

# Slovenski Pravniki

Leto XLIX.

Ljubljana, junija 1935.

Št. 6. — 8.

## Analogija v kazenskem pravu.

Univ. prof. Aleksander Maklecov.

I. Načelo »*nullum crimen, nulla poena sine lege*« se je tako utrdilo v kazenskem pravu novejšje dobe, da se je smatralo kot princip, ki je nekako izven diskusije. Teoretska nasprotstva so obstajala skoro v vseh področjih kazensko-pravne vede. Toda načelo zakonitosti in določenosti materijalnega kazenskega prava je pridobilo tako vsesplošno priznanje, da velja celó kot temeljna državljanska pravica, zajamčena v ustavah.<sup>1</sup> Kazensko pravo je tudi v tem pogledu razodevalo svoj sekundarni značaj, svojo odvisnost od občnih načel državnega ustroja pravne države.

Tudi reforma kazenskega prava, ki se je tekom zadnjih desetletij vršila v mnogih evropskih državah, je prevzela omenjeno načelo kot nekaj ob sebi umevnega. Celó radikalni načrt preosnove kazenskega prava, osnutek italijanskega kz. iz l. 1921, zasnovan po zamisli Enrica Ferrija, je obdržal to načelo (čl. 1 cit. osnutka), dasi je pomenil sicer korenito revizijo temeljnih načel obstoječega kazenskega prava. Isto velja za fašistično reformo kazenskega prava, zvezano z imenom italijanskega justičnega ministra Rocco (čl. 1 italj. kz. z dne 19. oktobra 1930).<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Gl. n. pr. čl. 8 jugoslovanske ustave in čl. 116 nemške ustave. Po karakteristiki nemškega kriminalista R. von Hippela pripada načelo zakonitosti »zum eisernen Bestand des modernem Strafrechts.« R. von Hippel: Deutsches Strafrecht. I. 193. Str. 286. Po besedah francoskega kriminalista R. Garrauda, »le principe de la légalité des délits et de peines c' est la partie irréductible du droit pénal moderne.« R. G a r r a u d. Précis de droit criminel. 14. éd. 1926. Str. 45.

<sup>2</sup> »Questo principio costituisce il presidio massimo per la libertà dei cittadini, la quale può essere penalmente limitata solo mediante un espresso divieto del legislatore e solamente con l'applicazione di sanzioni che siano state antecedentemente stabilite dalla legge« (Str. 22). »Con l' avere disposto, nell' art. 1... il legislatore ha escluso che in materia di reati

cas«. O nenavezanosti kazenskega sodnika na zakon pri določitvi kazni posebno zgovorno priča znani rek: »presque toutes les peines sont arbitraires dans ce royaume«. Kazni so se uporabljale tudi, če je šlo za dejanja, ki niso bila zagrožena s kaznijo po zakonu (faits non prévus par la loi et pour lesquelles il n'y a aucun usage constant).<sup>6</sup>

Tudi staro slovansko pravo v tem pogledu ni tvorilo izjeme.<sup>7</sup>

Splošno je znan zgodovinski pomen, ki ga je imela angleška Magna Charta Libertatum iz l. 1215. Formula nje-nega čl. 39: Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur... nisi per legale iudicium vel per legem terrae se je po pravi ci smatrala kot temeljni kamen angleške svobode (»the keystone of English liberty«).<sup>8</sup> Ideja, vsebovana v tej formuli, je vplivala na ves razvoj angleškega prava ter celó na ustave severo-ameriških držav. Za razvoj ideje zakonitosti je bil od velikega pomena tudi nauk o neodsvojitvi človeških pravicah, ki je izviral iz verskih idej ter se je pozneje izoblikoval v številnih deklaracijah pravic.<sup>9</sup> Znamenita postava o pravicah s.-ameriške države Virginia iz l. 1776 (Bill of Rights) je bila neposredna predhodnica francoske deklaracije človeških in državljanskih pravic z dne 26. avgusta 1789.

Težnje, da se uveljavi zahteva po zakonitosti v področju kazenskega prava, zasledujemo deloma že v stari dobi. Toda pravi razcvet te ideje se pričinja šele v 18. sto-

<sup>6</sup> Gl. k temu: Reinhart Höhn: Die Stellung des Strafrichters in den Gesetzen der französischen Revolution (1791—1810). Berlin. 1929. Str. 27. — Esmein: Histoire de la procedure pénale en France. Paris. 1882. (passim).

<sup>7</sup> Glede srbskega prava gl. Dr. Teodor Taranovski: Istorija srpskog prava u Nemanjičkoj državi. II. deo. Istorija krivičnog prava. Beograd. 1931: »Čim je država uzela kažnjavanje u svoje ruke, nije ona zajedno s tim podredila kaznene norme isključivo zakonodavnoj reglamentaciji. Naprotiv dugo vreme država čuva običajno-pravne odredbe o kaznama, kao naravno i o krivičnim delima«... (Str. 29).

<sup>8</sup> Schottländer, op. cit., str. 27.

<sup>9</sup> K temu: A. Aulard et B. Mirkin - Guezevitch: Les déclarations de Droit de l'homme. Textes constitutionnels concernant les droits de l'homme et le garanties des libertés individuelles dans tout le pays. Paris. 1927. Primerj. tudi: Jellinek: Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte. — Dr. Leonid Pitamic: Država. Lj. 1927. Str. 188 in nasl.

letju, v dobi prosvetljenstva in je zvezan z imeni Beccarije, Montesquieuja, Voltaireja in dr.<sup>10</sup>

Njeno klasično formulacijo vsebuje drugi del čl. 8 že omenjene francoske deklaracije iz l. 1789: »... Nul ne peut-être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement du délit et légalement appliquée.« To načelo je izviralo iz zahteve po ločitvi oblasti, zlasti zakonodajne in sodne. Le napisanemu zakonu pripada pravo ustvarjajoča moč. Iz tega so sledili še nadaljnji važni zaključki. Korektura kazenskega zakona je dopustna le s pomočjo zakonodaje. Sodišča niso poklicana, da ustvarjajo nove dejanske stane in nove sankcije. Le na ta način bo zajamčena svoboda individua pred samovoljo sodnika in enakost vseh državljanov pred zakonom, kajti, kakor je rekel še Bacon, *durum est torquere leges ut homines torqueant*. Biti svoboden pomeni, po Voltairejevih besedah, biti odvisen le od zakona.<sup>11</sup> Naloga kazenskega sodnika se omejuje na strogo silogistično logično sklepanje (Beccaria).<sup>12</sup> Kazenski sodnik je »la bouche qui prononce les paroles de la loi« (Montesquieu). On se mora držati črke zakona, »se conformer à la lettre de la loi«.

