AA
2489

Osavõte

Eesti kriminaalseadustiku järele (§ 51.)

Õigusteaduse magistri kraadi saamiseks esitatud töö.

Leonhard Vahter.

Narva, 1931a.

Ü.R. 5. X. 31.

272164.

19 mail 31

246.

2189.

mag. jur. raadi määramise
Ametisse Ü.R. IX. § 31. p.

Sisujuht.

Eelsõna

I Osavõttest üldiselt.....

II Ainutäidesaatmine.....

1. Vahendline täidesaatmine doktriinis

2. Vahendlise täidesaatmise hinnang ja uued ettepanekud

3. Vahendlise täidesaatmise küsimus Eesti kriminaalseadustiku järele.

III Kaastäidesaatmine.....

IV Kihutamine.....

V Kaasaaitamine.....

VI Aktsessoorsus.....

VII Süüdlaste tagasiastumine.....

VIII Isiklikud asjaolud.....

Eelsõna

Lähemas tulevikus võib olla pannakse maksma Riigikogu poolt 26. märtsil 1929. aastal vastuvõetud ja „Riigi Teatajas" № 56 – 20 juunil 1929 aastal väljakuulutatud Eesti kriminaalseadustik, mis tõstab seaduse praktilises käsitamises paljudki probleemid, eriti aga osavõtte küsimuses. Nende probleemidele vastamise õige ülesanne peab olema seaduse rakendamise otstarbekus ja lihtsus ilma, et prunkib laskuda teoreetilistesse teooriatesse.

Käesolev töö on võtnud vaatlusesemeks osavõtte küsimuse meie kriminaalseadustiku § 51 järele selle dogmaatilisest vaatekohast, mille juures töö peaõhk langeb vahendlise taidlesaatmise probleemi selgitamisel, arvestades asjaoluga, et just selles küsimuses on seadustik töö korraseadja arvates asunud uutele alustele ja maksma pannud uued, doktriinis seni vähekäsitatud

põhimõtted, mille selgitamine vajab pikemat aine käsitamist ja analüüsi. Sellega peamiselt on seletatav ka osavõtlle küsimuse üksikute probleemide ebaproportsionaalne vaatlemise ulatus.

Ajaloolisi küsimusi ei ole töös puudutatud, või on puudutatud ainult mööda minnes, kuivõrd see ühe või teise küsimuse selgitamisel võib olla vajalik. Lühendamise mõttes on töös tihti kriminaalseadustiku asemel tarvitatud KrS, samuti on tekstis nimetamata jäätud allikas kasutatud raamatu nimetus peale juhtude, kus ühel autoril on mitu raamatut, selle asemel on kirjutatud vaid autori nimi ja lehe töö leherülje number, kuna raamatu nimetus on toodud käesoleva töö lõpus literatuuri nimestikus

Koostaja

I. Osavõttest üldiselt.

Eesti kriminaalseadustiku § 5 / kõlab järgmiselt:

„Kui süüteo saatsid korda mitu isikut, kes selle kordasaatmiseks olid kokku leppinud või teadoalt ühiskoos tegutsesid, siis loetakse süüteo osalisteks need, kes:

1) süüteo vahetult saatsid korda või võtsid osa selle täidesaatmisest;

2) kes kihutasid teist isikut süüteost osavõtmisele;

3) kes olid kaasaaitajateks sellega, et nad süüteo kordasaatmise abinõusid kättemuretsid või takistusi kõrvaldasid, või et nad aitasid süüdlast saata korda nõuandmisega, juhatusega või lubamisega kordasaatmist mitte takistada või seda varjata.

Raske süüteo või süüteo osalised loetakse

karistuse alla, mis seaduses nende süütegude eest on määratud, kuid kaasaaitajale, kelle abil ei olnud olulist tähtsust, kergendatakse karistust § 53 määratud alustel.

Ülealtumise osalistest karistatakse ainult ülealtumise vahetut korraldajat või temale täidesaatmisest osavõtjat; kihutaja ja kaasaitaja langevad karistuse alla ainult seaduses eriti ettenähtud juhtudel.

Erilised isiklikud vahekorrad ja tingimused, mis määravad, suurendavad või vähendavad mõne süütesosalise karistatavuse, ei mõjuta teiste osaliste vastutust.

Osaline, kes loobus süütetöst osavõtmisest ja õigel ajal võttis tarvitusele kõik temast olenevad abinõud süütes kõrvaldamiseks, vabastatakse karistusest."

Süütegu kui sotsiaalkahjulik tegu võib olla kollektiivse tegevuse tagajärjeks. Seiku seadus-

vastane surmamine, võõrjõulla tarvitamine, varanduse rikkumine jne. võivad osutuda mitme isiku koostegutsemise tulemuseks.

Misugusel siiditeo kollektiivsel korraldaatmisel tekib küsimus, kas peame kõiki neid isikuid, kes on siiditeo tagajärjega kausaalses (põhjus-tagajärje) vahekorras, kriminaalselt vastutavaks tegema siiditeo tagajärje tekitamises, või peab seadus piirduma ainult teatavate isikute karistamisega ning jaataval korral, misugused osalised on siiditeo eest vastutavad ja misugusel määral peavad need karistust kandma. Nendele küsimustele vastamine on osavõtte õpetuse siht, selle olemasolu mõte (raison d'être)

Iga kriminaalvastutuse vundamendiks on kahesugune side isiku ja tagajärje vahel- isiku tegevus peab olema siiditeo tagajärjega kausaalses vahekorras (objektiivne side), isiku tegu peab olema süüline (subjektiivne side). On selge, et ka osavõtte õpetuses ei saa isiku karistatavust konstrueerida ainult objektiivsel alusel, sest iga tagajärg võib olla tervet rea isikute tegevuse tulemuseks, kausaliteedi ahelik võib olla äärmiselt pikk, kuna sellel (kausaliteedi ahelikul) ei lõppu ega algust ei saa

ette sujutada, vaid iga süüd on läpmatu rea teiste ning kõrvalsündmustega kombineeritud kompleksi tulemus. Ka ema, kes mõtteka süünita on põhjustanud tapmise (üks lüli kausaliteedi ahelikust), süid kas peab ta vastutav olema ühiselt oma pojaga tapmises. Osavõtte reeglid lükkavad tagasi ema vastutuse, ka osavõtte õpetuse seisukohalt on tarvilik kausaliteedi kõrval veel tagajärje põhjustaja süü (subjektiivne roll)

Sellelt seisukohalt ei ole ka osavõtte probleem midagi muud kui iga kriminaalvastutuse põhilause (vastutus objekt. ja subjekt. alusel) konsekventne arendamine. „Иначе говоря, отвечать как соучастники, могут лишь тех лиц, которые виновно совершили действие, составляющее или причиняющее преступление. Соучастие и может определяться как виновное совершение одного преступления совместными действиями нескольких лиц." (Познышев 372)

Süüteo koosdasaatmisel mitu koostegutsevat isikut võivad tegutseda paralleelselt, vaheldult, samuti võivad mõned tegutsejad teiste

läbi, surkssessuvselt. Subjektiivselt peab iga kooslegutseja talitama süüliselt. Kuid isegi siin, kui mitme kooslegutseva isiku vastutust põhjendav element, leiab teatavat piiramist osavõtte õpetuses. Mitte võiks süüliselt kooslegutsejaid isikuid ei võta seadustik kokku osaliste mõistesse, kõrvale jäävad need, kes saatsid korda süüteo ettevaatmatult. Ainult tahtlik kooslegutsemine (süü üks vormidest) on selleks subjektiivseks aluseks, mida seadustik kasutab siinteetilise elemendina osavõtet konstruktsiooni vundamendiks, see järeldub sellest, et seadustik näeb osavõtet §31 järele seal, kus mitu isikut koos tegutsevad koos teadvelt või kokkuleppel süüteo korda saata. Siin ei pruugi seda põhjendama hakata, jättes selle edaspidiseks, mainime vaid, et osavõtte mõiste konstrueerimise ülesandeks peab olema anda vastus küsimusele, kes süüteo kollektiivsel kordasaatmisel peab vastutama süüteo tagajärje eest, milline peab olema osavõtja subjektiivne element (subjektiivne suhe isiku ja tagajärje vahel), et viia temale võiks öelda, et ta oled süüteo korda saatnud, sina pead ka süüteo eest täielikult vastutama.

II. Kriminaalseadustiku vaatlusel selgub, et seadustik sisaldab omas eriosas süütegude kataloogi, seal on loetletud üksikasjaliselt need teod, mida riik on sunnitud kuulutama riivõõrt kahjulikuks, et nende vältimiseks (ärahoidmiseks) riik teeb nad karistatavaks.

Seadus ei tee karistatavaks mitte igat ülekohut (Unrecht), vaid ainult raskemad nendest (schweres Unrecht - Sauer järele), mis inimeste organiseeritud ühiselule riivõõrt kahjulikud on, et nende ärahoidmine isiku ja ühiskonna heaolu seisukohalt tungivaks tarviduseks kujuneb.

Kui ülekohus (Unrecht) on seadusevastane tegu, siis on süütegu ülekohtu alaliik, mille spetsiifiliseks tunnuseks on riiklik sanktsioon karistuse näol; „seinem Wesen nach aber ein für besonders gefährlich erachteter Angriff auf die Rechtsgüterwelt." (Liszt 5.).

Kriminaalseadustiku eriosa kui süütegude kataloog on tähtis ka sellepärast, et see ei ole paljas süütegude loetlus, vaid et seadus on koosseisude kaudu kindlaks määranud, millistele rekvisiitidele peab vastama inimlik tegu, et moodustada karistatav süütegu mõistet; selle järele „das Verbrechen ist ein

positivgesetzlich durch Tatbestandsmässigkeit erkennbares schuldhaftes schweres Unrecht" (Sauer -219). Süüdes koosseisud on tavalikud: a) isiku seisukohalt, ta määrab piirid kodaniku tegevusevabadusele, riigi ja isiku võimuvahekorra, annab selge kriteeriumi, mis kodanikule lubatud, mis keelatud, b) riigi seisukohalt, motiveerib kodanikke hoidumа sotsiaalkahjulikkudest tegudest (generaal präventsioon), annab riigiasutustele (kohtule) ühtlase mõõdupuu õigusе mõistmisel.

Koosseisudel, kui süüdes määrajatel ja loetelul, on õiguselu reguleerimisel äärmiselt suur tähendus

Seadus on koosseisude kaudu kindlaks määranud, mida tuleb lugeda süüdes tegajärjeks. Süüdegijaks tuleb vastavalt sellele lugeda teda, kes kooseisu (seadusevastaselt, kas ka süülisult, jätame praegu kõrvale) täidab, mis tähendab, et süüdes all tuleb mõista „koosseisupärast" tegu, milles (Tatbestandsmässigkeit) väljendub KrS. § 1 rohaselt üks süüdes konstitutiivsetest elementidest. Koosseisudäitmine ja süüdegija olexid järelikult korrelatiivsed mõisted.

Võib öelda, et ükski inimlik tegu ei vasta

seaduslikule koosseisule sellele teo konkreetses väljenduses, sest seaduslik koosseis sisaldab vaid mõnda tunnust, kuna inimese iga konkreetne tegu moodustab suure arvu tunnuste kompleksi. Õigust rakendav jurist jätab aga kõrvale selle suure arvu konkreetseid tegu iseloomustavaid elemente ja võtab ainult seaduslikku koosseisu vaatekohalt tähtsalikud elemendid. Niisugune konkreetse teo mitteoluliste elementide eliminatsioon (Abstraktionsverfahren) on seaduse iga rakendamise üheks tähtsalikuks osaks

Teise osa moodustab niiviisi abstraheeritud teo võrdlemine (samastamine) seaduslikku koosseisuga (Subsumptionsverfahren).

Kui kordasaadja tegu on abstraheeritud ja subsumeerituna adekvaatne seaduslikku koosseisule, siis on täidetud süüteo mõiste üks konstitutiivsetest elementidest (rekvisiitidest), – tegu on koosseisupärane (tatbestandsmässig).

Kaspis teistsuguseks kujuneb asi seal, kus süüdegu saadetakse korda mitme isiku poolt. Siin võivad ühede teod olla tähtsalikult „koos-

seisupärased," teiste teod võivad haarata ainult koosseisu üksikuid fragmente, kuna kolmandate teod üldse koosseisu elemente ei haara ning järelikult üldse „koosseisupärased" ei ole. Et kriminaalseadustiku eriosa koosseisude seisukohalt karistatavaks süüteo kordasaatmises on tehtud vaid see, kelle tegu on „koosseisupärane," siis peaksid karistamatuks jääma puht seadustehnilistel põhjustel need, kelle teod koosseisu ei haara, mis looks kriminaalpoliitiliselt vastuvõtmatu olukorra. Selle olukorra kõrvaldamiseks ongi loodud KrS § 57.

Et karistatavust laiendada kõikide peale, kes süüteo kordasaatmisel olid kaastegevad, selleks teeb KrS § 57 karistatavaks isikute kõrval, kes koosseisu täitsid ainuüksi, veel isikud, kelle teod haaravad vaid osa koosseisu, samuti teod, mis vähemalgi määral koosseisupärased ei ole, kuid täidesaatja (koosseisutäitja) tegu soodustavad või välja kutsuvad. Teiste sõnadega, § 57 on karistatavaks teinud kõik süüteo tagajärjega kausaalteedi vahekorras olevad teod, kuivõrd muidugi need on kordasaadetud süüliselt (õigemini tahtlikult). Osavõte

määrus loob sellega osa tegudele n. n laiendatud koosseisud, mis on tuletatavad eriosa vastava koosseisu ja üldosa § 51 kombinatsioonist. Vastavalt ülevaltsvõdule on ainutäidesaatmine legislatiivne normaliteet, kuna kollektiivne süllevastu ebarmaalne nähe.

KrS § 51 on järelikult otstarbekohasusest tingitud seadusandlik konstruktiivne võte, mitte aga kriminaalõiguse materiaast tekkinud möödapääsematu loogiline vajadus.

Eesti kriminaalseadustik seisab alusel, mille on omaks võtnud peaaegu erandituit kõik kaasaegsed kultuurriikide kriminaalseadustikud, määrates ära üldosas § 51 kaudu osavõtte mõiste ja ulatuse. Nüüdsugune osavõtte normeerimine üldosas oleks olnud muidugi ülelüngne, kui iga süüteo kordasaatjaks oleks olnud üks isik, kuid ta ei ole hädavajalik ka siiski, kui süüteo kordasaatmisel on kaasategutsevaid mitu isikut. Norra 1902 aasta kriminaalseadustik ongi asunud teiscle seisukohale jättes osavõtte üldosas üldse normeerimata ja on karistatavust

laiendava klauseli paigutamud seadustiku koosseisude lõppu (nende dazu mitteviktor)

Muidugi ei tule arvata, et Norra seadustiku nüüsugune osavõtte küsimuse konstruktsioon oleks tingitud ainult osaliste iseseisvustamise motiividel. Ka teiste kultuurmaade poolt konstrueeritud osavõtte selle jaotusega gruppidesse (täidesaatja, kihutaja, kaasaaitaja) oleks võinud selle reglamentatsiooni omada Norra seadustiku eeskujul. On arusaadav, et nüüsugune moodus oleks legislatiivselt raskepärane ja asjatu seadustiku eriosa ülekoormamine.

KrS on § 57 kaudu karistatavaks teinud kõik tahtlikud kollektiivsed teod süüteo korraldamisel. § 57 oleks võinud summaarselt ära määrata et peale täidesaatjate (koosseisu täitjate) on karistatavad ka teised kaastegutsejad (nende dazu mitteviktor) ilma osaliste gruppidesse jaotamiseta. Kuid seadustik on arvanud paremaks üksikasjalikult objektiivsete tunnuste varal kõiki kaastegutsejaid ja karistatavaks tehtavaid isikuid jaotada gruppidesse, milline vaatekoht on seadustiku

ideestiku seisukohalt õigustatud, arvesse võttes, et mitte kõik osalised ei leia seadustikus ühtlast käsitamist, nagu seda näeme hiljem.

Kriminaalseadustik on osaliste jaotamisel suurel määral kõrvale asunud omast alpäijast 1845.a. nuhtluse seadustikust. Viimane jaotas osalised erigruppidesse selle järele, kas süütegu on kordasaadetud eelkavatusega (по предварительному согласію, N.S. §§ 11 ja 13) või ilma selleta (§§ 11 ja 12). Viimasel puhul seadus jaotab kõik koostegutsejad peasüüdlasteks (главные виновники) ja osavõtjateks (участники) kuna esimesel puhul, seadus teeb vahet algatajate (зачинщики), kaastegutsejate (сообщники), kihutajate (подговорщики ja подстрекатели) ning kaasaaitajate vahel. 1845.a. seadustiku jaotus on ebaotstarbekohane ja ka praktikale raskesti teinud (eriti „зачинщики" ja kihutaja eritlemisel).

KrS § 51 jaotab kõik süütegoja kaasaalses vahekorras olevad teod kolme gruppi, määrates süütegu kooseisu vaatekohalt osaliste liigid järgmiselt: 1) täidesaatjateks on need, kes saavad süüteo vahetult korda (ainutäidesaatjad)

või võtsid osa selle täidesaatmisest (kaastäidesaatjad), 2/ kihutajad, kes kihutasid teist isikut süüdlast osavõtmisele, 3/kaasaaitajateks, kes olid kaasaaitajad sellega, et nad süüdlase kordasaatmise abinõusid kättemuretsesid või takistusi kõrvaldasid, või et nad aitasid süüdlasega saata korda nõuandmisega, juhatusega või lubamisega kordasaatmist mitte takistada või seda varjata.

Selle juures on üheltpoolt täidesaatmine ja teiselt poolt kihutamine ja kaasaaitamine teravalt üksteisest mõistetiselt lahutatud ja vastamisi seatud sellega, et kihutamine ja kaasaaitamine langevad karistuse alla ainult siis, kui täidesaatmine on jõudnud vähemalt katsenii, milles väljendub kihutaja ja kaasaaitaja rikkumus (aktsessoorsus) ja sellega, et seadustiku konstruktiivselt vaatekohalt kihutaja ja kaasaaitaja tegevus areneb väljaspool kooseisu, mis järgneb juba eelpool toodud osavõtte küsimuse lahendamise iseäralsustest ning millega §51 on laiendanud karistatavust üle eriosa kooseisude kõrvaltsoonide peale. Osavõtte määrane

legislatiivselt oluline funktsioon seisabki selles karistatavust laiendavas momendis, selle õige mõistmine on abiks mitmete lähtoate probleemide lahendamisel osavõtte õpetuses. M. E. Mayeri teeneks tuleb lugeda asjaolu, et tema esimesena avastas osavõtte määruse kui karistatavust laiendava asjaolu sihi ja olulise tähtsuse (374/5) ning seda konsekventselt ja teravalt kasutas osavõttest tekkivate küsimuste lahendamisel (pooldavad Perlen 1–4, oluliselt Liszt-Schmidt ja teised), kuigi juba Beling selle lähedal oli (vt. 261 ete.). Doktriinis harilik vaade osavõtte kui süüdistuse sünnivormi (Erscheinungsform) peale on õige, kuid ta ei too midagi olulist, sest süüdistuse sünnivorme võib olla palju (M. E. Mayer 341 märkus 1.), näiteks rahearstne delikt, ettevaatamatu süüteoga, kahe jne.

Kõigist eeltoodust selgub, et kriminaalseadustik on oma sihi kooshõlastatavate isikute karistatavaks tegemisel saavutanud sellega, et ta kooseisu täitvate isikute isikval §51 kaudu karistatavaks teeb ka teised, mitte kooseisupärased, süülised teod.

II. Ainutäidesaatmine.

Ainutäidesaatmine on täidesaatmise alaliik; ainutäidesaatja on see, kes saadab süüdlase vahetult korda. Süüdlase on seaduses kooseisude kaudu kindlaks määratud, ainutäidesaatja on isik, kes KrS § 57 p. 1 (esimese poole) kohaselt süüdlase kooseisu täidab, millega kriminaalseadustik (seadustik) on püstitanud ainutäidesaatja mõiste puht vormilisel alusel eriosa kooseisude täitmise lähtekohalt.

Materjaalselt (asjalikult) vaatlekohalt on ainutäidesaatja see, kes „использует свою невменяемость совершает деяние на пользу общества" (Познышев 384), „Der Täter greift das Rechtsgut an" (Mayer 403). Täidesaatja on osaliste kaalgu tsentraalfiguuriks, tema tegu on süüdlase, mis süüdlase tagajärje tekitab, „welche Tod, generell geeignet sind, den Erfolg ohne Hinzutreten einer späteren fremden vorsätzlichen Handlung herbeizuführen" (Perten 95), selles peitub ainutäidesaatja eriline tähendus ja ohtlikkus õigusega vaitstud hüvele.

Ainutäidesaatja saates korda süüdlase, võib seda teha ~~teha~~ positiivse (aktiivse) tegevuse kaudu

või ka negatiivselt (passiivselt, tegevusetusega). Suurtoos koosseisu võib korda saada niihästi positiivse tegevusega, kui ka tegevusetuse kaudu. Seadus seelab vaid teatava tagajärje põhjustamise ilma, et oleks määratud tegevuse viisi. Tapmine, näiteks, võib sündida ka tegevusetuse kaudu (vangile toiduandmise lõpetamine). Tegevusetus on ainuke süüdiv toimepanemise viis n. n. omissiivdelliktides, delliktides, mis on sihitud seaduse käsu vastu.

Meil ei pruugi sugu jälgima hakata kõiki teo objektiivseid ja subjektiivseid külge, kuna see haaraks terve kriminaalõiguse kursuse, piirdume vaid ainutoimepanemise juures, küivõrd see on tarvilik osavõtu küsimuse raames, peaaegi tuleb ainutoimepanemise küsimust käsitada vähemas või suuremas ulatuses teiste probleemide vaatlemise juures.

Tihti tegutsevad koos ka mitu isikut (teadvalt), mille juures igaüks eraldi koosseisu täidab: näiteks, kaks varast toovad kumbki teise eluhoonest võõrast varandust. Doktriinis (Frank 89) nimetatakse niisugused teadvalt ühes koos tegutsevad toimepanijad kaastäidesaatjateks laias mõttes (Mittäterschaft im weiteren Sinne), kuna teadvalt koostegutsejaid, kes süüdiv koosseisu täidavad koos ning igaüks

eraldi ainult osaliselt – kaastäidesaatja (tekstikitsas mõttes / Mittäterschaft im engeren Sinne).

Kriminaalseadustik jaotab täidesaatjad kahte liiki sõnades „kes süüdeo vahetult täide saatsid või võtsid osa selle täidesaatmisest".

Vastavalt seadusele antud definitsioonile ei tule ainutäidesaatja ja kaastäidesaatja vahet rajada süüteost osavõtvate isikute arvule, mis juhuslik moment, vaid eritlemisel tuleb tugineda hoopis olulisemale momendile ja nimelt teo moodusele kooseisu vaatekohalt, millele ka seadus on rajanud ainutäidesaatmise ja kaastäidesaatmise piiritlemise.

Sellelt seisukohalt on mitu seadoalt koosteguteseat isikut, kui need saatsid, süüteo vahetult korda," s. o. igaüks kooseisu eraldi täitsid, § 57 seisukohalt ainutäidesaatjad, mitte aga kaastäidesaatjad laias mõttes. Seda seisukohta põhjendame hilgemalt kaastäidesaatmise instituudi vaatlemisel, kus selgub ka selle lähem mõte.

Kaugelt suuremas osas süütegudes ei anna seadus mingisugust tähendust süüteo kordasaatmise ahinõudele. Seaduse seisukohalt on

ükskõik kuidas ja milliste abinõudega tagajärg on tekitatud, tähtis on vaid, et inimese tegu on tagajärjega objektiivselt kausaliteedi vahekorras. Ainult eranditeta annab seadus süütu kordasaatmise abinõudele teatava tähenduse; abinõu on tehtud kas süütegu kvalifitseerivaks (KrS. § 422 p.p. 3-6, 435 p. 6, 550, 551, 535 p. 4 etc. või mõnel õige väikesel juhul isegi süütegu konstitueerivaks momendiks (§ 528 lõige 4). „Основания такихъ отступленій законо-ученія или въ толкованіи, выборъ извѣстныхъ средствъ указываетъ на особенную испорченность, жестокость виновнаго, или въ томъ, что употребленіе извѣстныхъ средствъ причиняетъ большую опасность дѣянію, распространяетъ вредъ на большее число лицъ и т. д." (Таганцевъ, Русск. уг. пр. 639). Üldiselt võib süütu täitmise abinõuks olla niihästi elav kui ka elutu loodus. Tekib tähtis küsimus, kas võib kriminaalseaduslikku vaatekohalt ka inimene teise inimese käes süütu kordasaatmise abinõuks olla. Käesolev küsimus moodustab n.n. vahendliku täidesaatmise probleemi,

mille kohta on ülevaade toodud selle peatüki järgnevates osades (1–3). Selle probleemi käsitamine on meie KrS seisukohalt eriti tähtis, kuna meie seadustik on selles küsimus asunud lahkuminevale seisukohale ja eriti ka sellepärast, et probleemi õige lahendamine toob seadustiku kõsitamisel suuri praktilisi paremusi ja et just selles küsimuses on näiteks Saksa 1870/1aasta kriminaalseadustik (StGB) suurte eeltehtidele osaliseks saanud.

Vahendlise täidesaatmise probleemi käsitame kolmes järgnevas osas. Esimeses annane ülevaate vahendlise täidesaatmise probleemist nii, nagu ta on väljakujunenud kriminaalõiguse doktriinis (dogmaatiline osa), mille juures on toodud mitmesugused vaated ja kontroversid ühe ja teise küsimuse kohta ilma, et selle töö ülesande seisukohalt prunngiks nende kohta võtta kindlat seisukohta, kuivõrd seda ei tee tarvilikuks Eesti kriminaalseadustiku iseärasused oletusel, et viimane võimaldab ka suutes kordasaatmist teise inimese kaudu, kus viimane on vaid suutes kordasaatmise

tööriistaks. Teises osas püüame kindlaks määrata vahendliste täidesaatmise hüved ja pahed (kriitiline osa), et selgusele jõuda, milline kriminaalõiguslik väärtus on sellel institutsioonil ja kas selle adopteerimine on meie seadustiku seisukohalt tervitatav. Kolmandas osas katsume vastata küsimusele, missugusele seisukohale asub meie kriminaalseadustik vahendliste täidesaatmise tarvilikkuse (küsimuse) suhtes.

1. Vahendliste täidesaatmine tervikuna.

I. Printsipiaalselt ei saa eitada, et üks teatavast vaatekohast vaadatuna ei võiks osutuda teise isiku käes pinedaks tööriistaks süütegu kordasaatmisel. Niisugusel juhul räägitakse vahendlisest täidesaatmisest (mittelbare Täterschaft), kuigi termin loogiliselt vaatepunktilt õige ei ole, sest emba-kumba, kas andku iga abinõu käsitamine süütegu kordasaatmisele vahendlikkuse ilme või olgu

iga süüteo kordasaatmine vahendiks, sest vahendlise täidesaatmise tunnuseks ongi, et inimene on surutud abinõu seisukohale.

Tingimusi võib aga selle terminiga leppida (Petri nimetab „benutzte Person"), mis näitab et täidesaatja kasutab süüteo kordasaatmisel teatavat spetsifilist abinõu-inimest.

Vahendlise täidesaatmise probleem on võrdlemisi hilise aja sünnitus, varemale õigusele oli see institut tundmatu või sai nimetatud õige sporaadiliselt. Alles möödunud aastasaja lõpul tõmbas see probleem oma peale teadlaste tähelepanu (Berner, Köstlin etc.), millisest ajast alustati nimetatud probleemi arendama. Vahendlise täidesaatmise probleemi arendamist tingis nimelt positiivne õigus ja selle otstarbekohase rakendamise tarbed, mitte aga niivõrt põhimõttelised teoreetilised kaalutlused. Vahendlise täidesaatmise probleem on kõige kaugemale arenenud Saksa literatuuris, mille põhjustas peamiselt Saksa 1870/71 aasta kriminaalseadustiku (StGB) liig kaugeleulatav kihutaja ja kaasaaitaja

rippuvus (aktsessoorsus) täidesaatjast. Kui räägitakse seadustiku poolt statueeritud kihutaja ja kaasaaitaja rippuvusest, siis peame seda mõistma kahes mõttes. Kihutaja ja kaasaaitaja langevad karistuse alla ainult siis, kui täidesaatja on ka tõelikult korda saatnud süütegu ükskõik, kas lõpetatud süütegu või katse näol. Seni kui täidesaatja tegevus ei ole ulatanud vähemalt katseni, olles ettevalmistuse piirides, ei saa seadustiku seisukohalt kihutaja ja kaasaaitaja karistatavusest juttugi olla olgugi, et nad on isoleeritult objektiivselt ja subjektiivselt kõik teinud, mis vaja nende karistatavuseks (suktsessiivne rippuvus). Rippuvus selles mõttes on konstrueeritud ka Eesti kriminaalseadustikuga, samuti meil praegu makava 1845 aasta Vene nuhtluse seadustikuga.

Kuid kihutaja ja kaasaaitaja olles karistatavuse mõttes rippuvuse seatud täidesaatmisest, võivad rippuvuse seisukohalt selles piirides mitmeti gradueeritav olla

Neid võimalusi vaatleme lähemalt hiljem,

praegu aga tähendame et communis opinio doctorum järele (vastu ainult Herzog) Saxa StGB. §§ 48 ja 49 järele on vihutaja ja kaasaaitaja ripsuvaks tehtud täidesaatja poolt kordasaadetud süüteost, mille juures süüte= gu peab sisaldama kõike niihästi süütes objektiivseid kui ka subjektiivseid elemente, see tähendab, täidesaatja tegu peab vihuta= ja kaasaaitaja karistatavuse seisukohalt sisaldama tõe kooskõlapärasust, seaduse= vastasust (süütemõiste objektiivne osa) ja süülikkust (süütem. subjektiivne osa). Nüüd= gune täiest süüte vormist (volle Vorbrechens= gestalt) olenev ripsuvus kannab M. E. Mayeri (391) järele ekstreemaktsessoorsuse nimetust. Ekstreemaktsessoorsuse konstruk= tsioonist peame argumentum e contrario jä= reldama, et ühe süüteo elemendi õrajäämise= ga täidesaatja juures muutuvad karistata= tuks ka vihutaja ja kaasaaitaja, sest täide= saatja ei ole stricti juris selle seadusetehni= lises mõttes üldse süüdegu toime pannud.

Ainult vihutamine ja kaasaaitamine süütele

võib seaduse järele karistatav olla. Peab tähendama, et küsimuse alla võib tulla ainult süüteo mõiste subjektiivse elemendi (süü) äratajäämine, kuna selle kõrvaldamine jätab alale süüteo objektiivse osa, ilma et süü eliminatsioon teo sotsiaalkahjulikkust vähendaks. Teo kooskõlapärasuse ja seadusevastasuse äralangemine aga kõrvaldab ka teo sotsiaalkahjulikkuse; tegu muutub seadustiku seisukohalt irrelevantseks, mispärast juba loogiliselt selle teole kihutamine ja kaasaaitamine ei või karistatavat tegu moodustada.

Ekstreemaktsessoorsuse seisukohalt satub seaduse rakendamine igakord ummikusse, kui täidesaatja täidab kooskõlas seadusevastaselt ilma, et tema seaduslik olgu süüvõimetuse või süü puudumise tõttu täidesaatjana vastutav oleks, mispärast kihutamine või kaasaaitamine (näiteks, tapmisele kullumeelse poolt) peaks nullum crimen sine lege alusel karistamatuks jäämaa, sest täidesaatja jääks puudub süütegu, millele ainuüksi baseerub kihutaja ja kaasaaitaja karistatavus.

Niisugune olukord on kriminaalpoliitiliselt täiesti vastuvõtmatu võimalolades vaba ja karistamatut süütegude korda saatmist, eriti aga kihutajale, kui süütes spiritus rectorile, teise kriminaalselt vastutamata isiku kasutamisega oma kuritegelistes huvides. Selleet ekstreemaktsessoorsest tekkiva lühiku täitmisega ongi doktriin ja praktika konstrueerinud vahendliku täidesaatmise instituudi, millega on saavutatud kriminaalpoliitiliselt soovitud effekt- kihutaja ja kaasaaitaja muutuvad ise täidesaatjateks juhtudel, kui vahendatu tegutseja ei saa ühel või teisel põhjusel täidesaatjana vastutav olla.

Jätame esialgu kõrvale küsimuse, kas on meie seadustiku seisukohalt mõeldav vahendaline täidesaatmine ja selle tavidus, vaid präsumeerime, et ka kriminaalseadustik asub osavõtlé küsimuses samal ekstreemaktsessoorsel seisukohal kui Saksa StGB. Oletame, et ka Eesti kriminaalseadustik loeb kihutaja ja kaasaaitaja karistatavuse eelduseks süütegu

selle täisvormis, missugusel korral vähegi mõistlikku õiguspraktika huvides meie ei pääse vahendliise täidesaatmise konstruktsioonist, kui ei taha kihutajat ja kaasaaitajat karistamatuks jätta juhtudel, mil füüsiline täidesaatja ei saa täidesaatjana vastutav olla. Et vahendlist täidesaatmist hindamisele võtta, selleks peame seda probleemi üksikasjalisemalt käsitama, alles selle järele võime kindlaks määrata vahendliise täidesaatmise instituudi kriminaalõiguslist väärtust ning negatiivse hindamise korral otsida teisi abinõusid seaduse täitmata ja otstarbekaks käsitamiseks.

II. Vahendliise täidesaatmise instituudi kasutamine, nagu juba öeldud, osutub tavaliikuks seal, kus vahenditu tegutseja seadusliikudel põhjustel ei või täidesaatjaks olla, kuna viimane stricti juris süütegu toime ei pane. Süüteo mõiste täisvormi kontseptsioonilt olgugi, et väliselt on olemas tegu sotsiaalkahjuliikus selle koosseisupärasus ja seaduse vastasus

näol. Tavaliselt konstrueeritakse vahendliku täidesatmise institutsiooni järgmistel juhtudel:

1. Süüdlase kordasaatja (vihutaja, kaasaaitaja) vastutab vahendliku täidesaatjana seal, kus vahenditu tegutseja on süüvõimetu (unzurechnungsfähig), s. o. juhtudel kui vahenditu tegutseja vastutus langeb ära KrS §§ 39 ja 40 ettenähtud põhjustel, mille juures on üksnõik, kas süüvõimetuse põhjuseks on hullumeelsus, lapsepõlv või mõni muu põhjus.

Ka alaealine 12 kuni 17 aastani võib abinõuna esineda, kui tema süüdlase kordasaatmisel ei võinud olla teo iseloomust ja tähendusest aru saada. Saksa õiguskirjanduses on see küsimus väga vaieldav; ühed (Michael 37, Bas 62 märkus 132) ühes Saksa Riigikohtuga võimaldavad lapsepõlve vihutamise, mis tingitud StGB erilisest redaktsioonist (lapsepõlve alla 12a.), sest § 55 on öeldud, kann nicht verfolgt werden," millest ülevaltoodud autorid järeldavad et lapsepõlve StGB järele ei tähenda mitte süüvõimetust, vaid vastutusele võtmist taksistavast protsessuaal

tingimust. Perten (133) võimaldab lapseease kindlustamist ja kaasaaitamist ainult siis, kui lapseeane oma individuaalse arenemise tõttu suudab oma teo tähendusest aru saada ja oleneb, et tema (lapseeane) ex lege peab süüvõimetuna karistamatuks jäämä.

Kaugemalt suurem osa teoreetikuid (Liszt 219, M. E. Mayer 379, Frank 86, Petri 22, Birkmeyer 269, Finger-Lehrbuch 214, Tagantsev-Kypcr 75 etc.) peavad aga tarvilikuks vahendliku täidesaatmise. Eesti kriminaalseadustiku § 40 seletuse redaktsioon ei jäta kahtlust, et lapseeasus on süüvõimet kõrvaldav asjaolu.

2. Kui vahenditu tegutseja tegutsel täielikult süütult ükskõik kas juhuse, vabandatava eksituse, sunni või mõnel muul põhjusel.

Doktriinis on vaieldav vahendliku täidesaatmise küsimus sunni puhul. Ühed (Liszt 219, Frank 86, Mayer 379, Döderlein, Gierlich 18, Tagantsev-Kypcr 75, Lekcии 772 etc.) leevad sundija alati vahendlikuks täidesaatjaks olgu sund füüsiline või psüühiline (vis absoluta, vis compulsiva); muidugi peab psüühiline sund

olema püüdnud intensiivne, et ta kõrvaldaks süünitava juures süü. Teised (Bar 626 m. 61, Calker-Michaeli järele-28) eitavad vahendliku tõlgendamise võimalust psüühilise sunni korral ja näevad selles vaid kihutamist raskemal kujul, kuna kolmandad (Dreyer 54, Petri 24, Michael 22) konstrueerivad vahendliku tõlgendamise instituudi ainult psüühilise sunni korral, kuna füüsiline sundija tegutseb vahendituld.

Psüühilise ja füüsilise sunni eristamisest kõneleme veel hiljem, siinkohal käsitame vaid mõõdaminnes küsimust, missugusel seisukohal asub meie kriminaalseadustik sundija karistatavuse küsimuses. KrS § 471-ga on raskele kuritöle või kuriteole sundimisest tehtud delictum sui generis. Sellest ei tule aga järeldada, et kuriteole või raskele kuriteole sundija oleks igal juhul karistatav ainult nii § 471 ettenähtud delictum sui generis korralasaatja, milline norm määrab karistuseks vangistuse kuni 1 aastani sundimise korral kuritöle ja kuni 3 aastani sundimise korral raskele kuriteole. Sundimise korral raskele kuriteole või

kuritöole on meie seadustiku § 60 järele tegemist süütegude ideaalkonkurentsiga (vt. ka 1903 a. Vene U. N. S. § 508 motiivid lhk 1048 p. 6 – Tagantsev Riia väljaanne). Sundija on järelikult kui § 471 ettenähtud süütegu täidesaatja või sunnitava poolt kordasaadetud vastava teo kordasaatja (vahendline täidesaatja) selle järele kumb süütegu karistuselt suurem, mille juures ka meie seadustiku seisukohalt võivad esile tõusta kõik need kontroversid, mis on Saksa literatuuris.

Tuleb aga tähele panna, et sundija võib osavõtlle reeglite järele igal juhul karistatav olla ainult siis, kui sunnitav on kordasaatmud vähemalt süütegu katse, vastasel korral võib sundijat karistatavaks teha ainult § 471 järele ülevaltoodud määral (s. o. 3 või 1 aastani vaagimajaga), sest selle § esimese poole järele ei pruugi sunnitav midagist teha. Sama § teise poole järele on aga sunnitava poolt kordasaadetud kuritöö või raske kuritöö kordasaatmine või nende katse tehtud sundija karistatavust suurendavaks asjaoluks.

3) kui vahendiks tegutseja saadab kordasaadetud süüteo ettevaatmatult. Selles küsimuses on vaated äärmiselt lahkuminevad. Birkmeyer (141), Mintz (Beihilfe 149), Bauer (88), samuti Berner ja Binding (Baueri järele 89) peavad võimalikuks kihutamise ja kaasaaitamise ettevaatmatult kordasaadetud süüteole, mille juures kihutaja ja kaasaaitaja langevad selle karistuse alla, mis on määratud seaduses selle ettevaatmatuse eest. Samal seisukohal asub M. E. Mayer (407/408) kuigi vastumeelselt sünnitult seaduse tekstist, kuna StGB ei nimeta, et täidesaatmine peaks olema tahtlik. Nüüduse vaatekoha puuduseks on, et kihutaja ja kaasaaitaja (Mayeri järele ei või kaasaaitaja üldse muutuda vahendliseks täidesaatjaks, millestkõnelemehiljem) on karistatavad ainult siis, kui seadustik sisaldab vastavat ettevaatmatult kordasaadetavat süütegu, vastasel korral jäävad nad ülalse karistamatuks nullum crimen sine lege alusel (samuti Döderlein 21). Austria kassatsioni kohus (Pesteni järele 206 n. 345) on korduvalt karistanud kihutamist ja kaasaaitamist ettevaatmatule teole ja nimelt

tahtlikus süüteos, hoolimata sellest, et täidesaatja on kasutatav ettevaatmatus süüteos või ülalse kasutamata, kui seadustik ei sisalda vastavat ettevaatmatult kordasaadetavat süüteo koosseisu.

Vahepealsel seisukohal asub Gierlich (34), kelle järele kihutaja muutub vahendlisest täidesaatjaks juhul, kui süütegu on iseenesest ainult tahtlikult kordasaadetav (mitte aga ettevaatmatult), kuna süütegude puhul, mida võib korda saata ka ettevaatmatult kihutaja „ist vorsätzlicher Anstifter eines fahrlässigen Haupttäters" (Gierlich 34)

Rõhuvam osa teoreetikuid (Liszt 219, Liszt-Schmidt 315, Sauer 478, Perten 126, Bar 634, Tagantsev „Kypc" 76, Лекции 772, etc.) ühes Saksa Riigikohtuga (Reichsgericht) konstrueerivad kaasaaitaja ja kihutaja kasutatavuse ettevaatmatult tegutseva (täidesaatja) vahelüli puhul vahendlise täidesaatmise kaudu.

4. Kui vahendhttu tegutseja (süüsiline täidesaatja) saadab korda süüteo ülema tingimatult siduval käsul, siis langeb käskija ülem kasutuse

alla vahendlise täidesaatjana. Käesolevas küsimuses osalitsevad doktriinis suured kontroversid.

On selge, et ts. siviilõiguslistes vahekordades ei saa vahendlise täidesaatmise küsimus üldse kõne alla tulla, sest seal ei ole käsul kunagi nii suurust sundivat jõudu, mis kõrvaldaks käsutäitja süü või seadusevastasuse. Seal, kus algab süütegu, seal lõpeb ka käsutäitmise sundusliikmus. Teisiti võib küsimus üles kerkida avalik-õiguslistes vahekordades rüngi-eriti aga kaitsevägeenistuses, kus käsul palju suurem siduvus.

Ühede (Liszt 153, Franc 111, Finger Compendium 633, Posnóschev 144, Tagantsev 505 etc) järele kõrvaldab seadusevastane käsk käsu peale kordasaadetud teo seadusevastasuse (Befehl als Rechtfertigungsgrund), kuivõrd seadus on andnud käsule siduvuse. Nõougune seadusevastase käsu täitmisel, mis siduv käsualusele, ei ole viimane karistatav, sest tema teol puudub käsu siduvuse tõttu seadusevastasus; käskandja on aga vahendlline täidesaatja.

M. E. Mayer (334, samuti tema Militärstrafrecht I j. 117) aga väidab selle vastu, et käsu-

täitmine (seadusevastase) ei kõrvalda kunagi süüteolt seadusevastasuse elemendi, milline olukord sunnib tegema sarnaselt Lisztile ja teistele ebaloogilisi konsekventse, et on võimalik karistatav osavõte teost, mis ei ole seadusevastane. Seadusevastane käsk ei ole kunagi alluvale siduv, kui seda asja käsnalune täidab, siis võib see olla ainult süüdkõrvaldavaks asjaoluks (Schuldausschliessungsgrund) olgu sellepärast, et käsutäitja teatavat süütegu (objektüvselt) süüteoks ei pea, või selle kuritegelikkuses teadlik on, kuid ekslituse tõttu käsku siduvaks peab, „dann mag es sein dass der Gehorchende den Irrtum namhafter Juristen teilt und den Befehl trotz Widerrechtlichkeit für verbindlich hält (M. E. Mayer 336). Samal seisukohal Michael (45) Vahepealsel seisukohal asub Sauer (322) väites, et käsk kõrvaldab olukole kohaselt kas teo seadusevastasuse või süü „Fällt die Ausführung des Befehls durch den Untergebenen unter einen strafgesetzlichen Tatbestand, so entfällt die Rechtswidrigkeit

nur, wenn die Rechtsordnung die verbindliche Kraft des Befehls anerkennt. Trifft diese Voraussetzung nicht zu, so ist die Handlung rechtswidrig, der Handelnde nur möglicherweise ohne Schuld. Verfehlt ist also einmal die Ansicht, die in dem Befehl stets nur einen Schuldausschliessungsgrund erblickt, sodann aber auch die andere, die ihn bedingungslos zu den Rechtfertigungsgründen rechnet." (Sauer 322)

Vastavalt omale juba eelpoolstoodud vaadetele jõuab M. E. Mayer ka osaliste karistatavuse suhtes teisele seisukohale väites, et seaduseosatase käsu täitmisel käsuandja vastutab kihutajana; alles siis, kui käsutäitja juures on tegemist vabandatava eksitusega, vastutab käsuandja vahendliku täideviijana. Viimast (eksitust) aga käsitasime juba eelmises osas (3). Meil ei prungi peatuda pikemalt nende teoreetiliste vaadete juures, vaatame lühidalt, kuidas tuleks küsimus lahendada meie seaduste seisukohalt.

On selge, et käsualune võib seaduseosatase käsu täitmisel korralasaadetud süüteo eest vastutada kriminaalselt ainult siis, kui

seadus annab õiguse käsualusele seadusevastase käsutäitmisest loobuda.

Riigiteenistuse seaduse (R. T. № 149 – 1924 a.) § 25 järele on riigiteenija kohustatud täitma kõike teenistusalal antud käske, mis ei ole vastalus seadusega; riigiteenija on oma tegevuse seaduslikkuse eest vastutav. Sellega on seadus õiguse andnud ja temale kaguni kohuseks teinud käsku selle seaduslikkuse seisukohalt kaaluda. KrS § 44 järele ei loeta süüteoks käsualuse tegu, kui käsk oli antud teenistusalal sellekohase võimu poolt, seaduslikkuses võimupiirides kooskõlas seatud eeskirjadega ja kui ta ei kirjutanud ette midagi lausa kuritegelikku. Näiliselt on Riigiteenistuse seadus § 25 ja KrS § 44 järsus vastalus, lähemal vaatlusel aga selgub et siin vastolu puudub. § 25 (R. teenis.-seadus) määrab tingimused, millal ~~käsk~~ käsk ei ole teenijale sundusliк. Teenija võib aga bona fide arvata, et käsk on seaduslik või käsu täitmine on sundusliк. KrS. § 44 on selleks objektiivseks piiriks kuhu saadik eksitus käsu seaduslikkuse üle on vabandatav (vt. U. K. S. § 44

Riia väljaanne motiivid 155, Posnõscheo 148) vastavalt eeltoodule peame maksvaks seaduste (ja ka BGB) seisukohalt väitma, et seadusevastase käsuandja, kui käsualuse juures ei ole seadusevastase käsu täitmisel tegemist tahtlust kõrvaldava eksitusega vastutab kihutajana, vastasel korral aga vahendlise täidesaatjana või võimulõialduses selle järele kumb süüteju karistuselt raskem. Järelikult siin on tegemist vastava käsupeale korralasaadetud süüteo osavõtte ja võimulõialduse delictum sui generis ideaalne konkurents.

Palju suuremal määral on käsk siduv kaitseväeteenistuses. Kaitseväe Sisemäärustiku § 16 järele peab käsualune täitma vastuvaidlematult kõik ülema käsud, väljaarvatud ilmsi kuritegelikud, mille juures on ükskõik, kas käsk on sihitud raske kuritöö, kuritöö või ülekastumise peale, mis väljendub sõnades „kuritegelikuks loetakse käsk, mis nõuab Eesti Vabariigi seadustega karistatava süüteo korralasaatmist." Sisemäärustiku § 17 järele seadusevastane käsk, mille täitmisega käsualune süüteju toime ei pane, täidetakse vastuvaidlematult, tagajärgede eest

vastutab käsundaja (teisiti kodanlises riigiteenistuses Riigiteenistuseseaduse § 25 järele)

Loomulikult peab käsu suurem sidumus kaitseväeteenistuses ja vali distsiplin suuremal määral nõudma lubama sõnad kõrvalolatavatele asjaoludele. Tegelikult on seda ka sõjaväe nuhtluse seaduses (S.N.S.) § 69 kaudu teinud, mille järele: „ne loetakse kuritegelikuks tegevuseks, tehtud käsu täitmisel, käsu täitmisel ülemuse käsu täitmisel, kui käsk anti teenistuse alusel ja alluv pidas ennast käsu andjale alluvaks ja kui alluv ei teadnud käsu kuritegelikkusest."

Sellest § 69 redaktsioonist võime järeldada: a) meie kaitseväe seadused ei tee kuritegelikku käsutäitmist mingil tingimusel alluvale süüdlaseks, mispärast käsualuse kaitseväelase saates korda ülema käsul süütegu vastutatab täideviijana karistuse fakultatiivse vähendamisega § 69 alusel 1-3 astme võrra, ülem aga kihutajana, mille juures tuleb tähele panna S.N.S. § 72 ja 141 ning teiste paragraafides

tooduse reegleist, või tema vastutab S.K.S § 141 etc. ettenähtud võimuliialduses (süüteg= ole ideaalkonkurents) olenevalt sellest mis= sugune süüteg on karistatavuselt suurem (Vene Peasõjakohtu seletused №№ 2/1905 a, 57/1900, 7/1890, 72/1893 a ja Teised S. K. S. Dadaschevi väljaande järele § 141 juures).

b) käsualune vabaneb karistatavusest ülema kuritegelikul käsul kordasaadetud süüteost kui S.K.S. § 69 mõtte kohaselt käsualuse isikus esinevad süüteo kordasaatmisel kumulatiivselt (mitte alternatiivselt) eksitus käsu iseloomus (arvas, et käsk oli antud teenistusalal) ja eksitus teo kuritegelikkuses (arvas, et tegu ei ole süüteg=)

Viimasel korral oleks ka meie seaduste seisukohalt mõeldav ja tarvilik ülema karistatavuse vahendliku täidesaatmise instituut. Selle küsimuse käsitamine kuulub aga juba päsitatud p. 3. juurde (vt. lhk 34/35). Alternatiivse eksituse puhul leiavad kohaldamist eelpool (p. a) toodud põhimõtted

5. Erandliselt konstrueeritakse vahendline

täidesaatmine ka nendel juhtudel, kui füüsiline täidesaatja tegutseb tahtlikult.

