

X.

Kratki, dokaj površni pregled je, upam, pokazal, da l. del ntz. za naše pravno področje, izvzemši opustitev absolutnih trgovinskih poslov in priznanje trgovske lastnosti nekim podjetnikom, ki se ne bavijo s katerimi od temeljnih trgovinskih poslov, pravzaprav ne vsebuje osnovnih sprememb, da pa je v njem znatno število več ali manj važnih novot, ki bi dopolnile mnogo praznin sedanjega tz., pojasnile dokaj spornih vprašanj in tako strankam kakor oblastvom precej olajšale uporabo zakona. Določbe I. dela so za življenje in gospodarstvo najvažnejše, dasi so v zakonu najkrajše. One se tičejo vsakega trgovca poedinca, prav znaten del njih tudi skoro vsake trgovinske družbe. Žato mislim, da bi bilo koristno, ko bi zakon čim prej dobil obvezno moč, tj. da bi čim prej dobili uvodni zakon in da bi vacatio legis bila tako kratka, kakor pač more biti z ozirom na to, da je v polovici države treba šele prirediti trgovinski register.

Spor o divjem lovu.

Dr. Anton Stuhec.

Med kazenskopravna vprašanja, o katerih se mnenja ne morejo ustaliti, spada v prvi vrsti takozvani divji lov. Da divji lovec ne more postati lastnik od njega ustreljene divjačine, ker gre za pridržane pravice drugega, se za naše razmere priznava (§ 382 odz., drugače čl. 718 švic. drž. pr., § 958 nem. drž. zak.). Večinska teorija, po kateri divji lovec kot neprostoVOLjni zastopnik lovskega upravičenca pridobi za tega lastninsko pravico, je fikcija. Tretja smer uči, da ostane divjačina tudi s prisvojitvijo po divjem lovcu ničija stvar, s čimer bi bila tatinska kvalifikacija zapečatená. Naše kassacijsko sodišče, stol sedmorice odd. B je dosledno (na zadnje v sodbi z dne 2. junija 1937, Kre 115/37) sodilo lovljenje divjačine po § 322 kz. z utemeljitvijo, da divjačina ni v posesti lovskega upravičenca, ker ima le okupacijsko pravico, vsled česar divji lovec divjačine ne „odvzame“, marveč si jo le protipravno prisvoji. Za pojem tuje premične stvari pa je treba poleg negativnega momenta, da stvar ni v lasti storilca, tudi pozitivnega momenta, da je v lasti druge osebe. § 322 kz. je doslovno prevzet iz avstrijskega osnutka iz leta

1927: in je razlika nasproti tatvini v tem, da je tu potrebna namera pribave protipravne imovinske koristi. Ker naš zakon nima posebnih določb o divjem lovu, je uporabiti naj-prikladnejšo, kar je po možnosti širokega tolmačenja besede „prisvojiti“ § 322 kz. Ta i z h o d je v interesu zaščite lova potreben, ker je divji lov poseg v konkretne pravne dobrine.

Ta odločba je izšla po razpravi dr. Kreka („Lastnina na divjačini“ spomenica dr. Mauroviču). Praksa koleba in glasovi, da je treba prisvojitve divjadi po neupravičencu ocenjevati kot tatvino, nočejo utihniti. Na drugi strani se pojavljajo mnenja, da divji lov niti po § 322 kz. ni kaznjiv.¹ Zato se nam zde tudi doprinosi prakse sposobni, pomoči k razjasnitvi spornega vprašanja.

I. Odklanjamo mestoma zagovarjano i z k l j u č n o pristojnost upravnih oblastev, ker kaznuje § 88 odst. 1. št. 1. lov. z. edinole nedopustno lovljenje („bez dozvole“), kar ni istovetno s prisvajanjem divjačine po divjem lovcu zaradi pridobitve imovinsko-pravne koristi. Zaščitena pravna dobrina je tukaj pravilnost izvrševanja lova, ki je policijske narave, kazni po lovskem zakonu izrekajo zato upravna oblastva. To po splošnem besedilu zakona ne izključuje zasledovanja po kazenskem zakonu (§ 91 odst. 2. lov. z.). To je izjema od načela absorpcije. Če zakon v primeru § 88 odst. 1. št. 1 lov. zak. določa tudi obvezo plačila odškodnine po cenovniku (§ 92 lov. z.), to še ne pomeni likvidacije divjega lova pred kazensko normo, ker za to odškodnino ni treba, da je dokončna, in je sodna pot vedno odprta (§ 92 odst. 4. lov. z.). Da gre samo za policijski ukrep, dokazuje, da se ta odškodnina, če lovski upravičenec prekrši zakon, steka v banovinski lovski fond (§ 87 št. 1 lov. z.). Prisvojitve tu ni kriminalizirana. (Za ribolov ni uzakonjeno načelo paralelnosti, ampak subsidiaritete posebne norme nasproti obćim kazenskim določbam, če te določbe dejanja ne kaznujejo teže, § 18 ur. o rib. i rakolovu,² § 59, 62 zak. o sladkovodnem ribarstvu).³ Vprav paralelizem sankcij jasno razodeva, da smatra zakonodavec divji lov tudi po kazenskem zakonu za kazniv in da lovski zakon v to kaznivost noče posegati. Drugače za določbo § 91 odst. 2. lov. z. ni uvideti stvarne osnove in potrebe, ker kršitev lovskega zakona, ki je s i c e r

¹ Pravosudje 1938, št. 1—2.

² Sl. list 1938, št. 6.

