

pritiče, ker da ne more cela tri leta čakati na eventualno uveljavljenje zahtevka.

Ne sme nas motiti besedilo § 771 odz., ki določa, da mora razlog za razdedinjenje dedič vedno dokazati. Zakon ne pravi, da mora nastopiti dedič ravno kot tožitelj proti nujnemu dediču. Smisel te norme je le v materialnem odrejanju dokaznega bremena,⁸ ne v formalnem določanju vlog strank. Če toži nujni dedič na plačilo nujnega deleža, nosi dokazno breme toženi dedič, ki mora dokazati obstojnost razloga razdedinjenja, ako ga zatrjuje. Če se mu dokaz ponesreči, mora vtoževano plačilo nujnega deleža izvršiti.

Izven območja našega razmotrivanja leži vprašanje o vračunanju predprejemkov v nujni delež in o načinu ostvarjanja takega zaračunavanja v zvezi s problemom, ali gre pri tem samo za računski operat ali pa je na mestu posebna tožba za vse odn. poedine postavke. Pripominjamo samo, da taka tožba, če in kadar je dopustna, glede na besedilo § 787/2 odz. („mora... dopustiti“) nikakor ne bi bila več gola ugotovitvena tožba.

Končni zaključek, ki ga glede na gori obrazloženo s pridom napravimo, je, da nujni dedič ni nikakšen dedič, ampak navadni upnik zapuščine za svoj nujni delež v denarju. Njegova „dedna pravica“ je denarna terjatev, zato mora tudi tožbeni zahtevk o nujnem deležu praviloma iti samo za dajatvijo. Pozitivne in negativne ugotovitvene tožbe o nujnem deležu so, ker navadno ne bo pravnega interesa na takojšnji ugotovitvi, zvečine neutemeljene. Sporna vprašanja med strankama o tej pravici se lahko razčiščajo v dajatveni pravdi nujnega dediča na plačilo njegovega nujnega deleža.

K pravilnemu tolmačenju § 420 odst. 3 kp.

Dr. L. Kravina.

Stol sedmorice odd. B v Zagrebu (sedaj Vrhovno sodišče v Ljubljani) je v svoji odločbi z dne 19. januarja 1938, Kze 240/37 izrekel, da preiskovalnega zapore ni moči všteti v kazni v smislu § 77 kz. in § 420/1 kp., čim je sodba prve stopnje izrečena; mora se pa po § 420/3 kp. všteti preiskovalni zapor, ki je bil prestan, p o objavi sodbe prve stopnje v kazni in to „ne le v primeru, če se smrtna kazni s pomilo-

⁸ Klang § 771, str. 652.

stivijo spremeni v časovno kazen na prostosti, marveč tudi takrat, če se smrtna kazen s pomilostitvijo spremeni najprej v dosmrtno kazen na prostosti, nato se pa dosmrtna robija z nadaljnjo pomilostitvijo spremeni v časovno kazen na prostosti (arg. a majore ad minus).“

Odločba apelacijskega sodišča v Beogradu z dne 26. maja 1934 Kža 182/34¹ je šla v tem pogledu še korak dalje in izrekla, da se mora tudi pri obsodbah na smrt všteti pripor in preiskovalni zapor iz § 77 kz. in § 420 odst. 1 kp., ker je to vštetje obvezno za vsako obsodbo; ima se pa pripor in preiskovalni zapor iz navedenih določb ob aplikaciji § 420/3 kp. všteti tudi v kazen na dosmrtno robijo, ter motivira to takole: „Pa kada je zakonodavac beneficirao teže krivce, onda Apelacioni sud nalazi, da se kod kazne večite robije, kao lakše ima po duhu i smislu zakona osudjenom uračunati u dosudjenu mu kaznu sve vreme provedeno u pritvoru i istražnom zatvoru.“

Temu nasproti je apelacijsko sodišče v Ljubljani pod Kža 91/40-2 z dne 29. maja 1940 odločilo, da se pripor in preiskovalni zapor iz § 77 kz. in 420/1 kp. ne more všteti v kazen dosmrtno robije, ker je možno izreči vštetje preiskovalnega zapora le v primerih, ko je to smiselno mogoče in izvedljivo — tedaj ne pri obsodbi na smrt ali dosmrtno robijo; pri obsodbah na dosmrtno robijo pa § 420/3 kp. sploh ne prihaja v poštev, ker dopušča ta določba vštetje preiskovalnega zapora, prestanega po razglasitvi prvostopne sodbe, le v ono časno kazen na prostosti, ki je bila odredjena po milostni poti namesto smrtne kazni.

Že iz tu navedenih odločb izhaja, da je naša judikatura v pogledu tolmačenja določbe § 420/3 kp. še neustaljena in vse prej kot enotna.

