti Buri) pa so utemeljevali kaznivost nesposobnega poskusa s tem, da zadostuje za poskus objektiviranje zločinske volje (subjektivna nevarnost). Objektivna teorija je na umiku; to se vidi že iz tega, da je primorana delati koncesije subjektivizmu n. pr. poskus z relativno nesposobnimi sredstvi. Pa tudi sicer se objektivisti že približujejo subjektivni teoriji. Tako smatra n. pr. Liszt (§ 47 II) dasi objektivist za kazniv poskus, če hoče A usmrtiti Bja, z nenabasano puško. Tudi Živanovič (objektivist) priznava, da je podan kazniv poskus, če strelja A v sobo Bja, hoteč ga usmrtiti, Bja pa takrat ni bilo v sobi (Osnovi 1922—271). Objektivna nevarnost (sposobnost) dejanja torej ne more biti kriterij poskusa, saj je zločinska volja oni pojav, zoper katero je v prvi vrsti naperjena kazen. Tudi nenevarno dejanje zasluži po pravnem čutu ljudstva kazen; saj je tudi pri nesposobnem poskusu storilec storil s svoje strani vse, kar je imel za potrebno, da se dovrši zločin. Za kaznivost poskusa torej zadostuje (subjektivna teorija), da je ustvarjen s tem, kar „hoče“ storilec uresničiti, dejanski stan kakega zločina. Nemški Reichsgericht se je postavil kljub temu, da je skoro vsa nemška teorija objektivistična, na strogo subjektivistično stališče. Zato mu očita Liszt nedoslednost, ker ne kaznuje tudi praznovernega poskusa. Reichsgericht pa pravi, da praznoverna sredstva sploh niso sredstva, s katerimi bi se mogla na kateri koli način povzročiti kaka sprememba v zunanjem svetu.

²² Urošević (str. 67) pravi, da pri nesposobnem poskusu ni „začetka izvršitve“. Kdor strelja na mrtveca, ni „začel“ zločina usmrtitve. Kar se ne da izvršiti, se tudi ne da začeti. Objekt § 167 k. z. je živ človek; mrtvec je stvar brez življenja in se ne more usmrtiti. To je vse res iz objektivnega vidika. Naš zakon pa je uzakonil v § 32 odst. 2 subjektivno teorijo. Zato se mora pri nesposobnem poskusu dosledno subjektivno tolmačiti tudi določba § 31 k. z., ki govori o „začetku izvršitve“ zločina, sicer bi bila ta določba v protislovju z določbo drugega odstavka § 32 k. z. Ni torej potrebno, da je storilec začel objektivno (kavzavno) izvršitveno dejanje, zadostuje, da je započel nekaj, kar je sam smatral za vzročno izvršitveno dejanje. Če je torej streljal v moralnem namenu na mrtveca, je storil nekaj, kar bi po njegovem mnenju moglo povzročiti smrt žrtve. Njegov naklep je bil

In v čem je pravzaprav bistvena razlika med sposobnim in nesposobnim poskusom? Subjektivna stran je pri nesposobnem poskusu prav ta kakor pri sposobnem poskusu. Sposobni in nesposobni poskus sta si popolnoma enaka tudi glede nedovržitve, če ju gledamo ex post: Niti pri sposobnem niti pri nesposobnem poskusu ni mogel uspevek nastopiti. Če pa gledamo obe vrsti poskusa ex ante, je razlika velika. Pri nesposobnem poskusu „mora“ uspevek izostati, pri sposobnem po „utegne“ izostati. Če si izbere storilec absolutno nesposobno sredstvo, je že v naprej gotovo in zaznatno, da uspeha ne bo. Isto velja (glede zaznatnosti) še v večji meri pri poskusu na nesposobnem ali na neobstoječem predmetu. V vseh teh primerih je začel storilec udejstvovati (ostvariti) zločinsko voljo z dejanji, ki so po njegovem mnenju sposobna „izvršitvena“ dejanja. Pri nesposobnem poskusu se moti torej storilec glede generalne sposobnosti poskusnega dejanja. Zmota je bistven znak nesposobnega poskusa in je dvojne vrste: 1.) nomološka: storilec ne pozna zakonov dogajanja (misli n. pr. da je aspirin strup) ali 2.) ontološka: storilec pozna zakone dogajanja, in concreto pa jih napačno uporablja (sproži nenabito puško). Če se moti storilec, hoteč izvršiti zločin glede „dejanskih“ okoliščin, hoče s tem uresničiti nekaj, kar naj ustvarja dotični zločin; to, kar je storil, je po njegovi predočbi sposobno „izvršitveno“ dejanje.²³ Zločinska volja se je torej objektivirala na način, kakor to zahteva določba § 31 k. z.