³ Sl. list 1938, št. 8.

obenem kazniva tudi po kazenskem zakonu, ni praktična. (Paralela § 88 št. 2 lov. z. in § 128 kz. ne drži, ker kaznuje zadnja določba le nasilno oviranje javne službe in je § 88 šte. 2 lov. z. porabljev samo tedaj, če dejanje po kz. ni teže kaznjivo).

II. V stvari se nam zdi, da je led razbit po razpravi prof. dr. Kreka, ki je, potem ko je odklonil dosedanje teorije, prišel do zaključka, da gre pri divjem lovu za sebično pravno dejanje v korist lovskega upravičenca tako, da le ta po zakonu samem pridobi lastnino. To ima za posledico, da je divjačina „odvzeta“ lovskega upravičenca in na njegovo škodo, če je podan okoriščevalni namen, izvršena tatvina. Kakor druge polaga tudi ta teorija odločilno važnost na zasebno pravo. V tem je po našem mišljenju jedro napake. Smatramo, da leži ključ položaja bliže in da je vprašanje prvenstveno reševati in mogoče rešiti po kazenski normi sami. Odločilno se nam zdi, ali in do katere mere se sme in je tudi potrebno v kazenskem pravu uporabljati civilistično formo. To vprašanje nikakor ni enostavno. V slovstvu ni sistematično obdelano, omenja se le mimogrede. Pri tem se teorija pri tolmačenju kazenskopravnih norm sicer sklicuje vobče na civilno pravo, ne da bi to posebej utemeljila, nego „zaradi enotnosti pravnega reda“ izhaja iz dozdevno samo po sebi umevne skladnosti civilnega in kazenskega prava (Löffler), dočim drugi sicer zagovarjajo samostojnost poedinega kazenskopravnega pojma, ali nedosledno, in seveda brez utemeljitve ne izhajajo brez kompromisov (Olshausen). Popolna skladnost civilnega pravnega reda in kazenske norme je de lege ferenda in de lege lata nedosegljiv ideal. Spominjamo samo na dejstvo, da civilni sodnik na oprostilno sodbo kazenskega sodnika ni vezan (§ 364 cpp), pride torej vkljub isti lahko v civilni pravdi do ugotovitve, da je kaznivo dejanje storjeno. Razumevanje civilnih pojmov kazenskega prava ni nujno vezano na njih pojmovanje v civilnem pravu. Preskusimo to naziranje na pregledu važnih osnovnih pojmovnih sestavin pri tatvini.

1) Pojma premične stvari po kazenskem in civilnem pravu se ne krijeta. Dočim spadajo po civilnem pravu med stvari tudi pravice (§ 292 odz.) in se polaga važnost na neokrnjenost substance (§ 293 odz.), zadostuje po kazenskem pravu zgolj telesna naravna premakljivost in po enotnem mnenju teorije tudi, da postane stvar šele z aktom odvzetja mobilna. V pravnem smislu je stvar lahko nepremičnina (n.

pr. priteklina), po kazenskem pravu premičnost v civilno-pravnem smislu ni upoštevana (tako že Herbst I 344). V posledici tega naziranja pravice in netelesne stvari niso predmet tatvine, tudi ne energije, kolikor ne bi bile z zakonom označene kot premična stvar, kakor pri nas elektrika po § 14 št. 6 kz. (drugače edino Finger II 394). Naše slovstvo (Dolenc-Maklecov, odslej D. M.) vobče priznava, da gre v primeru navzkrižja pojmov po civilnem in kazenskem pravu prednost kazenskemu zakonu, a se podrobneje z vprašanjem ne bavi. Stol sedmorice odd. B zastopa stališče, da je divjačina v kazenskopravnem pogledu premična stvar, ne da bi to dalje utemeljeval (Kre 152/57). Potemtakem § 295 odz., ki je v glavnem napravil celo zmešnjava, pri divjem lovu ni upoštevan. V soglasju s prakso in teorijo lahko ugotovljamo: *Divjačina je v kazenskopravnem smislu premična stvar, najsi še ni vlovljena.*

2) Tatvino izvrši, kdor tuj o premično stvar odvzame drugemu. Tuja stvar pa ni že zgolj zaradi tega, ker se nahaja pri drugi osebi, ker je lahko od lastnika n. pr. posojena. Ne gre za tautologijo, ampak hoče zakon s porabo besede „tuj“ izključiti tatvino, če je odvzeta stvar lastnina odvzemnika (civilno razmerje). Preko tega večinsko mnenje teorije res zahteva tudi pozitivni moment, da je odvzeta stvar v lasti druge osebe, kar sklepa iz imovinskega značaja delikta tatvine, in ker je nastala škoda drugi osebi (Finger). Pri tem se poudarja, da gre za pravno vprašanje civilnega prava, „ker ni druge možnosti, ga drugače rešiti“ (Olshausen). Ali ta smer prihaja v lastna nasprotja, če trdi, da je za pojem „tuj“ pri divjačini merodajna okolnost, ali ima prisvojitelj na mestu, kjer se divjačina nahaja, lovsko pravico (Altman) ali če se na drugi strani brez vsake utemeljitve pravi, da ni treba ugotovitve, kdo je lastnik ukradene stvari (Olshausen). Za avstrijsko kazensko pravo so že Herbst vobče, Lammasch-Rittler pa glede divjačine dopuščali izjemo za primer, da ima na isti kdo drugi pridržano prisvojitveno pravico, dočim si reprezentančna teorija, — kolikor gre za lov na lastni zemlji, ga razlaga po § 295 odz. — pomaga s fikcijo, da je v trenutku prisvojitve divjačina že tuja last. Glavni zagovornik potrebe pozitivnega momenta (Finger) priznava glede lovne divjadi, ki še ni okupirana, da ni ničija stvar, dočim drugi lastništvo pri divjadi sploh zanikajo, ker je in ostane divjad tudi po prisvojitvi po divjem lovcu ničija stvar (Liszt, Frank, Mayer-Alfeld, Anders). Zmernejši pa pod pojmom tuj razumevajo, da stvar „pripada“ (gehört) drugi osebi ali vsaj ne izključno od-

