

in je zanimivo pri tej priliki opozoriti na to, da je novi nemški civilni zakon sprejel načelo, da se pobotanje izvrši le vsled in ob času uveljavljenja kompenzacije s strani kompenzatorja. To normiranje nemškega civilnega zakona se nam zdi, da je čisto v skladu z nujnostjo stvari same ter se nam ne zdijo pomisleki, ki jih proti temu normiranju navaja Ehrenzweig, samo da niso prepričujoči, temveč, da so naravnost neresni.

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

Priv. doc. dr. Munda Avgust.

### I. Uvod.\*

Najnovejša reforma nemškega narodnosocialističnega kazenskega prava se tiče treh osnovnih vprašanj. Predvsem hočejo tvorca novega nemškega kazenskega prava ustvariti norme, ki naj kaznujejo vsako dejanje, ki ga smatra pravni čut ljudstva za kaznivo. Ta namen je deloma že uresničen; najnovejše nemško materialno kazensko pravo<sup>1</sup> dopušča namreč analogijo tudi in malam partem. Druga točka nemške reformne zakonodaje zahteva, da se ustvari nov kriterij pojma

\* Predavanje na sestanku društva „Pravnika“ dne 16. januarja 1956.

#### Kratice.

Frank VD = Prof. Dr. Frank. Vollendung und Versuch Vergleichende Darstellung. Allg. Teil V. — Denkschrift = Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschrift des preussischen Justizministeriums. 1934. Berlin. II. Auflage. — Olshausen = I. von Olshausens Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Recht. Elfte Auflage 1927. Berlin. — Altmann = Kommentar zum österreichischen Strafrecht. Altmann, Wien 1928. — Dr. Krug = Dr. Krug. Grundprobleme des kommenden Strafrechtes. Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht. 1935. — Dr. Gürtner = Dr. Gürtner. Das kommende Strafrecht. 1934. — Liszt = Dr. Liszt-D. Schmidt. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 25. Aufl. 1927. Berlin-Leipzig. — Berlin = Beling. Die Lehre vom Verbrechen 1906. — Kriegsmann — Kriegsmann. Wahnverbrechen und untauglicher Versuch. Breslau. 1904. — D. Vragović = Dr. Vragović, Kazna za pokušaj po našem krivičnom zakonu. Pravosudje. 1952. — Petrović = B. Petrović: Inkriminacija apsolutno nepodobnog pokušaja u krivičnom zakoniku. Arhiv. 1953.

<sup>1</sup> Novela z dne 28. junija 1955.

poskusa. Ta kriterij naj omogoči kaznovati zločinsko voljo, še preden je storilec započel „izvršitveno“ dejanje; pojem poskusa naj se odpravi in zenači s storilstvom. Tretja osnovna zahteva nemških reformatorejv se tiče udeležbe: Po vzorcu norveškega prava hočejo povsem odpraviti akcesornost udeležbe in ustvariti pojem tako zvanega „ekstenzivnega storilstva“. Ta pojem naj obsega udeležbo (nasnovno in pomoč), sosterilstvo, sporedno storilstvo in posredno storilstvo.

Od navedenih treh problemov si hočemo v tej razpravi ogledati le drugo točko. Razprave pa ne bomo oméjili le na najnovejše nemško pravo; ozirali se bomo tudi na druge novejšje zakonodaje, ki so pretrgale vezi z dosedaj obče priznanim kriterijem pojma poskusa — z „začetkom izvršitve“.