Tavaliselt jaotatakse need süüteod, kus osutub tarvilikuks vahendliine täidesaatmine tahtliku ainõu kaudu (mittelbare Täterschaft durch doloses Werkzeug) kahte liiki. Esimesse kuuluvad süüteod, mille koosseisud nõuavad süüteo korraldaajalt erilist sihti (Absichtsdelikte), nagu omastamise siht varguse juures, dokumendi järele- või ümbertegemine õige pähe tavritamise sihil-dokumendi võltsimisel (KrSS 409 etc.). Teise liiki kuuluvad n.n. eridelikstid (delicta propria), s.o. süüteod, mille koosseisud näevadette ära korraldaatjana ainult teatud isikut (subjekti modalisteet). Vätame need vaatluse alla ülevaltoodud järjekorras.

A) Mõnedes süütegude koosseisudes on ülesvõetud konstitutiivse elemendina eriline kvalifitseeritud dolus teatava sihi, eesmärgi näol süüteo korraldaatmisel, ilma milleta on täidesaatmine stricti juris võimata. Varguse koosseisus (§ 548) on selleks - omastamise siht, dokumendi võltsimisel (§ 408 etc.) selle järele - või ümber-

tegemisel õige pähe tarvitamise siht. Tekib küsimus, kuidas on, näiteks, karistatavad peremees ja sulane, kui esimene lasi teist naabrilt omastamise sihiga tema võõrast varandust. Sulane ei saa strikti juris täideseaatjaks olla, kuigi tema saatis füüsiliselt ja vahetult sõidu korda, sest sulasel puudub seaduslega nõuetav omastamise siht. Väljapääsu ummikust leiab doktriin selles, et peremees tehakse vahendliseks täideseaatjaks, kuna sulane kaasaaitajaks et vältida viimase karistamatlust. Füüsiline tahtlikult tegutsev isik on järelikult ühel ajal teise käes abinõuks ning kaasaaitajaks.

Ots tarbekohasuse huvides on varnaselt koostegutsevate isikute osad vahetatud ümber. Sellel seisukohal asuvad Liszt 220, Mayer 379, Sauer 478, Petri 27, Finger Compendien 578, Ackermann 32 etc.)

Saksa riigikohtu praktika seisukohalt ei asu ühes paljude teoreetikutega (Buri, Geib, Köstlin, Berner etc.) subjektiivsel printsiibil ei lahenda vahendlise täideseaatmine tahtlikult tegutseva abinõu kaudu mingit erilist probleemi, sest osaliste eristamise

kriteeriumiks ei ole subjektiivse kooli seisukohalt nii-võrd kooseisu täitmine, kui-võrd valitsev dolus (Dolustheorie) või huvi (Interessentheorie).

Peremees tegutseb omades huvides, ta on ja-relikult täidesaatja, sulane võõrastes huvides-kaasaaitaja. Subjektivistile on see probleem loogiliselt nende tõekspidamiste konsekventne lahendamine, objektivistidele selle vastu otstarbekohasusest tingitud printsiibilageduse sätte kordasaatjate (osaliste) eritlemisel. Liszt-Schmidti järele ei ole siin õieti tegemist kaht-liku abinõuga, sest sulasel puudub seadusega nõuetav eriline dolus.

Teised (Bar 627, Perten 140, Berolzheimer 27, Michael 66, Döderlein 21 etc.) asuvad vahendlise täidesaatmise võimaluste kohta kahtliku abinõu kaudu järsult eitaval seisukohal. „Die herrschende Ansicht nimmt hier das Gegenteil an, kommt aber damit zu einer völlig verkünstelten Auffassung - insbesondere auch zu dem widersinnigen Satze, das ein doloses Werkzeug denkbar sei." (Bar 627). Nende vaadete kohaselt peremees

on kihutaja, sulane aga täidesaatja, mille juures ülevalnimetatud autorid on tunnistud seda omastamise sihi mõistet laiendama selles mõttes, et küllaldaseks tuleb lugeda täidesaatjana karistamiseks omastamise sihi teadvust teise juures, sulasel ei pruugi seda aga olla (eriti Frank 87, Peters 140).

Kõik need kontroversid on mõeldavad ka meie kriminaalseadustiku seisukohalt selle vahega, et dokumendi võltsimises ei ole vahendliine täidesaatmine tahtliku abinõu kaudu lubatav, sest seaduse järele ei vastuta dokumendi võltsija täidesaatjana mitte ainult siis, kui temal enesel on dokumendi järele- või ümbertegemisel selle õige pähe tarvitamise siht, vaid ka siis kui ta teadis, et et tema tegu oli määratud selleks sihiks, nagu see expressis verbis on väljendatud KrOSs 407, 408, 409, 410 etc.

3. Vahendliine täidesaatmine võib üleskerkida ka nendes süütegudes, misla võib korda saata ainult eriline subjekt (delicta propria). Need süüteod on väliselt

tavaliselt tuntavad sellest, et süüteo koosseisud sisaldavad vastaba subjekti tähendust, nagu „välismaalane", „riigiteenija", „laevakapten", „Eesti Vabariigi kodanik" jne.

Delicta propria jagunevad kahte gruppi ühedes on erisubjekt ainult süütegu kvalifitseerivaks tähenduseks (mitteehtsad eridelikte), teistes on erisubjekt aga süütegu määravaks (põhjendavaks) momendiks (ehtsad eridelikte)

Tekib küsimus, kuidas on karistatavad osalised, kui eridelikti subjekt mitte ise koosseisu ei täida, vaid saadab süüteo korda kellel, subjekti eriomadustele mittevastava, isiku kaasatamisega.

Selle küsimusele vastamisel peab toetuma KrS § 57 tovolud määrusele, et „erilised isiklikud vahekorrad ja tingimused, mis määravad, suurendavad või vähendavad mõne osalise karistatavust, ei mõjuta teiste osaliste vastutust." Ehtsas eridelictis on süüteo subjekti eriomadus nimelt niisuguseks karistatavust (vastutust) määravaks asjaoluks, mispärast on selge, et füüsiline täide-

saatja, kes ei vasta subjekti eriomadustele, sa-
duse seisukohalt ülalse süütegu ei saa korda
saata, tema teos puudub koosseisupärasus, vii-
mane on reeglipäraselt teo seaduse vastasuse
indiits (Indiz), nagu seda väidavad näiteks
Mayer (182), Sauer (308), mille tõttu vähendlik
tegutseja poolt kordasaadetud teos puudub
üks süüteo mõiste konstitutiivsetest elementi-
dest, - tegu muutub seadustiku seisukohalt ir-
relevantseks, sellega langeks ära ka vähendlikult
tegutseja eriisubjekti karistatavus, sest ta ei võtta
võib ainult süüteost

Nüüdsuste kriminaalpoliitiliselt vastu-
võtmatute järelduste ärahoidmiseks doktriin
teeb eriisubjekti karistatavaks vahendlise täi-
desaatja kaudu (nii Mayer 377, Liszt-Schmidt
321, Frank 86 etc) tahtliku abinõu kasutami-
sega, „weil sonst bei den Sonderdelikten der
potentielle Täter die Möglichkeit hätte, jede
Verantwortung abzuwenden, sofern er jeman-
den fände, der sich zur unmittelbaren Tä-
terhandlung hergiebt." (Frank 86). Vähendi-
tu tegutseja muutub aga kaasaaitajaks

(nii Mayer 412, Franx 86 etc.) Meie kriminaal-seadustiku seisukohalt jääb vastupidiselt üldse karistamatuks, sest ehtsas eridelikti on subjekti eriomadus süütegu määravaks asjaoluks (vt. ka U. N. S. § 51 motiivid lhk 204, samuti lhk. 1395). Sellel seisukohal asub ka Vene senat rea otsustes (Saxissovi asi № 40/1882, Melnikov № 13/1884 a ja paljud teised, vt. 1845 a. Tagantsevi N.S. § 11 juures seletused). Meie kohtute praktikas on olnud püüdeid karistatavaks teha ka subjekti eriomadustele mittevastav isik.

Vastavalt meie K.S. seisukohale ei saa ka subjekti eriomadustele mittevastav isik vastutada ei kihutajana ega kaasaaitajana. Vene senati seisukohal asub üldiselt ka Vene teoria (Tagantsev Kypcr 106, Lexisin 796, Mintz 109, Sergejevski 357). Samuti ka Posnõschev (398/399) selle vahega, et tema võimalolab vastutusele votmist kihutajana ja kaasaaitaja isikut, kes subjekti eriomadustele ei vasta, milline seisukoht ei ole stricti juris õige. Üldse peab tähendama, et ainult väga vähestes süütegudes on võimalik puhtas (ehtsas) eridelikti

kasutada kooseisu täitjana teist subjekti eri-omadustele mittevastavat isikut.

Saksa teooria lahkuminek selles küsimuses on tingitud sellest, et SLGB ei räägi üldse süütegu määravatest asjaoludest, mispärast Saksa teooria ja praktika argumentum e contrario kaudu järeldavad, et süütegu määravad asjaolud ei kõrvalda süüteo kordasaatja karistatamust (Mayer 412, Liszt 231, Bar 669 Baumbach v. Kaimberg 39, Franc 107 etc.)

Teine osa teoreetikuid (Bar 627, Michael 66 etc.) eitab tahtlikku abinõu kasutamist kaasüün, kuna Berolzheimer (30) väidab, et niihästi vahendline kui ka vahenditu tegutsejä jäävad seaduse täpse redaktsiooni järele nolens volens karistamatuks.

Meil ei pruugi neid väga mitmekesiseid kontroverse pikemalt käsitada, kuna need meie seadustiku erineva seisukoha tõttu eseõralist huvi ei paku.

Mis puutub aga mittechtsatesse eridelik-tidesse, siis on eriisubjekt seal ainult süütegu kfalifitseerivaks elemendiks; vahenditu tegut-

seja vastutab vastavo ülolsüüdlus järeld, erisubjekt aga erisüüdlus (ülevaltsvoldud Venesenati seletus Sarkissovi ja teiste asjus), milline on ka Saksa teooria ja praktika.

II Eelpool olid vaatluse esemeks need üksikud juhud, kus praktika ja teooria on sunnitud konstrueerima vahendlise täidesaatmise instituudi; need on juhud, kus vahenditult tegutseja ei saa seaduslikkudel põhjustel täidesaatjaks olla ning laskub teise käes tööriista, abinõu, seisukohale. Sellest ülevaatest nägime et teoorias ja praktikas kujunenud vaatekohad on tihti vaga vaieldavad.

Sama vaieldav on küsimus, kas on vahendlise täidesaatmine võimalik samal ulatusel kui vahenditu täidesaatmine või on vahendlise täidesaatmise ulatus sellest kitsam või laiem, teiste sõnadega, kas on vahendline täidesaatmine võimalik kõikides süüdetegudes. Communis opinio doctorum järele ei või vahendlise täidesaatmise ulatus juba loogiliselt laiem olla vahenditu täidesaatmise ulatusest. Kui süüdlus kosseis näeb ette erisubjekti, siis võib ka vahend-

Ex bibl. univ. Tart.

liseks täiteasatjaks olla ainult kooseisu subjekti eriomadustele vastavisik. Mitteteenija ei saa järelikult olla puhtteenistuslise süüteo vahendliseks täiteasatjaks. Selle vastu väidlevad ainult paar häält, et vahendliseks täiteasatjaks võib olla puhtas eridelikti ka subjekti eriomadustele mittevastav isik. Sellel seisukohal asuvad Brandt (11) ja Finger omas õpperaamatus Sarsa StGB kohta. „Durch das Mittel eines anderen Person kann man als Täter ein Verbrechen begehen, dessen man ohne Benutzung eines solchen Werkzeuges nicht schuldig werden könnte, so kann z. B. ein Nichtbeamter ein Amtsverbrechen, eine Frauensperson eine Nötzucht begehen (Finger, Lehrbuch 337, viimase näite kohta ka Mayeri märkused lhk. 377 m. 3), samuti ütlek Brandt (11): „denn während die unmittelbare Begehung eines Amtsdelictes einem Beamten, eines Militärdelictes einem Soldaten .... giebt die Form der mittelbaren Täterschaft jedem die Möglichkeit, durch Benutzung jener Personen den Tatbestand aller Delicte zu verwirklichen." Omas hiliseimas töös (Compendien-Austria õiguse kohta, lhk 579) on

Finger omast esialgsest vaatest ka loobunud

Et vahendlline täidesaatmine ei ole mõeldav laiemas ulatuses, kui vahenditu täidesaatmine, siis ei ole sellega veel öeldud, et ta peab või võib olla kitsemas ulatuses. Viimases küsimuses valitsevad olulistviinis sillutamatud kontroversid. Seaduse rakendamise otstarbekohasuse või ideede loogilise arenemise seisukohalt on aga kõik vaated ühel või teisel määral puudulikud.

Vähemus (Bar 641, Brandt 27, Döderlein 27, Dreyer 53, Petri 53, Liszt 218) viib läbi sirgjooneliselt põhimõtte, et vahendlline täidesaatmine on võimalik erandilult kõikides pendy-tüüpides, kus see võimalik vahenditult tegutsedes. Vahendlise ja vahenditu täidesaatmise ulatus on võrdne.

See seisukoht tekitab üksikutel juhtudel, nagu väidetakse literatuuris absurdseid otsuseid. Liszti ja teiste järele peaks isik, kes kihutab hullumeelset viimase (hullumeelse) emaga astuma suguelisse ühendusse, olema karistatav vereseganises (Inzest) olgugi, et kihutajal puudub hullumeelse emaga igasugune

sugulusvahekord (pogembenne omnomenie).

Suurem enamus osab seisukohal, et teatavad delictid on omalt iseloomult sarnased, et need vahendlist täidesaatmist ei võimalda

Ühed, jagades kõik süütesd materjaal- ja formaaldelictideks, peavad võimalikuks vahendlise täidesaatmise ainult esimeste juures (nii Beling 236 p.1, Frank 86, Perten 128). Selle peale küsib M. E. Mayer (378 p.2), mispärast ei või talunik, kes oma alla 12 aastase lapse ratsa galopis mööda tänavat saadab, vahendliseks täidesaatjaks olla ülemäära kiires sõidus (StGB § 366 p.2). Samuti ei peeta võimalikuks vahendlist täidesaatmist omissiivdelictides.

Bindingi järele (samuti M. E. Mayer 378, Frank 86, Perten 128 etc.) ei ole vahendlline täidesaatmine loogiliselt võimalik, valesanduses, samuti peab sõjavõejooksik „mit eigenen Beinen laufen." Need on n. n. „eigenhändig begehbare Delikten" Bindingi terminoloogia järele.-

Mayer (378) arvab, et üldse ei ole võimalik in thesi ära määrata, missugused süütesd on teostatavad vaid vahetult, küsimus

tuleb otsustamisele igal konkreetsel juhul eraldi vastavalt süüdlase iseloomule, mis lingitud sellest, et vahendlise täidesaatmise instituut ei ole seadusega normeeritud, vaid on konstrueeritav vastavalt eriiseloomulistele reaalnähtustele.

Nende vaated, kes ei võimalda vahendlist täidesaatmist kõikides süütegudes, on loogilisemalt õigemad ja ei tekita paradoksaalseid otsuseid, kuid on puudulikud otstarbekohase seaduse rakendamise seisukohalt, jättes karistamatuks vahendlise tegutseja niisugustes süütegudes, kus see süüdlase iseloomu kohaselt vahendliselt täita võimata (nullum crimen sine lege). Sellest tekkivate lühikeste täitmiseks on tehtud mitmesugused ettepanekud, millest peatume hiljem ainult ühe juures.

III. Seni käsitasime peamiselt kihutaja transformatsiooni vahendliseks täidesaatjaks.

Doktriinis kaugelt suurem osa teadlasi seavad kaasaaitaja samale seisukohale, kus on

kihutaja väites, et ka kaasaaitaja muutub vahendlikseks täidesaatjaks juhul, kui vahendlik tegutseja ei saa seaduslikkudel põhjustel täidesaatjaks olla. Mõned (Mayer 377, Liszt-Schmidt 320 m. 10 ja 328 m. 2, Bauer 103, samuti Mayeri järele Binding) teoreetikud ei pea võimalikuks kaasaaitaja muutumist vahendlikseks täidesaatjaks, sest kaasaaitamine on määratud seadusega kindlaks objektiivse kriteeriumi alusel, seda objektiivset kriteeriumi ei tohi ületarbekohasuse huvides maha lõhkuda. Teisiti on kihutaja muutumisega vahendlikseks täidesaatjaks, sest niihästi kihutamine kui ka vahendlline täidesaatmine on oma objektiivse struktuuri poolest täielikult ühtlased; „beide sind Veranlassungen der Ausführung, beide fügen sich dem vom Gesetze nicht gebrauchten Begriff der Urheberschaft" (Mayer 378), mispärast Binding panekski ette uue seadustiku valmistamisel kihutaja mõistest loobuda ja konstrueerida „Urheber" mõiste, mis haaraks ühtlaselt kihutaja ja vahendlise täidesaatja mõisted.-

IV Vahendlise täidesaatmise määrab ära

objektiivselt asjaolu, et vahenditu tegutseja ei saa täidesaatjaks olla. Siin kohal peatume küsimuse juures, missugune tähendus on subjektiivsel momendil vahenditu tegutseja õige iseloomu kfalifikatsiooni näol vahendliselt tegutseja juures, teisisõnadega, missugune tähendus on vahendliselt tegutseja eksitusel küsimuses, kas vahenditu tegutseja saab täidesaatjaks olla või mitte. Jätame kõrvale subjektiivse kooli seisukohad osaliste eritlemises, kuna sellelt seisukohalt ei tekita eksitus mingisugust iseseisvat probleemi. Kui isik tegutseb valitseva olukorra või omades huvides, siis on ta alati täidesaatja olenemata sellest, millist osa ta täitis objektiivselt. Kõige suurema tähenduse omab eksitus objektiivse kooli seisukohalt, põhjustades objektiivistide hulgas suured lahkuminekud küsimuse lahendamisel.

Eksitus võib olla kahesugune: 1) objektiivselt kihutaja arvab ennast olevat vahendlise täidesaatja, 2) objektiivselt vahendliine täidesaatja arvab ennast olevat kihutaja.

Esimese küsimuse juures asutakse peegi

ühemeelselt seisukohal, et eksitus on süüsuse=sel juhul irrelevantne. Hoopis suured on kont=roversid teise küsimuse juures. Ühed (Mayer 393 m 7, Liszt-Schmidt 315 m. 2, Liszt 218 m 2) ei anna ka siin eksitusele mingisugust tähen=dust, teised (Frank 85 Mintz Beihilfe 136) näe=vad siin ainult ettevaatamatut süütegu, s. o. kihutaja olulisega vahendline täidesaatja jääb ülalse karistamatuks, kui seadustik ei sisalda vastavat ettevaatmatult kordasaa=detavat süütegu, kui aga seadustik näeb ette ka vastava ettevaatmatult kordasaade=tava süütegu, siis langeb viimane võrdlemisi väheses karistuse alla olgugi, et vahendliselt tegutseja saadab korda süütegu tahtlikult.

Kolmandate (Beling 253 p. 3) järele on siin tegemist ainult mittekaristatava võõra teo ettevalmistusega, kuna neljandate järele (näi=teks, Bar 626 m. 60 ja 629 ja mõned teised) eksijä muutub vahendliseks täidesaatjaks. Siin jure=res tuleb tähendada, et Bar asub osaliste piiritlemises vahepealsel seisukohal. Üldiselt samasuguse tähenduse antakse ka kaasaitaja

eksituse le nende teoreetikute juures, kes võimaldavad ka kaasaaitaja muutumist vahendliseks täidesaatjaks, mille juures mõned arvavad et kaasaaitamine vahendlise täidesaatja doluses ega on karistamata tegu (nii Binding 132, Berolzheimer 314)

2. Vahendlise täidesaatmise hinnang ja uued ettepanekud.

Eelpool oli vaatluse esemeks vahendlise täidesaatmise probleem dogmaatilisest küljest, nii nagu see on välja kujunenud õiguse doktriinis ilma, et oleksime kontroversides käesoleva töö ülesande kohaselt kindlat seisukohta võtnud, kuivõrd seda ei kirjutanud ette Eesti kriminaalseadustiku lähtuminevad normid oletusel, et viimane asub samal ekstreemaktsessoorsel seisukohal, nagu Saksa 1870. aasta StGB.

Kindlate vaatepunktide punkteerimine ei olnud käesoleva töö ülesanderes sellepärast, et töökorraldaja arvates meie seadustik ei

vaja vahendlise täidesaatmise instituuti, nagu see selgub ja põhjendatud hiljem, mis-pärast eeltoodud osa (II-1) ülesandeks oli valgustada vahendlise täidesaatmise üksikuid probleeme n. ö. fotograafiliselt, et käesolevas osa (II-2) selle lühikest hinnangut anda ja järgnevas osas (II-3) lahendust leida küsimusele, kuidas tuleb vahendlise täidesaatmise institutsioonile suhtuda meie kriminaalseadustiku normide vaatekohalt.

I. Vahendlise täidesaatmise probleemi ülevaatest selgus, et see institut seab üles suure arvu mitmekesiseid probleeme; üksikutes küsimustes valitsevad suured mõttete lahkuminekud ja sillutamatud kontroversid, mispärast see institut kõige pealt juba oma liiga komplitseeritusse tõttu ei ole õnnelik kriminaalteooriale.

Seadus on vahendlise täidesaatmise instituudi täielikult mainimata jätnud. Ekib küsimus, milles on selle instituudi raison d'être, millele on rajatud selle probleemi

olemasolu. Kas on siin tegemist põhimõtteliste vaatekohtadega ning ideede loogilise arendamise tarvetega või peituvad vahendlise täidesaatmise institutsiooni aluseid rohkem utilaristlistel kaalutlustel seaduse otstarbekohasema käsitamise nõuetest.

Võib olla on vahendlise täidesaatmise probleemi olemasolu õigustajaks puht põhimõttelised vaated isiku peale, kes teatavatel juhtudel laskub abinõu, tööriista, seisukohale, muutub teise käes nagu surnud materiaks, mille kaudu see isik võib realiseerida oma kuritegelikke kavatsusi, mina kihutamise puhul olukord on hoopis teistsugune.

Tuleb konstateerida, et inimene võib teatavalt vaatekohalt vaadatuna muutuda teise käes tööriistaks, millal vahenditu tegutseja ja surnud materiis differentsid vahendlise tegutseja seisukohalt nähtuna nivelleeruvad.

Tööriista mõiste ei ole kindlaks määratud seadusega, ta on reaalne nähtus. Tavaliselt mõistetakse tööriista all iga abinõu, mida inimene kasutab teatava sihi saavutamiseks

milline abinõu ei piirdu mitte ainult eluta looduse ga, vaid töövüistaks võivad olla selle mõiste kohaselt ka elus loodus, selle hulgas ka inimene.

Igapäevases kõneluses tarvitatakse (abinõu) töövüista mõistet vitsamas mõttes, selle all mõistetakse abinõu, asja, millegi valmistamiseks, mida inimene oma kehaorganitega ükskinda mitte ei suuda teha.

Käesolevaga tekib küsimus, kas on olemas põhimõtteline vahe vahendiku tegutseja isiku tes vahendliku täidesaatmise ja kihutamise puhul vaadatult abinõu mõiste seisukohalt (laias mõttes). Seda erinevust peab igatahes eitama

Öeldakse, et vahendliku täidesaatmise juures on tegemist isikuga, kellel puudub vaba tahe otsustada asja oma parema arusaamise järele, mispärast vahendliku täidesaatja tegu on generaalselt hädaohtlikum, sest vahendiku tegutseja (töövüistaks oleva isiku) juures ei ole süütegu vastumotiividel mingit tähendust, või see motiivide mõju on nüivõrt vähene, et see tähelepanu ei väärivi, mispärast nüüsugust isikut võib võrrelda seadusmuid materiaaga. Kihutamise juures on aga

tegemist tahtevaba isikuga, kes oma tegu hinnata oskab ning teda kellab laskumast tööriista seisukohale. See tingivadki olulise vahendliku täidesaatmise ja kihutamise vahel.

Eeltoodud väited ei ole aga kuigi kaalukad. Ex post vaatekohalt vaadatuna peame konstateerima, et kihutamise ja vahendliku täidesaatmise vahel mingisugust vahet ei olnud, kuna mõlemadel juhtudel (vahendliku täidesaatmise ja kihutamise) vahenditu tegutseja osutus vahendliku tegutseja, olgu vahendliku täidesaatja või kihutaja, käes sõnakuulelikuks tööriistaks. On ju täiesti ükskõik, kas vahenditu tegutseja osutus teise käes tööriistaks sellepärast, et tema oli süüvõimetu või puudus täidesaatmiseks tarvilik süü (vahendliku täidesaatmise juures), või siis vahenditu tegutseja juures süüteo vastumotiive ülalse ei tegutsenud (näiteks retsidiivisti juures) või siis need motiivid ei tegutsenud präventiivselt küllaldase intensiteediga (kihutamise juures). Ainutähtsusega käesoleva küsimuse juures on ainult ex post vaatekoht, ning

see juba kõigepealt sellepärast, et vahendliku täidesaatja, resp. kihutaja, poolt kuritahtlikud tegu omab kriminaalõiguslikke relevantsi alles vahendatu tegutseja teost. Kihutatav ei ole kihutaja käes abinõuks ainult siis, kui tema ex post vaatekohalt vaadatuna kihutamisest hoolimata ei saatnud kuritegu, siis ei saa ka meie sellest kriminaalõiguse seisukohalt rääkida.

Ex ante vaatlusel ei anna midagi, ta võib tuua üllatusi arvatav abinõu ei osutunud abinõuks, jättes süütuse kuritahtlikkuse saatmata.

Järelikult abinõu, tööriista, mõiste seisukohalt võime väita, et kihutamise ja vahendliku täidesaatmise juures vahendatu tegutseja vahel puuduvad printsipiaalsed lahkuminekud, mis tingiks nende mõistete juures idealist eristamise tarvet. Mõlemate konstruktsioon on põhjendamatu. Reaalselt vaatlusalt peaks tegemist olema kas ainult vahendliku täidesaatmisega, mis haaraks ka kihutamise või siis kitsendada abinõu mõistet kriminaalõiguses süümese eliminatsiooniga. Tööriista

hulgast ja konstrueerida ainult kihutamise mõiste, mis hoiaraks ka vahendlise täidesaatmise mõiste. „Es widerstrebt aber dem Gefühl einen Menschen mit einem leblosen Werkzeug, ausser in den Fällen physischen Zwanges, auf eine Stufe zu stellen." (Michael 22). Mis väärtus on pealegi kihutaja ja vahendliku täidesaatmise eritlemisel, kui selle olemasolu tingivad vahendlisest teotsejast väljaspool olevad asjaolud ja nimelt asjaolud, mis on vahenditu tegutseja juures, pealegi kui need ei pruugi eksituse irrelevantsuse seisukohalt vahendlisele tegutsejale (resp. kihutajale teatavad olla. Jätame kõrvale täiesti vastuvõtmatud vaated, et vahendlise täidesaatmise korral on taga järje ja vahendlise täidesaatja ks vahel olemas kausaliteedi side, kuna siiüline ja siiüvaimelise vahelüli olemasolul see katkeb. See vaade põhjeneb suurel määral tahtevabaduse probleemil, mille jäsele tõõriistal vahendlise täidesaatmise puhul puudub vaba tahe, kuna kihutatava tahe on vaba, katkestades kausaliteedi sideme.

Metafüüsilise tahtevabaduse probleem on teatavat sva mängimud vahendlise täidesaat-

mise idee arenemises, vähemalt on see probleem tõstnud vahendlise täidesaatmise õigustamiseks. Siin ei ole koht tahtevabaduse probleemi käsitamiseks, tähendame vaid, et uuem kriminaalõiguse teooria on tahtevabaduse probleemi ikka rohkem ja rohkem või vähemalt täielikult kriminaalõigusest välja tõrjunud, kuigi ka tänapäeva metafüüsiline tahtevabaduse probleem mõne teoreetiku juures veel tähtsat osa etendab (näit. Sauer)

II. Eeltoodud (I) põhimõttelistele käsitlustele peame juurde lisama veel järgmised:

Kihutaja ja kaasaaitaja karistatavus on olenevaks tehtud sellest, et täidesaatja saadab kordagi täielikult süüteo olgu lõpetatud süüteo või süüteo katse näol. Täidesaatja ja kaastäidesaatja juures neid nüansigust ripputust konstateerida ei või; loogiliselt peaksime ~~ka~~ järeldama, et ka vahendline täidesaatmine, kui täidesaatmise üks kujudest, peaks oma karistuselt olema ripputumatu, tema karistatavus peaks olenema ainult temast enesest.

Nüansseid järeldusi ei saa aga vahendlise täidesaatmise kohta teha. Ka seal mängib

vahenditu tegutseja, tööriist, suveräänset "osa, kes võib ette dikteerida vahendlise täidesaatja karistamattuse (kui vahelüli objektiivselt süütegu korda ei saada) olgugi, et vahendline täidesaatja on oma karistatavuseks objektiivselt ja subjektiivselt kõik teinud või teha viimast karistatavaks (kui vahenditu tegutseja, tööriist, saadab tegelikult süütes korda)

Selles mõttes lähevad kõik tööriistad inimesest- tööriistast järsult lahku, viimane annab vahendlise täidesaatmisele nagu teatava fataalse värvingu.

Oleks absurdne öelda teiste abinõude kohta, et täidesaatja on ripsuv abinõust kriminaalõiguslikus mõttes. Võib olla selle vahendlise täidesaatmise isesesvustamise sihis või, teiste sõnadega, täidesaatmisele (vahendlisele) selle loomuliku positsiooni andmise mõttes ning selle vabastamise sihil abinõu „diktatuuri" alt on Liszt (220 m. 5) ja Liszt- Schmidt (320 m. 4) vahendlise täidesaatja juba siis lõpetatud katses karistatavaks teinud, kui ta jättis asja edaspidise käigu vahenditu tegutseja.

(tööriista) hoolsus, millega vahendliise täide-saatja kaaistatavus oleks omanud tõelikult rippumattuse vahenditu tegutsejast.

StGB kui ka meie kriminaalseadustiku seisukohalt on aga Liszti ja Liszt-Schmidti väide täielikult vastuvõtmatu. KrS. § 49 nõual sõltub katseks objektiivselt teataval määral arenenud tegu, milleks on seadusega määratud „täidesaatmise algus." Kui tööriist midagi ei teinud või tegu ainult ette valmistas olgugi, et vahendline täidesaatja kõik tegi, mis vajalik, siis jäi süütegu ära küll viimase faktest rippumatul asjaolul, kuid kaaistatavuseks puudub veel teine tingimus - teo objektiivne arenemine seadusega nõutava määrani (täidesaatmise alguseni). Tapmise katse on, näiteks, alles siis olemas, kui täidesaatja (ka füüsiline täidesaatja, tööriist) tõstis revolvri, suun aga tulemata jäi temast mitteripuvatel põhjustel. Liszt ja Liszt-Schmidti järele aga juba siis, kui vahendline täidesaatja alles kihutas vahenditu tegutsejat laskma olgugi, et viimane isegi selleks revolvrit ei muretsenud või midagit ei teinud temale inspireeritud teo realiseerimiseks. Liszti seisukoht

oleks konsekventne subjektiivse kooli seisukohalt, eriti inkonsekventne on see Liszt-Schmidti seisukohalt, kes asub kindlalt objektiivse kooli vaatepunktil. Järelikult, ka siin peame konstateerima, et vahendliine täidesaatja on on degradeerunud kihutaja seisukohale, sattudes ripppuvuse tõõriistast, samuti kui kihutaja kihutatavast, mispärast ka sellelt vaatekohalt ei saa püüe tõmmata vahendliise täidesaatmise ja kihutamise vahel. Prantsuse ja sellele järele ka Belgia doktriin ning praktika ei tunne vahendliise täidesaatmise instituuti; viimane sulab seal kihutamise mõistesse (vt Bar 624 m 60)

III. Toepoolest doktriinis peaaegu puuduvad vahendliise täidesaatmise ideelised põhjendamised ning kuigi need on, siis tundub, et paratamatult tarvilikuks osutunud vahendliist täidesaatmist püüitakse ex post ka ideeliselt põhjendada, et luua teatavat teoreetilist baasi ja alust õpetusele. Et ka seadus ei ei maini vahendliisest täidesaatmisest

sõnagi, siis tuleb selle olemasolu aluseid otsida mujalt.

Nagu juba eelpool toodud, on vahendliku täidesaatmise konstrueerimise tarve tekkinud liig kaugele ulatuvast aktsessoorsusest osavõtu küsimuses positiivses õiguses. Seadus on kihutaja ja kaasaaitaja karistatavuse olenevaks teinud täidesaatja poolt korraldatud süütegust, mille juures süütegu selle mõiste kohaselt peab sisaldama kõike niihästi objektiivseid tunnuseid teo koosseisupärasuse ja seaduse vastasuse näol, kui ka subjektiivseid tunnuseid teo süülikkuse näol. Kui täidesaatja juures puudub süü, siis ei ole ta ka selle kontseptsiooni seisukohalt korda saatnud süütegu, millest argumentum e contrario tuleb järeldada, et kihutaja ja kaasaaitaja jääavad niisugusel korral karistamatuks. Et seda kriminaalpoliitiliselt vastuvõtmatut olukorda kõrvaldada, siis on doktriin ja praktika sunnitud konstrueerima vahendliku täidesaatmise instituudi, et kihutaja ja kaasaaitaja karistatavust tagada igas olukorras.

Vahendliku täidesaatmise instituut on

on järelikult häädaprobleem. „Die mittelbare Täterschaft ist nach der Teilnahmelehre des geltenden Rechts ein unbedingt notwendiger Begriff, ohne dessen Hinzuziehung eine vernünftige Rechtssprechung nicht denkbar wäre. Innere Berechtigung hat sie aber in den wenigen Fällen, wo wirklich der physische Täter als handelnde Person nicht in Betracht kommen kann." (Doderlein 31). Ka viimasel juhul ei ole vahendline täidesaatmine õigustatud, nagu see selgub hiljem. Buri nimetab vahendlise täidesaatmise instituuti „pure Fiction und Verlegenheitskunst der objektiven Theorie." Samuti ütleb Ackermann (20) „Die mittelbare Täterschaft ist also de lege lata kein sich natürlich von selbst ergebender Begriff, sondern das Supplement der Anstiftung. Er soll die negative Seite der Anstiftung ergänzen. Wo diese versagt, hat er einzutreten um eine lückenlose Beurteilung aller denkbaren Fälle zu sichern."

Hoolimata kõikidest tihti teravõttelistest konstruktsioonidest ei suuda vahendlise

täidesaatmise institutsioonil ei õnnestu praktikat rahuldada omdades suure arvu tõsiseid puudusi, mis seaduse rakendamisele suuri praktilisi raskusi tekitab. Nendest tuleks rõhkuvõttes nimetada järgmisi:

1) ta on jäänud seadusega reguleerimata ja tekkinud seaduse interpretatsiooni teel kui hädaabinõu kõikide osaliste tarvistamatu karistatavuseks. Sellega on seletatav, et vahendlise täidesaatmise probleem sisaldab pea kõikides küsimustes suure arvu kontroverse, mis seaduse rakendamisele suuri raskusi valmistavad.

Vähe on kriminaalteovaras teisi küsimusi, mis sisaldaksid sarnasel määral lahendeid, kui vahendlise täidesaatmise probleem.

2.) ta on väga komplitseeritud ja väga kirju, mis raskendab suurel määral selle instituudi käsitamist seaduse rakendamisel

3.) ta ei suuda lõpuliselt kõrvaldada neid tühikuid, millisteks eesmärgiks ta on loodud ning mismugune asjaolu on üheks vahendlise täidesaatmise peamiseks puuduseks; ta vaid aitab neid tühikuid, mis tekkinud liig

kaugele ulatavast aktsessoorsusest, teataval määral redutseeriola. Karistamatuks jääb kihutaja nendes süüdegudes, mis omalt iselloomult ei võimalda vahendlist täidesaatmist, nagu valevanne, veresegamine ja teised.

Karistamatuks peaks jäämä näiteks A, kes kihutab hullumeelset B oma (hullumeelse) emaga suguliisse vahekorda astuma (KrS § 481), sest A, kes hullumeelse emaga mingis suguluvahekorras ei ole, ei saa ka vahendliselt veresegamises süüdlane olla. Kui meie teeksime Liszti ja teiste eeskujul vahendlise tegutseja igal juhul karistatavaks, siis teeksime absurdse otsuse, et ei on süüdlane veresegamises. Tõsisem puudus on kaasaaitaja karistamattus juhul, kui vahendlitu tegutseja ei saa täidesaatjaks olla.

4) ta on seaduserastane juhul, kui meie püüdes ärahoida kaasaaitaja karistamattust (p. 3 juhul), konstrueerime ka kaasaaitamise puhul vahendlise täidesaatmise. Kaasaaitamine on meie seaduse järele (nagu seda näeme hiljem) määratud süüdlaks objektiivsete tunnuste kaudu. Seda objektiivset kriteeriumi

ei saa vaid ainult otstarbekohasuse huvides contra legem maha lõhkuda.

IV. Kõige eeltoodu põhjal võime väita, vahendiline täidesaatmine ei ole õmelix probleem, ta on vaid kannatatav pahe, mis kõrvaldab veelsumerema pahe ekstreemsest aktsessoorsusest tekkivate tühikute näol.

Nüüsuguses olukorras ei võidud doktriinis ekstreemsest aktsessoorsusest tekkivatest pahedest rahulikult mööduda, vaid on asutud teiste väljapääsu teede otsimisele nende kõrvaldamiseks. Need püüded on kajastunud ka seadusandlistes katsetes kriminaalseadustikunde uuemates projektides. Selle juures on ettepanekuid, mis sihivad osavõtte probleemi radikaalsele ümberkorraldamisele süüteo osaliste iseseisvustamise suunas. Narva 1902. aasta kriminaalseadustiku eeskujul.

Teised ettepanekud kannavad kompromiss iselooomu püüdes kõrvaldada maksvatest seadustikundest valusamad puudused, säilitades osavõtte institutsiooni põhialused,

mille juures paranduste ja ettepanekute tuli-punktiks on ikka olnud osaliste rippuvuse küsimus. Nende püüete ja ettepanekute läbivaatamine ei kuulu käesoleva töö ülesannetesse, peatume vaid ühe juures ja nimelt sellele, mille tegi M. E. Mayer kõrgepealt Liszt-Aschroti poolt väljaantavas ajakirjas: „Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches" 1910 aastal ning on hiljem korratud tema õpperaamatus Saksa kriminaalseadustiku (StGB) kohta, kuna see annab aluse küsimuse lahendamisele meie kriminaalseadustiku seisukohalt.

Mayeri seisukohal asub ka de Hoyo Ferenda Beling.

M. E. Mayer lähtudes osavõtu küsimuse laialdatuslisest ümberkorraldusest, näeb väljapääsu puudustest seadusega liig rangele ulatuvas rippuvuse põhimõtte kõrvaldamises ja selle asendamises vähema rippuvusega.

Seaduse paheks on see, et ta statueerib kihutaja ja kaasaaitaja karistatavuse rippuvuse süüteo toimumisest (teo kooseisupärasus, seadusevastasus, süülikkus); tuleviku seadus peaks

seda rippuvust reduteerima ja statueerima rippuvuse ainult süüteo mõiste objektiivsest osast (teo koosseisupärasus + seadusevastasus), mis moodustavad n.n. piiratud (limiteeritud) aktsessoorsuse. Kihutaja ja kaasaaitaja karistatavuseks oleks küllalt, kui täidesaatja paneb toime koosseisupärase ja seadusevastase teo.

Veel vähem rippuvus, rippuvus teo koosseisupärasusest (Mayeri järele n.n. minimaalne aktsessoorsus. lhk 391) ei ole praktiliselt kasutatav „da die Teilnahme an einer nicht rechtswidrigen Handlung (z.B. Anstiftung zu einer berechtigten Ausübung des Züchtigungsrechtes) als strafbar nicht in Frage kommen kann" (Mayer 391)

Õieti ütleb Beling (454/55): „es leuchtet nicht ein, weshalb nicht der Teilnehmer der von einem Jugendlichen, dem die Einsicht fehlte, oder von einem Kinde, oder Geisteskranken, oder sonst Schuldlosen begangenen Tatbestandsverwirklichung eben als Teilnehmer soll bestraft werden können, sondern man hier zur Figur der mittelbaren Täterschaft seine Zuflucht soll nehmen müssen." Eksiarvamiste ärahoidmiseks

peame tähendama, et ka Belingi järele peab see kooseisutäitmine olema seadusevastane (vt. Beling 458/9)

Saksa StGB järele kaitsus Herzog (Gerichtssaal XXX) põhjendada osavõtte ripsuvust ainult kooseisupärasest teost oletades, et seadustik mõistab süütegu mitmes mõttes ning, et osavõtte normides on süütegu arvatud vaid teo kooseisu täitmise mõttes. Tema katsed said aga õigusteoorias üksmeelselt tagasilükatud (vaata Birkmeyer 161, Berolzheimer 9, Dödderlein 14/15, Gierlich 49 etc), arvesse võttes et positiivne õigus kuidagi Herzogi poolt toodud argumentatsioone ei luba. Herzogi vaated peale selle seadusevastasuse olid veel puudulikud selles mõttes, et seaduse rakendamine oleks pidanud üksikutel juhtudel kokkupõrkama minimaalaktsessoorsusest (ripsuvus ainult teo kooseisupärasusest) tekkivate pahedega, mis väljendusid selles, et juhtudel kui kooseispärane tegu eranõliselt osutub seadusepäraseks, osalised olexid sattunud ikkagi karistuse alla koolimata täidesaatja teo seadusepärasusest (näit. hädakaitsel)

Saksa 1909 aasta „Vorentwurf" asub komisjoni motiividel täielikult limiteeritud aktsessorsuse seisukohale (motiivid §§ 78, 79 juurde, Mayer 411 m. 14, Döderlein 50 etc.), mis on komisjoni motiivide järele läbiviidud sellega, et süüd ja karistatavust kõrvaldavad (mis delikti iseloomu puutumata jätavad) asjaolud on ühte sulatatud isiklikkudeks karistatavust kõrvaldavateks asjaoludeks – „ein nicht ernst zu nehmendes und allgemein zurückgewiesenes Argument." (Mayer 411 m. 15). Selle juures ei teinud aga komisjon projektis (eelkava) statueeritud limiteeritud rippuvusest tõsilikke järeldusi ja kavatses alalhoida vahendliku täidesaatmise institutsiooni peaaegu endises ulatuses. Ümberkorraldamise sihid olid õige tagasihoidlikud. „Nur in einem ist scheinbar eine Verbesserung getroffen worden, nämlich dass der Anstiftende, der nicht weiss, dass der andere die Tat in Irrtum oder Geisteskrankenheit verübte, jetzt seine wohlverdiente Teilnehmerstrafe erhalten kann, was jetzt nach der Auffassung der Kommission,

die auf dem Standpunkt der Birkmeyerschen Kausalitätstheorie steht, nicht möglich war (Döderlein 58, vt. ka „Vorentwurf" §§ 78, 79 motiivid lk. 311). Vorentwurfi motiivide vastu astus välja M. E. Mayer (Liszt-Aschrott - Die Reform...), kes väitis, et seadustik vahendlise täidesaatmise säilitamise suhtes sugugi nüüsugusel vastuvõtmatul seisukohal ei asu, nagu see arendatud eelprojekti motiivides ning, et seadus asudes limiteeritud (piiratud) rippuvuse seisukohal, kõrvaldab vahendlise täidesaatmise täielikult (vt. ka Mayer 411 m.m. 14 ja 15).

Kuivõrd kombel põhjendas M. E. Mayer piiratud aktsessoorsust eelprojekti (Vorentwurf) § 80-ga, mis ütleb, et „persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen, vermindern oder ausschliessen, werden nur hinsichtlich derjenigen berücksichtigt, bei dem sie vorliegen."

Otsustava tähenduse selles normis omavad nimelt karistatavust kõrvaldavad asjaolud. Eelprojekt mõtles nende all ainult „höchstpersönliche Strafausschliessungsgründe" - samas tähendes

neid M. E. Mayeri arvates ekslikult „persön-
liche Eigenschaften oder Verhältnisse" isiklik-
kude karistatavust kõrvaldavate asjaoludega,
kuna seadus (Mayeri järele) nende (s. o. esimeste)
all kõiki karistatavust kõrvaldavaid asjaol-
sid, mille hulka kuuluvad „sämtliche Gründe,
die die Schuld und ein Teil der Gründe, die
die Rechtswidrigkeit ausschliessen (Döderlein
60). Selle kontseptsiooniga oli ekstreemaktsessoor-
sus suurel määral reduteeritud, millega va-
hendline täidesaatmine osutus täielikult
ülekliigseks. Üks tõsine puudus jäi eeltoodud
konstruktsiooni ikkagi, mida ei saadud sealt
kõrvaldada. Et karistatavust kõrvaldavate
asjaolude hulgas on ka väike osa niisugu-
seid asjaolusid, mis kõrvaldavad oma isiklik-
iselaadsuse tõttu ka teo seadusevastasuse, siis
kujuneb § 80 alusele rajatud vähendatud
aktsessoorsus puuduliseks selle tõttu, et
nendel vähestel juhtudel on karistatavad osalised
teost, mis on seadusepärane

Saksa n.n. „Gegenentwurf" 1911 aastast asub
samuti limiteeritud aktsessoorsuse seisukohal

kuid ei tee sellest järeldusi vahendlise täidesaatmise suhtes (selle kõrvaldamiseks).

Enne kui asuda meie kriminaalseadustiku juurde, vaatame veel, missugusel seisukohal asub Saksa kõige uuem projekt „Entwurf eines allgemeines Deutschen Strafgesetzbuches" – 1927. aastast. Siin on uued ideed kõige reljeefsemalt mõjule pääsenud, kuna vana 1870. aasta StGB puudused olid selleks ajaks põhjalikumalt avastatud ning uued vaated juba teoreetilises puhastustules oma õigust ~~juba~~ näidanud. Projekt olles teadlik positiivõiguse puudustest on asunud kindlalt limiteeritud aktsessoorsuse seisukohale ja on leinud sellest ka vastavad järeldused vahendlise täidesaatmise suhtes. „Die Bestimmungen des geltenden Strafgesetzbuches geben verschiedenen Zweifeln und ~~und~~ Streitfragen Raum und lassen Lücken, welche die Auslegung nicht auszufüllen vermag" (motiivid). Kihutaja ja kaasaitaja karistatavuseks on küllaldaseks arvatud süüdi täitmine objektiivses mõttes, millega on „extremakzessorische Auffassung der Anstiftung aufgegeben."

(motüvid)...„Damit wird der Begriff der mittelbaren Täterschaft zum grossen Teil überflüssig."(motüvid). Kuid nastüvid ei julge seda süüki täielikult kõrvaldada: „sein Anwendungsgebiet beschränkt sich auf die Fälle, wo der handelnde blindes Werkzeug des Urhebers, wo er in einem Irrtum befangen ist."(motüvid). Näiteks on toodud valesignaalidest teadlastele kaljudele meelitatud tüürimees-„von ihm kann man.... ohne der Sprache Gewalt anzutun, nicht sagen, dass er Tat ausführt"..„Für solche Fälle mag man (tähendab mittekategooriliselt) den Ausdruck-mittelbare Täterschaft-beibehalten."(motüvid)

Kas nüüsugune kompromiss õigustatud, sellele vastame hiljem Eesti kriminaalseadustiku vaatlemisel. Küsimuse, milliste abinõudega on põhjendatud limiteeritud aktsessoorsus 1927 aasta projekti järele, vastame samuti hiljem meie seadustiku käsitamisel, sest oma redaktsioonilistе võttete suhtes on meie seadustik ja 1927.a. Saksa projekt käesolevas küsimuses oluliselt ühtlased.

Siin käsitasime pikemalt Saksa uuemaid kaalusid vahendlise täidesaatmise küsimuse

lahendamisel, isegi rohkem kui see vast õigustatud oleks. See oli aga tarvilik selleks, et tutvuneda lineeritud aktsessoorsuse põhjendamise meetoditega ning selleks, et need annavad häid juhiseid edaspidise töö koostamisel ja vigade ärahoidmisel.

Et nüüd on selgunud ekstreemaktsessoorsusest tekkinud ja sellest loodud vahendlise täidesaatmise pahed ning ettepanekud nende pahede kõrvaldamiseks, siis võime üle minna Eesti kriminaalseadustiku vaatlemisele

3. Vahendlise täidesaatmise küsimus Eesti kriminaalseadustiku järele.

I Esmalt selgitasime vahendlise täidesaatmise probleemi, nii nagu see on kujunenud doktriinis (II-1), andsime sellele lühikese hinnangu ja näitasime ühtlasi osa ettepanekute peale probleemi paremaks kõrvaldamiseks (II-2), mis lõpuks leidsid väljendust seadusandlistes kaalutes. Ülevaatest nägime, milliseid tõsiseid puudusi on ekstreemaktsessoorsuse

ja sellest järgneval vahendliise täidesaatmise institutsioonil ning missuguseid puuduseid ei ole suutnud kõrvaldada seaduse interpretatsioon hoolimata kõikidest teravmõttelistest ja tihti kunstlikkudest konstruktsioonidest.

