

Yastab nõuetele.

18. mai 1988. H. Kadari.

E. V.

TARTU ÜLIKOOLI
ÕIGUSTEADUSKOND

28. mail 88.

N^o 78
TARTU

SÜÜTEOLE KIHUTAMINE



A. A.
1774.

Hillar Randalu

3. vi 88 loetelusid õigsloobkannu

S i s u k o r d

§ 1	Kasustatud kirjandus ja lühendid	3
§ 2	Sissejuhatus	5
§ 3	Kihutamise mõiste	6
§ 4	Kausaalside kihutamise juures	8
§ 5	Kihutamise aktsessoorsus	10
§ 6	Kihutamise subjektiivne külg	17
a)	Kihutamise subjekt	17
b)	Kihutaja tantlus	18
aa)	Kihutaja tantluse sisu	18
bb)	Agent provocateur	21
cc)	Kihutaja tantluse ja teostatud toimuse erinevusjuhud	23
dd)	Ettevaatamata kihutamine	29
§ 7	Kihutamise objektiivne külg	31
a)	Kihutamise vanendid	31
b)	Erilised kihutamise vormid	32
aa)	Kihutamise katse	33
bb)	Kihutamisest osavõtt	35
cc)	Kihutamisest loobumine	37
dd)	Kihutamine erideliktile	40
c)	Kihutamise aeg ja koht	42
§ 8.	Kihutamise karistus	43
a)	Karistuse suurus	
b)	Erilised isiklikud vahetkonrad ja tingimused.	

§ 1. K a s u s t a t u d k i r j a n d u s j a
l ü h e n d i d.

1. Finger, A. - Das Strafrecht, mit Berücksichtigung des Vor-Entwurfes zu einem österr. Strafgesetzbuch, Erster Band, Berlin 1912.

Lühend: FINGER

2. Ibach, V. - Die Anstiftung, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 148, Breslau 1912

Lühend: IBACH

3. Kern, E. - Die Teilnahme im E.25., i. "Der Gerichtssaal", Band 92, Stuttgart 1926.

Lühend: KERN

4. Liszt, F. - Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 23. Auflage, besorgt von E. Schmidt, Berlin u. Leipzig, 1921

Lühend: LISZT-SCHMIDT

5. Kristal, H.- Erasiku osavõtt ametialasest intellektuaalsest võltsimisest, i. "Õigus" nr. 3, 1933.

Lühend: KRISTAL

6. Meyer, H. - Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Auflage von Ph. Allfeld, Leipzig, 1907
Lühend: MEYER-ALLFELD
7. Reihle, E. - Die Teilnahme am Verbrechen, Strafr. Abhandl., Heft 285, Breslau 1931
Lühend: REICHLÉ
8. Röhrich, W. - Die rechtliche Natur der Anstiftung, Strafr. Abhandl. Heft 163, Breslau 1913
Lühend: RÖHRICHT
9. Saarmann, K. ja Matto, K. Kriminaalseadustik, kommenteeritud väljaanne, Tallinn, 1937.
Lühend: SAARMANN-MATTO
10. Vahter, L. - Osavõtte Eesti kriminaalseadustiku järele (§ 51), 1931 (käsikirjaline magistritöö).
Lühend: VAHTER

§ 2. S i s s e j u h a t u s

Käesoleva töö ülesandeks on ~~ühe~~ osavõtu vormi - süsteole kihutamise - kriminaalõiguslik käsitlelu. Esmajoones on püütud rõhutada kehtiva õiguse seisukohti ja teooriast puudutatud ainult kõige olulisemat. Teema käsitlemisel tekitas teatavaid raskusi asjaolu, et kehtivas Kriminaalseadustikus leidub üldiselt väga vähe pidepunkte kihutamise mõiste ja olemuse täpsemaks määriteluks. Tahes-tahtmata on tulnud seega ka rohkem arvestada teooria vaateid ja katsuda viimaseid kohaldada kehtiva õiguse üldise süsteemiga.

Kuid ka kihutamise teoreetiline käsitlelu ei osutunud lihtsaks. Mitte asjata ei loe rida autoreid ¹⁾ osavõttu ja seega ka kihutamist kõige raskemate ja selgusetumate probleemide hulka kriminaalõiguse teoorias. Teoreetilised eriseisukonad ei esine mitte ainult põhilistes küsimustes, vaid ka vähem tähtsais eriprobleemes pole teooria üksmeelne. Sageli asuvad isegi samalt lahtekonalt

1) Vrdl. Reichle, lk. 1, Ibach, lk. 1, Röhrich, lk. 1.

- 6 -

arendatud käsitlused üksikküsimuste lahendamisel erisei-
sukohtadele.

§ 3. Kihutamise mõiste

Kehtiv õigus ei anna kihutamise kui osavõtu ühe vormi legaal-definitsiooni, vaid piirdub ainult terminiga. Vastava termini sisustamiseks tuleb ~~siis~~ seega pöörduda teoreetiliste allikate poole. Käibivad teooriad eritavad terve rea kihutamise mõiste määranguid²⁾, millistele nende sõnastustes leiduvate erisuste peale vaatamata on omased kaks ühist momenti. Nimelt 1) et kihutaja oma käitumisega peab mõjustama kihutatud teatud kindlat süütegu toimama ja 2) et see mõjustus kui niisugune võib olla ainult psüühiline. Vastavalt sellele oleks kihutamisenä käsitle-
dav käitumine, mis on kohane psüühiliselt mõjustama teist isikut teatud süüteo toimepanekuks.

Nii teooria³⁾ kui ka kehtiva õiguse järgi⁴⁾ on kihutamine üks osavõtu vormidest. Süüteost osavõttu määritleb teooria kui osangut teise isiku poolt alustatud või lõpule viidud sooritustoimusest⁵⁾. Kehtiv õigus loeb süüteo osa-

1) Kr.S § 151, 1. lõige

2) Liszt-Schmidt, lk. 223, Reichle, lk. 15, Meyer-Allfeld, lk. 199, Finger, lk. 530.

3) Liszt-Schmidt, l.c.; Meyer-Allfeld l.c.

4) Kr.S. § 51, 1. lõige

5) Liszt, Schmidt, l.c.

listeks isikuist, kes süüteo "kordasaatmiseks olid kokku leppinud või teadvalt üheskoos tegutsesid", neid, kes osutusid süüteo vahetuks kordasaatjaks või kaastegijaks, süüteoole kihutajaks või kaasaaitajaks ¹⁾.

Teooria ja ka kehtiv õigus seavad osavõtu olemasoluks pea olulisi tingimusi. Esiteks eeldab osavõtt nii oma laiemas kui ka kitsamas mõttes juba mõisteliselt mitut isikut, ühe ainsa süüteo subjekti korral ei ~~ole~~ ²⁾ osavõttu. Teiseks on kihutamisele ja kaasaaitamisele kui osavõtule kitsamas mõttes juriidiliselt olulikus tunnuseks seos riik-teise, seadusliku eri- või üldosas ettenähtud süüteoga. Formaal-objektiivselt seisukohalt moodustab selline osavõtt käitumise, mis ei ole hõlmatud selle süüteo teokoostisest, millest osa võetakse. Sellest siis ka osavõtu normide nn. süüteo koosseisu laiendav äseloom ³⁾. Lõpuks peavad kehtiva õiguse järgi süüteo osalised süüteo kordasaatmiseks kokku leppima või teadvalt üheskoos tegutsema, s.o. nende kõikide suhtes on nõutav tahtlus KrS-u § 48 mõttes. Viimasest asjaolust aga järeldub, et Kriminaal-seadustik käsitleb süüteo osalistena karistatavaid osa-

1) KrS § 51

2) Reichle, lk. 3

3) Vrd. Kern, lk. 128. Samasugust loomust evivad ka süüteo katsed käsitlevad sätted. Vrd. ka Vanter, lk. 13.

lisi, s.o. kes süülise teo on toime pannud süüdivusvõimelistena¹⁾.

Need üldised osavõttu ~~al~~ ^{al} kaitlevad nõuded tulevad täies ulatuses koheldamisele ka kihutamise kui ühe osavõtu vormi suhtes. Seega võiksime kentsiva õiguse seisukohalt kihutamist kui süüteo osavõttu defineerida tahtliku käitumisena, mis on kohane psüühiliselt mõjustama teist süüteo osalist teatud süüteo kui õiguskohuse rikkimise toimepanekuks.