Ideologi dobe prosvetljenstva so v svojem pretiranem racionalizmu bili prepričani, da je mogoča kodifikacija, ki nima nobenih vrzeli in notranjih nasprotstev. Dejanski stani naj bodo kar je moči točni in izčrpní, kazni pa naj bodo fiksno določene. Če se to doseže, postane sodnikova razlaga zakona nepotrebna. Besedilo zakona je potemtakem *ultima ratio*, kajti sodnik se pač ne more smatrati »plus sage que les lois« (abbé de Mably).

Za dobo prosvetljenstva je bila torej značilna racionalistična zaverovanost v absolutno moč napisanega zakona. Prevladovalo je prepričanje, da se dá doseči taka izčrpnost, zaključenost in enosmiselnost v določbah zakona, da postane njegova razlaga odveč. Sodnik se pretvarja v malodane

<sup>10</sup> Primerj. Günther: Die Strafrechtsreform im Aufklärungszeitalter. 1907. — Hertz: Voltaire und die Strafrechtspflege des 18. Jahrhunderts. 1887. Podrobno bibliografijo gl. v knjigi: Dr. H. Drost: Das Ermessen des Strafrichters. 1930. Str. 97, 98.

<sup>11</sup> Voltaire: Pensées sur l'administration publique. (XXIII, 526). Cit. po Drostu, op. cit., str. 85.

<sup>12</sup> Gl. k temu: Boris Furlan: Teorija pravnega sklepanja. Zb. znanst. razprav. X. Str. 32. — Evgen Spektorski: Zgodovina socialne filozofije. I. Lj. 1932. Str. 225.

avtomatični stroj za subsumpcijo — Subsumptionsautomat.<sup>13</sup> Iz te miselnosti so izvirali znani poskusi zabraniti razlago kazenskega zakona, prepovedati uporabo privatnih komentarjev ter sploh kolikor je mogoče okrniti prostost sodnikovega preudarka. Ti poskusi so bili obsojeni na neuspeh. Smotrene uporabe zakona si ne moremo zamisliti brez ugotovitve pravega smisla (ratio legis), brez interpretacije istega.

Novejša bolj fina razčlenitev dejanskih stanov kaznivih dejanj je vrh tega pokazala, da vsebujejo dejanski stani poleg več ali manj enosmiselnih opisnih sestavin še tzv. normativne elemente, ki predpostavljajo, da jih sodniki vrednotijo. Vzemimo kot zgled veljavni jugoslovanski k. z.! Pri uporabi njegovih določb se mora baviti sodnik ne samo s opisnimi (deskriptivnimi) sestavinami dejanskih stanov, temveč tudi z normativnimi. Presoditi in odgovoriti mora n. pr. na vprašanje, kaj so to »težka kršitev javne morale« (§ 288), »huda nespodobnost« (§ 99), »grdo ravnanje (§§ 128, 294), izvršitev dejanja »na posebno nevaren in drzen način« (§ 316, št. 3), »hudobni storilčev značaj« (§ 74), »nečastni nagibi«, »malopomembne«, odn. »težke« posledice dejanja in pod. Zakon sam o vsem tem ne pove ničesar ali zelo malo. Sodniki si morajo torej ustvarjati svoje vrednostne sodbe na podlagi kriterijev, ki jih v pozitivnem zakonu ni najti. Iskati jih je treba izven njega, — v konvencionalnih normah, v šegah, v obstoječih življenjskih naziranjih in pod.<sup>14</sup>

S tem je bil pretirani rigorizem absolutne sodnikove navezanosti na pisani zakon v kazenskem pravu občutno omajan. To pa nikakor ne pomeni, da je tudi načelo »*nullum crimen, nulla poena sine lege*« izgubilo svoj pomen. To načelo se smatra še vedno v pretežni večini držav kontinentalne Evrope kot važno jamstvo osebne svobode in pravne sigurnosti, kot neizogiben atribut pravne države.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> »Das Richterideal der Aufklärung ist der ‚Subsumptionsautomat.« Dr. Heinrich Henkel: Strafrichter und Gesetz. Hamburg, 1934. Str. 18.

<sup>14</sup> V jugoslovanski pravni literaturi vprašanje o normativnih sestavinah dejanskega stana podrobno obravnava dr. Stanko Frank: a) Normativna obilježja biča krivičnog djela. b) Razvijanje nauke o normativnim obilježjima biča krivičnog djela. Arhiv. 1934. c) Pravna nauka i normativna obilježja biča krivičnog djela. Arhiv. 1935.

<sup>15</sup> »Wir haben... bei dem Satz nulla poena mit einem obersten Staatsgrundsatz zu tun.« Gerland, op. cit., str. 386. Primerj. tudi: Weber: Die garantierende Funktion der Strafgesetze, DJZ. 1931. Heft 10. Str. 664.

III. Kakšne praktične posledice pa sledijo iz tega načela? Najvažnejša izmed njih je prav gotovo *z a b r a n i t e v a n a l o g i j e*. Prepovedano je namreč razširjenje kaznivosti na dejanske stane, ki so slične obstoječim, a vendar v zakonu izrečno niso predvideni. Zabranjena je nadalje pokaznitev storilcev zaradi dejanj, ki spadajo sicer pod izvesten specijalen dejanski stan, a niso kazniva po predpisih občnega dela kaz. zakonika.

Zločin v formalnem smislu je protipravno krivdno dejanje, ki je po zakonu zagroženo s kaznijo. Zakonodajec preti s kaznijo samo za one delikte, ki jih ima z ozirom na pomen prizadetih pravnih dobrin za posebno važne. V drugih primerih se zakonodajec zadovoljuje, če smatra to sploh za potrebno, s sankcijami, ki nimajo kazenskega značaja (disciplinske kazni, civilno-pravne posledice itd.)

Kazenskemu sodniku ne pritiče pravica, da bi izpopolnjeval vrzeli kazenskega zakona v pogledu kaznivosti. V tem je med drugim bistvena razlika med metodo interpretacije kazenskega in civilnega (grajanskega) zakona.<sup>16</sup> V kazenskem pravu velja za te primere *argumentum a contrario*. To, kar ni pod kaznijo prepovedano, ni zločin. »Vrata jetnišnice odpira le zakon« (Mezger).<sup>17</sup> Predpostavlja se, da je zakonodajec povsem zavestno postavil pod zaščito kazenskih sankcij le točno določene pravne dobrine in to pod izvestnimi pogoji, druge pa isto tako zavestno izvzel od take pojačene zaščite. To so razlogi za nedopustnost analogije *in malam partem*, na škodo obdolženca.

