

## Nekatera težavnejša vprašanja napeljevanja

Matjaž Ambrož\*

Za številna področja človekovega udejstvovanja velja, da posameznik svojih ciljev ne uresničuje sam, temveč se za njihovo doseganje povezuje z drugimi ljudmi. To velja tudi za področje kriminalitete, katere znaten del predstavljajo kazniva dejanja, izvršena na podlagi sodelovanja več oseb. Kazensko pravo pojmovno razvršča različne oblike sodelovanja pri kaznivem dejanju in jim pripisuje različne pravne učinke. Tako tradicionalno kot eno od oblik sodelovanja pri kaznivem dejanju (udeležbe) obravnava napeljevanje. Napeljevanje je najkrajše mogoče opredeliti kot naklepno vplivanje na drugega, ki pri naslovniku povzroči odločitev, da izvrši dejanje, ki ima znake kaznivega dejanja in je protipravno. Ta kratka in jedrnata opredelitev napeljevanja zastavlja številna nadaljnja vprašanja, od presoje katerih je odvisno, ali bo posameznik v konkretni zadevi odgovarjal kot napeljevalec. Odgovor na ta vprašanja članek izpeljuje iz načel kazenskega prava in kriminalitetne politike. Poleg tistih vprašanj napeljevanja, pri katerih se prepletajo kazenskopravni in kriminalitetnopolitični premisleki, pa obstaja sklop vprašanj, pri katerih gre skoraj izključno za kriminalitetnopolitično vrednotenje. Sem sodita zlasti vprašnji kaznovalnih okvirov napeljevanja in kaznivosti neuspelega napeljevanja. Ti dve vprašanji avtor obravnava v sklepnem delu prispevka.

**Ključne besede:** napeljevanje, neuspelo napeljevanje, kaznovanje, pomoč, udeležba, načela kriminalitetne politike.

**UDK:** 343.237

### 1 Uvod<sup>1</sup>

Če bi želeli z enim stavkom zajeti bistvo napeljevanja, bi se glasil takole: *Napeljevanje je naklepno vplivanje na drugega, ki pri njem povzroči odločitev, da izvrši dejanje, ki ima znake kaznivega dejanja in je protipravno.* V ozadju te kratke definicije se skrivajo številna nadaljnja vprašanja, med katerimi mnoga ostajajo sporna in nedorečena.

Navedena opredelitev ni neposredno prevzeta iz zakonskega besedila, temveč je rezultat njegove razlage. To je sicer usoda bolj ali manj vsakega instituta splošnega dela kazenskega zakonika: iz nekaj skopih stavkov, zapisanih v zakonu, mljni pravne teorije včasih napravijo prav osupljive tvorbe. Toda pri napeljevanju je odsotnost popolnega ujemanja med navedeno definicijo in zakonskim besedilom še toliko bolj na dlani, kajti Kazenski zakonik (KZ-1) definicije napeljevanja v pravem pomenu besede nima. V členu o napeljevanju sicer določa, da se tisti, »kdor drugega naklepoma napelje, da stori kaznivo dejanje, kaznuje, kakor da bi ga storil sam« (37/I KZ-1). S tem resda pove, kako se napeljevalec kaznuje, samo vsebino

napeljevanja pa opredeljuje krožno, v smislu »napeljevanje je podano, kadar nekdo drugega napelje«. Tako se napeljevanje kaže kot institut, ki ga pomembno soopredeljujeta teorija in sodna praksa.

Čas za raziskovanje napeljevanja se zdi primeren: novi kazenski zakonik je s spremembami posegel tudi na področje udeležbe; v zadnjih letih slovenska sodna praksa beleži nekaj zanimivejših zadev s tega področja, ne nazadnje pa so tudi iz novejšega primerjalnega prava znane polemike o posameznih vprašanih napeljevanja, katerih vsebina bi lahko vplivala na razumevanje napeljevanja tudi pri nas.

Če k institutu napeljevanja pristopimo analitično, dobimo naslednje sestavine: naklep napeljevalca – vplivanje na bodočega storilca – dejanje storilca. Seveda je posamezne sestavine mogoče členiti še naprej, tako, denimo, v okviru vplivanja na bodočega storilca raziskujemo načine vplivanja, povzročitev storilčeve odločitve (ali spremembo že obstoječe odločitve) itd. Takšni sistematiki bo sledil tudi ta prispevek, pri čemer bo zaradi smotrnejše razporeditve snovi vrstni red obravnave posameznih sestavin napeljevanja nekoliko drugačen (vplivanje na bodočega storilca – naklep napeljevalca – dejanje storilca). Cilj prispevka je ujeti primerno razmerje med izčrpnostjo in razumljivostjo, torej biti dovolj vztrajen pri razčlenjevanju problemov, a hkrati ne izgubiti bralcev zaradi spuščanja v pretirane podrobnosti.

\* Matjaž Ambrož, dr. pravnih znanosti, docent na Pravni fakulteti v Ljubljani, Poljanski nasip 2.

<sup>1</sup> Članek je nastal v okviru raziskovalnega projekta Skupinska in organizirana kriminaliteta kot izziv za slovensko in evropsko materialno kazensko pravo (Z5-2024), ki ga financira Agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije.

## 2 Vplivanje na bodočega storilca in povzročitev njegove odločitve

### 2.1 Načini vplivanja na storilca in stopnja konkretnosti, ki jo mora vplivanje doseči

Ker zakonsko besedilo ne opredeli n drobneje načina delovanja napeljevalca, v literaturi pogosto naletimo na sklep, da se napeljevanje lahko izvrši na kateri koli način, s katerim je mogoče izzvati odločitev bodočega storilca za izvršitev dejanja. Primeroma se navajajo prepričevanje, prošnja, dajanje nasvetov, grožnja, obljuba plačila ali darila, pa tudi različna konkludentna ravnanja (Bavcon v Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož, Filipič, 2009: 332; Bele, 2001: 221). Čeprav je res, da zakonodajalec glede načina napeljevanja ni postavil nobenih izrecnih omejitev, je treba sklepu, da je napeljevati mogoče kakor koli, postaviti določene omejitve.

Nesporno je, da je napeljevati mogoče tudi z žargonskim, metaforičnim ali siceršnjim konkludentnim izražanjem ali gestikuliranjem. Zelo ilustrativen primer napeljevanja s konkludentnim izražanjem je zadeva iz hrvaške sodne prakse (VSRH, I Kž-694/90, cit. po Novoselec, 2007: 347), v kateri je starejša ženska, kateri je hčerka rodila tretjega vnuka, svojemu soprogu naročila: »Stari, ovoga se treba riješiti, sam radiš, a troje imamo!«, nakar je njen soprog novorojenčka zadušil. Da imamo v danem primeru opraviti z napeljevanjem, je zunaj vsakega dvoma. Veliko bolj sporni pa so primeri, ko se na storilca vpliva zgolj z ustvarjanjem situacijske spodbude za izvršitev dejanja (denimo puščanje sredstva za izvršitev dejanja na vidnem mestu). Po enem od stališč v nemški doktrini naj bi tudi to zadoštovalo za napeljevanje, saj naj bi bilo bistvo napeljevanja, da se pri drugem povzroči odločitev za kaznivo dejanje, to pa je navsezadnje mogoče doseči tudi z ustvarjanjem ustreznih okoliščin in situacijskih spodbud (Bauman, Weber, Mitsch, 2003: 730).

