

sta kriva predčasne razveze službenega razmerja oba dela, naj razsodi sodišče po prostem preudarku, gre-li povračilo in v kateri višini.« Tukaj koncedirani prosti preudarek daje sodišču dosti več svobode, kakor sorodna določba § 1304 o. d. z. Hkratu je ta nenavadna določba dokaz, kako zamotane so včasih krivice iz kršenih službenih pogodb.

Nekaj pripomb k sodni praksi glede na novo kazensko zakonodajo.

Dr. Avgust Munda.

(Nadaljevanje in konec.)

Naknadna uporaba določb o realnem steku (§ 64. k. z.).

Za pojem realnega steka je bistveno istočasno sojenje; ako ni tega pogoja, ni moči uporabljati določb o realnem steku. § 64. k. z.¹⁷ pa določa, da se morajo izjemoma uporabljati določbe o realnem steku (§ 62., 63. k. z.), to je: izreči se mora enotna skupna kazen (po načelu asperacije, če gre za kazen na prostosti, in po načelu kumulacije, če gre za denarne kazni,) tudi tedaj, če sojenje ni bilo istočasno. Kazenski zakon obravnava v § 64. k. z. primer, da je zagrešil storilec, ki je bil že obsojen za eno kaznivo dejanje, pred objavo sodbe še drugo kaznivo dejanje, za katero se prej ni vedelo ali ni bilo moči izreči skupne sodbe (§§ 266., 284., 285. k. p.). Določba § 64. k. z. govori torej o namišljenem realnem steku; ta namišljeni realni stek pa je podan le tedaj, če je podan pogoj, pod katerim ga zakon dopušča. Pogoj pa je ta, da kazen iz prejšnje sodbe za časa sodbe radi drugega kaznivega dejanja še ni prestana, zastarana ali odpuščena. Merodajen za uporabo § 64. je torej trenutek objave druge sodbe na prvi stopnji. Uporaba § 64. k. z. je še vedno dopustna, dasi je bila prva kazen prestana pred objavo sodbe druge stopnje.

Motivi h kazenskemu zakonu iz leta 1910. pravijo k § 68. (sedanji § 64. k. z.) to-le: »Neče se medjutim uzeti, da postoji sticaj, ako novootkriveno delo dodje na presudjenje, pošto je već dosudjena kazna izdržana, oproštena ali zastarela. U tom se slučaju novo delo sudi zasebno i izriče se puna zaslužena kazna. Kao što se vidi, kot nejedno-

¹⁷ Enako besedilo ima § 79. nemškega k. z., § 66. osnutka nemškega k. z. iz leta 1915. in § 68. nemško avstrijskega osnutka k. z. iz leta 1927.

vremenog sodjenja sticaj je moguć sve dokle je moguće popravljjanje ranije presude.«¹⁸ Če je prvotna kazen prestana, potem ima sodnik, ko odmeri kazen za drugo dejanje, pred seboj le še eno kazen in radi tega logično ne more več uporabljati določb o realnem steku.

Razlog za to določbo je ta: Določba o realnem steku (§ 62. k. z.) je ublažitev načela kumulacije kazni z načelom poostritve (asperacije) kazni (združitev vseh zasluženih kazni v enotno zvišano kazen). Ta združitev pa ima pomen le, če se enotna kazen neprekinjeno izvrši. Neprekinjena izvršitev pa ni več mogoča, če je prva kazen že prestana. Radi tega § 64. k. z. logično odreja, da določbe o realnem steku niso uporabne, če je prva kazen že prestana. Ako zakon tega ne bi določal, bi bila storilcu ugodnost § 64. k. z. dvakrat naklonjena, prvič s tem, da prestaja obe kazni ločeno (ločena izvršitev kazni je za obsojenca manj občutna) in drugič s tem, da dobi za več kaznivih dejanj le eno zvišano kazen namesto dveh ali več samostojnih kazni.¹⁹ Storilec bi bil torej na boljšem, kakor pa, če bi bil sojen za obe dejanji obenem. Ako je torej prva kazen popolnoma prestana, izreče sodnik za drugo dejanje povsem samostojno kazen prav tako, kakor če bi se bilo dejanje zgodilo po objavi prve sodbe.