To, kar smo pravkar navedli, je bilo vsaj do zadnjega

<sup>16</sup> »Dem Zivilrecht fehlt eine mit dem Satz »nullum crimen sine lege« vergleichbare Norm völlig; jede Parallele zwischen Straf- und Zivilrichter ist daher verfehlt«. *Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. I. Bd. 26. Aufl. 1932. Str. 110.* »Der Katalog staatlicher Strafandrohungen ist lückenlos.« *Grünhut: Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht. 1926. Str. 21, 22.* — »... Tandis que les juges civils doivent combler les lacunes de la loi, les juges criminels ne peuvent prononcer aucune peines, si les texts se taisent ou sont insuffisants.« *Garaud: Traité. I. Str. 125.* — »Öffentlich-rechtliche Pflichten bestehen nur soviel, als das Gesetz bestimmt. Es besteht daher nie Gefahr, dass, wenn das Gesetz über eine Pflicht nichts statuiert, ein Loch entstehe«... *Walter Burckhart: Die Lücke des Gesetzes und die Gesetzesauslegung. Bern. 1925. Str. 19.* *Contra Exner: Gerechtigkeit und Richteramt. 1922. Str. 39 in nasl.*

<sup>17</sup> »Die Tore des Gefängnisses öffnet nur das Gesetz«. *Mezger: Strafrecht. 1931. Str. 83.*

časa, ko so se pojavile nasprotne težnje, bolj ali manj splošno priznано. Sicer pa v pojmovanju dopustnosti analogije v kazenskem pravu ni enotnosti. V teoriji je precej razširjeno mnenje, da je uporaba analogije *in bonam partem*, v korist obdolženca, neomejeno dopustna. Tako n. pr. trdi Wegner, da smo navezani na strogo besedilo kazenskega zakona le, če gre za interese obdolženca; če pa gre to njemu v prid, potem se sme pritegniti vsaka analogija, vsaka občna pravna ideja.<sup>18</sup> In poenalibus causis benignius interpretandum est. Po Mezgerju je analogija dopustna brez pridržka, če gre za razloge, ki izključujejo kazensko odgovornost.<sup>19</sup> Pisatelj se sklicuje ob tej priliki na judikaturu nemškega državnega sodišča, ki priznava poleg točnih zakonitih razlogov, ki izključujejo kazensko odgovornost, še tzv. prezkaznite razloge (n. pr. »übergesetzlicher Notstand«, »Unzumutbarkeit« in pod.).

Toda stališče nemškega državnega sodišča v resnici ni tako enostransko. Nemško državno sodišče priznava, da je analogija v izvestnem obsegu dopustna tudi v materialnem kazenskem pravu. Nekaterе njegove odločbe naravnost naglašajo, da je analogija zabranjena le toliko, kolikor se ž njo ustvarjajo novi dejanski stani, ki niso po zakonu izrečno zagroženi s kaznijo (RGE 56, 168; 2, 257; 32/185, 186).<sup>20</sup> Hkratu pa nemško državno sodišče meni, da velja načelo *in dubio pro reo* le za oceno dokazov v kazenskem postopanju. Kar se pa tiče materialnega kazenskega prava, se sme zakon tolmačiti tudi v smislu, ki je za obdolženca neugoden (in einem dem Angeklagten ungünstigen Sinne), ako to zahtevajo načela pravilne in-

<sup>18</sup> Arthur Wegner. Schuld. HWB der RW. 1928.

<sup>19</sup> Mezger, op. cit., str. 85: »Strafeinschränkung und Strafausschluss unterliegt den allgemeinen Auslegungsregeln... Gewohnheitsrecht und analoge Ausdehnung sind unbeschränkt zulässig, ebenso Zweck-erwegungen aus dem Ganzen des Rechts.« — Isto tezo brani nadalje Liszt-Schmidt (op. cit., str. 110): Analogija je po tem nauku prepovedana le toliko, »als es sich um die Gewinnung von neuen Strafansprüchen handelt (*analogia in malam partem*); nicht jedoch insoweit, als Beseitigung oder Minderung von Strafansprüchen (*analogia in bonam partem*) in Rede stehen, oder sonst auf dem Gesamtgebiet der allgemeinen Lehren.« Primerj. tudi Ernst Beling: Grundzüge des Strafrechts. 11. Aufl. 1930. Str. 1, 2 ter komentarja R. Franka (§ 2 I 2) in Löbe (§ 2 Nr. 6).

<sup>20</sup> Primerj. R. v. Hippel, op. cit., str. 39 in nasl.

terpretacije (RGE 68, 372).<sup>21</sup> To stališče tudi mi smatramo kot edino pravilno.

Nadaljnja teza, ki jo uveljavlja v svojih številnih določbah nemško državno sodišče, se glasi, da velja kazenski zakon za vse primere, na katere se dá uporabiti po pravilni razlagi, — vse eno, ali je zakonodajec ob sestavljanju zakona mislil na te primere ali ne (RGE 12/III). V svoji znani monografiji o teleološkem oblikovanju pojmov v kazenskem pravu navaja Schwinge številne zglede take razlage kazenskega zakona po nemškem državnem sodišču.<sup>22</sup>

Ob tej priliki je treba opozoriti na to, da povzroča tudi razmejitev pojmov uporabe zakona *per analogiam* in ekstenzivne razlage zakona precejšnje težave.<sup>23</sup> Res, da je težko absolutno ločiti pojme dopustne analogije in ekstenzivne razlage zakona, ker imamo opraviti v obeh primerih z interpretacijo, ki je vendar združljiva vsaj s potencialnim smislom zakona ter ostane torej še vedno *intra legem*. Izven tega okvira se nahaja le zabranjena oblika analogije, s katero se ustvarjajo novi v zakonu nepredvideni dejanski

<sup>21</sup> V istem smislu R. v. Hippel (ibid): »Nirgends besteht ein gesetzlicher Verbot, bei Zweifel über die Auslegung eines Deliktstatbestandes andere Tatbestände oder allgemeine Grundsätze heranzuziehen und sich auf dieser Grundlage *per analogiam für die strengere Auslegung zu entscheiden*.« Francoska doktrina stoji na stališču, da »l'interprétation doit être déclarative et qu'elle ne peut être ni extensive ni restrictive.« (Faustin Hélie.) Primerj. Garçon: Code pénal annoté. Tome premier. Str. 32.