Kazenske sankcije posebnega dela kazenskih zakonov veljajo praviloma le tedaj, če je dejanski stan zločina popolnoma uresničen t. j. če je zločin dovršen. Ta pravna zaščita pa ne bi zadostovala. Pravni čut veleva, da se kaznuj storilec že tedaj, ko se loti zločina, hoteč ga izvršiti, uspevka pa le slučajno ne doseže. Vprašanje, ali se naj kaznuje poskus kot začetek udejstvovanja zločinske volje, v bistvu ni bilo nikoli sporno. Dvome pa je povzročalo vprašanje, od katerega trenutka naprej naj se kaznuje udejstvovanje zločinske volje. Antisocialna volja zločinca prehaja več stadijev: odločitev volje, priprava, začetek izvršitve, izvršitev, uspevek. Vprašati se moramo: Kdaj postane nosilec zločinske volje antisocialen t. j. sovražnik občestva? Antisocialen postane že, ko podleže skušnjavi. Država ga pa zbog te odločitve volje še ne more kaznovati, ker s tem še ni ogražal občestva. Praviloma ga tudi ni moči kaznovati vse dotlej, dokler započenja le nevtralna dejanja. Tudi taka dejanja večidel še ne ogrožajo občestva. Kar se pa tiče trenutka, od katerega naprej naj se storilec kaznuje, velja načelo: Storilca je treba kaznovati v početnem stadiju udejstvovanja zločinske volje, če gre za nevarno dejanje. Če pa dejanje ni nevarno, zadostuje sankcija tudi v poznejšem stadiju. Iz tega vidika kaznujejo skoro vse zakonodaje pripravljalna dejanja le pri najhujših deliktih n. pr. pri veleizdaji, falzifikaciji denarja in sl. Poskus pa se kaznuje le pri hujših dejanjih. Zato se kaznujejo policijski prekrški praviloma le, če so dovršeni. Isto velja za večji del kriminalnih prestopkov.

Vse to je jasno, težkoče pa povzroča vprašanje, kako se naj določi trenotek, ki naj napravi jasno mejo med nekaznivim pripravljanim in kaznivim izvršitvenim dejanjem.

## II. Zgodovina.

V zgodovini kazenskega prava ne dobimo točnega odgovora na to vprašanje. Najstarejše pravo generalnega pojma poskusa sploh ne pozna. Rimsko pravo je kaznovalo le nekatera poskusna ali pripravljalna dejanja s kaznijo, ki je določena za dovršeni zločin (*leges Corneliae*). Prav to velja za staro germansko pravo, ki je kaznovalo n. pr. prežo, seganje po meču.

Šele srednjeveški italijanski pravniki so izoblikovali splošni pojem poskusa. Razlikovali so *conatus proximus* in *conatus remotus*; to razlikovanje približno ustreza razlikovanju med poskusnimi in pripravljalnimi dejanji. Začetek 19. stoletja se je uveljavila trodelna poskusnih dejanj: *conatus remotus* (pripravljalo dejanje), *conatus proximus* in *delictum perfectum* (končan poskus v obliki izpodletelega poskusa). Vedno bolj se je uveljavilo spoznanje, da je treba iz pojma poskusa izločiti pripravljala dejanja. Zato je prešla znanost zopet k dvodelbi poskusnih dejanj.<sup>2</sup>

Po kanonskem pravu se kaznuje poskus mileje ko dovršen zločin; kaznuje se pa tem strožje, čim bolj se bliža dovršenemu zločinu. Izpodleteli zločin (*delictum frustratum*) se strožje kaznuje kakor navadni poskus. Kdor prostovoljno odstopi od poskusa, se ne kaznuje, ako še ni nastala škoda ali pohujšanje (Kušej, Cerkveno pravo 1927, str. 610, 611).

Neke vrste opredelitev pojma poskusa je podala že CCC (čl. 178). Ta opredelitev pa ni jasna. Nastal je dvom o tem, ali mora doseči udejstvovanje zločinske volje neki določeni stadij ali pa zadostuje vsako udejstvovanje zločinske volje.<sup>3</sup> Ta načelni spor je mogla rešiti edinole zakonodaja. Točno smer je dala v tem pogledu Josefina 1787 (čl. 9). Ta določa, da je poskus le tedaj kriminalen zločin, če se je storilec „lotil dejanske izvršitve“. Še jasnejša je določba kaz. zakona za zapadno Galicijo iz l. 1796 (§ 12). Ta zahteva za pojem poskusa „dejanje, ki vodi k dejanski izvršitvi“. Ta kriterij je prešel v avstrijski kazenski zakon iz l. 1803., iz tega pa v še veljavni kazenski zakon iz l. 1852. (§ 8). V

<sup>2</sup> Frank VDB V 198—200.

<sup>3</sup> Frank VDB V 175.