To stališče pretirano širi meje napeljevanja. Ustreznější je restriktivni pristop, ki za napeljevanje zahteva psihični stik med ljudmi oziroma komunikacijo v ožjem pomenu.<sup>2</sup> Te omejitve zakonsko besedilo izrecno sicer ne omenja, zato se je treba do nje dokopati z razlago. Tako nekateri razloge za to, da napeljevati ni mogoče zgolj z ustvarjanjem situacijskih spodbud, vidijo v načelu omejenosti kazenskopravne represije (Stojanović, 2009: 224). To stališče je mogoče konkretizirati na podlagi nauka o objektivni pripisljivosti in ugotoviti, da ustvarjanje situacijskih spodbud praviloma ne predstavlja ne-

dovoljenega tveganja oziroma ne ustvarja protipravne nevarnosti za pravno zavarovane dobrine (Roxin, 2003: 153–154). Ljudje namreč vsakodnevno ustvarjamo situacije, ki potencialno spodbujajo k izvršitvi kaznivega dejanja, pri čemer se tega neredko zavedamo in v to možnost konec koncev tudi pristavimo. Če bi vsa ta ravnanja presojali po merilih napeljevanja, bi v skrajnem primeru morali vsako ustanovitev nove bančne izpostave obravnavati kot napeljevanje k njenemu ropu.<sup>3</sup>

Veliko prepričljivejše se torej zdi stališče, da ustvarjanje situacijskih spodbud za napeljevanje ne zadošča, temveč je potrebna neposredna človeška komunikacija.<sup>4</sup> S tem pa še ni povedano nič o tem, kako natančna navodila mora dati napeljevalec storilcu. Nesporno je, da za napeljevanje niso potrebni napotki o vseh podrobnostih izvršitve, prav tako pa je nesporno, da splošni, nekonkretizirani pozivi k izvrševanju določene vrste kaznivih dejanj (na primer tatvin) ne zadoščajo. Po mnenju nekaterih avtorjev zadošča, da napeljevalec poleg vrste kaznivega dejanja opredeli še »bistvene razsežnosti nepravda«, ki naj ga uresniči storilec (Roxin, 2003: 174). Tako, denimo, poziv »Izvrši rop!« za napeljevanje ne bi zadoščal, saj je rop lahko nasilen odvzem ženske torbice kot tudi oborožen rop banke. Dovolj konkretiziran pa bi bil denimo poziv »Oropaj banko!«, saj se v tem primeru vsaj v grobih obrisih lahko predvideva obseg nepravda, h kateremu napeljevalec poziva. Praksa nemškega zveznega sodišča pa je v tej zvezi postavila še strožje zahteve, ki jih je mogoče ilustrirati s pogosto citirano zadevo ropa hranilnice (BGHSt 43, 63).

Na obdolženca se je obrnil mlajši moški (A), ki je želel priti do lažnih dokumentov, s katerimi bi pobegnul v tujino. Obdolženec mu je pojasnil, da je strošek za lažne dokumente precej visok (pribl. 10.000 tedanjih nemških mark), poleg tega pa da ne more na pot povsem brez denarja. Predlagal mu je, naj proda avto ali pištolo, kar je A odklonil. Nato mu je obdolženec rekel: »Potem se boš moral pa lotiti kake banke ali črpalke.« A na to ni odgovoril nič, ko pa sta se z obdolžencem naslednjič dobila zaradi lažnih dokumentov, je s sabo prinesel denar za dokumente – pred tem je bil namreč oropal neko hranilnico. Nemško zvezno sodišče je obdolženca oprostilo obtožbe napeljevanja k ropu. Obrazložitev se je sicer gradila na ugotovitvi, da je bil *naklep* obdolženca premalo konkretiziran, vendar pa je vse navedene argumente mogoče prevesti v sklep, da so bili njegovi *napotki* premalo konkretni – gre namreč za dve plati (subjektivno in objektivno) iste medalje. Po

<sup>2</sup> V ožjem pomenu zato, ker bi bilo tudi ustvarjanje primerne situacije ali spodbud v nekem smislu mogoče šteti za komunikacijo. Prim. Jescheck, Weigend (1996: 686) – avtorja zahtevata *duhovno* vplivanje na storilca.

<sup>3</sup> Tu parafraziram Brechtovo znamenito misel: »Kaj je rop banke v primerjavi z njeno ustanovitvijo?« (Opera za tri groše).

<sup>4</sup> Opredelitev za »neposredno človeško komunikacijo« ne izključuje možnosti verižnega napeljevanja: četudi je v teh primerih vmes eden ali več posrednikov, je med posameznimi akterji komunikacija še vedno neposredna.

mnenju sodišča je treba izhajati iz tega, da napeljevalec načeloma odgovarja enako (tj. v enakih kaznovalnih okvirih) kot storilec, zato ne more zadoščati, da navede zgolj vrsto kaznivega dejanja in generične lastnosti objekta napada (banka, črpalka), temveč mora navesti več podrobnosti, ki konkretizirajo dejanje, h kateremu se napeljuje (denimo konkretni objekt napada, čas in kraj izvršitve in druge okoliščine izvršitve).

Po tukaj zagovarjanem stališču je treba temu pogledu nemškega Zveznega sodišča pritrčiti: če je teža storilstva in napeljevanja po zakonu izenačena (kaznovanje v enakih okvirih), potem morajo biti tudi »kriminalni vložki« primerljivi, to pa zahteva bolj konkretizirano vplivanje napeljevalca, kot je bilo dano v konkretni zadevi. Ob tem pa ni odveč opozoriti, da je najbrž nemogoče izpeljati splošno in abstraktno pravilo, katere okoliščine izvršitve mora napeljevalec v svojih napotkih konkretizirati. Lahko si, denimo, zamislimo napeljevalca, ki da storilcu zelo nadrobna navodila o tem, kako naj oropa banko, prepusti pa mu izbiro konkretne banke in čas izvršitve dejanja (v takem primeru seveda ne bomo imeli pomislekov, da je šlo za napeljevanje, čeprav objekt napada in čas izvršitve nista bila konkretizirana). Po drugi strani lahko nekdo zelo natančno opredeli kraj in čas dejanja, pa vendar ne bo šlo za napeljevanje, ker ne bo dovolj natančno opredelil dejanja, ki naj ga storilec izvrši. Tu sodišču torej ostaja razmeroma širok manevrski prostor za vrednotenje, ki ga ni mogoče ujeti v elegantno formulo o stopnji konkretnosti, ki jo morajo doseči napeljevalčeve spodbude. Kot temeljno vodilo pa je vendarle lahko uporabna ugotovitev, da se po volji zakonodajalca napeljevalec kaznuje v enakih kaznovalnih okvirih kot storilec, zato je treba za napeljevanje zahtevati razmeroma konkretizirane napotke, ki presegajo navedbo vrste kaznivega dejanja in generične opredelitve objekta napada.<sup>5</sup>

## 2.2 Povzročitev odločitve in sprememba že obstoječe odločitve

Med ravnanjem napeljevalca in odločitvijo storilca za dejanje mora obstajati vzročna zveza.<sup>6</sup> Za njeno presojo veljajo

splošna pravila presoje vzročnosti v kazenskem pravu, tako zadošča že, da je napeljevanje eden izmed (so)vzrokov za storilčevo odločitev. Napeljevanje ni izključeno, če se storilec že sam nagiba k temu, da bi izvršil dejanje, ali pa glede tega omahuje, kajti napeljevalec lahko še vedno (so)povzroči dokončno odločitev.

Celo če se nekdo sam ponuja, da bi izvršil kaznivo dejanje (na primer v zameno za denar), ga je še vedno mogoče napeljevati, kajti njegova dokončna odločitev za izvršitev dejanja je odvisna od ravnanja napeljevalca (Roxin, 2003: 150). Povedano je mogoče ponazoriti z zadevo iz novejši slovenske sodne prakse (K 5/2003 Trebnje, I Kp 1804/2005 Ljubljana in I Ips 261/2006). Drugoobtoženec je plačal moškemu, ki se je ukvarjal s prevrtavanjem avtomobilskih števecv in ponarejanjem servisnih knjižic, da je na nekem vozilu, namenjenem za preprodajo, navidezno znižal število prevoženih kilometrov in ponaredil servisno knjižico. Čeprav je »serviser števecv« svoje usluge sam ponujal, je naročilo njegove storitve še vedno napeljevanje.<sup>7</sup>

Ker mora vplivanje na storilca povzročiti njegovo odločitev za dejanje, ni mogoče napeljevati že odločenega storilca, takšnega, ki bi dejanje izvršil v vsakem primeru (t. i. *omnimo do facturus*). Lahko pa tisti, ki napeljuje že odločenega, odgovarja za neuspelo napeljevanje oziroma za psihično pomoč. Pri blažjih kaznivih dejanjih, za katera ni mogoče izreči kazni treh let zopora, pride v poštev samo psihična pomoč, ker neuspelo napeljevanje ni kaznivo. Sicer pa so se izoblikovala različna stališča glede tega, kdaj napeljevanje že odločenega presojski kot neuspelo napeljevanje in kdaj kot psihično pomoč. Pri tem gre bolj za vprašanje etikete kot vsebine, saj je v obeh primerih kaznovalni okvir enak (fakultativna omilitev kazni, ki je predpisana za storilca).

Od povzročitve odločitve za dejanje je treba razlikovati *spremembo že obstoječe odločitve*. Tu je v osnovi mogoče razlikovati tri skupine situacij.