<sup>22</sup> Gl. n. pr. RGEST. 12 Nr. 111, str. 372: »... Das Gesetz gilt für alle Fälle, auf welche es nach richtiger Auslegung passt, mag der Gesetzgeber an dieselben gedacht haben oder nicht.« E. Schwinge: Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Bonn. 1930. Str. 58.

<sup>23</sup> »Die herkömmliche Unterscheidung von der »ausdehnender Auslegung« hat neuerdings Beanstandung erfahren... Tatsächlich liegt in zahlreichen Fällen, in denen von »ausdehnender Auslegung« gesprochen wird, streng genommen »Analogie« vor.« Philipp Heck: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. Tübingen. 1914. Str. 196. S svoje strani Schwinge (op. cit., str. 68) govori o »eine Neuabsteckung der Grenzen zwischen ausdehnender Interpretation und Analogie... Vieles, was man bei ungenauer Betrachtung als verbotene Analogie auffassen kann und vielfach auch aufgefasst hat, ist für uns nichts weiter, als erlaubte Entfaltung des Inhalts des Strafsatzes.« Primerj. tudi: Dr. Gjorgje Tasić: Analogija. Branič. 1934, št. 5. Str. 255.

stani, odnosno razlogi kaznivosti, ki pozitivnemu zakonu niso znani.<sup>23a</sup>

Glede okvira dopustne analogije je omeniti še to-le: kazenski zakon včasih naravnost predpostavlja sklepanje po analogiji pri uporabi njegovih določb. To velja zlasti za primere, kjer vsebuje besedilo zakona različne eksemplifikativne navedbe. Ponazorimo to s par primeri iz jugoslovanskega kaz. zakona!

»Kdor lažno napravi ali predrugači... služiteljske ali delavske knjižice in listine, listine o odpustu iz vojske, izpričevala o sposobnosti ali vedenju in tem podobne listine« (§ 222, odst. 1, št. 2), »Kdor povzroči z neosnovanim klicanjem na pomoč, z zlorabo znaka za silo ali temu podobnim strah pri večjem številu ljudi«... (§ 156) »Kdor seže pri tepežu ali prepiru po nožu ali drugem nevarnem orodju« (§ 248).

Navedeni in številni slični primeri kažejo, da zakonodajec sam uvideva, da ne more izčrpati vse raznolikosti življenjskih situacij in pojavov v zakonitih opredelbah dejanskih stanov. Spričo tega, zaupajoč v sodnikovo preudarnost, mu izrečno prepušča pravico, da uporablja zakon v gotovem okviru *per analogiam*, seveda v duhu in intencijah zakona.

Jugoslovanska zakonodaja pozna tudi izrečno izjemo od načela *nullum crimen sine lege*. Ta izjema je predvidena v zakonu o ureditvi vrhovne državne uprave z dne 31. marca 1929 v pogledu na odgovornost ministrov: Vselej, kadar je dejanje, za katero minister odgovarja, kaznivo po predpisih poedinih zakonov, se kaznuje minister s kaznijo, ki jo predpisujejo ti predpisi (čl. 17, odst. 1. cit. zak.). Zaradi onih dejanj, ki niso navedena v obstoječih predpisih, se sme kaznovati minister z zapornom do petih let. (Čl. 17, odst. 2 cit. zak.). Minister, ki se obsodi na zaporno kazen, izgubi sposobnost za javna zvanja za pet let od dne prestane ali odpuščene kazni (čl. 17, odst. 3 cit. zak.).

Navedene materijalno-pravne določbe cit. zakona niso ukinjene z ustavo z dne 3. septembra 1931 (čl. 118 ust.),

<sup>23a</sup> V istem smislu Grünhut: »Ausdehnende Interpretation bleibt Auslegung der Norm und muss als solche mit dem möglichen Sinn des gesetzlichen Tatbestandes vereinbar sein. Strafbegründende Analogie setzt voraus, dass das zu ahnende Verhalten nicht unter einen Tatbestand des Gesetzes fällt«... Max Grünhut: Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft. Festgabe für R. Frank. Bd. I. 1930. Str. 28.

ki je izpremenila le način obtožbe ministrov zaradi prekršitve ustave in državnih zakonov (čl. 78 in 79 ustave), ne pa materialno-pravnih predpisov glede njih odgovornosti. Le-ti ostanejo v veljavi vse dotlej, dokler ne bo izdan poseben zakon o odgovornosti ministrov v smislu čl. 80 ustave.<sup>24</sup>

Naš sicer sumarični pregled evolucije načela *nullum crimen, nulla poena sine lege* upravičuje naslednje zaključke. Prvotno so zamislili racionalisti dobe prosvetljenstva, — da bi izpeljali do skrajnih konsekvenc načelo absolutne legalnosti in trdno ustanovili dejanske stane in sankcije v področju kazenskega prava. Ta zamisel se je izjalovila. Na drugi strani pa se kazenska zakonodaja kontinentalne Evrope ni odrekla principa zakonitosti in določenosti prava. Vidi v njem namreč slej ko prej važen atribut pravne države in jamstvo državljske svobode. Praktična izvedba tega načela — zlasti v zvezi z novejšimi težnjami po individualizaciji kazenske represije — je pokazala, da ni moči pretvoriti kazenskega sodnika v avtomatično delujoč stroj za uporabo zakona. Načelo *nullum crimen, nulla poena sine lege* je ohranilo svoj pomen, toda v bolj omiljeni in elastični obliki, ki ne izključuje delovanja sodnika-interpretatorja. To je bila pot povse naravne in neprisiljene evolucije.

IV. Temu nasproti stoje poskusi Sovjetske Zveze in nacijonalno-socijalistične Nemčije, pretrgati nit zgodovinskega razvoja in sploh ukiniti načelo *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Kot prva je krenila na to pot Sovjetska Rusija.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Drugače dr. Laza M. Kostić: Komentar Ustava Kraljevine Jugoslavije. 1934: »Postoji... u zak. o uredjenju vrhovne državne uprave odsek (III) posvećen ministarskoj odgovornosti, ali je vrlo sumnjivo da li propisi tog odseka uopšte važe.« Str. 207. K zgodovini vprašanja gl. tudi: Slobodan Jovanović: Ustavno pravo Kraljevine SHS. 1924. Str. 296 in nasl. in prof. dr. Gregor Krek: Grundzüge des Verfassungsrechts des Königreichs der Serben, Kroaten und Slovenen. 1926. Str. 89 in nasl.