§ 4. Kausaalside kihutamise juures

Teatud tegevuse ja teatud tagajärje vahel esineb kausaalside, kui tagajärg ilma antud tegevuseta ei oleks tekkinud, s.o. kui tegevus in concreto on tagajärje tekkimise *conditio sine qua non*²⁾.

Kihutaja tegevus seisneb kihutatus teo toimamise otsuse esilekutsumises. Seega loob kihutaja oma tegevusega kihutatu toimuse kui tagajärje suhtes põhjuse või

1) Vrd. Kristal, lk. 122

2) Liszt-Schmidt, lk. 127

ühe põhjustest. Kihutamise on kihutatu poolt toimatud süütee põhjus, sest antud konkreetjuhtumil ilma esimeseta ei oleks esinenud ka teist.

Vanemas kriminaalõiguslikus teoorias evis kausaalsuse õpetus olulist tähtsust, kusjuures peamiseks vaidlusesemeks osavõtu ja kihutamise käsitletu puhul oli kihutaja tegevuse kausaalsus ühenduses deterministlikute ja indeterministlikute teooriatega¹⁾. See kausaalsuse küsimuse määrav seisund oli aga näiline, nagu seda ka hiljem teooria tunnustab²⁾. Tuleb arvestada kausaalsideme tõendamise või mittetõendamise vähest väärtust osavõtu karistatavuse määramise suhtes kehtiva õiguse järgi ja kausaalsuse küsimuse üldist sobimatust juriidilise probleemistikku³⁾. Kuna käitumise kausaalsus ei anna mingit kriteeriumi osavõtu üksikute liikide (näiteks kihutamise ja psüühilise kaasaitamise) üksteisest eristamiseks⁴⁾, siis osutub ka kihutamise mõiste määritlemisel kausaalsuse moment täiesti üleliigseks.⁵⁾

1) Vrd. näiteks Ibach, lk. 19 jj; Röhrich, lk. 38 jj.

2) Vrd. Kern, lk. 136, Reichle lk. 5

3) Kausaalsuse probleem kannab filosoofilis-loodusteaduslikku ilmet, osutudes eriti viljakaks eksperimentaalteadusis. Kihutamise käsitlemisel kihutaja tegevuse kausaalsuse seisukohalt kandub küsimuse lahendus psühholoogia valda, mistõttu probleemi juriidiline täpsus ilmselt kannatab.

4) Vrd. Reichle, lk. 6

5) Vt. supra, lk. 6jj.

Igatahes ei ole kehtiv õigus osavõtu käsitlemisel mingit seisukohta osavõtu-tegevuse kausaalsuse suhtes võtnud, ega pruugi ka tulevikus võtta ¹⁾. Kriminaalseadustik määrab süüteost osavõtu vastava käitumise kirjeldamise teel, tehes ühtlasi ilmekat vahet osavõtu üksikute liikide vahel. On väheoluline, et kihutav käitumine in concreto süüteo toimepaneku oleks põhjustanud, vaid küllaldane on asjaolu, et ta selleks kohaseks osutub. Nii on ka kehtiva õiguse seisukohalt kihutamise kausaalsuse küsimus vähese praktilise tähtsusega ja de lege lata jääb ikkagi ainumääravaks kinutaja tegevuse objektiivse ²⁾ õigusvastasus ja süülisus .

§ 5. Kihutamise aktseessoorsus

Osavõtu aktseessoorne iseloom on teoorias üldiselt tunnustatud ³⁾, erinevad vaated esinevad ainult selle suhtes, milles ta end avaldab ⁴⁾. Üldiselt mõistavad käibivad teooriad aktseessoorsuse all osavõtu teatud sõltuvat seisundit teostatud peategevuse suhtes, kusjuures enam ⁵⁾ definitsioone teeb temast osavõtu mõisteläse elemendi .

1) Vrdl. Reichle, l.c.

2) Vrd. Kern, lk. 137

3) Röhricht, lk. 3, Liszt-Schmidt, lk. 215, Meyer-Allfeld lk. 199

4) Vrd. Reichle lk. 26, Ibach lk. 50jj, Röhricht l.c.

5) Vrd. Reichle, lk. 25, Ibach, l.c.

Viimane käsitletu aga ei ole sisuliselt õige: kihutamise kui süütegu ei eelda loogilise paratamatusega peasüütegu, vaid on mõeldav ka ilma viimaseta. Nii näiteks karistab kehtiv õigus eriosas mitmel juhul paljast kihutamise fakti kui *delictum sui generis*'t, ilma et ta seejuures nõuaks teatud konkreetse süüteo toimepanekut kihutatatu või kihutatute poolt¹⁾. Pole teoreetilisi takistusi selliste iseseisvate, peategevuse toimamisest sõltumatute süütegudena käsitleda kõiki kihutamisjuhte. Kui teatav aktsessoorsus kihutamise sõltuvuse näol peategevust siiski esineb, siis pole see mitte niivõrd kihutamise ~~m~~ mõisteliseks osaks kui võrd seadusandja suva määrata.

Nii teoreetiliselt kui ka kehtiva õiguse järgi on kihutamise aktsessoorsus ~~es~~majoones tema karistatavuse probleem, millisena teda ka tuleb käsitleda. Kihutamine ei eelda mitte mõisteliselt kihutatatu poolset süüteo toimepanekut, vaid ainult tema karistatavus on sõltuv viimase süüteost.

Eelnenule vastavalt võiksime osavõtu aktsessoorsuse all mõistat~~ne~~ nähet, et kihutamise ja kaasaaitamise karistatavus, - s.o. kas nad on karistatavad ja kui, siis

1) Näit. KRS § 110, 3. lõige; § 111, 2. lõige; § 112, 2. lõige, § 115 ja 116.

mil viisil - oleneb teise süüteo osalise, teo füüsilise kordasaatja poolt teostatud süüteost.

Aktsessoorsuse tõttu omandab kihutamise juures teatud määral superordineeritud tähtsuse teo kordasaatja tegevus, millele vastavalt kujuneb kihutaja teo õigusliku kvalifikatsiooni ulatus ja viis ¹⁾. Mitte teo füüsiline kordasaatja karistatavus ei ole aktsessoorne kihutaja tegevusele, vaid kihutaja karistatavus peategevusele.

Kihutamise aktsessoorsus, tema sõltuvus peategevusest, leiab teoorias käsitletu kahel kujul. Ta seisneb esiteks selles, et kihutamise kriminaalõiguslik relevantus on sõltuv karistatavast peategevusest ²⁾. Ei esine süütegu, ei saa olla ka süüteole kihutamist. Selles asjaolus peitubki kihutamise kui osavõtu olemus. Seal, kus kihutamine on karistatav iseseisva süüteona, millele on ebaoluline, kas tema tagajärjel mõni süütegu toimus või mitte, ei ole meil tegemist enam kihutamisega kui osavõtu ühe vormiga. Sellest näeme, et teatud peasüüteo esinemine on küll mõisteliseks eelduseks kihutamisele kui osavõtule, ei ole seda aga kihutamisele kui süüteole ³⁾ üldse .

1) Reichte, lk. 25

2) Vrd. Ibach, lk. 58, jj.

3) Vrd. infra lk. 35.

Teiseks näeb teooria kihutamise kui osavõtu aktseessoorsust selles asjaolus, et peategevuse karistus on määravalt mõõduandev kihutaja karistuse suuruse ja viisi suhtes¹⁾. Siin tuleb aga tähele panna, et kihutaja karistuse suuruse määrab mitte teo füüsilise kordasaatja konkreet-karistuse suurus, vaid süüteo karistus, millele ta kihutas²⁾. Ühtlasi kehtib siin aga eelmine reegel, millele vastavalt teatud osas või üldse objektiivse tagajärjeta jäänud kihutamist ka vastavalt tuleb karistada.

Teooria eristab vastavalt sõltuvuse suurusele üksikuid aktseessoorsuse liike³⁾, tehakse vahet nn. limiteeritud, ekstreem- ja hüperaktseessoorsuse vahel.