Prva možnost je, da se odločitev storilca spremeni tako, da namesto hujše izvrši blažjo obliko kaznivega dejanja (oseba A

<sup>5</sup> Ob obravnavi omejitev načina delovanja napeljevalca je treba kratko omeniti še, da je *napeljevanje z opustitvijo* pravno nemogoče. Zamisliti si je sicer mogoče situacije, ko nekdo spremlja razvoj storilčeve odločitve za dejanje in ob tem ne naredi nič, da bi jo preprečil, vendar pa tovrstna pasivnost ne ustreza razumevanju napeljevanja kot *povzročitve* odločitve za dejanje. Kadar ima tisti, ki storilcu ne prepreči dejanja, garantno dolžnost preprečevati njegova protipravna ravnanja, lahko odgovarja za dejanje kot storilec po merilih nepravilnih opustitev.

<sup>6</sup> Ko govorimo o tem, da mora med ravnanjem napeljevalca (njegovim vplivanjem) in storilčevo odločitvijo za dejanje obstajati »vzročna zveza«, je treba opozoriti na tehtno pripombo, ki jo je v tej zvezi oblikovala Puppejeva. Uporaba izraza vzročna zveza se ji

v tej zvezi zdi problematična, saj je storilec v svojih odločitvah navezadnje svoboden, tako da tuje prigovarjanje načeloma ne more determinirati njegovih odločitev. Tisto, kar označujemo z izrazom »vzročna zveza«, je po njenem mnenju zgolj precej difuzna povezanost motivacij, ki jo izpeljujemo iz tega, da je storilec izvršil prav tisto dejanje, ki mu ga je predlagal napeljevalec (Puppe, 2005: 147–148).

<sup>7</sup> V navedeni zadevi je šlo za napeljevanje k pomoči pri goljufiji, kar je sodišče pravilno opredelilo kot pomoč. Napeljevanje k ponarejanju listin ni bilo predmet obtožbe.

prepriča osebo B, naj namesto vlomne izvrši raje navadno tatvino) ali pa v okviru istega kaznivega dejanja uresniči manjšo kriminalno količino (oseba A prepriča osebo B, naj namesto 200 evrov ukrade le 100). Ker storilčeva odločitev za »več« v okviru istovrstnega kaznivega dejanja obsega tudi odločitev za »manj« (naklep za vlomno tatvino vsebuje tudi naklep za tatvino), v takšnem primeru nimamo opraviti z napeljevanjem. Sporno pa je, ali naj tisti, ki je storilca pripravil do tega, da je izvršil blažje istovrstno kaznivo dejanje, odgovarja kot psihični pomagač,<sup>8</sup> saj je v nekem smislu utrdil odločitev za (sicer blažje) kaznivo dejanje. Po tukaj zagovarjanem stališču gre v takih primerih praviloma za nekaznivo ravnanje.<sup>9</sup> Nepravilno in kriminalitetnopolitično neoportuno bi bilo kaznovati nekoga, ki si prizadeva za »zmanjšanje neprava« (medtem ko bi bila v isti situaciji njegova popolna pasivnost praviloma nekazniva). Povedano je mogoče prevesti tudi v jezik pravne dogmatike: če neko ravnanje zmanjšuje tveganje za pravno zavarovano dobrino, potem pripisljivost posledice takšnemu ravnanju ni mogoča (Roxin, 2003: 151).

Drugi sklop predstavljajo manj sporne situacije, ko napeljevalec pregovori storilca, da namesto načrtovanega izvrši neko drugo, neistovrstno kaznivo dejanje (na primer poškodovanje tuje stvari namesto prvotno načrtovane razžalitve). Tu seveda gre za napeljevanje, saj sprememba storilčevega načrta hkrati pomeni povzročitev odločitve za dejanje, ki ga storilčeva prvotna odločitev ni obsegala.

Tretji sklop je nemara najbolj težaven. Tu gre za situacije, ko napeljevalec pri storilcu doseže, da namesto temeljne oblike kaznivega dejanja izvrši njegovo kvalificirano obliko ali pa hujše istovrstno kaznivo dejanje. Ali naj napeljevalec, ki za tatvino odločenega storilca prepriča, da namesto tatvine izvrši rop, odgovarja za napeljevanje k ropu v celoti ali pa zgolj za napeljevanje k »dodatku«, tj. kaznivemu dejanju prisiljenja? Predstavljena dilema je šolski primer, ki je eleganten zato, ker ga je mogoče razstaviti na dve kaznivi dejanji in na ta način iz napeljevalčeve odgovornosti izločiti tatvino, za katero je bil storilec že odločen. Toda v številnih drugih primerih razstavljanje kaznivih dejanj na manjše samostojne enote ni možno, denimo, da storilca, ki je že odločen, da bo izvršil serijo ropov, nekdo prepriča, da je bolj varno, da k izvršitvi pritegne še eno osebo. Naj ta odgovarja za napeljevanje h kvalificirani obliki ropa ali zgolj za psihično pomoč pri njem?

V literaturi je precej razširjeno mnenje, da je treba take primere presojeti kot napeljevanje k hujšemu kaznivemu dejanju, čeprav je bil storilec za blažjo obliko že odločen (sintetični pristop) (Roxin, 2003: 162).<sup>10</sup> Poleg tega, da razstavljanje na posamezna kazniva dejanja pogosto ni možno, se kot argument za sintetični pristop navaja, da z »dodatkom«, za katerega poskrbi napeljevalec, storilčeva odločitev pogosto dobi kvalitativno nove dimenzije (tako je, denimo, rop več kot zgolj vsota tatvine in prisiljenja, kar je razvidno tudi iz zagroženih kazni). Navedeno sicer drži, vendar pa ne spremeni dejstva, da sintetični pristop odgovornost za napeljevanje širi tudi na del neprava, za katerega je bil storilec že odločen, glede katerega je bil – če uporabimo priljubljeno označbo – *omnimodo facturus*. Če so orodja kazenskega prava preokorna, da bi lahko v takih primerih dala »čisto« rešitev, je pristop, ki izbere pavšalno, za napeljevalca manj ugodno možnost, vprašljiv. Tega se zavedajo tudi zagovorniki sintetične rešitve in predlagajo, naj se navedeno upošteva pri odmeri kazni (Roxin, 2003: 163), kar pa ne reši problema v celoti: naklonjenost pri odmeri kazni, po tem ko si obsojen za več, kot si povzročil, je slaba tolažba.

Zato je prepričljivejši t. i. analitični pristop (Schönke, Schröder, Cramer, 2001: 511; Jescheck, Weigend, 1996: 689), ki ne pristaja na pavšalni pripis odgovornosti napeljevalcu, temveč si prizadeva za razlikovanje med nepravom, za katero je bil storilec že odločen, in »dodatkom«, do katerega je prišlo zaradi delovanja napeljevalca. Res je, da je v številnih primerih »dodatek« ne predstavlja samostojnega kaznivega dejanja in je zato razdvajanje nemogoče. Vendarle pa lahko v teh primerih tisti, ki je dosegel, da je že odločeni storilec izvršil več od prvotno načrtovanega, odgovarja kot psihični pomagač (tako bi v navedenem primeru tisti, ki bi storilca, odločenega za serijo ropov, prepričal, naj jih izvrši raje v dvoje, odgovarjal za psihično pomoč pri kvalificirani obliki ropa po drugem odstavku 206. člena KZ-1) (prim. Wessels, Beulke, 2009: 208). To sicer ni idealna rešitev, je pa še vedno boljša kakor zaokroževanje v škodo obdolženca (napeljevalca), na katero pristane sintetični pristop.

### 3 Naklep napeljevalca

Da bi bilo napeljevanje kaznivo, mora biti izvršeno naklepno. Glede na to, da zakonsko besedilo ne opredeljuje n drobneje oblike naklepa napeljevalca, je na mestu sklep, da zadošča že eventualni naklep. Tako bo šlo za napeljevanje, denimo, v pri-

<sup>8</sup> Za stališče, da gre v takšnih primerih praviloma za psihično pomoč, glej Jescheck, Weigend (1996: 689).

<sup>9</sup> Izjemoma bi lahko šlo za psihično pomoč, kadar motivacija tistega, ki storilca prepriča v »manj«, ne bi bila usmerjena v zmanjševanje neprava, temveč v povečevanje storilčevih možnosti za uspeh.