V tem smislu je treba tolmačiti tudi drugi stavek § 64. k. z., ki je le logično nadaljevanje osnovne določbe prvega stavka navedene določbe. Drugi stavek § 64. k. z. je dal mnogo povoda za napačno tolmačenje v tem smislu, da je treba vračunati v enotno kazen, odmerjeno po § 62. k. z., kazen iz prejšnje sodbe tudi tedaj, če je popolnoma prestana. Tako tolmačenje je seveda zgrešeno. Če je kazen za prvo dejanje popolnoma prestana, se ne izreče konkurenčna kazen, nego se izmeri za drugo kaznivo dejanje kazen povsem samostojno in kazen iz prejšnje sodbe se ne vračuna, ker odreja zakon vračunanje le za namišljeni realni stek, ta pa ni podan, če je kazen popolnoma prestana. Drugi stavek § 64. k. z. je torej razumeti v logični zvezi s prvim stavkom nav. paragrafa tako, da se vračuna kazen iz prejšnje sodbe le, če je deloma prestana (§ 281., št. 4. k. p.). Prav tako je treba tolmačiti tudi določbo 2. odstavka § 286. k. p., ki določa zgolj postopek, kako je v konkretnem primeru izvršiti določbo § 64. k. z. To izhaja iz besed »... izreči će presudu, kojom će prema propisima krivičnog zakona utvrditi kaznu... pa će istovremeno uračunati kaznu,

¹⁸ Liszt, 1927. str. 347.

¹⁹ Glej motive k § 68. avstrijskega osnutka kaz. zak. iz l. 1927.

koja je po raniji presudi izdržana» (§ 286. k. p.). Med drugim odstavkom § 286. k. p. in določbo § 64. k. z. torej ni nobenega protislovja.

Pri postopku po § 286., 2. odst., k. p. je sodnik, ki sodi o drugem kaznivem dejanju, vezan na sodbo o prvem kaznivem dejanju in jo mora torej pustiti nedotaknjeno ne le v odločbi o krivdi, nego tudi v odločbi o kazni. Kazenski postopnik ne daje sodniku nobene pravice, da spreminja pravnomočne sodbe razen, kolikor zakon izrečno določa (pravni leki). Kljub temu pa razodeva določba § 64. k. z., da sme sodnik odločbo o kazni, dasi je pravnomočna, prenarediti toliko, da združi dve ali več kazni v eno skupno kazen v smislu določb § 62., 63. k. z. V praksi je stvar rešiti tako, da določi sodnik v dispozitivnem delu sodbe z uporabo §§ 64. in 62. odnosno 63. k. z. eno skupno kazen z upoštevanjem prejšnje sodbe. V razlogih pa navaja dispozitivni del prejšnje sodbe in odmeri kazen tako, kakor da bi bil obe dejanji sodil obenem. V odredbi za izvršitev sodbe pa odredi naposled, da se izbriše kazen prve sodbe iz kazenskega registra. Pogrešna je torej praksa sodišč, ki razveljavljajo v primerih § 64. k. z. prvo sodbo v odločbi o kazni ali celo v odločbi o krivdi.

Če pa vsebuje prva sodba enotno zvišano kazen, izrečeno po § 62. k. z., in če je prvi sodnik opustil določitev posameznih kazni za poedina kazniva dejanja v smislu § 286., 1. odst., k. p., mora drugi sodnik to naknadno storiti, ker sicer ne bi mogel kazni odmeriti v smislu § 62., 64. k. z. Za podlago pri odmeri kazni po § 64. k. z. ne sme namreč vzeti sodnik enotne zvišane kazni iz prve sodbe, nego osnovno kazen, to je najvišjo zaslužno posamezno kazen, naj je ta v prvi ali pa v drugi sodbi (§ 62. k. z.). Utegne se pa zgoditi, da drugi sodnik prvotne kazni iz prve sodbe sploh ne bo mogel več zvišati, če je n. pr. določil prvi sodnik za prvo kaznivo dejanje najvišjo mero dotične vrste kazni n. pr. 5 let zapora (§ 62., 2. odst., k. p.). Če pa smatra sodnik prejšno skupno kazen za zadostno tudi za novo kaznivo dejanje, je odvisno od njegovega preudarka, ali jo zviša ali ne. Če vsebuje prva sodba enotno zvišano kazen, je drugi sodnik na to kazen vezan, tako da ne sme nova (po § 64. k. z. izmerjena) zvišana kazen presegati vsote prejšnje zvišane kazni in nove posamezne kazni.