Vprašanje nesposobnega poskusa se razčleni po sedanjih sodobnih teoriji in praksi na več vprašanj: na poskus z nesposobnim sredstvom, na poskus na nesposobnem in na neobstoječem predmetu.^{23a}

usmerjen na živega človeka. Petrovič (Arhiv 1935—489) meni, da nima nesposobni poskus elementov zločina, ker je sredstvo nesposobno ali objekt. Petrovič pravi, da tudi ni kriminalno-političnega razloga za kriminalizacijo nesposobnega poskusa. Če bi bila ta trditev pravilna, bi bilo odvisno zgolj od naključja, ali naj se storilec kaznuje ali ne (Lotteriestrafrecht).

²³ Zato kaznuje nemški Reichsgericht nesposobni poskus ne glede na to, ali je zmota ontološka ali nomološka. Grof Dohna pa meni, da je nesposobni poskus kazniv le, če je zmota ontološka (Olshausen § 43—19). Po poljskem kaz. zakonu se poskus, storjen iz nomološke zmote, ne kaznuje (čl. 23 § 3).

^{23a} Za nesposoben poskus velja tudi poskus nesposobnega subjekta. O takem poskusu govorimo, če zagreši oseba, ki ni subjekt posebnega zločina, ki se pa pogrješno smatra za subjekt, dejanski stan dotičnega zločina n. pr. oseba, ki ni uradnik, pa se pogrješno smatra za uradnika, zagreši dejanski stan uradniškega delikta ali oseba, ki se pogrješno

a) Nesposobno sredstvo.

Poskus z nesposobnim sredstvom je poskus s takim sredstvom, s katerim se ob nobenih pogojih ne more doseči hoteni uspevek. Pazljivemu opazovalcu je v takem primeru že v naprej jasno, da uspevka ne bo. O nesposobnem sredstvu govorimo le v pogledu na smoter t. j. glede na to, kako uporabljamo dotično sredstvo. Če rečemo n. pr. nenabita puška je absolutno nesposobno sredstvo za usmrtitev, mislimo s tem le na puško kot strelno orožje; z nenabito puško pa prav lahko koga ubijemo z udarcem.

Nekateri novejši kazenski zakoni oziroma osnutki omenjajo takozvani praznoverni poskus t. j. poskus s praznovernimi sredstvi²⁴ (čaranje, nekdo hoče drugega z molitvijo usmrtiti). Vsi ti zakoni in osnutki določajo, da se praznoverni poskus ne kaznuje. Nemško narodnosocialistično pravo obravnava tudi to vprašanje zgolj iz vidika intenzitete zlo-

smatra za jugoslovanskega državljana, zagreši zločin po § 105 Kz. Nesposoben subjekt ravna z istim naklepom kakor sposoben storilec, ki ima dejansko one lastnosti, ki jih zahteva dejanski stan dotičnega posebnega zločina.

Poskus nesposobnega subjekta se v praksi še ni uveljavil; tudi v slovstvu ta snov še ni podrobno obdelana. Nemško narodnosocialistično pravo zahteva, da se kaznuj tudi ta vrsta nesposobnega poskusa.

²⁴ Ruski k. z. (1903) § 49 izrečno določa, da se praznoverni poskus ne kaznuje. Čeh. o. (§ 18 odst. 3) pravi: „Če je bil vzrok (storilčeve) zmote praznoverje ali grobo neznanje prirodnih zakonov, se storilec ne kaznuje“. Poljski k. z. 1932, čl. 23 § 3: „Kdor je upal na uspeh svojega dejanja le iz praznoverja ali neznanja, se ne kaznuje.“ Nemški o. 1925 § 23, odst. 4: „Poskus se ne kaznuje, če je storilec poskusil dejanje iz grobega neznanja prirodnih zakonov na predmetu ali s sredstvom, na katerem ali s katerim se dejanje sploh ne da izvršiti.“ To določbo so v avstr. osnutku iz l. 1927, ki je bistveno istoveten z nemškim osnutkom iz istega leta namenoma odstranili. Proti določbi iz l. 1925 so ugovarjali, da se da pojem „grobega neznanja prirodnih zakonov“ težko kazenskopravno doumeti in da ne nudi točne omejitve. Zato avstr. o. 1927 praznovernega poskusa sploh ni izvzel iz občega pojma poskusa. Sodniku je v takih primerih itak dana možnost, da oprosti storilca kazni (deklaratorna sodba). Temu mnenju motivov k o. iz l. 1927 (str. 73) je gotovo pritrditi. Smo pa mnenja, da bi bilo iz vrst kaznivih poskusov na vsak način izvzeti poskus, ki je storjen zgolj s praznovernimi sredstvi n. pr. stara ženica hoče z molitvijo usmrtiti svojo nasprotnico in upa, da bo to z molitvijo dosegla.