Limiteeritud aktseessoorsus tähendab, et kihutaja karistamiseks ei nõuta muud, kui teatud eriosa normiga⁴⁾ vastolus oleva käitumise toimepanekut kihutatu poolt. Seejuures on ebaoluline, kas kihutatu poolset esineb õiguskohuse rikkumine, kas tegu on toimetatud süüdivusvõimelise isiku poolt jne.

N.n. ekstreemaktseessoorsus eeldab kihutaja karistamiseks kihutatu poolset süüteo kui õiguskonuse rikku-⁵⁾mise toimepanekut. Siin lisandub eelmise aktseessoor-

1) Reichle, lk. 27, Ibach lk. 61

2) Röhrich, lk. 8

3) Röhrich, lk. 3, Reichle lk. 26

4) Ibid; Kern, lk. 130

5) Röhrich, lk. 4, Reichle &c., Kern lk. 130

suse liigi puhul nõutud õigusvastasusele veel teo kordasaatja süülisuse nõue. Mõlemale vormile on aga ühine see, et kihutaja karistuse määramisel aluseks võetakse mitte vaid vastava süüteo suhtes eriosas ettenähtud karistus, in concreto antud tegija karistus, kusjuures arvestatakse ka kihutaja erilisi isikulisi omadusi ja tingimusi.

See ühine omadus eristabki neid kolmandast, nn. hüperaktseessoorsuse vormist. Hüperaktseessoorsuse puhul on küll nõutav süüteo kui õiguskohuse rikkumise toimepanek, kuid seejuures kihutaja karistus oleneb täielikult tegija karistuse suurusest, mille tõttu näib, et siin ei karistata kihutajat mitte enda, vaid võõra, teo füüsilise kordasaatja, süü eest ¹⁾.

Vaatleme nüüd, milline esitatud aktseessoorsuse vormest om omaks võetud kehtivas õiguses.

Et kehtivas õiguses teatud aktseessoorsus kihutamise puhul esineb, selgub vastavate sätete sõnastusest, mille järgi süüteo osaline on karistatav kihutajana, kui ta teist isikut kihutab süüteo osavõtmisele ²⁾. Küsimuse lahendus oleneb sellest mida mõista selles mõttes märgitud "süüteo" all, kas süütegu kui objektiivselt õigusvastast käitumist või süütegu kui õiguskohuse rikkumist.

1) Röhricht, l.c.

2) KrS § 51, 1. lõige, punkt 2

Analüüsidest teisi üldosa sätteid, jõeame järeldusele, et Kriminaalseadustik käsitleb süüteoena igat objektiivselt õigusvastast käitumist. Seega võiks arvata, et kehtivas õiguses esineb aktsessoorsuse limiteeritud vorm.

Et seesugune lahendus aga paika ei pea, selgub, kui vaatleme süüteo osavõttu käsitleva § 51. 1. lõiget, milles öeldakse, et "kui süüteo saatsid korda mitu isikut, kes selle kordasaatmiseks olid kokku leppinud või teadvalt üheskoos tegutsesid, siis loetakse süüteo osalisteks need, kes...", edasi järgnevad üksikud osaliste liigid. Seega eeldab selle sätte järgi süüteo osalise mõiste vastavat kokkulepet süüteoks või teadvat koostegutsemist. Nii esimene kui ka teine aga on mõeldav ainult isiku tahtliku süü ja vaba tahte-teonduse olemasolul.

Objektiivselt õigusvastane käitumine koos tegija tahtliku süü ja vaba tahteteondusega moodustab aga kõik vajalikud eeldused karistatavaks käitumiseks, süüteo kui õiguskohuse rikkumise toimepanekuks ²⁾.

Seega käsitleb kehtiv õigus süüteo osalistena karistatavaid osalisi, s.o. isikuid, kes süülise teo on toime pannud süüdivusvõimeliselt. Süüteo osaliseks on

1) § 1 ja § 39 - 47 (incl.).

2) Vrd. Röhricht, lk. 21.

kehtiva õiguse järgi ka kihutatatu kui kihutaja poolt soovitud teo füüsiline kordasaatja.

nui nüüd kehtiv õigus, tehes kihutaja karistatavuse sõltuvaks kihutatatu kui teise süüteo osalise karistatavast käitumisest, kõrvaldab limiteeritud aktsessoorsuse vormi, siis on võimalik veel valik ekstreem- ja hüperaktsessoorsuse vahel, millised mõlemad eeldavad kihutaja karistamiseks süüteo kui õiguskoohuse rikkumise, s.o. karistatava käitumise toimepanekut.

See valik peab langema ekstreemaktsessoorsuse ka-suks. Hüperaktsessoorsuse esinemise teeb võimatuks § 51-e 4-s lõige, mille järgi "erilised isiklikud vahekorrad ja tingimused", mis määravad, suurendavad või vähendavad mõne süüteo osalise karistatavuse, ei mõjusta teiste osaliste vastutust".

Seega kehtiv õigus on omaks võtnud ekstreemaktses-¹⁾soorse konstruktsiooni, millele vastavalt kihutaja karistus on sõltuv kihutatatu poolse süüteo kui õiguskoohuse rikkumise toimepanekust, kusjuures nii kihutaja kui ka kihutatatu suhtes arvestatakse nende erilisi isiklikke karistatavust modifitseerivaid vahekordi ja tingimusi.

1) Kristal, lk. 114/115

§ 6. Kihutamise subjektiivne
külg

a. Kihutamise subjekt

Üldiselt on kihutamise kui süüteo subjektidena mõeldavad samad isikud, kes on käsiteldavad üldse süüteo subjektidena. Siiski esinevad siin teatud, olgugi vähetahtsad erandid. Kõigepealt ei ole mõeldav kihutaja-¹⁾na käsitella vastava teo füüsilist kordasatjat. Langevad need kaks subjekti ühte, pole meil enam kihutamisega tegemist.

Kaitseb norm teatud isiku huve, siis ei saa see, kelle kasuks karistuse ähvardus seaduses on ette nähtud, oma huvide rikkumisele karistaval viisil kihutada.²⁾ Esinenudki kihutamine oleks sellisel juhul käsiteldav nõusolekuavaldusena või ei eviks üldse juriidilist relevantsust. Karistab seadus osavõttu iseseisva süüteona,³⁾ kusjuures peategevus karistamata jääb, siis ei saa⁴⁾ peategijat osavõtutegevusele kihutajana käsitella.

1) Vrd. Liszt-Schmidt lk. 240, nota 4

2) Finger, lk. 540, Liszt-Schmidt, lk. 230, Reichle lk. 7

3) Vrd. näiteks KrS § 114

4) Liszt-Schmidt, l.c.

EX LIB. univ. Tart.

b. Kihutaja tahtlus

aa. Kihutaja tahtluse sisu

Teigija tahtluse probleemi käsitletu tuleb lahust hoida kausaalsuse küsimustest, milliste nii või teistsugune lahendamise on tahtluse suhtes tähtsuseta¹⁾. Tahtluse seisukohalt on oluline vaid see, et teatud kihutamise tagajärg on tekkinud ja mida me sellise tagajärjena võime mõista. Kuidas kihutaja tegevuse tagajärge kausaalsuse seisukohalt ex post hinnatakse, ei ole määrav tahtluse käsitlelule.

Tahtluse õpetustes eristatakse kaht erinevat peavoolu - kujutlusteooria ja tahteteooria. Kuna mõlemad teooriad kihutaja tahtluse osas samadele lõpptulemustele viivad, on alljärgneva suhtes täiesti ükskõikne, kumba neist pooldada.

Kihutaja tahtlus on oma mahult laiem täidesaatja tahtlusest, tema dolus nõlmab veel asjaolu, et süütegu tekib teise isiku teo kaudu²⁾. Seega haarab kihutaja tahtlus: 1) kihutava käitumise kui niisuguse ja 2) süütegu, millele kihutatakse. Vaatleme esitatud kihutaja tahtluse osiseid teineteisest lahust.

1) Steinhoff, lk. 11

2) Vrd. Saarmann-Matto, lk. 43, p. 3; Vahter lk. 168

Kihutav käitumine kihutaja doluse elemendina moodustab selle plussi, mis kihutaja tahtlust eristab kihutatu tahtlusest. Kihutaja peab teadlik olema oma tegevuse kui kihutamise mõjus kihutatu suhtes. Seejuures on ebaoluline, kas ta kindel oli, et kihutamine antud juhul ka tagajärjek^{ka}s osutub. Kuna kehtiv õigus ka kaudse tahtluse olemasolul kihutajat karistab, siis võib kihutaja koguni ükskõikselt ja eitavalt oma tegevuse tagajärge suhtuda, kui ainult tal kujutlus on võimalikuna saabuvast mõjust¹⁾. Kujutlus kihutatavast käitumisest ei pruugi olla teaduslikalt täpne, küllaldane on, kui kihutaja vaid üldjoontes näeb ette oma tegevuse mõju.