Tekib äärmiselt tähtis küsimus, kas peame meie vahendliise täidesaatmise institutsioonist kõige selle pahede ja puudustega meie tulevases kriminaalõiguse praktikas adopteerima, või pakub ka meie seadustik võib olla selle korraseadjatele alateadvuselt küllaldaselt abinõusid probleemi rahuldavaks lahendamiseks. On selge, kui seadus asub de lege ferenda vastuvõtmatul seisukohal statueerides ekstreemaktsessoorsuse, siis peame valens nolens leppima ka vahendliise täidesaatmise pahega, mis omeli teataval määral kindlustab seadustiku vahegi rahuldavat rakendamist ja aitab kinni katta osaltsi kaugele ulatavat ripsvuvusest tekkivad tühikud, ning meie ei tohi seadusega püstitatud norme vägivaldselt ääranata.

Vahendliise täidesaatmise küsimuse selgitamisel tuleb väljuda seaduse enese tahtest; seaduse interpretatsioon peab olema kooskõlas seadusega;

seaduse motiividele ei tule sealjuures anda ülekaalug suurt tähendust. Õieti ütlevad Binding ja Vach (vt Birkmeyer 85), et seaduse interpretatsiooni ülesandeks peab olema mitte seadusandja, vaid seaduse enese tahte avastamine. Vastuvõtmisega eraldab seadust ennast seadusandjast, saavutades iseseisva eksistentsi. Seaduslikkuse kõrval peab interpretatsioon intra legem vastama ots.tarbekohasusele, ta peab suutma reguleerida elunähtusi nii, et rakendatud oleksid kriminaalseadustiku praktilise rakendamise nõuded.

II. Praegu maksev 1845 aasta nuhtlusseadus (N.S.) asub Vene teoreetikute ühisel arvamisel ekstreemaktsessoorsel seisukohal (kuigi see termin Vene literatuuris tundmatu on); kihutaja ja kaasaaitaja kvalifitseerimisel sellastena (s.o. kihutajana ja kaasaaitajana) on süüteo täitmine selle täisvormis (vt. Tagantsev Kypcr 75, Lexisii 772, Posnõschev 388). Nõuetest järeldust võib teha rea normidest, eriti aga §§ 92, 93, 99, kuigi teatavates piirides oleks mõeldavad

limiteeritud aktsessoorsus ja nimelt juhtudel, kui täidesaatjal puudub süü süüvõimetuse tõttu, mitte aga muudel süüd kõrvaldavatel asjaoludel, milliseid järeldusi võiksime teha mitme paragraafi väljendusest. N.S.S 95 ütleb: „Преступными и проступками, учиненные безумными отъ рожденія...", samasugune on §§96-98 sõnastus, millest otsekohe selgub, et mõnel juhul seadus tarvitab süüteo mõiste objektiivses mõttes, sest ka hullumeelse jne. poolt kordasaadetud kooseisupärane ja seadusevastane tegu on süütegu olgugi, et puudub süü. Kohtupraktika ega ka doktriin ei ole siiski teinud „На этомъ основаній, если подговоренный будетъ недееспособнымъ, то подстрекательства нѣтъ, а склонившій долженъ разсматриваться, какъ было указано ранѣе, какъ физическій виновникъ, хотя бы онъ въ моментъ дѣйствія и отсутствовалъ." (Таганцевъ, Лекціи 772)

Üldse peab tähendama, et 1845 aasta ruhtluseadustik paistab silma oma terminite järjekindlusetusega, mida tuleb õigusi murel

määral kirjutada seadustiku suure vanadu-
se arvele.

III. Eesti kriminaalseadustiku järele vähen-
datud süüpuust võiks põhjendada juba selle
§ 57 leiduvatele normidele ja nimelt määrus-
le, et „eilised isiklikud vahekorrad ja tingimu-
sed, mis mõne süüteo osalise karistatavust mää-
ravad, ei mõjuta teiste osaliste vastutust. See
oleks sama tee, mida kasutas M. E. Mayer
Saksa Võrentruufi järele (§ 80), millele vastavalt
aga tuleks ülevaltvoolud karistatavust mää-
ravate tingimuste ja vahekordade mõiste alla
viia mitte ainult need vahesed (höchstpersön-
liche) mida ravatsetaxse seadustiku motiivides,
vaid kõik tingimused, mis isiklikku laadi,
või peituvad täidesaatja isikus ning tema
karistatavust määravad vastandilt nende-
le, mis on objektiivset laadi. Nende karistata-
vust määravate isiklikkude hulka tuleks lu-
geda järelikult ka süüvõimetuse ja ka süü.

Nüüsuguse kontseptsiooniga oleks kohe öelduds
et süüvõimetus või süü puudumine täidesaatja

juures ei kõrvalda kihutaja ja kaasaaitaja karistatavust sellastena, teiste sõnadega, kihutaja ja kaasaaitaja ei muutu vahendliseks täidesaatjaks, viimane osutub ülelüngseks kallastiks meie kriminaalseadustiku seisukohalt.

Et aga meie kriminaalseadustik annab palju paremaid abinõusid küsimuse lahendamiseks, mis limiteeritud aktsessoorsuse otse käskivalt ette dikteerivad ja ka sellepärast ~~ja ka sellepärast~~, et M. E. Mayeri limiteeritud aktsessoorsuse põhjendamise meetod Vorentwurfi järele on seotud vähemate või suuremate puudustega (mis seletatav muidugi redaktsioonilise defektidega Vorentwurfis) miks sunnib loogilisel arendamisel tegema vastuvõtmatuid konsekventse kooseisupärase, kuid mitte seadusevastase teost osavõtja karistatavaks tunnistamise näol (vt lhx. 80), siis käsitame teisi abinõusid

„In einem Punkte ist die Regelung der Teilnahmematerie durch den Vorentwurf nicht ganz einwandfrei, da nach ihm auch eine strafbare Teilnahme an einer nicht rechtswidrigen Handlung denkbar ist." (Döderlein 61). See

vastuvõtmatu järeldus on selle tulemus, et karistatavust määravate asjaolude hulgas on erandlikult mõned nüansseeritud isiklikku laadi asjaolusid, mis kõrvaldavad teo sa-
dusevastasuse. Vorentsovi järele ei ole järeli-
kult limiteeritud aktsessoorsus konstrueeritud (Mayeri meetodiga) puhtal kujul (s.o. ripp puurs ainult süüteo mõiste objektiivsest osast) ega ka minimaalne aktsessoorsus (s.o. ripp puurs ai-
nult teo koosseisupärasusest), vaid midagi vahepealset, kuigi rohkem lähedal esimesele.

Selle meetodi puudulikkuse pärast jäta-
me isiklikkudele karistatavust määravatele asjaoludele motiividega kaabatsetud ulatuse, pealegi kui nendele kitsas ulatus ja mõiste sobib hästi limiteeritud aktsessoorsusega, mis põhjendatud teiste palju paremate ja ob-
jektiivsemate abinõudega.

IV. Kriminaalseadustiku § 1 järele loetak-
se süüteoks tegu, mis on selle kordasaatmise ajal seadusega keelatud karistuse ähvardusel. Seadus on toonud sellega süüteo definitsiooni,

mille konstitutiivseteks elementideks on 1) teo karistatavaks tunnistamine seadusega, mis väljendab teo kooseisupärasuse mõistet (Tatbestandsmässigkeit), sest seadustiku eriosa sanktsioon on seotud vaid nüsuguse teoga, mis konkreetse teo abstraheerimisel ja subsumeerimisel vastab seadustiku eriosa kooseisu elementidele, 2) teo seadusevastasus. Süüteo definitsioonist paistab ilmselt, et ta on võtnud endasse ainult objektiivsed elemendid, kuna subjektiivne element- süü- on täielikult kõrvale jäätud. Võib olla oleks sellest veel vorajane teha nüsugust kaugeleulatavat järeldust süüteo objektiivse mõiste konstrueerimise suhtes, võib olla peaksime seaduse interpretatsiooni kaudu sellest definitsioonist välja lugema ka süü elemendi, eriti süüteo mõiste esimesest tunnusest, sest väljendus „karistusega ähvardatud" (mit Strafe bedroht) ei võimalda küllaldaselt selge ja võib peita eneses ka süümomendi. Sauer ütleb (lhk 209): „ gar keine systematische Rechtfertigung verdient dagegen aber den eigentlichen Verbrechensmerkmalen nicht selten bequemerweise

als Sammelkategorie zugeführte Begriff: mit Strafe bedroht. Er birgt in sich die verschiedensten Elemente, auch die beiden Hauptverbrechensmerkmale Rechtswidrigkeit und Schuld." Selle vastu samastavad mõistet „mit Strafe bedroht" koosseisupärasuse mõistega M. E. Mayer (4, 13 eriti m. 29), Liszt (118 m. 4), Liszt-Schmidt (146) etc.

Realiskaudsete järelduste vältimiseks ja igasuguste kahtluste kõrvaldamiseks peame abiks võtma teised kriminaalõiguse normid süüteo mõiste selgitamiseks meie kriminaalseadustiku järele.

KrS § 39 defineerides süüvõime puudumist, ütleb: „süüks ei arvata süütegu, mille saatis korda isik, kes kordasaatmise ajal oma teo iseloomust ja tähendusest ei võinud aru saada....", § 40 järele „süüks ei arvata süütegu, mille saatis korda lapsealune alla 12 aasta vanuses," (samuti § 41), § 42 järele süüks ei arvata süütegu, mida kordasaatja ei võinud ette näha või ära hoida." Mõttelt on sarnane ka § 43 redaktsioon.

Tsiteeritud paragraafid annavad küsimuse mõistmise kohta täie selguse. Seadus on

expressis verbis väljendamud, et ka süüvõimetu saadab korda süüteo (tähendab kooseisupärase, seadusevastase teo) seda ei arvata vaid süüks kordasaatjale, ilma süüta aga ei ole ka karistust, sellepärast ei ole koguni õige meie kriminaalseadustiku seisukohalt Fingeri väide (Lehrbuch 335), „der Deliktsunfähige ist vom Standpunkt des Gesetzes lediglich eine der Welt angehörende Kraft, die von ihm ausgehenden Körperbewegungen entsprechen keinem rechtlich relevanten Willen."

Meie seadustiku kontseptsiooni kohaselt süüvõimetu võib korda saata süütegu samuti, kui süüvõimeline isik. Samuti ei kõrvalda süüteo mõistet juhus, sund, eksitus; süütegu jääb ikka, isik kes tegutseb sunni, eksitus mõjul või juhuslikult ei ole vaid karistatav, sest karistatavuseks puudub igasuguse kriminaalvastutuseks tarvilik subjektiivne moment süü näol, viimane (süü) ei kuulu enam aga süüteo mõiste konstitutiivsete elementide hulka

Süüteo saadavad korda hullumeelne, kes võgistas inimese, isik kes sunni mõjul surmas teise inimese. Süütegu on defineeritud, järelikult, faktiliselt objektiivselt, selle mõisteks on vaid tarvis,

et tegu oleks kooseisupärane ja seadusevastane, sellepärast on ka §§ 39-43 redigeeritud täielikult kooskõlas § 1 väljenslatud süüteo mõistele

Samal seisukohal asuvad ka kriminaal-seadustiku motiivid (siin peab tähendama, et meie kriminaalseadustik on käesoleval küsimusel täpne tõlge Vene 1903 a U. K. Seadusest). U. K. S. § 42 (Tagantsev Riia väljaanne lhk. 150) motiividel on öeldud, et „оно (s.o. преступные дѣянія) соотвѣтствуетъ выраженію «зло», которое употребленъ въ ст. 93 уложенія 1845 г." Seadustiku motiividel § 1 juurde (lhk. 6. Tag. Riia väljaanne) on öeldud nii seas: „Дѣятельность уголовнаго суда простирается на всѣ преступныя дѣянія, хотя нѣкоторыя изъ нихъ числа и могутъ быть ненаказуемы вслѣдствіе невмѣняемости."

Eeltoodu põhjal ei ole kahtlust, et seadus on süüteo mõistest jätnud välja süü elemendi, süü-tegu on olemas, kui tegu vastab koosseisule ja selle juures seadusevastane. Arusaadav on selle juures, et tegu peab kordasaatma ainult inimene, sest ainult see on tehtud kriminaalõiguse käsitamise objektiks, ainult inimese tegu võib alla

seaduserastane. Muude looduslõunalude poolt tekitatud pahed ja kahjud ei saa kunagi, kui seaduserastased kfaliftseeritawad alla. Selle juures peame tähendama, et seaduserastasus on objektiivne mõiste, ta on teo hukkamõistmine seaduste kui kooselu reeglite poolt. Subjektiivne seaduserastasuse mõiste, mis konstrueeritakse mõne teadlase poolt, on meetodiliselt wastuwõimatu ja sisemiselt mitteõige ning seaduserastasuse ja süü mõistete segipaiskamine „Schuld ist Rechtswidrigkeit vom Standpunkt des Täters; Schuld ist die in das Bewusstsein des Täters projizierte Rechtswidrigkeit." (Sauer 538). „Streng im objektiven Sinne ist die Einheitlichkeit (s. o. seaduserastasuse mõiste) zu wahren: Missbilligung der Handlung durch die Rechtsordnung, ganz unbekümmert darum, ob auch dem Handelnden ein Vorwurf gemacht werden darf" (Mayer 11)... „Es ist eine wissenschaftliche Bedürfnis, die unverkennbare Erscheinung, dass das Verhalten eines Menschen mit der Rechtsordnung in Widerspruch steht, begrifflich so zu erfassen, dass sie sich sowohl vom Unheil, das Natur-

kräfte anrichten, als von allen zur Schuld zurechenbaren Angriffen überhaupt." (Mayer 11)

Seadusevastane on sellepärast inimese tegu, üks=kõik, kas ta oma teo seadusvastasusest aru saai või mitte.

Olgu tähendatud et termin „süütegu" tarvi=tatakse kriminaalseadustikus kui üldmõistet üle=astumiste, kuritegude ja roskete kuritegude koh=ta. Et see termin sisaldab sõna osana ka „süü", püs ei tohi aga see meid eksitada viia süütegu objektiivse mõiste kohta; seadustiku korrastuskomisjon on U.N.S. tarvitatud termini „преступное дѣ=яніе" tõlkimud Eesti keelde sõnaga „süütegu" ilma, et oleks kavatsenud seda mõistet ka sisu=liselt muuta subjektiivse elemendi „süü" juurde=lisamisega

Saksa 1927 a. asta projektis puudub üldi=vastavalt meie kriminaalseadustikule süütegu definitsioon, kuid mitmete normide najal on selge, et projekt põhjendab seadustikus lähtevii=dud limiteeritud aktsessoorsust süütegu mõiste objektiivse kontseptsiooni kaudu. Projekti § 12 ütleb: „Wer zur Zeit der Tat nicht zurechnungs=

fähig ist, ist nicht strafbar," § 16 järele „strafbar ist nur, wer vorsätzlich oder fahrlässig handelt...", § 20 järele, kui teo kordasaatja tegutseb eksituses, „so ist er straffrei," etc. Nendest paistab, et 1927.a. projekt asub käesolevas küsimuses meie kriminaalseadustikuga ühel seisukohal. Redaktsioonis on vahe, meie KrS ütleb „süüks ei arvata süütegu," Saksa projekt aga „ist nicht strafbar", nendes sõnades väljendatud mõte on aga täiesti üks ja sama ja nimelt, et ~~mitte~~ süüvõimetus, eksitus, tund j.n.e. ei kõrvalda süütegu, need kõrvaldavad vaid karistatavuse põhjusel, et teo kordasaatja ei ole süüdlane.

Ei ole raske süütes mõiste objektiivse kontseptsiooni seisukohalt väita, et süüvõimetus ja süüpunudumine (KrS §§ 39-43) kui süüd kõrvaldavad asjaolud kuuluvad nende asjaolude hulka, mis süütes iseloomu puutumata jätavad. Et selle küsimuse valgustamine osavõtte paremaks valgustamiseks tähtis on, siis peame seda küsimust valgustama pikemalt.

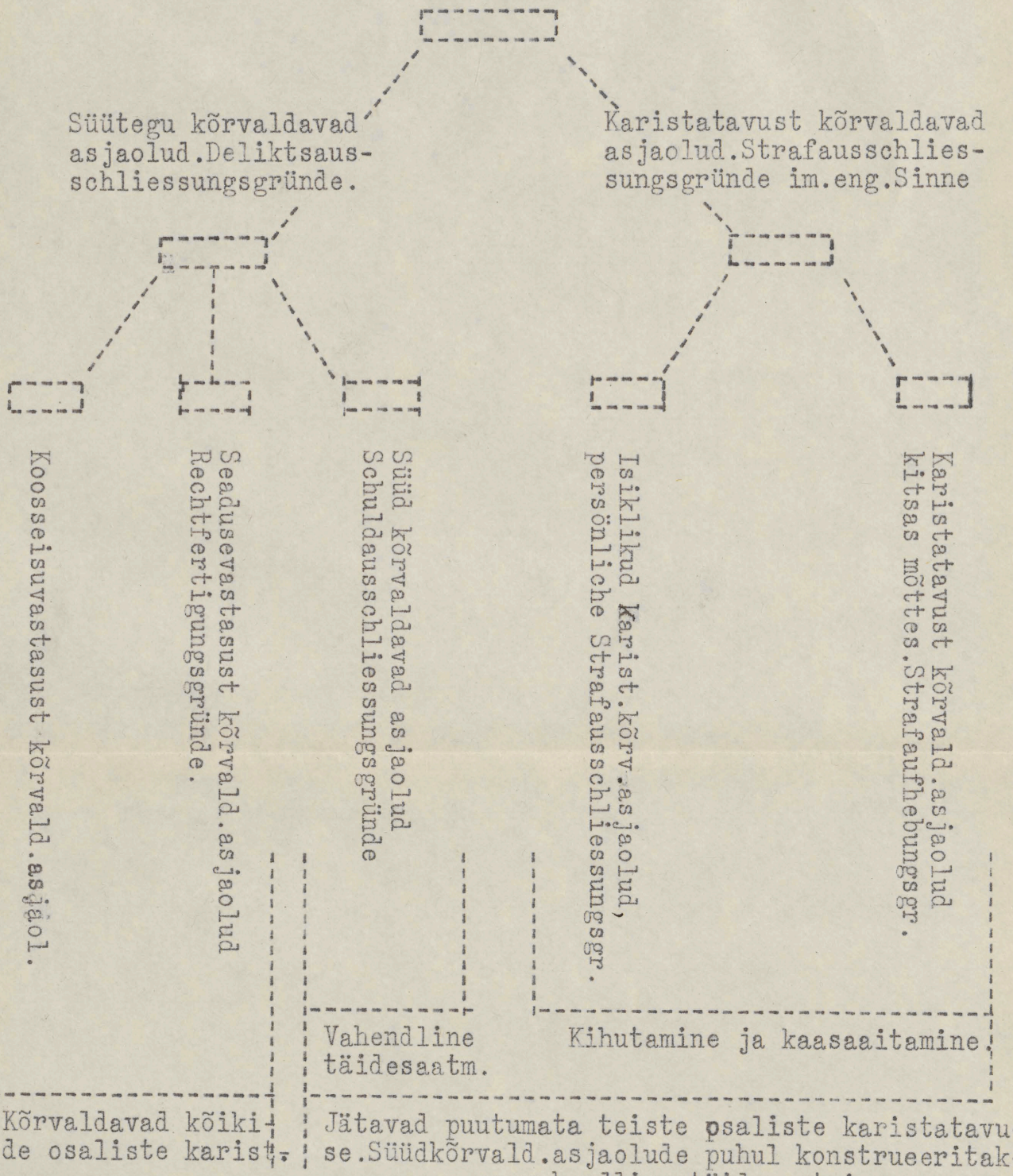
Doktriinis jaotatakse tavaliselt kõik karistatavusest vabastavad asjaolud (Strafausschliessungs-

gründe in weiterem Sinne) kahte gruppi, ühed on niisugused, mis kõrvaldavad süüteo ülalse selle mõistes (Deliktsausschliessungsgründe) negateerides ühte süüteo mõiste konstitutiivset elementi, teised jätavad süüteo mõiste puutumata ja kõrvaldavad vaid karistatavuse (Strafausschliessungsgründe im engeren Sinne). Esimesi jaotatakse tavaliselt vastavalt süüteo mõistele ja selle konstitutiivsetele elementidele a) koosseisupärasust, b) seadusevastasust (Rechtfertigungsgründe) ja c) süüd kõrvaldavateks (Schuldausschliessungsgründe) asjaoludeks; teised jagunevad kahte gruppi - a) isiklikkudeks karistatavust kõrvaldavateks asjaoludeks (persönliche Strafausschliessungsgründe), mis peituvad süüteo kordasaatja isikus ja ei lase riiklikku karistusõigust ülalse eile tõusta (näiteks surnulus 1845 aasta M. S. § 1664 mõrxusejärele) ja b) karistatavust kõrvaldavateks asjaoludeks kitsamas mõttes (Strafaufhebungsgründe), mis kõrvaldavad juba ülestõusnud riiklikku karistamisõiguse peale selle tekkimist (näiteks aegumine - KrS § 69.)

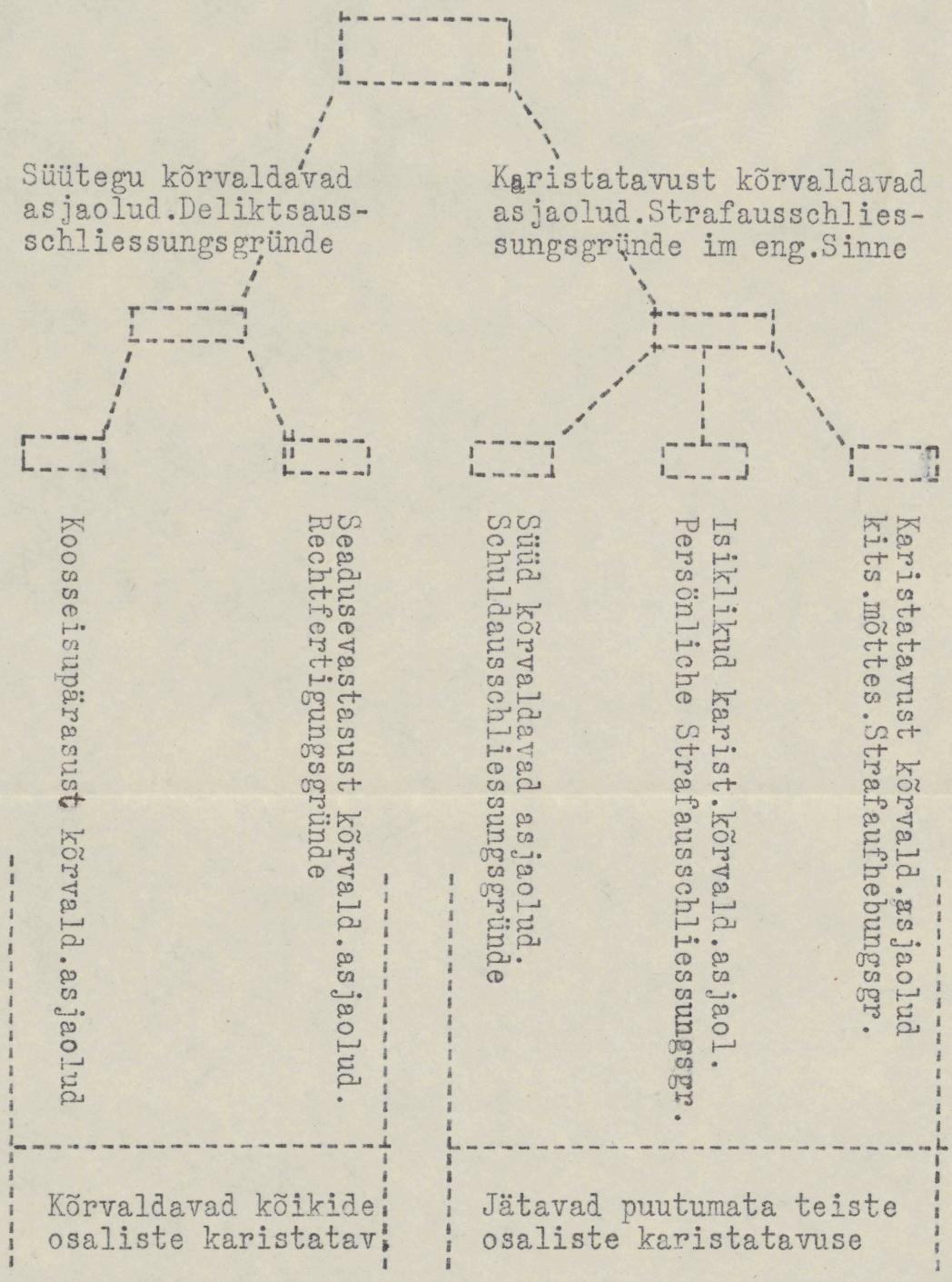
Eeltoodud jaotus mängib tähtsat osa osavõtte õpetuses. Isiku suhtes, kelles need esinevad, on kõik karistatavusest vabastavad asjaolud effektiivselt ühtlased: nad vabastavad selle isiku karistusest, sest süütegu kõrvaldavate asjaolud puhul puudub karistus süütespuudumise tõttu, teiste asjaolude puhul mitmesugustel põhjustel hoolimata süütes olemasolust; teiste osaliste suhtes on aga karistatavusest vabastavad asjaolud effektiivselt kahesugused.

Karistavust kõrvaldavad asjaolud (lähemas mõttes) ei vabasta teisi osalisi karistusest, sest need asjaolud ei kõrvalda süütegu üldse, eriti jääb püsima kihutaja ja kaasaaitaja karistatavus sellastena (s. o. kihutajana ja kaasaaitajana). Süütegu kõrvaldavad asjaolud on teiste osaliste suhtes sisemises vastalus. Loogiliselt peavad kõik süütegu, s. o. kooseisupärasust, seadusevastasust ja süüd kõrvaldavad asjaolud olema ühtlased ja kõrvaldama kõikide osaliste karistatavuse, sest peategu (Haupthandlung), mille ümber grupeeruvad kõikide osaliste teod, ei moodusta süütegu selle mõiste

Karistatavusest vabastavad asjaolud
süüteo täisvormi seisukohalt.Strafausschliessungsgründe.



Karistatavusest vabastavad asjaolud
süüteo objektiivse mõiste seisukohalt.Strafausschliessungsgründe.



ühe konstitutiivse elemendi kõrvaldumise tõttu. Kooseisupärasust ja seadusevastasust kõrvaldavad asjaolud ei tekita siin mingi= sugust kahtlust. Ka süüd kõrvaldavad asjaolud peaksid kõrvaldama süütegu mõiste ekstreemaktsessoorsuse konteptsiooni kohaselt loogiliselt kõikide osaliste karistatavuse.

Doktriin ja praktika dikteeritult mõõda= pääsematult loogilistest argumentidest ongi sunnitud süüd kõrvaldavate asjaolude puhul täidesaatja juures kihutaja ja kaasaaitaja karistatavust sellastena negateerima, küid võtab tarvitusele vastandilt loogilistele argu= mentatsioonidele otstarbekohasuse huvides kriminaalõigusesse kontrabandlina sissetoodud vahendliise täidesaatmise instituudi, et selle abil kaudselt teha karistatavaks kihu= tajat ja kaasaaitajat ning saavutada seda kõrvaliste (kaudsete) abinõudega, mida ei luba seaduse loogiline konstruktsioon otse= koheselt. On ilmselt selge, et sellelt seisukohalt süü element on süütegu mõistes võõrakeha, tekki= tades ainult segadusi, põhjustades kaudsete

abinõude võtmisi. Teatavate otstarbekohaste seisukohtade saavutamisel ning kriminaalpoliitiliste eesmärkide taotlemisel. Loogilised ja otstarbekohasuse positsioonid aga langevad ühte, kui süüd kõrvaldavad asjaolud saaksid ülevõidud karistatavust kõrvaldavate asjaolude hulka (laias mõttes), kuna need on effektiivselt ühtlased teiste-karistatavust kõrvaldavate asjaoludega (l.m.)

On selge, et Eesti kriminaalseadustiku seisukohalt doktriinis kindlaks kujunenud (nagu ülaval toodud) nüansgune karistatavusest vabastavate asjaolude jaotuse adopteerimine meie kriminaalseadustikus statueeritud süüteo objektiivse mõiste seisukohalt ilma vastava korrektiurita on võimatu, kui meie ei taha sattuda siseniselt vastallu.

Et meie kriminaalseadustiku järele süüteo mõiste koosneb teo kooskõlastupärasusest ja seadusevastasusest, siis kuuluvad kriminaalseadustiku järele süütegu kõrvaldavate asjaolude hulka ainult need, mis kõrvaldavad teo kooskõlastupärasuse ja seadusevastasuse, kuna

süüd kõrvaldavad asjaolud kuuluvad ühes karistatavust kõrvaldavate asjaoludega (Strafaufhebungsgründe) kitsas mõttes ning isiklikkude karistatavust kõrvaldavate asjaoludega (persönliche Strafausschliessungsgründe) asjaolude hulka, mis süüteo puutumata jätavad. Kriminaalseadustiku järele on jaotus sirgjooneline ja sisemiselt täiesti ühtlane ning vastaluleta vastandilt süüteo mõiste täisvormi kontseptsioonile, mis avaldub selles (s.t. Eesti KrS järele), et süütegu kõrvaldavad asjaolud kõrvaldavad kõikide karistatavuse põhjusel, et süütegu ei eksisteeri, karistatavust kõrvaldavad asjaolud (laias mõttes), mille hulka kuuluvad ka süüd kõrvaldavad asjaolud (KrS. §§ 39-43), täidesaatja jõures, ei kõrvalda teiste osaliste karistatavust, kelle jõures need ei esine; eriti vastutavad kihutaja ja kaasaaitaja sellastena, nagu seda nõuame hiljem.

Kõikidest eeltoodud väidetest selgub, et seadus asub järjekindlalt rühäsi tekstuaalselt, kui ka mõtteviides süüteo mõiste objektiivsel

konts eptsioonil. Süü puudumine on seadustiku järele vaid süütegu puutumata jättev asjaolu võrvaldades vaid karistatavuse. Süütes objektiivsest mõistest peame tegema ka vastavad järeldused osavõtlle õpetuse kohta ja nimelt: süütes objektiivse mõistega on põhjendatud ka limiteeritud (piiratud) aktsessoorsus.

Kihutaja ja kaasaitaja karistatavus on tehtäielikult sõltumatuks täidesaatja süüst ning on seatud otsesse sõltuvusse täidesaatja poolt korraldasaadetud objektiivse teoga (koosseisupärase, seadusevastase tegajärjega). Tõepoolest ei leia ka ühtegi mõistlikku argumenti, mispärast kaasaaitaja ja kihutaja karistatavus peaks olema sõltuv süsugustest puhtsiseliskudest asjaoludest, nagu see on täidesaatja süü

Seadus on eriosas üles lugenud need inimlikud teod, mis sotsiaalse kooselu seisukohalt nüüvõrt kahjulikud (schweres Unrecht - Sauer), et riik on sunnitud nende ärahoidmiseks sihutama oma karistatavat kätt. Täidesaatja süü kihutaja ja kaasaaitaja karistatavuse seisukohalt ei suurenda ega vähenda objektiivselt

teo sotsiaalkahjulikkust. Kihutaja ja kaasaitaja vastutavad kriminaalselt sellepärast, et nende tegud on kausaalses vahekorras sotsiaalkahjuliku teoga ja nad soovisid selle teo korda süüliselt, mitte aga sellepärast, et täidesaatja saatis korda sotsiaalkahjuliku teo süüliselt.

Millised on limiteeritud aktsessoorsusest tõusmatavad järeldused? Oelda ei ole palju. Kihutaja ja kaasaaitaja on karistatavad alati sellastena (s.o. kihutajana ja kaasaaitajana), täiesti tähtsuseta on, kas täidesaatja oli süüvõimetu või mitte, kas ta saatis korda teo süüliselt või mitte, kas ta tegutses eriti kfalifitseeritud doluses (omastamise sihl varguse juures)

Vahendlline täidesaatmine muutub üleliigseks kriminaalõiguslikuks institutidks. Kihutajana on, näiteks, vastutav see, kes kihutas lapseeast (alla 12a. van.) mürgitama inimest, kes kihutas hullumeelset vümase (hullumeelse) enaga suguliisse vahekorda astuma (kihutamine vereesegamisele), kes psüühilise (mitte füüsilise) sunni abil sundis teist minema varguisele (kihutamine varguisele), apteeker, kes müüs

Miks mitte füüsiline sellest seis mõtes?

teenija kaudu tapmise eesmärgil mürki olgugi et teenija apteekri kavatsusest midagit ei teadnud (kihutamine tapmisele eksituse tekitamise kaudu, kes peremehena saatis sulase tooma võõrast varandust, mille juures sulane tegutses teadlikult, kuid ei omanud „omastamise sihti." Vastavalt sellele on karistatav ka kaasaitaja.

Ülevaltoodud näidete asjus peame tooma veel mõned märkused. Kihutajas mõistetakse tavaliselt isikut, kes kutsub esile teises süütes motiivid. Limiteeritud aktsessoorsuse seisukohalt kutsub kihutaja täidesaatjas samuti süütes motiivid. Et aga täidesaatjal võib süü puudu-da, siis tuleb seda nii mõista, et süütes motiivid ei tähenda süüs midagit muud, kui teomotiive, mis (s. t. tegu) seadushinnanglíselt seisukohalt osutub seadusevastaseks. Motiivid ei puutu kaaratsi koosseisu asjaolude (Tatumstände) ja seadusevastasuse teadvust, milline teadvus (või „Kennen - Sollen") moodustab ka süü mõiste (vt. Mayer 232, Liszt-Schmidt 213, Sauer 548) Tavaliselt on ju ikka nii, et teadlikult

tegutseja ka oma teo iseloomu oskab hinnata, kuid see ei pruugi nii olla alati. Vilmane asjaolu on aga kaasaitaja ja kihutaja karistatavuse seisukohalt tähtsusetu.

Võib olla peaksime järeldama teo siiüliist (võigemini tahtlikku) kordasaatmist täidesaatja juures KrS § 57 alglausest -, Kui süüteo saatsid korda mitu isikut, kes selle kordasaatmiseks olid kokku leppinud või teadvalt ühes koos tegutsesid, siis loetakse süüteo osalisteks need, kes...." Kokkuleppest süütegu korda saata võib olla järgneb iseenesest, et täidesaatjax võib olla ainult isik, kes tegutseb tahtlikult, s.t. teo kuritegelikkuse teadvusega, kuna kokkulepe eeldab kihutaja ja täidesaatja ~~kihutaja ja täidesaatja~~ teo kuritegelikkuse teadvuse adekvaatsust. Et kihutaja tegutseb communis opinio doctorum järele ainult tahtlikult, siis peaks ka täidesaatja kihutaja karistatavuseks tegutsema ainult tahtlikult kuna süütult täidesaatja oleks nonsens, mille tõttu ei võiks ka juttu olla limiteeritud aktsessoorsusest. Kuid kokkuleppe korral

on seadus psüühilise sideme osavõtte juures konstateerinud (minimumina) palju nõrgemalt ja nimelt kooskõlastatuse teadvuse näol. Peame tähendama, et kokkulepe kriminaalseadustikus täiesti üleliigne (Mintz 98) ja on seletatav ainult ajaloolisel Venemaal enam vähem kindlalt (kujunenud) püsinud komplotteooriaga, mis 1845 a. nuhtluse seadustiku kaudu Tagantsevi vaadete kohaselt (kes oli ka U. N. S. § 51 koostuseadja) tooduid 1903 aasta U. N. S.-sse. „Mitte mõnesse õiguse pruugis kooskõlastatuse ja pärast ühinemise kokkuleppe" (U. N. S. § 51 motiivid lk. 191); sellega on aga kokkulepe tavaline mõiste muudetud ning laiendatud niivõrt, et ta võib haarata vaid ühekülgselt kooskõlastatuse teadvust.

Et osavõtet konstrueerib psüühiline element peaks sisaldama ainult selle minimumi kooskõlastatuse teadvuse näol, nagu õieti ütleb Mintz (98), siis on seaduses ülesvõetud kokkuleppe mõiste üleliigne. Communis opinio järele võib kooskõlastatuse teadvus olla ühekülgne (vastu vähesed), järelikult kihutaja ja kaasaitaja karistatavuseks on vaid tarvilik et kooskõlastatu-

mise teadvus on nende juures, kuna täidesaatja juures ei pruugi see olla. Tulebisegi lähendada täiesti on mõeldav ka nüüdisaegne kombinatsioon, kus täidesaatja ja kihutaja tegutsevad koostöös selle sõna tavalises mõistes ilma, et esimene tegutseks tahtlikult süüteo kordasaatmisel. Näide: A kihutab B lasema inimese peale, mille juures aga B ei tea, et lastav on inimene vaid arvab lastavas olema metsloomaKui nüüd B ~~laseb~~ laseb, siis saadab ta süüteo korda küll kooskõlas, kuid ta ei saatnud seda siiski korda tahtlikult. A on karistatav tapmisele kihutamises, B võib olla karistatav aga ainult ettevaatmatu inimese surmamises või olla koguni süüta.

Kihutamine eeldab eneses psüühilist tegevust, sellepärast võib kihutamises karistatav olla ainult psüühiline isik, füüsiline isik ei või kihutajaks olla, seal puudub psüühiline mõjutamine. Ta ei ole ka vahendliku täidesaatja (nii Petri 24, Dreyer 54), vaid on karistatav harilikus täidesaatjana selles süüteos, mille ta korda saatis teise isiku kui mehaanilise abivahendi kaudu. Seletatav on see sellega, et füüsi-

Aga § 42

liselt sunnitav ei tegutse ülalse selle sõna täies mõttes, kuigi meie mõistame teo all motiveeritud tahte-akti, ta on samasuguseks abinõuks sundija käes kui iga muu surnud materia, selle asemel tegutseb aga füüsiliselt sundija ning tema tegu erinedes kihutaja teost ei lähe millegagi lahku harilikus (vahenditu) täidesaatja teost. Psüühilise sunni korral olgu selle intensiteet nüüdsest vähene et süüd ei kõrvalda või nüüdsest tugev et kõrvaldab KrS § 42 alusel igasuguse süü sunnitava juures, tegutseb sunnitav igal juhul, saates korda tahteakti selle sõna täies mõttes. Teo mõiste vahetult tegutseja juures jääb ikka püsima olgu kihutatav hullumeelne, lapseeane, või teo väljakutsujaks oli ekstaas või psüühiline sund. Järelikult, kõikidel juhtudel, millal üks isik kutsub välja teises süüteo psüühilise tegevuse kaudu, on ta vastutav kihutajana, füüsilise sunni korral aga harilikus (vahenditu) täidesaatjana. Sellepärast on üleliia imelik, et Saksa 1927 aasta kriminaalseadustiku projekt asudes muemale teoreetiliste nõuete kohaselt limiteeritud aktsessoorsuse seisukohale, ei sõanda kõrvaldada vahendlise täidesaatmise

instituudi juhul, kus der Handelnde blindes Werkzeug des Urhebers, kus er in einem Irrtum befangen, oder gar nicht erkennen lässt, was er durch seine Handlung anrichtet (motiivid § 29 juurde lhx. 28). „Für solche Fälle mag man den Ausdruck – mittelbare Täterschaft – beibehalten obwohl der gewöhnliche Sprachgebrauch auch hier unbedenklich – Täterschaft schlechthin sprechen würde." (motiivid lhx. 27). Näiteks on tavalud laeva tüürimehe tegevus, kes valesignaalidest meelitatult, juhib laeva veealustele kaljudele. Motiivide järele peaks vale signaalide andja olema karistatav vahendlise täidesaatjana. Nagu juba eelpool tavalud, ei ole siin mingisugust tarvidust vahendlise täidesaatmise instituudi järele. Kihutamine on võimalik ka signaalide abil, kihutaja valesignaalide abil tegutses psüühiliselt, mis kutsus välja tüürimehes tahtearki laeva sunnimisel mingile järeldusex oli ka laeva hukkumine. Tema (tüürimehe) tegu osutub objektiivselt süüdeoks, mida ei saa kõrvaldada tüürimehe eksitus või tee kuritegelikkuse (sotsiaalkahjulikkuse) mitte-

teadmine. Tähtis on täidesaatja juures objektiivses mõttes siiditegu, mitte aga siiditeadvus (subjektiivne moment), selles seisabki limiteeritud aktsessorsuse tuum.

V. 1903 aasta U. N. S. kokkuseadjad konstrueerides süüteo mõiste puhtobjektiivselt, ei tee aga tarvilikke konsekventse limiteeritud aktsessorsuse põhjendamiseks; motiividejärele (lhk. 199 p. 9 Tagantsev Riia väljaanne), о подстрекательствѣ не можетъ быть рѣчи, если фигурировавшій не будетъ сообщникомъ въ точномъ смыслѣ, напр. потому, что онъ былъ несобственный субъектъ, ребенокъ, умалишенный, или потому, что фигурировалъ безъ умысла." Nendel juhtudel pidavat vahendline tegutseja olema käsitatav kui „фигурический виновникъ"

Juba eelpool sai öeldud, et motiivid on seaduse interpretatsiooni juures kõrvaline tähendusega. Seaduse selgitamisel tuleb välja minna seaduse omast tahtest, võimane aga rääkib motiivide vastu. Seadustikus kokkuseadjate seisukohad on seletatavad sellega, et vahendline täidesaatmise

probleem oli seadustiku koostamise ajal veel väga vähe arenenud; avastamata olid veel selle instituudi puudused ja vastuolud, eriti oli aga küsimus arenemata Vene literatuuris.

Peamiselt aga sellepärast, et sel ajal veel limiteeritud aktsessoorsuse idee ei olnud üldise omandiks kerkinud, milline idee ning vastavad ettepanekud tõusid üles mõnes hiljem (Saksa kriminaalõiguse literatuuris Mayeri ja Belingi poolt). Sellepärast on 1903 a. U. K. S. koostajate vaated täielikult mõistetavad.

1903 a. U. K. S. ühes Eesti kriminaalseadustikuga ei ole vaja vahendlist tõiderõhumist peale vast hiljem kirjeldatava karuldase juhu ja on selle küsimuse lahendamisel seadustiku koostajatele alateadvusetult häsi, paremini kui seda suutis teha üksi Saksa paremaist projektidest.

VI. Saksa Vorentwurfi vaatlemisel nägime (vt. lhk. 80), et limiteeritud aktsessoorsuse põhjendamine niihästi komisjoni enda kui ka Mayeri kontseptsiooni järele seisis ühe tähtsa puuduse ees, mis seisis selles, et seaduse täpse redakt-

sioon järele oli mõnel erandlisel juhul karis-
tatav ka kihutamine ja kaasaaitamine täiesti
seadusepärasele teole. Komisjon, nagu nägime,
põhjendas limiteeritud aktsessoorsust sellega,
et sulatas ühte süüd ja karistatavust korval-
davad asjaolud, mille juures oli aga ühtlaselt
registreeritud näiteks nüüdsused eriliste iselos-
mudega karistatavusest vabastavad asjaolud
nagu süüvõimetus ja hädakaitse. Esimese
kohta ütleb eelkava (Vorentwurf) §63 „nicht
strafbar ist...", samuti hädakaitse kohta „nicht
strafbar ist, wer in Notwehr handelt." Et nüüdsi
süüvõimetus kui ka hädakaitse on Vorentwurfi
järele süütegu puutumata jätvad asjaolud, mis
vabastavad karistatavusest ainult seda, kelle
juures need esinevad, siis on strikti juures karis-
tatavad ka hädakaitsele kihutaja ja kaasaai-
taja, milline olukord on aga täiesti vastuvõtma-
tu, kuna üldise vaate järele hädakaitsja poolt
kordasaadetud tegu ei ole ülalse seadusevastane
(resp. süütegu). Mayeri limiteeritud aktsessoorsu-
se kontseptsiooni järele eelkava §80 kaudu tekiks
sama punktis, sest isiklikkude karistatavust

määravate asjaolude hulgas on eranditeliselt ka nüüdsused, mis kõrvaldavad teo seadusevastasuse.

Tekib küsimus, kas ei põrka ka meie seadustik oma limiteeritud aktsessoorsusega, mis küll põhjendatud lahkuminevalt Saksa eskavõ (Vorsatzschuld) süütes objektiivse mõiste kaudu, nüüdsuste raskuste vastu. Peab tähendama, et seadustik lahendab oma erilise redaktsiooniga käesoleva küsimuse ootamatult hästi ja õõrumisteta. Seadustik ütleb süüd kõrvaldavate asjaolude (süüvõimetus, juhus, sund, eksitus, §§ 39-43) äramääramisel-„ süüks ei arvata süütegu....", millega onõelolud, et need asjaolud jätavad süütes selle mõistes puutumatuks, ning kõrvaldavad vaid süü, resp. ka karistatavuse (olgugi, et süütegu on olemas), selle juures, kelle isikus need asjaolud esinevad.

Hoopis teisiti on redigeeritud kriminaalseadustiku 6. peatüki üldjäänud paragraafid (44-47). KrS § 44 ütleb: „ süüteoks ei loeta tegu, mis saadetud korda seaduse täitmiseks...", § 45 järele „ süüteoks ei loeta tegu, mis saadetud

korda hädaraitse juures...", samuti § 46 hädaolu (Notstand) kohta.

aga positiivne suund.

Seadus on järelikult expressis verbis väljendanud, et seaduse täitmine, hädaraitse, hädaolu puhul kõrvaldavad ülalse süüks enese, lähtudes selle ka objektiivses mõttes. Vaatame, missugune kahest süüteo mõiste objektiivsest elemendist nimelt kõrvaldavad hädaraitse, seadusetäitmine jne.

Ei ole raske vastata, et just teo seadusevastasus (mitte koosseisupärasus) on see element, selles ongi selle erilise redaktsiooni raison d'être, nagu see selgub järgmisest arutlusest. Teo koosseisupärasus on seadusevastasuse indiits (Indiz), milles avaldub koosseisu kui seadusevastasust inditseeriv funktsioon, nagu seda teravalt rõhutab M. E. Mayer (182) ja temast järele ka oluliselt Liszt-Schmidt ning veel tihedamalt Sauer (307 etc), kelle järele koosseis on tüpiseeritud seadusevastasus, mis tähendab, et iga koosseisupärane tegu on ka reeglipäraselt seadusevastane, peale mitteehtsate omissiivdelicktide (vt Mayer 190/191). „Nun verfährt der Gesetzgeber bei der Aufstellung von Typen nicht

allein positiv, indem er generell bestimmt, wann in dem Durchschnitt der Fälle (formelle) Rechtswidrigkeit vorliegt, sondern auch negativ, indem er umgekehrt und zwar ebenfalls generell sagt, wann trotz der Tatbestandsmässigkeit Rechtmässigkeit gegeben ist." (Sauer 318).

Süütegu on kriminaalseadustiku järele koosseisupärane, seadusevastane tegu; seadusetäitmine, hädakaitse, hädaolu on seadustiku järele just need negatiivsed tingimused, mis erandliselt koosseisu kui seadusvastasust initsieriva funktsiooni lõhuvad.

Järelikult koosseisupärane ja sellepärast initsieriva funktsiooni tõttu ka reeglipäraselt seadusevastane tegu muutub hädakaitsel jne. õiguspäraseks. Karistatava osavõtu on mõeldav vaid niisugusest teost, mis sisaldab kumulatiivselt mõlemaid süüteo mõiste objektiivseid tunnuseid teo koosseisupärasuse ja seadusevastasuse näol, need kaks tingimust on iga karistatava osavõtu sine qua non. Communis opinio doctorum

järele on hädakaitse seadusevastasust kõrvaldav asjaolu, vähemuse (Liszt 149 ja mõned teised) järele on ka hädaolu (Notstand) seadusevastasust kõrvaldav asjaolu. Suurem osa teoreetikuid (nende hulgas Mayer 272, Sauer 642 Frank 128, Sergejevsky 302, Mintz 59, Pasnõschev 309 jne.) aga väidlavad, et hädaolu on väid siiüd kõrvaldav asjaolu, mis jätab puuduma-tuks teo seadusevastasuse. Kriminaalseadustiku selge redaktsiooni tõttu selles küsimuses peame konstateerima, et hädaolu meie seadustiku järele on teo seadusevastasust kõrvaldav asjaolu, järelikult karistatav osavõte hädaolus tegutsevale kooseisupärasele teole on meie kriminaalseadustiku järele võimata. Saksa 1927aasta projekti (täpselt samuti Austria 1927a. projekt) seisukohad käesolevas küsimuses on analoogilised meie seadustikule kuivõrd hädaolus ähvardatav kahju on võrratult (unverhältnismässig) suurem hädaolus tegutseja poolt tekitatavast kahjust, andernfalls handelt er zwar rechtswidrig, ist aber straffrei", s. t. viimases punktis on lahkuminek meie seadusest.

Siin kohal tuleb märkida, et Saksa 1927 aasta projekti järele hädakaitse kõrvaldab teo seaduse vastasuse, mis on expressis verbis väljendatud - „eine Tat, die in Notwehr begangen wird, ist nicht rechtswidrig" (täpselt samuti Austria sama aasta projekti § 24). Järelikult Saksa projekt annab meie kriminaalseadustikuga redaktsioonilt täielikult ühel alusel, selle vahega et Saksa projektis on asjaolu, et hädakaitse lähub ka süüteo objektiivse mõiste selle seaduse vastasuse elemendi kõrvaldamisega, veel selgemini väljendatud, kui meie seadustikus.