Uporaba § 64. k. z. je obvezna; če ni uporabljen (§ 335. k. p.), je kršen materialni zakon (§ 337. št. 3. k. p.).

V tej zvezi bodi omenjena še določba § 360., 1. odst., k. p. Določba § 64. k. z. dopušča naknadno uporabo § 62. in

63. k. z., določba § 360., 1. odst., k. p. pa omogočuje naknadno uporabo § 64. k. z. Poudariti je, da je moči uporabiti procesualno določbo § 360., 1. odst., k. p. tudi tedaj, če je kazen iz prejšnje sodbe ob času odločbe po § 360. k. p. že popolnoma prestana; to pa radi tega, ker je za uporabo § 64. k. z. merodajen zgolj trenutek druge sodbe, ne pa trenutek odločbe po § 360., 1. odst., k. p. Odločba po § 360., 1. odst., k. p. se izda v obliki sodbe.

Določba § 64. k. z. je pravna dobrota za obtoženca; zato je ni uporabiti, če bi mu bila v konkretnem primeru v kvar.

Pogojna obsodba (§ 65. k. z.).

Kakor denarna kazen, tako naj odstrani tudi pogojna obsodba škodljive posledice kratkodobnih kazni na svobodi. Misel, na kateri sloni pogojna obsodba, je naperjena proti načelu, da naj nastopi kazen neposredno po kaznivem dejanju. Zakonodajec hoče s to ustanovo vplivati na obsojenčevo čustvo (strah in upanje); to pa iz vidika, da je pri storilcu prevladovala za časa kaznivega dejanja začasna oslabeledost volje in značaja, na to oslabeledost pa hoče zakon vplivati s pogojno obsodbo ter pojačiti voljo in značaj. Ker ima pogojna obsodba predvsem vzgojni namen, je priporočljiva zlasti pri obsodbah starejših maloletnikov, pri katerih naj tvori nekak prehod od vzgojnih sredstev, ki nadomeščajo kazni pri mlajših maloletnikih.

Ker je pri kaznovanju upoštevati ne le načelo specialne prevencije, marveč tudi načelo generalne prevencije, ne bi bilo umestno izreči pogojno obsodbo, če bi utegnila slabo vplivati na javnost. Nemško-avstrijski osnutek, ki pa pozna zgolj pogojni odpust kazni, torej pogojno pomilostitev, pravi (§ 41.), da se kazen ne sme pogojno odpustiti, če zahtevata javna korist ali ozir na oškodovanca, da se kazen takoj izvrši.

Pripomniti je, da pravica do izvršitve kazni ne more zastarati (§ 81. k. z.) za časa preskusne dobe, ker določa § 83. k. z., da pravica do izvršitve kazni ne zastara v času, ko se izvršitev kazni po zakonu ne more izvršiti.

Sodišča so uporabljala ustanovo pogojne obsodbe prav izdatno in to po vsej pravici. Pripomnim pa, da so sodišča določala preskusno dobo v pretežni večini prekratko. Načelo pri pogojni obsodbi je stroga kazen in dolga preskusna doba. Dvomili so tudi, ali sme sodnik izreči pogojno obsodbo, če obtoženec ni navzoč. To vprašanje rešuje kazenski postopnik z določbo § 389. k. p., ki pravi, da okrajni sodnik ne sme izreči pogojne obsodbe, če obtoženec ni na-

vzoč. Ta določba je izjemna specialna določba za postopek na okrajnem sodišču in seveda ne velja za okrožna sodišča.

Omilitiv kazni po § 30., prvi odst., št. 3 k. z. in po § 71. k. z.