<sup>25</sup> Gl. k temu razprave sovjetskih kriminalistov: A. Estrin: Analogija. Ježenedelnik sovjetskoj justiciji. 1922, št. 28. — M. Čelcov-Bebutov: Analogija i ugovolnyj kodeks. Ibid. 1923, št. 2. Profesor P. Ljubljinskij: Primenjenje ugovolnago zakona po analogiji. Pravo i žiznj. 1934, št. 1. — Anossow: Nochmals über Analogie. Monatschrift f. Kriminalpsychologie. 1934, H. 7. — Kritična ocena določb sovjetske kazenske zakonodaje o tem predmetu: A. Maklecov v zb.: Das Recht Sowjetrusslands. Tübingen. 1925. Str. 370 in nasl. — R. Mau-

V razvoju sovjetskega kazenskega prava moremo v tem pogledu razlikovati te-le glavne stadije. Prvi ukaz (»dekret«) sovjetske vlade z dne 24. novembra 1917 se je glasil: »Ljudska sodišča smejo uporabljati predrevolucijske zakone le toliko, kolikor le-ti niso ukinjeni z revolucijo in kolikor ne nasprotujejo revolucionarni pravni zavesti.« Po formalnem razveljavljanju vseh predrevolucijskih zakonov so bila dne 30. novembra 1918 izdana tzv. »Vodilna načela za kazensko pravo v Sovjetski Rusiji«. V predgovoru k temu aktu je bilo med drugim rečeno: »V prvi dobi se je oboroženi narod boril zoper svoje zatiralce brez kodeksov in brez posebnih predpisov. Sedaj pa je napočil čas, da izdelamo pravila za uspešno borbo zoper naše razredne sovražnike«. Omenjena »vodilna načela« so vsebovala le splošne kazensko-pravne pojme, ne da bi določala sankcije. Ker so bili vsi prejšnji, pred revolucijo izdani kazenski zakoni razveljavljeni, je zavladal v sovjetskih kazenskih sodiščih nepopisen kaos. Zelo napredni nemški kriminalist-socijolog, prof. Liepman n označuje to dobo v razvoju sovjetskega kazenskega prava s temi-le besedami: »Nobena domišljija ne bi mogla izmisliti takšne satire na uničbo ideje pravne države, kakor je bila tu v resnici utelešena.«<sup>26</sup>

Po karakteristiki sovjetskega kriminalista Pjontkova v skemga pomeni sovjetsko kazensko pravo organizacijo obrambe proletarske diktature. Njegovo vodilno načelo je ideja revolucionarne smotrenosti, ki izzveneva v geslu: *Salus revolutiae suprema lex!*<sup>27</sup>

Drugi stadij v razvoju sovjetskega kazenskega prava se pričinja z uveljavljenjem prvega sovjetskega kaz. zakona iz l. 1922 (Ugolovnyj Kodeks). Tudi ta kodeks je zavrgel načelo: *nullum crimen sine lege* kot buržuazni predsodek. Čl. 10 cit. kodeksa je vseboval to-le določbo: »Če v kazenskem zakoniku poedine vrste zločinov niso izrečno navedene, se kazni in očevalne odredbe uporabljajo na osnovi predpisov glede zločinov, ki so jim z ozirom na njih pomen

rach: a) System des russischen Strafrechts. 1928, str. 93 in nasl. b) Grundlagen des räterussischen Strafrechts. 1933. Str. 159 in nasl.

<sup>26</sup> »Keine Phantasie könnte eine derartige Satire auf die Vernichtung des Gedankens des Rechtsstaates ersinnen, wie sie hier in der Wirklichkeit verkörpert ist.« Predgovor prof. M. Liepmanha h knjigi: Dr. L. Galin: Gerichtswesen und Strafsystem im revolutionären Russland. Berlin. 1920. Str. 10.

<sup>27</sup> A. Pjontkovskij: Ugolovnoje pravo R. S. F. S. R. Moskva. Str. 60.

*najbolj podobni*, upošteva je določbe občnega dela kazenskega zakonika«. Sovjetski laični sodniki, ki niso imeli pravniške izobrazbe, so povsem arbitrarno razlagali novi kaz. zakon. Sovjetsko vrhovno sodišče je v svojih številnih okrožnicah skušalo kolikor toliko omejiti povsem samovoljno uporabo analogije. Izdalo je med drugim navodilo, ki zabranjuje analogijo, če je izključil zakonodajec namenoma kaznivost gotovih dejanj.<sup>28</sup>

Vendar je tudi novi sovjetski kaz. zakon iz l. 1927 ubral isto pot kot njegov predhodnik ter priznal uporabo analogije za dopustno (čl. 16 tega kaz. zakona). Še več! Uvedel je v svojem čl. 6. materialno definicijo pojma zločina: »Kot socialno nevarno se smatra vsako dejanje (odn. opustitev), ki je naperjeno zoper sovjetski sistem ali ograja pravni red, katerega je ustanovila delavsko-kmečka vlada za dobo prehoda h komunističnemu ustroju.« Z ustvarjanjem takega generalnega, splošnega dejanskega stana je bil hkratu omajan pomen posebnega dela kazenskega zakonika.

Po posrečeni karakteristiki nemškega kriminalista Mauracha, enega izmed najboljših poznavalcev sovjetskega prava v Zapadni Evropi, so se pretvorile sankcije sovjetskega kazenskega prava v »tatbestandlosgelöste Zweckmassnahmen«.<sup>29</sup>

V svojem najnovejšem načrtu iz l. 1930 (tzv. načrt Krylenko) namerava končno sovjetska vlada nadomestiti posebni del kaz. zakona s predpisi, ki naj bi vsebovali le najbolj tipične zglede zločinov, in to izključno *exempli gratia*. Za uporabo sankcij bi zadostovala že navedena materialna opredelba zločina kot dejanja, ki je naperjeno zoper sovjetski sistem.

Evolucija sovjetskega prava ima svojo notranjo dialektiko. Na mesto ideje zakonitosti in določenosti prava, ki jo sovjetska zakonodaja zavrača kot malomeščanski predsodek, se uvečjavlja čim dalj tem bolj dosledno in premočrto načelo brezobzirne razredne smotrenosti, svojevrstni sovjetski obziri na državo (Staatsraison).

Za odpravo ali vsaj za bistveno omejitev načela *nullum crimen, nulla poena sine lege* se v zadnjem času zavzemajo tudi reformatorji kazenskega prava v nacionalno-socialistični Nemčiji. Omenimo predvsem stališče, ki ga oblikuje znana uradna spomenica pruskega justičnega ministra iz

<sup>28</sup> Primerj.: Uголовный кодекс. Практический комментарий под редакцией М. Гернета и А. Трайнина. Москва. 1925. Стр. 18.