Nemčiji so nekateri partikularni kazenski zakoni (pruski, bavarski 1813, oldenburški 1814) kaznovali tudi pripravljalna dejanja. Šele ko se je v Nemčiji uveljavil vpliv francoske zakonodaje, so se tudi v Nemčiji kaznovala le prava poskusna (izvršitvena) dejanja. V Franciji je bil splošni pojem poskusa uzakonjen v code pénalu iz l. 1810. Za kriterij pojma poskusa so sprejeli „začetek izvršitve“ (commencement d'exécution).<sup>4</sup> Ta kriterij je prešel v nemško partikularno kazensko zakonodajo, v sedanji nemški kazenski zakon in skoro v vse kazenske zakone kulturnega sveta. Šele v najnovejši zakonodaji se vidi tendenca, nadomestiti kriterij „začetka izvršitve“ z drugimi kriteriji. O tem govorimo pozneje.

Preden se bavimo s posameznimi kriteriji pojma poskusa, si hočemo na kratko ogledati prvo stopnjo udejevanja zločinske volje.

### III. 1. Pripravljalno dejanje.

Prva stopnja udejevanja zločinske volje v zunanjem svetu je priprava zločina. Pripravljalno dejanje ustvarja šele pogoje za bodoči zločin; ono olajša ali omogoča zločinu, da lahko začne zločin izvrševati. Pripravljalno dejanje ni del poskusa kakor po stari doktrini (glej II); naš kazenski zakon ga strogo loči od poskusa, ker ne spada k dejanskemu stanu zločina (§ 32 odst. 3 Kz.). Kazenske zakonodaje pripravljalnih dejanj praviloma ne kaznujejo generalno; praviloma jih tudi ne definirajo.<sup>5</sup> Drugi kazenski zakoni kaznujejo le posamezna pripravljalna dejanja hujših zločinov<sup>6</sup> ali započetje zločina (§ 92 Kz.). Generalno kaznujeta pripravljalna dejanja le Danska in Sovjetska Rusija. Danski kazenski zakon pravi: „Kdor započne dejanje, ki meri na to, da se storitev zločina pospeši ali povzroči...“ Sovjetski kaz. zakon (§ 19) pa določa: „Poskus zločina in pripravljalna dejanja — poiskanje, priprava orodja ali sredstev in ustvarjanje pogojev za izvršitev zločina — se preganjajo tako kakor dovršeni zločin.“

<sup>4</sup> V code pénalu (1791) se je kaznoval poskus le pri nekaterih zločinih.

<sup>5</sup> Legalno definicijo pripravljalnih dejanj daje portugalski kazenski zakon: „Pripravljalna dejanja so zunanji dogodki, ki vodijo k temu, da se izvršitev zločina olajša ali pripravi, ki pa še niso začetek izvršitve.“ Frank VDB V 183.

<sup>6</sup> n. pr. priprava veleizdaje §§ 92, 94, 96, 97, 114, naprava orodja za falzifikacijo listin in denarja §§ 230, 239, priprava usmrtitve oblastvenega organa čl. 1. števil. 7 z. o. z. d.

<sup>7</sup> Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschrift des preussischen Justizministeriums II. izdaja 1934, str. 134.

Kakor je posneti iz spomenice pruskega pravosodnega ministrstva,<sup>7</sup> namerava Nemčija de lege ferenda kaznovati pripravljalna dejanja generalno v splošnem delu kazenskega zakona. Da se pa meje kaznivih pripravljalnih dejanj preveč ne razširijo, hoče nemško narodno socialistično pravo omejiti kaznivost teh dejanj na nastopni način: 1.) kaznujejo naj se le ona pripravljalna dejanja, s katerimi se zločin „neposredno“ pripravlja, 2.) nesposobna pripravljalna dejanja naj se ne kaznujejo, ker „zdrav pravni čut“ tega ne zahteva, 3.) pri hujših zločinih se kaznujejo pripravljalna dejanja splošno, pri manj hudih le, če zakon to izrečno predpisuje, 4) pripravljalna dejanja se mileje kaznujejo (obligatorna omilitev) ko poskušena dejanja, kolikor zakon izrečno ne odreja drugače.

## 2. Započetje.

V zvezi, ko govorimo o pripravljalnih dejanjih, je treba omeniti tudi pojem „započetja“. Kazenski zakon kaznuje v nekih primerih posebnega dela (§§ 92, 94, 114) „započetje“ kaznivega dejanja (preduzeće — Unternehmen). Način izražanja „kdor započne dejanje, ki meri na to...“ („ko preduzme kakvo delo, koje ide na to...“) je prevzet iz srbskega kaz. zak. (§ 87). Srbski kaz. zakon je prevzel to dikcijo iz pruskega kaz. zakona (§ 61, 62: „ein Unternehmen, welches darauf abzielt...“), pruski pa iz francoskega code pénala (čl. 81: pojem atentata). Srbski kaz. zakon opredeljuje v § 87b pojem započetja nastopno: „... preduzeća smatraju se svršena, kad su preduzeta dela, kojima se zločina namera neposredno (!) u izvršenje privedi ima“.