Kihutaja tahtluse teise sisu-osise ulatuse suhtes on teoorias palju vaieldud. Kihutamise tagajärjena, millele kihutaja tahe on suunatud ja mis tema doluse teise elemendi moodustab, käsitletakse: 1) kihutatus süülise otsuse esilekutsumist, 2) peategevuse teostamise algamist ja 3) kihutatu lõpetatud tegevust²⁾. Küsimuse nii või teisest lahendamiseks on olenev ka süüteo katsele kihutamise ja provokatsiooni kui kihutamise karistatavus³⁾. Levinenuma vanema teoreetilise vaate järgi

1) Vrd. Saarmann-Matto, lk. 39, p. 2.

2) Vrd. Steinhoff, lk. 12 jj; Ibach, lk. 33 jj; Liszt-Schmidt lk. 224; Vahter lk. 178 jj.

3) Vrd. infra lk. 21.

loetakse kihutaja doluse sisuks kihutatu lõpetatud tegevus, s.o. süüteo täielik lõpuleviimine. Vastavalt sellele langeksid kihutaja ja teo füüsilise kordasaatja tahtlus oma sisult täiesti ühte ¹⁾.

Tuleb täiesti õigeks lugeda, kui teooria eitab kihutatus süülise otsuse esilekutsumist kui kihutaja soovitud tagajärgi. Samuti on vaidlematu, et kihutaja dolus tegelikult enamatel juhtudel on suunatud kihutatu lõpetatud tegevusele, kuid seda ei saa käsitleda reeglina, millel erandid puuduvad. Kihutaja tahtlus ei pea olema suunatud süüteo lõpuleviimisele, küll aga on seda enamasti in praxi.

Teoreetiliselt on täiesti konstrueeritav kihutamise ka süüteo katsele, milline konstruktsioon mingil määral ei ole juba eo ipso contradictio in adiecto. ²⁾ Endastmõistetavalt peab kihutaja ka sel juhusel kihutatus äratama lõpetatud teo motiivid, sest ex aucte karistatava katse motiivide äratamine oleks mõeldamatu.

Kehtiva õiguse seisukohalt on küsimuse lahendamise suhtes määrav, mida mõista § 51 ^{1. lõige,} p. 2 tähendatud "süüteo" all, millest osavõtmisele kihutatakse. Tähen-

1) Steinhoff lk. 25

2) Nagu seda näiteks väidab Vahter, lk. 178. Vrd. infra, lk. 22.

datud süüteoale peabki kihutaja tahtlus olema suunatud, et tema kui kihutaja pleks de lege lata karistatav. Kui nüüd arvestame, et on täiesti ebaoluline, kas mõnda süütegu seaduslik sätib üld- või eriosa normidega ja et KRŠ käsitleb ka süüteo katset süüteoena, peame paratamatult järeldusele tulema, et kehtiva õiguse seisukohalt ka süüteo katse toimepanek kihutatatu poolt võib olla kihutaja doluse sisuks. Kihutaja tahtlus peab olema suunatud vähemalt karistatava katse toimepanekule.

bb. Agent provocateur

Agent provocateur'i ehk provokaatori all mõistetakse isikut, kes¹⁾ kedagi teist tahtlikult karistatavale käitumisele kihutab, et teda hiljem teo kordasaatmisel tabada ja karistada lasta¹⁾. Provokatsioon on kihutamine süüteo katsele²⁾, - täpsemalt ta on selle eriliike, mille differentia specifica seisneb tema erilises sihis provotseeritavat karistuse alla viia. Provokatsioon on tavalisim poliitiliste süütegude puhul.

Agent provocateuri kui kihutaja karistatavuse suhtes³⁾ lähivad teooria seisukohad diametraalselt lahku, kusjuures provokaatori²⁾ karistatavuse küsimas on olenev sellest, millise ulatusega on määrateldud kihutaja taht-
1) Vrd. Liszt-Schmidt, lk. 228, Ebach lk. 72, Steinhoff lk. 25
2) Vrd. ibid. Vastavalt sellele ei ole provokaator see

luse sisu ja kas katsele kinutamine on karistatav¹⁾. Provokaatori kui kihutaja karistatavust eitavad teoreetikut põhjendavad oma väiteid tema tahtluse puudulikkusega²⁾. Karistatav katse, millele provokaator kihutab, ei ole tema tahtluse suhtes sellisena üldse käsitledav.

Niisugused vaated omistavad aga agent provocateuri reservatio mentalis'ele liiga suure ja määrava tähtsuse. Tuleb arvestada seisukorda, kui provokaatoril võimatuks osutub süüteo lõpliku teostamise takistamine. Sellisel juhul muutub provokaatori tegevus temapoolsest reservatio mentalis'est hoolimata objektiivselt kinutamiseks. Provokatsiooni puhul ei seisa küsimus esmajoones selles, kas provokaator evis kihutamiseks küllaldast tahtlust,³⁾ vaid kas tema tegevus õiguspärane on või mitte.

Nagu eelnevalt nägime, tuleb de lege lata ka katsele⁴⁾ kinutamist käsitleda karistatava kihutamisenä. Vastavalt sellele peame ka agent provocateur kehtiva õiguse järgi tunnistama karistatavaks süüteo osaliseks kihutajana. Seejuures tuleb aga ühtlasi arvestada, et kes teist isikut alles pärast süüteo lõpetamist tahab tabada lasta.

3) Vrd. Liszt-Schmidt, I.c. nota 7. Finger, lk. 536, Reicle, lk. 20

4) Vrd. supra, lk. 19 j.

2) Vrd. näiteks Ibach, lk. 75

3) Kern, lk. 148

4) Vrd. supra lk. 21.

Kriminaalseadustiku osavõtust loobumise¹⁾ käsitlevad sät-
ted¹⁾ võivad provokatori õigeaegsel ja tõhusal süüteo
täieliku teostumise takistamise korral omandada tema
suhtes karistust kõrvaldava toime.²⁾

cc. Kihutaja tahtluse ja teostatud toimuse erinevus-
juhud

Juba teo füüsiline kordasaatja, kes selleks kasus-
tab teatud vahendit, olgu siis asja, looma jne näol, ei
või vääramatult kindel olla, et ta oma tegevusega ka
tõesti täpsalt soovitud tagajärgi saavutab. Veel suure-
mad kõrvalekaldumised soovitud sihist võivad aga esineda
kihutamise juures, kus kihutaja tahte ja teostatava toi-
muse vahel asub võõras süüdivusvõimeline isik oma soo-
vide ja tundmustega.

Olgu juba alul märgitud, et kihutaja tahtluse ja teos-
tatud süüteo vastavus saab olla ainult relatiivne. Pii-
sab sellest kui nad vaid oma olulistest osades ühte³⁾ lan-
gevad, vähetähtsad kõrvalekaldumised kihutaja tahtlu-
sest, mis tema iseloomu muutmatuks jätavad, ei lõhu
veel kongruentsi.⁴⁾

1) KrS § 51, lõige 5

2) Vrd. infra lk. 37jj.

3) Ibach lk. 76

4) Liszt-Schmidt lk. 226

Ei kattu kihutatu teostatud süütegu ja kihutaja tahtlus süüteo teokoostise teatud osades, siis ei esine ka selles ^{ulatuses} kihutamist ja meil on tegemist tahtliku kõr-
valekaldumise korral nn. excessus mandati'ga . See
suurem või vähem ekstsess võib olla kvalitatiivne või
kvantitatiivne .
1)
2)

K v a l i t a t i i v n e ekstsess esineb siis, kui kihutatu toimetab oma loomult erineva süüteo sellega võrreldes, millele teda kihutaja kihutas .
Kõigepealt peavad kihutaja ja kihutatu teatud konkreetsete tunnuste abil teo suhtes olema ühisel arvamisel. Mitteindividuaalselt määrateldud seadusvastasele tegevusele avaltlemine ei ole kihutamine kriminaalõiguslikus mõttes .
4) Kvalitatiivse ekstsessi korral ei esine seaduses nõutav tahtlik mõjustamine teostatud süütele ja peame konstateerima kihutaja karistamatust . Kui näiteks röövimisele kihutatu toimetab tapmise või valevandelega
5)

kihutatu dokumendivõltsimise, siis ei saa toimetud süü-

1) Vrd. Steinhoff lk. 28

2. Meyer-Allfeld, lk. 203

3) Steinhoff lk. 28

4) Vrd. Finger, lk. 535. Küll võib seesugune käitumine olla karistatav iseseisva deliktina. Sellised süüteod oleksid subsidiaarsed kihutamisele.