vzemniku (Stoos). Naša komentatorja (D. M.) priznavata glede divjačine, da je nasproti lovskemu neupravičencu tuja, in razumeta s tem, da ima „pravico do stvari“ neka druga od storilca različna oseba, kar je nejasen pojem (stvarna, obligatorna?). Čubinski pravi na eni strani, da je tuja stvar, ki ni storilčeva, istočasno pa „pripada“ drugemu, pozneje zopet, da ni važno, kdo je lastnik, ampak da storilec ni lastnik odvzete stvari. Šilovič-Frank smatra, da je tuja stvar, ki je last druge osebe, prepuščata pa rešitev civilnemu pravu. Na drugem mestu trdita, da je tista posest tuja, ki ne pripada storilecu. Žilič (Mjesecnik 1954) sledi Andersovi teoriji, da ostane divjačina tudi po prisvojitvi po divjem lovcu ničija stvar. Nejasnost slovstva se odraža tudi v praksi sodišč. Stol sedm. odd. B meni, da ne zadostuje, da stvar ni storilčeva, ampak treba tudi pozitivnega momenta, da ima druga oseba „kako pravico“ na stvari. Ker ima lovski upravičenec okupacijsko pravico, je stvar tuja. (Kre 15/57, 152/57). Za nemško pravo vlada v slovstvu edinost v tem, da zadostuje odvzem iz „Gewahrsame“.

Mislimo, da pod pojmom „tuj“ ni razumeti, da mora odvzeta stvar biti v oškodovančevi lasti. Ako bi bilo temu tako, bi javna obtožba pri tatvini morala to okolnost dokazati in bi bil krivdorek brez tega dokaza nemogoč. Ta pa je nedokazljivo v neravno redkih primerih, kjer lastnika ukradene stvari ni mogoče ugotoviti. In vendar gre sodna praksa brezizjemno preko tega. Če večinska teorija v tej zvezi poudarja, da derelenkvirane in izgubljene stvari niso sposoben predmet tatvine, ker niso v lasti kake osebe, leži po našem pravi razlog za to v tem, da sploh manjka „drugega“, v škodo katerega bi se odvzetje moglo zgoditi. Zahteva dokaza lastnine gre preko besedila zakona (glej pozneje t. 3), ker zakon ne razlikuje, ali je stvar odvzeta lastniku, poštenemu ali nepoštenemu posestniku ali samo imetniku (detentorju). Čim je stvar odvzeta dejanskemu razpolaganju ne glede na pravni odnos iste do razpolagatelja, stopi logično pojem lastnine na stvari v ozadje in ni več bistvena sestavina dejanskega stanu tatvine. Dejanje s tem nikakor ne izgubi narave imovinskega delikta, ker spada pod pojem imovine tudi zaščita takega dejanskega odnosa nasproti stvari (hramba, detencija, „Gewahrsame“), ki ga vzdržuje lahko celo nevračunljiva oseba, tembolj seveda zaščita močnejše zasebne pravice in le v končnem cilju lastnine. Prekršitev posestnega stanja je samo sredstvo za prekršitev lastnine, gospodarsko sta oba pojma prekršena

(Liszt). Komur je ukradeno izposojeno, pa malomarno hranjeno kolo, ima pravico zahtevati vrnitev in se pridružiti kazenskemu postopku kot zasebni udeleženeec, ker mora kolo posojilodajavcu, ki ni treba da je lastnik, vrniti, (§ 55 kpp., 972 odz.). Ako se istočasno pridruži tudi lastnik kolesa kazenskemu postopanju kot zasebni udeleženeec, bo sodišče njegovi zahtevi po vrnitvi kolesa ugodilo, če so v kazenskem postopanju njegovi pravni odnošaji napram izposoditelju kolesa razčiščeni, drugače bo zahtevo obeh prepustilo razjasnitvi v redni pravdi (§ 297 kp.). Če izposoditelj kolesa privoli v odvzem, je tatvina izključena (avstrijske odločbe 1918, 1355), dovolitev lastnika kolesa, dokler ga poseduje izposoditelj, tega učinka nujno nima. Kot oškodovanec more tedaj pri deliktu tatvine nastopiti tudi druga oseba kakor lastnik ukradene stvari, nadaljnji dokaz da ni potreba lastninskega odnosa dejanskega razpolagatelja do iste. Pomembno slovstvo odklanja vsaki pravni odnos in zadevne civilistične konstrukcije (Stoos). Saj se le tako da sploh utemeljiti, da je tat, kdor drugemu tatu ukrade od njega ukradeno stvar. Nasproti naziranju, da stvari, ki niso predmet zasebnega prava, ne morejo biti predmet tatvine (Finger), se postavlja trditev, da je vseeno, ali je hramba (detencija) pravno zaščitena ali priznana, in že pred vojno se je priznavala možnost tatvine tudi za prometno nesposobne stvari (odločba od 8. marca 1912 Vr. IX 85/11), dočim moderno pravo ne pozna *res extra commercium* (Klang str. 1149). Kjer ni lastnine, ni nujno, da tudi ni posesti, še manj pa da ni imovinske vrednosti. (Kre 276/33 kas. sod. Novi Sad glede vojaške puške.) Zato se zelo pravilno poudarja, da pri določbi § 314 kz. ne gre za zaščito pravne dobrine lastnine kot pravne naprave, najsi je po največ in concreto prizadet lastninski predmet, ker je ta naprava zaščitena v § 100 kz. Tu gre za praktične posledice iz omenjene pravne naprave, za stvari, ki so lahko predmet imovine v širšem kazenskopravnem smislu besede, torej tudi zgolj za koristi (n. pr. § 365 kz.) Ne dvomi se, da je lovska pravica imovinska pravica. Zaključujemo: *Dejanski stan tatvine ne vsebuje zahteve, da mora odvzeta stvar biti v lasti oškodovane osebe.*