Nemški Reichsgericht praznovernega poskusa ne kaznuje, češ tako dejanje je „povsem izven fizične ali psihične kavzalitete; storilec se tu ne posluži nobenih sredstev“ (Olshausen § 43—19). Liszt pa meni, da bi moral Reichsgericht utemeljevati nekaznivost takih dejanj s tem, da tu ni naklepa (vedenje dejanskih okoliščin, da je sredstvo sposobno). Enako: motivi avstr. o. 1909, str. 42. Tudi Buri pravi, da manjka praznovernemu poskusu naklep; za naklep je namreč potrebno vedenje vzročne zveze. Rekli so tudi, da je praznoverni poskus „nekazniv poskus nasnove nadzemske sile“.

činske volje in pravi, da je tudi tak storilec sovražnik pravnega reda; kaznovati pa ga je treba le v onih primerih, če je intenziteta zločinske volje posebno velika. To velja tedaj, če se lahko računa s tem, da si bo storilec izbral primernejšo (objektivno sposobno) sredstvo, ko bo spoznal, da ne more doseči zaželenega uspeha s sredstvom, ki si ga je izbral. Jakost zločinske volje pa mora sodnik ugotoviti v vsakem posameznem primeru.²⁵ Zato namerava nemško narodno-socialistično pravo v bodočem nemškem kazenskem zakonu dovoliti sodniku tudi v primeru praznovernega poskusa le fakultativno (!) omilitev kazni oziroma le fakultativni oprost kazni.

b) Nesposoben predmet.

O poskusu na nesposobnem predmetu govorimo, če ni oseba ali stvar, zoper katero je kaznivo dejanje naperjeno, nosilec ali predmet prava, ki ga hoče storilec kršiti. Zločin na tem predmetu sploh ni mogoč, naklep je naperjen na drugo dobrino n. pr. A hoče usmrtiti Bja in strelja nanj, misleč, da B spi, B pa je mrtev, ker ga je malo prej zadela kap. To dejanje ima iz vidika subjektivne teorije vse znake kaznivega poskusa: A je hotel Bja usmrtiti (dovršitveni naklep), dejanje pa je ostalo nedovršeno. Objektivno se sicer dejanje ni moglo niti začeti niti dovršiti, storilec ga je smatral za sposobno (vzročno) „izvršitveno“ dejanje; to pa zadostuje po subjektivni teoriji za kaznivost.

Objektivisti trdé, da je poskus le tedaj podan, če manjka dejanju, v katerem se manifestira zločinska volja, končni efekt (uspevek),²⁶ ne pa tedaj, če mu manjka kakšen drug znak dejanskega stanu, o katerem je storilec mislil, da je podan, v resnici ga pa ni.

V takih primerih — tako pravijo objektivisti — gre le za primere pomanjkanja dejanskega stanu (Mangel an Tatbestand)²⁷ n. pr. tat ukrade v garderobi lastno uro, misleč,

²⁵ D. Gürtner. Das kommende deutsche Strafrecht, 1954, str. 34.

²⁶ Liszt § 46 I 2: „Mangel des für die Vollendung erforderlichen objektiven Schlußstückes. Beling. Die Lehre von Verbrechen 1906, str. 329: „Nur diejenigen Mängel am Tatbestande, die lediglich ein Fehlen des Tatbestandes bedeuten, hindern die Anwendung des betreffenden Verbrechenstypus nicht; alle anderen schliessen diese Anwendung aus... Darin liegt der Schlüssel für die Auffassung des absolut untauglichen Versuchs.“ V naši literaturi enako: Živanović, Osnovi 1922—271.