5) Steinhoff, l.c.

tegu arvata kihutaja tahtluse sisuks. Sellise kvalitaatiivse ekstsessiga kaasub paratamatult ka kihutaja karistamatus.

Raskem on küsimuse lahendamine, kui on tegemist kvantitatiivse ekstsessiga, s.o. kui esineb vaid kvantitatiivne tegija tahtluse kõrvalekalldumine kihutaja tahtlusest. Näiteks teostab tavalisele vargusele või röövimisele kihutatu tahtlikult kvalifitseeritud varguse või röövimise jne. Üldiselt kehtib siingi nõue, et kihutaja vastutab ainult oma tahtluse ulatuses. Siiski tuleb ~~me~~ pidada silmas, et kuigi kihutaja teatud tagajärge esmajoones tahab, sellest veidi erineva tagajärjega aga in eventum nõustuda võib ²⁾.

Näib, et kihutaja vastutuse suntes siin üldist teoreetilist seisukohta võtta ei saa. Ka ei annaks kehtiv õigus ühegi teoreetilise vaate õigustamiseks mingid pidepunkte.

Teostab kihutatu aga vähem kui seda kihutaja tahtlus sisaldas, peame kihutamise aktseessoorsusest järe-

1) Steinhoff lk. 29

2) Finger, lk. 537. Samuti tuleb arvestada, et kihutamine võib aset leidnud olla vaid süüteo üldtüübi kohaselt ilma eritunnuseid ära määramata. Niisugusel juhusel vastutab kihutaja ka süüd raskendavate asjaolude eest, kuid tema kasuks tuleb arvata ka privilegieerivad asjaolud. Vrd. Saarmann-Matto, lk. 43, p. 10

1)

dama, et tema vastutus ka vastavalt vähenes . Ei oleks kehtiva õiguse seisukohalt mõeldav, et kihutajat karistatakse vaid palja tahtluse eest ega arvestataks objektiivselt toimunut.

Lihtsam on küsimus, kui kihutatu mitte tahtlikult vaid ettevaatamatult astub üle kihutaja tahtluse piiridest. Kuna KrS ei tunne ettevaatamatut kihutamist, siis osutub ka kihutaja enamtehtu suhtes ettevaatamatuks teo-²⁾gijaks, niipalju kui temale ettevaatamatus süüks võib lan-
geda.

Kihutaja tahtluse ja teostatud toimuse erinevus võib olla tingitud peale kihutaja tahtlikus või ettevaatamatu eksitsessi veel temapoolsest eksimusest. Teoorias tehakse vahet kahe erilise eksimise kuju vahel: error in objecto ja aberatio ictus.

Error in objecto esineb, kui süüteo kordasaatjal puudub või on väärkujutus süüteo objektist. Tavalisema näitena tuuakse literatuuris tuntud Rose-Rosahli juht Rosahl kihutas Rose't 1858.a. Halles suure tasu lubadusega Schliebe't maha laskma. Pimeduses eksib aga Rose ja surmab Schliebe asemel Harnischi, keda ei Rosahl ega

1) Teisel teoreetilisel seisukohal on **Ibach**, kes siin näeb ideaalkonkurentsi juhtu raskemale süüteoole kihutamise katse ja kergemale süüteoole kihutamise vahel. Vt. lk. 77

2) Vrd. ka Ibach, lk. 78

ka tema ise tappa ei tahtnud.

Küsimuse lahendamise, kas kihutaja tahtluse täiuslikkust riivab kihutatu käitumises esinev error in objecto, on olenev sellest, millisel määral üldse tunnustame eksimuse osa tahtluse modifitseerijana või kõrvaldajana ¹⁾. Kihutatu eksimust objektis tuleb vaadelda kui oleks ^{see} (kihutaja eksimus ²⁾ ja ta on revalentne samadel tingimustel kui ta kihutaja vahenditel tegevusel relevantne oleks olnud ³⁾.

Kui arvestame, et vastavalt KrS § 43 sättele eksimus kõrvaldab süü ainult nende süütegude juures, kus süü eeldusena on nõuetav ainult tahtlus ja ettegeelikkude objektide kriminaalõigusliku võrdsuse korral error in objecto on eksimus õiguslikult irrelevantses süüteo elemendis, ⁴⁾ peame ka kehtiva õiguse seisukohalt järeldama esitatud kaasuses Rosahli kui kihutaja karistatavust ⁵⁾.

Seejuures peab tähendama, et ka teistsugune teoree-

3) Vrd. Steinhoff, lk. 33; Ibach lk. 79; Liszt-Schmidt lk. 227 ^{nota 4)}

1) Vrd. Steinhoff, lk. 30, Liszt-Schmidt lk. 227

2) Vrd. Ibach lk. 80 jj.

3) Finger lk. 538

4) **Online** on vaid, et oleks kujutlus süütegelikkusest tingivast võivastutust raskendavast elementidest.

5) Vrd. Saarmann-Matto, lk. 35, p. 7

tiline lahendus on võimalik ja tegelikult esinev. Kui leitakse et eksimus ühes teokoostise osas, käesoleval juhul süüteo objektis, üldiselt kõrvaldab tahtluse, siis puudub ka kihutajal (Rosahl) kihutajatahtlus ja kuna kehtiv õigus vaid tahtlikku kihutamist tunneb, ei oleks¹⁾ meil enam kihutamiseega tegemist. Error in objecto pu-²⁾ hul kihutamist eitab ka Reichle, kes näeb eksimuses ob- jektis olulist kõrvalekallet kihutaja tahtlusest, mis teeb võimatuks kihutaja tahtliku tegevuse. Selline la- hendusviis ei oleks aga kooskõlas kehtiva õigusega ja annaks ka õiglustunde seisukohalt vastuvõetmatuid kon-³⁾ sekventse .

A b e r r a t i o i c t u s e tavalisemaks näi-⁴⁾ teks on järgmine : Vene üliõpilane Vera Gelo Pariisis arvab, et professor Deschanel on teda haavanud ja ot- sustab professorit surmata. Samal silmapilgul, kui Gelo revolverist tulistab, heidab end tegija sõbranaa Zele- nine mõlemate vahele ja saab kuulist tabatuna surma. Nagu näiteist näeme, esineb mõlemal juhul faktiline⁴⁾ eksimus, kuid see on erineva loomuga.

1) Vrd. Steinhoff l.c.

2) lk. 21

3) Antud kaasuses jääks siis Rosahl kui kihutaja karista- mata, Rose aga vastutaks täies ulatuses.

4) Steinhoff lk. 33; Ibach lk. 82

5) Ibid.

Aberratio ictuse erisus error in objectost^t seisneb
~~aga~~ selles, et siin faktiliselt teistsuguse tagajärje tek-
kimine kui seda tegija soovis, ei põhjene mitte tegija-
poolisel eksitusel vaid väljaspool tema kujutlust seisva
teguri vaheleastumisel. Tegelik süüteo objekt ei olnud
üldse - ka mitte ekslikult - tegija tahtlusest haaratud.¹⁾
Kui error in objecto puhul tegija süüdi oli lõpetatud
tahtlikus süüteos, siis esineb siin vaid selle süüteo kat-
se, millega ideaalkonkurentsis seisaks ettevaatamata te-
gelikult esinenud tagajärje tekitamine.²⁾

Kihutaja vastutab kihutatud aberratio ictuse puhul
tahtliku süüteo katse eest,³⁾ ei vastuta aga sellega
ideaalkonkurentsi vahekorras oleva ettevaatamata süüteo
eest, sest kehtiv õigus tunneb vaid tahtlikku kihutamist.⁴⁾

dd Ettevaatamatu kihutamine

Kuigi kehtiv õigus vaid tahtlikku kihitamist tun-
neb, ei ole teoreetiliselt võimatu ka kihutamise ettevaa-
tamatu kuju.⁵⁾ Mõeldav on, et keegi oma väljendustega

1) Ibid, Saarmann-Matto, lk. 34/35, p. 7

2) Ibid, lk. 83, Saarmann-Matto, l.c.