<sup>29</sup> Maurach: Grundlagen... Str. 161.

l. 1933.<sup>30</sup> Geslo zadevnega oddelka omenjene spomenice se glasi: *Kazen brez napisanega zakona* (Strafe ohne geschriebenes Gesetz). Načelo *nulla poena sine lege* izvira, kakor trdijo to pravno-zgodovinsko netočni avtorji spomenice, iz individualističnega rimskega prava. Idejno se naslanja spomenica na srednjeveško koncepcijo, po kateri uporaba kazni ni bila nujno vezana na pogoj napisanega zakona. Princip *nulla poena sine lege*, pravi nadalje pruska spomenica, daje občenevarnim osebam ali škodljivcem (*Gemeinschädlingen*), ako znajo spretno obiti zakon (»durch die Maschen des Gesetzes zu schlüpfen«), možnost, da udeležujejo svoje, ljudstvu sovražne namene, ne da bi jih pri tem zadela kazen. Tak položaj je nevzdržen. Treba je zopet upostaviti skladnost med pravosodstvom in ljudsko pravno zavestjo. Kazenski sodnik naj se pooblasti, da izpopolnjuje morebitne vrzeli kazenskega zakona v poedinih primerih, kakor če bi bil zakonodajec.

Gre torej za idejo, ki je prišla do izraza v švicarskem civilnem zakoniku (čl. 1 tega zak.) ali pa v novejšem pruskem zakonu z dne 15. maja 1933 (§ 6 des bürgerlichen Erbhofrechts). Po načrtu pruske spomenice ostane besedilo 1. odstavka § 2 veljavnega nemškega kaz. zak. neizpremenjeno, dobi pa ta-le dodatek: »Če je dejanje, ki ni izrečno proglašeno za kaznivo, po zdravem ljudskem naziranju moralno zavržno ter ako zahteva njegovo pokaznitev pravna ideja, ki je vsebovana v določenem kazenskem zakonu, mora sodnik odrediti za to dejanje kazen v okviru ustrezno uporabljenega kazenskega zakona (»innerhalb des Rahmens des entsprechend angewendeten Strafgesetzes«).

Komisija za reformo kazenskega prava v Nemčiji je nekoliko pozneje izdelala drug predlog, ki se glasi:

»Ako se dejanje izrečno ne smatra za kaznivo, pač pa je po zakonu zagroženo s kaznijo slično dejanje (eine ähnliche Tat), je uporabiti ta zakon, če zahtevata tega pravna ideja, ki je vsebovana v tem zakonu, in zdravo ljudsko naziranje (»die gesunde Volksanschauung«).

V razliko od predloga pruske spomenice je tu izostala zahteva, da bodi dotično dejanje tudi moralno zavržno.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschrift des Preussischen Justizministers. Berlin. 1933. Str. 127.

<sup>31</sup> Das kommende deutsche Strafrecht. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, herausgegeben von Dr. Franz Gürtner, Reichsjustizminister. Berlin. 1934. Str. 132.

Nemška uradna komisija za reformo kazenskega prava nastopa izrečno zoper stališče sovjetskega prava, ki daje kazenskemu sodniku več ali manj splošno pooblastilo, uporabljati sankcije za vsa dejanja, ki nasprotujejo interesom obstoječega družabnega reda. To bi pomenilo, pravi poročilo komisije, naprtiti sodniku vlogo zakonodajca. O tem, kaj je prepovedano in kaj je dovoljeno, bi odločal sodnik. S tem bi se prenesla na sodnika najvažnejša naloga političnega voditeljstva. Temeljna vprašanja ljudskega sožitja ne bi reševal zakonodajec, temveč sodnik. Tak položaj kazenskega sodnika ni združljiv niti z bistvom avtoritarne države (»mit dem Wesen des autoritären Führerstaates«), niti z nemškim pravnim naziranjem o podrejenosti sodnika zakonu.<sup>32</sup> Že iz navedenega se vidi, da je stališče komisije za reformo kazenskega prava v Nemčiji vsekakor bolj zmerno in previdno kot stališče prvotnega pruskega načrta.

Nemška nacijonalno-socialistična doktrina skuša utemeljiti odpravo načela *nullum crimen, nulla poena sine lege* v gavnem z naslednjimi razlogi.<sup>33</sup> Nacijonalno-socialistična Nemčija je avtoritarna država, ki predstavlja antitezo liberalistično-demokratični pravni državi. Pravna načela, ki jih le-ta smatra kot neke neizpodbitne in večne resnice, imajo le temporalen značaj. Med taka načela spada med drugim tudi princip: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. V bistvu je ta princip le tipični proizvod individualistične

<sup>32</sup> Ibid., str. 128, 129.

<sup>33</sup> Gl. k temu: Georg Dahm und Friedrich Schaffstein: Liberales oder autoritäres Strafrecht? 1933. — Schaffstein: Nationalsozialistisches Strafrecht. Z. f. die gesamte Str. RW. 1933. 6. Heft. — Georg Dahm: Die Zunahme der Richtermacht im modernen Strafrecht. 1931. — Heinrich Henkel: Strafrichter und Gesetz. 1934. — Reinhardt Maurach: Volksethik und Strafrecht. 1934. — Rumpf: Analogie im Strafrecht. DJZ. 1934, Heft 9. — Wilhelm Sauer: Nationalsozialistisches Strafrecht nach der Denkschrift des preussischen Justizministers. DJZ. 1933, Heft 22. — Klee: Strafe ohne geschriebenes Recht. DJZ. 1934, H. 10. — Siegert: Nulla poena sine lege. Kritische Bemerkungen zu den Vorschlägen d. aml. Strafrechtskommission. Deutsches Strafrecht. 1934. I. Bd., H. 12. — Karl Schäfer: Nullum crimen, nulla poena sine lege v cit. zbirki: Das kommende deutsche Strafrecht. Str. 128—139. — K. Moser: In dubio pro reo. Die geschichtliche Entwicklung dieses Satzes und seine Bedeutung im heutigen deutschen Strafrecht. München. 1933. — Flitner: Strafe ohne geschriebenes Recht... Preussische Justiz. 1933, Nr. 46. Barbara Ackermann: Analogieverbot im geltenden und zukünftlichen Strafrecht. Breslau. 1935.

in racionalistične miselnosti, ki izvira iz dobe prosvetljenstva. Temu individualizmu ali, kakor se izražajo nacijonalno-socijalistični teoretiki, temu poosebljenemu egoizmu stavi nacijonalni socijalizem nasproti idejo transpersonalizma. Pri koliziji zasebnih in javnih interesov se mora dati prednost interesom narodne skupnosti (Volksgemeinschaft). Kazensko pravo, ki se je smatralo doslej kot Magna Charta zločinca, mora postati Magna Charta naroda in državnih interesov. Na mesto gesel: *nullum crimen sine lege, in dubio pro reo* se proglašajo nova gesla: *nullum crimen sine poena, in dubio pro re publica*. Ideal formalne zakonitosti in osebne sigurnosti naj se preoblikuje v ideal materialne pravičnosti, to se pravi soglasnosti med pravosodjem in pravno zavestjo skupnosti. To predpostavlja večje upoštevanje nenapisanega prava, moralnih in religioznih načel.