5) *O d v z e m.* Tega pojma zakon ne pojasnjuje in prepušča sodišču, da ugotovi, kdaj je tuja stvar odvzeta. Moramo poudariti, da slovstvo izključuje pri divjačini tatvinsko kvalifikacijo le zaradi tega, ker smatra, da je odvzem nemogoč, ker lovski upravičenec še sam divjačine ni prevzel (aprehenzijska teorija), dopušča pa, da ni treba, da je

stvar prijeta ali na varen kraj prenesena, če je le prišlo določno do izraza, da prejšnje „hrambe“ ni več. Temu naziranju se v prvem delu ne moremo pridružiti. Predvsem zakon ne izgublja nobene besede o tem, v kakem pravnem odnosu se naj nahaja oškodovančeva oseba nasproti ukradeni stvari. Dovolj je znan labirint teoretičnih razmišljanj glede tolmačenja besed „iz posesti drugega“ po § 171 a. k. z. Z odkazom na naziranja civilnega prava, so se prenesli zadevni civilistični spori v kazensko pravo, v posledici tega je praksa kolebala in operirala s kompromisi. Že odločba 729 je rekla, da posest kot rekvizit tatvine ni tolmačiti po določbah civilnega prava. Brani se mnenje, da tatvina niti ni imovinski delikt, ampak prekršitev posestnega stanja in da privolitev lastnika za odvzem njegove stvari, ki je v posesti druge osebe, ni relevantna (Lammasch). Končno je zmagovalno prodiralo naziranje, da je abstrahirati od civilnih pojmov, da posest po § 171 a. k. z. ni istovetna s posestjo po § 509 odz., nego da gre pri tem za prikazen gospodarskega življenja in da so merodajna naziranja življenja in prometa. Kot splošno merilo obveljaj, da stvar spada vidno k spoštovanemu območju kake osebe, pri čemer je dejansko razpolaganje le najizrazitejši kriterij. V tem oziru imajo posest tudi osebe, ki po civilnem pravu niso sposobni subjekti posesti (Finger). Ali še novejše slovstvo zahteva celo juristično posest (Altmann). V avstrijski judikaturi se je zastopalo mišljenje, da je divjačina v posesti lovskega upravičenca (odločbi 2696, 3016). S tem se je razumela faktično možnost dejanskega obvladanja, pri čemer zadostuje, da se ta možnost lahko vsak čas realizira. Ni potreba volje po civilnem pravu za obdržanje posesti, niti določitve, kje se posamezna divjad nahaja, zadostuje da se nahaja v lovišču. Za nemško kazensko pravo, vzor našega kazenskega zakona, velja, da predpisi civilnega prava o pridobitvi in izgubi posesti, lastni posesti in posredni posesti (posestno služništvo) pri ugotovitvi „hrambe“ (detencije) niso odločilni (Olshausen). To je specifično kazenskopравни pojem (Frank). V očigled teh trenj in izkušenj naš zakonodavec namenoma ni opredelil pojma odvzetja z ozirom na civilno pravni odnošaj napram stvari (Urošević), hoteč s tem poudariti, da ne gre za civilno pravna razlaganja, ampak za razumevanje dogodkov vsakdanjega življenja, in da je pojem odvzema tudi za naše pravo specifično kazenskopravni. Na splošno pomenja tako ravnanje, ki uniči dosedanji razpolagalni odnos in območje kake osebe napram ukradeni stvari po največ z ustvaritvijo novega sličnega območja za storilca.

Pristopa volje, da se s stvarjo „gospoduje“ (Šilović-Frank po Lisztu) mislimo, da ni treba ker to voljo očituje samo odvzete v svrhu faktične posesti in ker že v pridobitvi razpolaganja leži storilčeva korist. Glede divjačine dokumentira območje lovišče, poleg tega ne more biti dvoma, da je pojem odvzeta tolmačiti pravilno le v zvezi s strukturo lovske pravice in določbami lovskega zakona sploh, o čemer bo govora. Iz tega sledi: *V kazensko pravnem smislu je stvar odvzeta, če je spravljena po splošnih pojmih življenja iz dosedanega dejanskega območja kake osebe.*

4) Zakon tudi pojma prisvojitve ni opredelil. Za avstrijsko pravo samo Löffler (O. R. 35) ni smatral, da je potrebna prisvojitvev (Aneignung). Kaj je prisvojitvev, bolj prilastitev, se v slovstvu tolmači različno. Istoveti se z odvzemom, če se pridruži volja, stvar obdržati kot svojo (Finger), ali spravi v gospodarsko sfero storilčevo (Olshausen). Smatra se kot izvrševanje lastninske pravice, kot poraba za storilčeve svrhe (Liszt, Mayer-Allfeld). Poudarjajo se gospodarski vidiki (Frank), s čemer se sili v ospredje vrednost. Vidi se v tem pridobitev stvari po gospodarski vrednosti z izključitvijo drugih (Binding), kar se vse že kosa s pojmom imovinske koristi. Naše slovstvo pojma prisvojitve samostojno ne razmotriva, izgleda da ga istoveti z odvzemom. Šilović-Frank prevzema Lisztovo mnenje, Čubinski meni, da gre za prenos „držanja na drugo osebo“.