3) Ibid. Ka Reichle, lk. 21 ja Steinhoff l.c.

4) Kui aga eeldada, et kihutaja tahtlus oligi suunatud
kihutatute poolt ettevaatamatult toimetatud deliktile, ei
oleks meil enam tegemist kihutamise ja vaid vahendliku
tegevusega. Vrd. Ibid l.c., Steinhoff lk. 34

5) Ibid, lk. 69 jj. Meyer-Allfeld lk. 200 Kern lk. 137 jj

või liigutustega vastu enda tahtmist teises isikus süüteo toimepaneku otsuse esile kutsuh.

Ettevaatamata kihutamine võib esineda kahel kujul, mida teineteisest tuleb eristada: ¹⁾ ettevaatamata kihutamine tahtlikule tegevusele ja ²⁾ ettevaatamatule tegevusele .

Ettevaatamata kihutamist tahtlikule tegevusele tunnustab teooria ka de lege ferenda karistamatuks, sest kihutatu tahtlik süü kõrvaldab kihutaja ettevaatamata süüdluse. Kuigi teatav kaussalside esineb, on sellest üksi vähe kihutaja tegevuse karistamiseks. Tahtlikule tegevusele ettevaatamata kihutamise korral ei esine meil õieti mitte kihutamist kehtiva õiguse ega ka teooria mõistete kohaselt, sest tegija suhtes on oluliselt teiseloomulise süüteoga tegemist, kui see kihutaja seisundist vaadelduna esineb.

Kuigi teooria ka ettevaatamata kihutamist ettevaatamata tegevusele ei tunnusta osavõtuks selle teoreetilises mõttes, ometi nõutakse siin kihutaja ettevaatamata tegevuse karistamist. Kihutatu ettevaatamata tegevus ei lõhu kihutaja ettevaatamata süüdlust, vaid täiendab teda ²⁾, nad mõlemad näivad võrdseina oma

1) Ibach lk. 71

2) Ibach lk. 72

ettevaatamatu süü suhtes. Liszti järgi kehtib siin reegel, et igalüks, kes oma tegevusega teatud tingimuse tagajarje tekkimiseks on loonud, vastutab selle eest kui kõrvaltegija ¹⁾.

Ka tahtlikku kihutamist ettevaatamata tegevusele ei saa kehtiva õiguse järgi kihutamisena karistada. Kr-S §51 1. lõige nõuab nii kihutajalt kui ka teo füüsiliselt kordasaatjalt vähemalt dolus eventualist ²⁾. Küll võib aga tahtlik kihutamine ettevaatamata tegevusele olla teatud tingimuses karistatav vahendliku tegijusena ³⁾.

§7 K i h u t a m i s e o b j e k t i i v n e k ü l g .

a) Kihutamise vahendid.

Kriminaalseadustiku kihutamist määrav § ei anna sätteid kihutamise vahendite kohta. Eeldavalt on kihutamise vahendina ^{te} käsiteldavad kõik abinõud, mis osutuvad võimaliseks mõjustama psüühiliselt teatud isiku käitumist kindlas suunas ja on kohased temas süüteo teostamise otsust esile kutsuma ⁴⁾.

1) Liszt-Schmidt lk 226

2) Vrd. Vahter, lk. 165 ja supra lk. 18jj.

3) Vrd. ~~Wille~~ Liszt-Schmidt, ex. 226

4) Vrd. Saarmann-Matto lk. 43 p. 9

Nii võivad kihutamise vahendäiks olla kingitused, mitmesugused lubadused, kuid ka palve, kihlveo pakumine, südametunnistuse ja õiglustunde pilkamine, isegi teatud juhul näiline süüteo toimetamise laitmine kui seda vastupidiselt mõjuda tahetakse lasta. Kihutamine võib toimuda ka teematusena kaudu

Kõigi nende vahendite juures tuleb aga silmas pida, et nad sellisteks ei osutuks, mis kõrvaldaksid kihutatu süü või käitumise õigusvastasuse. Psüühiline surve ei või omandada sundimise kuju, mis kaasa tooks hädaseisundi; eksimuse tekitamine ei või kõrvaldada kihutatu tahtliku tegevuse, sest siis poleks enam tege- mist kihutamise, vaid vahendliku tegevusega

b. Eriõised kihutamise vormid.

aa) Kihutamise katse.

Kihutamise katset käsitleb teooria kolmel erineval kujul .

1) kui ebaõnnestunud kihutamist-kihutaja ei ole suutnud kihutatut teo toimamiseks veenda

2) kui tagajärjeta kihutamist-kihutatut laseb end

küll) veenda teo kordasaatmiseks, kuid tegelikult ei

1) Meyer-Allfeld, lk. 201, Reichle lk 18. Contra on Vahter (lk.165)

2) Liszt-Schmidt lk.223

3) Finger, lk 533, Ibach lk.99

teostu isegi karistav katse.

3) nn. alias või omnimodo facturus'e juht - kihutatu on juba varem ise otsustanud sama süüteo toime panna, millele teda hiljem kihutatakse.

Kihutamise katse karistatavuse suhtes lähevad aga teooria vaatekohad lahku: kuigi kihutamise käsitus intellektuaalse põhjustamisena endaga paratamatult kaasa toob kihutamise katse karistatavuse tunnustamise¹⁾, peame teisalt jälle kihutamise aktsessorset iseloomu arvestades konstanteerima, et katselise kihutamise karistamiseks enamatel juhtudel ei teoreetiliselt ega ka kehtival õigusel põhjenevat alust ei ole. Seejuures tuleb aga silmas pidada, et kihutamise katse on teoreetiliselt täiesti konstrueeritav, samuti võib seadusandja oma vabal tahtel ka tagajärjeta jäänud kihutamist (s.o. kihutamise katset)²⁾ kui iseseisvat süütegu karistada.

Kihutamise katse karistatavust tuleb eitada ka kehtiva õiguse seisukohalt. Et Kriminaalseadustiku järgi süüline süüteo osaline oleks kvalifitseeritav kihutajana ja seega karistatav, peab tema tegevus olema niisugune,

1) Ibach l.c.

2) Liszt-Schmidt lk. 228 nota 6; Meyer-Allfeld lk. 202, nota 18

mis kihutaks "teist isikut süüteost osavõtmisele". Seega on nõuetav teatav aktsessoorsus, kihutamise karistamine eeldab mingi süüteo kordasaatmist kihutatu poolt ¹⁾.

Objektiivselt peab olema antud eriosas ettenähtud süütegu või vähemalt selle katse ja alles siis võib rakendamisele tulla karistus kihutaja tegevuse suhtes. Ebaõnnestunud ja tagajärjeta jäänud kihutamise korral meil süütegu kihutatu poolt aga ei esine, seega ei saa ka kihutaja tegevust karistatavaks tunnustada ja kihutamise katse esinemise võimalus langeb siin ära.

Omnimodo facturuse süüteole kihutamine juba mõisteliselt ei ole "kihutamine", teises isikus süütegelse otsuse esilekutsumine. Küll võib aga juba otsustanu kihutamine, kui ta in concreto seisis nõuandmises, juhatamises või lubamises, "kordasaatmist mitte takistada või seda varjata" ²⁾, olla käsitletava psüühilise kaasaaitamisena ja sellisena ka kehtiva õiguse järgi karistuse alla langeda.