<sup>10</sup> Zdi se, da se k sintetičnemu pristopu v slovenski teoriji nagiba Bele (2001: 223), ko pravi: »Uspelega napeljevanja tudi ni mogoče izključevati v tistih primerih, ko je bil storilec napeljan k storitvi kaznivega dejanja v hujši obliki, kot se je bil že prej zanj samostojno odločil.«

meru, ko napeljevalec bodočemu storilcu le napol resno predlaga izvršitev nekega kaznivega dejanja, pri čemer jemlje v račun tudi možnost, da ga bo storilec vzel zares in dejanje izvršil.

Naklep napeljevalca mora zaobseči tako napeljevanje samo kot tudi dejanje glavnega storilca (t. i. dvojni naklep napeljevalca). Napeljevalec mora torej vedeti, da storilca napeljuje, in to hoteti ali na to vsaj pristati, prav tako pa sta potrebni vsaj eventualnemu naklepu ustrezajoči zavest in volja glede samega dejanja glavnega storilca. Glede na to, da napeljevalec prepušča izvršitev dejanja nekomu drugemu, za njegov naklep ni mogoče zahtevati predvidevanje vseh podrobnosti izvršitve (na primer časa, kraja, oškodovanca), saj so te pogosto odvisne od poznejšega razvoja dogodkov. Vendarle pa mora biti napeljevalčev naklep konkretiziran glede storilca in glede dejanja. Napeljevanje je lahko usmerjeno tudi v krog potencialnih storilcev, a le dokler je mogoče vsakega od njih individualizirati (Jescheck, Weigend, 1996: 688). Če posameznik vpliva na krog oseb, ki jih ni več mogoče individualizirati, napeljevanja ni, lahko pa gre izjemoma za kakšno samostojno kaznivo dejanje (na primer hujskanje k upiranju iz 302. člena KZ-1).

Kar pa se tiče konkretizacije dejanja, mora napeljevalčev naklep poleg vrste kaznivega dejanja zaobseči tudi okoliščine, ki konkretizirajo »bistvene lastnosti in značilnosti« dejanja (Jescheck, Weigend, 1996: 688). Pravkar povedano je seveda zelo ohlapno – gre za problem, analogen že obravnavanemu vprašanju, kako konkretizirano mora biti vplivanje napeljevalca na storilca (glej 2.1). Glede na to, da gre za dve plati (zunanjo in notranjo) istega vprašanja, je tudi pri naklepu napeljevalca mogoče reči, da zanj ne zadošča opredelitev vrste kaznivega dejanja in generična opredelitev objekta napada, temveč so potrebne še dodatne okoliščine, ki dejanje konkretizirajo. Teh dodatnih okoliščin vnaprej ni mogoče zajeti s splošno in abstraktno formulo, zato je na tem področju prostor vrednotenja, ki ga ima na voljo sodišče, razmeroma velik.

Vprašanje naklepa, ki je potreben za napeljevanje, je povezano tudi z vprašanjem kaznivosti t. i. agenta provokatorja (policijskega sodelavca, ki se vključi v kriminalno okolje, spodbuja k izvršitvi kaznivih dejanj, da bi bilo storilce mogoče flagrantno prijeti). Delovanje tovrstnih »špicljev« je v pravni državi načeloma sporno, pa vendar se v nekaterih primerih opravičuje s kriminalitetopolitičnimi potrebami, saj naj bi ti policijski sodelavci bistveno olajševali odkrivanje in pregon nekaterih vrst kriminalitete (promet s prepovedanimi drogami, trgovina z orožjem, korupcijski delikti). Pravna teorija, soočena z nalogo ta argument kriminalitetne politike prevesti v argument pravne dogmatike, se je oprla na stališče, da mora biti napeljevalčev naklep usmerjen v *dokončanje kaznivega dejanja*. Od tod sklep, da »agent provokator«, ki spodbuja izvršitev kaznivega dejanja, vendar pa računa s tem, da bo v fazi

poskusa storilec prijet in mu bo dokončanje preprečeno, ne odgovarja za napeljevanje.

Nekateri avtorji pri tem naredijo še korak dlje in zahtevajo, da mora biti napeljevalčev naklep usmerjen ne zgolj v dokončanje dejanja, temveč v *poškodbo pravne dobrine* (Roxin, 2003: 179). Ta pogled dopušča nekaznivost »agenta provokatorja« tudi v primerih, ko sicer pride do formalnega dokončanja kaznivega dejanja, pri čemer pa se poskrbi za to, da ne pride do poškodbe zavarovane pravne dobrine (na primer policija dopusti predajo prepovedanih drog, ki pa so kasneje zasežene in ne pridejo v obtok). Ta rešitev je prepričljiva; izpeljati jo je mogoče iz danes prevladujočega stališča, ki razlog za kaznivost napeljevanja vidi v varstvu pravnih dobrin (prim. Wessels, Beulke 2009: 209). Zato mora ostati nekazniv »napeljevalec«, ki deluje s ciljem preprečiti poškodbe pravnih dobrin (s tega vidika ni razlike, ali je dejanje preprečeno že v fazi poskusa ali pa je formalno dokončano, vendar pa je preprečen poseg v zavarovano pravno dobrino). Materialnopravna ugotovitev, da je ravnanje »agenta provokatorja« pod določenimi pogoji lahko nekaznivo, pa seveda ne daje odgovora na ustavno in procesnopravno sporno vprašanje, v kolikšni meri je v pravni državi sprejemljiva takšna »proaktivna« metoda delovanja organov pregona.

## 4 Dejanje storilca

### 4.1 Dejanje storilca in njegova krivda

Predmet napeljevanja, tisto, k čemur se napeljuje, je določeno ravnanje storilca. To ravnanje mora izpolnjevati bit inkriminacije in biti protipravno, ni pa nujno, da je krivdno.<sup>11</sup> Dejanje storilca mora biti vsaj poskušeno; če ostane pri poskusu, se možnost omilitve kazni prenese tudi na napeljevalca (39. člen KZ-1).

Posebno vprašanje je, ali mora biti dejanje glavnega storilca naklepno ali pa je storilec lahko napeljan tudi na izvršitev

<sup>11</sup> KZ-1 sicer govori o tem, da se storilec napelje h »kaznivemu dejanju« (37/I KZ-1), to bi pomenilo – če bi izraz kaznivo dejanje razumeli v objektivno-subjektivnem pomenu, kot ga večinsko razumemo danes –, da mora biti storilec tudi kriv. Vendar pa tu zakon izraz »kaznivo dejanje« uporablja zgolj kot označevalec za ravnanje, ki izpolnjuje bit inkriminacije in je protipravno, ne pa nujno tudi krivdno. To izhaja iz določbe o omejeni akcesornosti udeležbe, po kateri odsotnost krivde glavnega storilca ni ovira za odgovornost napeljevalca (tretji odstavek 40. člena KZ-1). *De lege ferenda* bi bilo zakonsko besedilo priporočljivo terminološko uskladiti, tako da bi namesto o napeljevanju h kaznivemu dejanju govorilo o napeljevanju k protipravnemu dejanju, s čimer bi omejena akcesornost napeljevanja prišla jasneje do izraza.

malomarnega dejanja. Pri institutu pomoči te dileme ni, saj zakon po novem izrecno zahteva naklepno pomoč pri *naklepnem* dejanju (prvi odstavek 38. člena KZ-1), pri napeljevanju pa krivdne oblike glavnega storilca zakonsko besedilo ne omenja, iz česar bi bilo mogoče *a contrario* sklepati, da je napeljevanje kaznivo, tudi kadar glavni storilec ravna malomarno.