Süüteo (seaduse vastasuse eliminatsiooni kaudu) kõrvaldab ka kõlbmata katse objektilt, mida väljendab hädakaitset jne. normeeriva määrusele täiesti analoogiline § 47 redaktsioon.

Järelikult ka siin on karistatav osavõtt võimata. Samale seisukohale tuleb asuda kõlbmata katse suhtes alinõult, kuigi § 49 redaktsioon selles küsimus nii selge ei ole, kui § 47.

Eeltoodust selgub, et meie kriminaalseadustik annab limiteeritud aktsessoorsuse seisukohal, mööndub täielikult nendest paheldest

mis olid omased Saksa eelprojektile (Vorentwurf) ning lahendab oma erineva redaktsiooni tõttu osavõtte küsimuse hädakaitse jne. puhul kriminaalpoliitilistele nõuetele vastavalt votamatult hästi.

VII. Vaadeldes vahendlise täidesaatmise küsimust Eesti kriminaalseadustiku järele, nägime, et seadus asub resoluutselt limiteeritud aktsessoorsuse seisukohal, millega on vahendlise täidesaatmise instituut meie seadustikust kõrvaldatud peale vast hiljem VIII kirjeldatava harulolase juhu, mis aga seadustiku praktilisele kasutamisele mingit takistust ei valmista. Limiteeritud aktsessoorsus on põhjendatud meie seadustikus objektiivse mõistega, mis on terves seadustikus konsekventselt läbi viidud, eriti aga §§ 39 – 43, milline põhjendamise moodus on suurel määral lahku läinud Saksa Võrentwurfi seisukohtadest algu selle korrektseadmise komisjoni või M. E. Mayeri kontseptsioonis ja on ühtlasi parem ja otstarbekohasem, kõrvaldades kõik Saksa eelprojektist tehtavad mittevastuvõetavad järeldused

Kuvitusega tuleb märkida, et 1927 aasta Saksa projekt veerand aastasada hiljem (asub) samale limiteeritud aktsessoorsele seisukohale samade abinõude kaudu, millel asub 1903 aasta Vene U. N. S ja selle järele ka meie kriminaalseadustik.

Limiteeritud aktsessoorsuse lõpulikul hindamisel meie kriminaalseadustiku järele võime öelda kokkuvõttes:

1. Limiteeritud aktsessoorsuse konstipeerimine on Eesti kriminaalseadustiku järele ~~on~~ ainuseaduslik. Seadus on statueerinud süüteo mõiste puht objektiivselt ning on sellega teinud kihutaja ja kaasaaitaja rippuvaks tõidesaatja poolt korraldatud koossõnupärasest ja seadusevastasest teost, tunnustades sellega ka irrelevantseks kihutaja ja kaasaaitaja karistatavuse seisukohalt tõidesaatja süü, kui isiklikku ilmet kaudva asjaolu.

Ekstreem aktsessoorsuse põhjendamine oleks seadusevastane, kuna ta sunniks contra legem süüteo mõistet teisiti tõlgitsema süü mõiste puudulikkusega, milleks seadus mingit piidet ega alust ei anna.

2. Limiteeritud aktsessoorsus on palju otstar-

bekohasem, kui ekstreemaktsessoorsus: a) ta kõrvaldab väga keerulise ning komplitseeritud vahendliku täidesaatmise institutsiooni oma väga mitmekesiste ja väga vaieldavate probleemidega, kergendades sellega seaduse praktilist käsitamist, b) ta kõrvaldab lõpulikult kõik ekstreemaktsessoorsusest tekkivad tühikud, mida ei suutnud tekstseaduse interpretatsioon hoolimata kõikidest teoreetilistest konstruktsioonidest vahendliku täidesaatmise abil. Kaasaaitamine isikule, kes seaduslikkudel põhjustel ei saa täidesaatja olla, on karistatav, kuna see aga ekstreem aktsessoorsuse seisukohalt osutuks teisiti, kui meie aga konstrueeriksime vahendliku täidesaatmise, siis tekitaksime otstarbekohasuse huvides seaduse seletamisel täieliku prüntsiibilagedusse, lõhkudes maha seadusega statueeritud kaasaaitaja määritlemise objektiivse kriteeriumi. Samuti on limiteeritud aktsessoorsusega kindlustatud kihutaja karistatavus nendel juhtudel, kui vahendliku täidesaatmine on süütu iseloomu kohaselt võimatu. Eksitus kihutatava juures oleks igal juhul tähtsusetu ja ei mängiks

mingisugust osa osalise kfalifikatsiooni seisukohalt, c) ta annab kindla kõikumata kriteeriumi täidesaatja määratlemises ning selle eritlemises kihutajast ja kaasaaitajast

3. Ka karistuse intensiteedi seisukohalt ei ole mingisugust tarvidust vahendlise täidesaatmise instituudi järele, sest kriminaalseadustiku järele on kõik osalised in thesi karistatavad võrdselt peale mitteolulise kaasaaitamise. Osa teoreetikuid (näit. Persten) põhjendavad generaalpräventiivsetel motiividel vahendlise täidesaatja intensiivsemat karistatavust sellega, et vahendlise täidesaatja tegu on hädaohtlikum, kuna vahendatu tegutseja juures süüteo vastumotiivid ei mängi mingit või peaaegu mingit osa. Nagu öeldud, ei ole see motiiv kõikide osaliste võrdse karistatavuse seisukohalt meie kriminaalseadustiku järele mugugi kaaluv„ Nun lässt sich freilich nicht verkennen, dass normativ- und diese Betrachtungsweise muss auch hier innegehalten werden - Anstifter und mittelbarer Täter insofern gleich zu behandeln sind, als jener nicht mehr und

nicht weniger tut als dieser, sie bestimmen einen anderen zur Ausführung der Tat, und ob dieser andere wirklich bestraft werden kann, ob er willensfähig ist oder nicht, also (Haupttäter) Angestifteter oder bloßes Werkzeug ist, muss doch für die Beurteilung des Bestimmenden – so scheint es – gleichgültig sein" (Sauer 471). Nii palju jagab meie seadus Saueri vaateid, tema edaspidiseid teese (vt. Sauer 471) aga mitte.

4. Limiteeritud aktsessoorsus tuleb suurel määral vastu uuematele vaadetele, mis omas ekstremsetes vooludes on sihitud süüdse osaliste täielikule iseseisvustamisele. Osaliste kaugelulatav sõltuvus on olnud osavõtte instituudi peamiseks valulapseks, selle kõrvaldamise või reduteerimise taotlused on saanud osavõtte küsimuse ümberkorraldamise tulipunktiks. Kaasaaitaja ja sihutaja ei ole meie kriminaalseadustiku järele enam sõltuv tõsidesaatja isikust, selle subjektiivsetest momentidest – süüst, vaid on seatud otsesse ühendusse objektiivse teoga, milles ainuüksi väljendub tõe sotsiaalse ohtlikkuse selle objektiivses mõttes. Kui tõsidesaatja karis-

tatavust määravad ühest küljest teo objektiivne moment, selle väline sotsiaalkahjulikkus ning teisest küljest subjektiivne moment, süü suurus, siis on limiteeritud aktsessoorsusega ka kihutaja ja kaasaaitaja karistatavus lahtisistuna võõrelemendist täidesaatja süüst - seatud samale alusele, s. t. ka kihutaja ja kaasaaitaja karistatavuse ja selle intensiteedi äramääramiseks on nende süü ja teisest küljest teo väline (objektiivne) sotsiaalkahjulikkus.

VIII. Enne kui käesolevat peatükki lõpetada, peame peatuma ainsa juhu juures, kus vahendliku täidesaatmise osutub meie kriminaalseadustiku järele tarvilikuks, ilma milleta õiguse rakendamine muutub auklikuks.

Esialgu arvas Mayer (Liszt-Aschrott, Reform des R. St. G. B.-s I - 1910 a), et limiteeritud aktsessoorsusega muutub vahendlise täidesaatmise institut lõpulikult ülelüngseks. Hiljem pidi tema aga (Lehrbuch, 411 m. 15) omast esialgsest vaatest osaliselt loobuma. „Er (s. t. Begriff der mittelbaren Täterschaft) wird überflüssig bis

auf den Fall, dass das Ausführende Subjekt einer modalen Bestimmtheit des Täterkreises nicht genügt." (Mayer 411 m. 15). Mayer on järelikult, vahendlise täidesaatmise institutsiooni tarvilikuks tunnistanud ainult ühel ainsal juhul ja nimelt siis, kui süüdistatav täidesaatjaks on vahenditult isik, kes ei või seaduse järele täidesaatjaks olla põhjusel, et süüdistatav koosseis näeb täidesaatjana ette ainult kindlaltäratähtud isikut (puhttüübiline, ehtne eridelikt), mille juures kihutaja ja kaasaaitaja koosseisu subjekti eriomadustele vastavad.

Mayer toob ülevaltoodud teitaadi märkuses ja ei põhjenda seda, kuid ei ole raske arvata, millega põhjendab siin M. Mayer vahendlise täidesaatmise institutsiooni tarvilikkust. Limiteeritud aktsessoorsusega on kihutaja ja kaasaaitaja tehtud rippumatuks täidesaatja süüst.

Kui aga erisüüdistatav saadab korda isiku, kes (kuivõrd see üldse võimalik on) subjekti eriomadustele ei vasta, siis ei põhjene tema karistamatus mitte süü puudumisel, vaid teo seadusevastasuse puudumisel, millal Mayeri vaadete järele

ei ole üldse olemas süütegu ka objektiivses mõttes. See on seletatav sellega, et isiku tegu, kes koosseisu subjekti eriomadustele ei vasta, ei ole nimetatud põhjusel ka kooseisupärane, sest süütes koosseis näeb ette ainult kindlalt äramääratud subjekti. Koosseisupärasuse puudumisel kriminaalõiguslikus mõttes puudub ka tõe seaduse vastasus, sest koosseisupärasus on seaduse vastasuse indiitsi (Indiz)

Koosseisu subjekti eriomadustele mittevastava isiku tegu on järelikult kriminaalselt irrelevantne. Niisugusel juhul jääks eriomadustele vastav isik, kui tema saadab süütes kooda kihutajana ja kaasaitajana teise isiku (subjekti eriomadustele mittevastava) kasutamisega, karistamatuks

Näide, ametnik laseb eraisikut teha arvepaamatuse valesisekande.

Peab tunnistama, et Mayeri vaated vahendliku täideviimise tarvidusse kohta käesolevas küsimuses on õigustatud. Saksa 1927 aasta projekt ei leia ka siin tarvidust vahendliku täideviimise institutsi järele (tahtlikku abinõu kaudu), öeldes „Gegenüber dem erweiterten

Teilnahmebegriff des Endwurfs ist die Figur des dolosen Werkzeuges überflüssig.' Projekti seisukoht võib õigustatud olla 332 erilise redaktsiooniga karistatavust määravate asjaolude suhtes.

Eesti kriminaalseadustiku vaatepunktilt ei pääse meie vahendliku täidesaatmise institutsiooni mõõda eeltoodud küsimuses (juhtel), mis eeldab ainsana ühtlasi ka vägagi haruldasena juhtu, kuna erisuütes koosseisu täitmine sellega mittevastava isiku poolt on võimalik vaid mõnel harval juhul. Kõrvaline isik ei saa, näiteks, kuidagi olla ei väärjooksikuks (s.t. selle erisuütes koosseisu täita), ei postipealt lahkuda, ei võimuliialdada, ei ülekohtust kohtuotsust teha j.n.e.

Sel vahendliku täidesaatmise tõrvidus ei põhjene mitte limiteeritud aktsessoorsuse põhimõttel, vaid sellel, et karistatavust määravad asjaolud (teo) leevad mõnel juhtel täidesaatja seisukohalt irrelevantseks, lahkudes ka süütes objektiivse koosseisu. Kaasaaitaja erisubjekt jääb nolens volens nullum crimen sine lege alusel karistamatuks põhjustel, mis toodud juba eelpool (vt. lhx. 56, 73)

Lõpetades vahendliise täidesaatmise küsimuse peame konstateerima, et Eesti kriminaalseadustiku poolt statueeritud limiteeritud rippuvuse tõttu osavõtte küsimuses ei saa inimene olla teise käes süüteo abinõuks peale ühe ülevalkirjeldatud juhu, kuivõrd üldse vahetu isik „tegutseb" (saadab korda motiveeritud tahteakti), mispärast tegutseva isik on alati täidesaatjaks neil juhtudel, kui ta saadab süüteo korda „vahetult" KrS § 51 p 1 prägnantses mõttes. Kui aga vahenditu isik ei tegutse selle sõna tavalises mõttes, siis osutub ta teise isiku käes samasuguseks tõõriistaks (vis absoluta), kui seda on iga muu surnud loodus, millal ka vahendliise täidesaatja mõiste osutub ülelüngseks.

III. Kaastäidesaatmine.

Täidesaatmine on üldmõiste, mis haarab täidesaatmist kahes allvormis – ainutäidesaatmist, (mida käsitatud II-es osas) ning kaastäidesaatmist, mis on tehtud vaatluse esemeks käesolevas osas (III). Ainutäidesaatmist on seadustik mõistnud KrS § 57 p. 1 esimeses pooles, kes „süüdeo vahetult saatsid korda," või teiste sõnadega – ainutäidesaatjad on need, kes vahetult süüdeo korda ainuüksi. Seadustekstis toodud lause „süüdeo vahetult saatsid korda" õige mõistmine on teoreetiliselt tähtis, selles osutub ainutäidesaatmise kriteerium (ühtlasi ka eritunnus), mis teda eraldab kaastäidesaatmisest.

Ainutäidesaatmise ja kaastäidesaatmise ühiseks tunnuseks on see asjaolu, et nad haaravad koosseisu, kas täielikult või osaliselt (selle ulatuvus koosseisu piiridesse). Küsimus tekib, misugune on ainutäidesaatmise eritunnus. Teoorias nimetatakse selleks eritunnuseks süüdeo kordasaatjate arvu, kui koosseisus ettenähtud süüdeo saadab korda üksisik siis on see ainutäidesaatja, kui aga koos tegutsevad mitu isikut, siis on tegemist üldiste

vaadete järele kaastäidesaatmisega. Ei ole raske ette näha, et kaastäidesaatjad eeltoodud mõttes võib jagada kahte liiki. Ühe liigi kaasteguteemisel iga üksiku isiku tegu haarab teve-koosseisu, mida tavaliselt nimetatakse kaastäidesaatmiseks laias mõttes (Mittäterschaft im weiterem Sinne – Frank 89). Teise liigi kaasteguteemise juures iga ühe tegu haarab vaid ühte osa koosseisust, misugust nimetatakse kaastäidesaatmiseks kitsas mõttes (Mittäterschaft im engeren Sinne – Frank 89). Mõlemil juhul kaastäidesaatmise eritunnuseks peetakse tavaliselt kaasteguteejate arvu (kaks või rohkem).

Kerkib küsimus on see vaade, mille aluseks on juhuslik, täiesti mehaaniline moment, kohaldatav kaasteie kriminaalseadustikus väljendatud normidele. Selle küsimuse vastamisel peame kohe väitma, et mehaaniline moment kaasteguteemisel olevate isikute arvu näol, ei või seadustiku järele ainutäidesaatmise ja kaastäidesaatmise kriteeriumiks olla. Meie seadustiku järele võib olla ka mitu ainutäidesaatjat. Esimesest pilgust paistab niisuguse oletus (väide) para-

doksina. Ainutäidesaatmise oluliseks tunnuseks on see, et tema tegu haarab terevet koosseisu. Kriminaalseadustiku eriosa määrab kindlaks üksikutest elementidest koosnevad koosseisud. Ainutäidesaatja on terve koosseisu täitja; tema tegu abstraheerituna ja subsumeeritina vastab täielikult eriosa koosseisule (katab seda täielikult). Täidesaatmine on koosseisu täitmine, resp. ainutäidesaatja on see, kes koosseisu täidab ainuisiklikult; ainutäidesaatmine on seadustiku konstruktiivsest vaatekohast legislatiivne normaliteet, või teiste sõnadega, seadustik on oma eriosa konstruktsioonis lugenud normaalseks süütesvormiks niisuguse ainuisikliku teo, mis haarab terve koosseisu, milline tees väljendub KrS. § 51 p. 1 esimeses pooles sõnades. „süüdlase vahetult kordasaatjad." Oletame, et puudub seadustikus õpetuse norm § 57 näol, siis ei oleks selle puudumine ühtegi tähendust niisuguse teo karistatavuse seisukohalt, mis haarab terve koosseisu. Need jääksid ikkagi karistatavaks juba sellepärast, et eriosa koosseisutäitmine on iseenesest karistatav tegu, resp. koosseisutäitmine oleks ka süüdlase kordasaatmine, § 51 p. 1 esimene pool ei annaks

absoluutselt mitte midagit, ta on mõistetav ainult kui vastand § 51 p 1 teisele poolele. Kas on üldse võimalik isikute karistatavaks tegemine kui punduks § 51 ning koos tegutsevad mitu isikut.

Ei ole kahtlust, et see võimalus § 51 punduumisel teatavatel juhtudel säiliks ja nimelt siis, kui koostegutsevatest igaüks eraldi täidab terve koosseisu. Näiteks, mitu isikut tegutsedes üheskoos süütavad (igaüks tõmmab tikust tuld) maja põlema, mitu varast tungivad üheskoos eluruumi ja igaüks kannab välja võõrast varandust. Järelikult § 51 oleks üleliigne juhtudel a/ kui süüteo saadab korda ainult üks isik, b/ kui kollektiivsel süüteo kordasaatmisel iga süütegija täidab koosseisu tervikult. „Erfüllt von mehreren jeder den gesamten Tatbestand des Delikts in eigener Person, so ist es selbstverständlich, dass jeder als Täter bestraft wird" (Franz 89). Mõlemad need süüteo vormid haarab KrtS § 51 p. 1 esimene pool. Vastavalt üldmaksvatele vaadetele peaksime väitma aga, et ainutäidesaatmise all tuleb mõista p. a all kordasaadetavat süüteo vormi, mina p. b all on tegemist kaastäidesaatmisega, sest

sest tegutsejaid on mitu. Selgesti paistab, et § 57 p. 1 esimese poole sõnade all „süüteo vahetult saatsid korda" seadus mõistab niisugust süüteo täidesaatmise moodust, kus isiku tegu haarab tervet koosseisu, millest peaksime järeldama et need sõnad haaravad ainutäidesaatmist ja ka kaastäidesaatmist laias mõttes (Mittäterschaft im weiterem Sinne – vt. Frank 89), niisugune nimetuse juurde võiksime ka meie jääda, kuid juhuslikku ning puhtmehaanilisel arvu alusel ei oleks jaotus meetodiliselt õige, õige ei oleks see ka krs. § 57 p. 1 konstruktsiooni järele. § 57 p. 1 esimene pool on seatud vastandiks mõisteliselt selle § p. 1 teisele poolele. Kriminaalseadustik ei või leppida ainult nende isikute karistatavaks tegemisega, kes täidavad terve koosseisu (seaduse keeles „süüteo vahetult saatsid korda") olgugi et tegutsevad mitmena koos, vaid on teinud karistatavaks § 57 p-1 teise poole läbi ka need isikud, kes täidavad süüteo koosseisu ühise tegevuse kaudu, üksikult vaid osaliselt, mis on väljendatud prägnantselt seaduses sõnadega „või võtsid osa selle täidesaatmisest. Ilma § 57 p-1 teise pooleta jääksid

need isikud stricti juris karistamatuks, kuna p. 1 esimese poole puudumine ei põhjusta ühtegi arusaamatust. Üldise vaatekohalt normeerib § 57 p-1 teine pool järelikult kaastäidesaatmist kitsas mõttes (vt. Frank 89). Kuigi üldistes vaadetega ei saa de lege lata nõus olla. Ainutäidesaatmise ja kaastäidesaatmise eristamise pearaskus langeb mitte kõrvalisel asjaolul, kas koostegutsejate arv on üks või rohkem, vaid meie praksime ainutäidesaatmise ja kaastäidesaatmise erinevust põhjendama § 57 p. 1 esimese ja teise poole vastuvaidlemisel. Erinevus põhjeneb üldjoontel alustel ja nimelt teo iseloomus koosseisu vaatekohalt, millele seadus on andnud ainutähenduse täidesaatjate liigitamisel.

Kaastäidesaatmiseks tuleb lugeda seaduse järele (väljendatud expressis verbis „või võtsid osa selle täidesaatmisest") ainult niisuguseid tegevusi, mis moodustavad koosseisupärase teo nende koostegutsevate isikute tegevuste kogusummas, või teiste sõnadega, kui öelda, et süüdeo koosseis on teatavate asjaolude komplekss, kaastäidesaatjate teod moodustavad selle

kompleksi (summa) koosnevatavaid. Kaas-
täidesaatmise raison d'être ongi osaline karis-
tatavuse konstrueerimine terve süüteo eeltingi,
et tema täitmud ainult osa koosseisu.

§57 p. 1 teine pool ei sisalda eneses karistatavust
laiendavat asjaolu ülle eriosa koosseisu püride,
kuid ta ei ole siiski ülelüngne (vt. Mayer 380),
ta määrab isikute karistatavust juhtudel, kui
koosseis täidetakse mitme isiku (iga ühe poolt) poolt
fragmentaalselt, ilma milleta seadluse raken-
damine võiks segadusse sattuda.

Vastavalt §57 p. 1 jaotusele peame ka meie
koosseisu piiridesse ulatavaid teod jagama kahte
gruppi, esimene pool tähendab ainutäidesaat-
mist, mille all tuleb mõista mitte seda, et isik
tegutseb üksinda, vaid seda, et tema täidab koos-
seisu tervikult (ainuisikliselt), kuna teine pool
tähendab kaastäidesaatmist s. t. juhtu millal
iga kaastegutseja täidab ainult osa koosseisu
„võtid osa selle täidesaatmisest." Kui tegutsevad
mitu ainutäidesaatjat, siis võivat nii palju süü-
tegusid, kui palju isikuid „Erfüllt von mehreren
jeder den gesamten Tatbestand des Delikts in

eigener Person, so ist es selbstverständlich, dass jeder als Täter bestraft wird. Z. B.: A und B steigen gemeinschaftlich ein, jener nimmt eine Uhr, dieser ein Schmuckkästchen weg (Mittäterschaft im weiteren Sinne). Hier liegen genau betrachtet, zwei Diebstähle vor, und es wäre auch ohne § 47 klar dass sowohl A wie B als Täter haften." (Frank 89). Iseloomulikuks asjaoluks on selles osas, et ühe täidesaatja mõtteline eliminatsioon täiste tegu üldse ei puuduta. Hospis teisest kirjutab olukord KoS. § 57 p. teise poole juures, kus tõe täielik „koosseisupärasus" stricti juris ühe osalise eraldamisega mõeldav ei ole, sest osalise äralangemisega langeb ära ka üks koosseisu fragmentidest.

Eeltoodust tuleb võtta võime konstateerida, et § 57 p. 1 seab vastamisi kahesuguseid täidesaatjaid, esimene pool näeb ette koosseisu täielikku täitmist iga täidesaatja poolt ükskõik kas ta tegutseb ainukesi või siis koostegutsevad mitu isikut, neid täidesaatjaid nimetame ainutäidesaatjateks vastandina p. 1 teises pooles ettenähtud juhtudele, kus tegutsevad koos mitu

isikut, kellest igaüks täidab vaid kooseisu osaliselt ning seda nimetame kaastäidesaatjateks.

Seaduse praktilise rakendamise seisukohalt ei ole ainutäidesaatmise ja kaastäidesaatmise eristamine küngi tähtis, täiesti ükskõiksuse osutub küsimus, kas täidesaatja saatis kordab kooseisupärase tee osaliselt või täielikult, tähtsaks osutub vaid küsimus, kas süüdistuskordasaatja tegevus ulatab kooseisu sisse, milles peitub täidesaatja (olgu ainutäidesaatja või kaastäidesaatja) tegevuse iseärasus võrreldes kihutamise ja kaasaaitamisega. Sellest kõneleme aga hiljem.

II. Iga kaastäidesaatja saates kordab osa kooseisu vastutab terve süüdistuse eest; süüt ei saa aga järeldada kaastäidesaatjate solidaarset vastutust, nagu seda väidab Vene Senat reas otsustes (№№ 4-1908, 5-1909 ja teised). Need vaated on teatavad reministsensid möödunud aja kollektiivse vastutuse kontseptsioonist, mis ei pea aset leidma meieaegses õigusteoorias, kus iga osalise vastutus põhjeneb vaid tema omal süül. „Die Teilnahme gründet sich auch nicht

auf «Schuldzusammenhang». Sie ist nicht zerlegte Schuld. Denn die Schuld ist streng persönliche Eigenschaft im Handeln des einzelnen." (Beling 392). Kaastäidesaatmine on karistatav teove süükes eest sellepärast, et kaastäidesaatja tegevus sisaldab karistatavuseks tarvilikud objektiivsed ja subjektiivsed tingimused kausaliteedi ja süü näol.

Ka mittetead likult koostegutsejad olgu tahtliku või ettevaatamatu süükes kordasaatmisel vastutavad samadel põhjustel, kuid nad ei ole süüki kaastäidesaatjad selle sõna seaduse tehnilises mõttes. Objektiivsel koostegutsemisel ilma koostegevuse teadvuseta ei ole kooseisu fragmentaalsel kordasaatmisel üldse mõeldav selle süükse süüksarvamine, mis moodustub nende fragmentide summast. Siin on tegemist n.-n. kõrvaltäidesaatmisega (Nebentäterschaft-Liszti poolt tarvitusele võetud termin), mis seaduses arusaadavatel põhjustel reguleerimata ja nimetamata jäätud, kuna siin vastutab igaüks (kõrvaltäidesaatja) ainult selle eest mis tema ise on teinud. Teiste sõnadega, taht-

lixult osaakti kordasaatjad, kui need tegutsevad ilma koostegutsemise teadlousta, on karistavad ainult siis, kui nende osaaktid moodustavad süüdiolu sui generis, kuid seis ei ole see ~~enam~~ süüdiolu sui generis seisukohalt enam osaakt vaid kooseisupärane tervik. Im StGB wird die Nebentäterschaft nicht erwähnt, mit Recht, da sie nur in der Art vorkommen kann, dass jeder Beteiligte den ganzen gesetzlichen Tatbestand erfüllt" (Mayer 384) Öieti heidab Mayer (384 m 11) ette literaturile, et viimane seda asjaolu küllaldaselt esile ei tõsta „und lässt damit die Frage offen, warum Mit- und Nebentäterschaft unterscheiden müssen. Das Dasein und Mangel des Einverständnisses sind an und für sich belanglos. Daher auch die zu weite Ausdehnung der Nebentäterschaft bei Liszt 226, Frank VII zu § 47 und vielen anderen." (Mayer 384 m. 11)

Näide: A on naisisiku kinni sidunud, seda kasutab hiljem B ja tõidab kinnisesotu kallal sugulise akti. B on muidugi karistatav KrS § 485 p. järele (võgistamises), kuid A ei ole selles süüdiolus süüdlane, vaid on karistatav

ainult KrS § 460 ettenähtud vägivallas hoolimata sellest, et A tegevus on § 485 ettenähtud süüteoga kausaalses vahekorras, ta ei ole aga viimases süüteos süüdlane, kuna ta ei arvestanõuetekohase (vastutusvõimelise) B järeltegevusega. Karistatavus ei või aga ulatuda üle süü; viimane lõikab (vastutusvõimelise) laiaulatuslikud konsekventsid, mis tuleksid tõmmata kausaliteedist (Mayer 142). Eeltoodust järeldub, et kaastäidesaatmine eeldab eneses teatavat süntaktilist elementi, mis põhjendab kaastäidesaatja karistatavust terve süüteo eest tervikuna ning seob teda terve tagajärjega.

Kausaliteedis, nagu juba nägime, ei peitu mingisugust iseseisvalt võrreldes kõrvaltäidesaatjaga, see süntaktiline element peitub subjektiivses momendis – koostegevuse teadvuses või täpsemalt – teadvuses, et tagajärg sõltub tema isiku täiendava tegevuse kaudu (Mayer 381/2).

Nüüd on selge ka seaduses kindlaksmääratud kaastäidesaatmise mõiste ja ülesanded, ta põhjendab isiku vastutust terve tagajärje eest olgugi, et isik täidab ainult osa koosseisu. Vastuvõetamatu on sellepärast Birkmeyeri kaastäidesaatja

karistatavuse põhjendamine terve tagajärje eest sellega, „das er (s. o. Teilnehmer) durch seine Verschuldung hinsichtlich des Gesamterfolges ergänze, was ihm an Verursachung desselben abgeht" (126). Kui puudub see sünteetiline element komplementaarse põhjustamise teadmise näol, siis on tegemist ainult kõrvaltäidesaatjaga, mis võib olla niihästi tahtlikult, kui ka ettevaatmatult kordasaadetava süüteos.

Sünteetiline element, mis seob kaastäidesaatjat terve tagajärjega väljendub seadustikus kokkuleppes süütegu korda saata või teadvalt ühes kõrvaltegutsemises; neid mõisteid käsitlema käesoleva peatüki järgmises osas (III). Kõrvaltäidesaatmise juures puudub see sünteetiline element kokkuleppe või koostegutsemise teadmise näol, siin puudub see moment, mis seob tema tegu terve tagajärjega, sellepärast ei saa ka kõrvaltäidesaatja süüteo eest vastutav olla.

Siin on jutt muidugi juhust, kus süütegu saadetakse korda fragmentaalselt mitme isiku poolt, kelle osavõtud moodustavad tervikus süüteo, kes aga ei olnud süüteo kordasaatmises kokkulepinud või ei tegutsenud teadvalt koos. Need

juhud, kus igaüks saadab ilma kooskõlastuseta korda oimult osa koosseisu, ei peaks õieti kuuluma kõrvaltäidesaatja mõiste alla, (nagu seda lüg laialt mõistavad Liszt 222 ja mõned teised) sest siin on tegemist kriminaalselt irrelevantsete tegudega, peale juhu, kus osaakt ise ei moodusta eneses süütegu sui generis, õigem on sellepärast Mayeri vaade, kelle järele: „Nebentäter sind Mitschuldige, die durch Handlungen, von denen jede den ganzen gesetzlichen Tatbestand erfüllt, einen Erfolg zusammen herbeiführen, ohne sich dazu (d. h. zur gemeinschaftlichen Ausführung) entschlossen zu haben – «zusammen» im strengen Sinne" (384). Järelikult kaasatäidesaatja spetsiifilisteks tunnusteks on objektiivselt koosseisu fragmentaarne täitmine ja subjektiivselt teadvus, et tagajärg tekib teise isiku täiendava tegevuse abil, mis on ka väljendatud § 57^{2a} sõnades – „kui süüdlane saatis korda ~~korda~~ mitu isikut, kes selle kordasaatmiseks olid kokku leppinud või teadvalt kooskõlastusid" (subjektiivne tunnus) ..... 1) ... või võtsid osa selle täidesaatmisest" (objektiivne tunnus)

III. Ühenduses käesolevaga tõuseb küsimus, kas on meie seadustiku järele mõeldav ainult tahtlik kaastäidesaatmine või on võimalik ka kaastäidesaatmine ettevaatmatus süüteos. Krs § 57 järele on kaastäidesaatmisel tarvilik kokkulepe süüteoga korda saada või teadlik koostegutsemine. U. N.S. § 57 (Ya. Ulozh. Rüa valjaanne lhk 192) mõtte järele „соглашение по самой природѣ своей предполагаетъ не только умышленность дѣйствія со стороны всѣхъ участниковъ, но и единство намѣренія." Motiivid on aminud järelikult resolutselt seisukohale, et (vähemalt kokkuleppe puhul) kaastäidesaatmine on võimalik vaid tahtlikult kordasaadetavas süüteos.

Jagantseo ütleb (Лекціи 716) 1903a. U. puhtlus seadustiku kohta (kohalolatav ka Krüm-le) „наше уголовное уложеніе, ставя условіемъ соучастія соглашеніе, или, по крайней мѣрѣ, завѣдомость объ общей дѣятельности, исключаетъ возможность вопроса о неосторожномъ соучастіи"; samuti (Курсъ 6) „наличность соглашенія предполагаетъ умышленность

grüücmbiu." Paistab, et ainult tahtliku kaastäidesaatmise põhjendamine kokkuleppe alusel on argument, mis ilma lähema põhjendamiseta mitte veenev ei ole. Aga mis siis, kui ei olnud kokkulepet selle sõna tavalises mõttes, vaid oli ainult kaastegutsemise teadlous (сговоръ), kas peame ka koostegutsemise teadlousest järeldama ainult tahtlikku kaastäidesaatmist

Juba eelpool (108) nägime, et U.N.S. (1903a) oma esialgses redaktsioonis sisaldas osavõtte ainukeseks puudulikuks sidemeks kokkuleppe osaliste vahel, mille mõistet aga oldi sunnitud kommenteerima niivõrd laialt, et ta võis haarata ka kaastegutsemise teadlust. Ainult projekti hilisemal läbivaatamisel võeti teksti arusaamatuste ärahoidmiseks kokkuleppe kõrval ka koostegutsemise teadluse („groupbabimimi zabagodno soobsa"). Сговоръ можетъ быть признанъ соучастникомъ и при односторонемъ соглашеніи, misjuures 1903 a. U.N.S. § 57 motiividest tuvastud lause on kohaldatav ainult § 57 esialgsele redaktsioonile. Hilisemad motiivid ütlevad

aga õieti, et seadus näeb ette kahesuguse kooskõlastegutsemist, kokkuleppel korrarikkumise toimepandud süütegu on „преступное сговорище по предварительному сговору, kuna kooskõlastegutsemise seadusele korral aga n. n. „сговор." Selle juures ei pane aga seadustik mingisugust erilist rõhku organisatsioonilise kuritahtlikule intensiteedi seisukohalt sellele, kas süütegu saadeti korda kokkuleppel või kooskõlastegutsemise seadusega, nagu seda teeb 1845 a. seadustik, kus kokkuleppel korrarikkumise toimepandud süütegu on tavaliselt sanktsioneeritud raskema karistusega. Kokkuleppe ülevõtmine kriminaalseadustikku 1903 a. U. N. S. järele põhjeneb igatahes kollektiivsusteele rajatud vanale komplott-teoorijale, mis nägi juba osaliste kokkuleppes mitte süütegu sui generis, vaid selle süütegu korrarikkumise, millele oli kokku lepitud ning mis puhul kõik kokkuleppijad langesid karistuse alla, kui üks nendest oli süütegu korrarikkumise toimepannud. Tüüpiliseks näiteks on meil praegu maksev 1845 aasta kriminaalseadustik (N. S.), kus vanad teoreetilised vaated on säilinud peaaegu endiste tõekspidamiste puhtal kujul. Kokkuleppija (сообщник) langeb ka siis

täidesaatjale määratud karistuse alla, kui ta isegi süüteo kordasaatmise juures ei olnud olgugi vähese karistuse vähendamisega (1-3 astme võrra, N.S.S. § 119). Ülemate vaadete järele võib paljas kokkulepe moodustada vaid süüteo sui generis.

Muidugi meie kriminaalseadustik on kõrvalolanud kõik endised mittevastuvõetavad komplott-teooria konsekventsid. Kokkulepe iseenesest on tehtud karistatavaks KrS § 52 alusel vaid mõnel juhul ja nimelt nendel juhtudel, kus eriosa on teinud kokkuleppest süütegu korda saata delictum sui generis (mõned raskekuriteod §§ 76, 401 p. 2, 423, 530 lõpuloige). Üldiselt on kokkulepe iseenesest kriminaalselt irrelevantne tegu, ning kokkuleppimine süütegu korda saata ei tee veel kokkuleppijast süüteo osalist.

Osavõtte lügitamine psüühilise elemendi järele (kokkulepe, koostegutsemise teadmus) ja on meie seadustiku seisukohalt täielikult ülekiigne.

Õieti ütleb Mints (Ülestunks 98), et kriminaalseadustik peaks sisaldama vaid osavõttes tarvisoleva psüühilise elemendi minimumi koostegutsemise teadmise näol, kuid kokkuleppe

mõiste ei tekita ka pahesid, mispärast kriminaal-seadustikuga selles küsimuses võib rahule jääda.

Enamuse teoreetikute seisukoht on sarnane, et kokkulepe süütegu korda saata nii ka kooste-gutsemise teadvus eitavad igasugust võimalust ettevaatmatuks kaastäidesaatmiseks. Vähemuse järele võib ka kaastäidesaatmine olla ettevaatmatult korduvasaadetavas süüteos. Frank (92), Berolzheimer (49), Binding (620-622), Franki järele ka Wuttig jõuavadki seisukohale, et kaastäidesaatmine on võimalik ka ettevaatmatus süüteos. „Bei dem fahrlässigen Delikte gehört zum Verschulden des Täters, dass er nicht auf die Folgen achtet, die aus der gemeinsamen Tätigkeit entstehen. In jedem Falle also fordert der Begriff der Mittäterschaft in subjektiven Beziehung das Bewusstsein der Gemeinschaftlichkeit" (Frank 92); Binding ütleb (621): „Die Behauptung, es gebe keine fahrlässige Mittäterschaft, beweist wieder nur, dass die Behauptenden das Leben nicht zu beobachten verstehen und keine Ahnung vom Wesen der Mittäterschaft besitzen."

Samal seisukohal asub Vene teoorias Posnõschev

„Соисполнителем или совиновником является тот, кто сообща съ другими совершает такое нападение. Одинъ соисполнитель можетъ дѣйствовать умышленно, другой – неосторожно, или оба могутъ дѣйствовать умышленно или неосторожно. Существенно только, чтобы каждый зналъ къ какого рода дѣятельности другого лица онъ присоединяетъ свои дѣйствія" (Posnõschev 384) Samuti Pustoroslev (424), Sergejevski (346)

Kui meie eeltoodud küsimusele täit selgust sooviksime saada, siis ei pääse meie mööda kaastäidesaatmise täpsest mõistest ja selle olemasolu mõttest. Nagu juba eelpool toodud kaastäidesaatmise hulka arvatakse tavaliselt ka need juhud, kus mitu isikut tegutsevad kokkuleppel või kooskõlastatud tegutsemise teadlikul ning mille juures igaüks täidab terve koosseisu (Mittäterschaft im weiteren Sinne – Franck 98). Paistab, et siin ei ole minagit takistust kaastäidesaatmise alla (laiemas mõttes) siia ka need juhud kus kokkuleppel tegutsejad saadavad korda süütegu eeltoaatmatult. Pustoroslev toob järgmise näite „ нъсколько молодыхъ людей, катаясь въ лодкѣ по глубокому озеру

раскаяние ее, чтобы получить большего повышения, а она повернулась вверх ногами, они упали в воду и утонули" (424). „Mehrere Gebirgswanderer rollen Felsblöcke eine Bergwand hinunter, während sie sehr wohl berechnen könnten, dass unten ein Weg gehen muss..." (Binding 620). Nendes näidetes mitu isikut, tegutsevad koos" selle sõna prägnantses mõttes ühiskuleppel või koostegutsemise teadlusel, süüteo tagajärjega aga ei arvestatud. Siin täidab igaüks teove koosseisu, arusaadav on, et igaüks on täidesaatja ettevaatamatus süüteos. Juhtumipool tähendamine, et need juhud, kus igaüks saadab kordu teove koosseisu kuuluvad ainutäidesaatmiste hulka meie KrK § 51 p. 1 esimese poole alusel; kokkuleppe ja koostegutsemise teadlus ei anna siin mitte midagist nad vastutavad samuti ka siis, kui see kokkulepe ja koostegutsemise teadlus täielikult puuduksid. Selles peitubki ainutäidesaatmise oluline tunnus (nimelt koostegutsemise teadlus irrelevantses, ülelüigsuses ning täielikus koosseisu täitmises ühe täitja poolt eraldi). Järelikult teove koosseisu täitmise puhul (meie seadustiku järele on täiesti võimalik kollektiivne ettevaatamatu süüteo kordasaatmine (ainu-

täidesaatmine - tavalises mõttes kaastäidesaatmine). Veel rohkem, meie KrS-ku järele võib tegemist olla täiesti süüta kollektiivse teoga (ainu-täidesaatmise mõttes), kuna süü on meie seadustikus lahiviidud objektiivse süütegu mõiste kohaselt vaid karistatavust põhjendav asjaolu.

Vahendlise täidesaatmise küsimuse käsitamisel on see juba põhjendamist leidnud, mispärast sellest siin kohal mõõdume.

Täiesti teisiks osutub küsimus seal, kus igaüks koostegutsejatest saadab korda eraldi vaid oma koosseisust (tavalises mõttes Mittäterschaft im engerem Sinne), tähendab seal, kus kriminaalseadustiku § 57 p. 1 teise poole kohaselt on tegemist kaastäidesaatmisega (meie seadustiku mõttes). Meie seadustik loeb karistatavaks ainult tahtliku kaastäidesaatmise. Kaastäidesaatmise olu ja tuum, selle raison d'être seisabki selles, et kaastäidesaatja, tekitades vaid osa (koosseisu) süütegu, on tehtud vastutatavaks terve süütegu eest seades, et muu osa koosseisust täidetakse teise isiku tegevuse kaudu. „Mit einem fahrlässigen Zusammenwirken kann allerdings die Vorstellung et-

was gemeinsam zu unternehmen verbunden sein, nicht aber der die Teilakte zusammenfassende Entschluss den Erfolg gemeinschaftlich zu verursachen." (Mayer 382)

Täiesti õieti ütleb edasi M. E. Mayer (382 m. 6) „denn nur weil und sofern Teilakte zusammengefasst werden müssen, bedarf die Mittäterschaft gesetzlicher Anerkennung; diese Zusammenfassung scheidet aber völlig aus, wenn einer fahrlässig beteiligt ist, da er nur Täter sein kann, falls er den ganzen gesetzlichen Tatbestand erfüllt hat. Bei Ausdehnung auf fahrlässige Handlungen verliert der Begriff der Mittäterschaft seine Existenzberechtigung." Järelikult ei mitte kokkulepe iseenesest ega ka mitte kooskõlastatud tegutsemise teadvus ei põhjenda ainult tahtlikku kaastäidesaatmise võimalust, vaid kaastäidesaatmise olemasolu mõte, mis seisab teadlikus osaaktide kokkuvõtmises või teadvuses, et tagajärg (süütegu) tekib teise isiku täiendava tegevuse kaudu, et põhjendada kaastäidesaatja karistatavust tuleb tagajärje eest. „Die herrschende Lehre hält richtig an der Be-

schränkung auf vorsätliche Taten fest ohne den Grund richtig anzugeben." (Mayer 382 nr. 6) Ka elulisolt on seadustiku seisukoht õige.

Süüdlaseks ja karistatavaks saame tunnistada tegutsejaid vaid ikka ainult siis, kui igaüks on teadlik selles, et ülejäänud osa koosseisu täidab teine isik. Seadus ei või kunagi isikule peale panna niisugust kohustust, et ta peaks ennustama ja ette nägema teise isiku tegevust, nimelt seda, kas tema tegu ei võiks teise isiku poolt kasutatav olla sellega, et viimane oma tegevuse juurdelisamisega ei täitaks seadustiku eriosa koosseisu vaatekohalt terviku süütes näol. Kui meie ka siin konstrueerimine ettevaatmatu kaastäidesaatmise meie seadustiku kitsas mõistes, siis laiendaksime isiku süüd piirideni, mida tema oma inimlikkude võimiste juures ei suuda ei ette näha ega ära hoida. Sellepärast on mõeldav ka ainult tahtlik kihutamine ja kaasaaitamine

Muidugi ei ole tarvilik kaastäidesaatjana karistamiseks, et ka teine või teised osaakti korraldasaatjad peaksid tahtlikult tegutsema. Kaastäidesaatja (kes võib tegutseda ainult tahtlikult) tegu võib

täiendada tervikuni ka süüvõimetu, süütu või ettevaatmatult tegutsev isik kuivõrd viimaste tegu on seadusevastane (objektiivselt). Mayeri (383 p. 7) järele ei või täiendusena olla seadusepärane tegevus, ning ka süüvõimetu ja süütu tegevus. Mayeri vaade süüvõimetu ja süütu tegevuse kohta on arusaadavalt kohaldatav nüüdnuse süütuse kontseptsiooni juures, kus süütuse mõiste konstitutiivseks elemendiks on arvatud ka süü (Nagu Saxa StGB). Meie kriminaalseadustiku järele, mis asub süütuse mõiste objektiivse kontseptsiooni seisukohal, võib seadusevastane ning koosseisu elemente haarav süütu või süüvõimetu tegu (samuti ettevaatmatu tegu) olla selleks täiendavaks lüliks, mis ühe kaastäidesaatja tegu (osaaksi) täiendab. Kaastäidesaatjana on vastutav § 51 kohaselt muidugi ainult tahtlik osaaksi kordasaatja, kes on teadlik selles, et ülejäänud osaaksi täidab teine olgu süüline või süütu isik. Kõike eeltoodut kokku võttes võime väita, et § 51 seisukohalt igaüks, kes koosseisu täidab tervikuna või olla karistatav nii tahtlikus kui ka ettevaatmatus süütuses, mille juures on täiesti üks kõik tegutseja(te) isiku(te) arv, kainuti

tähtsuseta on asjaolu, kas need tegutsevad nii-sugusel juhul kokkuleppel, koostegutsemise teadvusel või mitte (ainuläädesaatmine § 57 p. 1 esimese poole mõttekohaselt) kuna kokkuleppe või koostegutsemise teadvuse äraolangemine ei avaldaks niisugusel korral (kui igaüks täidab koosseisu tervikult) tegutseva isiku karistatavuse peale mingit mõju. Kui aga igaüks mitmest tegutsevast täidab ainult osa koosseisu, siis võib nende karistatavusest jutt olla ainult siis, kui tegu (osaarsti kordasaatmine) on tahtlik, mille juures oluliseks nõudeks on, et karistatav tegutseb koos teistega kokkuleppel või koostegutsemise teadvusel (kaasläädesaatmine § 57 p. 1 teise poole järele)

IV. Kaasläädesaatjad täidavad koosseisu ühiselt koostegutsemise teadvusel, nad on karistatavuselt üksteisest sõltumatud (Liszt 221, Liszt-Schmidt 323, Mayer 382/3 etc.) sellepärast võivad ühed kaasläädesaatjad olla karistatavad näiteks kui röövijad (KrS § 555), teised kui vargad (KrS §§ 548-554), sest röövimine on õieti kvalifitseeritud vargus (mille koosseis on kvalifitseeritud

teatavate elementide juurdelisamisega. Näide. A ja B murdsid ühiselt eluruumi varguse eesmärgil (kokkulepe varguse kordasaatmiseks), A läheb teise tuppa, tarvitab seal isiku (korteriomaniku) kallal vägivalda ilma, et sellest B midagit teaks, niiig rüüsib asja. Rüüstud asjad toovad nad aga ühiselt välja. Selles näites on A süüdlane röövimises (§ 555), B aga varguses. B seisukohalt vaadatuna on A juures tegemist süütu ekstsessija, mille eest ei saa vastutavaks teha teisi kaastäidesaatjaid. Siin maksab üldine põhimõte, mille järele süütu kordasaatja karistatavus ei või ulatada üle süü.

Kui meie eelpool (155/6) räägisime kaastäidesaatjate karistatavuse rippumattusest üksteisest, siis ei tohi meie seda rippuvust mõista selles mõttes, nagu see on konstrueeritud kaasaaitaja ja kihutaja juures. Eelpool mõistsime kaastäidesaatja rippumattust selle sõna laiemaalses mõttes (külgsuunaline rippumattus), milline rippumattus on ka täiesti arusaadav: siin määrab karistatavuse objektiivselt kausaliteet, subjektiivselt kaastäidesaatjate komplementaarse

põhjustamise teadvuse korral süü (dolus)
Sellepärast võivad ühed kvoosteguteejatest vastutada tahtliku süütegu kordasaatmise eest, kuna teiste karistatavus võib üldse olgu süüvõimetuse või süü puudumise tõttu ära langeda. Järelikult lateraalselt on kaastäidesaatjad üksteisest rippumatud. Seda võib väita ka kihutajate ja kaasaaitajate kohta. Näide: A ja B kihutasid eraldi C-d esimene inimest tapma, teine tekitama raskeid kehavigastusi
Kui kihutamise tagajärjeks oli tapmine, siis on A karistatav kihutamises tapmisele (RS 8851, 420), B aga on vastutav raskele kehavigastamisele kihutamises. Muidugi on tõenäolik, et B ei arvestanud inimese surmaga (dolus eventualise puudumine). Kui aga C tekitas vaid raske kehavigastuse, siis vastutab ka A vaid kihutamises raskele kehavigastamisele, või siis tapmise katse karistatavuse ülaltsel olenevalt sellest, kas C on süüdlane raske kehavigastamise tekitamises või siis tapmise katses.
Kaasaaitaja ja kihutaja on seatud teatavasse rippuvusse täidesaatjast suutsessiivses mõttes,

kas see õppevorm (auditsessioone) on konstrueeritav ka kaastäidlesaatjä kohta, seda vaatleme hiljem. Hiljem vaatame ka milline on kaastäidlesaatjä tagajasiastumise tähendus.

V. Kaastäidlesaatjad langevad selle karistuse alla, mis on määratud vastava süüteo sanktsioonis, selle juures on seadus pannud kaastäidlesaatjä võrreldes kihutajaga ja kaasaitajaga eriseisukorda selles mõttes, et vastandlikt eelmistele kaastäidlesaatjä on karistatav ka ületastumisteo.