Preden pa preidemo na podrobnejšo analizo § 420/3 kp., smatramo za potrebno odgovoriti na vprašanje, ali je vštetje pripora in preiskovalnega zapora v smislu določb § 77 kz. in § 420/1 kp. možno tudi tam, kjer se glasi kazen na smrt ali dosmrtno robijo. Iz besedila § 77 kz. bi se sicer dalo sklepati, da je všteti pripor in preiskovalni zapor tudi v teh primerih. Ali — kaj znači všteti pripor in preiskovalni zapor v izrečeno kazen? Vsekakor to, da se izreče del kazni s priporom in preiskovalnim zaporom za prestan. Ker pa pri obsodbi na smrt ne more biti govora o tem, da je del prisojene kazni že prestan s priporom in preiskovalnim zaporom — je vštetje pripora in preiskovalnega zapora v

¹ Vesel — Timoškin str. 84.

smrtno kazen smiselno nemogoče in neizvedljivo. Všteti se more le tam, kjer je vštetje mogoče; smrtna kazen na eni in preiskovalni zapor na drugi strani pa sta dva čisto različna pojma, ki nista v nobenem medsebojnem odnosu.

Slično je z dosmrtno robijo. Ker se ta kazen začne takoj po pravnomočnosti sodbe, a konča — vsaj teoretično — šele s smrtjo delinkventa — in gre torej pojmovno za neomejeno kazen na prostosti — se tudi kazen dosmrtno robije ne more vzeti za podlago za vštetje prestanega preiskovalnega zapora.²

Utegne se prigovarjati, da ima vštetje preiskovalnega zapora v teh primerih sprva sicer zgolj teoretičen pomen — postane pa lahko aktualno, ko se smrtna kazen odnosno dosmrtna robija kasneje po pomilostitvi spremeni v časno kazen na prostosti. Temu naziranju pa ni moči pritrditi. Vsaka sodba sloni na činjenicah, obstoječih v momentu izrečene sodbe. Načelo rebus sic stantibus velja tudi za kazenske sodbe in ne more biti sodba prikrojena tako, da se v njej upoštevajo činjenice, ki utegnejo morebiti nastati šele po preteku nekaj let, morda celo več desetletij.

Kar se pa tiče često pogrešne aplikacije določbe § 420/3 kp. v naši judikaturi, ima ta svoj izvor v napačnem tolmačenju navedene zakonske določbe. Po smislu določb § 77 kz. in § 420 odst. 1 in 2 kp. se načelno upošteva preiskovalni zapor v rednem postopanju samo v sodbi; izjemo od tega načela predstavlja določba § 420/3 kp., ki vnaša v to vprašanje nov element, ki je bil neznan zakonikom o kazenskem postopanju, ki so bili poprej v veljavi v posameznih pravnih področjih naše kraljevine, t. j. da se naj preiskovalni zapor všteta v kazen tudi po pravnomočni sodbi tam, kjer je bila smrtna kazen s kraljevo milostjo spremenjena v časno kazen na prostosti.

Do pravilnega tolmačenja te zakonske določbe pridemo po našem mnenju le, če upoštevamo, da mora sodišče v smilu § 356/3 kp.³ in § 432 kp. v vsakem primeru obsodbe na smrtno kazen ex offio predložiti spis ministru pravde zaradi morebitne pomilostitve. Ta predložitev spada potemtakem še v redno kazensko postopanje, ker je obvezna in jo je izvršiti takoj po pravnomočnosti vsake smrtne obsodbe. Posledica tega je, da postane izrek o kazni v primeru smrtne obsodbe končno veljaven in izvršljiv šele po vrnitvi spisov iz ministrstva pravde.

² Enako: Olshausen, pripomba št. 8 k § 60; Munda: Pravosudje 1958 str. 261.

³ Črtan z novelo z dne 9. oktobra 1931.

Leži na dlani, da je zakonodavec imel pri normiranju § 420/3 kp. v mislih samo in edino ta primer pomilostitve — nikakor pa ne še kako poznejšo pomilostitev, odrejeno izven okvira obvezne predložitve spisov ministru pravde ob obsodbi na smrt. Še manj se potemtakem more § 420/3 kp. tolmačiti v smislu, da se po načelu a majore ad minus lahko uporablja ta zakonska določba tudi na obsodbe na dosmrtno robijo. Za tako tolmačenje govorijo v ostalem tudi razlogi zakonodajne sistematike; navedena zakonska določba je namreč v našem kazenskem postopniku uvrščena med ostale zakonske določbe, ki urejajo način vštetja preiskovalnega zavora v rednem kazenskem postopanju, in ne med ona, ki obravnavajo izredne postopke, ki jih predvideva naš zakonik v sodnem kazenskem postopanju in med katera spada brezdvomno tudi pomilostitveni postopek izven okvira pomilostitvenega postopanja ob priliki obsodb na smrtno kazen.