To vprašanje pri nas v komentarju splošnega dela KZ obravnava Bele (2001: 221), pri čemer načeloma meni, da je za napeljevanja potreben tudi ustrezen naklep glavnega storilca: »[...] dejanje napeljevalca se kaže v vplivanju na storilca, da se odloči za storitev kaznivega dejanja. Ker odločitev obstoji samo pri naklepnih kaznivih dejanjih, se ta oblika udeležbe v ožjem pomenu lahko izraža le kot naklepno vplivanje napeljevalca na storilca za storitev *naklepnega* kaznivega dejanja.«<sup>12</sup> Vendar pa čez nekaj strani nadaljuje: »Po drugi strani pa je seveda tudi mogoče naklepno vplivati na drugega tako, da ta iz malomarnosti stori kaznivo dejanje.« (Bele, 2001: 224.)<sup>13</sup>

Gre za naslednjo dilemo: ali s tem, ko pravimo, da mora napeljevalčevo vplivanje povzročiti storilčevo odločitev za dejanje, impliciramo naklep storilca, ali pa zadošča že storilčevo *odločitev za določeno ravnanje* (prim. Triffterer, 1983: 75). Danes prevladuje zadnje stališče, kar pomeni, da je napeljevati *smiselno možno* tudi k dejanju, ki ga storilec izvrši iz malomarnosti<sup>14</sup> (primer: oseba A vpliva na uradno osebo B, da izda neke tajne podatke v zmotnem prepričanju, da nimajo več statusa tajnosti). Različni pristopi pa obstajajo glede vprašanja, *ali naj bo takšno napeljevanje kaznivo*. Nemški kazenski zakonik je primer zakona, ki za kaznivost napeljevanja poleg napeljevalčevega naklepa izrecno zahteva tudi naklepno dejanje glavnega storilca, obstajajo pa po drugi strani pravni sistemi, kjer je mogoče odgovarjati tudi za napeljevanje k dejanju, ki ga storilec izvrši iz malomarnosti.<sup>15</sup> Pristop, ki za kaznivost napeljevanja zahteva naklepno dejanje glavnega storilca, sicer potencialno pušča odprta določena (razmeroma ozka) nekazniva polja,<sup>16</sup> vendar pa je to po tukaj zagovarjanem stališču spre-

jemljiva cena za jasne in določne meje kaznivosti napeljevanja (podrobneje Ambrož, 2010: 52–54). Zato bi bilo *de lege ferenda* tudi pri nas priporočljivo za kaznivost napeljevanja izrecno zahtevati naklepno dejanje glavnega storilca in s tem odpraviti manevrski prostor za različne razlage tega vprašanja.

## 4.2 Eksces storilca

V idealnem primeru storilec izvrši natanko tisto, kar mu je naročil napeljevalec. Toda v življenjski stvarnosti so možna odstopanja: storilec izvrši manj, več ali pa nekaj drugega od tistega, k čemur je bil napeljevan. Zgoraj so že bile obravnavane situacije, ko napeljevalec spremeni obstoječo odločitev storilca, tu pa gre za obraten položaj, ko storilec na lastno iniciativo spremeni scenarij, h kateremu je bil napeljan.

Če storilec izvrši manj od tistega, k čemur je bil napeljevan, napeljevalec zaradi načela akcesornosti odgovarja le za napeljevanje k dejanju, ki je bilo v resnici izvršeno. Tako napeljevalec, ki je napeljeval k veliki tatvini, storilec pa je nato izvršil navadno tatvino, odgovarja le za napeljevanje k navadni tatvini. Res je, da je v teh primerih podano hkrati neuspelo napeljevanje k hujšemu kaznivemu dejanju (v navedenem primeru k veliki tatvini), vendar bo to neuspelo napeljevanje »k več« praviloma zgolj v navideznem idealnem steku z uspelim napeljevanjem »k manj«.

O ekscesu govorimo, kadar storilec izvrši več od tistega, k čemur je bil napeljevan (kvantitativni eksces), ali pa izvrši neko drugo kaznivo dejanje (kvalitativni eksces).<sup>17</sup> Tu velja pravilo, da napeljevalec odgovarja v mejah svojega naklepa (prvi odstavek 40. člena KZ-1). Če napeljevalec napeljuje k tatvini, pa storilec namesto nje izvrši rop, napeljevalec odgovarja le za (uspelo) napeljevanje k tatvini (kvantitativni eksces). Če pa storilec namesto tatvine, h kateri je bil napeljevan, izvrši lahko telesno poškodbo, napeljevalec odgovarja le za neuspelo napeljevanje k tatvini (kvalitativni eksces). O kvantitativnem ekscesu govorimo tudi takrat, kadar glavni storilec sicer ostane v mejah dogovorjenega kaznivega dejanja, vendar

<sup>13</sup> Za take primere avtor priznava le konstrukcijo posrednega storilstva, ne pa tudi napeljevanja.

<sup>14</sup> Tako že Zlatarič (1951: 129). Zlatarič je na podlagi te ugotovitve izpeljeval sklep, da je v sistemu omejene akcesornosti udeležbe institut posrednega storilstva nepotreben. Ta sklep pa je bil vendarle pretiran, saj tudi v sistemih omejene akcesornosti udeležbe vseh položajev, ko je nekdo zlorabljen kot sredstvo izvršitve kaznivega dejanja, ni mogoče rešiti na podlagi splošnih pravil o udeležbi.

<sup>15</sup> Glej, denimo, za hrvaško kazensko pravo argumentacijo v Novo-selec (2007: 328–329).

<sup>16</sup> V večini primerov je kaznivost tistega, ki je vplival na storilca, da je iz malomarnosti izvršil dejanje, mogoče vzpostaviti s pravno figuro posrednega storilca. Včasih pa to ne gre: v navedenem primeru osebe A, ki vpliva na uradno osebo B, da izda neke tajne

podatke v zmotnem prepričanju, da nimajo več statusa tajnosti, oseba A ne more biti posredni storilec kaznivega dejanja izdaje uradne tajnosti, ker nima statusa uradne osebe (kdor nima lastnosti, ki jih zakon zahteva za storilca, tudi posredni storilec ne more biti).

<sup>17</sup> Opozoriti velja, da nekateri avtorji kot eksces obravnavajo vse primere, ko se storilec »oddalji od linije, ki mu jo je začrtal napeljevalec« (Roxin, 2003: 164). Torej kot eksces obravnavajo tudi primere, ko storilec izvrši manj od tistega, k čemur je bil napeljevan. Pri tem pristopu je potrebne nekaj dobre volje, da ga uskladimo z običajnim razumevanjem izraza eksces kot *preseganja* normalnega oziroma dogovorjenega. V opisanem širšem pomenu je torej eksces kratko malo vse, kar odstopa od dogovorjenega.

znotraj teh meja uresniči večje nepravo, denimo, da namesto tisoč evrov ukrade desetkrat višji znesek. V tem primeru napeljevalec in storilec sicer odgovarjata za isto kaznivo dejanje, vendar pa pravilo, da vsakdo od njiju odgovarja v mejah svojega naklepa, pride do izraza pri odmeri kazni.

Nebistveni odkloni od napeljevalčevih navodil, pri čemer storilec ostane v mejah dogovorjenega kaznivega dejanja, na odgovornost napeljevalca nimajo vpliva. Tako denimo mati, ki je napeljevala sina, da skupaj vzameta življenje očimu – hišnemu tiranu, odgovarja kot napeljevalka k uboju, četudi je sin samoiniciativno dejanje izvršil sam.<sup>18</sup>

Vse doslej obravnavane možnosti so bili primeri storilčevega *naklepne*ga odstopanja od napeljevalčevih napotkov, ki so razmeroma neproblematični. Bistveno več težav pa povzroča storilčev *nenaklepni* odmik od poti, ki jo je začrtal napeljevalec. Kot vodilni primer za to situacijo se praviloma obravnava storilčeva zmeta v objektu oziroma osebi. V tej zvezi je ilustrativna zadeva »Dedič kmetije«, o kateri je nemško zvezno sodišče odločilo leta 1990 (BGHSt 37, 214).

Obdolženec, ostareli kmet, je svoje kmečko gospodarstvo že prepustil sinu, vendar pa je bil z njim v nenehnih sporih zaradi sinovega alkoholizma in nagnjenosti k nasilju. Obdolženec se je v strahu, da bo sin s svojim početjem uničil družino in kmetijo, odločil, da poišče nekoga, ki bo sina ubil. Našel je storilca, ki je bil dejanje pripravljen izvršiti za denar. Dejanje naj bi izvršil v konjskem hlevu, skozi katerega se je sin običajno vračal domov. Storilec je dobil sinovo sliko, podučen je bil o njegovem videzu in navadah, ob neki priložnosti pa ga je tudi osebno videl. Kritičnega dne mu je proti večeru, ko je bilo že temno, v hlevu postavil zasedo in nato iz majhne razdalje streljal – ne na sina, temveč na soseda, in ga ubil. Sosed, ki je po naključju prišel v hlev, je po postavi spominjal na sina, zato ju je storilec v mraku zamenjal.