Vsa pestrost teh naziranj nam zopet razodeva, da izraza prisvajati ne smemo tolmačiti v tehničnem smislu civilnega prava (§§ 287, 381, 382, 385, 388, 407 odz.), ampak da gre za čisto kazensko-pravni pojem v smislu izkušnje navadnega življenja. Pri tem nas podkrepljuje, da zakon ne razlikuje, ali bodi nameravana prisvojitvev trajna ali začasna. Anglež, ki v Bohinjskem jezeru vlovljeno postrv vrže nazaj v jezero, ne postane s tem nekazniv. Namera, vlovljeno divjad staviti takoj zopet v prostost, se namreč ne protivi pojmu lovljenja. Menimo: *Prisvojitvev je druga plat odvzema, torej prilastitev z ustvarjenjem takega položaja, po katerem se po njegovem zunanjem videzu stvar lahko smatra za storilčevo.*

Ta pregled pomembnejše teorije in razmotrivanja smo smatrali za umesten, da pokažemo, da ni vedno treba pri razumevanju in presoji pojmovnih sestavin tatvine posegati po normah civilnega prava, ampak da za zaščito v § 314 kz. mišljene pravne dobrine zadošča samostojno spoznavanje kazenske norme po izkušnjah in potrebah praktič-

nega življenja, saj se po terminologiji kazenskih zakonov prisvajajo tudi lahko stvari, ki niso niti v posesti druge osebe (dr. Krek). Pravilnost tega naziranja se še bolj razbistri, če preiščemo, kaj pomeni „odvzetje“ z ozirom na lovsko pravico in predpise lovskega zakona.

Tu moramo pribiti, da po civilnem pravu res nullius cedit occupanti, le kolikor ne gre za pridržane pravice (§ 382 odz.), in da politični zakoni določajo, kdo ima pravico loviti, kako pa se kaznujejo divji lovci, pa kazenski zakoni (§ 383 odz.). Tak „politični“ zakon je zakon o lovu z dne 5. decembra 1931, ki ustanavlja in urejuje pridržane lovske pravice. Osnovna misel je, da je lovska pravica spojena z zemljiško lastnino, kar je bila že po prejšnji partikularni zakonodaji (po češkem zakonu je bila „izliv“, Ausfluss, zemljiške lastnine, Budw. 8129. V Srbiji je bil lov na divjačino do leta 1840. prost). Vkljub spojitvi z zemljiško lastnino pa se lastnik sme okoristiti s to pravico le po odredbah lovskega zakona. Pojem lovske pravice smemo pravilno ugotavljati le po logični sintezi §§ 1, 3 in 34 lov. z. Lovska pravica se ravna po kategoriji divjačine, zaščitene, nezaščitene, zverjadi in dovoljuje opravičencu:

1) Loviti (t. j. goniti, zasledovati), prisvajati si (t. j. streljati, pobijati, ujeti) vso divjačino, vso zverjad po predpisih lovskega zakona, kar pomeni v lovišču in na način, kakor ga zakon predvideva (§ 21 sl. lov. z.). Prekoračenje mej lovišča in način dovoljenega izvrševanja ni več izvrševanje lovske pravice.

2) Zaščiteno divjačino gojiti in razmnoževati (§§ 19, 20 lov. zak.).

3) Si izključno prisvajati divjačino, ki se najde v lovišču ranjena ali poginula (§ 34 odst., 2. lov. z.). S tem je rečeno, da je tudi padla žival (Fallwild) predmet lovske pravice. Lovsko pravico prekrši, kdor iz zanjke, ki jo je nastavil divji lovec, odvzame ujeta in v zanjki poginulo žival. Mislimo, da je zakon s tem odklonil naziranje, da ne gre več za kršitev lovske pravice, če je padla žival vsled strohnenja izgubila lovni značaj, vsaj dokler predstavlja kako vrednost.

Izjeme od te pravice so:

a) Risa, volka, divjo svinjo, jazbeca, divjo mačko, dehorja in hrčka lovi lahko tudi vsakdo drugi, ali le na način, ki je po zakonu dovoljen. Te živali „pripadajo“ tistemu, ki jih ubije, kar brez dvoma pomeni, da postanejo njegova

last (slično Klang str. 105), toda le pod pogojem, da jih je ubil na dovoljen način. Lastnik postane ubijalec že s tem, da je žival ubil, ne da bi bila potrebna kaka aprehenzija.

b) V primeru hajke (§ 56, 57 lov. z.) lahko vsak odrejeni član lovi in ubija zverjad in divje svinje, ki „pripadajo“ pod enakimi pogoji, kakor pod 1) tistemu, ki jih ubije. (Po § 56 srb. gr. zak. je divja zver last tistega, ki jo vлови ali ubije).

c) Nezaščiteno divjačino (§ 2 odst. 5. lov. z.), ima pravico zasledovati in ubijati lastnik, zakupnik, ali uživalec zemljišča, toda le v ograjeni naselbini ali ograjenem dvorišču (§ 3 odst. b. lov. z.).

d) Na svojem zemljišču sme vsak zverjad in divje svinje uničevati, toda s strelnim orožjem le v krajih, ki jih je ban proglasil za ogrožene od te vrste divjačine (§ 3 odst. 2. lov. z.).