Vse odločbe sodišč v naši judikaturi, ki tolmačijo določbo § 420/3 kp. drugače — smatrati so zaradi tega za p o g r e š n e.

Rešiti bi bilo le še vprašanje, katero dobo preiskovalnega zavora gre v smislu § 420/3 kp. všteti v kazen — ali samo čas, ki ga je prebil obsojeni v preiskovalnem zaporu p o r a z g l a s i t v i p r v o s t o p n e s o d b e (§ 420/2 kp.) ali pa tudi čas, ki ga je prebil obsojeni tudi p r e d r a z g l a s i t v i j o p r v o s t o p n e s o d b e (§ 77 kz., § 420/1 kp.).

Ne samo v judikaturi, nego mestoma tudi v pravni literaturi⁴ je zastopano mišljenje, da je všteti v primeru uporabe § 420/3 kp. tudi preiskovalni zapor iz § 77 kz. — češ vštetje tega zavora je pri vsaki obsodilni sodbi obvezno in se mora zaradi tega izvršiti tudi, ko nastopi primer iz § 420/3 kp., skratka v vsakem primeru.

Temu nasproti se navaja, da predvideva § 77 kz. vštetje preiskovalnega zavora načelno samo v izrečeno kazen ter se zaradi tega doba pripora in preiskovalnega zavora iz navedene zakonske določbe ne more več všteti v kaki poznejši fazi rednega kazenskega postopanja — ne glede na to, da se pri obsodbi na smrt že po narodi prisojene kazni pripor in preiskovalni zapor ne moreta všteti v kazen.

Mnenja smo, da je sicer načelo, da se more preiskovalni zapor všteti samo v izrečeno kazen p r e d r t o s p r e d p i s o m § 420/3 kp. in bi potemtakem ne obstajala nobena načelna zapreka za vštetje preiskovalnega zavora iz § 77 kz. tudi

⁴ Na primer: Čubinski, Komentar h kaz. postopniku (§ 420 kp.).

tam, kjer nastopi primer iz § 420/3 kp., vendar smatramo, da je treba na vprašanje, ali se more pripor in preiskovalni zapor iz § 77 kz. všteti tudi v primeru, ko je smrtna kazen s pomilostitvijo spremenjena v časno kazen na prostosti, odgovoriti — negativno.

Določba iz § 420/3 kp. je smiselno in besedno tako tesno povezana z določbo iz § 420/2 kp., — ki ima v mislih samo oni čas preiskovalnega zapora, ki ga je kdo nezakriviljeno preстал po razglasitvi prvotne sodbe, — da ne more biti nobenega dvoma o tem, da je zakonodavec nameraval z normiranjem predpisa iz § 420/3 kp. omogočiti vštetje tudi samo onega preiskovalnega zapora, ki ga je kdo nezakriviljeno preстал po razglasitvi prvostopne smrtne sodbe.

Besedilo § 420/3 kp. „To će se vreme naposletku uračunati...“, ki navezuje na drugi odstavek § 420 kp., je v tem pogledu tako jasno, da izključuje vsako misel na to, da je zakonodavec hotel razširiti blagodat vštetja tudi na preiskovalni zapor iz določb § 77 kz. in § 420/1 kp.

V praksi gre pri tem itak skoraj vselej le za oni čas trajanja preiskovalnega zapora, ki ga je na smrt obsojeni preстал v času od pravnomočne smrtne obsodbe pa do vrnitve spisov iz ministrstva pravde — torej čas, ko je trajalo obvezno pomilostitveno postopanje in ko je obsojeni nezakriviljeno preстал preiskovalni zapor, ko je čakal na odločitev ministra pravde v pogledu pomilostitve. In ta čas je, katerega je zakonodavec očigledno imel v prvem redu v mislih, ko je normiral predpis iz § 420/3 kp.

Na podlagi iznesenih razmotrivanj prihajamo do naslednjih zaključkov:

1. V smrtno kazen ali kazen na dosmrtno robijo se pripor in preiskovalni zapor v smislu § 77 in § 420/1 kp. nikdar ne všteta;

2. Predpis iz § 420/3 kp. se uporablja samo na primer obsodbe na smrtno kazen, ko je namesto nje bila odrejena časna kazen na prostosti v obveznem pomilostitvenem postopanju, ki se izvede neposredno po vsaki smrtni obsodbi (§ 432 kp.), — nikakor pa tudi na primer obsodbe na dosmrtno robijo ali primer, ko se je smrtna kazen najprej spremenila v dosmrtno kazen na prostosti — z nadaljnjo pomilostitvijo pa šele v časno kazen na prostosti.

3. Po smislu § 420/3 kp. se všteta v kazen samo oni čas trajanja preiskovalnega zapora, ki ga je prebila na smrt obsojena oseba nezakriviljeno v preiskovalnem zaporu po razglasitvi prvostopne sodbe (§ 420/2 kp.).