V opisani zadevi je nesporno, da storilec odgovarja za umor in da njegova zmeta o identiteti žrtve nima pravnih učinkov. Veliko bolj sporno pa je vprašanje, kako naj odgovarja napeljevalec. Sklepati je mogoče, da zmeta o osebi, ki na odgovornost storilca ne vpliva, prav tako ne more vplivati na odgovornost napeljevalca: ta odgovarja za uspelo napeljevanje k umoru, pri čemer okoliščina, da je bila umorjena napačna žrtev, ničesar ne spremeni (takšno rešitev je sprejelo tudi nemško zvezno sodišče v navedeni zadevi).

Temu sklepu nekateri avtorji ugovarjajo. Po njihovem mnenju gre v dani zadevi pri storilcu za zmeta v osebi, pri

napeljevalcu pa za zgrešeni udar (Roxin, 2003: 169–171; Jescheck, Weigend, 1996: 690; kompromisna rešitev Baumann, Weber, Mitsch, 2003: 735).<sup>19</sup> Napeljevalec naj bi namreč storilca uporabil kot »puščico«, ki je zgrešila, in je namesto sina zadela soseda. To pa pomeni, da je treba za presojo napeljevalčeve odgovornosti uporabiti pravila o zgrešenem udaru: tako naj bi stari kmet odgovarjal za neuspelo napeljevanje k umoru (sina), potencialno v steku s povzročitvijo smrti iz malomarnosti (soseda). Vendar pa ta rešitev ne prepriča: ni namreč videti dobrega razloga, zakaj bi storilca, ki je človek in ima oblast nad svojimi ravnarji, umetno miselno pretvarjali v »zablodelo puščico«, torej mehansko sredstvo izvršitve.<sup>20</sup> Zato se zdi prepričljivejše stališče, da je šlo v danem primeru za uspelo napeljevanje k umoru in da storilčeva zmeta o osebi tudi na napeljevalčevo odgovornost nima vpliva.

Znan pomislek proti tukaj zagovarjanemu stališču je tale: Kaj pa če bi storilec, potem ko bi sprevidel svojo zmeta, počakal še sina in ga ubil?<sup>21</sup> Storilec bi v tem primeru odgovarjal za dva umora, ali naj potemtakem tudi napeljevalec odgovarja za dve napeljevanji k umoru? Na to vprašanje je treba odgovoriti negativno: napeljevalec je napeljeval samo k enemu umoru, zato je treba drugi umor obravnavati kot kvantitativni eksces storilca. Res je, da v tem primeru pridemo do nenavadne situacije, ko uresničitev tistega, kar si je napeljevalec v resnici želel (umor sina), obravnavamo kot storilčev eksces, vendar pa je to nujna posledica okoliščine, da je bila v naklepu napeljevalca ena sama smrt, ta naklep pa je bil s prvim storilčevim dejanjem izčrpan.<sup>22</sup>

## 5 Namesto sklepa: temeljna vprašanja kriminalitetne politike, vezana na napeljevanje

Obravnavana pravna vprašanja napeljevanja je težko strogo ločiti od kriminalitetnopolitičnih premislekov. Zlasti v novejšem času se poudarja tesna povezanost pravne dogmatike

<sup>19</sup> O rešitvi tovrstnega pravnega problema se sicer v literaturi razpravlja že več kot stoletje. Tako se je, denimo, pri nas tudi Zlatarič (1951: 131) nagibal k rešitvi, da je ravnanje napeljevalca treba presojati po merilih zgrešenega udara.

<sup>20</sup> Rešitev, ki temelji na ideji storilca kot »sredstva« izvršitve, je sprejemljiva pri posrednem storilstvu, njena širitev na napeljevanje, pa se ne zdi prepričljiva.

<sup>21</sup> Pomislek izvira še od Bindinga, danes pa ga povzemajo Jescheck, Weigend, 1996: 690; Roxin, 2003: 168 in drugi.

<sup>22</sup> Prim. Puppe (2005: 176). Avtorica priznava, da se pri tovrstnem kvantitativnem ekscesu storilca ni mogoče povsem izogniti arbitrarnosti pri presoji, katero izmed dejanj storilca je treba šteti za uresničitev naklepa napeljevalca, katera pa za storilčev eksces. Ob tem avtorica opozarja, da tega problema ne more prepričljivo rešiti niti rešitev, ki ravnanje napeljevalca presoja po merilih zgrešenega udara.

<sup>18</sup> Zadeva je iz starejše nemške sodne prakse, navedena je po Jescheck, Weigend (1996: 690).

in kriminalitetne politike, z apelom, da dogmatika ne sme biti vrednostno brezbarvna, temveč naj bo utemeljena teleološko, tj. v skladu s cilji kriminalitetne politike. Če je nekoč Franz von Listz v kazenskem pravu videl neprekoračljivo obzidje za kriminalitetno politiko, se danes poudarja nujnost »sozvočja« med kazenskopravno dogmatiko in cilji kriminalitetne politike (vrednostno-teleološko utemeljeni sistem kazenskega prava) (Roxin, 2006: 205–211, 227–230; v slovenski literaturi prim. Ambrož, 2007: 22–25).

Kot je bilo pokazano, o vrsti vprašanj napeljevanja v končni fazi odloča kriminalitetnopolitično tehtanje. Tako, denimo, zavrnitev možnosti, da bi napeljevanje temeljilo zgolj na ustvarjanju situacijskih spodbud za izvršitev kaznivega dejanja, nekateri avtorji utemeljujejo z načelom omejenosti represije. Konkretnost, ki jo morajo doseči napeljevalčevi napotki, pa je nemško zvezno sodišče izpeljalo iz kaznovalnih okvirov napeljevanja, ki so (tako kot pri nas) izenačeni s storilskimi. Nekaznivost napeljevanja h kaznivemu dejanju, ki je istovrstno, vendar blažje od tistega, za katero je bil storilec že odločen, se utemeljuje s kriminalitetnopolitično neoportunistjo kaznovanja nekoga, ki si prizadeva za »zmanjšanje neprava«. In končno: celotno novejšo razpravo o napeljevanju pomembno zaznamuje kriminalitetnopolitično načelo o kazenskem pravu kot sredstvu za varstvo pravnih dobrin.

Poleg vprašanj napeljevanja, pri katerih se prepletajo dogmatični in kriminalitetnopolitični premisleki, pa obstaja segment napeljevanja, pri katerem gre skoraj izključno za kriminalitetnopolitično vrednotenje. To so vprašanja o kaznivosti napeljevanja, zlasti vprašanje o upravičenosti kaznivosti neuspelega napeljevanja in vprašanje primernosti izenačevanja napeljevalskih kaznovalnih okvirov s storilskimi. Navedeni vprašanja obravnavam v sklepnem delu prispevka, z namenom zaokrožiti predstavljeno materijo.

### 5.1 Kaznivost neuspelega napeljevanja – res kriminalitetnopolitična nujnost?

Za neuspelo napeljevanje gre, kadar dejanje, h kateremu je bilo napeljevano, ni bilo niti poskušeno. Razlogi za to, da do poskusa ni prišlo, so lahko različni: napeljevana oseba se ni pustila prepričati; napeljevana oseba se je sprva pustila prepričati, vendar se je kasneje načrtno odpovedala; napeljevana oseba se je pustila prepričati, vendar je potem izvršila neko povsem drugo kaznivo dejanje, itd. Za neuspelo napeljevanje gre tudi v primeru, ko napeljevana oseba dejanje sicer izvrši (ali poskusi izvršiti), vendar pa je bila zanj že prej odločena. V nemški teoriji se sicer poskušajo za naštetje položaje poiskati različna poimenovanja (ponesrečeno napeljevanje, brezuspešno napeljevanje, neučinkovito napeljevanje in neprimerno napeljevanje), vendar za te pojmovne razločke ni videti nujne

potrebe, saj med posameznimi oblikami neuspelega napeljevanja praviloma ni razlik v pravnih učinkih.