Dočim dopuščajo določbe §§ 27. do 29. k. z. za mlajše maloletnike le vzgojne odredbe, določa § 30. k. z. za starejše maloletnike načelo kazni. Toda starejši maloletniki se sicer kaznujejo, pa milejše kakor odrasli. Zakon namreč določa za pokaznitev starejših maloletnikov druge ugodnosti in sicer: 1. specialno kaznovanje po § 30., odst. 1., šte. 1. in 2. k. z. in 2. specialno omilitiv kazni po § 30., odst. 1., šte. 3. k. z. Sistem specialne pokaznitve za starejše maloletnike je v tem, da določa zakon (§ 30., odst. 1., šte. 1. in 2. k. z.) za kazniva dejanja starejših maloletnikov posebne kazenske okvire in sicer: 1. za kazniva dejanja, za katera predpisuje zakon za odrasle smrtno kazen ali do smrtno robijo, robijo ali zatočenje od 7 do 20 let (§ 74. k. z.); 2. za kazniva dejanja, za katera predpisuje zakon za odrasle robijo ali zatočenje, robijo ali zatočenje do 10 let; 3. pri časnih kaznih na prostosti pa sodišče ni vezano na najmanjšino, ki jo predpisuje zakon za dotično kaznivo dejanje. Sodišče sme radi tega po § 30., odst. 1., št. 2. k. z. izreči robijo od 1 meseca do 10 let in zapor od enega dneva do 5 let. Teh najmanjšin pa ni dopustno prekoračiti radi določbe § 41. k. z.

V vseh pravkar označenih treh primerih sme sodišče razen tega, če so podane olajšilne okoliščine (§ 71., 1. stavek, k. z.) omiliti kazen po § 30., odst. 1., šte. 3. k. z. in sicer sme izreči namesto robije strogi zapor, namesto zatočenja pa zapor v izmeri od 7 dni do 5 let.²⁰ Sodišča v tem pogledu niso postopala enotno; nekatera so po § 30. k. z. znižala robijo pod eno leto, druga so pa bila mnenja, da se tudi po določbi § 30. k. z. ne dajo znižati splošni kazenski okviri §§ 37. do 39. k. z.

Rešiti je vprašanje, kakšno je razmerje določbe šte. 3., odst. 1. § 30. k. z. in občne določbe o omilitvi kazni po § 71. k. z. Poudarjam, da je šte. 3., odst. 1., § 30. k. z. specialna določba, ki izključuje občno določbo § 71., št. 1. do 3. k. z. in deloma tudi določbo § 71., št. 4. k. z. Ker nima § 30. k. z. nobene določbe o spremembi strogega zapora v navadni zapor in zapora v denarno kazen, velja tudi za starejše maloletnike določba § 71., šte. 5. k. z. in deloma tudi določba § 71., št. 4. k. z.

²⁰ Čubinski, stran 99., Žganeč-Zorž, stran 183., Dolenc, stran 88.

Glede omilitve kazni po § 71., št. 4. k. z. so sodišča različno poslovala. Nekatera so se izrekla zato, da se strogi zapor, ki naj zamenjuje robijo, ne sme znižati pod eno leto.²¹ Tudi vrhovno sodstvo je bilo v tem pogledu deljeno, stol sedmorice v Zagrebu odd. A. je branil pravkar omejeno stališče, stol sedmorice odd. B. pa je bil nasprotnega mnenja; za njim so šla vsa sodišča na področju apelacijskega sodišča v Ljubljani. Tudi v slovstvu si mnenja niso enaka, kako naj se razlaga § 71., toč. 4. k. z.

O spremembi zapora na denarno kazen govorim v oddelku, ki se nanaša na denarno kazen.

Omilitev kazni po svobodni oceni (§ 72. k. z.),

Določbo o omilitvi kazni po svobodni oceni ima že osnutek nemškega kazenskega zakonika iz leta 1909. (§ 83.). Glasi se tako: »V posebno lahkih primerih sme sodišče omiliti kazen po svobodni oceni.« Ta ustanova je prešla bistveno v isti obliki tudi v osnutek iz leta 1925. (§ 75.) Po tej določbi je primer posebno lahek, ako bi bila »najmilejša dopustna kazen še vedno prekruta kljub temu, da so storilcu priznane olajšilne okoliščine.« Kaznivo dejanje mora biti torej na meji kaznivosti n. pr. pri zelo zmanjšani vračunljivosti ali n. pr. pri okoliščinah, ki mejijo na nepremagljivo silo. Ako je primer posebno lahek — tako pravijo nemški motivi — sodišče ni vezano na vrsto kazni, glede višine kazni pa je vezano na zakoniti kazenski okvir določene vrste kazni. Proti tej določbi so se pojavili v pravnih krogih tehtni pomisleki, češ, da prepušča ta določba sodniku preveliko svobodo pri odmeri kazni.²² Nemški osnutek je namreč dopuščal omilitev kazni po svobodni oceni pri vseh kaznivih dejanjih. Nemškoavstrijski osnutek iz leta 1927. je črtal določbo o omilitvi kazni po svobodni oceni z motivacijo, da zadostujejo za znižanje kazni splošne določbe o omilitvi kazni, izredni primeri omejitve pa se naj prepuste pomilostitvi. Kompilatorji za osnutek srbskega kazenskega zakonika iz leta 1910. so sprejeli to ustanovo po zgledu švicarskega kazenskega zakona s precejšno utesnitvijo (§ 60.); sodnik sme namreč uporabiti to omejitev le v primerih, ki jih zakon izrečno določa. Motivi k tej določbi pa pravijo, da sodnik v teh primerih ni vezan na vrsto