4) Razen navedenih izjem pripada lovskega upravičencu v s a zverjad in divjačina po smislu § 3 odst. 4. lov. z.

Kako torej prizadene „odvzetje“ lovske pravice?

V primeru a) in b) je delikt tatvine pojmovno izključen. Zakon odkazuje sam to divjačino v ubijalčevo last očitno za nagrado, ker smatra uničevanje te divjačine za koristno. Dasi zakon govori v dovršeni obliki, se mora vendar smatrati, da poskus lovljenja in ubijanja teh živali k a) kazensko ni kazniv (arg. a majore). Tudi v primeru t. c) in d) ne more biti dvoma, da ima zakon v mislih lastninsko okoristitev dejanskega hasnovalca zemljišča, nastalo z aktom pokončanja samim in da poskus ni kazniv. Odvzetje v last izjemnih upravičencev pripadle divjačine, v nameri pridobitne imovinske koristi, ne more biti nič drugega, kakor tatvina po § 314 kz.

Lovljenje po lovskega zakonu upravičencu ni mogoče, glede divjačine, ki si jo je že prilastil divji lovec, saj te divjačine lovski upravičenec ne more goniti niti zasledovati. Tudi je ne more streljati, ubijati ali ujeti, torej si isto „prisvajati“ na način, kakor ga predvideva lovskega zakon.

Ali, in katero zaščiteno divjačino lovskega upravičenec goji in razmnožuje, je docela prepuščeno njegovemu preudarku. Le glede prevelike razploditve je podvržen nadzorstvu upravne oblasti (§ 56 lov. z.). Če mu divji lovec ubije komad zaščitenega divjačine, ni s tem pravica gojitve in razmnoževanja prizadeta samo in abstracto, ampak neposredno, ker zakon pod gojitvijo predvsem misli na čuvanje

rasti, kjer možnost vsake kontrole odpade, in zakon ne razlikuje, ali je bila vlovljena žival za razploditev sposobna. Tudi ni razlike, kdo je divjačino in v katerem lovišču ranil ali od česa je poginila. V vsakem teh primerov se priznava lovskega upravičencu pravica do prisvajanja z omejitvijo na lastno lovišče. Zasledovalne pravice v tujem lovišču ni. Kakor plodove žive divjačine, (rogovi, jajca itd.), tako odkazuje tudi vso mrtvo divjačino zakon v imovinsko sfero lovskega upravičenca, skratka *v s o s u b s t a n c o*. Ako pa zakon za odvzem ne zahteva, da je stvar prijeta ali prenesena na varen kraj, če je le vidno prejšnja hramba uničena, in se odvzem lahko izvrši tudi posredno (n. pr. če se storilec posluži za to neodgovorne osebe) potem je le pravično, da tudi za lovskega upravičenca ne zahtevamo, da je njegova hramba prišla do izraza v telesni arehenziji k o n k r e t n e divjadi, saj se vzdržuje posest z voljo (žival na paši), ki je lovskega upravičencu nikdo ne odreka, lovski zakon pa presumira. Če bi bil potreben dejanski prevzem konkretne divjačine za ustvaritev „hrambe“ lovskega upravičenca, potem bi svrha zakona, ki njega štiti, ne bila dosežena, saj so lovske tatvine divjačine po njeni prisvojitvi po lovskega upravičencu zelo redke ne glede, da štiti vobče zakon tudi divjad pred napadi divjih lovcev, ki se ne držijo lovskega poštenja glede načina lova.

Prisvojitve divjačine po divjem lovcu vpliva tedaj vseskozi uničevalno na lovske pravice. Če pa je res, da je divjačina premična in tuja stvar, da ni potreba, da je v l a s t i druge osebe, da za odvzem zadostuje uničenje dose-danje hrambe, potem je logičen samo ta zaključek, da je divji lovec divjačino lovskega upravičencu odvzel. Pri razumevanju tega pojma mora odločevati celotna vsebina lovske pravice. Že delno obrezuspešenje iste je prekršitev cele lovske pravice. Iz tega zaključujemo: *Divji lovec odvzame divjačino lovskega upravičencu iz njegove posesti, najsi lovski upravičenec divjadi še ni prevzel.*

III. Že iz dosedanjih izvajanj sledi, da § 322 kz. na divji lov ni uporabljen. Ne zbog tega, ker je divjačina tudi po prisvojitvi s strani divjega lovca ostala ničija, da torej ni tuja. Divjačina je za divjega lovca vedno tuja stvar. Ravno ker § 322 kz. v antitezi s § 314 kz. abstrahira od imovinske koristi, določba § 322 kz. ni tipično lastninski delikt. Njena uvrstitve v prvi odsek 27. poglavja je prešibek argument za to, da vsled tega § 322 kz. na divji lov ni uporabljen. To le zaradi tega ni, ker ima divjad praviloma imovinsko

vrednost. Edino ta argument loči § 522 kz. od § 514 kz. (arg. „izven primerov tatvine“). To nalaga sodišču dolžnost ob-razložiti, ne prezreti, zakaj smatra, da gre za namero pridobitve imovinske koristi (§ 514 kz.) ali ne (§ 522 kz.).