Na neuspelo napeljevanje je mogoče gledati tudi kot na poskus napeljevanja. To je pristop, ki ga uberejo številni kazenski zakoniki (nemški, švicarski, hrvaški). Logična posledica takšnega pristopa je, da je neuspelo napeljevanje kaznivo, kadar se nanaša na kaznivo dejanje, katerega poskus je kazniv (kaznivost poskusa kaznivega dejanja in neuspelega napeljevanja k temu kaznivemu dejanju po tem pristopu sovpadata). Slovenski kazenski zakonik ne uporablja pojma poskus napeljevanja, vendar pa načeloma sledi zamisli, da naj bo neuspelo napeljevanje kaznivo pri tistih kaznivih dejanjih, pri katerih je kazniv poskus. Kaznivost neuspelega napeljevanja se namreč veže na kazniva dejanja, za katera je mogoče izreči tri leta zapora ali hujšo kazen (drugi odstavek 37. člena KZ-1).<sup>23</sup> Vendarle pa obstaja določeno področje, v katerem se kaznivost poskusa in neuspelega napeljevanja ne prekrivata. Sem sodijo kazniva dejanja, pri katerih ni mogoče izreči treh let zapora, vendar pa zakon v posebnem delu predpisuje, da je njihov poskus kazniv (tako bo, denimo, poskus odvzema motornega vozila po 210. členu KZ-1 kazniv, neuspelo napeljevanje k temu kaznivemu dejanju pa ne). Na splošno je torej mogoče reči, da je kaznivost neuspelega napeljevanja pri nas opredeljena nekoliko ožje od kaznivosti poskusa.

Kaznivost neuspelega napeljevanja pomeni odstop od načela akcesornosti udeležbe, saj se udeleženec kaznuje, čeprav storilec ni vstopil v stadij kaznivosti. Nekateri avtorji sicer govori o hipotetični akcesornosti, saj je kaznivost neuspelega napeljevanja vendarle odvisna od tega, ali je pri kaznivem dejanju, h kateremu se napeljuje, zagrožena dovolj visoka kazen.<sup>24</sup> Hipotetična akcesornost pa je v nekem smislu zgolj drugo ime za to, da prave akcesornosti ni. Vseeno pa koncept ni povsem brez pomena, saj pokaže, da neuspelo napeljevanje ni neke vrste posebni delikt (*delictum sui generis*), kot se ga je včasih skušalo pojasniti,<sup>25</sup> temveč še vedno nekaj, kar je vezano na (hipotetično) dejanje glavnega storilca, od katerega prevzema tudi kaznovalni okvir (Novoselec, 2007: 349; Jescheck/Weigend, 1996: 701).

Ključno kriminalitetnopolitično vprašanje je, ali ne gre kazensko pravo predaleč, ko širi območje kaznivosti tudi na neuspelo napeljevanje (oziroma poskus napeljevanja).

<sup>23</sup> Neuspelo napeljevanje je torej kaznivo tudi v primeru kaznivih dejanj, pri katerih je zagrožena kazen do treh let zapora, saj je tudi v teh primerih mogoče izreči kazen tri leta zapora (tako pravilno Vrhovno sodišče RS v sodbi I Ips 303/2004).

<sup>24</sup> Jescheck/Weigend 1996: 701.

<sup>25</sup> Za pregled teh stališč glej Sever (1955, 208–209).



Vprašanje ni novo. Neuspelo napeljevanje ima precej skupnega s pripravljalnimi ravnanji: pri obeh namreč ne pride niti do poskusa kaznivega dejanja. Če nekoga, ki sam pripravlja kaznivo dejanje, načeloma ne kaznujemo, čemu bi kaznovali nekoga, ki h kaznivemu dejanju (neuspelo) napeljuje? To je nekatere avtorje pripeljalo do sklepa, da bi se moralo kazensko pravo v celoti odpovedati kaznivosti neuspelega napeljevanja (Jakobs, 1985: 765–773).

Po drugi strani obstajajo argumenti, da je neuspelo napeljevanje lahko povezano z večjo stopnjo nevarnosti kot običajna pripravljalna ravnanja. Pri njem gre namreč za vplivanje na voljo drugih ljudi in potencialno sprožanje vzročnih potekov, ki jih ni več enostavno obvladovati (v nasprotju s storilcem, ki ravna sam in se med pripravami na kaznivo dejanje lahko še v vsakem trenutku brez večjih zapletov premisli) (Roxin, 2003: 287). Poleg tega je neuspeli napeljevalec »svoje že opravil«, storilca, ki dejanje pripravlja sam, pa čaka nadaljnje delo. To stališče se zdi prepričljivo in je sprejeto tudi pri nas. Tako, denimo, Bavcon zapiše, da »lahko napeljevalčevo ravnanje razodeva visoko stopnjo njegove nevarnosti in krivde in morda je le naključje preprečilo, da kaznivo dejanje ni bilo izvršeno« (Bavcon v Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož, Filipčič, 2009: 334). Zato šteje za upravičeno, da je neuspelo napeljevanje kaznivo, vendar le izjemoma, ko gre za huda in najhujša kazniva dejanja, praviloma pa mora ostati nekaznivo.

Tudi po tukaj zagovarjanem stališču sta glede na navedene razloge izjemoma upravičena delen odstop od načela akcesornosti udeležbe in kaznivost neuspelega napeljevanja, če gre za huda in najhujša kazniva dejanja. Vprašljivo pa je, ali zdajšnja zakonska ureditev res omejuje kaznivost neuspelega napeljevanja le na *izjemne* primere. Ali zdajšnji pogoj, da mora iti za kaznivo dejanje, pri katerem je mogoče izreči triletno (ali hujšo) zaporno kazen, daje zadostno oporo za razlikovanje neuspelih napeljevanj, ki so nevarna in zaslužijo kazen, od neuspelih napeljevanj, ki ne spadajo v polje kaznivosti? Po črki zakona je, denimo, kaznivo neuspelo napeljevanje k (navadni) tatvini, h kršitvi avtorskih in sorodnih pravic, k organiziranju denarnih verig, k neupravičeni uporabi tuje oznake in drugim kaznivim dejanjem, za katera je lahko vprašljivo, ali spadajo med »huda«, kaj šele »najhujša« kazniva dejanja. Res je, da pregonov za neuspela napeljevanja k tem kaznivim dejanjem v sodni praksi praktično ne srečamo,<sup>26</sup> kljub temu pa si lahko zastavimo »načelno« vprašanje, ali je kaznivost neuspelega napeljevanja zakonsko ustrezno omejena. V tej zvezi je brez pomislekov mogoče reči, da je bodisi splošni prag kaz-

nivosti neuspelega napeljevanja postavljen prenizko bodisi so pri posameznih manj nevarnih kaznivih dejanjih zagrožene previsoke kazni (kar vodi v široko kaznivost neuspelega napeljevanja). To bi veljalo upoštevati ob morebitni celovitejši noveli kazenskega zakonika.

## 5.2 Kriminalitetnopolitična primernost izenačevanja kaznovalnih okvirov, predvidenih za storilca in napeljevalca

Napeljevalec je udeleženelec, to pomeni, da kaznivega dejanja ne izvrši sam, temveč sodeluje pri tujem dejanju. S tega vidika bi bilo mogoče reči, da je njegov prispevek načeloma manjši od storilčevega. Po drugi strani pa je vpliv napeljevalca lahko velik: napeljevalec je »duhovni oče dejanja«, tisti, ki je (so)povzročil odločitev za dejanje, oziroma tisti, brez katerega do dejanja sploh ne bi prišlo. Ta vidik je bil za zakonodajalca bržkone odločilen, saj je kaznovalne okvirje za storilca in napeljevalca izenačil (prvi odstavek 37. člena KZ-1).

Takšno izenačevanje kaznovalnih okvirov<sup>27</sup> napeljevanja in storilstva je občasno izpostavljeno kritikam. Napeljevalec v nasprotju s storilcem dejanja ne obvladuje. Dovolj konkretna spodbuda za izvršitev dejanja načeloma zadošča, ko je enkrat dana, nadaljnji napor napeljevalca načeloma niso več potrebni. Na sklep, da je napeljevanje »manj« kot storilstvo, napotuje tudi nauk o stekih. Pri vprašanju steka napeljevanja in storilstva se poudarja, da storilstvo konzumira predhodno napeljevanje oziroma da je napeljevanje v odnosu do storilstva subsidiarno. Glede na to torej obstaja načelno soglasje o tem, da je napeljevanje načeloma nekaj, kar je »manj« kot storilstvo. Zakaj ne bi ta načelni »manj« izrazil že sam zakon, s tem da bi predpisal možnost omilitve kazni napeljevalcu?

V času priprave velike reforme nemške kazenske zakonodaje ob koncu šestdesetih in v začetku sedemdesetih let prejšnjega stoletja je skupina avtorjev, ki je pripravila t. i. Alternativni predlog novega kazenskega zakonika, predvidela rešitev, po kateri bi bila za napeljevanje predvidena možnost omilitve kazni. Predlog je bil v zakonodajnem postopku zavržen z argumentom, da je morebiten manjši pomen prispevka napeljevalca mogoče upoštevati že na podlagi splošnih pravil o odmeri kazni (Roxin, 2003: 192). To je hkrati tudi osrednji in najbolj pogosto uporabljeni argument zoper zamisel, da bi zakon moral predvidevati fakultativno omilitev kazni storilcu.