²¹ Isto stališče: Čubinski, stran 179., Žganec-Žorž, str. 186., glej tudi Mjesečnik 1930., str. 504., nasprotno: Dolenc stran 154.

²² Vorträge über den Vorentwurf zu einem österreichischen Strafgesetzbuch. Wien 1911., stran 179 in motivi k nemško avstrijskemu osnutku kaz. zak. iz l. 1927., stran 112.

kazni, niti na višino kazni »razen na minimum vrste kazni.« »Kratko objašnjenje« k načrtu iz leta 1922. molči o tej točki.

Srbski osnutek iz leta 1910. utemeljuje določbe o omilitvi kazni po svobodni oceni približno tako kakor nemški osnutek iz leta 1909. Ne sme se pa prezreti, da je spopolnil osnutek iz leta 1910. besedilo o svobodni oceni z besedami da »sodišče ni vezano ni na vrsto ni na mero kazni, ki je predpisana za kazniva dejanja.« S tem daje srbski osnutek sodniku večjo moč glede znižanja kazni kakor nemški osnutek. Utemeljitev, ki velja za nemški osnutek, ne velja torej tudi za srbskega.

Po določbi § 72. k. z. sodišče, ko omili kazen po svobodni oceni, ni vezano ne na vrsto ne na mero kazni, ki je predpisana za kaznivo dejanje. Na vrsto kazni je sodnik torej vezan le toliko, da ne sme izreči drugih kazni kakor tistih, ki so našteje v III. poglavju kazenskega zakona. Glede višine kazni pa določa zakon, da sodnik ni vezan na mero kazni, ki jo določa zakon za konkretno kaznivo dejanje v posebnem delu. Primeri omilitve po svobodni oceni so: §§ 22., 24., 25., 32., 147., 170., 171., 202. glede na §§ 187. do 201., 245., 303., 305., 321., glede na §§ 314. in 318., 324., glede na §§ 322. in 323., 325., 341. glede na §§ 334. do 338., 351. glede na §§ 344. do 348., 370. glede na §§ 369., 373. Če bi obveljala razlaga v motivih srbskega kazenskega zakona iz leta 1910., ne bi imela določba § 72. k. z. praktičnega pomena. Kjer določa zakon najmanjšino, se mora ta itak znižati z določbo § 71., št. 3. k. z., kjer pa določa zakon le zakonsko najmanjšino, bi bila uporaba § 72. sploh nemogoča (primeri § 71., št. 4. k. z.). Radi tega je moči tolmačiti določbo § 72. le tako, da dopušča v interesu individualizacije kazni znižanje tudi pod zakonski minimum, določen v §§ 37., 38., 39. in 42. Na tem stališču je vsa sodna praksa in tudi vrhovno sodstvo.²³ Seveda pa ni moči znižati robije in zatočenja pod en mesec, zavora pa ne pod en dan, ker bi bila sicer kršena določba § 41. k. z. Prav to velja za znižanje kazni po § 30., 1. odst., števil. 2. k. z.

Ako se spremeni po § 72. k. z. robija na zapor ali na denarno kazen, ostane dejanje še vedno zločinstvo; § 15., 2. odst., k. z. namreč določa, da so zločinstva tista kazniva

²³ Odločba stola sedmorice odd. B. z dne 4. aprila 1930., Kre 62/30. Istotako: Dolenc stran 155. Nasprotno: Karajovanovič. Komentar stran 90., Urošević. Sudski trebnik stran 144. Živanović. Krivični zakonik stran 81.

dejanja, za katera predpisuje zakon smrtno kazen, robijo ali zatočenje.²⁴

Krividorek brez kazni (§ 73. k. z.).