Nacijonalni socijalizem zavrača liberalistično idejo o nekem svobodnem pasu, ki mora biti zajamčen individuu. Interesi narodne celote so višji od koristi posameznikov, zlasti še tistih, ki se skušajo izogniti odgovornosti, sklicujoč se na formalne predpise pozitivnega prava. Če nekdo dvomi, da li ustreza njegovo dejanje zahtevam prava, naj ga le opusti. Sicer pa stori to na lastno nevarnost. Naj se zaveda pri tem, da ga utegne zadeti kazenska odgovornost!

To, kar smo navedli, predstavlja, bi rekli, stališče uradnih krogov Nemčije. Značilno je vsekakor, da obstoji v nacijonalno-socijalistični Nemčiji tudi struja, ki nastopa zoper ukinitev načela: *nulla poena sine lege*. Omenimo predvsem izjavo znanega nemškega pravnega filozofa in kriminalista Wilhelma Sauerja.<sup>34</sup> Prepustiti kazenskemu sodniku pravico, da ustvarja po svoji volji nove dejanske stane, nasprotuje, po Sauerjevem mnenju, interesom pravosodstva in državne avtoritete. To velja še posebej za prehodno dobo nacijonalne revolucije, ko je treba ojačiti zaupanje ljudstva do prava in pravičnosti. Ohranitev edinstva in stalnosti judikature v vsej državi pomeni več kot nevarnost, da ostane kako posamično dejanje, ki bi bilo res kazni vredno, nekaznivo. Celó prva idejna utemeljitelja nacijonalno-socijalistične preosnove kazenskega prava v Nemčiji, Dahm in Schaffstein, priznavata, da ustreza določna navezanost sodnika na zakon tudi avtoritarnemu pojmovanju države. Država pač ne sme prepustiti kazenskemu sodniku

<sup>34</sup> Sauer, op. cit., str. 477. Gl. tudi čl. Gerlanda v Deutsche Justiz. 1934. Str. 226.

neomejene pravice, da bo določal po svoji uvidevnosti meje kaznivega nepravca. V pogledu zahteve po omejitvi svobodnega preudarka sodnika, pravita nadalje Dahm in Schaffstein, se strinjata v izvestni meri liberalno naziranje pristašev ideje tradicionalne pravne države na eni in konservativno-avtoritarno naziranje na drugi strani.<sup>35</sup> Prav tako se za zmernost in previdnost pri izvedbi nameravane presnove zavzemata Mezger in Maurach. Maurach nastopa zlasti zoper predlog, ki so ga sprožili nekateri nacijski socialisti, o nadomestitvi kriterija protipravnosti s kriterijem protidržavnosti (*Staatswidrigkeit*). Uvesti ta kriterij bi značilo, po njegovih besedah, prepustiti sodniku pravico, »nach der Maxime skrupelloser Staatsraison zu judizieren.«<sup>36</sup>

V jugoslovanskem pravnem slovstvu je nacijsko-socialistični načrt o odpravi načela *nulla poena sine lege* in o dovolitvi analogije v svrhu ustvarjanja novih dejanskih stanov kaznivih dejanj že izzval nekaj odmevov. Le v enem nam znanem primeru je ocena tega reformnega predloga pozitivna. Dr. J. Štefinović vidi v njem zgodovinsko zaslugo novejših nemških zakonodaj. Značaj kazenskega prava, po mnenju tega pisatelja, »više nego kod gradjanskog prava iziskuje, da se u krivičnom pravu primena analogije dopusti«<sup>37</sup> Štefinović se sklicuje pri tem na Bindingovo idejo o fragmentarnem značaju kazenskega prava. Drugih razlogov za utemeljitev svoje pozitivne ocene nacijsko-socialistične reforme avtor žal ne navaja.

Zoper nacijsko-socialistični predlog v pogledu analogije je nastopil odločno prof. M. Dolenc. Avtor utemeljuje svoje odklonilno stališče v glavnem s temi razlogi: »Dovoliti uporabo analogije v materijalnem kazenskem pravu

<sup>35</sup> Dahm-Schaffstein: *Liberales oder autoritäres Strafrecht?* Str. 52: »In dem Wunsche nach Bindung des Richters treffen also in gewissem Masse liberales und rechtstaatliches Denken auf der einen Seite und konservativ-autoritäre Anschauungen auf der anderen Seite zusammen.« »Vor einer Mindersetzung des Gesetzes sei schon deshalb zu warnen, weil es auch fernerhin in der Mehrzahl aller Fälle die letzte Form des Führerbefehls sein werde.« Čl.: *Das künftige Strafrecht v »Frankfurter Zeitung«* z dne 9. maja 1935, št. 234—235.

<sup>36</sup> Maurach: *Volksethik und Strafrecht*. Str. 32. Primerj. tudi: Mezger: *Willenstrafrecht, Gefährdungstrafrecht und Erfolgsstrafrecht*. DJZ. 1934. H. 2. Str. 100.

<sup>37</sup> Dr. Joso Štefinović: *Malo o pravu trgovačkog računovodstva*. V Praze. 1934. Str. 31.

bi značilo dati kazenskemu sodniku moč zakonodajca. To bi povzročilo razcepljenost judikature in neenakost državljanov pred zakonom.« »Če bi sodili vseskozi popolnoma enako nastrojeni sodniki, — nadaljuje avtor, — bi stvar šla. Takih sodnikov pa ni. Za to je treba zahtevo po zabranitvi analogije v materijalnem kazenskem pravu vzdržati.«<sup>38</sup>

Kritično stališče napram reformnim predlogom, ki se tičejo analogije, je tudi po našem mnenju povsem upravičeno.

Videli smo, da sloni sovjetska kazenska zakonodaja na razrednem načelu. Sovjetsko kazensko pravosodstvo je vseskozi podrejeno principu brezobzirne revolucionarne smotrenosti. Da se pretvarja sodstvo v orodje razredne politike, ne omogoča samo dovolitev analogije, temveč tudi uvedba materijalne definicije zločina v občnem delu sovjetskega kaz. zak. (gl. gori). Ideje osebne pravne sigurnosti, zakonitosti in državljanske enakosti spadajo po sovjetski ideologiji med preživele meščanske predsodke. Dvomimo, da bi vse to imelo za zakonodajce Zpadne Evrope privlačno moč.