<sup>26</sup> Bržkone so pregoni neuspelih napeljevanj v sodni praksi tako redki tudi zato, ker če ne pride niti do poskusa dejanja, potem se tudi za »podpornike neuspelega projekta« (neuspele napeljevalce in neuspele pomagače) le redko izve.

<sup>27</sup> Izenačeni kaznovalni okviri seveda ne pomenijo, da bo storilcu in napeljevalcu v konkretni zadevi izrečena enaka kazen. Glede na okoliščine konkretne zadeve je storilcu lahko izrečena bistveno višja kazen – in obratno.

Ker so pojavne oblike napeljevanja zelo različne, se opozarja na možne situacije, ko si bo napeljevalec zaslužil celo strožjo kazen od storilca (denimo primeri intelektualne nadvlade napeljevalca nad storilcem ali pa izvajanje pritiska na storilca).

To je seveda res, toda tudi v sistemu, ki bi predvideval fakultativno omilitev kazni napeljevalcu, tehnično ne bi bilo ovir, da se v posamezni zadevi napeljevalcu izreče strožja kazen kot storilcu. Zato po tukaj zagovarjanem stališču zakonsko predvidena možnost omilitve kazni napeljevalcu ni nekaj, kar bi kazalo tako zlahka zavrniti.<sup>28</sup> Možnost omilitve ne pomeni obligatorne omilitve: potencialno daje večji maneverski prostor pri odmeri kazni, ne preprečuje pa, kot rečeno, da bi bil v posameznem primeru napeljevalec celo strožje kaznovan od storilca. Drugo vprašanje pa je, kakšne so realne možnosti za takšno zakonsko spremembo pri nas. Kratkoročno najbrž majhne, saj sprememba ni tako enostavna, kot se zdi na prvi pogled – ruši namreč ustaljena razmerja med kaznovalnimi okviri pri udeležbi in bi tako terjala prilagoditve in uskladitve tudi pri drugih institutih (pomoč, neuspelo napeljevanje). V poštev bi torej prišla le v primeru celovitejšega posega zakonodajalca na področje udeležbe.

## Literatura

1. Ambrož, M. (2007). **Kaznivo dejanje in njegove vrednostne prvine**. Ljubljana, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti.
2. Ambrož, M. (2009). Storištvo in udeležba v KZ-1 in sodni praksi. V: **Podjetje in delo** 35/6–7, str. 1531–1539.
3. Ambrož, M. (2010). Akcesornost udeležbe. V: **Zbornik znanstvenih razprav LXX**, str. 41–63.
4. Ambrož, M. (2010). Posredno storištvo. V: **Pravna praksa** 29/16–17, str. I–VII. Citirano kot: Ambrož 2010 (Posredno storištvo).
5. Bačić, F. (1998). **Krivično pravo – opći dio**. Zagreb, Informator.
6. Baumann, J., Weber, U., Mitsch, W. (2003). **Strafrecht – Allgemeiner Teil**. Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking.
7. Bavcon, L., Šelih, A., Korošec, D., Ambrož, M., Filipčič, K. (2009). **Kazensko pravo – splošni del**. Ljubljana, Uradni list.
8. Bele, I. (2001). **Kazenski zakonik s komentarjem – splošni del**. Ljubljana, GV založba.
9. Bele, I. (2007). Problemi iz okrilja nauka o udeležbi. V: Šelih, A. (ur.): **Sodobne usmeritve kazenskega materialnega prava**. Ljubljana, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti.
10. Bojanić, I. (2003). **Počiniteljstvo kao vlast nad djelom**. Zagreb, Hrvatsko udruženje za kaznene znanosti i praksu.
11. **Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen** (od 1951). Köln: Carl Heymans. Citirano kot: BGHSt, št. zvezka, št. strani.
12. Jakobs, G. (1985). Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung. V: **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft** 97/4, str. 751–785.
13. Jescheck, H.-H., Weigend, T. (1996). **Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil**. Berlin, Duncker & Humblot.
14. Noltenius, B. (2003). **Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft**. Frankfurt ob Majni, Peter Lang.
15. Novoselec, P. (2005). Lančano poticanje. Koristoljubje kao strogo osobna okolnost. V: **Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu** 12/1, str. 211–213.
16. Novoselec, P. (2007). **Opći dio kaznenog prava**. Zagreb, Sveučilište u Zagrebu.
17. Puppe, I. (2005). **Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung (Band 2)**. Baden-Baden, Nomos.
18. Rehaag, C. (2009). **Prinzipien von Täterschaft und Teilnahme in europäischer Rechtstradition**. Freiburg, Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht.
19. Roxin, C. (2003). **Strafrecht – Allgemeiner Teil II (Besondere Erscheinungsformen der Straftat)**. München, Beck.
20. Roxin, C. (2006). **Strafrecht – Allgemeiner Teil I (Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre)**. München, Beck.
21. Roxin, C. (2006). **Täterschaft und Tatherrschaft**. Berlin, Walter de Gruyter. (citirano kot Roxin 2006 a).
22. Schönke, A., Schröder, H. (2001). **Strafgesetzbuch Kommentar**. München, Beck. Citirano kot: Schönke, Schröder, priimek soavtorja citiranega dela komentarja.
23. Sever, F. (1955). Temeljni elementi nauka o udeležbi – II. del. V: **Pravnik** X/7–9, str. 206–250.
24. Stojanoivić, Z. (2009). **Krivično pravo – opšti deo**. Beograd, Pravna knjiga.
25. Stratenwerth, G., Kuhlen, L. (2004). **Strafrecht Allgemeiner Teil I. Die Straftat**. Köln, Carl Heymans.
26. Trechsel, S., Noll, P. (1998). **Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I**. Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag.
27. Triffterer, O. (1983). **Die österreichische Beteiligungslehre: Eine Regelung zwischen Einheitstäter- und Teilnahmesystemen?** Dunaj, Manz.
28. Wessels, J., Beulke, W. (2009). **Strafrecht – Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau**. Heidelberg, C. F. Müller.

<sup>28</sup> V zadnjem času pa se je izoblikoval še en argument zoper stališče, da bi morala biti pri napeljevanju predpisana možnost omilitve kazni. Ta argument je naravnani garantistično in gre takole: izenačitev kaznovanih okvirov za napeljevanje in storištvo je upravičena zato, ker s tem zakon daje sporočilo, da mora vplivanje na bodočega storilca doseči določeno kvaliteto, da ga je mogoče sploh šteti za napeljevanje. Po tem gledanju, denimo, ustvarjanje situacijskih spodbud ali pa nekonkretizirani pozivi k izvršitvi dejanja ne morejo biti napeljevanje zato, ker ne dosegajo tiste ravni neprava, ki je potrebna za storilske kaznovalne okvire. Logika argumenta je torej: če spustimo kaznovalne okvire za napeljevanje, bomo morali spustiti standarde, katera ravnanja lahko pravno opredelimo kot napeljevanje. Pregled teh stališč je na voljo v Roxin (2003: 191).

## Some more complex issues of instigation

Matjaž Ambrož, LL.D., Assistant Professor, Faculty of Law in Ljubljana, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenia

It is generally known that individuals cannot realize their goals by themselves in many areas of human activity but achieve them by associating with other people. This is also true for the area of crime, in which a large proportion of criminal offences are committed on the basis of collaboration of several people. In conceptual terms, criminal law distinguishes various forms of participation in criminal offence and also attributes different effects to different forms. Traditionally, instigation is one of the forms of collaboration in a criminal offence (participation). This form can be defined as intentionally influencing someone to commit an act which has the characteristics of a criminal offence and is unlawful. This short and concise definition of instigation nevertheless raises numerous further questions with various implications and it depends on their assessment whether an individual will be held responsible as an abettor in a specific case. Answers to these questions derive from the principles of criminal law and criminal policy. In addition to those issues of instigation in which there is a nexus of criminal law and criminal policy aspects, there is also a whole range of questions in which criminal policy considerations prevail. In particular, here belong issues of the framework of punishment for instigation and the culpability of unsuccessful abetting. These two questions are treated in the concluding part of the paper.

**Key words:** instigation, unsuccessful instigation, punishment, aiding, participation, principles of criminal policy

**UDC:** 343.237