IV. Kihutamine.

I Käesoleva töö algus on juba tähendatud, et kihutamine ja kaasaaitamine on KrS. § 51 2 lõ. väljendatud mõttekohaselt seatud konstruktiivselt täidesaatmisest erinevasse olukorda. Täidesaatmine on kooseisu täitmine; kihutamine ja kaasaaitamine on aga väljaspool kooseisu arenevad süütegu kaasaalses vahekorras olevad teod. Sellega on seadus positiivselt loonud kindla vahe „kooseisupäraste" ja „mittekooseisupäraste" (väljaspool kooseisu olevate) tegude vahel, millega täidesaatmisele on antud kindel seaduslik kriteerium selle eristamisel kihutamisest ja kaasaaitamisest. Seadus on väljaspool kooseisu arenevad teod jaotanud kahte gruppi: kihutamiseks ja kaasaaitamiseks, kumbki erinevate tunnustega.

II. KrS § 51 p. 2 mõistab kihutajas isikut, kes kihutas teist isikut süütegu osavõtmisele, teiste sõnadega seadus teeb karistatavaks teise isiku süütegu määramise (veranlassen, bestimmen)

Kihutaja tegevus on süüteoga järelikult kausaal-ses vahekorras; kihutaja ühes vastutavuse alu-seks ongi objektiivne side süüteo sooritajaga, milles kihutamise ja toimepanemise vahel mingit vahet ei ole peale selle asjaolu, et kihutaja tegut-seb kaudselt, vahendliselt teise isiku kaudu. Kõik vastupidised väited, mis eitavad kihutaja kausa-liteti süüteo sooritajaga, või näevad kihutamises kausaliteedi sideme katkemist on teoreetiliselt vastuvõtmatud. Kihutaja tegevus seisab teises isi-kus süüteo motiivide tekitamises või meie kriimi-naalseadustiku seisukohalt õigemine-teo moti-ivide tekitamises, mis objektiivselt osutub süüteoks, (sest kihutatav võib tegutseda ka süütult), sellega on kihutamine puht psüühiline tegevus, milles väljendub kihutamise peamine, kuid mitte ainu-tunnus, sest seadus tunneb ka n. n. psüühilist kaa-saaitamist.

Kihutaja äratades teises sotsiaalohtlikud motiivid, muutub ise sotsiaalkardetavaks isikuks, ta ei ole kardetav mitte ainult selle õigusega kaitstud objektile (õigushüvele), mille peale on si-hitud süütegu, vaid ta peidab eneses teatava

ehu õiguskorrale üldse, see on „Angriff auf gesetzestreue Gesinnung" (Binding), sest ta lõhub isikus lugupidamist seaduse ja korra vastu üldse, hävitades õiguskorra põhialuseid selle juurtes. Selle kihutamise ~~kahesuguse~~ kahesuguse tähenduse peale juhtisid tähelepanu juba vanad itallased (vt. Perten 146 m. 259), mis ka uuemas literatuuris käsitamist leiab (Birkmeyer 113 m. 185, Perten 146, Schönfeldt 11, Bissingen 74 ja Pertseni järele ka Binding). Selle kihutamise kahesuguses sõltsiaalkardetavuses peitub selle karistatavuse kriminaalpoliitiline põhjus. Ühest küljest on kihutaja sõltsiaalohtlikkus generaalselt vähem kui täidesaatjal, sest kihutava ja rikutava õigushüve vahel seisab teine tavaliselt (mitte alati meie seadustiku järele) süüteo vastumõtlevidest mõjutatud isik (Perten 125), kuid teisest küljest on kõdaohtlikum omalt ekstensiteedilt, tehes ka teise isiku süütegijaks ühes enesega (Bissingen 74, Perten 147 etc.)

Mõned autorid, pannes tähele vaid esimest momenti, põhjendavadki sellega (erandliselt) kihutaja vähemat karistatavust võrreldes täide-

saatjaga (Pustoroslev 496, Beling 496, Mintz Учебникъ 107 de lege ferenda, samuti Poteni järele Liepmann ja Köhler) „ Мысли и чувства, и воля человѣка, находящагося въ состояніи вмѣняемости, способны подвергаться разнообразнымъ (вліяніямъ) измѣненіямъ: какъ подъ вліяніемъ физическаго и психическаго состоянія этой личности, такъ и подъ вліяніемъ внѣшнихъ обстоятельствъ. А, благодаря этому, и подстрекаемой является въ дѣйствительности, при прочихъ равныхъ условіяхъ, гораздо менѣе надежнымъ орудіемъ преступленія, чѣмъ собственныя личныя силы подстрекателя, физическія средства и силы внѣшней природы....“

Suurenamus asub ags teisel seisukohal ja peavad kihutaja ja täidesaatja üldiselt karistatavuselt üheväärseks. Need vaated ja differentsiale ole õieti de lege lata seisukohalt kuigi tähtsad, kuna kriminaalseadustik on teinud kihutaja karistatavuselt võrdseks täidesaatjale.

Kihutaja karistusvääruse selle intsitseedi seisukohalt määrab üldise arvamuse kohaselt ära ka kihutatava isik. Kui kihutatav on isik

kelle juures süüdlase vastutusvõimet mitte küllaldaselt või sugugi prāventsioonilt ei tööta olgu kihutatava süüvõimetuse või süüpunudumise tõttu siis on süüdlase kordasaatmine kihutatava poolt generaalselt tõenäolisem. See ongi peapõhjuseks milles arvatakse tavaliselt de lege ferenda peituvat vahendlise täidesaatmise ja kihutamise vahe, sellelt seisukohalt olla vahendlise täidesaatmise ja kihutamise ühtlustamine kriminaalõiguses mitte samm edasi, vaid tagasi (Bar 623, Peters 146 m. 260), olgugi et paljud teoreetikud nüüdisaja eritlemise tarviduist eitavad (Mayer 411, Beling 453 etc. Ybach 53, Petri 19, Döderlein 63) viimaste kõrval, kes omas ettepanekus de lege ferenda (vt. Noomen II 617/19, samuti tema teised teosed) kihutamise ülalse kõrvaldab, moodustades n. n. „Urheberschaft", mis haaraks ka vahendlise täidesaatmise (Selle õpetuse juures ei ole tarvis siinkohal peatuda)

Need vaated võiksid de lege lata õigustatud olla ainult (esimeste vaated) siis, kui seadustik teeb täidesaatmise karistatavuse intensiivsemaks kihutaja karistatavusest, ainult siis võiks tea-

tawal määral olla õigustatud vahendlise täidesaatmise ja kihutamise eritlemine. Meie seadustik on teinud täidesaatmise ja kihutamise karistatavuselt võrdseks, sellepärast puuduvad igasugused alused vahendlise täidesaatmise säilitamiseks ja õigepoolest ongi seadustik, nagu see eelpool pikemalt käsitatud, ka konstruktüüselt süüteo mõiste kaudu vahendlise täidesaatmise ja kihutamise ühtesulatanud, millega seadus on tõmmanud sirgjoonelise piiri täidesaatmise (vahendituse) ja kihutamise vahel.

III. Kihutaja äratab teises isikus süüteo motiivi. Kihutamise objektiks on teine isik (vahelüli), kes alustab kihutaja psüühilise tegevuse mõjule; kihutatav võib olla meie seadustiku järele mitte ainult süüliselt (õigemini tahtlikult) tegutsev isik, vaid ka süüvõimetu, samuti ettevaatmatult tegutsev.

Milliseid abinõusid selle juures kihutaja tarvitab, see on ükskõik; seadus ei ole abinõusid ei lõpulikult (Prantsuse seadustiku eeskujul) ega ka exemplifitseerivalt (Saksa StGB eeskujul, samased 1845 a. N. S. § 13 kohta Vene Senati seisukoht) üles

lugenud. Sellepärast võib kriminaalseadustiku § 51 järele kihutamise abinõudeks olla meelitamine, ärasostmine, võimutarvitamine, eksituse tekitamine, ka niisuguse, mis kõrvaldab dolose või ka üldse süü, samuti ähvardus, psüühiline sund olgu selle intensiteet milline tahes (mitte aga füüsiline sund, põhjused toodud juba alpool), milles Kr.S. läheb lahku Saksa StGB-ist ja Vene 1845 nuhtlusseadusest. Lühidalt, iga abinõu mis on kõlbulik teises isikus teo motiivide tekitamiseks, võib seadustiku seisukohalt olla kihutamise abinõuna, milleks on kõlbulik iga positiivne tegu, selle juures ka konkludentne tegu (Saksa õpperaamatutes palju tarvitatud näide Liviuse jutustus Tarkviniusest ja Lekstusest)

Communis opinio doctorum järele ei või kihutamise abinõuks olla tegevusetus (teisiti M. E. Mayeri järele, 392 m. 1, -Zahn).

IV. Kriminaalseadustik loeb karistatavaks ainult tahtlikku kihutamise (ka dolus eventualis, vt. Tagantsev, Seksin, 768, Frank 97, Dolus eventualist ei pea küllaldaseks Bar 619).

Kihutaja dolus ei paku mingisugust erinevust võrreldes täidesaatjaga, sellepärast peab kihutaja dolus haarama teo koosseisu asjaolusid (seaduslikku koosseisu konstitutiivsete elementide kujutlemine ei ole tarvilik), tarvilik on „Kenntnis der gesetzlichen Umstände". „Nicht erforderlich ist die Kenntnis der Abstrakten Tatbestandsmerkmale;.... Notwendig ist vielmehr, dass der Täter die rechtserhebliche Sachlage zutreffend erfasst, dass er die sämtlichen Tatsachen kennt, die die erforderlichen Unterlagen dafür bieten, dass der Jurist den Schluss auf das Vorliegen der gesetzlichen Merkmale zieht." (Sauer 591)

Kuid koosseisu asjaolude kujutlus ei ole tähtis mitte isesenesest, vaid sellepärast, „weil sie das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit ermöglicht." (M. E. Mayer 259, samuti Sauer 589 etc.). Puudulik on sellepärast Liszti seisukoht, kes siin eetilist elementi ei pruugita ning sellepärast ütlemata jätab mispärast nimelt tähtis on seaduslikku koosseisu asjaolude (Tatumstände) teadmine (teisiti Liszt-Schmidt).

Teoorias on vaieldav küsimus (vt. Bing 20-24)

missugust tegu peab haarama kihutaja dolus, kas tegu mille saatis korda täidesaatja õieliselt või mille täidesaatja vastavalt kihutaja dolusele oleks pidanud korda saatma. Ilma et siin prejudiks olemasolevaid kontroverse pmudutada, peame arvama, et küsimus erilist arusaamatust ei peaks sisaldama. Kihutaja dolus on sihitud muidugi selle teo peale, mida kihutatav vastavalt kihutamisele oleks pidanud korda saatma ex ante vaatekohalt; kihutaja vastutuse küsimus ja selle piirid olenevad aga sellest, mil määral kihutatava poolt tegelikult kordasaadetud tegu omas konkreetses väljenduses vastab sellele teole, millele kihutati. Kui kihutaja dolus olulistes ~~olulistes~~ osades katab õieliselt kordasaadetud teo asjaolusid, siis on karistatavuseks tavalised tingimused olemas, see on aga kindlaksmääratav ainult ex post.

Kui kihutaja dolus vastab seaduslikus koosseisu asjaolude (Tatumstände) seisukohalt õieliselt täidesaatja dolusele, siis on esimese dolus teisest küljest täidesaatja omast laiem, ta haarab (ja peab haarama) veel seda asjaolu, et süüteo teel

teise isiku ajaliselt järgneva tee kaudu. Kihutaja tegevusele on karakteerne tagajärje duplitsiteet (nii Frank 95-II ja Mayer 393). Esimeseks tagajärjeks on, et kihutatav võtaks ja teeks süütes kordasaatmise otsuse, teine, et otsus ka täideviidaks, järelikult kihutaja ülesanne peab haarama neid mõlemaid tagajärgi (communis opinio). Vähesed (Thevdori-st järele Lowenheim ja Heilborn, Bingi järele Dr. Borchert) peavad tarvilikuks kihutaja süüdlust ainult seda, et kihutatav teeks süütes otsuse, millise otsuse tegemisel nimetatud autorite arvates peitubki kihutaja karistusväärsus. Viimase väitega ei saa ühineda, ta põhjenes seadusega ülatuseritud, kuid liig laialt ja valesti mõistetud aktsessoorsusel. Selle vaate järele on kihutamine karistusväärne ainult sellepärast, et ta kutsus esile teises isikus, kihutatavas, süütes kordasaatmise otsuse, kuna süütes kordasaatmine kihutatava poolt ei anna kihutaja süüle midagi juurde, vaid on kihutaja karistatavuse objektiivne tingimus (Thevdori järele - Höpfner). Kihutaja on samuti süütes põhjustaja, kui täidesaatjagi; süütegu on oma tunnustelt kindlaks määratud seadustiku eriosas, täidesaatja saadab süütes kordu vahetult

kihutaja aga vahendliselt teise isiku kaudu (mitte koosseisupärasel viisil), sellepärast on nõuetav, et kihutaja dolus haaraks ka süüteo tagajärge (mis kindlaks määratud koosseisudega)

Õieti ütlevad Saksa riigikohtu motiive otsuses 17 veebr. 1887 (tsiteeritud Theodori järele lhx 49) „Wenn das Strafgesetzbuch den Anstifter und den Gehilfen straft, so geschieht dies nicht etwa deshalb, wie dieselben Schuld oder Mitschuld daran tragen, dass ein anderer sich strafbar macht und verurteilt wird, sondern weil sie dazu mitwirken, dass eine der gemeingefährlichen Handlungen, welche als solche im Teil II des St. G. B mit Strafe bedroht sind verübt werde; ihr Wille muss also folgerichtig auf Verübung einer solchen Handlung gerichtet sein."

Sellepärast on selgitatav ka, et kihutajaks ei või olla see, kes arendab teises isikus kuritahtlikke kalduvusi üldse, kui selles ei peitu teise isiku kallutamist teatavale konkreetsele süüteole.

Kihutaja dolus peab järelikult haarama

ühest küljest kooseisu asjaolusid (Tatsumstände) nagu täidesaatjalgi, teisest küljest peab kihutaja teadma, et lagajärg tekib teise isiku kaudu. Küsimus tekib siis, kui kihutaja dolus läheb lahku kihutatava omast, s.t. kui kihutatav saatis korda teo, mis erineb sellest teost, millele kihutati. Kuidas tuleb vaadata niisugusel korral kihutaja karistatavusele. Siin võib olla tegemist järgmiste juhtudega:

1. Kihutatav saatis korda vähem, kui seda soovis kihutaja ja nimelt siis, kui kihutatav saatis korda ainult süütes kohe. Niisugusel juhul tuleb kihutaja vastutavaks lugeda ainult kaite karistatavuse ulatusel, s.o. karistus kuulub obligatoorsele vähendamisele KrS § 49 lõike II kohaselt alustel, mis sinnollaksmääratud § 53, sest isiku karistatavus ei või ulatuda üle objektiivselt kordasaadetud teo piiride.

Käesoleva küsimusega ühenduses olevale täidesaatja tagasiastumise taõendusse kohta kihutaja karistatavusele vastame hiljem.

2. Kihutatav on teinud rohkem, kui soovis kihutaja. Siin kohal jätame kõrvale selle juhu, kui kihutaja soovis korda saata ainult katset, kihutatav saatis korda aga lõpetatud süütes (seda puudutame selle peatüki järgmises osas V);

siin puudutame vaid seda küsimust, kui kihutatav saatis korda rasksema süüteo. Kihutaja kihutas näiteks lihtvargusele (KrS § 378), kihutatav saatis aga korda kfalifitseeritud varguse. Siin on tegemist õieti kvantitatiivse lahkuminekuga ning kihutaja ekstsessiga, mille eest ei või teha vastutavaks kihutajat, kuna karistatavuse maksimaalseks piiriks on alati kas tes objektiivne määr või süü (käesoleval korral dolus) selle jäävle kumb nendest vähem on (vt. Mayer 328 etc.). Küsimus kihutaja vastutavuse kohta kerkib siis, kui näiteks kihutaja dolus haaras varguse (§§ 548 etc.), kihutatav aga saatis korda röövimise (KrS § 555).

Kuid ka selles näites ei ole tegemist õieti koalitatiivse kõrvalekalduminega kihutatava dolusest (vt. p. 3), mille tagajärjel kihutaja karistatavus ära langeks, vaid kihutatava ekstsessiga, kuna § 555 (röövimine) ei ole muud midagi kui hüpostrofeeritud vargus, mille koosseis on kfalifitseeritud mõne tunnuse juurdelisamisega (meelemõistuseta olekusse viimine, keha vigastamine, karistatav ähvardus, vägivald).

3. Kihutatav on saatnud korda lõgilt koopis

teise süüteo (kvalifitatiivne kõrvalekaldumine), siin ei ole enam tegemist kihutaja teoga ning kihutaja peab jääma karistamatuks. Peab tähendama, et vähesed, õiguslikult tähtsuseta, kõrvalekaldumised ei kõrvalda kihutaja karistatavust. Kõrvalekaldumise tähendust tuleb otsustada igal konkreetsel juhul eraldi, alles siis võib otsustada, kuivõrd kihutaja tegevus süüteo tagajärjele kausaalne on ning kas kihutaja on süüdlane selles.

d) irrelevantne on ülevaltähendatud seisukohalt süüteo õiguslikult ühevääriste objektide vahetamine (error in objecto). Käesoleva küsimuse kohta ei ole vaated õpetuses ühtlased. Error in objecto on olemas siis, kui täidesaatja saadab kordama süüteo eksituse tõttu teise objekti kallal. Siin võib tegemist olla ainult õiguslikult samaväärsete objektidega, või objektidega, mis kuuluvad ühe ja sama kooseisu alla. A tappis B asemel eksituse tõttu C. Vähemuse järele (Liszt 179, 227, Stoll 35, Pustorosolev 418, viimase järele ka Kolokolov) on error in objecto puhul tegemist süüteo katsega + ettevaatmatu täidesaatmine (süütegude ideaalkonkurents). При ошибке в лице или предмете, наступившее

последствие никогда не соответствует фактическому умыслу писателя, и, следовательно, с логической точки зрения никогда не может быть признано умышленным" (Пусторослев 417). Seda vaadet ei saa õigeks pidada, teatavatel juhtudel sünnib see aga tegema kriminaalpoliitiliselt täiesti vastuvõtmatuid otsuseid. Näide A saatkes surnuks B, kuid eksis isikus ja surmas teise isiku. Veel vastuvõtavaks osutub otsus, kui ka B laskekoha lähedal oli, siis võiks teatavatel tingimustel leppida tapmise katsega B sihis. Mis teha aga näiteks siis, kui B oli kuuitse ajal väljamaal, või kilomeetrid eemal.

Vaevalt saaks siin üldse juttu olla katsest B-d tappa, jääks järele vaid ettevaatamatu isiku surmamine, ning ka seegi võib teatavatel olukordadel ära langeda, kui näiteks teise isiku ilmumine süüteo kohal inimliku otsuse ja ettenägemise järele vaevalt võimalik oli. Kas peab süü süüdlasijä kasutamatuks jääma ainult sellepärast, et tema eksis asjaolude seisukohalt ühevääruselises objektides.

Siin peab veel seda tähendama, et kaugelt suurem osa süütegusid ei võimaldu ettevaatamatust

taidlesaatmist. Õigemad on enamuse vaated (Mayer 327/28, Franx 98, 140, Beling 325, Tagantsev Лекціи 629, Sergejevski 364, Piontkovski 143, Tõsnõschev 303, etc.), mille järele error in objecto puhul on tegemist ühe lõpetatud süüteoga. Seadus ei karista isikut mitte sellepärast, et tema tegu oli sihitud teatava konkreetse objekti vastu, vaid seadus on oma käsu alla võtnud üldse terve liigi selliseid objekte. Välja tuleb tuletada subsumptsiooni seisukohalt: „Die Verwechslung von Personen oder Sachen (error in persona vel in objecto) läßt die Kenntnis der rechtlich relevanten Tatumstände unberührt, falls die Objekte demselben gesetzlichen Tatbestand unterfallen." (Mayer 319)

Teisisti tuleb asja peale vaadata, siis kui objekte õigusliikult seisukohalt mitte üheväärsed ei ei ole ning ühe ja sama koosseisu alla ei kuulu. Kihutatava poolt kordasaadetud tegu võib olla sihitud näiteks küll koosseisupärase objekti vastu, kuid vähem võib olla õigusliikult suurema või vähema väärtusega sellest objektist, millele kihutati. Täiesti põhjendatult ütleb Mayer (327): „Wenn aber die verwechselten Objekte nicht demselben gesetzlichen Tatbestand unterfallen, tritt die Zurechnungsfrage

zurück und Würdigung des objektiven Geschehnisses in den Vordergrund." Probleem puudub lähemalt süütegude konkurentsi ning õpetust kõlbmatast katsest. Mayer annab probleemi lahendamiseks juhtnööri sellega, et „Die Zurechnung zum Vorsatz über die Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestandes ebensowenig hinausreichen kann wie über die Kenntnis der relevanten Tatumstände" (328)

b) Error in objecto läheneb aberratio ictus. Väliselt paistavad need juhud esialgselt ka täielikult sarnased, vahe on ainult selles, et error in objecto juures süütleja tagajärg teostub teise objekti vastu täidesaatja eksituse tõttu, kuna aberratio ictus juures välistel põhjustel. Liszt (180), Frank (140), Binding (Lehrb. m. 18- III) ja mõned teised peavad põhjendamatuks aberratio ictuse teisiti käsitamise, kui see on error in objecto puhul. Samuti Mayer (331), kui ähvardatud ja tabatud objektid kuuluvad ühe ja sama koosseisu alla.

Liszti vaadete kohaselt on aberratio ictuse puhul tegemist järelikult süütleja katsega + ettevaatmatu süütegu (süütegude ideaalne konkurents)

millisel seisukohal teooria asuba üldiselt vähesto kõrvalekaldumistega (Vene teoorias näiteks Pustorosslev 416, Sergejevski 364, Tagantsev Aleksiin 628, Piontkovski 143, Posnöschev 304, Mintz-Gredinger 74)

Vähesed (nende hulgas Frank 140, Beling 325, Finger Lehrbuch 254) käsitavad aberratio ictus samuti, nagu see oli communis opinio järele error in objecto juures, s.o. aberratio ictuse puhul täidesaatja vastutab lõpetatud süüteos. Samuti M. E. Mayer (331) kui ühtvardatud ja tabatud objektid langevad ühe ja sama koosseisu alla.

Kui süüteo objektid on õiguslikult üheväärsed, siis on silmnähtavalt tegemist kahe süüteoga A kasi võõrast looma, tabas aga inimest. Selles näites on tegemist katsega võõrast varandust rikkuda (kui ülealtumise katse mittekaristatav) ja ettevaatamatu inimese surmamisega (KrS § 430). Tavaliselt on tegemist süütegude idealaalse konkurentsiga (vt. Mayer 331).

Ühevääriste objektide puhul on Mayeri vaade kõige otstarbekohasem, kuna enamuse vaade (katse-culpa) sunnib üksikutel juhtudel tegema kriminaalpoliitiliselt vastuvõtmatuid järeldusi

Võtame näiteks error in objecto ja aberratio ictuse kohta: A kavatses lüüa B, kuid löi eksituse tõttu C (error in objecto). Communis järele on siin tegemist KrS § 438 ettenähtud lõpetatud süütegu. Teine näide: A kavatses lüüa B (§ 438), kuid tõusmise tõttu tabas kõrvalistuvat välissaadikut (aberratio ictus). Õnamuse vaate järele (kate + culpa) peaks käesoleval juhul A jäämа ülalse karistamatuks olgugi, et mõlemil juhul täidetsaatjate doluste vahel mingit vahet ei olnud, kuna teisel juhul (ab. ictus) tabatud objekt õiguslikult isegi suuremaväärtusline oli, kui error in objecto juhul (ning ka kavatsetavast objektist aberratio ictus juhul). Karistamatus aberratio ictus juhul on seletatav sellega, et vägivalla kate (§ 438) B suhtes on karistamata tegu (ülealtumise kate, vt. § 49), ettevaatamatut välissaadiku puutumatuse rikkumist seadus aga ei tunne (on ainult tahtlik vägivald, KrS § 441)

Õigusega tekib küsimus, miспärast error in objecto juhul eksitus ei avalda karistatavusele mingit mõju, kuna väline asjaolu aberratio ictuse juhul korvaldab ülevaltoodud näidetes

karistatavuse. Kokkuvõttes peame väitma, et error in objecto ja aberratio ictuse puhul kihutaja langeb vastutuse alla, mis määratud lõpetatud süüteo eest, ainult süüteo objektide õiguslikult mitteühevääruse puhul, kihutaja langeb karistuse alla, mis määratud katse eest s.o. karistuse obligatoorse vähendamisega (vt. KrS. §§ 49 ja 53).

V. Eelpool sai tähendatud, et kihutaja doluse peab haarama lõpetatud süütegu, milline väide tõstab esile teoorias palju vaieldava küsimuse, kas on võimalik kihutamine katsele (karistatav kihutamine) ning kuidas tuleb vaadata kihutaja karistatavusele. On selge, et täidesaatja doluse peab alama sihitud lõpetatud süüteo peale, tahtlus korda saata süüteo katset on contradictio in adjecto, seda täiendab ka selgelt KrS § 49 tõdud katse definitsioon, milles katse all mõistetakse tegu, kui sellega algab süüteo täidesaatmine ning süüdlane soovis selle kordasaatmist, see aga teostamata jäi tema tahtest sõltumatu asjaolu pärast.

Tahtlus korda saata süüteo katset ei oleg

sihitud edasiarenemiseni lõpetatud süüteole, teo kordasaatja peatub nimelt temast ripp= uvatel põhjustel teo edasiarendamisest. Kuid mitte ainult seadustiku teksti kohaselt ei tule lugeda karistamatuks tahtlust katset korda saata, vaid ka sügavamatel põhjustel. Katse on tavaliselt karistatav sellepärast, et isiku tahtlus oli sihitud otse lõpetatud süüteo peale ning et tegu oma objektiivse arenemisega tähendas vahe= tut hädaohtu õigushüvele. See hädaohu moment longeb aga täiesti ära juhul, kui tahtlus on on sihitud ainult katse kordasaatmisele, sellega langeb ära see nurgakivi, millele põhjeneb katse karistatavus.

Kihutamine süüteo katsele on olemas siis, kui tema (kihutaja) määrab teist isikut süütegu korda saatma sihiga lasta korda saata ainult süüteo katse. Ka kihutamise juures katsele peab kihutaja äratama teises lõpetatud süüteo mõtteid, katse mõtteide äratamine on nonsens, kuid süüteo kordasaat= mise juures on kihutaja sihiks selle arenemist kuni lõpetatud süüteoni takistada.

kihutamine katsele puudutab kõige tihedamalt agent provocateuri küsimust; paljud ei tee üldse vahet kihutamise katseleja agent provocateuri vahel ning tavaliselt vaadeldakse ainult agent provocateuri probleemi (näiteks Frank 97, Liszt 228, Mintz 107 etc) Peab tähendama, et kihutamine katsele haarab agent provocateuri, viimane moodustab ainult osa esimesest

Agent provocateuri all mõistetakse tavaliselt isikut, kes kihutab teist isikut süütesse ainult sellepärast, et teda süüdetult tabada ja karistuse alla viia; iga kihutamine katsele ei pannagi seda esmärki sisaldada, kuigi peab tähendama, et kihutamine katsele tuleb eluliselt ette ainult agent provocateuri vormis ning peamiselt poliitilistes süütegudes. Sellepärast puudutame ka siin ainult agent provocateuri küsimust, pealegi kui viimase käsitamine ei taotle ühtegi eriseisukohta.

Agent provocateuri küsimuses on vaated õigusteorias väga lahkuminevad ja väidetavad nii hästi de lege lata kui ka de lege ferenda seisukohtadelt. Ühed peavad ag. provocateuri

karistuse tõiest põhjendatuks ja käsitavad ag. provocateuri kui harilikku kihulajat, teised asuvad diametraalselt vastupidisel seisukohal. Такъ напр. тотъ, кто agent provocateuri tegevus on kõlbliselt madal, mida ei või kuidagi pidada õigustatuks. Ни одинъ порядочный человѣкъ не станетъ подстрекать къ преступленію съ предательскою цѣлью уличенія въ этомъ преступленіи и преданія суду." (Пусторослевъ 487). Даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда подстрекатель руководствуется не личными побужденіями, а своеобразно понимаемыми обязанностями службы или интересами общественными, подобная ссылка недостаточна для признанія подстрекательства безнаказаннымъ" (Таганцевъ, Лекціи 769)

Võib ju olla ja tavaliselt see on ikka nii, et agent provocateuri tegevus kõlbliselt lubatud ei ole ning üldist hukkamõistmist teenib, kuid siit oleks veel vaevajane ja põhjendamata järeldusi teha, nagu peaks agent provocateur olema karistatav seadustiku seisukohalt harilikku kihutajana. Võib olla peaks ag. provocateur ka tõesti

de lege ferenda karistatav olema kui delictum sui generis kordaosaatja, peale juhtude, kus provocatsioon taotles ühiskondlikke huvisid (näiteks riigivastase salaorganisatsiooni paljastamise tarvet), provocatsiooni seadmine aga kihutamise tasemele ~~seadmata~~ karistusväärsuse mõttes on põhjendamata. Kihutaja tegevus on sihitud otse sotsiaalkahjulikule teole, õigushüve materjaalsele rikkumisele, kuna agent provocateuri tegevus, kuigi kõlbliselt hukkamõistetav, ei ole siiski sihitud eriosas ettenähtud õigushüve rikkumisele, tema dolus on sootu erinev kihutaja omast; ag. provocateur võib tegutseda oma veenete järele koguni ühiskondlistes huvides. Ainult provocatsiooni moraalne vastuvõtmatus ei võiks olla selleks aluseks, millele rajatakse provocatsiooni karistusväärsust. Seltskonnas on paljugi moraalselt hukkamõistetavaid tegusid, mis ei ole otsekohe karistatavaks tehtud riikliste normide poolt, kuid seisavad ühiskondliste eelarvamiste surve ja muude sanktsioonide all, seda peaks ütlema ka provocatsiooni kohta.

Eeltoodud kaalutlused on tingitud üheti kõlblistest vaatekohtadest, kuid need ei või olla argumendiks maksva seaduse ja selle printsiipide

loogilise arendamise vaatepunktilt. Kaalu-des küsimust puhtjuriidilisest küljest, paljud teoreetikud jõuvad ka sellest vaatekohalt agent provocateuri karistatavuse küsimuses jaatava-le seisukohale koostades eriti kihutamise akt-sessoorsusele. Täpsemalt paistab küsimus see-dustiku seisukohalt olema lihtne.

KrS § 51 järele langeb kihutamine karis-tuse alla ainult siis, kui kihutatav on korda-saatnud tõelikult ka süüteo seadusetehnilises mõttes, mille all seadus mõtleb mitte ainult lõpetatud süütegu, vaid ka süüteo katset (§ 49)

Kihutatav on provocatsiooni peale saatnud korda katse, siit ongi paljude järele lihtne de-duktsioon ja nimelt - agent provocateur on karis-tatav hariliku kihutajana. Sellel seisukohal on. vadki näiteks Bar (644), Bauer (99), (Ibachi 75 ~~te~~ järele ka Löwenheim, Olshausen, Heilborn), Pos-nõschev (392), Pustoroslev (488), Tagantsev (770)

Nimetatud vaatekohaga ei saa rahule jääda ning need põhjenevad vähemalt osalt valesti mõistetud aktsessoorsusel. Arvatakse, et kihuta-mise karistusväärsus põhjeneb ainult süüteo

otsuse väljakutsumises kihutatavas (nii Ibachi järele Löwenheim ja Borchert, vt. lhx. 38 - Ibach) mitte eriosas ettenähtud süüteo koosdasaatmises kihutatava kaudu.

Kui täidesaatja olelus on sihitud ainult katse peale, siis ei hakka keegi konstrueerima temo (täidesaatja) karistatavust olgugi, et ta koosdasaates näiliselt katse (objektiivselt). Seadustik on küll katse karistatavaks teinud, kuid ainult sellepärast, et see kui crimen in itinere lõpetatud süüteole niivõrd lähedale jõudis, et omas generaalselt sotsiaalohtlikku ilme, mis täiendab kindlalt teo koosdasaatja kuri tahet ja valmisolekut õigusega kaitstud hüve rikkuda. Isoleeritult ei väljenda katse mingit sotsiaalkahjulikkust, temas ei peitu iseeneses mingit õigushüve materjaalset rikkumist, ainult kuritahtega ühenduses olev teo lähedale jõudmine lõpetatud süüteole teeb katse karistusväärseks järelikult kriminaalseadustiku seisukohalt on karistatavaks katseks tarvilik: a) lõpetatud süüteole (õigusvara tõelikule rikkumisele) sihitud olelus b) objektiivselt teatavo kauguseni ja niimelt üle täidesaatmise alguse arenenud tegu. Siit on

otsesoheseks järeloluseks, et tegu mis on sihitud süüteo katsele on seaduse seisukohalt irrelevantne tegu (p. a tähendatud doluse puudumisel), ta ei ole järelikult ka süüteo (lõpetatud) täidesaatmisele sihitud crimen in itinere.

Need kaalutlused on täielikult põhjendatud täidesaatja suhtes (mida kusagilt ka ei eitata), ka kihutaja suhtes peaksid maksvad olema samad põhimõtted, ei muuda asja, et kihutaja saadab süüteo korda teise isiku kaudu. Kihutamine ja täidesaatmine on ühtlased selles mõttes, et mõlemate teod on objektiivselt kausaalsed süüteo tagajärjele ning mõlemaste dolused on sihitud lõpetatud süüteo kordasaatmise peale, vahe on vaid selles, et kihutamine on süüteo vahendlline põhjustamine, täidesaatmine aga vahetu („vahetult", nagu seda ütleb ka § 57 p. 1).

Agent provocateuri dolus on sihitud katsele, s. o. tesle, mis on iseenesest (isoleeritult) sotsiaalselt hädaohutu, tema vaatekohalt ex ante tegu ei arene katsest edasi lõpetatud süüteeni tema poolt kavatsetud teo edasiarendamise tõttu. Kihutaja aktsessoorsus mitte ainult

ei eita neid eeltoodud väiteid, vaid kogunî
tõenõlab seda vaatekohta. Seadus on kihutamise
aktsessoorsuse tõttu seadnud täidesaatjaga
ühele alusele, on neid lähendanud. Karistatav
ei ole mitte isiku kuri tahe, tema mõtted, ei ka iga
tegu selle arenemise staadiumis lõpetatud süüteo
sihis, vaid ainult tegu objektiivselt süsteguses are-
nemise järgus, mis lähendab generaalselt otseks=
best hädaohtu õigushüvele. Süsteguseks piiriks,
nagu juba eelpool öeldud, on § 49 alusel „täide=
saatmise algus." Aktsessoorsuse tõttu ei ole
analoogiliselt öelolule karistatav samuti ei ki=
hutaja meelsus ei ka tema igasugune tegu (psüü=
hiline), vaid tema tegu siis, kui tema poolt väljs=
kutsutud kihutatavas kuritahtline meelsus, või
süüteo sihitud akt on jõudnud objektiivselt hõda=
ohtliku tsooni. Kihutaja on sellelt seisukohalt
tehtud süüteo vaimlisekss autoriks, tema seisuko=
halt on kihutatav ainult tööriistaks (olgugi sum=
remalt jaolt oma otte vastutav). Sellepärast on
ka arusaadav, mispärast peame nõudma, et kihu=
taja dolus haaraks lõpetatud süütegu ning
kihutamine katsele on irrelevantne tegu. Suur

arv teoreetikuid (või olla isegi enamus) asuvadki agent provocateuri karistatavuse küsimuses eitaval seisukohal (nii Liszt 228, Mayer 406, Frank 97, Thevdor 11, Birkmeyer 166, Ibach 75, Bing 35, Mintz, Grešnikr 107, Piontkovski 187 etc.) olgugi et põhjendused ~~enesteist~~ üksteisest lahkuminevad on.

Juhul, kui agent provocateur on katsele kihutanud ning kihutaja seda laseb ka teadvalt sündida, siis on tegemist karistatatava kihutamisega (dolus eventualis). Nii Liszt 228 (vt. ka märkus 7 samal lehel) ja ühes temaga valitses enamus. Kui aga agent provocateur kihutas katsel eeldusel, et temal läheb korda takistada lõpetatud süüteo kordasaatmist, see takistamine aga temast mitteolenevatel põhjustel nurjus, siis on tegemist vaid ettevaatmatusega luxuria näol (kihutaja jääb karistamatuks)

VI. Eelpool sai konstateeritud (IV), et seadus võimaldab ainult tahtlikku kihutamist ilma, et seda seisukohta oleks seal põhjendanud.

Teoreetiliselt oleks ettevaatmatu kihutamine

mõeldav (nii Liszt, Bar 618, Frank 97, Mayer 392, Dreyer 40, Birkmeyer 128, Ibach 70, Mintz 106, etc, vastu Bauer 88, Bisingen, Novak etc.), see ei tähenda mind, kui ühe isiku teadlikku või teadvustatut tegevust, millest teine isik loeb välja kihutamise ilma, et esimene oma tegevuse nüüdsegases mõjus teadlik oleks. Seadus aga ei võimalda ettevaatmatu kihutamise karistatavust, kihutamise mõtleb seadus tehnilises mõttes tahtlikku teise isiku süütele määramist (Veranlassung)

Kaastäidesaatmise vaatlemisel jubs tähendamine, et seadus võimaldab ettevaatmatu teo karistatavust ainult siis, kui tegu haarab terved koosseisu, resp. kui isik tegutseb süütu tagajärje tahtes vahetult täites ainuisikliselt terve koosseisu.

Kõik muud ettevaatmatud teo vormid (kaastäidesaatmine, kihutamine, kaasaaitamine) on aga seaduse mõttekohaselt karistamatud, kriminaalselt irrelevantsed. Kui meie aga tahaksime võtta, et analoogiliselt ettevaatmatule täidesaatmisele on karistatav ka ettevaatmatu kihutamine, siis peame igatahes mainima, et need kaks erilist süütu kordasaatmise vormi ka eluliselt kahtlust

iseseisvust käsitamist vajavad. Täidesaatja ka ettevaatmatu süüteo kordasaatmise juures saadab korda süüteo vahetult, tema kas ülalse ei näinud süütegu ette (negligentia), või kujutles seda, kuid lootis, et tagajärge ei tekki (luxuria), kuna tema oleks võinud ja pidanud seda ettenägema tarvilikus ettevaatuse juures. Hoopis teises valguses paistab ettevaatmatu kihutamine.

Siin on kihutaja ja süüteo tagajärje vahel veel vahelülina tegutsev isik. Kausaliteedi ~~ahel~~ ahel on pikem, kui täidesaatmise juures, inimlikult võimata on nõuda, et ettevaatmatult kihutaja oleks võinud oma teo iseloomus ja selle tagajärgedes teadlik olla. Objektiivselt on side tagajärje ja ettevaatmatult kihutamise vahel olemas, kuid mida kaugem on side seda vähem võib inimesele ette heita tagajärge. Tuleb arvesse võtta, et teaduslikus ilmavaate seisukohalt on kõik elunähted kausaliteedi ahel arenek lõpmatult, kuid süüks võib arvata ikkagi ainult niisuguseid isiku poolt põhjustatud tagajärgi, mida inimene sotsiaal heaolu seisukohalt tarvilikus ettevaatuse juures võib oma

individuaalsete võimete juures otte näha

Ettevaatmatu kihutamise karistatavuse tagasi-lükkamisega on aga seadus täieste õigelt gene-raalselt loobunud inimesele niisuguste kaugele ulatavate tagajärgede süüksarvamisest, kus süütegu tekib teise isiku kaudu, arvestades üldi inimliku ettenägemise võimatusega (in jure non remota sed proxima causa spectatur) või teiste sõnadega, ta lukkab tagasi isiku karistatavuse ainult objektiivsel alusel.

Vahelüli võib tegutseda kas tahtlikult või ettevaatmatult. Mitmed nendest, kes võimaldavad ettevaatmatut kihutamist (teoreetiliselt) peavad tarvilikuks anda tahtliku vahelüli puhul iseseisvuskohal, kui ettevaatmatult tegutseva isiku vahelüli korral. Liszti (226) järele on ettevaatmatu kihutamine karistamatu ainult niisugusel korral, kui vahelüli tegutseb tahtlikult „da nach Annahme des Gesetzes die freie und vorsätzliche Handlung des unmittelbaren Täters den Kausalzusammenhang unterbricht" (226; samuti Franx 21, Finger Lehrbuch 282 jä palju teised). Mayer väidab üldi, et

et kausaaliteedi katkemise mõiste tahtlikult tegutseva isiku vahelüli puhul on mõtteteo.

„Es wäre zu wünschen, dass auch die letzten Reste des unsinnigen Begriffs verschwinden, zumal da es an einem besseren Ausdruck nicht fehlt: die Beachtung eines kausalen Anteils wird konsumiert." (155) Selle juures avab Mayer ettevaatmatu kihutaja mittekaristatavuse suhtes samal seisukohal, kui Liszt. M. E. Mayeri vaade ettevaatmatu kihutamise (resp. kaasaaitamise) karistamatuse põhjendamine irrelevantse kausaalsuhtega („Der Kausalzusammenhang zwischen der ersten Betätigungen und dem Erfolg ist irrelevant", lhk 154) on õieti probleemi liigne komplitseerimine.

Tõsi küll, et ka Mayer tunnistab (lhk 154) kausaliteedi olemasolu ettevaatmatu kihutamise ja süütes tagajärje vahel (nii ka Perten, 107), ta ei kuulu vaid arvestamisele. Õigem oleks aga karistamatust rajada süü puudumisele. Mispärast luua karistamatuse põhjendamiseks fiktsiooni tähelepanu mittevääriva kausaliteedi sideme all, kui just süü puudumine on

selleks momendiks. „Was dem fahrlässig Handelnden zur Last gelegt werden kann, ist, dass er die in der Möglichkeit eines fremden vorsätzlichen Verbrechens, also in einem fremden Willen gelegene Gefahr nicht erkannt habe, oder wenn er sie erkannt hat, nicht entsprechend berücksichtigt habe (Perten 208). Samal seisukohal öieti seisab süüdiselt ka Mayer pidades süü puudumist ettevaatmatult kihutaja karistamatusest põhjendavaks asjaoluks, ainult otstarbekohasuse huvides konstrueerib ta kausaalsuhte irrelevantsuse mõiste. „Erstaunt konnte man darüber sein, dass wir gerade in diesem und nur in diesem Fall dem Kausalzusammenhang die Beachtlichkeit absprechen und nicht wie sonst die Freisprechung darauf gründen, dass keine Schuld vorliegt. Die Verweisung auf die subjektive Zurechnung wäre hier aber unzuverlässig und unehrlich, unzuverlässig, da der Richter, sobald er den Erfolg als das Ergebnis erster Tätigkeit ansehen hätte, sich häufig nicht mehr weigern konnte, Fahrlässigkeit anzunehmen; unehrlich...." (Mayer 155). Sauer näeb

selles Mayeri väites teatavat vastulexut adekvaat kausaliteedi teooriale (Sauer 437 m. 1)

Kui tahtliku vahelüli korral teooria ühel meelel eitab ettevaatmatu kihutamise karistatavuse võimalust, siis on lugu teine ettevaatmatult tegutseva vahelüli puhul. „Hier greift die allgemeine Regel durch, dass jeder, der durch sein Verhalten eine Bedingung zu dem eingetretenen Erfolge gesetzt hat, als Nebentäter für diesen verantwortlich zu machen ist (Liszt 226). Bintz (34) loeb ettevaatmatu kihutamise karistatavaks ainult siis, kui see on karistatavaks tehtud eriti sellekohase normiga, kuid iseenesest karistatav kihutamine ei ole enam kihutamine selle sõna seadustehnilises tähenduses, vaid moodustab delictum sui generis, mille tõttu Bintz vastab õieti küsimusest möödа, kuigi siit tuleb järeldada kihutaja karistamatust ettevaatmatu vahelüli puhul. Poiстab ет samal seisukohal ainb ka Binding (644/645 - Normen IV) osalt ka Mayer 153 ning Bar (618) „Auch eine nur culpose Anstiftung ist an sich denkbar... Aber eine Bestrafung in solchem Falle würde

die entsetzlichsten Missgriffe der Strafjustiz zur Folge haben.... Noch weniger aber kann rationell die strafrechtliche Verantwortlichkeit jemandes angenommen werden, der unabsichtlich einen anderen zur Begehung eines nur fahrlässigen delictes veranlasst, da die Verknüpfung des schliesslich durch die Handlung des anderen herbeigeführten Erfolges eine noch losere ist." (Bar 618).

Lisati ja teiste vaade on õige ainult juhul, kui ettevaatmatult tegutsev (kihutaja) täidab koos=seisu tervikult, kuid siis ei ole ta aga kihutaja seaduslikus § 57 mõttes, vaid on täidesaatja. KrS tunneb ainult ühte liiki ettevaatmatult karis=tatavaid tegusid, s. o. siis kui tegutseja täidab oma koosseisu tervikult (resp. tegutseb vahetult).

Vahendliselt tegutseja (olgu kihutaja või kaasaaita=ja) on karistatav ainult tahtliku tegutsemise puhul. Ettevaatmatult vahendliselt tegutsev isik on igal juhul karistamatu (kihutajana ja kaasa=aitajana), mille (juures) tähtsusetaks osutub küsimus, kas vahelüli (täidesaatja) tegutseb tahtlikult või ettevaatmatult, muudugi peale nende juhtude, kus see moodustab delictum sui generis.

VII. Selgub nägime, et kihutamine katsele on karistamatu tegu, sellega ei ole veel vastatud küsimusele, kas tunneb seadus kihutamise katset analoogiliselt lõidesaatja katsele.

Kriminaalseadustiku järele jaguneb tegu süüdse otsuse tegemisest kuni lõpetatud süüteoni mitmesse staadiumi- ettevalmistamine, katse, lõpetatud süütegu, mille juures on tavaliselt karistatavad vaid lõpetatud süütegu ja katse (viimane kõikides raskeles kuritegudes ja nendes kuritegudes, kus see karistatavaks tehtud eriline klauseliga eriosas). Katseks loetakse KrS § 49 järele „tegu, millega algab süüdse lõidesaatmine, kui süüdlane soovis selle kordasaatmist, see aga jäi teostamata tema tahtest sõltumatu asjaolu pärast." Küsimus kerkib, kas on selle normi laiendamine võimalik ka kihutaja suhtes.

Kihutamise katse all mõeldakse tavaliselt nõuavust psüühilist mõjutamist, kus objektiivselt kihutamine ei põhjustanud süütegu, kus kihutamine n. ö. nurjus. Kihutamine nurjub, a) kui kihutatav süüdse otsust üldse ei tee hoolimata kihutamisest, b) kui kihutatav ~~oli~~ süüdse korda-

saatmise otsuse tegi enne kihutamist (omnimodo facturus) või ka pärast seda, kuid mitte kihutamise mõjutusel, c) kui kihutatav tegi kihutamise mõjutusel küll süütegu otsuse, kuid kas ei teguteenud üldse või siis valmistas süütegu ainult ette ilma et oma tegu oleks kaugemale arendanud ettevalmistusest. Kõikidel nendel juhtudel räägitakse tavaliselt kihutamise katsest. Mayer (396) arvab et StGB seisukohalt mingisugust takistust ei ole katse reegli (StGB § 43) laiendamiseks ka kihutamise peale „daraus sich eine Kombination von zwei Strafausdehnungsgründen ergiebt: auf Grund § 43 ist strafbar, wer den Entschluss, einen anderen zu einer Straftat zu bestimmen, durch Handlungen betätigt hat, die einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens (d.h. der im § 48 bedrohten Anstiftung) enthalten", kuid loobub aga sellest, sest „nur die in den besonderen Tatbeständen entsprechenden Handlungen als Verbrechen oder Vergehen im Sinne § 43 gelten sollen" (Mayer 396). Sellest järeldab Mayer, et nurjunud katse ei ole karistatav mitte sellepärast, et kihutamine on aktsessoorne (eeldab täidelevaatja juures katset või lõpetatud süütegu) vaid

sellepärast, et StGB § 43 mõtte järele on „Verbrechen und Vergehen" ainult seadustiku eriosa koosseisudes ettenähtud süütegud, mispärast kihutamine ei sisalda täidesaatmise algust. Siin juures ei pruugi paket (kihutamise katse) piisavalt käsitatud, seda pundutame veel edaspidi; ega pundutada mitmesuguseid kontroverse selle küsimuse juures teoorias, kuna küsimus paistab meie kriminaalseadustiku seisukohalt olema täielikult selge. Seadustik on karistatavaks teinud seadustiku eriosas ettenähtud koosseisude täitmise (täidesaatmine juuridilise-tehnilise terminoloogia järele). § 49 kaudu on seadustik karistatavaks teinud ka lõpetatud süütes esimese astme (katse), mis algab „täidesaatmise algusest," katse reeglites (§ 49) on jutt ainult täidesaatmise algusest, täidesaatmine on vahetu koosseisu täitmine ja sui niisuguse mõisteliselt lahutatud kihutamisest, sellepärast on selge, et juba sellepärast (§ 49 teksti seisukohalt) ei saa juttu olla karistatavast kihutamise katsest.

Sama seisukohta toendab ka teine tavaliselt ettetoodav argument kihutamise aktsessoorsuse nõol. Kihutamise karistatavuse eeltingimuseks on

aktsessoorsuse tõttu, et täidesaatja saadaks ka tõe-liselt korda vahemalt süüteo katse. Kihutamise katse puhul puudub täidesaatja (õigemini kihuta-tava) juures süütegu katse või lõpetatud süüteo näol, järeliselt kihutamise katse on kriminaalselt irrele-vantne tegu (nii näiteks Liszt 228, Poonõschev 393, Ta-gantsev 778 - Lexicon etc.) Selle põhjenduse (aktsessoor-suse rajaneva) vastu astub teravalt välja Mayer (vt. lhk. 396/97), Beling (398) põhjendab karistamatust mitte aktsessoorsusel (nagu seda Liszt ja teiste eeskujul sagedamini tehakse) vaid sellel, et kihutamine ei sisalda „täidesaatmise algust."