V nemški nacijonalno-socialistični doktrini o analogiji opažamo prav značilno evolucijo. Prvotno so mislili na nek revolucionarni preokret tudi v tem vprašanju. Nacijonalno-socialistični teoretiki so v začetku zahtevali preoblikovanje ali preustvaritev vseh temeljnih pojmov v kazenskem pravu (»die Neuschöpfung aller strafrechtlicher Grundbegriffe«).<sup>39</sup> V resnici pa so njihovi definitivni predlogi glede analogije še precej zmerni in previdni. Sedaj ne gre za ukinitev, temveč le za omejitve (»razrahljanje«, Auflockerung) načela zakonitosti v materijalnem kazenskem pravu. Pri ustvarjanju novih, v zakonu izrečno nepredvidenih dejanskih stanov mora kazenski sodnik izhajati iz pravne ideje, ki je zasidrana v že obstoječi in veljavni normi. To je tzv.

<sup>38</sup> Dr. Metod Dolenc: Nacionalnosocialistično kazensko pravo v Nemčiji in vprašanje revizije jugoslovanskega kz. Spomenica Mauroviću. II. Str. 14. Gl. tudi J. M. Péritch: Une nouvelle forme de pouvoir absolu. Zvláštní otisk z Randova Jubilejního Památníku. V Praze 1934. Str. 27—29, D. Subotić: Novi potezi nemačkog krivičnog zakonodavstva. Branič. 1934, št. 9. T. Živanović: Autoritarno i liberalno krivično pravo. Arhiv. 1935, št. 5.

<sup>39</sup> Henkel, op. cit., str. 35. Isti pisatelj trdi (op. cit., str. 7), da »wirklich Neues kann nur derjenige gestalten, der sich grundsätzlich vom Alten gelöst hat«.

»normgemässes Ermessen« in ne več »normenfrees Ermessen«.<sup>40</sup>

Vendar tudi v taki omiljeni obliki nacijonalno-socialistični predlog za nas ni sprejemljiv. Kriterij »zdravega ljudskega naziranja« je preveč konfuzen, nedoločen, skoro bi rekli mističen pojem, da bi ga mogli uporabiti s pridom pri opredelitvi področja kaznivega neprava.<sup>41</sup> Ali je nevarnost, da ostanejo nekazniva neka posamična zavržna dejanja, ki niso izrečno predvidena v kazenskem zakonu, res tako velika, da bi se zavoljo tega odrekli načela zakonitosti in osebne sigurnosti? To nevarnost nemški nacijonalno-socialistični teoretiki vsekakor pretiravajo.

Da utegne predlagana reforma povzročiti razcepjenost v sodni praksi, to so uvideli v zadnjem času nacijonalno-socialistični reformatorji sami. Odtod se je pojavila ideja o različnih procesualnih jamstvih v svrhu, da se ta razcepjenost prepreči ali vsaj omeji.<sup>42</sup>

Mnenja smo, da načelo legalnosti v področju materialnega kazenskega prava tudi v naši dobi ni izgubilo svojega pomena. V nekem pogledu je to načelo postalo morebiti še bolj aktualno kot prej. Mislimo pri tem na komplicirano socialno strukturo modernega občestva, na ostra nasprotstva interesov med poedinimi socialnimi skupinami. Če upoštevamo osobito ono področje kazenskega prava, ki se nanaša na gospodarsko sfero, potem nam postane jasno, kakšen pomen ima točna določitev okvira kaznivega neprava. Prizadeti krogi bodo smatrali uporabo analogije recimo v pogledu kaznivosti štrajkov na eni strani ter kaznivosti deliktov v prometu in trgovini na drugi kot uveljavljanje razredne justice. Saj je tudi kazenski zakon v nekem smislu rezultat socialnega kompromisa, ali kakor se izraža nek pisatelj, pogodba o premirju, sklenjena med

<sup>40</sup> Primerj. Drost, op. cit., str. 59.

<sup>41</sup> H kritiki tega pojma gl. zlasti: W. Mittermaier: Die Entwicklung des Strafrechts in Deutschland. Schweiz. Z. f. Strafrecht. 48. Jg. 1934, 3. Heft. Str. 325.

<sup>42</sup> »...Je grösser der dem Richter zur eigenen Wertung gegebene Spielraum ist, desto notwendiger ist es, das Führerprinzip in der Rechtsprechung durch eine für das ganze Reich einheitliche und möglichst lückenlose höchstgerichtliche Kontrolle zu gewährleisten.« Schaffstein: Nationalsozialistisches Strafrecht. Str. 608.

borečimi se razredi («der Waffenstillstandsvertrag der kämpfenden Klassen»)<sup>43</sup>

Prav v naši dobi, ki se označuje s krizo zaupanja do pravosodstva, bi bilo neprevidno, omajati temelje legalnosti pri določitvi mej kaznivega neprava.<sup>44</sup>

Treba je obrniti pažnjo predvsem na večjo gibčnost in ekspeditivnost zakonodaje in na izboljšanje legislativne in kodifikacijske tehnike. Zasigurati je treba sodnikom pravo samostojnost in neodvisnost v strogih mejah zakona. To bi, po našem prepričanju, obetalo več koristi za kazensko pravosodstvo kot prenažljeni poskusi, da se ukine načelo zakonitosti v materijalnem kazenskem pravu, kar bi pomenilo v bistvu vrnitev k pojmom in kriterijem srednjega veka.

<sup>43</sup> Drost, op. cit., str. 144.

<sup>44</sup> Kakor se drastično izraža Rittler: »Die Torheit des Gesetzes ist leichter zu ertragen und auch leichter abstellbar, als die vielgestaltige Torheit von Tausend Richtern.« Theodor Rittler: Gesetztes und nicht-gesetztes Strafrecht. Zeitschr. für die gesamte StrRW. 42 Bd. 1929. Str. 473. — Karakteristično je, da je novi francoski načrt kaz. zak. iz l. 1934 obdržal načelo nullum crimen, nulla poena sine lege v skoro isti obliki kot Code pénal iz l. 1810: »Nulle contravention, nul délit, nul crime ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas édictées par la loi avant qu'ils fussent commis« (čl. 4. francoskega načrta). Gl. Documents parlementaires. Chambre. Annexe No 3951. Séance du 15 mai 1934: Projet de loi portant refonte du Code pénal. Str. 524.