Če pa ima divjad pravilno imovinsko korist in če je lovskemu upravičencu odvzeta, ni kršena samo okupacijska pravica, ampak izvršena tatvina, najsi ni nujno, da je prekršen tudi lastninski odnos.

IV. V dosedanjih izvajanjih smo se obračali proti nesmotrnemu prenašanju civilnih pojmov v sestavine delikta tatvine, da ovržemo edino po slovstvu obstoječo oviro, po kateri je kvalifikacija divjega lova kot tatvina izključena. Če je pravilna naša teza, da divji lovec divjačino lovskemu upravičencu odvzame, bi bil s tem namen naše razprave dosežen. Poskusimo pa, storiti korak dalje, ker menimo, da daje lovski zakon tudi sam zadosten odgovor na civilno-pravno vprašanje, komu pripada divjačina, ki si jo prisvoji divji lovec.

Poudarili smo, da se bistvo lovske pravice da pravilno spoznati le v sintezi njene vsebine. Če se v § 5 odst. 4. lov. z. ris, volk itd. z izrazom „pripadajo“ odkazuje v lastninsko sfero ubijalca, nato pa v antitezi in v isti sapi pravi, da vsa druga zverjad in divjačina pripada lovskemu upravičencu, in da uvažujejo tudi izjeme lovske pravice lastninsko pridobitev, potem ne more biti dvoma, da je zakonodavec hotel povedati, da sta vsa druga zverjad in divjačina v resnici last lovskega upravičenca, saj odkazuje njemu vso substanco. Zakon, ki vsako drugo osebo od te substance izključuje, očitno ni mislil, da pripade vsa druga zverjad lovskemu upravičencu le, če jo je sam ustrelil ali za njega kdo drugi. Ta pravni učinek bi bil dosežen že z določbo § 1 in je to končno samo po sebi umevno. Zato je verjetneje narobe, ker nasproti navedenim izjemam postavlja zakon generalno načelo, tako, da se pripadanje vse ostale divjačine obrača nasproti tretjim osebam. Pravi smisel tega „pripadanja“ se mora razumeti v zvezi s fundamentalnim načelom lovskega zakona, da je lovska pravica združena z zemljiško lastnino. Ne dvomimo, da je za „pripadanje“ bilo za zakonodavca merodajna znanstveno najbolj podprta teorija, da je divjačina plod zemljišča, (Haerdtl), iz česar se zaključuje, da ta plod s trenutkom pobitja postane premična stvar in last zemljiškega lastnika ali uživalca (Zoričič). Naj slovstvo pravno bistvo lovske pravice označuje kot realno breme ali posebno pravico, ki počiva v lastnini

(Klang), te pravne konstrukcije ne morejo preko jedra, da je izvor lovske pravice zemljiška lastnina. Spojitev lovske pravice z zemljiško lastnino pravno ne pomeni nič drugega kakor deklaracijo, da je lovska pravica postala sestavni del materialne vsebine lastninske pravice, kakor se celo netelesne stvari v priprostem smislu besede, torej tudi pravice (okupacijska), ki komu „pripadajo“, imenujejo njegova lastnina (§ 353 odz.) V praksi se celo točno v civilnem pravu odrejeni pravni pojem zakonitega zastopnika tolmači v širokem smislu, da je v primeru § 273 odst. 5. kz. s predlogom nezakonske matere, ki ni varuhinja, predpisu § 87 odst. 1. kz. zadoščeno (Kre 303/37). Slično se tudi ribolovska pravica smatra kot sestav lastnine, ki pristoji lastniku. Le, kolikor je ločena od lastnine, se po večinskem mnenju smatra kot samostojna stvarna pravica (Klang). Tako tudi § 5 št. 1 zak. o sladkovodnem ribarstvu. Ker vsebina lovske pravice tedaj v § 1 ni izčrpno navedena, pomeni tukaj porabljeni izraz prisvajanje prav tako kakor v § 34. od. 2. lov. zak. le posamezne akte izvrševanja lastninske pravice. V § 1 lovska pravica ni sistematično, po svoji glavni vsebini pa je razložena v § 3 odst. 4. Tu je sedes materiae za oceno pravne strukture lovske pravice.

Mnenje, da je lovski upravičenec lastnik proste divjačine v lastnem lovišču, ni novo (Ofner). Priznava ga angleško pravo (transient property). Ni v nasprotju s civilnim pravom, ki mu primeri bežne, časne lastnine niso neznan, in ki je, kakor se v slovstvu priznava, polna lastnina. (Klang). Če divjad prehaja lovišča, to ne more motiti. Kolikor ne gre za samostojno lovsko pravico na lastnem zemljišču (§ 4 lov. z.), jo izvršuje zakupnik lovske pravice v imenu zemljiškoknjižnega lastnika. Ta divjačina torej ni ničija stvar in kriterij neposrednega prevzema v posest po lovskem upravičencu logično odpade. V tem zaključku nas potrjuje notorno dejstvo, da lovski upravičenci zlasti v velikih loviščih mnogokrat polovijo divjad že živo ne samo, da jo prodajo, ampak pogosto, da jo preko zime spravijo v prezimovališča. Taka živo ujeta divjad je last lovskega upravičenca in ostane to tudi, ko se po prezimitvi izpusti, dokler ne prekorači lovišča, enako kakor ostane n. pr. domača živina na neograjeni planini gospodarjeva last.