VIII. Kihutaja langeb KrS § 51 järele sama ka-ristuse alla, mis on ette nähtud täidesaatjale (vastavo süüteo sanktsiooni järele). See näib raskete kuritegu-de ja kuritegude kohta, kuna üleastumiste puhul on kihutamine karistatav ainult eriti seaduses ette-nähtud juhtudel. Mõnedel juhtudel on aga seadus ülevaltvoodud reeglist kõrvale kaldunud ja leinud kihutamise karistatavaks suremal, kui täidesaatja (näiteks KrS § 110 lõige III, 111 viimane osa, 112 viima-ne osa etc.). Kihutamisele lähedal on õhutamine

(KrS §§ 115, 116). Peab tähendama, et kihutamise ja õhutamise vahel ei saa tõmmata järsut demarkatsioonijoont eriti juhtudel, kui õhutamise tagajärjel oli süüteo kordasaatmine. Kuid õhutamise peamisteks tunnusteks on asjaolu, et see ei ole pööratud teatavate isikute poole, nagu kihutamise juures, mispärast süüteo tagajärje (kui see õhutatava poolt korda saadeti) ja õhutaja vahel ei ole seda lähedat sidet, kui tähele võib panna kihutamise juures, peavahe seisab aga selles, et õhutamine on karistatav rippumatult õhutamise tagajärgedest. Süüteo kordasaatmisel (nimelt vaste kuritöö-§§ 115, 116) on vaid õhutaja karistatavust kfalifitseeriv tähendus. Õhutamine on järelikult kihutamisele lähedal, kuid siiski oluliselt erinev ning õhutamisest on tehtud delictum sui generis. Õhutatava poolt kordasaadetava süüteo ja kihutamise vahe seisab meie seadustiku järele veel selles, et viimase karistatavus on tihedasse ühendusse (seatud) vastava erikoosseisuga, õhutamise juures (kui delictum sui generis juures kunagi) aga on õhutaja karistatavuse intensiteet peaaegu rippumatu õhutatava poolt kordasaadetud süüteost. Õhutatava karisto-

tavuseks §§115 ja 116 järele on ükskõik, kas oli õhutamise eseme ülealtumine, kuritegu või raske kuritegu.

§§115 ja 116 mõtte järele võib õhutamine olla sihitud ülealtumistele ainult niivõrt, kuivõrt nende §§ pp. 1-3 ettenähtud teod võivad moodustada ülealtumist. Kõikidele teistele süütegudele õhutamine on karistatav ainult siis, kui need moodustavad kuriteo või raske kuriteo (vt. §§115 ja 116 p. 4). Samuti ükskõik on asjaolu, kas õhutamise tagajärjeks oli süütegu (katse, lõpetatud süütegu) või mitte, ainult raske kuriteo kordasaatmine (resp. ka katse) on tehtud õhutaja karistatavust suurendavaks asjaoluks (§§115 ja 116 teise osa p. 2). Mõnel juhul moodustab kihutamine delictum sui generis. Iseloomukamaks näiteks on siin kihutamine enesetapmisele KrS § 429, niisugune seadusandlik praktika on tingitud käesoleval juhul aga tegelikust vajadusest. Enesetapmine ei ole KrS. järele karistatav süütegu, järelikult ei ole võimalik karistatavaks teha ka kihutamist enesetapmisele, mispärast seadus konstrueerib kihutamisest delictum sui generis, nimetades seda eriliselt ovatlemiseks. Ovatlemine on aga karistatav siis kui ovatletav on alla 20aastat vana või süüvõimetu

V. Kaasaaitamine

I. Kaasaaitaja all mõistab seadus neid, kes süüdlase kordasaatmise abinõusid kättemuretsesid või takistusi kõrvaldasid, või et nad aitasid süüdlast korda saata nõuandmisega, juhatusega, või lubamisega kordasaatmist mitte takistada või seda vajatas.

Kaasaaitamise küsimus on alaliselt olnud üks keerulisematest probleemidest osavõtte õpetuses. Ta on keeruline olnud just selle tõttu, et teooria ja õiguspraktika on palju vaeva näinud kaasaaitamise eritunnuste otsimises, mis seda lahutaks teistest osavõtte vormidest, eriti aga kaastäidesaatmisest. Need kaasaaitamise kriteeriumi leidmise püüded ei ole ka praegu vaibunud, iseka uusi lahendamisviise ja leid otsitakse, mis selle probleemi selgitamisele võiksid kasu tuua.

Selle kaasaaitamise kardinaalse küsimuse juurde peame asuma kõigepealt ka siin, peame aga tähendama, et selles küsimuses on literatuur kriminaalõiguses ~~on~~ äärmiselt suur,

mispärast käesoleva töö piirides võime puudutada kaasaaitamise ja selle eritlemise probleemi tema ülalistes joontes, tõstes välja sealt ainult tähtsamad momendid.

II. Kõige pealt tekib küsimus, kas on ülalse tarvilik õigusteoreetiliselt ja praktiliselt kaasaaitamise piiritlemine. Et raskuseid tekitab nimelt kaasaaitamise eritlemine kaastäidesaatmisest, siis käib eelpool esildatud küsimus peamiselt just kaasaaitamise eritlemise kohta täidesaatmisest.

Kui meie peame kaasaaitamise karistatavuse saamavääriks täidesaatmise karistatavusele siis langeb ära ka eriline mõõdupääsematu vajadus kindla kriteeriumi ülesseadmiseks kaasaaitamise piiritlemisel. Tarvilikuks osutuks niisuguse juhul vaid osaliste ulatuse kindlaksmääramine, osavõtte ülalise piirjoone fikseerimine, kuna osaliste enestevaheline eritlemine oma pakilisuse kaotaks. Kuid nimelt kaasaaitaja karistatavuse eriline käsitamise tarve põhjustab ka kaasaaitamise eritlemise vajaduse. Hoolimata

sellest paljud teoreetikud asuvad mitte nii-
võrt eritlemise vajaduse, kuivõrt eritlemise või-
maluste küsimuses pessimistlikul seisukohal

See vool oli eriti tugev rahvusvahelises kri-
minalistide liidus, kus enamus eitas tarvidust
de lege ferenda kindlaks määrata seadusega
osaliste rühmi, kuid selle vastu pooldas vaadet,
et seadus peaks võimaldama kohtunikule
igal konkreetsel juhul kindlaks määrata vähem-
tähtsa osavõtte moodust ning vastavalt sellele
lubama karistuse vähendamist allapoole hari-
likku normi, mille kohta Perten viieti ütleb, et „Ein
solches Vorgehen des Gesetzgebers, das zwar die
Wissenschaft und Gesetzgebung der Lösung ei-
ner schweren Frage überhebt, aber dem Richter
umso schwierigere Entscheidungen zumutet,
kann doch wohl nur als Ausfluss einer argen
Verlegenheit gelten" (59). Vastavalt rahvusva-
helises kriminalistide liidus valitsevate vaade-
te kohaselt ongi Norra 1902 a. seadustik osa-
liste jaotamisest (getsivaadete kohaselt) loobunud
ning andnud karistatavuse vähendamise või-
maluse igal üksikul juhul kohtunikule (pool-

davad Liszt 214, Berolzheimer 54, Gierlich 12, Makarewicz 436, Venemaadl Foinitzki, Tosnõschev 396, Tagantsev. Kypper 52, peale selle hulk väljapaistvaid teoreetikuid nagu Seuffert, Hagerup, Allfeld etc.)

Suurem osa teoreetikuid aga pooldavad üldiselt kaasaaitamise vähemat karistatavust ja nõuab, et see seisukoht saaks ka seadustikus kindlaks määratud. „Anstiftung und noch mehr Beihilfe sind gegenüber der Haupttat das normative Minus"- ütleb Sauer (472). Kausaliteedi mõttes on muidugi võimata põhjendada kaasaaitamise vähemat karistatavust, Eest kausaliteet ei tunne gradatsiooni, tähtis on siin teleoloogiline vaatekoht ning sellelt väärtushinnangliselt seisukohalt ei saa konstateerimata jätta, et kaasaaitamine on süüteo (kõrvalt vaheng tahtlusega) kordasaatmise, mis vajab üldiselt vähemat karistatavust, kui täidesaatmine. Kaasaaitaja tegevus ei ole sihitud otse, vahetult, süüteo tagajärgede peale. Kaudne, tihti õige vähene kaasabi andmine ei iseloomusta veel niivõrt oluliselt kaasaitaja kurja tahet (nii Bar 614, Mayer 400, Sauer 472, Pustoroslev 471 etc.)

„Diese Einteilung der Mitwirkenden in zwei

Gruppen von verschiedener Strafbarkeit entspricht so sehr dem allgemeinen Rechtsgefühl dass sie vielfach auch dort, wo das Gesetz keinen Anhaltspunkt hierfür bot, die Praxis für sich gewinnen verstanden hat" (Perten 4).

Perten ise pooldab ja põhjendab kaassaaitamise vähemat karistatavust nimelt generaalpreventiivsetel motiividel. Täidesaatja saadab süüteo korda vahetult, süüteo kordasaatmine olenebainult temast, kaassaaitaja ja süüteo tagajärje vahel aga seisab isik, kes on süüteo motiivide mõju all mispärast kaassaaitaja tegevus on generaalselt vähem hädavahtlik. Mida pikem on kausaliteedi ahelik süüteo tagajärje ja põhjustaja vahel, seda väiksem on süüteo toenäolisus, seda väiksem on ka teo karistusväärsus. „Die geringere generelle Gefährlichkeit der Gehilfenhandlung muss darin zum Ausdruck kommen, dass auf sie ein minder strenger Strafrahmen Anwendung findet, als auf die Täterhandlung" (Perten 160).

Kui asume seisukohale ükskõik mis motiividel, et kaassaaitamine on normatiivselt kergem

süütes vorm, siis peab teooria ka nolens volens üles seadma võimalikult kindlad põhimõtted vähem ja rohkem tähtsate karistatavate tegude eritlemiseks üksteisest. Need teoreetilised eritlemise tarved võib olla osutuvad täiesti üleliigseks kriminaalseadustiku seisukohalt, võib olla on seadustiku seisukohalt rohkem tähtis osaliste (osavõtlе) välise piiri (perifeerias) kindlaksmääramine ilma et oleks tarvis osalisi siseniselt eriti täpselt jaotada arvesse võttes, et seadustik teeb kõik osalised Prantsuse seadustiku eeskujul võrdselt karistatavaks.

Üldisest karistatavuse ühevõrdsusest hoolimata püsib meie kriminaalseadustiku järele tarve kaasaitamise selge piiritlemise järele ja nimelt põhjustel: a) et seadustiku järele mitteoluline kaasaaitamine kuulub obligatoorselt vähem karistatavate süütes kordasaatmise moodustе hulka, mispärast vähemalt mitteolulise kaasaaitamise puhul eritlemise tarve tungiva iseloomu omab, b) kaastäidesaatmine on karistatav kõikides süütegus, ka üleastumistes, kaasaaitaja on aga üleastumistes karistatav vaid seaduses eriti

kindlaksmääratud juhtudel, mispärast vähemalt ülealtumistes on tarvilik kaastäidlesaatmise ja kaasaaitamise lahutamine, c) kaasaaitamine on teatavasse rippuvusse seatud täidlesaatjast, kuna seda ei või konstateerida kaastäidlesaatmise kohta. Sellega on öeldud, et kaasaaitamise eritlemine on kriminaalseadustiku seisukohalt väga tarvilik ning, et raskused püstimuse lahendamisel tulevad nii või teisiti kõrvaldada. „Wer... auf die Schwierigkeiten beruft, die angeblich mit der Abgrenzung der beiden Begriffe verbunden sind, bringt eine Bankerotterklärung, aber kein Argument vor." (Mayer 400)

Teooria ja õiguspraktika tunneb kahte peamist alust kaastäidlesaatmise ja kaasaaitamise üksteisest eritlemisel – objektiivset ja subjektiivset.

Saksa riigikohus on kasutanud (peamiselt Buri mõjul) subjektiivset teooriat (kuigi mitte väga konsekventselt). Saksa kriminaalõiguse teoorias oli subjektiivse kooli võitseaeg löönud aastasaja teise poole, kuigi ka viimasel ajal õige paljud teoreetikud asuvad selle kooli seisukohal. Subjektiivse kooli suurema tõrsu aja põhjustas (aastasaja lõpul)

Buri kausaliteedi teooria, mille järele vahet ei ole tingimuse ja põhjuse vahel, iga tingimuse asetamine tähendab ka põhjuse asetamist, millega subjektivistiile arvamisel kaob vahe kaastäidesaatja ja kaasaitamise vahel, mõlemad on kausaliteedi seisukohalt ühevõrdselt süütes põhjustajad, kuna kausaliteet ei tunne gradatsiooni. Selle kausaliteedi mõjul (progressiivsem) kaastäidesaatmise ja kaasaaitamise eritlemise võimalustesse aina suurenes; kuna objektiivse kriteeriumi all mõeldi ainult kausaliteeti ning viimane selleks aluseks ei kõlbanud, siis laskus teooria tahes tahtmata subjektiivse vaate piirnale, püüdes leida sealt tarvilikku kriteeriumi kaasaaitamise eritlemiseks. Nii oli kausaliteet selleks aluseks, mille ümber gruppeerusid objektiivne ja subjektiivne teooria, isegi Birkmeyer ei suutnud ette kujutada omale teist alust peale kausaliteedi kaasaaitamise eritlemisel: „Logisch unvermeidlich aber ist jene Konstruktion (s.o. subjektiivsed vaated) der Teilnahme, wie erwähnt, nur bei Annahme der Identität von Ursache und Bedingung. Sofort ergiebt sich hieraus das richtige Resultat, dass, sobald eine Unterscheidung der verschiedenen

Bedingungen des Erfolges nach ihrem Werte für den Erfolg, und damit die objektive Teilnahmetheorie möglich, dieselbe auch für die Kriminalrechtswissenschaft nötig ist." (Birkmeyer 10/11). Nagu öeldud subjektiivne teooria väljendes põhjuse ja tingimuse identiteedi seisukohalt (ekvivalents teooria) väitis, et iga osaline (ka kaasaaitaja), kes saadab korda süüteo saadab selle korda tervikult. „Meiner Ansicht nach umfasst die bloße Mitwirksamkeit... hinsichtlich ihrer Kausalität die ganze Tat, sodass, den entsprechenden Willen vorausgesetzt, jeder Mitwirkende wegen seiner eigenen Kausalität auch die ganze Tat verantworten muss. Eine objektive Verschiedenheit hinsichtlich des Maßes der Einzelthätigkeit besteht sonach nicht" (Buri-Birkmeyeri järele 23). Samuti Janka ja teised.

Et ekvivalents kausaliteedi teooria seisukohalt kaasaitamise eritlemine põhjuse ja tingimuse alusel võimata, siis tuleb otsida selle eritlemust süü küsimuses. Ühed näevad eritlemise võimalusi teo kordasaatja doluses, mis on üksikutel osalistel niivõrd erineo, et sellest erineousest võib teha

juriidiliseid relevantseid järeldusi osaliste grupeerimises. Wächter ütleb omas õppevaamatus (Birkmeyeri järele 31) „Mittäter sind diejenigen ... deren Wille auf das Verbrechen als ihre That gerichtet ist, und die mit Entschluss handeln, es durch vereinte physische Thätigkeit als ihre That zu begehen ..... Gehülfe kann nur derjenige sein, dessen Wille nicht auf das Verbrechen selbst als seine That gerichtet ist, der nicht das Verbrechen begehen, sondern bloss ein fremdes Verbrechen unterstützen will (Samas mõtles väljendavad Berner, Hälschner, Hefftter Bauer ja mõned teised subjektivistid). Kaastäidesaatja ja kaasaaitaja vahet tuleb otsida järelikult süüteo sooritamise sihis (Absicht), ühelpool on süüteo täidesaatmise dolus (Begehungsdolus), teisel pool ainult kaasaaitamise dolus (Unterstützungs-dolus). Dolusteooria ei suutnud aga kõige subjektiviste rahuldada, teised arvasid selle asemel leidvat kaasaaitamise kriteeriumi osaliste huvis (Interessentheorie). Täidesaatja tegutseb oma huvides, kaasaaitaja ainult täidesaatja huvides, või esimesel on iseseisev huvi

süütes kordasaatmisel, kaasaaitajal aga ripsnuv, tema süü on tingitud, kaudne (Geib, Hepp, Langebeck, Berner, Köstlin ja teised). Kolmandad (Buri, Janka) katsusid neid mõlemaid vaateid ühendada. Buri mõjul (kes oli omal ajal väljapaistev teoreetik ja praktik Reichsgerichti liikmena) kasutas Saksa Riigikohus kaasaaitaja eritlemisel subjektiivset teooriat, mis kutsus välja paljude Saksa teoreetikute ja praktikeride poolt kibedad arvustused ja vastuväited (Birkmeyer, Mayer, Frank, Liszt, Binding, Beling, Perten ja palju teisi), sest subjektiivse teooria käsitamine ei too õigupraktikas mitte ainult ülepääsemata raskusi, vaid ka arvati olevat ka de lege lata seisukohalt väär. Isegi suur osa subjektiviste ühes Saksa Riigikohtuga ei julge seda teooriat konsekventselt ja kõrvalekaldumata läbi viia. Subjektiivse kooli konsekventselt arendatud vaadete kohaselt peaks täiesti ükskõik olema objektiivsed asjaolud, on mõeldav, et kõrvalise tähtsusega teo kordasaatja (kaasaaitaja objektiivses mõttes) võib tegutseda omas huvides, valitseva dolusega. Suurem osa sub-

jektiviste nähtavad ka siin vastavalt sellele (subjektiivsele momendile) täidesaatmist. Asi võib olla ka täielikult ümberpöördult, objektiivselt peatee (täidesaatmine - Hauptthandlung) kordasaatja tegutseb võõrastes huvides, kaudse dolusega, siin peaks järelikult subjektiivse kooli järele tegemist olema kaasaaitamisega, kuid subjektivistid ei võimalda nüüsugust konsekventset järeldust, vaid väidavad, et peatee kordasaatmine eeldab alati valitsevat dolust, oma huvi, millega subjektiivne teooria on lähisemad formaalsele abusele (objektiivse kooli tasemele)

Et subjektiivsed vaated meie seadustiku seisukohalt erilist tähtsust ei oma, siis ei pruugi selle juures siin pikemalt peatuda.

Objektiivne kool läheb omas varemas voolus nagu subjektiivne kooligi välja kausaliteedi õpetusest ja püüab kaasaaitamise tunnust muretseda põhjustagajärje sidemes. Erinevad kausaliteedi teooriad on olnud selleks baasiks, mis sunnib ühesid laskuma subjektiivse kooli vaatekohale, teisi aga ülesehitama objektiivsetele momentidele rajanevat teooriat.

Viimane on õieti vanem ning selle põhjalik läbitöötamine rajanek (muidugi teatavate

erineevustega) Feuerbachile, Grolmannile, Titt-
mannile, Stübelile jne. (vt. Mintz Beihilfe 11 etc,
Suhr 10 etc, Perten), millele hilisemal ajal üksik-
asjalisema põhjenduse andis Birkmeyer omas
teostes, eriti aga „Die Lehre von der Teilnahme"
1890 aastal. Leidub arvamusi, et ka meie krimi-
naalseadustik ja selle osavõtte õpetus on kons-
trueeritud selle kausaliteedi teooria alusel (vt.
Traxmanni artikel „Kuritegelikust ühingust
osavõtmine" – Õigus №№ 2 ja 3 – 1929 aastal, sa-
muti tema „Sõjakriminaalõigus" – 1930 a. litogra-
feeritud raamat.).

Birkmeyer jaotab kausaliteedi sideme kahte
liiki – põhjus ja tingimus. Mitte iga tingimus
ei ole põhjus (nagu see on äkvivalentskausaliteedi
teooria järele). „Es (s. o. StGB) zeigt in einer Rei-
he von Materien und Paragraphen, dass es
nicht jeder Bedingung eines Erfolges die Ur-
sache dieses ganzen Erfolges erblickt; ... dass
es vielmehr unter den Bedingungen eines Er-
folges blosse Bedingungen und die Ursache
desselben unterscheidet und mit der Teilbar-
keit des Erfolges rechnet." (Birkmeyer 79)

Põhjus on tähtsam tingimus, mida Birkmeyer isegi arvudes demonstreerib. „Die verpönte Erfolg sei gleich 12, seine Bedingungen gleich 7 + 3 + 2. Dann ist die überwiegende 7, die wirksamste Bedingung, also die Ursache des Erfolges im Sinne des Strafrechts." (lk. 102). Selle teooria järele on täidesaatja tegevus tähtsam tingimus, ta asetab põhjuse, kaastäidesaatjad asetavad põhjuse koos (üksikult vaid tingimuse) „Welche Handlung qualifiziert sich objektiv betrachtet als Ausführung eines bestimmten Verbrechens?" (lk. 94). Vastus – „Diejenige Handlung, welche als die Ursache des gesetzlich verpönten Erfolges zu betrachten ist." (lk. 95). Edasi ütleb aga Birkmeyer (96/7) et, „die den verbrecherischen Erfolg verursachende Handlung ist aber keine andere, als die gesetzliche Thatbestandshandlung des konkreten Verbrechens." –

Järelikult, Birkmeyeri järele sunnib järgmine võrrend: täidesaatmine = põhjuse asetamine = koosseisu täitmine. On selge, et selle kloppresultaadi juures Birkmeyeri kausaliteedi teooria oraliste eritlemises on otstarbetu; ta on ka loogiliselt väär.

Meil on kriteerium tarvilik selleks, et osalisi gruppidesse jaotada, sellekohaselt peaks Birmeyeri teooria järele selleks kriteeriumiks olema põhjuse ja tingimuse mõiste, arvesse võttes et täidesaatmine on põhjuse, kihutamine ja kaasaaitamine aga tingimuse asetamine. Praktiliselt on aga täiesti võimata ära eelda, millega on käsoleval juhul tegemist kas põhjusega või tingimusega. Seda on ka ära tundnud Birmeyer, kuna tema teooria järele sattuksime täielikusse nõiaringi (circulus vitiosus). Nõiaringist pääsemiseks on Birmeyer põhjuse ja tingimuse eristamiseks jäänud peatuma kooseisu juurde väites, et kooseisutäitmine ongi põhjuse asetamine, millest praktika seisukohalt ülevaltvoolud võrrendis keskmine lüli - põhjuse asetamine - osutub ülelüngseks ning ülejäägist järeldama peame, et täidesaatmine on kooseisutäitmine ning millest argumentum e contrario järeldame, et kihutaja ja kaasaaitaja tegevuse negatiivseks tunnuseks on asjaolu, et nad kooseisu ei täida. Birkmeyer on järelikult libisenud formaalobjektiivse teooria pinnale. Tema kausaliteedi teooria

ei ole praktilisest seisukohast osaliste eritlemisel mitte ainult otstarbetu, vaid ta on ka sisuliselt vastuvõtmatu. Põhjuse ja tingimuse vahe on selle teooria järele ainult kvantitatiivne, mitte aga kvalitatiivne, nende eritlemine on aga alati omavoliline ja rippuv üksiku isiku vaatest. Mispõrast on näiteks isiku tegevus, kes valmistas lõhkeained ja põrgumasina üles seadis ja hoone alla pani ainult tingimuse asetamine, kuna teise tegu, kes võib olla kilomeetrite kaugusel lihtsa nupule vajutamisega elektriga plahvatuse välja kutsus - põhjuse asetamine. Et selles küsimus vaated väga lahkuminevad võivad olla Birkmeyeri kausaliteedi seisukohalt, sellest ei pruugi rääkida. Hoopis teiseks kujuneb olukord, kui meie käsitame Birkmeyeri abikonstruktsiooni koosseisu täitmise näol.

Siin ei saa olla kahtlust arvamist - nupule vajutaja on koosseisu täitja (täideviatja), tema tegu toob vahetult plahvatuse, kuna teise tegu haarab vaid asjaolusid, mida kuritume ettevalmistuseks (raasaaitaja)

Edasi, kausaliteet on mõiste, mida ei saa seadusega konstrueerida ja seda ei olegi tarvis.

„Eine neue vom wissenschaftlichen Standpunkt freudig zu begrüssende Ära entsteht erst dann, wo die Gesetzgeber zu verstehen anfangen, dass über den Kausalzusammenhang zu räsonieren gar nicht speziell juristische Sache ist." (Makarievicz 416). Sellelt seisukohalt on kõik kausaliteedi teooriad, mis kausaliteeti püüavad piirata olgu adekvaat teooriad (esitajad Sauer 406 etc, Bar 178/89, Mintz Учебникъ 78, peale selle Allfeld, Baumgarten, Kohler, Liepmann, Rohland, Merkel, Radbruch ja teised) või teised, mis kriminaalõiguse otstarbeteks erilist kausaliteedi õpetust püüavad konstrueerida, täiesti ülelüngsed. Praegusel ajal on isiku vastutus rajatud nüvõrt sõõle, et adekvaat ja teised teooriad, mis püüavad kitsendada vastutavust objektiivsel alusel, osutuvad ülelüngseks ning on seletatavad veel kui ajaloolised kategooriad (vähemalt nad peaksid selleks jäämä)

Mitte kausaliteet üksi ei määra isiku vastutavust ja selle ulatust, vaid kausaliteedi piirides süü, viimane lõikab läbi need konsekventsid, mis tuleks tõmmata vastutusest

kausaliteedi alusel. Ka ema, kes mõrtsuka sünnitas, on tapmisega kausaalses vahekorras, „aber die Feststellung ist müssige Spielerei, da wir nicht daran denken, in dieser Willensbetätigung der Eltern etwas Rechtswidriges und Schuldhaftes zu suchen" (Mayer 141). Kausaliteet kui mõistete loogiline suhe ja sündmuste funktsionaalvahekord on olemas isegi pool, kus ühe sündmuse ärajäämine või muudatus tingib ka teise ärajäämise ja muudatuse (Sellel seisukohal Liszt 127, Liszt-Schmidt 157, Finger Compendien 427, Mayer 207, Maxarëvicz 416 etc.), sellepärast on tingimuse ja põhjuse vahel vahetegemine teoreetiliselt ebaõige.

Ka kriminaalseadustik ei räägi midagi sellest, vaid määrab ära ainult süüteo koosseisu tunnuste moodused ilma, et kausaliteedi selleks vähemalgi määral kasutaks. Kõikide osaliste tegevused on tagajärjega põhjus-tagajärje vahekorras. Seadus oma osaliste jaotusega gruppidesse, ühede osaliste rippuvuse seadmisega teistest ei tähenda midagi muud, kui seadus andja seisukohalt normatiivselt vähem ja rohkem tähtsate tegevuste eritlemist. Kõik tingimused on

kausaliteedi seisukohalt võrdsed, siin ei saa olla gradatsiooni, normatüüselt, teleoloogiliselt seisukohalt võivad nad aga olla mitmekesised (Mayer 390, Sauer 470, Liszt-Schmidt 310, 322 m. 13, Finger Compendien 525 m. 441), sellega on ühest küljest asutud eitavale seisukohale nende arvamuste suhtes, kes näevad osavõtlikkuse normides ühede osaliste tegevuses põhjust, teiste tegevuses lingimuse asetamist, teisest küljest on vastuvõtmatuks loetud vaated, mis lingimuste ühevääruse seisukohalt näevad endid sunnitud olema loobuma üldise objektiivsest kriteeriumist ja laskuma subjektiivse teooriasse.

Birkmeyeri teooria on kõikidest kausaliteedi teooriatest lühipilisem, teised kasutavad kausaliteeti samuti, kuid vähema või suurema erinevusteg.

Olemasolevat kausaliteedi teooriad käsitavad lihtsamuti kaasaaitaja eritlemisel teistest osalistest (kaasloidesaatjast) põhjus-tagajärgsidet. Sauer, üks selle teooria pooldaja ütleb: „Anstiftung und Beihilfe entsprechen genau oder « Vorbereitungshandlung ». Sie stehen hinter

der Ausführung, die der Täter begeht. Ihnen fehlt die allgemeine Tendenz auf den rechtswidrigen Erfolg die nach objektivem Wahrscheinlichkeitsurteil den Erfolg erwarten lassende Handlung. Nur unter diesem der Adäquanztheorie eigentümlichen objektiv normativen Gesichtspunct läßt sich die Scheidelinie zwischen Täterschaft und Teilnahme ziehen" (472)

Muidugi Sauer vaated on ju omalt kohalt õiged ja annab õenam vähem tarvitatava ja kindla kriteeriumi osaliste jaotuses, kuid praktilised raskused selle kasutamisel ei jää tulemata. Mitte igakord kerge ei ole ex ante (õigemini prognoos ex post- nachträgliche Prognose- Liszt 209) kindlaks määrata, kas on isiku tegevus sarnane, et ta generaalselt tekitab tagajärje. Sauer vaates peitub muidugi õige tuum, kuid adekvaat kausaliteedi teooria ei ole ise teoreetiliselt vastuvõetav ning ei võimalda praktiliselt külalaldaselt prätsiilt kausaliteedi ja süükusimuse lahutamist, vaid ta ajal need kogumi segamini. „Die Theorie der Kausalität«im Rechtssinne» die adäquate Kausalität bedeutet vom

wissenschaftlichem Standpuncte aus zweifellos eine Verirrung, sie ist aber zugleich eine symptomatische Erscheinung, die vom entwicklungsgeschichtlichen Standpuncte nicht ignoriert werden darf: sie bedeutet eine ablehnende Stellung gegen die unerquicklichen Konsequenzen der Erfolgshaftung." (Makarewicz 416)

Birkmeyeri kausaliteedi teooria juurdub lõpuks adekvaatkausaliteedi õpetusest, nagu seda vieti tähendab Sauer: „Diese auf dem Boden der Theorie von der adäquaten Kausalität unmittelbar erwachsene Anschauung kommt in der bekannten Unterscheidung von Ursache und Bedingung zum Ausdruck" (473). Adekvaat teoreetiline lähedal olevaid mõtteid väljendab ka Peters vaadeldava erilemissel, millega võimalus asub kõikide tingimuste ühevääruse õpetuse seisukohal (ekvivalentsteooria). Oma vaateid resümeerides väidab Peters „Bei zeitlich folgenden vorsätzlichen Verbrechenshandlungen begründet die zeitlich letzte (den Erfolg unmittelbar herbeiführende) Handlung stets Täterschaft; die vorausgehenden Handlungen aber stellen sich als Täterschaft oder als Beihilfe dar, je nach-

dem ob sie nach einer im Zeitpunkt der Begehung gestellten Prognose, abgesehen von der Möglichkeit des Hinzutretens einer weiteren vorsätzlichen Verbrechenshandlung, eine rechtlich erhebliche Gefahr des Eintritts des verpönten Erfolges enthalten oder nicht." (Persen 105/6).

Siin kohal ei ole tarvis lasknula adäkvaatteoria kriitikaase (sellekohta vt. Mayer 146/49; Liszt 132, Tagantsev 665, Poonõschev 327/8, Maxarievicz 414/16, etc.), et selle teooria najal tihti õigetele resultaatidele jõutakse, seda ei pruugi ka eitama hakata, aveneb võtles, et mitmeid nähteid võib mitmelt seisukohalt ühtlaselt valgustada. Adäkvaat teooria kasutamist peetakse isegi paaril juhul tarvilikuks ka praegu maksvate seadustikkude seisukohalt. „Die Theorien (adekvaat teooriad) haben den Vorzug, in Fällen, in denen der Erfolg qualifizierend wirkt, zu gerechten Entscheidungen zu führen und sind in dieser Beziehung umso zuverlässiger, je entscheidender sie contra legem die reine in fahrlässige Verursachung umdeuten." (Mayer 149, samuti Liszt 132). Kuid selle juures on ka õige, et „Die Theorien sind bloss scheinbar Kausalitätslehren, in Wahrheit umgrenzen sie die Verantwort-

lichkeit, indem sie nur die auf einer culpa levissima beruhende Verursachung als solche gelten lassen; sie erkennen dadurch wider ihren Willen an, dass die für die Verhängung der Strafe entscheidenden Erwägungen der Schuldlehre angehören." (Mayer 149)

Kõik teised teooriad jätame kõrvale (neid on väga palju) ja püüame vastata küsimusele, kuidas eristada kaasaitajat kaastäidesaatjast eraldada meie kriminaalseaduse normide seisukohalt.

Krs. § 51 näeb ette kolmesuguseid osalisi – täidesaatjaid (§ 51 p. 1), kihutajaid (p. 2) ja kaasaaitajaid (p. 3). Täidesaatjateks loeb seadus neid, kes „süütegu vahetult saatsid korda (ainutäidesaatjad), või võtsid osa selle täidesaatmisest" (kaastäidesaatjad).

Süütegu on seadusevastane koosseisutäitmine (süülisus irrelevantne), § 51 p. 1 esimese poole järele on ainutäidesaatja see kes koosseisu täidab, kaastäidesaatjad aga need, kes koosseisu täidavad ühiselt, või „võtsid osa selle täidesaatmisest". Täidesaatja tegu areneb koosseisu piirides, õigemine tema tegu ulatab oma maksimaalses piirides koosseisu sisse. Täidesaatmine on kriminaalseadustiku järele tehniline termin ning tähendab „koosseisupä-

rast' tegu, millega seadus on formaal objektiivselt kindlaks määranud täidesaatmise mõiste ilma et sellega oleks mingisugust kausaliteedile rajanevat alust kasutanud. Kaasaaitamine 35 I p. 3 mõttekohaselt ei ulata kooseisu piiridesse, ta arenel väljas pool seda, ilma p. 3 toodud laiendava klauselita oleks kaasaaitamine mittekaristatav tegu. Järelikult meie kriminaalseadustik omas täpses tekstuaalses mõttes asub objektiivsel alusel ja nimelt alusel, mida teoorias nimetatakse formaal-objektiivseks, piiritledes kaastäidesaatmist kaasaaitamisest selle järele, kas tegu ulatab kooseisu piiridesse või mitte.

Formaal-objektiivsel alusel seisavad Mayer 402/3, Liszt-Schmidt 322, Beling 408, Mintz 102 (Грешник) ja 111 (Beihilfe), oluliselt ka Franc 100, Liszt 224, Finger (Lehrbuch 335, Compendium 542) Dreyer 23, Bissingen 11, Novac 16, Michael 18, Posnoschev 395 ja mõned teised.

Meie kriminaalseadustik viib selle põhimõtte läbi niivõrt konsekventselt, et ühtegi erandit sellest ei tee, kooseisu täitja on igal juhul täidesaatja, väljaspool kooseisu aga kihutamine või kaasaaitamine. Sauer ütleb: „Abzulehnen ist aber auch die

die sog. formal-objektive Theorie, nach der das Kriterium für die Haupttat die Verwirklichung des Tatbestandes ist. Es fragt sich gerade, weswegen der Anstifter den Tatbestand nicht verwirklicht, obwohl sein Verhalten alle Tatbestandsmerkmale umfasst (er stiftet einen anderen an, eine fremde bewegliche Sache in der Absicht rechtswidriger Zueignung wegzunehmen); es fehlt nur an der ~~un~~ ~~de~~ Haupthandlung. Aber in der Vornahme und Nichtvornahme der Tatbestandshandlung kann der Unterschied nicht gelegen sein. Den der Anstifter erfüllt dieses Merkmal (die Wegnahme) genau ebensosehr oder ebensowenig, wie der mittelbare Täter" (474). Edasi ütleb Sauer küsimuse peale, kuidas taidesaatjat kindlaks määrata, „Unrichtig: Täter ist wer alle Tatbestandsmerkmale verwirklicht. Unrichtig deswegen, weil dasselbe der Anstifter tut, jedenfalls in demselben Sinne wie der mittelbare Täter, der doch Täter ist" (475) ... „Unrichtig ferner: Täter ist, wer die Ausführung begeht. Diese konstruktiv befriedigende, klar einen Gegensatz der Täterschaft zur Anstiftung und Beihilfe heraus-

arbeitende Definition ist, wie bereits gesagt, deswegen verfehlt, weil der mittelbare Täter die Ausführung nicht selbst vornimmt. Die Definition passt also nicht für die mittelbare Täterschaft' (Sauer 475/76). Nagu eeltoodust selgub lükkab Sauer formaal-objektiivse teooria tagasi peamiselt põhjusel, et vahendline täidesaatmine kuidagi end selle teooria formelitesse ei lase surudа.

„Denn wollte man definieren, Täter sei, wer eine Tatbestandshandlung vornimmt, so würde auch das Werkzeug Täter sein." (Sauer 476).

On selge, et Saueri vastuväited meie kriminaalseadustiku seisukohti põrmugi ei taba. Seadustik on siiski objektiivse moiste raudu vahendlise täidesaatmise institutsiooni kõrvaldanud. Täidesaatmisega on alaliselt tegemist, kui täidetarse vahetult koosseis, mille juures on ükskõik, kas koosseisu täitja tegutseb süüliselt või mitte. Tarvilik on vaid, et koosseisu täitmine oleks objektiivselt seadusevastane; väljaspool koosseisu tegutsev ei ole kunagi täidesaatja (kaasaaitaja negatiivne kriteerium), nagu seda on vahendline täidesaatja ekstremaktsessoorsuse alusel asuvate seadustikkude juures.

Kokkevõttes eeltoodut võime väita, et kriminaal-seadustiku seisukohalt on formaal-objektiivne teooria ainu õige ning lubatav. Kaasaaitaja tegu vastab objektiivselt tavaliselt ettevalmistuse mõistele. Formaal objektiivne teooria on ka praktiliselt kõige kergemini käsitatav. Muidugi peab tähendama, et kõikidel juhtudel ei ole osaliste jaotus kerge, kuid see ei olene nüüdsest formaal-objektiivse teooria puudustest, kuivõrt sellest, et mitmekesised reaalelu nähtused ei mahu kunagi täielikult kindlatesse teoreetilistesse vormelitesse, milles väljendub kujunalt teooria ja praktika kokkukõlastamatus.

III. Eelpool (II) on kindlaks määratud kaasaaitamise ja kaastäidesaatmise objektiivne vahe.

Kaasaaitamise eristamine kihutamisest on palju kergem. Nende mõlemate ühiseks tunnuseks on, et nad ei saada vahetult süütegu koodla, nende teod ei ulata koosseisu piiridesse, kuid tsentav on ka lahkuminek üksteisest. Füüsilise kaasaaitamise küsimus ei oaja erilist ütlemist, siin on kaasaaitamine lahkuminev kihutamisest juba

teo viisiga. Esimene vajutab füüsilist, teinepsüühilist tegevust. Kuid see kriteerium ei kõlba seal, kus seadus võimaldab n.n. psüühilise, intellektuaalse kaasaaitamise. Psüühilise kaasaaitamise all mõistab seadus nõusgust loetavat (tegu), kus osaline aitab, s.t. tegu korda saata nõuandmisega, juhatusega või lubamisega kordasaatmist mitte takistada või seda varjata"

Kihutamine ja psüühiline kaasaaitamine on mõlemad psüühilised tegevused, kuid vahe on kihutamise ja kaasaaitamise vahel siiski ühtlane. Kihutaja äratab teises süüteo motiivi või meie kriminaalseadustiku seisukohalt õigemine teo motiivi, mis (tegu) osutub objektiivselt seaduserastaseks. Kaasaaitaja ei äratta teises isikus süüteo motiivi, tema ei ole teo suhtes spiritus rector, vaid tegutseb peale süüteo kordasaatmise otsustuse tekkimist (kõvendades motiivi)

„Die intellektuelle Beihülfe unterscheidet sich dadurch von der Anstiftung, dass der Helfende den Willen des Täters, das Delikt zu begehen, als unabhängig von seiner, des Gehülfen, Tätigkeit vorhanden voraussetzt" (Bar 691)

Siiski on tehtud erandliselt katse eristada kihutamist psüühilisest kaasaaitamisest mitte selle järele, kas psüühiline tegu on korda saadetud enne või pärast süüdlase kordasaatmise otsustuse tekkimist (nagu arvab communis opinio doctorum), vaid kausaliteedi nõiste alusel. Mintz näiteks (Beihilfe 125) väidab, et kihutaja asetab põhjuse, kaasaaitaja (resp. psüüh. kaasaaitaja) vaid tingimuse, „auch zwischen dem Anstifter und dem sogen. intellectuellen Gehilfen besteht ein objectiver Unterschied. Er beruht, ganz wie bei der Mittäterschaft auf dem Gegensatze von Bedingung und Ursache"; ja edasi (lhk 128) „Doch liegt der Schwerpunkt ihrer (s.o. Beihilfe) Unterscheidung von der Anstiftung nicht in dem Zeitpunkte der Betätigung, sondern in dem Wesen der letztern, welche als eine untergeordnete, nebensächliche Bedingung der mitverursachende Thätigkeit des Anstifters gegenüber tritt." Selle peale ütleb Perels (lhk 150), et unter den Bedingungen eines Erfolges Unterschied nach Mass oder Art der Kausa-

lität nicht gemacht werden können. Versuche, den Gegensatz zwischen Anstiftung und intellektueller Beihilfe auf einer kausalen Verschiedenheit aufzubauen, waren daher von vornherein zum Scheitern verurteilt." Nähtavasti on on Mintz hilisemal ajal (Yeshuxy sellest vaatest loobunud. Üldine vaade toetab aga eriliikmisel süütes kordasaatmise otsustuse tekkimise ajale.

Praktiliselt võib muidugi püüdlise kaasaaitamise kindlaksmääramisel üksikutel juhtudel esile kerkida raskused, mille peale Hergt (vt. Perten 148) tähelepanu juhtis. Kihutaja võib otsustada mitu korda ja ikka vankumatta, und selbst bei vollständigen Einblick in die Seele des Angestifteten - der natürlich dem Richter niemals erreichbar ist - wäre es oft nicht möglich, zu entscheiden, ob der Täter im Augenblick der Anstiftung sich in einem Zustand befand, den man noch als « Schwanken » oder schon als « Entschlossenheit » zu bezeichnen hätte." (Perten 148)

IV. Kaasaaitaja tegevus on kausaalses vahe-

korras süüdes tagajärjega, samuti kui täidesaatja tegevuseta. Objektiivselt kaasaaitaja tegevus olgu psüühiline või füüsiline soodustab süüdet kordasaatmist. See soodustav tegevus ei tohi aga ulatada kaasteisu püüdlusse, muutuda vahenditeks tagajärje põhjustamises, et mitte muutuda täidesaatjaks. Kaasaaitaja tegevus on niisugune, mis iseenesest (isoleeritult) ei tähenda veel õigushüve rikkumist, nagu seda võiks öelda ex ante vaatekohalt (nii Perlen 101). Tema tegevus vastab ettevalmistuse moistele. Kaasaaitamise viisid ja abinõud võivad olla mitmesugused. KrS. § 51 p. 3 on üles: lugenud kaasaaitamise viisid; kaasaaitajateks on need, kes muretsesid süüdet kordasaatmise abinõusid või kõrvaldasid süüdet kordasaatmise takistusi (füüsiline kaasaaitamine), see võib sündida ka süüdet kordasaatmise otsustuse kõvendamise kaudu (intellekt. kaasaaitamine) kas nõuandmisega või juhatusega, või lubamisega kordasaatmist mitte takistada või seda varjata. Kaasaaitamise viiside loetlusel on seadustiku täpse redaktsiooni järele mitte näitlik, vaid lõplik tähendus.

„Пособниками могутъ быть признаваемы не
всѣ лица оказавшія помощь словомъ или дѣ=
ломъ, а лишь тѣ, содѣйствующая дѣятель=
ность коихъ подходитъ подъ установленныя
въ текстѣ ст. 51 опредѣленія" (1903 a. U. N. S. mõtiva
lk. 200, Tagantsev Riia väljaanne). Muidugi seaduse
redaktsiooni mõte on nüüdne laialdane et haaral
oluliselt igasuguse kaasaaitamise viisid. Kui aga
teatav sõnõtes soodustamine ei mahu seadustiku
poolt loodud raamidesse, siis tuleb lugeda niisugu=
ne kaasaaitamine nullum crimen sine lege alusel
karistamatuks, sest kriminaalseadustiku norme
ei ole lubatav laiendavalt tõlgitseda.

Kaasaaitamine on positiivne tegu, kuid vaad=
listel juhtudel on kaasaaitamine (võimalik) communis opinio
doctorum järele ka tegevusetuse kaudu (nii Liszt 225,
Mayer 397, Bar 698/704, Frank 100, Mintz Grebnitzki
104, Tagantsev 764 etc.) ja nimelt juhtudel, kui sea=
dus kohustab tegevusele. Kaasaaitaja on näiteks
õhwaht, kes varguse korduvasatmist (tema valve alla
kuuluva objekti kohta) ei takistanud. See vaade on
kohaldatav ka meie seadustiku normidele. Täielikult
mitte vastuvõetav on kriminaalõiguse teoorias vaja

tihti arendatud vaade, et kaasaaitamine tegevusetuse kaudu on karistatav ainult siis, kui see on kausaalne süüdistatavale; kausaalne on aga tegevusetus siis, kui seadus seab tegevuse süüdistatavale ärahoidmisel kohustavaks. Muidugi peab kaasaaitamine olgu tegevuse või tegevusetuse kaudu olema süüdistatavaga kausaalses vahekorras, kuid kausaliteedi sisu ei saa põhjendada tegevusetuse seadusevastasusega. Seadusevastasus on normatiivne mõiste; kausaliteet on sündmuste funktsionaalvahekord, ka tegevusetus võib tingida muudatusi (vastavalkorral aeruvime metafüüsilisele causa efficiens seisukohale). Õieti ütleb muu seas Mayer „Und was speziell an unechten Unterlassungen problematisch erscheinen kann, ist der Umfang, in dem sie rechtswidrig sind. Diese Frage mit der Kausalitätsfrage zu verquicken, ist eine methodische Sünde allerersten Rang. Ob eine Unterlassung mit einem Erfolg kausal verbunden ist und ob sie einer Rechtspflicht widerspricht, untersteht absolut getrennten Erwägungen" (157/152). Süü kohal ei pruugi laxuda kontraversidense tegevusetuse

kausaliteedi kohta pikemalt, mainime vaid, et (kausaalsideme) põhjuse kui conditio sine qua non seisukohalt ei ole mingit alust eitada tegevusetust kui põhjust, nagu seda teevad palgud teoreetikud, või konstrueerida kausaliteeti teisiti kui see on positiivse tegevuse puhul (vt. selle kohta Mayer 149/152, Liszt 135 Finger Compendium etc.)

Kaasaaitamine tegevusetuse kaudu on ainult siis võimalik, kui seadus teeb a/ tegevuse süüdistusaluse kohustavaks, b/ kui seadus ei sisalda tegevusetuse jaoks erikoosseisu, sellepärast ei ole KrS §§ 145 ja 146 ettenähtud raskest kuriteost mitteteatamine (Anzeigepflicht) mitte kaasaaitamine, vaid delictum sui generis. Kui aga võõrast, kelle kohuseks on näiteks valve kaupluste jaoks võõrastelaselt sündinds (teadvalt) varguse, siis on see kaasaaitamine vargusele, kuna seadustik ei näe ette erikoosseisu selle kohta, samuti ei muutu see delictum sui generis'eks ka sel juhul, kui vargus moodustab raske kuriteo (näiteks kohusevarguse retsidiiv KrS 532 teine osa). Nüüdsel juhul tuleb käsitamisele KrS § 60 ettenähtud seaduste konkurents. Kui aga varguse toimepanemist ei tõenda isik, kelle kohta

see kohustavaks ei ole tehtud, siis on isiku tegevusetus kas ülalse karistamatu, kuivõrd vargus kuulub n. n. kuritegude liiki juriidilise terminoloogia järele (KrS. §§ 548-550, 553 ja 554 esimene lõige) või siis tegevusetus on karistatav delictum sui generis'ena KrS § 145 järele, kuid ainult sellel juhul kui vargus moodustab raske kuriteo (KrS. §§ 551, 552 teine lõige, 554 teine lõige), mille juures peab aga tähendama, et tegevusetusele eriliselt mitte-kohustatud peab teadma[59] asjaolusid, mis vargusest teevad raske kuriteo, vastasel korral ei saa isikule süüks anda raskest kuriteost mittetea-tamist § 145 järele.

Selle juures omab raskest kuriteost mitteteatamine ühise joone kaasaaitamisega selles mõttes, et esimene on nagu kaasaaitaminegi seatud sõltuvusse peateost muutudes karistatavaks ainult siis kui raske süüdi kaasaaitaja tegu ulatab vähemalt katseni. Muidugi nendel erandlistel juhtudel, kus seadus on teinud karistatavaks raske kuriteona ka ettevalmistuse, ei saa rääkida ei katsest ega lõpetatud süüteost (näiteks KrS § 75), seal on ka kuriteost mitteteataja karistatav kohe, kui teine

isik on kordasaatnud teo, mis kfalifitseeritav § 50 järele kui ettevalmistamine (muuseas juhib ka § 146 § 75 peale).