Eeltoodu on kehtiv Kriminaalseadustiku üldosas sä-

1) Kristal, lk. 115; Saarmann-Matto, lk. 44, p. 14

2) KRS § 51, 4. lõige, punkt 3.

titud kihutamise kui ühe osavõtu vormi kohta. Seisukord muutub aga kui vaatleme eriosas iseseisvate süütegudena esinevaid kihutamisjuhte. Enamuses neist ei ole nõutav üldse mingi aktsessoorsus osavõtu mõttes, vaid karistatav on juba paljas kihutamise fakt¹⁾. Seega on ka loomulik, et neil juhtudel kohaldamisele tulevad Kriminaalseadustiku üldosas antud üldised süüteo katsed²⁾ käsitlevad sätteid ja nende süütegude katse on karistatav. Seega on ka kehtiva õiguse järgi sisuliselt kihutamise katse võimaliku~~ks~~ ja tegelikult esinev, katselise kihutamise üldine karistamatus järeldub vaid aktsessoorsuse nõudeist, mis ka meie Kriminaalseadustikus on omaks võetud.

bb Kihutamisest osavõtt.

Kuigi teooria üldiselt ei eita osavõttust osavõtu võimalust, lähevad selle käsitlelu suhtes tema seisukohad³⁾ lahku. Osalt vaadeldakse seda lihtsalt osavõttuna osavõttutegevusest⁴⁾, teiste vaadete järgi on ta vahendlik osavõtt peategevusest⁵⁾.

1) Näit. Kr.S. § 115 ja 116

2) See asjaolu tõendab samuti, et aktsessoorsus ei moodusta kihutamise mõistelise ja loogiliselt paratamatu osise, vaid on ainult tema karistavuse konditsiooniks.

3) Vrd. Reichle lk.34

4) Ibid.

5) Liszt-Schmidt lk.228

Sama erinevad on vaated osavõtust osavõtu karistatavuse suntes. Ibach rõnutab, et kihutaja käsitlelust põhjustajana vaieldamatult järeldub kinutamisele kinutamise 1) kriminaalõiguslik võimalikkus . Osavõtust osavõtu karistatavust 2) konstateerib ka Liszt , kes küll eelmisele vastupidiselt siin näeb vahendlikku osavõttu peategevusest.

Kihutamisele ja kaasaaitamisele kihutamist ei tunnusta aga karistatavaks Finger 3) , kes oma väidet tõestab järgmise süllogismiga: Kihutamine on nimelt mõeldav ainult süüteole, millised esinevad vastava seadustiku eriosas. Kihutamine ise aga ei ole süütegu, vaid temaga laiendatakse ainult vastutavate isikute ringi. Järelikult kihutamisele kihutamine ei saa olla karistatav. Finger ei eita küll mitte kihutamisele kihutamise konstateerimise 4) võimalikkust vaid tema karistatavust.

Nii näeme, et kihutamisest osavõtu karistatavuse küsimus oleneb sellest, kas me kehtiva õiguse järgi saame käsitleda kihutamist süüteona või on temal vaid vastutavate isikute amplituuti määritlev tähendus. Siin tuleb esmajoones juhtida tähelepanu sellele, et on täiesti ebaoluline teatud õigusvastase käitumise käsitlemisel

1) lk. 114

2) L. 0e.

3) lk. 531

4) Vrd. Ibach lk. 114, nota 1.

süüteona kas ta on sätitud Kriminaalseadustiku üld- või eriosas. Et teatud käitumine on sätitud üldosa normidega, ei kõrvalda veelstemat käsitletu süüteona. Süüteost osavõtt kihutamise ja kaasaaitamise näol kujutab endast teatud lisatuüpi eriosalistele süüteokirjeldustele ¹⁾. Selle lisatuübi oluliseks tunnuseks on tema seos mingi süüteoga, kuid ta ise moodustab sisuliselt samuti süüteo. Seejuures ei kõrvalda osavõtu süüteona käsitlemine sugugi vastavate normide karistatavust laiendava iseloomu, kuna mõlemad tunnused ei ole kontradiktorse iseloomuga.

Nagu eelnevast selgus, tuleks kehtiva õiguse järgi osavõtu karistatavust jaatada. § 51 1. lõike punkt teises ettenähtud süüteona on käsiteldav ka süüteost osavõtt ja karistatav vastavalt sama §-i üldistele reeglitele.

cc Kihutamisest loobumine

Osavõttust loobumine eeldab, et tegelikult oleks osavõtt süüteost antud ja nimelt süüteo teostamise algatuse kujul. ²⁾

1) Kristal lk. 119

2) Vrd. Saarmann-Matto lk. 44, p. 16

Kehtiva õiguse järgi omab osavõttust loobumine karistust kõrvaldava tähenduse ainult teatud tingimustel: nimelt esiteks peab loobumine toimuma ^{õigeaegselt}, siis kui veel võimalikuks osutub süütegu ära hoida, ja teiseks peab loobuja ise kõik temast sõltuvad vahendid rakendama süüteo kõrvaldamiseks. ¹⁾

Süüteo osavõttust loobumine on mõeldav nii kihutaja kui ka kinutatu poolsest. ²⁾ Loobub kihutatu, s.o. teo füüsiline kordasaatja, süüteost osavõtmisest ja võtab õigeaegselt kõik temast olenevad abinõud tarvitusele süüteo takistamiseks, jäädes nii karistamata, ei järeldu aga kinutamise aktsessoorsest illest veel otseselt kihutaja karistamatus. Aktsessoorsus tähendab, et tegija ja kihutaja karistatavus oma tekkimisel on tefnetiselega seotud, mitte aga edasipüsimisel. ³⁾ Osavõttust loobumine kõrvaldab vaid teatud tingimuste esinemisel ühe osalise karistatavuse, ei tee aga olematuks süüteo kui niisuguse. ⁴⁾ Et kihutatu loobumine ei peaks evima kihutaja suhtes karistust kõrvaldavat tähendust selgub ka, kui silmas peame süüteost loobumise üldist kriminaalpoliti-

list otstarvet.

1) KrS § 51, 5 lõige

2) Reichle lk. 30

3) Ibid.

4) Liszt-Schmidt lk. 212

Kriminaalseadustiku § 51 räägib osavõtust loobumise e korra¹⁾ vaid selle karistusest vabastavast mõjust. Seega ka kehtiva õiguse järgi süüteo osavõtust loobumine ei kõrvalda üldiselt veel süütegu, vaid ainult karistuse rakendamise. Teo füüsilise kordasaatja osavõtust loobumine tuleb arvata nende eriliste isiklike tingimuste hulka, mis ei mõjusta teiste osaliste vastutust. Kõrvaldab kihutatu osavõtust loobumine aga ka süüteo ja selle katse kehtiva õiguse mõttes, peame paratamatult järeldama ka kihutaja karistamatust.

Mis puutub kihutaja poolse osavõtust loobumise teoreetilisse käsitlellu siis väidab Ibach, et juba intellektuaalse mõjustamise loomuses peitub soovitud tegevusest loobumise võimatus²⁾. Nii karmilt ei suutu asjasse aga teised teoreetikud, vaid peavad üldiselt kihutaja osavõtust loobumise võimalikuks³⁾. Kehtiva õiguse suhtes ei saa aga olla kahtlust kihutaja osavõtust loobumise võimalikkuses, vaid temapoolne eesduse sätetele vastav loobumistoiming evib kindlasti õiguslikku relevantsust. Seejuures tuleb aga silmas pida, et kehtiva õiguse järgi kihutaja jääb karistamatuks vaid siis, kui ta osavõtust

1) Teoorias samal seisukonnal Röhrich lk. 46, Ibach lk. 108, Venter lk. 276

2) Ibach, lk. 109

loobumisel ka tõeliselt ja õigeaegselt rakendab kõik vahendid, olgu siis need füüsilised, ^{või psüühilised} süüteo takistamiseks. Millist osavõtust loobumist kehtiva õiguse järgi õigeaegselt lugeda ja kas teatud konkreet-junul kõik võimalikud vahendid süüteo takistamiseks tegelikult rakendatud, juba juba kohtu suva otsustada.

dd. Kihutamine erideliktidele

Eridelikti all mõistetakse süütegu, mille karistatavuse tingivad erilised, seaduses otseselt fikseeritud või seadusest järelduvad omadused tegijas. ¹⁾ Osavõtu õpetuse seisukohalt evib eridelikti käsitletu olulist praktilist ja ka teoreetilist tähtsust. Küsimuse tuum peitub probleemis kas ja mil määral saab käsitleda ekstraani osavõttu ²⁾ intraani poolt teostatud erisüüteost.

Üldiselt vastab teooria sellele küsimusele jaatavalt, ³⁾ kuid põhjendab seda erinevatel viisidel.