§ 73. k. z. določa, da sme sodnik v posebno lahkih primerih, ki jih zakon izrečno določa, oprostiti storilca vsake kazni. To določbo je prevzel zakonodajec iz skupnega nemškoavstrijskega osnutka iz leta 1927. (§ 76.). Slično določbo ima že osnutek nemškega kazenskega zakona iz leta 1925. (§ 75.), ki pravi v motivih bistveno to-le: »Najsi je preudaril zakonodajec občne določbe kazenskega zakona še tako previdno in opredelil posamezna kazniva dejanja še tako skrbno, vedno preostanejo primeri, ko je zaslužil storilec najmanjšo kazen, določeno po predpisih zakona, kjer pa se upira pravni čut temu, da naj storilec to kazen dejansko prestopi. To prepustiti pomilostitvi ne bi bilo umestno; sodišče bi bilo s tem v neprijetnem in nevrednem položaju, izreči kazen, ki jo ima že samo za prestrogo in ki bi jo občutil obsojeni za krivico.«

Praksa je tolmačila določbo § 73. k. z. različno. Jasnosti ni bilo v tem, ali je treba obtoženca v primeru § 73. k. z. oprostiti obtožbe ali pa zgolj kazni. Povod pogrješni razlagi je bil očitvidno ta, da so zamenjali pojem razlogov, ki izključujejo kazen, z določbo § 73. k. z.

Kazenski zakon uporablja za krivdo izključujoče razloge terminus »neče biti odgovoran« (§ 19., 1. odst., 20., 1. odst., 22., 1. odst.); le o silobranu (§ 24., 1. odst.) pravi zakon, da ono dejanje, ki ga stori kdo v silobranu, ni protipravno. To je pa bistveno isto, ker brez protipravnosti ni kaznivega dejanja (§ 23. k. z.).

Razlogi, ki izključujejo kaznivost (§ 25. k. z.) so tisti, ki onemogočajo, da bi nastopila kaznovalna pravica države; razlogi, ki ukinjajo kaznivost (n. pr. §§ 33., 78. do 304., 311. k. z.) pa tisti, ki nastopijo šele, ko je storilec izvršil kaznivo dejanje (abolicija, zastaranje). Obtoženčeva smrt ni razlog, ki izključuje kazen in je zgolj razlog, ki onemogoča kazenski progon in izvršitev kazni.²⁵ Za kazen izključujoče razloge rabi zakon stalni izraz »neče se kazniti«. Le pri zastaranju zakon ne rabi tega izraza, ker bi bil očitvidno odveč.

Ako je kaj krivdo ali kazen izključujočih razlogov, to je okolnosti, ki izključujejo krivdo ali ki izključujejo ali

²⁴ Nasprotno: Žganec-Zorž. Tumačenje krivičnega zakonika str. 190., ki pravi, da pristojna sodniku v primeru § 72. k. z. pravica korekcionalizacije zločinstva v prestopok.

²⁵ Liszt, 1927., str. 424.

ukinjajo obtoženčevo kaznivost, mora sodišče že v pripravljalnem postopanju kazensko postopanje ustaviti (§ 96., 108., 208. k. p.), pri glavni razpravi pa izreči oprostilno razsodbo po 1. odstavku § 280. k. p.

Povsem drugače je z določbo § 73. k. z., ki pooblašča sodnika, da sme v posebno lahkih primerih oprostiti storilca vsake kazni. Te posebno lahke primere našteva zakon v občnem delu (§ 21.) in v posebnem delu (§§ 131., 139., 147., 171., 181., 202., 245., 250., 303., 320., 321., 323., 325., 338., 341., 351., 365., 370., 373., 399.) V vseh teh primerih rabi zakon stalni izraz, da sme sodnik oprostiti storilca vsake kazni. Po gori navedenem ne gre v primeru § 73. k. z. za razlog, ki izključuje kazen, ker zakon kazni obvezno niti ne izključuje niti ne ukinja, nego prepušča zgolj uvidevnosti sodnika, da more (ne: mora!) oprostiti storilca vsake kazni.²⁶ Z določbo § 73. k. z. je prenesel zakonodajec na sodnika neko vrsto pomilostitve, da sme oprostiti obtoženca kazni, dasi ga je proglasil za krivega.