Üldse tuleb tähendada, et paljudel juhtudel on seadustik süüteo kordasaatmist abistavast teost (olgu tegevuse või tegevusetuse kaudu) teinud delictum sui generis, kuhu kuuluvad:

a) süüteod, mis olenesid juba iseenesest karistatavad kui kaasaaitamine, kuid seadus püüab nätte saada delictum sui generis kaudu kaasaaitamise intensiivsema karistatavuse. Näiteks võib tuua kaasaaitamine vangi põgenemisele, kui see tähendis vägivallaga vangivahi isiku kallal või kinnipeetu koha rikkumisega, millal vaang langeb karistuse alla KrS § 157 järele vangimajaga mitte üle aasta, kaasaaitaja aga § 156 teise lõike järele vangimajaga kuni kolme aastani. Nõuguisel juhul delictum sui generis moodustab erinormi, mis suvub välja üldreegli kaasaaitamise kohta (lex specialis derogat legi generali).

b) süüteod (teod) mis ilma delictum sui generis konstruktsioonita oleksid üldse karistamatud sest peateguu (Haupthandlung) kas ei ole üldse

karistatav süüdlegu, või siis moodustab ainult üleastumise seadusetehnilise mõttes, millele kaasaaitamine on § 51 järele reeglipäraselt karistamatu tegu. Kujukaks näiteks on esimese kohta kaasaaitamine enesetapmisele § 128 järele (kuid ainult vahendi kättetoimetamine enesetapmise otstarbel, mitte iga kaasaaitamine enesetapmisele ei ole karistatav). Samuti kaasaaitamine vangi põgenemisele vahi'alt, kui põgenemine sündis vägivalla tarvitusetta vangivahi isiku kallal või kinnihoidmise koha rikkumiseta, millal vangi põgenemine KrS § 157 järele on karistamatu tegu kaasaaitaja aga vastutab § 156 järele (esimene lõige). Teise kohta on näiteks abordi tegemine. Et abordi tegemine naisterahva poolt on ainult üleastumisena karistatav, siis olexid süüdlased naisisiku raxejalgsuse katxestamises (mis on õieti kaasaaitamine enale-materjaalses mõttes) karistamatud (kui kaasaaitamine üleastumisele), et sõs ära hoida, selleks on seadus teise raxejalgsuse katxestamisest teinud delictum sui generis (kui katxestaja ei olnud arstiteadusliku ettevalmistusega, või ka sellega kuid katxestamine sündis peale

kolme kuu möödumise arvates vaskejälgseks jäämise ajast.

c) juhtudel kui negatiivne kaasaaitamine (tegevusetuse kaudu) on tehtud delictum sui generis (sellest on juba eelpool räägitud.

Kaasaaitamine on võimalik ainult süüteo eel või süüteo ajal (concursus antecedens, concursus concomitans); seadus võimaldab kaasaaitamise vahendiselt ka pärast süütegu (concursus subsequens), kuid ainult siis kui kaasaaitamine on lubatud enne süüteo kordasaatmist, öeldi on see psüühiline kaasaaitamine enne peategu.
Täielesaadja õhustuse kõvendamise kaudu

V. Seadus teeb karistatavaks ainult tahtliku kaasaaitamise. Ettevaatamatu kaasaaitamine on karistamatu tegu, ta võib aga moodustada mõnel juhul delictum sui generis, kuid siis ei ole ta formaalselt enam kaasaaitamine. Tahtluse küsimus ja eriti, mida peab see sisaldama, ei pane midagi uut vorreldes kihutamisega, sellepärast ei ‘pruugi siin enam selle juures peatuda.

Küsimus võib asetatud saada ka ümberpöördult, ja nimelt, kas on võimalik tahtlik kaasaaitamine ettevaatmatule teole. Teoorias ettetoodud

mitmekesiseid vaateid selle küsimuse kohta oleme juba käsitanud vahendlise täidesaatmise küsimuse juures. Kõik teoorias võimalikud (saamatis praktikas) differentsid ja controversid on meie seadusega otstarbekohaselt kõrvaldatud süüteo mõiste objektiivse konstruktsiooni kaudu. Nagu juba eelpool mainisime, on meie seadustiku järele täiesti võimalik kaasaaitamine ettevaatmatule süüteole, mille juures kaasaaitamine ei ole karistatav mitte kui ettevaatmata süüteogu (seadus ei tunne ettevaatmatut kaasaaitamist), vaid kui tahtlik kaasaaitamine vastavale tahtlikult kordasaadetava süüteole. Kui näiteks täidesaatja poolt on tegemist ettevaatmatu surmamisega, siis vastab tema KrS § 430 järele ettevaatmatu surmamises, tahtlik kaasaaitaja aga kaasaaitamises tapmisele (KrS § 420 ja teiste järele).

Ettevaatmatu kaasaaitamine on teoreetiliselt igatahes mõeldav ja võimalik (nii Liszt 226, Finger. Lehrbuch 356, Compendien 547, Frank 100, Mayer 398 etc.), ta ei ole vaid seaduse järele karistatav. Selle vastu ettevaatmatut kaasaaitamist ei pea võimalikuks palju teoreetikud

(näiteks Biermeyer 127, Bauer 127, Bar 695, Novak 27, Bissingen 61), mille juures aga mõned (näiteks Biermeyer, Perten 209 ja teised) teevad ettevaatmatu kaasaaitamise (asjatundjana) ettevaatmatule süütele ettevaatmatu vahendliku täidesaatmisena. Võimane vaade ei ole aga õige, sest ettevaatmatult tegutseja võib vastutada täidesaatjana ainult siis (seaduse mõtte järele), kui tema tegu haarab terve koosseisu, millise väite põhjustest on kõnelelud kaastäidesaatmise käsitlemisel. Meie seadustik võimaldab ainult vahendlikku koosseisutäitmist kui täidesaatmist, vahendliku tegutsemine igal juhul olgu see tahtlik või ettevaatmatu ei või kunagi olla kohaliteeritav täidesaatmisena, ta võib olla ainult kas kihutamine või kaasaaitamine ja siiski ainult juhul, kui tegutseja saadab kordu teo tahtlikult ning tema dolus on sihitud süüdi täitmisele (s.o. teatavale konkreetsele süütele kihutamine või kaasaaitamine). Ka siin peame käsitama formaal objektiivset teooriat kaasaaitamise ja täidesaatmise eristamiseks.

Täidesaatja ja kaasaaitaja doluste mittevastavusel tulevad käsitamisele samad põhimõtted

millest juba kõneldud kihutamise juures.

VI. Üheks vaieldavamaks probleemiks on osavõtte doktriinis kaasaaitamise katse küsimus. Olgugi, et kaasaaitamise katse küsimus maksva seaduse seisukohalt erilist tähelepanu ei nõua, peame selle juures siiski lühidalt peatuma. Palju on väidetud, et kaasaaitamise katsest ei saa teoreetiliselt üldse juttu olla, sest kaasaaitamise puhul ei ole võimalik vahet teha süüteo täitmise (Vollendung) ja katse vahel, kuna kaasaaitamine ei oma küllalt täpistatud koosseisu, „ebenso wie bei der Anstiftung fehlt es auch an einem objektiven Kriterium der Vollendung bei der Beihilfe als solcher." (Bar 698). Bixmeyer ütleb, et kaasaaitamise katsest võiks juttu olla ainult siis, kui kaasaitamine ei olnud kausaalne (s. t. Bixmeyeri järele, et ei olnud üheksi tingimuseks) süüteo tagajärjega, vastasel korral on kaasaaitamine lõpetatud (vollendet), kuid siiski „Hat er (s. o. Teilnehmer) aber für den Erfolg durch seine Tätigkeit nicht einmal eine

Bedingung gesetzt, hat m. a. W. seine Tätigkeit zu dem Erfolge gar nichts beigetragen, so liegt nach schon früher Ausgeführten überhaupt keine Teilnahme vor, weder eine «vollendete» noch eine «versuchte»" (168). Sellega eitab Birkmeyer ülalse katse konstrueeritavust kaasaaitamise juures (samuti Beling 398, Bisinger 45 Prosch 56 etc.) Nüüdgune eitav vaade kaasaaitamise katse konstrueerimise võimaluste suhtes põhjeneb täieksplidamisel, et kaasaaitamise karakteratavus põhjeneb täidesaatja abistamisel vaatamata tagajärje peale. Selle kohta ütleb õieti Perten (181), „Nicht das Helfen, Unterstützen als solches macht die Gehilfenhandlung strafwürdig, sondern für den, der in der Beihilfe eine Bedingung des Verbrechenserfolges erkennt, kann der Grund der Strafbarkeit der Beihilfe nur in ihrer möglichen kausalen Bedeutung für den Enderfolg zu suchen sein; und demgemäss wird erst durch den Eintritt dieses Enderfolges die Beihilfe vollendet." Vastavalt sellele asub ka Perten seisukohale, et täideviidud (vollendete) kaasaaitamise ja kaasaaitamise

katse piiritlemine ei tekita suuremaid raskusi, kui see on täidesaatmise juures. Sellelt vaatekohalt on kaasaaitamise katsega tegemist mitte ainult siis, kui kaasaaitaja tegevus täidesaatja tegevust tõelikult ei soodustanud (kui näiteks täidesaatja jättis kasutamata kaasaaitaja poolt muretsetud abinõu, või jättis tähelepanemata tema nõuande jne.), vaid ka siis kui täidesaatja saatis korda ainult süütegu katse, sest katse olulisem sisulisem tunnuseks on et õigushüve sai pandud konkreetselt ainult hädaohtu (lõpetatud süütegu tagajärje ärajäämine). Osa teoreetikuid (Mintz 177etc., Dreyer 46, Pertenijärele veel Berner, Olshausen, Stoos, Calker, Köhler ja mõned teised.) näevad kaasaaitamise katset ainult esimesel juhul, s.o. juhul kui kaasaaitamine tõelikult ei soodustanud täidesaatja tegu (kui kaasaaitamise ja süütegu tagajärje vahel puudub kausaalside). Selle vastu loevad need autorid lõpetatuks kaasaaitamiseks need juhud, kus kaasaaitaja tegevus ei olnud lõpetatud süütegu kausaalses

vahekorras sellepärast, et täidesaatja saatis kordagi ainult süütegu katse. Selle kohta ütleb Perlen (182): „Auch diese Auffassung des Beihilfeversuches geht von der soeben zurückgewiesenen irrtümlichen Ansicht über das Wesen der Beihilfe aus. Wenn man anerkennt, dass die Strafwürdigkeit der Beihilfe in ihrer möglichen kausalen Bedeutung für den Erfolg begründet ist, so wird man auch zugeben müssen, dass die Gehilfenhandlung insolange im Versuchstadium geblieben ist, als nicht das Verbrechen durch Vermittlung der Täterhandlung verwirklicht, vollendet ist, mag nun die Täterhandlung ausgeblieben oder nur zum Versuch gediehen sein." Kuid kaasaaitamise katset tuleb konstateerida, nagu juba eelpool öeldud, ka siis kui kaasaaitamine korral täidesaatja peatus ainult süütegu katsel.

Tavaliselt räägitakse viimasel juhul kaasaaitamisest katsele (Beihilfe zum Versuch, aga mitte kaasaaitamise katsest). Nii Mayer 396, 399, 406, Prosch 59, Dreyer 42 ja teised. Seda konstruktsiooni (öieti nimetust, mõistet) ei saa õnnelikuks pidada, sest kaasaaitamine katsele

on contradictio in adjecto. Kaasaaitamine on nagu kihutaminegi karistatav ainult siis kui tema dolus on sihitud lõpetatud süüteole.

Seda väljendab ka Mayer (406) „Diese Teilnahme am Versuch, die nicht mit dem straflosen Versuch der Teilnahme verwechselt werden darf, setzt für den Teilnehmer nicht weniger, wie für den Täter einen Vollendungsvorsatz voraus; wer nur einen Versuch veranlassen will, bleibt straflos." Hoolimata sellest, võib kaasaaitamise katsele mõistega tingimusi leppida, tähtis ei ole niivõrd väljendus, kui selle õige mõistmine (nähtavasti tavoitab ka Mayer seda ainult tingimusi)

„Kaasaaitamine katsele" mõiste näitab nimelt „ühte juhtu kaasaaitamise katsest ja nimelt seda juhtu, kus täidesaatja saatis korda ainult süüteo katse, eraldades seda järelikult juhust, kus kaasaaitamine ei soodustanud ülalse täidesaatmist. Nende kahe kaasaaitamise katse eritlemine ei ole mitmete seisukohalt väga tarvilik ning taotleb ainult teoreetilisi huvisid, sest mõlemal juhul on nende vaadete järele kaasaaitamine karistatav tegu (nii Suhr[58], Bissingen

37, Perteni järele 190 m. 326 veel Haupt, Cohn, Olshausen, Lammasch). Ka meie kriminaalseadustiku aluseks võetud 1903 aasta U.N.S. § 57 (vt. Tagantsev Rüa väljaanne) motiivid asuvad nüüdisel seisukohal: „эти лица (s.t. пособники) отвѣчаютъ какъ въ томъ случаѣ, когда доставленныя ими средства были дѣйствительно употреблены въ дѣло, такъ и въ томъ, когда они оказались излишними, когда убійство было совершено другими орудіями, когда воръ вошелъ не черезъ ту дверь, которая была отперта виновнымъ" (201, p. 4) Motiivide toodud väited püüavad baseeruda § 57 tekstile, kus kaasaaitajateks loetakse need „кто были пособниками, доставлявшими средства, или устранявшими препятствія, или оказавшими помощь учиненію преступнаго дѣянія совѣтомъ..." jne.

Nüüdsuse mittekaasaalse kaasaaitamise karistatavuse vastu asuvad eitaval seisukohal täiesti põhjendatult paljud tähtsamad kriminaalõiguse teoreetikud. Liszt ütleb: „Unterstützung einer Handlung liegt nur dann vor,

wenn eine Bedingung zu dem Erfolge tatsächlich gesetzt worden ist. Andernfalls wurde nur (strafloser) Versuch der Beihilfe vorliegen" (samal seisukohal Bar 697, Finger Lehrbuch 356, Franx 102, Mayer 399 etc.) Eeltoodud autorite vaateid tuleb õigeks pidada; teo ja tagajärje vahel olev objektiivne side kausaliteedi näol on igasuguse vastutuse põhialus, selle conditio sine qua non.

Võidakse öelda, et katse korral üldse kaitsetud huvi, tema tegu (katse) ei põhjustanud lõpetatud süüteo tagajärge (õigushüve rikkumist) sellepärast ei peaks ka kausaliteedi puudumist katse mustexaristatavuse aluseks pidama.

Kuid vahe on kriminaalseadustiku seisukohalt süüsi olemas. Katse on ohtdelikt (Gefährdungsdelikt) ja on karistatav mitte sellepärast, et täidesaatja oleks katsekordasaatmisega õigushüve tegelikult rikkunud, vaid sellepärast, et tema oma kavatsele arenenud teoga pani õigushüve lähedasse, selgesti nähtavasse hädaohtu (mis kindlalt näitab tegutseja ressi tahet), või väljendades adekvaat kausaliteedi

vormeliga: „Versuchshandlung ist nur das typische Richtung auf ihn, nur diejenige Handlung, die nach objektivem Wahrscheinlichkeitsurteil den Eintritt des Erfolges erwarten läßt, nur die objektiv möglicherweise gefährliche Handlung." (Sauer 464). Kaasaitamine on aga tegu, mis ~~selle~~ ex ante (Wahrscheinlichkeitsurteil) seisukohalt iseenesest süütes tegajärge ei põhjusta, sellepärast on ka loota ja ka õigustatud, et seadustik mitte kaasaalset kaasaaitamist (kaasaaitamise katset) ei sea ühele alusel täidesaatmise katsega. Tõepoolest ongi seadustik seda kaasaaitamise katset käsitanud teisiti, kui täidesaatmise katset.

§ 49 järele loetakse katseks tegu, millega algab täidesaatmine, täidesaatmise all aga mõistab seadus vahetut kooseisu täitmist, sellega on öeldud ka, et seadus konstrueerib ühtelaadi katse näol ainult täidesaatja tegevuse jaoks. Reeglipõhiselt karistab seadus ainult õigushüve tõelikku rikkumist, ainult erandliselt legislatiivses mõttes laiendab ta karistatavust ka täidesaatja niisuguse tegevuse peale, mis küll lõpetatud süütegu ei põhjendanud, kuid tõenäoliselt

õigushüvele otsekohest hädaohtu tähendas.

Seda kriminaalseadustiku normi ei saa laiendavalt tõlgitseda kaasaaitamise peale

Ka KrS § 57 tekstist ei saa järeldust teha mittekaasaalse kaasaaitamise kohta, nagu seda arvavad 1903 a. U. N. S. § 57 (vt. Tagantsev Rüa väljaanne) mõttevid. Karistatav ei ole mitte süüteo kordasaatmiseks abinõude kättemuretsemine ise enesest, vaid abinõude kättemuretsemine sellepärast et neid tõidetsaatja kasutas või, et nad süüteo kordasaatmise vahendiks olid. § 51 p. 3 ei tule käsitada mitte isoleeritult, vaid ühenduses § 57 esimese osaga, kus on osalisteks loetud ainult isikud, kes „süüteo saatsid korda". Süüteo all mõistetakse siin eriosa koosseisus kirjeldatud tagajärg, mille peale on sihitud kõikide osaliste tegevused.

§ 51 alguse tekstiga („kui süüteo saatsid korda mitu isikut") on selgesti väljendatud, et osalisena võib karistatav olla isik ainult siis, kui tema tegu oli kausaalne eriosas toodud süüteo tagajärjele, millest otsekohe järeldub, et mittekausaalne kaasaaitamine on ~~on~~ kriminaalselt irrelevantne tegu.

Kõike eeltoodut kokku võttes võime väita, et kaasaaitamise katse (kaasaaitamise mõtte sõltuvus tähenduse puhul süüteo suhtes) on kriminaalseadustiku seisukohalt karistamatu tegu; „kaasaaitamine süüteo katsele" (mõistes seda tingimusi ltk. 245 lõpud mõttes), mis ei ole muud midagi kui kaasaaitamise katse (teises tähenduses) on aga karistatav tegu, sest kaasaaitamine muutub karistatavaks seadustiku järele kohe, kui täidesaatja tegevus ulatab vähemalt katseni (sellest kõneleme veel hiljem)

VII. Välismaa seadustikud asuvad kaasaaitamise karistatavuses tavaliselt kahel seisukohal; ühed Prantsuse koodeksi eeskujul loevad kaasaaitamise karistatavaks samal määral, nagu täidesaatmisegi, teised konstrueerivad kaasaaitamise vähema karistatavusega Saksa StGB eeskujul. Viimane seisukoht paistab õigem olema. Ühevõrdset karistatavust põhjendavad eriti mitmed uuemad kriminalistid sellega, et kõikide osaliste tegevused on kausaalsed süüteo tagajärjele ühevõrdselt, kuna kausaliteedis ei ole gradatsioon võimalik, mispärast vähemalt de lege ferenda osaliste jaotus

gruppidesse õigustatud ei ole., „Aus dem Begriff der Ursache folgt, dass jeder, der durch Setzen einer Bedingung zu dem eingetretenen Erfolge an dessen Herbeiführung sich beteiligt, den Erfolg verursacht hat; dass alle Bedingungen des Erfolges gleichwertig sind, zwischen den einzelnen an der Herbeiführung des Erfolges Beteiligten ein begrifflicher Unterschied nicht besteht; das mithin nur ihre verschiedene Bestrafung innerhalb desselben Strafrahmens gerechtfertigt ist." Liszt 214)

Kuid vahet karistatavuses ei tule rajada kausaliteedi, kausaliteet on vaid objektiivne alus, mille olemasolul karistatavuse intensiteet sõltub süü suurusele. Inimese surmamise puhul võib isik ühel juhul vastutada kui tapmises (§ 420 etc), teisel juhul kui ettevaatmatus surmamises (§ 430), kuna kolmandal juhul võib vastutus näiteks juhuse (casus) tõttu täiesti ära jääda, ometi on isiku ja tagajärje vahel kõigil kolmel juhul olemas kausaliteedi vahekord (ühtlaselt), vastutuse küsimuse otsustab aga süü küsimus. Sellepärast ei püüngit alust kausaliteedi õpetusele rajada kõikide osaliste ühtlast karistatavust. Karistatavuse küsimuses

peab maksma normatiivne vaatekoht, sellelt seisukohalt ei saa tähendamatu jätta, et kaasaaitamine on teisejärgu tähtsusega võrreldes täidesaatmisega ja ei näita niivõrt kindlalt tegutseja kurja tahet, võib olla nii mõnigi kaasaaitaja ei suudaks õigushüvega vahetult kokkupuutudes, kosseisu vahetult täita, kuna süüdlase vahetu täidesaatmise puhul süüdlase vastumotiivid tugevamalt töötavad.

Meie kriminaalseadustik arub kaasaaitamise küsimuses karistatavuse kompromiss seisukohal ja loeb kihutaja karistatavaks täidesaatjaga võrdsel määral toetudes rohkem Prantsuse seadustiku eeskujule, ainult kaasaaitajale, kelle abil ei olnud olulist tähtsust, kergendatakse karistust § 53 määratud alustel. Tõusetub tähtis küsimus, mida tuleb mõista kaasaaitamise all, millel ei ole olulist tähtsust, kas peab see mitteolulisuse peituma teo objektiivses küljes, selle väheses avaldustamises süüdlase tagajärje seisukohalt või subjektiivses külges-süütähtsuses.

Paistab, et käesolevas küsimuses seadustiku redaktsiooni seisukohalt tuleb seda mitteolulisust

mõista ainult objektiivses mõttes, sest § 51 räägi-
takse mitteolulisest tegevusest, aga mitte süüst,
seda tõendab ka asjaolu, et karistatavuse vähen-
damine „mitteolulise" süü, - süüd vähendavate
asjaolude tõttu ~~juba kord~~ on juba ükskord
reguleeritud KrS § 53 läbi, mispärast karistata-
vuse vähendamine süüd vähendavate asjaolude
tõttu veel § 51 eraldi kaasaaitaja kohta oleks
ülelüngne

Mida tuleb mõista olulise tähtsusega kaasa-
aitamise all, mida mitteolulisega kaasa-
aitamise all, selle küsi-
musele vastamine on teoreetiliselt üks raskemaid
ja vaieldavamaid. Tekib täiesti põhjendatult
küsimus, kas on üldse võimalik mingisuguseid
teoreetilisi juhiseid anda, või tuleb jätta küsi-
mus lahtiseks ning jätta kohtunikule otsustami-
seks, milline on igal konkreetsel juhul olulise
tähtsusega kaasaaitamine.

Mintz heidab 1903 a U. N. S.-ele ette, et see
käesolevas küsimuses on asunud vanadele ammu
iganenud vaadete asukohale. „ Существенный
пособник - это преемник «Hauptgehilfe»
теоретиков первой половины XIX века....

существенного пособника нельзя и быть не может, потому что качественное отличие пособника от совиновника в объективном отношении, на коем и строится, что пособник ничего существенного (т. е. входящего в состав данного преступного деяния) не совершает" (104). Nende vanade teoreetiliste vaadete juures, mille üheks konsekventsemaks esitajaks oli Feuerbach (ühes temaga paljud teised) ei pruugi siin pikemalt peatuda, kuna ta meie seadustiku käsitamisele vaevalt kergendusega on. Peakaasaitaja (Haupthilfe, socius principalis) ja kaasaaitaja erinevust põhjendati kausaliteedi õpetusele. Esimese tegevus oli asendamatu (hinreichende, genügende), ilma selleta ei oleks süüteo kordasaatmine võimalik, kuna teise äraja äämine ei põhjusta veel süüteo äraja äämist, tema tegevuses leiduvad momendid on asendatavad (vt. selle kohta Persten 14, Mintz Beihilfe 14, Bar 603, Suhr 10 etc.). Seda vaadet pooldavad mõned teoreetikud veel praegugi. „Und hier ist das hypothetische Wahrscheinlichkeitsurteil, es wäre im wesentlichen oder unmittelbar nachher doch zu

achtenden Erfolge gekommen, auch wenn A oder B nicht mitgewirkt hätten, und umgekehrt, es wäre nicht dazu gekommen, von Bedeutung, wie dies denn auch der wahre Sinn der alten Unterscheidung des Haupt- und Nebengehülfen ist, die abstract und rein logisch unhaltbar, doch der Bewertung menschlicher Handlungen im Leben entspricht." (Bar 603). Vanade vaadete kohtu peaasaasaaitajä ja kaasaaitaja eristamisel iitleb Perten (14). „Niemals wird man mit absoluter Sicherheit sagen können, das Verbrechen hätte ohne die betreffende Unterstützungshandlung nicht begangen werden können; ein solches Urteil würde vollständige, also übermenschliche Kenntnis des Weltlaufs und der Gesetze, die alles Geschehen beherrschen."

Edasi iitleb öieti Perten (15) „Der Gegensatz zwischen der Hauptbeihilfe und anderer Beihilfe ist kein scharfer; handelt es sich doch, wie gezeigt wurde, nur um verschiedene Grade von Wahrscheinlichkeit; hierauf lässt sich also die Abgrenzung zwischen zwei mit verschiedenen Strafen bedrohten Handlungstypen nicht gründen."

King õelikult paistab, et vanade vaadete alusel ei ole võimalik olulise ja mitteolulise kaasaaitamise vahel vahet teha ning kindlat piirjoont teoreetilise formeli kaudu tõmmata.

Kõigil nendel põhjustel tuleb konstateerida, et mitteolulise ja olulise tähtsusega kaasaaitamise eritlemine peab jääma kohtunikule igal üksikul juhul; eluliselt on see tihti võimalik, suure osa sündmuste juures suudab inimene eraldada tähtsama mitteolulisest, kuigi peab tõkendama et sarnase moodustamise juures kohtuniku subjektiivsed vaated ja hindamised oma mõju avaldamata ei jäta

Kaasaaitamine ülesastumisele on kaaristatav vaid seadusega eraldi ettenähtud juhtudel

———— — ————

IV. Aktsessoorsus.

Aktsessoorsuse all osavõtte õpetuses mõistetakse kihutaja ja kaasaaitaja ripsuvust täidesaatja teost. Kas on see ripsuvus üldse olemas, mida tuleb selle all mõista ning kuidas seda käsitada selle üle valitsevad teoorias suured lahkarvamised ning küsimus ei ole palju omast aktuaalsusest (ka praegu) kaotanud. Paistab et vähemalt ripsuvuse olemasolu küsimus teatava seadustiku seisukohalt ei peaks mingisugust kontroverse esile kutsuma, on ju see ometi põhjapanev küsimus ja pealegi kindlaks määratud seaduse normiga. Kuid kõigest sellest hoolimata ühed näevad ühes ja samas (seaduses) kindlasti laiviõiglust ripsuvust, teised eitavad seda sama kindlasti. (kuigi viimaseid on väga vähe). Viimaste hulka kuulub näiteks Ibach, kes arutades käesolevat küsimust, ütleb: „Hiernach glaube ich feststellen zu können, dass die sogen. accessorische Natur oder Anstiftung in das Gesetz hineingelesen wird." (66). Ibachi järele on kihutaja (jutt on kihutajast) ka maksva seaduseküu seisukohalt

„intellektuelle Urheberschaft", või õigemini, aktsessoorne osavõtt ja intellektuaalne põhjustatus ühte langevad. Sellelt seisukohalt langeb ripsuvus täiesti ära. Kihutaja on selle vaate kohalt süüteo vahendlline (intellektuaalne) täidesaatja, kelle lõpetatud süütegu on tema tegu, vahetult tegutseb isik on kihutaja käes ainult tööriistaks, muidugi vaadelduld kihutaja seisukohalt. Kui mõni ei saa füüsilise täidesaatja kohta öelda, et tema tegu, muutudes karistatavaks alles katsest, oleks ripsuvusse seatud, siis ei saa seda ütelda ka kihutajast, kes olles intellektuaalne põhjustaja, saadab süütes kordaläinud isiku kaudu. Sedasama ütleb ka Bëerling: „...dass in Wahrheit gar kein tiefgreifender Unterschied zwischen der intellektuellen Urheberschaft oder mittelbaren Täterschaft im Sinne unseres Strafgesetzbuches besteht, zeigt jedem Unbefangenen eine nähere Vergleichung der beiden Fälle." (Ibachi jõvele 67)

Kaugelt suurem enamus (valdav enamus) asub aga seisukohal, et seadustikus on ühed osalised seatud kindlasse teatavalt konstreeritud ripsuvusse. Poolt leiab see

rippuvus teravat kuritarvitamist. „Die Straflosigkeit der Erfolglosen Anstiftung und Beihilfe ist vom Gesichtspunkte des Kampfes mit dem Verbrechen ein erstklassiger Fehler." (Makarievicz 433). „Jene Abhängigkeit des Teilnehmers von fremder Schuld, in welcher Gestalt sie auch auftreten mag, ist ein unerklärtes Rätsel und wird stets ein solches bleiben. Denn sie tritt auf's ärgste mit den heute geltenden Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung in Konflikt, mit dem Satze, dass jedermann für dasjenige, was er schuldhaft verursacht hat, und nun für dieses einzustehen hat" (Bauer 120). Eriti kuritarvitamisteal seisukohal oskvad need autorid, kes näevad tarvidust (de lege ferenda) osavõtte normide täielikus ümberkonstrueerimises osaliste iseseisvustamise mõttes.

Rippuvust nähakse tavaliselt selles, et kihutaja ja kaasaaitaja tead muutuvad karistatavaks alles siis, kui täidesaatja saadab korda vähemalt süütes katse. Kuid aktsessoorsust mõistetakse veel teises mõttes, mille järele kihutaja ja kaasaaitaja

karistatavus olenek sellest, millistest elementidest koosneb täidesaatja tegu. Nagu juba vahendliku täidesaatmise küsimuse vaatlemisel nägime, Saksa StGB ja 1845 a. Vene nuhtlusseadustik võimaldavad kihutajana ja kaasaaitajana karistamist ainult siis kui täidesaatja tegu haarab süütes mõiste kõike niihästi subjektiivseid kui ka objektiivseid elemente. Et süütes all mõisteti koosseisupärast, seadusvastast, süülist tegu, siis oli kihutaja ja kaasaaitaja karistatavuse eelduseks kõikide nende elementide haaramine täidesaatja poolt, kui puudus täidesaatja juures süü, siis langes kokku ka kihutaja ja kaasaaitaja vastutavus, sest osavõtlik võib ole lege lata vaid „süütest," mille õrahoidmiseks teoorias ja praktikas oli soovitud kihutaja ja kaasaaitaja karistatavust säilitama erilise konstruktsiooni-vahendliku täidesaatmise-kaudu. See kannab n.n. ekstreemaktsessoorsuse nimetust. On selge, et neid kahte rippuvust, nende mõisteid, tuleb üksteisest sõltumatult ~~üksteisest~~ lahus hoida. Suured lahkuminekud rippuvuse mõistmisel on suurelt osalt ka tingitud ~~sellest~~ nende kahe rippuvuse mõiste

segipaiskamisest, või mitte kindlast eraldamisest, mis pärast täiesti õigustatud on allayeri ettekeide „dass jeder den Begriff in einem eignen Sinne gebraucht und daher an den anderen vorbeiredet" (390). Viimast rippuvust oleme juba üksikasjalisemalt käsitanud vahendliku täidesaatmise küsimuse selgitamisel, kus nägime, et meie seadustik on omaks võtnud uudiseno limiteeritud aktsessoorsuse. See on lateraalne rippuvus, teda ei pruugi enam puudutada, vaid asume teise rippuvuse mõiste juurde, mille järele kihutaja ja kaasaaitaja muutuvad karistatavaks ainult siis, kui täidesaatja tegu on jõudnud vähemalt süüteo katseni. See on suktsessiivne rippuvus (rippuvus sügavusse), ta näitab kuivõrt kaugele (distantsiulatus) peab avanema täidesaatja tegu, et kihutaja ja kaasaaitaja tegevused kriminaalõiguslikult relevantsi omaksid.

Peab tähendama, et seadus võib suktsessiivset rippuvust konstrueerida mitmekesiselt. Ta võib määrata, et kihutaja ja kaasaaitaja teod muutuksid karistatavaks küsimata sellest,

kas täidesaatja on midagi teinud või mitte, see oleks osaliste tõlgendus (subjektiivses mõttes), mis oleks paljude teoreetikute vaatekohalt ainuõige. Seadus võib seda rippuvust (statuudi) nii, et kihutaja ja kaasaaja tajus teod omaksid kriminaalõiguslikku relevantsi alles, siis kui täidesaatja saadab korda teo, mis loetakse seadustiku järele ettevalmistuseks, või nii, et alles katse annaks sellele relevantsi. Seadus võib seda rippuvust veel ka süvendada ja teha kihutamise ja kaasaaitamise karistatavaks alles siis, kui täidesaatja saadab korda lõpetatud süütegu. Küsimus ei peitu mitte juriidiliste mõistete konstruktsioonis, vaid seadus määrab sellega ära vaid õiguskaitse ulatuse.

KrS. § 57 ütleb: „Kui süütegu saatsid korda mitu isikut, kes selle kordasaatmiseks olid kokku leppinud või teadvalt ühiskoos tegutsesid, siis loetakse süütegu osalisteks need, kes ...“ jne. Seltsoolud redaktsioon ei jätta ühtegi kahtlust selles, et kihutaja ja kaasaaitaja teod muutuvad karistatavaks ainult siis, kui täidesaatja saadab korda meie seadustiku järele vähemalt süütegu

katse, sest seadus mõistab süüteo all niihästi lõpetatud süüteo, kui ka süüteo katset. Sellasell on ripspuruse konstrueeritud Prantsuse kriminaal-koodeksis, kust ta läks Preisi 1851 aasta seadustesse, kaudu ka Saksa StGB. Samal seisukohal asub communis opinio doctorum järele ka Vene 1845 a. seadustik. Realiskaudselt paistab, et ripspuruse ulatus ja mõiste de lege lata mingit arusaamatust ei tekita, sellest korrumata ütlel Frank (97) „Über das genauere Wesen der Akzessorietät besteht allerdings Streit, und vielfach ist der Ausdruck ein Schlagwort geworden, mit dessen Hilfe man beweisen zu können glaubt, was man gerade beweisen will. Nicht mit Unrecht spricht Binding Gr. S. 76 98 von einem sehr «hässlichen Misbrauch» den man mit dem Begriff treibe."

Seadusega kindlaksmääratud ripspuruset mõistavad ühed laiemalt teised kitsamalt. Esimeste hulka kuulub näiteks Birkmeyer, kes läheb välja peaaegu kõikide osavõtte küsimustes akteessoorsusest ning kes konstrueerib välimises kausaliteedi õpetusest selle ripspuruse ka saastäide-

saatmise kohta. Liszt ütleb (223), „Die Anstiftung ist nach der Auffassung unseres positiven Rechts nicht intellektuelle Urheberschaft, sondern unselbständige Teilnahme an der Tat eines anderen. Sie trägt den Grund ihrer Strafbarkeit nicht in sich, sondern entlehnt ihre Strafbarkeit aus dieser fremder Tat.", mille kohta Ibach ütleb (62) „Die sogenannte Entlehnung der Strafbarkeit die die Auffassung der Anstiftung als Urheberschaft nicht nötig hat, wenn sie ohne weiteres zu demselben Ergebnis führt - erscheint deshalb völlig überflüssig, sie ist meines Erachtens auch grundfalsch, weil das Strafrecht wie überhaupt jede vernünftige moderne Kulturauffassung, die Schuld und deshalb auch die Strafe lediglich dem Schuldigen aufbürdet, eine kriminelle Verantwortung für andere dagegen nicht kennt." (samas mõtles Bauer 120). Ibachi järele on kihutaja „Urheber", mille järele aktsessoorsus puudub loomuliku (lähedal Berolzheimer, Kohler ja mõned teised).

Ibach väited ei saaldu vaid teatud määral tõttu, nad on kohaldatavad teatavas olukorras

maksva (vastuvõetud) kriminaalseadustiku normidele. Kriminaalseadustiku normidest eriti §51 redaktsioonist ei saa järeldada, et kihutaja ja kaasaaitaja teod oma karistatavuse eiksid vaid täidesaatja teost, et kihutaja ja kaasaaitaja teod oleksid süüteod iseenesest (isoleerituilt) rippumatult tagajärjest. §51 ütleb alglauses „Kui süüteo sooritid korda mitu isikut...", millega seadus ütleb, et kihutaja ja kaasaaitaja on karistatavaks tehtud sellepärast, et nemad on ühed süüteo autorid, kordasaatjad ja nimelt selle teo kordasaatjad, mis on ettenähtud seadustiku eriosas, vahe on vaid selles, et täidesaatja saadab korda süüteo vahetult, kaasaaitaja ja kihutaja aga vahetult, kuigi isoleerituilt „Ihnen fehlt die allgemeine Tendenz auf den rechtswidrigen Erfolg, die erst der Täter setzt, die typische Richtung auf den Erfolg, die nach objektivem Wahrscheinlichkeitsurteil den Erfolg erwartenlassende Handlung" (Sauer 472). Täidesaatja on karistatav, kui tema tegu ulatub kaugemale, millega seadus ei loe karistatavaks veel täidesaatja iga tegu. Seadus oleks võinud õigusekaitse

piire sūvendada ja karistatavaks teha ka ettevalmistuse, mida tema mõne raske kuritöö puhul ka on teinud ning isegi karistatavaks teha nõtle (kuivõrt see muidugi praktiliselt läbiviidav). Teisest küljest oleks võimud seadus teha karistatavaks ainult lõpetatud süütesd (nagu ülaastumiste juures).

Meie seadustik asub kompromiss seisukohal määrates kindlaks õigusekaitse piirid, millest ületamisek on karistatav. Selleks piiriks on normaalselt süütes katse (toimepanemise algus). Selle objektiivse piiri määral ta ka kihutamise ja kaasaaitamise suhtes. Mitte iga kihutaja ja kaasaaitaja tegu ei oma veel kriminaalõigusliikku tähtsust, vaid kihutamine ja kaasaaitamine saavad selle relevantsi alles siis, kui kordasoon saadetud osaliste ühise tegevuse tulemusena süütes katse või lõpetatud süütegu. Tagantsev ütleb (Лекции 778), "если же центръ виновности подстрекателя заключается въ дѣяніи, уменномъ подговоренномъ, то самый подговоръ можетъ быть разсматриваемъ только какъ приискание средствъ и приготовление." Samuti ka Frank (Vergleich Darstellungen - Festeni järel 186 u 217);

„Erklärt man die Teilnahme deshalb für strafbar, weil der Teilnehmer etwas zum Eintritt des Erfolges beiträgt, so ist der Grund ihrer Strafbarkeit derselbe wie bei der Täterschaft. Dem ist auch praktisch Rechnung zu tragen. Wenn man also die Strafbarkeit des Täters davon abhängig macht, dass die Handlung bis zum Beginn der Ausführung vorgeschreitet, so wird man (geneigt) sein, das Gleiche für die Teilnehmer gelten zu lassen.“ On õige, et kihutamine ja kaasaaitamine iseenesest vastab ettevalmistusele, kuid siiski ei saa neid täiesti ühtlaselt käsitada. Ettevalmistajast enesest olenek ära, kas oma teost lõpule viia või seda karistatavuseni (katseni) edasi arendada; kihutaja ja kaasaaitaja karistatavus peale nende tegude kordasaatmist olenek ära juba täidesaatjast. Nad võivad olenevalt täidesaatjast jääda ühel juhul ~~jäädä~~ karistamatuks, teisel juhul aga muutuda karistatavaks. Sellega omab kihutamine ja kaasaaitamise karistatavus teatava juhuslikkuse, mis põhjustab Perteni etteheite, et „von diesem Standpunkt aus erscheint es unbegreiflich und höchst unbillig, dass die

Strafbarkeit der Gehilfenhandlung von Ereignissen abhängen soll, deren Eintritt oder Nichteintritt dem Einfluss des Gehilfen nicht unterliegt" (186). Kui siin teatav ebaõiglustunne peitub, siis mitte selles, et keegi on ebaõigelt karistatavaks tehtud, vaid selles, et ühedele on seadusega põhjendamatult vastu tuldud.

Kuid seaduse seisukoht on teataval määral siiski õigustatud, kuna ta ei pea kaasaaitaja ja kihutaja tegevust karistatavaks mitte iseeneses, vaid ühenduses sellega, millise osa tegu mängib süüteo lõpuajaseisukohalt. Sellepärast kuulutab seadus karistamatuks kihutamise ja kaasaaitamise, kui nendele ei järgnenud süüteo katse või lõpetatud süütegu. Minima non curat praetor.

Õigesti alustatud on väited, et aktsessoorsuse tõttu on ühed isikud vastutavaks tehtud teise süü eest, nagu seda tihti tehakse, või et aktsessoorsus tähendaks massilist ja solidaarset vastutust.

Aktsessoorsus määrab ära vaid tingimuse, millal kaasaaitamine ja kihutamine karistatavad on, selle tingimuseks on kõikide osaliste tegevuste komplekssi silmnähtavalt hädaohtlikuks arenenud

määr, mis avaldub „täidesaatmise alguses"
Aktsessoorsusega on kindlaks määratud ka kihutaja kaasaaitamise karistatavuse ülemmäär, nad ei saa vastutada suuremalt, kui seda on kordasaatnud täidesaatja, olgugi nende doloes on sihitud raskemale süüteole. Kuid ka siin ei ole midagi imelikku, kui meie jällegi arvesse võtame, et seadusega on tehtud kõik osalised eriosa koosseisudes kirjeldatud süütegude autoriteks (§ 57. „ei süüdista saatsid korda mitu isikut...") ning, et kaasaaitamine ja kihutamine iseenesest, lahtiseistuna süütes tagajärjest, on kriminaalõiguse seisukohalt tähtusetu. Aktsessoorsuga selles mõttes on fikseeritud vaid üldine põhimõte, mille järele vastutavus ei või ulatada üle teo objektiivse tagajärje ja selles mõttes ei olegi ta õieti aktsessoorsus.

Aktsessoorsusest tehtavaid konsekventsid on järgmised:

1. Kihutamine ja kaasaaitamine eoivad karistatavuse ainult siis, kui tegu on ulatanud vähemalt süüteo katseni, vastasel korral jääyad kihutamine ja kaasaaitamine ole lege lata karistamatuks

2. Kihutamise ja kaasaaitamise aegumise

kaalumisel tuleb arvesse võtta süüdeo tagajärje tekkimise aeg (katse või lõpetatud süütegu) Põhjused peituvad jällegi selles, et süüks arvatakse kihutajale ja kaasaitajale (see tagajärg), mis tekkinud §57 mõtteshaarlt kõikide osaliste ühise tõõviljana. Ka täidesaatja teo ja tagajärje vahel võib olla pikem vaheaeg, kuid süüdeo kordasaatmise ajaks algumise küsimuse seisukohalt loetakse ikkagi süüdeo tagajärje tekkimise aeg. Selle põhimõtte on seadus maksma pannud ka kihutamise ja kaasaitamise kohta, mis on seadustiku vaatepunktilt täiesti konsekventne.

3. Kihutaja ja kaasaaitaja süüdeo kohaks on katse või lõpetatud süüdeo kordasaatmise kohad põhjustel mis näidatud eelmises punktis (p. 2 aja suhtes)

Aktsessoorsusest tekkis veel hulk teisi järeldusi nagu osaliste tagasiastumise, agent provocateuri, täidesaatja ekstsessi, eksituse jä paljude teiste küsimuste kohta (vt. Berolzheimer, Birnmeyer, Bauer, Bissengen und Nippenburg, Stoll, Dreyer jne.), kuid need on, kas eeltoodud p. 1 detailiseerimine, mis käsitamist leidnud või leiavad selle töö teistes osades, või aktsessoorsusele ülelüngse tähenduse andmine, kuna paljud küsimused ilma aktsessoorsuse põhimõtte käsitamiseta mitte vähem selged ei ole.

Eelpool käsitasime kihutamise ja kaasaaitamise ripppuvust täidesaatmisest. Vaatame, kas on see ripppuvus kohaldav ka kaastäidesaatmise kohta. Doktriinis on sellest küsimusest kas vaieldes nõudla mindud, või siis pundutatud vaid paari sõnaga, mille jinres pundub üksmeel.

Valdav osa teoreetikutest (Liszt 221, Mayer 382, Liszt-Schmidt 328, Finger Compendien 527 ja teised) eitavad kaastäidesaatmise ripppuvust ja seavad kaastäidesaatmise ripppuvuse nõttes ~~vastaisele~~ vastandiks kihutamisele ja kaasaitamisele. Birkmeyer aga väidab (148) ka kaastäidesaatmise ripppuvust. „Sie (s.o. Abhängigkeit von der Tätterschaft) muss also insbesondere nach geltendes Recht auch zukommen der Mittäterschaft. Auch die Mittäterschaft ist nach der richtigen Auslegung des § 47 des R.-Str.-G.-B. wirkliche Teilnahme" ja edasi ütleb Birkmeyer (148). Der Mittäter begeht das Verbrechen nicht selbständig, sondern beteiligt sich nur an der Ausführung desselben. Die Handlung des Mittäters wird daher strafbar erst, wenn ander Mittäter den fehlenden Teil der Verursachung hinzufügen." .... „Wenn bezüglich

der Mittäterschaft des positiven Rechts diese ihre akzessorische Natur verkannt und bestritten wird, so erklärt sich dies aus einer falschen Auffassung des Gesetzes, welche, vielleicht verleitet durch die Worte «so wird Jeder als Täter bestraft», in jedem Mittäter einen wirklichen Täter des Verbrechens sieht."

Juba eelpool nägime, võib kihutaja ja raasaaitaja karistatavus olenedes peateost (Haupthandlung) kujuneda kolmesuguseks: 1) nad võivad jääda täielikult karistamatuks, kui täidesaatja ei arendanud oma tegu kaheni, nii sugusel juhul (õigti) ei olegi täidesaatjat, kuna võiride osaliste tegu haarab vaid tegevust, mida seadus mõistab ettevalmistuse all. Ainult kihutamise puhul võib räägida loodetavast täidesaatjast (objektist, mille peale on kihitud kihutamine), 2) nad võivad KrS. §§ 49 ja 53 alusel langeda vähendatud karistuse alla, kui täidesaatja saatis korda ainult süüteo katse, 3) nad võivad langeda selle karistuse alla, mis määratud lõpetatud süüteo puhul täidesaatjale, juhul kui saadeti korda lõpetatud süüteo.

On täiesti kindel, et seda gradatsiooni ei saa kriminaalseadustiku § 57 mõtte järele kohaldada

täielikult kaastäidesaatmise kohta. Kui teised kaastäidesaatjad ülalse midagit ei teinud (vt. p. 1) siis ei jää kaastäidesaatja, kes selle mõtte kohaselt juba tarvilikku teinud, või teiste sõnadega, kelle tegevus juba ulatanud koosseisu piiridesse, mitte karistamatuks. Tema karistamatus on täielikult sõltumatu teiste tegevusest või mitte tegevusest

Nõusugusel juhul kaastäidesaatja langeb karistuse alla süütes katses, mitte aga lõpetatud süütegu sest kaastäidesaatmise olulisem tunnuseks on, et ta saatis kordla vaid osa koosseisu. Kui ta saadab kordla aga terve koosseisu, siis muutub ta ainutäidesaatjaks. Samuti vastutab kaastäidesaatja katse eest ka siis, kui teised kaastäidesaatjad, arendades oma tegu küll koosseisu piiridesse, kuid ei saatnud kordla lõpu osa, mispärast lõpetatud süütegu tulemata jäi (p. 2). Kaastäidesaatja langeb karistuse alla lõpetatud süütes, kui teised kaastäidesaatjad asetavad lõpuosa (p. 3). Sõnult selles küsimuses on analoogia kihutamise ja kaasaaitamisega. Järelikult võime väita kaastäidesaatja karistatavus on suktsessiivselt rippumata teiste osaliste (kaastäidesaatjate) tegevusest, ainult

karistuse piiride avaruse seisukohalt (katse või lõpetatud süütegu) võib konstateerida seda rippuvust juhul, kui kaastäidesaatja ise ei aseta süüteo lõpuosa. Selles osas omab järeltegutseja tegu teise kaastäidesaatja kohta karistatavust suurendava objektiivse tingimuse iseloomu (objektive Bedingung erhöhter Strafbarkeit) ainult vahega, et kaastäidesaatmise juures haarab tahtlus olgu otsekoheselt või eventuaalselt lõpetatud süütegu (tahtlus ainult katsel kordo on contradictio in adjecto), teise juures aga ulatub karistatavus üle tahtluse. Eeltoodu tõttu tuleb õigeks pidada üldarvamust, kuna Birkmeyeri väited kaastäidesaatmise rippuvuse kohta ilmselt seaduse mõttega ega kaastäidesaatmise sisemise mõistega kooskõlas ei ole.

VII. Süüdlaste tagasiastumine.

KrS. § 51 järele, osaline, kes loobus süüteost oss võtmisest ja õigel ajal võttis tarvitusele võtmest olenevad abinõud süüteo kõrvaldamiseks

vabastatakse karistusest." Communis opinio doctorum järele on osalise süüdlest tagasiastumine delikti puutumata jätte karistatavust kõrvaldav asjaolu kitsas mõttes (Strafaufhebungsgrund). „In dem Augenblicke, in dem die Grenzlinie zwischen straflosen Vorbereitungshandlungen und strafbarer Ausführung überschritten wird, ist auch die auf den Versuch gesetzte Strafe verwirkt. Diese Tatsache kann nicht mehr geändert, nicht «nach rückwärts annulliert», nicht aus der Welt geschafft werden.

Wohl aber kann die Gesetzgebung aus kriminalpolitischen Gründen dem bereits straffällig gewordenen Täter eine goldene Brücke zum Rückzuge bauen. Sie hat es getan, indem sie den freiwilligen Rücktritt zum Strafaufhebungsgrunde machte" (Liszt 210). Järelikult täidesaatja astudes üle täidesaatmise algusekatse piiridesse on kordasaatmud süüdlase, mille olemasolu tegemine osutub võimatuks. Ainult kriminaalpoliitilistel sihtidel on seaduslik võimaldamud tema vabastamise karistusest andes tegutsejale veel võimasel silmapilgul stiimuli

oma kuritegeliste kavatsuste lõpulikust realisee=
rimisest loobuda.