Mis puutub küsimuse lahendamisse kehtiva õiguse seisukohalt, siis tuleb konstateerida, et kriminaalseadustiku osavõttu käsitlevad sätted siin otsustamiseks kindlat pidepunkti ei anna.

Küsimuse lahendamine, kas ilma eridelikti subjektile omase erilise õigusliku kvalifikatsioonita ^{ratsioonita} ^{kihulaja} ~~manipulatsioonita~~ on delicta

propia'te puhul karistav või mitte, ei selgu § 51, 4-st lõikest ⁴⁾. Küll võib aga positiivsele järeldusele jõuda kui vaadelda seadustiku eriosa süüteokirjelduste konstruksiooni ja teisi osavõttu käsitlevad sama §-i sätteid. Neist näeme, et üldosa kihutamist käsitlevad normid on karistust laiendavad. Kihutamine kujutab endast teatud lisatüüpi eriosalistele süüteokirjeldustele. Sellise lisatüübi oluliseks tunnuseks on seos mingi seejuures ükskõik missuguse süüteoga ⁵⁾. Seega tuleb Kriminaalseadustiku § 51 1.lõikes esineva "süüteo" all mõista nii üld- kui ka eridelikte ja kihutamine neile mõlemaile oleks vastava sätte alusel karistatav.

Sama lõpptulemuse saame, kui arvesse võtame, et samas §-is osaliste all on mõeldud osalisi, kelle suhtes vastatus juba antud, s.o. süülisi süüteo osalisi. Sellelt seisukohalt võib tähendada säte, et "erilised isikulised vahekorrad ja tingimused, mis määravad ... mõne

süüteoosalise karistatavuse, ei mõjuta teiste osaliste

3) Röhrriht, lk 40, Reichle lk 30, Liszt-Schmidt lk 229

1) Kristal lk 98

2) Vrd. Reichle lk 28

3) Ibid, Kristal lk 110

4) Vrd. Kristal, lk 122, contra on Saarmann ~~Matto~~ lk 44 pl5

5) Kristal, lk 119, *ord. supra* lk. 37.

vastutust" ainult seda, et nad ei kõrvalda seda vastu-
1)
tust . See aga kinnitaks veel/kordselt, et karistatava
osavõttuna tuleb käsitleda osavõttu ükskõik missugusest
süüteoost, seega ka erideliktidest.

c) Kihutamise aeg ja koht.

Süüteo toimepaneku aja ja koha suntes esineb teoorias
rida erivaatekonti. Kihutamise käsitlemisel muutub kü-
simuse lahendamise veelgi komplitseeritumaks, kuna siin
kihutamisele peategevuse aja ja koha probleem lisandub.
2)

Kas kihutamise kui süüteo toimepaneku ajaks tuleb
lugeda kihutamise või peategevuse aeg ja koht, selle üle
lähevad vaated teoorias lahku. Kui tunnustame kihutamise
iseloomu esmajoones intellektuaalse põhjustamisena, evib
määravamat tähendust kihutaja tegevus ja süüteo ajaks ja
kohaks tuleks lugeda kihutamise vastavad tunnused.
3)

Omistame aga peatähtsuse kihutamise aktsessoorsele iseloo-
mule, peame kihutamise ajaks ja kohaks tunnistama vastava
4)
peategevuse aja ja koha .

Seadus karistab kihutamist alles siis kui temale süü-
tegu järgneb, alles peategevuse saabumisega muutub kihu-

1) Kristal lk 122

2) Reichle lk 34

3) Vrd Ibaen lk 118

4) Vrd. Reichle lk 35. Vastupidisel arvamusel Liszt-Schmidt

tamine õiguslikult relevantseks kui süütegu. Seepärast tundub loomulikumana, et teatud süülise käitumise kohaks ja ajaks arvatakse need ruumilised ja ajalised ^{üksused} ~~üksused~~ ~~üksused~~, mil tema kui kindel süütegu esineb. Vastavalt sellele tuleks kihutamise kui süüteo aegumise alguseks lugeda peatgevuse toimetamise moment jne. Aktsessoorsuse ¹⁾ printsiip kehtib sel juhul ka teo aja ja koha suhtes

§ 8 K i h u t a m i s e k a r i s t u s

Rooma õigus karistas süüteo osalisi-auctores, socii ministri, factores või principes - ilma nende vahel mõistetelist vahet tegemata; ²⁾ seejuures oli karistus - ka kihutaja oma - võrdne tegija karistusega. Sama seisukord püsib ka hilisrooma ajal ja väiksemate muundustega vanemas saksa õiguses keskajal. Keskaegne itaalia õigusteadus, mis eristas consiliumi (nõuannet), auxiliumi (tegevust) ja mandatumi (kihutamist), karistas kihutajat ~~na~~ kui "socius principalis't, qui causam dat delicto" ³⁾ tegijaga võrdsena. Tegijaga võrdne karistus kihutajale oli ette nähtud ka "Carolina"s" ⁴⁾

Samuti määratakse kaasaja seadusandluses tavaliselt kihutaja karistus normi järgi, mis kohaldatakse selle käitumise suhtes, millele kihutati. Ka valdavama teoreetilise

1) Reichle, l.c. Saarmann-Matto lk 44, p. 14

vaate järgi peab kihutajat tabama tegijaga võrdne karistus, kuigi ka erinevaid seisukohti esineb.

Nagu eelpool kinutamise aktsessoorsust käsitles nägime, avaldub see ka selles, et kihutamise karistuse suurus on sõltuv peategevuse karistuse suurus¹⁾est. Muidugi ei ole, ega saagi olla, ka teooria seisukohalt, see karistuste võrdsus absoluutne ja alaliselt obligatoorne: kuidas ja mil määral teatud riigi kehtiv õigus võrdsuse põhimõtte on rakendunud, oleneb õiguspoliitilistest kaalutlusist.

Ka kehtivas õiguses on kihutaja ja üldse süüteo osaliste karistuse suhtes asunud samale seisukohale²⁾, Kriminaalseadustiku üldosa § 51 2. lõige ütleb, et "raske kuriteo või kuriteo osalised langevad karistuse alla, mis seadustes nende süütegude eest on määratud". Karistuse kergendamine § 53 alustel on võimalik ainult kaasaaitajale, "kelle abil ei olnud olulist tähtsust". Kihutaja suhtes samadel motiividel karistuse kergendamine aga võimalik ei ole. Üleastumise osalistest ka-

2) Liszt-Schmidt lk.215

3) Ibid.

3) Meyer-Allfeld lk.203

1) Vrd. supra lk.13.

2) Vrd. Saarmann-Matto lk.45, p. 17

ristatakse kinutajat ainult seaduses eriti ettenähtud
1)
juhtudel.

Vastavalt omaks võetud osavõtu ekstreemaktseessor-
sele vormile Kriminaalseadustik võttis küll aluseks eri-
osas ettenähtud karistuse suuruse, arvestab ^{aga} selle raami
piirides nii kinutaja kui ka kinutatu erilisi isiklikke
2)
vahekordi ja tingimusi . Need erilised iseäralised isik-
likud vahekorrad ja tingimused, mis küll määravad, suu-
rendavad või vähendavad mõne süüteosalise karistatavuse,
kuid ei mõjusta teiste osaliste vastutust, võivad esine-
da üksiku osalise suhtes karistust kergendatavatena või
ka raskendatavate~~na~~. Seejuures olgu aga rõnutatud, et nad
tõesti ka "isiklikku" ilmet peavad kandma, objektiivseid
tingimusi - näit. tapmine eriti piinaval viisil - ,
millistest mõlemad osalised teadlikud olid, arvestatakse
nii kinutaja kui ka kinutatu suhtes.

Lõpuks olgu veel tähelepanu juhitud sellele, et
kihutamist ja kaasaaitamist käsitlevad normid on oma
rakendamise suhtes subsidiaarsed tegijast käsitlevaile
3)
normele . See subsidiaarsus kannab sisulist ilmet

1) KRS § 51, 3. lõige

2) Kr. S. § 51, 4. lõige

3) Liszt-Schmidt lk. 239/240

(nn. konsumtsioon). Nii näiteks kohaldatakse isiku suhte, kes küll süüteole kibutas, kuid hiljem samast süüteoskaastegijana osa võttis, esmajoones kaastegijust käsitlevaid sätteid.