V nemški literaturi je pojem započetja (Unternehmen) sporen. Vladajoče mnenje ga smatra za poskus (Binding, Berner). Drugo mnenje vidi v započetju le tak poskus, ki je po načrtu pripravljen in premišljeno izvršen. Po tretjem mnenju obsega započetje tudi „poslednja“ pripravljalna dejanja, po četrtem pa vsa pripravljalna dejanja (Liszt § 46 III op. 12). Nemški kazenski zakon daje legalno definicijo započetja, toda le za započetje veleizdaje. Za tako započetje (§ 82) smatra „vsako dejanje, s katerim se dovede namera neposredno (!) k izvršitvi“. To dejanje (§ 82) po Lisztu (§ 165 III—1) še ni „izvršitveno“, marveč tako, ki začetek izvršitve šele neposredno pripravlja. To pripravljalno dejanje meji neposredno na poskus (Frank VDA V—180). Nasprotno pa smatra vladajoče mnenje v nemški

literaturi započetje po § 82 za poskus in sicer le za tak poskus, ki vsebuje že kako neposredno izvršitveno dejanje (glej literaturo navedeno pri Olshausnu, § 82—1, 2). Ker je pojem započetja v nemški literaturi sporen, ga je nemški osnutek 1909 opustil (motivi str. 414) in nadomestil z besedilom: „Kdor poskuša...“ (str. 290). Isti izraz rabi tudi srbski osnutek 1910 (§ 91), osnutek iz l. 1922. pa se je zopet povrnil k pojmu započetja po vzoru srbskega kaz. zakona (§ 87).

Tudi v jugoslovanski pravni literaturi se pojem započetja ne tolmači enotno. Frank-Šilović (Krivični zakonik) pravi (str. 96): „Po intenciji zakonodavca bi moralo biti započetje (preduzeče) udejstvovanje volje, ki stoji v sredi med pripravljalnimi dejanji in poskusom. Započetje ni isto kakor pripravljalno dejanje, po našem zakoniku je započetje dejanje, ki ni več pripravljalno, a še ni poskus...“

Živanović (Osnovi 1923, str. 11) meni, da obsega započetje le „poslednja“ pripravljalna dejanja. Isto mnenje izraža Živanović tudi v komentarju k jugoslovanskem kaz. zakonu (str. 77, 88). Slično tolmači pojem započetja tudi Urošević (str. 184, 185). Nasprotno pa vidi Čubinski v pojmu započetja le pripravljalna dejanja (II. str. 5), enako Dolenc-Tolmač, str. 186. Mislimo, da je to poslednje mnenje pravilno. Z besedami „Kdor započne dejanje, ki meri na to (§§ 91, 94),“ ali „kdor kaj ukrene radi“ (§ 114) misli zakon na vsa (§ 52, odst. 3), ne pa le na „poslednja“ pripravljalna dejanja. Če bi bil hotel zakonodavec kaznovati le poslednja pripravljalna dejanja, bi bil sprejel v zakon definicijo v smislu § 87b srbskega kaz. zakona. De lege ferenda pa bi kazalo pojem „započetja“ opustiti.

#### IV. Poskusna dejanja.

Najvažnejše vprašanje nele zakonodaje marveč tudi sodne prakse je določiti, kje je meja med pripravljalnimi in poskusnimi dejanji. Kazenski zakoni praviloma ne opredeljujejo pripravljalnih dejanj (glej III); zato je meja med poskusnimi in pripravljalnimi dejanji določena s pojmom poskusa. Ker določajo posamezni kazenski zakoni za poskus poseben kriterij, je ta kriterij ona meja, ki loči kaznivi poskus od nekaznivih pripravljalnih dejanj.

Te kriterije si hočemo v nastopnih vrsticah na kratko ogledati, da vidimo, ali ustreza sedanji vladajoči kriterij „začetka izvršitve“ svojemu namenu. (Konec prih.)