²⁷ Temelj nauka o pomanjkanju dejanskega stanu je ustvaril grof Dohna. Frank je spremenil njegov nauk toliko, da ne vidi razlike med pomanjkanjem dejanskega stanu in putativnim deliktom v raz-

da je tuja; priča pogrešno misli, da je činjenica, ki jo izpove, neresnična; morilec strelja na mrtveca, o katerem misli, da spi. Subjektivisti smatrajo take primere „pomanjkanja dejanskega stanu“ za kazniv nesposoben poskus. Pravijo, da dejanje ni nedovršeno le tedaj, če mu manjka končni člen (uspevek), marveč tudi tedaj če mu manjka katerikoli znak dejanskega stanu.²⁸ Zakonodaja ne rešuje vprašanja tako zvanega pomanjkanja dejanskega stanu *expressis verbis*. Avstrijski osnutek iz l. 1927 celo izrečno odklanja, da bi rešil ta problem v zakonu, češ da to vprašanje še ni „dovolj razčiščeno“ (motivi str. 73).

(Konec prih.)

ličnosti zmote (error facti — error juris), marveč v tem, ali manjka dejanju končni člen tipicitetne vzročne zveze ali kak drug znak dejanskega stanu.

Beling (Die Lehre vom Verbrechen. 1906, str. 328—331) pravi, da je nesposobni poskus atipičen. To svojo tezo izvajajo približno sledeče: Krivdna protipravnost brez tipicitete se ne more kaznovati. Izjemo od tega načela določa pozitivno pravo v določbi o poskusu. Kazenski zakon namreč ne ureja poskusa kot posebno ustanovo, marveč ga podrejuje tipu dotičnega zločina, ki ga hoče storilec izvršiti. Po izrečni odredbi zakona je torej poskus tipicitetno dejanje, dasi mu manjka končni člen dejanja (uspevek). Za tipiciteto zadostuje pri poskusu n. pr. po naši zakonodaji začetek dejanskega stanu. Če pa manjka dejanju drug znak dejanskega stanu, ni tipicitete. Tako dejanje je atipično in zato nekaznivo (ker ni zločin: niti poskus, niti dovršitev).

²⁸ Kriegsmann (str. 36—41): „Vzročna zveza z uspevkom je le „ena“ izmed več enakovrednih pogojev zločina. Za usmrtitev je činjenica, da je napadeni „človek“, prav tako bistvena kakor vzročna zveza med poskusnim dejanjem in uspevkom. Kdor ukrade pomotno lastno stvar, je sicer „dovršil“ dejanje, ni pa dosegel tega, kar je hotel. Hotel je ukrasti tujo stvar, vzel pa je lastno. Ugovarjali so, da ni v takih primerih objektivnega dejanskega stanu zločina. Ta ugovor ne drži, ker manjka vsakemu poskusu del dejanskega stanu. Kaznivost poskusa se pa ne sme omejiti na to, da manjka dejanju vzročna zveza, ker so vsi znaki dejanskega stanu enake vrednosti.

Enako: motivi osnutka čehosl. k. z. (str. 32).

Tudi so trdili, da poskus na nesposobnem predmetu ni protipravno dejanje. Če strelja morilec na vrbo, misleč, da strelja na človeka, ne krši norme: „Ne ubijaj!“ Norme, ki bi prepovedovala streljati na vrbo, pa ni (na poškodbo tuje stvari se tu ne oziramo). Ta ugovor pa je brez pomena. Pravilno pravi Finger (1912—464), da bi bil po tem razlogovanju tudi sposobni poskus nekazniv. Norma tudi ne prepoveduje streljati mimo človeka (to se godi pri vsakem lovu) ali mešati sladkor v čaj. V tem primeru ni protipravno „zunanje“ dejanje, marveč dejanje, kakor si ga je storilec predočil: Storilec si je predočil, da da strup v čaj, po pomoti pa je čaju primešal sladkor. Predmet nedonjenja torej ni zunanje dejanje, marveč dogodek, ki je „individualiziran in konkretiziran po predstavi storilca“. Iz tega vidika torej je tudi poskus na nesposobnem ali neobstoječem predmetu protipravno dejanje. Norma namreč ne prepoveduje streljati na vrbo, ona pa prepoveduje streljati na „človeka“. Storilec pa je po svoji predstavi streljal na človeka.