Na drugi strani ne leži v pojmu gojitve in razmnoževanja živali samo ustanovitev dopustnosti takega ravnanja, ki se na zunaj prikazuje kot obnašanje rednega lastnika, ampak tudi dejanski preodkaz divjačine v lovišču v to

možnost in lastnino, ker lovski upravičenec razmnožuje in lovi divjačino, ne da bi konkretne komade prevzemal. Če tudi divjačina v lovišču po splošnem naziranju ni stvar višjega reda, je vendar položaj sličen kakor pri *universitas rerum*, kjer posamezni komadi vstopajo v skupno povezanost brez posebnega ustanovitvenega akta za posamezni komad ter enako tudi izstopajo in kjer za obseg prevzete posesti zadostujejo „jasna znamenja“, ne da bi bilo treba posamezne komade prevzemati (§ 6, 302, 315 odz.). To jasnost dokumentira krajevni obseg lovišča in zakonska opredelitev lovske pravice. Srna, ki prestopi mejo lovišča, s tem trenutkom postane predmet lastninske pravice lovskega upravičenca v tem lovišču.

Naziranju, da bi zakon, ako je hotel priznati lovskemu upravičencu lastnino na divjačini njegovega lovišča, to jasneje povedal, bdi pred očmi idealna zakonodajna tehnika. Vendar se moramo končno sprijazniti, da te ni. Če je zakon odkazal vso substanco in ves hasek glede divjačine v lovišču lovskemu upravičencu in štiti lovske pravice tudi iz javnih ozirov, neuporaba besede lastnina ne sme motiti, čim so končni cilji zakona spoznavni in v skladu z naziranjem navadnega življenja ter ljudsko zavestjo. Da se partikularni predhodniki lovskega zakona niso povzpeli do tega, da bi izrečno divjačino odkazali v „last“ lovskemu upravičencu, tudi ne more biti zadosten argument zato, da tega lovski zakon ni nameraval, ker smemo zakonodavcu, ki mu je prejšnje pravno stanje bilo znano, ki pa je hotel to pravno stanje zenačiti, imputirati, da je nameraval poenotiti tudi pravno plat lovske pravice v njeni zasebni strani. Elastičnost takega tolmačenja gre edino v prid zakonitih ciljev lovskih interesov.

Iz tega moramo sklepati:

Lovski upravičenec je ex lege lastnik v njegovem lovišču se nahajajoče žive in mrtve divjačine, ki se nanaša na njegovo lovsko pravico. Divji lovec odvzame divjad iz lastnine lovskega upravičenca.

Komur se zdi tako tolmačenje lovske pravice presmelo in kdor sprejme stališče, da je prosto živeča divjad ničija stvar, pa ne more odkloniti, da lovna divjačina *legem non distinguente* (§ 5 odst. 4. lov. z.) po moči izraza „pripada“ postane *last* lovskega upravičenca v hipu, ko žival pade, bodisi pravično ali nepravično ustreljena, v zanjko ali past ujeta, pobita, samo od sebe poginula ali kakor koli pokončana. Ako se priznava, da je tukaj *sedes materiae*, potem je priznanje teh zakonitih ciljev nujno in ogibanje

tolmačenja s preziranjem lovskih interesov nesmotrno. Divji lovec si prilasti tujo lastnino in zagreši priprosto tatvino.

Do kakih monstroznih posledic vodi nasprotno mišljenje, je dokaz, da se za civilno pravo z vso resnostjo trdi, da lovski upravičenec, tudi če mu je divji lovec srnjaka ustrelil in odnesel, pridrži svojo „okupacijsko pravico“, dokler stvar ne pride v roke dobrovernega posestnika (Klang str. 103)! Ko gre pri enotni ureditvi za vsestransko zaščito lovskih interesov, ne samo zaradi koristi lovskega upravičenca, ampak enakovredno zaradi narodnogospodarskih interesov, za kriminalne svrhe takega tolmačenja zakona ne moremo sprejeti.

Po navedenih izvajanjih prihajamo de lege lata končno, dasi po drugi poti, do istega zaključka kakor uvodno omenjena razprava prof. dr. Kreka, da je v primeru koristoljubne prisvojitve divjega lovca staviti pod določbo § 314 kz. Zavedamo pa se, da gre napram stališču stola sedmorice odd. B v. glavnem za teoretično vprašanje, ker § 322 kz. v posebno težkih primerih preti celo z višjo kaznijo kakor 314 kz. Nevšečnim posledicam obsodbe po § 314 kz. z ozirom na § 315 kz., ki bi morda zaradi sorodstva s primeri tatvine v obsegu § 320 kz. ali po psihologični strani bili utemeljeni, se praksa lahko izogne s tem, da kazen omili, in izreče na mesto strogega zapor zapor (§ 71 št. 4 kz.) Ali s tem problem ne bo rešen. Pravna neizvestnost, ki dejansko vlada, in moralni interesi, ki so prizadeti pri vsakem zrahljanju pravnega reda, nujno zahtevajo zakonodajne ukrepe. De lege ferenda se tatinska kvalifikacija divjega lovca ne bo mogla držati. Po svoji težini to tudi ni glavni problem, ampak sodna kaznivost po posebni normi po vzgledu drugih držav.

Spremenljivost upravnih aktov.

Dr. Joso Jurkovič.

I.

Vprašanje, ali so upravni akti spremenljivi ali nespremenljivi, spada med najzamotanejša upravnopravna vprašanja. Vprašanje se je pojavilo ob nastanku pravne države in se rešuje od tedaj, do danes pa še ni rešeno. Teoretično