Milline on meie seadustiku järele dogmaa=
tiliselt tagasiastumise iseloom, selle juriidiline
olu, kas on ta vastavalt üldalusvamusele delikti
puutumata jätter karistatavust kõrvaldav asja=
olu, või midagit muud, kas tuleb seda ühtlaselt
käsitada kõikide osaliste suhtes, need on küsimu=
sed, millele võib vastata vaid meie seadustiku
normide seisukohalt.

Kutulise deduktsiooni juures paistab selge
olema, et üldine vaade on täies ulatuses maksev ka
meie kriminaalseadustiku seisukohalt, millest
tuleks teha ka üldiselt (peaaegu üldiselt) tõmna=
tav järeldus, et tagasiastumine kui süütegu
puutumata jättev asjaolu, mõjub ainult isik=
likult, in persona, kuna see teiste osaliste kari=
tavuse peale mingit mõju ei avalda. „An inne=
ren Gründen, den Rücktritt des Täters auch den
Teilnehmern zu gute kommen zu lassen, fehlt es
durchaus. Auch kann man sich nicht auf die
Akzessorietät der Teilnahme berufen. Denn die
Tatsache, dass der Täter trotz seines Rücktritts

einen strafbaren Versuch begangen hat, bleibt stehen. Somit muss man sich dahin etscheiden, dass der Rücktritt des Täters die Teilnehmer nicht von Strafe befreit." (Frank 82). Samal seisukohal seisvad Liszt 212, Mayer 369 m. 2, Sauer 637, Finger Lehrbuch 319, Birkmeyer 156, Prosch 63ja 71, nähtavasti ka Rustorosslev 499 ja paljud teised, mille juures peab tähendama, et Saksa seadustik kaasaitaja ja kihutaja taganemise kohta mingit reeglit ei anna. Mintz ütleb 1903 aasta §61 kohta (Учебник 119), „Для наказуемости требуется, чтобы виновник довел свое дѣяніе по меньшей мѣрѣ до покушенія. Но разъ дѣятельность виновника достигла этой стадіи, соучастіе пріобрѣло реальное преступное бытіе и подлежитъ наказанію. Отказъ же виновника отъ дальнѣйшаго продвиженія на пути преступленія, а тѣмъ болѣе активное его раскаяніе не уничтожаетъ ни неправомѣрности, ни виновности того, что онъ учинилъ до этого момента, а только освобождаетъ его отъ наказанія; это-особое личное отношеніе, устраняющее наказуемость виновника и не отра-

seadusega ka õpetuse vaatepunktist. Järelikult Mintz oma communio opinio seisukohal ning tema väljenduste mõttest võib teha järgmised konsekventsid meie kriminaalseadustiku kohta osaliste tagasiastumise asjus: a) seadus tunneb kõikide osaliste tagasiastumist, ka ainutäidesaatja, b) kõikide osaliste tagasiastumine on siiski tegu puutumata jättev karistatavust kõrvaldav asjaolu, c) ühegi osalise tagasiastumine ei avalda mingit mõju teise osalise karistatavuse peale, järelikult ka ainutäidesaatja tagasiastumisel jääb alale kihutaja ja kaasaaitaja karistatavus.

Meie kriminaalseadustiku lähemal vaatlusel ja analüüsimisel aga selgub, et kõik ülevaltoodud konsekventsid mitte õiged ja meie seadustiku normidele kohaldatavad ei ole, vaid et need on vastuvõetavad de lege lata vaid osalt. Kriminaalseadustiku konstruktsioon nimib tagasiastumise küsimust käsitama täidesaatja seisukohalt teisiti kui kihutaja ja kaasaaitaja suhtes. Et käesolevale küsimusele õiget vastust anda, siis peame tagasiastumist käsitama ühenduses katse mõõtmega, sest, относительно отношение co-

участниковъ, добровольно отказавшихся отъ дальнѣйшаго участія въ преступномъ дѣяніи, редакц. коммис. признала цѣлесообразнымъ внесеніе въ законъ правилъ о семъ, приемлемъ въ основаніе изъ положенія также правила, которыя были приняты ею относительно добровольно оставленнаго покушенія" (1903 a. U. M. S. 85/mot. lhk 205. Tagantseo Rüa väljaanne).

Saksa StGB. § 43 annab katse definitsiooni järgmiselt: „Wenn der Entschluss, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehen enthalten, betätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuches zu bestrafen." 1845 a. Vene K. S. § 9 järele: „покушеніемъ на преступленіе признается всякое дѣйствіе, коимъ начинается или продолжается приведеніе злого намѣренія въ исполненіе." Need seadustikud loovad katsest järelikult mitte ainult teo, mis teostamata jäi täielikult tahtest sõltumatul asjaolul, vaid ka teo millest täielikult vabatahtlikult loobus olgu teo edasi-

arendamise katkestamise kaudu (lõpetamata katse puhul) või siis aktiivselt süüteo tagajärjele vastu-tegutsemise kaudu (lõpetatud süüteo puhul). Et aga mitte kõikidel eeltoodud katse juhtudel ei peatud võimalikuks katse kordasaatjaid karistatavaks teha, siis pidi seadusloja oma peale võtma kohustuse üksikud katsekordasaatjaid karistatavusest vabas-tada. Vastavalt sellele määrabki Saksa StGB. § 43 kaudu, et katse on karistamatu, a) kui täidesaatja oma teost loobus, ilma et see loobumine oleks asjaoludest sunnitud olnud (§ 43 p. 1) ja b) kui katse kordasaatja enne süüteo paljastamist oma teoga süüteo tagajärje tekkimist takistas (§ 43 p. 2), millest argumentum e contrario järeldame, et Saksa StGB. on karistatavaks tunnud katse ainult juhul ja niisiis, kui täidesaatja (katse kordasaatja) ei saanud kordasaata tegust ripppumatuil põhjustel. Sellest järeldab Saksa teooria õieti, et katsest loobumisel ja tagasiastumisel jääb järele ikkagi katse § 43 järele (kuigi mittekaristatav loobuja tagasiastuja suhtes § 46 pp 1 ja 2 tõttu), mis kõrvaldab vaid selle karistatavuse, kes loobus või tagasiastus (§ 46 ütleb „Der Versuch als solcher bleibt straflos) ilma, et

see teisi osalisi põrmugi puudutaks.

Hoopis teisiti on konstrueeritud katse mõiste kriminaalseadustiku järele. § 49 järele loetakse süütes katseks, tegu, millega algab süütes täidesaatmine, kui süüdlane soovis selle kordasaatmist, see aga jäi teostamata tema tahtest sõltumatu asjaolu pärast." Järelikult meie kriminaalseadustik loeb süütes katseks ainult seda juhtu, mida StGB peab karistatavaks katseks, kuna StGB § 46 pp. 1 ja 2 all loetud katsed ei kuulu üldse katse mõiste alla meie seadustiku redaktsiooni järele, nii et täidesaatja süütest loobumise puhul (lõpetamata katse puhul) või tema tagasiastumise puhul aktiivse vastutegevuse kaudu (Tätige Reue) süütes tagajärje tekkimisele, langeb kogu üldse süütegu (katse § 49 mõttekohaselt), ei jäänud ei lõpetatud süütegu ega ka katset. Loobumine või tagasiastumine hävitas § 49 järele osutult katse selle spetsiaalsemini kohaselt, see tähendab näiliselt / juba momendiks esilekerkinud süütes (katse) annuleerimist tagantjärele otse vastandlikult Liszti väitele (vt. selle töö lhx. 275). Muidugi võib siin jutt olla annuleerimisest juriidilises mõttes, kuna

rumnis ja ajas olnud sündi (Geschehen) see pro-
duktada ei saa.

Meie seaduslikku erilisest katse konstruktsioo-
nist tulevast teha ka vastavaid järeldusi ja ni-
melt:

a) Täidesaatja tagasiastumine või loobumine
ei ole mitte süütegu puutumata jättev karistata-
must kõrvaldav asjaolu (Strafaufhebungsgrund),
vaid ta on communis opinio vastandilt süütegu
kõrvaldav asjaolu (Delikttausschliessungsgrund),
mis kõrvaldab üldse katse selle mõistes § 49 järele,
sellepärast on ebaõige Täidesaatja suhtes Mintzi
väide (Учебникъ 112) 1903 a. U. K. S. § 57 kohta, et
„отказъ не виновника отъ дальнѣйшаго про-
движенія на пути, а тѣмъ болѣе активное
его раскаяніе не уничтожаетъ ни неправо-
мѣрности, ни виновности того, что учинилъ
до этого момента, а только освобождаетъ
его отъ наказанія." Täiesti õigel seisukohal as-
uvad aga 1903 a. U. K. S. § 49 motiivid (Riia valjaanne
lk. 183, Tagajantseo): „Такимъ образомъ, добровольное
прекращеніе преступной дѣятельности
признается не причиною, устраняющею

наказуемости преступного покушения, а условием, отсутствие коего определяет самую преступность покушения.

See on maksev niisuguste juhtude kohta, kus kogosseisu täidab üks täidesaatja ainuisiklikult, millal järelikult teo edasiarendamise katkestamine või lõpetatud süüteo tagajärje tekkimise takistamine tegutseja tahtest sõltuva asjaolu pärast ei lase üldse süütegu (katse näol) esile kerkida. Siit tuleb ka järeldada, et KrS § 57 tavaolud määrus osaliste tagasiastumise kohta ei käi üldse juhu kohta, kus täidesaatja (tegutsedes ilma teiste täidesaatjadeta) saavdab korda (täidab koosseisu) süüteo ainuisiksi olgugi, et teisteks osalisteks oli kihutaja ja kaasaaitaja. Seda tõendab ka niisuguse ainutäidesaatja teost loobumise ja lõpetatud süüteo tagajärje tekkimise takistamise eriline tähendus kihutaja ja kaasaaitaja karistatavuse kohta (st. p. 6), nagu seda hiljem näeme ning, mis käib risti vastu § 57 tavaolud tagasiastumise tähendusele selle effektilt võimaste karistatavuse suhtes; seda tõendab veel see, et § 49 kohaselt on katse ärajäämine võimalik mitte ainult

positiivse tegevuse vaid ka tegevusetuse kaudu, kuna § 57 järele on tagasiastumine mõeldav ainult positiivse tegevuse läbi. Ülevaltvoolu järele oleks § § 57 ettenähtud tagasiastumise rohaldamine ainaisiklikult kooseisu täitva täidesaatja rohta KrS-ga loogilise kontseptsiooni seisukohalt nonsens (see selgub täielikumalt veel hiljem, vt. p. b)

Kuid sellega ei ole veel vastatud küsimusele kas ja kuidas on käsitatav § 57 ettenähtud määrus tagasiastumise suhtes juhtudel kohta, kus tegutsevad koos mitu ainutäidesaatjat (et see võimalik on, seda nägime kaastäidesaatmise küsimuse vaatlemisel, s. t. kus iga täidesaatja teades teiste tegevusest saadab korda oma otse terve siinses, täites terve kooseisu), või kus tegutsevad koos kaastäidesaatjad, või ainutäidesaatja ja kaastäidesaatjad.

Objektiivsel koostegutsemisel (ilma koostegutsemise teadoluseta) vastutab iga isik ainult selle eest, mis ta ise korda saatis, teiste sõnadega, ta vastutab ainult siis, kui ta täidab kooseisu tervikult või selle katse (kõrvaltäidesaatjad), millest tuleb järeldada, et iga kõrvaltäidesaatja loobumine teo edasiarendamisest, või lõpetatud siinses tagajärje tekki-

mise takistamine on normeeritud § 49 kaudu, ta ei ole korda saatnud § 49 kohaselt katset. Kui näiteks üks süütab maja põlema esiküljest ning teine tagaküljest ilma, et nad üksteise tegevusest teadlikud oleksid ja esimene selle juures oma tahtest sõltuva asjaolu pärast juba põleva süütematerjali tule kustutab, siis jääb tema karistamatuks hoolimata sellest, et maja põles maha teise süütamise läbi.

Siin puudub subjektiivne side kooskõlastumise teadvuse näol, mis tema karistatavust tagajärje eest põhjendaks.

Hoopis teisiti tuleb vaadelda asja peale kooskõlastumise teadvuse puhul. Siin ei tähenda ühe ainutäidesaatja loobumine tegevusetuse kaudu tema karistamattust § 49 kohaselt. Siin tuleb käsitamisele nimelt § 57 ettenähtud süütest tagasiastumise instituut, mille järele tagasiastujalt nõutakse, et tema oma positiivse tegevusega võtaks tarvitusele kõik temast olenevad abinõud süütes kõrvaldamiseks. Tema tegevus ei kõrvalda vastavalt sellele mitte süütegu (ei ole n. n. Deliktsausschliessungsgrund nagu see on ainuisikiliselt koosseisu täitava isiku juures), vaid on ainult karistatavust kõrval-

olevaks asjaoluks; Teiste karistatavusele ei avalda see mingit mõju ka sellepärast, et § 49 kohaselt tegu millega algas süüdlase täidesaatmine jäi teostamata viimaste poolt (mitte tagasiastujate poolt) nende tahtest sõltumatu asjaolu pärast. Sedasama tuleb öelda ka kaastäidesaatjate kohta. Kõige täidesaatjate kohta koostatud võttes võime konstateerida: 1) et § 51 toodud määrus tagasiastumise kohta ei ole kohaldatav juhu kohta, kus tegutsesid koos mitu isikut, mille juures aga täidesaatjaid on ainult üks, siis on tegu edasiarendamise katkestamine või lõpetatud süüdlase tagajärje tekitamine kriminaalselt irrelevantne tegu, nagu seda peab väitma KrS § 49 toodud katsereeglite argumentum e contrario raudu (Delikts ausschliessungsgrund), 2) et samane tähendus on siis, kui kõik kaastäidesaatjad, või kõik koostegutsevad ainutäidesaatjad nende tahtest sõltuva asjaolu pärast, millal katset § 49 mõtte kohaselt ei ole ~~ainult~~ niisugune ebaõige on Mintzi väide, vt. selle töö lhk. 282/283), 3) mitme täidesaatja (olgu ainutäidesaatjs või kaastäidesaatjs) puhul on osa nende tagasiastumine normeeritud § 51 raudu, tagasiastumine on süüdlase mitte kõrvaldav karis-

tatavusest vabastav asjaolu, mis teiste osaliste peale ei mõju.

b) kui tegutsevad koos üks täidesaatja ning kihutaja ja kaasaaitaja, siis ei ole karistatavad täidesaatja loobumise puhul tee edasiarendamisest lõpetatud süüteoni või lõpetatud süüteo tagajärgede tekkimise takistamise korral täidesaatja poolt ka kihutaja ja kaasaaitaja. See järgneb konsekventselt § 49 mõttest ning kihutaja ja kaasaaitaja karistamatuses nüansusel juhul peitub meie seadustiku iseäralises communis opinio doctorum seisukohalt, kelle seisukohalt niisugune täidesaatja loobumine või tagajärje takistamine kihutaja ja kaasaaitaja karistatavusele mingit mõju ei avalda (meie seadustiku seisukohal arvad Mayeri järele 369 m. 2 vaid Binding, Olshausen, Kohler, Heilborn). Esialgu paistab see vaade olema vastuvõtmatu, ulatas ju täidesaatja tegu „üle täidesaatmise alguse," kihutaja ja kaasaaitaja axtessoorsuse tõttu paistab see küllaldane olevat nende karistatavuseks, seda üle täidesaatmise alguse ulatavat tegu ei saa ju alematuks teha. Kuid kaitse mõiste analüüs

ei luba kihutajat ja kaasaaitajat karistatavuse kohta teiste oletust teha. Meie seadustiku järele tuleb eraldi vahet teha teo vahel, mis ulatub üle täidesaatmise alguse ja katse vahel. Üle täidesaatmise alguse ulatanud tegu ei ole veel § 49 järele katse. See asjaolu, et isiku tegu ulatas üle täidesaatmise alguse, ei tähenda veel, et temal tegu oleks ulatanud juba süüteo spääri. Täidesaatmise algus on meie seadustiku järele vaid sellesse piiriks, mille ületamine võib teole anda süüteo mõiste, kuid sellesse peavad olema veel teised rekvisiidid, teised eeldused. Tegu osutub süüteoks, kui see arenes lõpetatud süüteoni, kui ta aga lõpetatud süüteoni ei jõudnud, siis osutub üle täidesaatmise algust arenenud ~~tegu~~ süüteoks (katseks) ainult juhul, kui teo katsenemise momendil selgub, et katsenemine oli tingitud tegutsejast sõltumatu asjaolu pärast.

Siin on aga see asjaolu tagasiulatavaks jõuks, mis teeb teo juriidiliselt relevantseks arvates täidesaatmise algusest. Kui aga ex post selgub, et tegu katkes tegutseja tahtest sõltuva asjaolu tõttu, siis on terve tegu kriminaalselt tähtsusetu algusest peale kuni katsenemiseni ning selle ulatavus üle täidesaatmise alguse õiguslikult irrelevantne. Järelikult pii-

täidesaatmise algusse näol ei ütle iseenesest mitte midagit, tähenduse omab ta alles hilisemast momendist, see on kätte (§ 49) mõistest otsekoheselt tehtav järeldus. Kihutamise ja kaasaaitamise karistatavuse eeltingimuseks on aktsessoorsuse tõttu süütegu täidesaatja juures. Süüteo all mõistab seadus lõpetatud süütegu ja katset. Katse all aga mõistab seadus tegu, mis katkes tegutseja tahtest sõltumatu asjaolu poorast, kui see ulatus üle täidesaatmise alguse, millest loogiliselt järgneb, et ainuteguteova täidesaatja loobumise tõttu katse või lõpetatud süüteo tagajärje tekkimise takistamise puhul kihutaja ja kaasaaitaja meie seadustiku kontseptsiooni kohaselt jäävad karistamatuks, sest täidesaatja isikus puudub süütegu. Sama efekt on siis, mitme täidesaatja puhul kõik loobuvad süüteost. Osa täidesaatjate tagasiastumine ei avalda niisugust mõju, sest ülejäänud täidesaatjate isikus jääb süütegu püsima.

c) kihutaja ja kaasaaitaja tagasiastumine ei avalda mingit mõju teiste osaliste karistatavuse peale, tagasiastumine on siin süütegu puutumata jättev asjaolu ja kõrvaldab vaid tagasi-

astuja karistatavuse (Strafaufhebungsgrund).

Kui kihutaja ja kaasaaitaja ei lase täidesaatjat arendada tegu ka katseni, siis on (karistamatud) mudugi kõik osalised ka eeldatav täidesaatja), kuid mitte sellepärast, et kihutaja ja kaasaaitaja vastutegevus oleks süütegu kõrvaldavas asjaolus, vaid sellepärast, et ettevalmistuse piiridesse jääv tegevus on õiguslikelt reeglipäraselt üldse karistamata olenemata sellest, kas tegevus katkes ettevalmistaja tahtest sõltumatu asjaolu tõttu või mitte.

Tagasiastumine § 57 spetsiaaltehnilises mõttes võib teostuda ainult positiivse teo kaudu (aktiivselt), passiivne tagasiastumine teost loobumise kaudu ei ole mõeldav, seadus ei pea seda küllaldaseks karistatavuse vabastamiseks. Kui tagasiastuja soovib karistamatuks jääda, siis peab ta ka kõrvaldama selle süütegu, mille ühe osalisena ta on ning selle ähvardava kahju ärahoidma ja heakskiitma. Seadus ei nõua, et karistatavusest vabastamiseks vastutegevus süütegu tekkimisele peaks tingimata õnnestuma (nii Mint-112), vastutegevusest hoolimata võib süütegu tagajärg tekkida, kuid ebaõnnestumise puhul pääseb tagasiastuja karistatavusest ainult siis, kui: a) tagasi-

astumine oli õigeaegne, s. t ajal, mis generaal-
selt oleks küllaldane olnud süüdlase kõrvaldami-
seks, mille juures „õige aja" määramine peab olema
arvestatud objektiivsel alusel. Subjektiivne eksimus
õige aja arvestamisel ei või seadluse järele tagasi-
astujat vabandada, küll võib ta olla karistust
kergendavaks põhjuseks, b) kui tagasiastuja võt-
tis tarvitusele süüdlase kõrvaldamiseks kõik temast
sõltuvad abinõud. Millised on need abinõud,
ei ole tähtis; ta võib süüdlase tagajärjele vastutõ-
tada ise, omale abilisi kutsuda, politseile teata-
da jne. Karistatavusest vabastamiseks tagasiast-
misel selle ebaõnnestumise puhul peavad need eel-
dused kumulatiivselt tingimata olema. Meiedugi
siis, kui tagasiastuja õnnestus lõpetatud süütegu
ära hoida, kaotab tagasiastumise (generaalne) õigeaegsus oma
tähtsuse, samuti küsimus, kas tagasiastuja võttis
tarvitusele kõik temast sõltuvad abinõud, siin
võib tagasiastuja talitada ökonoomsel põhimõttel-
vähema jõukulutusega saavutada suuremat
tagajärge. Kohtupraktikas ja ka seadustikkudes
(näiteks SKgB § 43 p. 2) peetakse tavaliselt või-
maliseks tagasiastumist vaid nii kaua, kui

süüteoga ei ole avalikuks tulnud. StGB § 46 mõtte järele on vastavalt üldisele (peaaegu üldisele) arvamusele tarvilik objektiivne avalikkustulek aga mitte avalikkustuleku teadvus tegutseja poolt, mille juures ühede järele loetakse avalikkustulekuks, kui ükskõik kes süüteo avastab (muidugi peale osaliste), „d. h. noch niemandem ausser den an der Tat beteiligten bekannt war" (Lüs zl 212), kuna teiselt poolt „Entdeckung ist hiernach Kenntnisnahme von Seiten einer Person, der eine Hinderung des Erfolges oder die Veranlassung einer Strafverfolgung zuzutrauen ist." (Mayer 374). Meie kriminaalseadustik ei jätab selle küsimuse üldse nimetamata, mispärast selle küsimuse reguleerimine jääb kohtupraktika ja teooria ülesandeks. Paistab, et Saksa StGB seisukoht mitte põrisõige ei ole ning kooskõlas ei ole põhimõttega mispärast nimelt on tarvilik, et tagasiastumine sünniks enne süüteo avalikkustulekut. Seadus teeb tagasiastumist karistamatuks selle institutsiooni mõtte järele ainult siis, kui see ei olnud peale surnitud, vaid sündis vabatahtlikult, teadvuselt edasitegutsemine või võimalik. Sellelt seisukohalt tuleb avalikkustulekut käsitada. Kui isik teab,

et temo tegu on avalikuks tehtud, siis on tagasiastu(mine) peaaegu alati sunnitud, niisugune tagasiastumine ei väljenda tahet oma süütegu heaks teha. Sellest on ilma pikema arutluseta selge, et tähtis on mitte objektiivne süütegu paljastamine, vaid subjektiivselt teadmus, et süütegu on avalikuks tehtud. Objektiivne moment teeks käesoleva küsimuse äärmiselt mehaaniliseks ja ei vastaks sugugi tagasiastumise institutsiooni eesmärgile ja mõttele. Et tagasiastumise institutsiooni alus on rajatud katse normidele, siis on subjektiivne avalikuks tulek seadusti- ku interpretatsioonile otse kohustav, mille juures isikute suhtes, kellele süütegu teatavaks saab, ei saa ka teatavat kindlat seisukohta võtta, vaid kohus peab igal üksikul juhul kaaluma, kas oli tagasiastumine sündinud ainult selle tõttu, et see või teine isik süütegu (tagasiastuja arvates) teada sai. Kui näiteks tagasiastuja teadis, et süütegu sai teatavaks isikule, kes tema iseloomust aru ei saa, või isikule, kes teda ei paljasta, siis on muidugi eeldusi, et tagasiastumine sündis muudel motiividel, mitte aga süütegu avastumise kartusel.

VIII. Isiklikud asjaolud.

Kriminaalseadustiku järele „erilised isiklikud vahekorrad ja tingimused, mis määravad suurendavad või vähendavad mõne süüteo osalise karistatavust, ei mõjuta teiste osaliste vastutust.

Kui süüteo saadab kordaläinud isik, siis on selge, et selle tegevus peab vastama täielikult seadustiku eriosa koosseisule. Mitme isiku koostegutsemisel ei saa iga üksiku tegevus loomulikult haarata kõiki koosseisu asjaolusid (Tatbestände), niisugusel juhul tõuseb küsimus, missugused asjaolud on niisugused, mis heidavad varju, mõjuvad, kõikide osaliste peale, millised mõjutavad ainult isikuid, kelle juures need esinevad.

Seadus on siin oma peale võtnud üldiste juhendite andmise eeldes, et „isiklikud vahekorrad ja tingimused" on niisugusteks asjaoludeks, mis mõjuvad ainult selle peale, kelle isikus need esinevad, selle juures ei määra seadus, mida tuleb mõista nende isiklikkuste vahekordade ja tingimuste all, millega seaduse poolt antud juhe on poolik, kuna sellele alles teooria ja praktika peab sisu andma.

Üldse peab tähendama, et käesolev küsimus on tervest osavõtte õpetusest üks kõige vähem arenenumatest, mispärast õpperaamatutes küsimusest tavaliselt mõõdutakse lühidalt, selle juures jäätakse aga peaaegu üldiselt mainimata, mida tuleb mõista isiklikkude vahekordade ja tingimuste all (näiteks Mayer 410, Liszt 231, Frank 106 etc.), milline on selle mõiste ulatus.

Seadus räägib ainult isiklikkudest vahekordadest ja tingimustest, need mõjuvad ainult in persona, ülejäänud asjaolusid võetakse sellele vastandilt vaid asjalikkude tingimuste mõiste all

„Um einen kurzen Ausdruck zur Hand zu haben, bezeichnen wir – sehr ungenau die dem § 50 nicht unterfallenden Erhöhungs- und Milderungsgründe als sachliche." (Mayer 410 m. 2)

Kuigi peab tähendama, et asjalikud tingimused iseenesest väga mitmekesised on ning nende kokkuvõtmine asjalikkude tingimuste nimetuse all ainult niivõrt on õigustatud, kuivõrt nad tähendavad omalt effektilt vastandit seaduses nimetatud isiklikkudele vahekordadele ja tingimustele. Nende asjaolude eritlemise otstarbel

läheb Krug välja (üldiselt samuti ka Perten 193, 204) teo mõistest selle arenemise järele. Teo algpunktiks on tahe (Wille), lõpupunkt tagajärg (Erfolg), vahelüliks tegu (Handlung). Subjekt-predikaat-objekt. Ühed asjaolud (Tatumstände) on nüüsegused, mis karakteriseerivad isiku tahet, iseloomustavad tema hädaohtlikkust, mille hulka Perten loeb süüvõimet, vastavat süüvormi (dolus, culpa) eriline motiiv, harjumus jne., need asjaolud mõjuvad alati isiklikult, in persona. Teised on sarnased, mis iseloomustavad teo tagajärge (selle objektiivset kahjulikkust, Erfolgsumstände). „Die Erfolgsumstände sind es die in ihrer Gesamtheit den Kern des Tatbestandes, die sogenannte « äussere Verbrechensfigur » ausmachen" (Perten 196). Need mõjutavad kõiki süüteo osalisi. „Die bisher besprochenen Tatbestandsmerkmale, die einerseits den verbrecherischen Willen des Handelnden, andererseits die Bedeutung des Verbrechenserfolges kennzeichnen, entsprechen dem alten Gegensatz von persönlich wirkenden und sachlich wirkenden Tatumständen." (Perten 196). Peale nende on Perteni järele veel nüüsegused asjaolud, mis iseloomustavad

les hädaohtlikkust.„ Diese Eignung kann durch Zeit, Ort, oder Art der Handlung begründet sein." (Perten 197), nagu vargus võõsel, tulekahju ajal, raudteel; need on oma mõju suhtes kaheloomulised.„ Die Tatumstände welche eine besondere Eignung der Handlung zur Verbrechensverwirklichung zum Ausdruck bringen, sind, wenn sie in der Handlung oder Person des Ausführenden vorliegen, allen Mitwirkenden (natürlich nur, sofern sie von diesen Tatumständen Kenntnis hatten) anzurechnen; sind sie in der Handlung oder Person eines anderen Beteiligten gegeben, so sind sie auf die Strafbarkeit aller derjenigen von Einfluss, deren Handlungen durch sie als besonders gefährlich gekennzeichnet sind" (Perten 198, vt. ka Krug 193-204)

Kriminaalseadustiku õige käsitamise seisukohalt oleks tarvilik kindlaks määrata, mida tähendab mõiste isiklikkuse vahekordade ja tingimuste all. Communis opinio doctorum on ühinenud Rubo definitsiooniga, mille tema oma „Commentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich" 1879 (vt. Büll 15, Suckel 9, Frank 102 etc). Isiklikkuse vahekordade (Beziehungen)

all tuleb mõista „die Beziehungen eines Menschen zu einem anderen Menschen oder zu irgend einem Dinge," isiklikkude tingimuste all (Eigenschaften) aga „Beschaffenheiten des Wesens eines Menschen." Selle definitsiooniga ei ole isiklikkude vahekordade ja tingimuste mõistetesse suurt selgust toodud. „Beschaffenheit ist kaum etwas anders als Eigenschaft, und Beziehung und Verhältnis sind auch ein und dasselbe. Eine Beziehung aber wenn sie von längerer Dauer ist, nennen wir einen Zustand, und dieser Begriff nähert sich wiederum dem der Eigenschaft" (Suckel 10, samuti Büll 16). „Verhältnisse und Eigenschaften sind denkbar allgemeinsten und nichtssagendsten; ohne irgendwelchen prinzipiellen Gehalt spotten sie jeder intensiven Interpretation." (Krug 71). Sellepärast jõuab Herzog arvamusele, et „vahekordade" ja „tingimuste" vahel on vahetegemine üldse võimatu (samuti Suckel 10 jne.). Vahetegemine „isiklikkude vahekordade ja tingimuste" vahel ei olegi praktilisest vaatekohast kuigi tähtis, tähtsam on, mida tuleb üldse isiklikkude asjaolude (vahekordade ja tingimuste) all mõista vastandilt asjalikkude

tingimuste (asjaolude), kuna nende mõlemate asjaolude mõju on osaliste suhtes isesuguune.

Kuid ka siin ei saa rahuldavat vastust anda, mispärast peab lepsima üldise definitsiooniga küsimata sellest, kas see definitsioon midagit positiivset sundloks pakkuda. Isiklikkude vahekordade ja tingimuste all tuleb mõista neid asjaolusid, mis on tihedalt seotud isikuga (teoorias tavaline definitsioon). Siia kuuluvad näiteks kodakondsus KrS §§ 80-82 ja teiste järele, riigi- ja omavalitsusteenija §§ 598-647 järele, lähedane sugulus §§ 421 p. 1, 422 p. 1 järele, samuti noorus, retsediiv, harjumus (võimused on teoorias vaieldavad) jne. Isiklikkude asjaolude hulka kuuluvad ka vieti süüvõime (§§ 39-42), tahtlus ja ettevaatmatus (§ 48) jne (nii Perten 195, Mayer ja Dreier Saksa Vorentwurfi seisukohalt), sellest hoolimata ei või § 57 ettenähtud isiklikkude vahekordade ja tingimuste mõistet niivõrt avardada, et need kriminaalseadustiku järele selle mõistesse kuuluksid, vastaval korral satuksid süüdes objektiivne mõiste § 57 ettenähtud isiklikkude vahekordade ja tin-

- gimuste kohta käiva normiga vastollu, õigemine süüteo objektiivse mõiste põhjendamine §§ 1, 39-42 raudu osutuseks ülelüngseks, kuna seda väljendab juba § 57 tooduid norm isiklikkude vahekorrola= ja tingimuste kohta, millega meil sattuksime sa= male teele, mida põhjendasid Mayer ja Dreyer Saxsa Vorentwurfi kohta (vt selle töö lhk 79/80, 113/114)

Seadus jaotab kõik isiklikud asjaolud kahte gruppi: karistatavust määravateks ja karistatavust muutvateks (suurendavateks ja vähendavateks) vahekordadeks ja tingimus= teks. Karistatavust määravate (Strafbegründende) hulka kuuluvad süsugused isiklikud vahekor= rad ja tingimused, mis muidu kriminaalselt ir= relevantse teo karistatavaks teevad. Siia kuulu= vad süüteod mille koosseisud näevad ette erilist subjekti (subjekti modaliteeti), need süüteod on on kordasaadetavad ainult teatavate isikute poolt ning kannavad „delicta propria" või ehtsate (puhtkriminaalsete) erisüütegude nimetust. Siin on isik karistatavust määrav asjaolu. Väliselt on (delicta propria) tavaliselt tuntavad sellest, et süüteo koosseisud

sisaldavad isiku tähendust, kes võivad selle süü=
teo subjektiks olla (näiteks Eesti Vabariigi kodanik,
välismaalane, riigi= ja omavalitsuse teenija jne.)

Siin peab aga ettevaatlik olema, sest samane
subjekti modaliteet on ka mitteehtsate eridelik=
tide tunnuseks. Karistatavust muutvad asja=
olud on nüüdsed, mis süütegu mitte esmakord=
selt karistatavaks ei tee, vaid muidu iseenesest
kriminaalselt relevantset tegu karistatavuselt
summendavad või vähendavad (mitteehtsad, sõltu=
tüübilised eridelikti d). Nüüdsuseks asjaolu=
deks on näiteks vanema ja lapse vahekord (KrS.
§ 421 p. 1), üleneo ja alaneo suguline (442 p. 1), ret=
sediiv (420, 553, 555 p. 5, 556 p. 5, 562 etc.), kaasplejo
(§ 581), riigi= ja omavalitsuse teenija (345) ja palju
muid.

Tekib küsimus, milline mõju on nendel isiklistel
asjaoludel, kui need esinevad täidesaatja juures
teiste osaliste juures aga puuduvad, eriti nendel
mis karistatavust määravad ja karistatavust
muudavad (summendavad, vähendavad).

Võtame vaatluse alla kõige pealt karistats=
must määravad asjaolud, s. t. asjaolud, mis

kriminaalselt irrelevantse teo karistatavaks teo-vad. Saksa StGB. sisaldab normi ainult isiklikkude vahekordade ja tingimuste kohta, mis karistatavust suurendavad ja vähendavad, sellest on Saksa teoorias ja praktikas argumentum e contrario järeldamud, et täidesaatja juures esinevad karistatavust määravad asjaolud koor-mavad ka teisi osalisi ning, et täidesaatjana võib esineda ainult see, kelle juures esinevad need isiklikud karistatavust määravad asjaolud.

Järelikult, ülekohtuse kohtutsusetegijale kohtu-nikule (Rechtsbeugung StGB §336) kihutaja ja kaasaaitaja langevad karistuse alla ühtlaselt kohtunikuga (§336) hoolimata sellest, et nemad kohtunikud ei olnud. Kui nüüdne vaade on üldkaristusseadustiku kohta peaaegu üldine (erand Finger, Kohler), siis on sõjaväeliste süütegu-asjus palju suuremad kontroversid. Valitsev arvamine asub ka sõjaväeliste süütegude suhtes üldisel, juba üleval tvodud, seisukohal ja konstru-eerib eraisikute-kihutajate ja kaasaaitajate ka-ristatavuse osavõtmisel puhtsõjaväelistest süütegudest. (Liszt 231, Bar 669, Schönfeldt 56,

Suckel 23, Büll 52 etc.). Selle vastu asub vähemus (Mayer 413, samuti tema Deutscher Militärstrafrecht 103, Finger Lehrbuch 364, Kohler-Liszti järele) seisukohal, et eraisikud ei saa kaitsevõelistele süütegudele kihutajatena ja kaasaaitajatena karistatavad olla. StGB § 50 peale ei saa niisugust väidet rajada, sellepärast jätab Mayer näiteks ka § 50 üsiklikkude asjaolude kohta kõrvale ja põhjendab oma postulaati kaitsevõe karistusseadustiku (MilStgB) iseloomule, kuna seadustik on maksma pandud ainult kaitsevõelaste kohta.

Meie kriminaalseadustik on lahkuminevalt StgB-ile osavõtte määrusesse ülesvõtnud ka normi karistatavust määravate asjaolude kohta. Sellest tuleb ka vastavad järeldused. Kui karistatavust määravad asjaolud esinevad ainult täidesaatja juures, siis on kihutaja ja kaasaaitaja nullum crimen sine lege alusel karistatavusest vabad, õigemine, nad ei saada korda ülalse süütegu. Järelikult, kaasaaitamine ja kihutamine ülemkohtuse otsuse tegijale kohtuniku (KrS § 635) on kriminaalselt tähtsa-

seta tegu, kuivõrd muidugi kaasaaitaja ja kihutaja ei ole kohtunõud § 635 kohaselt. Sellel seisukohal asub ka vene ülemsenat (kuigi mitte alati konsekventselt), mis hulgas näiteks Sarkissovi asjas 1885 a. № 28, Melnitski asjas 1884 a. № 13. ja paljudes teistes.

Peab tähendama, et selles küsimuses asuvad 1845 N.S. ja 1903 a. U.K.S. ühtlasel seisukohal. Samal seisukohal asub ka üldiselt Vene kriminaalõiguse teooria ning U.K.S. suhtes ka viimase motiivid § 57 juurde, öeldes: „Если подобныя условія не только вліяютъ на мѣру отвѣтственности, но отъ ихъ наличности зависитъ и самая преступность дѣянія, заключающаяся именно въ нарушеніи этихъ особыхъ обязанностей, какъ, напр., при большинствѣ преступныхъ дѣяній по службѣ, то всѣ прочіе соучастники, не находящіеся въ такихъ условіяхъ, не могутъ быть признаны и отвѣтственными за нихъ" (1903. Ук. Уложеніе Таганцева, Riia väljaanne lk. 204), samal seisukohal 1903 a. U. K. S. kohta ka Mintz (I jagu 109 jo II-47/52 - Учебникъ), vastu Posnischer (390). Seaduse seisukohalt täielikumatele seisukohale on asunud viimasel ajal

meie Riigikohus oma kriminaalosakonna otsu-
ses № 456-1930 a. (vt Õigus № 9-1930 a. lhk 431), kes
võimaldab puhtametalaste süütegudele kihutaja
ja varjaja- eraisiku karistatavust, muid ainult
nendel juhtudel, kui seadustik näeb ette vastava
süüteo sanktsioonosas eraisiku kohta kohaldata-
vaid karistusi. Selle seisukohaga ei saa strikti
juris kuidagi leppida, sest ta ei ole kooskõlas mäks-
va seadusega. Seadus ütleb väga selgesti, et kari-
tavust määravad asjaolud mõjuvad ainult neid,
kelle suhtes need esinevad. Kui need esinevad ainult
täidesaatja juures, siis on teised karistatavusest va-
bad. Peab meeles pidama, et kui koosseis nõuab eri-
list täidesaatjat (subjekti modaliteet), siis ei tähen-
da see veel, et kihutajaks ja kaasaaitajaks võiksid
olla igaüks. Osavõtte norm laiendab karistata-
vust ka täidesaatmise korraldajate peale, muid
see laiendamine ei käi mitte subjekti arvel vaid
karistatav tegu on laiendamise objektiks. Õieti
ütleb Mayer „Daher beruht die Strafbarkeit
der Teilnahme immer auf der Verbindung von
zwei Paragraphen (z. B. § 48 u. § 223), und es wäre
eine unzutreffende Vorstellung, diese Erweiterung

als eine den Personenkreis ergreifende auffzufassen, der Kreis der strafbaren Handlungen ist es, der erweitert wird." (335). Riigikohtu seisukoht on ka selles mõttes vastuvõtmatu, et ka puhtametalaliste süütegust osavõtja (eraisiku) karistatavuse või karistamatluse aluse rajab puht mehaaniliselle alusele ning juhuslikule momendile, mis avaldub selles, et karistatavust määravaks momendiks on võetud süütes sanktsioonosas ettenähtud karistuse kohaldatavus eraisiku suhtes. Ühel või teisel kaalutlusel on seadustik määranud puhtstiimbilise eriosüüteo täidesaatjale ühe või teise karistuse, siit ei tohi aga järeldusi teha kihutaja ja kaasaaitaja karistatavuse suhtes olenevalt karistuse liigist, peab ju konstateerima et seadustiku dispositiivne osa võimaldel süütegude määravate asjaolude puhul ühtlane on. Muidugi ei saa tähendamata, et de lege ferenda ehtsa eridelikti osavõtja täieline karistamatlus ei ei ole soovitav nähe, sellepärast on äsja uus seadustik (samuti ka 1925 a. Saksa projekt, vt. Mintz 110) eraisiku osavõtja karistatavaks teinud obligatoorse karistuse vähendamisega, kuna Saksa seadustiku pr. 1925 a. teel karistatavaks vaid

kihutaja, kuid fakultatiivse karistatavuse vähendu-
sega. Kuid nähtavasti ei ole Riigikohtu seisukoht
meie praktikas läbi lõpnud, kuna hiljuti mäistis
Tallinna-Haapsalu Rahukogu „tollipaanama"
protsessis kõik osalised eraisikud õigeks, mis on
seadusliknuse seisukohalt täiesti õige. Seadus-
tiku korrektiiv-Riigikohtu seisukujulaga ei ole
lubatav.

Üksikutel juhtudel on seadus arvanud siiski
karistuse alla kihutamise ja kaasaaitamise
süüsugustele ehtsatele erodelictidele delictum
sui generis näol, näiteks KrOS § 166, 168, sisult sa
167 jne. Meie seadustiku järele on üksköik, kas
puhtstüübiline eridelikt on paigutatud krimi-
naalseadustikku või siis sõjaväeseadustikku,
mõlemil juhul on karistamatud osalised, kui
nende juures puuduvad karistatavust määravad
asjaolud.

Teisiti on lugu seal, kus isiklikkudel vahekor-
dadel ja lepingimustel ei ole karistatavust määrav,
vaid suurendav ja vähendav tähendus. Võtame
näiteks võõra varanduse omastamise, mis ettenäh-
tud KrOS §§ 540 ja 545 kolmandas lõikes. Sisult

langevad need süüteod täielikult ühte selle vahega, et § 545 ettenähtud süüteo kordasaatjaks võib olla ainult riigi- või omavalitsusteenija, samuti heategeva, krediit või kooperatiivasutuse, osaühisuse või aktsiaseltsi teenija, kuna § 540 järele võib süüteo subjektiks olla igaüks. Nende kahe süüteo võrdlusest on selge, et § 545 ettenähtud riigiteenija jne. on ainult niisuguse isikliku asjaolu, mis karistatavust vaid suurendab. Kui süüdlane § 540 järele on karistatav vangimisega, siis § 545 järele võib karistus ulatada 8 aastase sunnitööni. Siit järgneb ka, et § 545 ettenähtud süüteole kihutaja ja kaasaaitaja, kui nad ei vasta selle süüteo subjekti erinõuetele, langevad karistuse alla kui kihutaja ja kaasaaitaja vastavale üldsüüteole. Sellekseisukohal asub ka Vene senat oma otsustega ning teooria (ja ka § 57 motiivid 1903 a. U. N. S. järele).

Kriminaalseadustik sisaldab terve hulga niisuguseid süütegusid, kus isiklik asjaolu omab karistatavust suurendava tähenduse, vähestel juhtudel on sellel karistatavust vähendava asjaolu tähendus (näiteks § 427).

Karistatavust määravad, vähendavad ja

ja suurendavad isiklikud ~~ja~~ vahekorrad ja tingimused võivad esineda ka kihutaja ja kaasaaitaja juures, kuna täidesaatjal nad samal ajal puuduvad. Kuivõrt see ülalse võimalik ning kas ja kuidas osalised karistatavad, seda oleme käsitanud juba vahendliku täidesaatmise küsimuse vaatlemisel.

Kõik need asjaolud, millel ei ole isiklikkude vahekordade ja tingimuste tähendust, kuuluvad n. n. objektiivsete (asjalikkude) asjaolude hulka. Need on omalt iselomult väga mitmekesised, nende ühine nimetus objektiivsete asjaolude all on õigustatud vaid niivõrt, kuivõrt need tähendavad vastandit isiklikkudele vahekordadele ja tingimustele ning omavad ühise tunnuse selles, et koormad §57 mõttele argumentum e contrario kõiki osalisi ühtlaselt.

L. Vahter

Töö xxxuseaimisel käsitatud

literatuuri nimestik

1. Heinrich Ackermann. Diss. 1917.a.

2. L.v. Bar. Gesetz und Schuld im Strafrecht 23 Aufl. 1907.a. II anne
3. Wilhelm Bauer. Die akzessorische Natur der Teilnahme. Diss. 1904. a.
4. Beling. Die Lehre vom Verbrechen. 1906.a.

5. Berolzheimer. Die akzessorische Natur der Teilnahme. 1909 a. Diss.
6. Karl Binding. Die Normen und ihre Übertretung. III Band - 1918 a. ja IV Band 1919 a.
7. Ernst Bing. Behandlung der Anstiftung im geltenden Strafrecht und im Entwurf. Diss. 1914 a.
8. Werner Bintz. Die Teilnahme bei fahrlässig begangenen Handlungen. Diss. 1895 a.
9. Birkmeyer. Die Lehre von der Teilnahme 1890. aast.
10. Carl Josef Bissingen und Nippenburg. Die Lehre der akzessorischen Natur der Teilnahmehandlungen vom Standpunkt des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich. Diss 1908.

11. Arthur Brandt. Grenze der Mittelbaren Täterschaft und im Entwurf. Diss. 1916 a.
12. Heinrich Büll. Der Einfluss persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf Täterschaft und Teilnahme. Diss.
13. Дагаевъ. Вопросъ уголовнаго о наказаніяхъ 1869 а.
14. Wilhelm Dreyer. Die akzessorische Teilnahme Diss. 1911 a.
15. Wolfgang Döderlein. Die mittelbare Täterschaft de lege lata und de lege ferenda. Diss. 1911 a.
16. Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs. 1927 a
17. Finger. Compendien des österreichischen Rechts. Das Strafrecht. 1912 a.
18. Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1904 a.
19. Frank. Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1911 a. 10 Auflage
20. Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs. 1911 a.
21. Ernst Gierlich Die Grenzen der mittelbaren Täterschaft im Reichsstrafrecht. Diss. 1909 a.

22. Albert Herzog. Der Vorsatz des Mittäters und des Gehilfen. Diss. 1909 a.
23. Victor Ibach. Die Anstiftung. Dissert. 1912 a.
24. Ernst Baumbach von Kaimberg. Das Wesen des Sonderverbrechens insbesondere die Teilnahme am Sonderverbrechens. Diss. 1917 a.
25. Kaitsevägi sisemäärustik. 1927 ja 1931 a.
26. Fr. Liszt. Lehrbuch des Deutschen Strafrecht 23. Auflage. 1921 a.
27. Liszt-Schmidt. Lehrbuch des Deutschen Strafrecht. 25. Auflage. 1927 a.
28. Makarewicz. Einführung in die Philosophie des Strafrechts. 1911 a.
29. Max Ernst Mayer. Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. 1923 a. II muutmata trükk.
30. Max Ernst Mayer. Deutsches Militärstrafrecht I. 1907 a.
31. Heinrich von Michael. Der Mensch als Werkzeug. Diss. 1914 a.
32. П. И. Мусиус. Курсъ уголовнаго права I-1925 а ja II. 1928 а.
33. Paul Mintz. Lehre von der Beihilfe. Diss. 1892 a.

34. Victor Novax. Nebentäterschaft. Quasitäterschaft. Diss. 1912a.
35. Der Oesterreichische Strafgesetzentwurf vom Jahre 1927.-
36. Dr. Paul Perten. Die Beihilfe zum Verbrechen. Eine Untersuchung de lege ferenda. 1918a.
37. Konrad Petri. Die mittelbare Täterschaft. Diss. 1911a.
38. А. Пионтковский. Уголовное право Р. С. Ф. С. Р.
39. С. В. Познышевъ. Основныя начала науки уголовнаго права. 1912 aast. 2. väljaanne
40. Erich Prosch. Der Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme. 1904. Diss.
41. П. П. Пустораслевъ. Русское уголовное право 2 väljaanne. 1912a.
42. Wilhelm Sauer. Grundlagen des Strafrechts 1921a.
43. Walther Schönfeldt. Die Teilnahme von Zivil- und Militärpersonen an gemeinen und militärischen Delikten in strafrechtlicher un prozessualer Beziehung. Diss. 1911.
44. Н. Д. Сергеевскій. Русское уголовное право. 5 väljaanne. 1904a.

45. August Stoll. Begriff und Umfang der accessorischen Natur der Teilnahme. Diss. 1912a
46. Felix Suckel. Der Einfluss persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnehmer. Diss. 1910a.
47. Franz Suhr. Die Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe de lege ferenda. Diss. 1912a.
48. Таганцевъ. Курсъ уголовнаго права. 1880a.
49. Н.С. Таганцевъ. Русское уголовное право. Лекціи. Томъ I. 1902a.
50. Таганцевъ. Уголовное Уложеніе 1903 года. Riia 1922a. väljaanne Jakobi poolt
51. Max Theodor. Die Anstiftung zum Versuch einer strafbaren Handlung. Diss. 1909a.
52. Traxmann. Sõjakriminaalõigus. Litograafeeritud trükk. 1930a.
53. Heinrich Tosetti. Die Möglichkeit strafbarer Anstiftung und Beihilfe zu Handlungen noch nicht zwölfjährigen Personen. Diss. 1908a.
54 Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuchs 1909a.
55. Yukio Yamakawa. Zur Lehre von der Mittäterschaft Diss. 1900a

56. ajakiri „Õigus" №№ 2 ja 3 – 1929 aastal ja 9 – 1930 aastal.

L. Vahter.