V formalnem pravu ustreza določbi § 73. k. z. določba § 281., št. 3., k. p., ki pravi, da mora sodnik, če spozna, da je obtoženec kriv, izreči »na kakšno kazen se obtoženi obsoja ali pa se po določbah kazenskega zakona oprošča kazni.« Ta določba v zvezi z določbo §§ 275., 1. odst., in 293., 2. odst., k. p. jasno kaže, da mora sodnik v primerih § 73. k. z. izreči obsodilno sodbo, obenem pa oprostiti obtoženca kazni. Da je temu tako, izvira zlasti izrazito iz določbe § 351. k. z., ki govori o povračilu škode pri bankrotstvu in določa, da mora sodišče vzeti v poštev ob odmeri kazni okolnost, da so upniki poplačani deloma ali popolnoma in da mora ob popolni zadostitvi upnikov, ako je izrečena (zapretena) kazen strogega zapor, oprostiti storilca vsake kazni.

Kršitev določbe § 73. k. z. je kršitev materialnega zakona (§ 337., št. 3. k. p.) in je ni moči spodbijati s prizivom radi odločbe o kazni (§ 332., 2. odst., 392., št. 3., k. p.).

Povrat (§ 76. k. z.).

Naš kazenski zakon pozna dve vrsti povrata, občni in posebni povrat. Občni povrat je podan, če je bil kdo obsojen radi naklepne kaznivega dejanja na kazen na prostosti, pa zagreši novo naklepno dejanje v petih letih od dne, ko je prvo kazen popolnoma ali deloma prestal. V tem primeru se kaznuje povratnik strožje, toda le v kazenskem okviru, ki je določen za dotično kaznivo dejanje.

²⁶ Le v primeru § 351. k. z. mora (ne: sme!) sodnik obtoženca oprostiti kazni, ako je zakonitih pogojev za to.

Posebni povrat pa je podan, če so podani pogoji občnega povrata in če je poteklo drugo kaznivo dejanje iz sorodnih nagibov. Sodišče potem ni vezano na največjo mero, ki je predpisana za to kaznivo dejanje, sme marveč izreči največ dvakratno predpisano kazen, prekoračiti pa ne sme občnega okvira dotične vrste kazni.

Občni povrat je torej zgolj obtežilna okolnost; § 76., 1. odst., k. z. je torej navesti zgolj v razlogih sodbe (§ 293., drugi odst. k. p.); določbo drugega odstavka § 76. k. z. (posebni povrat) pa je navajati v dispozitivnem delu sodbe (§ 281., št. 5., k. p.), ker zvišuje kazenski okvir na dvakratno mero.

Protipravna prisvojitvev po § 322. k. z.

Določbo § 322. k. z. je sprejel zakonodajec dobesedno iz osnutka avstrijskega kaz. zakonika iz leta 1927. (§ 334.), kjer je označena z besedami »Unberechtigte Aneignung«. Enaka določba je bila že v osnutku avstr. kaz. zak. iz leta 1909.; § 345. nav. osnutka določa pod naslovom »Eigenmächtige Aneignung: »Wer sich eine fremde bewegliche Sache aneignet, ohne dadurch einen Vermögensvorteil anzustreben, wird mit Gefängnis bestraft...«. Motivi k tej določbi pravijo: »Določba § 345. o samolastni prisvojitvi brez namena za imovinsko korist naj nudi v ostalem kazensko-pravno zaščito tedaj, ko si prisvoji storilec tujo premakljivo stvar in obenem povsem povrne njeno vrednost. Tako dejanje imeti za tatvino, ne bi bilo v skladu ne s pravnim čutom naroda ne s pravno definicijo tatvine.« Ta določba je torej ključ, kako razumeti določbo § 334. osnutka avstr. kaz. zak. odnosno določbo § 322. k. z. Razlika med preprosto tatvino po § 314. k. z. in med določbo § 322. k. z. je ta, da je za tatvino potrebna namera, da si pribavi storilec s prisvojitvijo tuje premakljive stvari protipravno imovinsko korist, določba § 322. k. z. pa izključuje to namero. Motivi osnutka avstr. kaz. zak. iz leta 1927. navajajo k določbi § 334. (naš § 322. k. z.) to-le: »Nemški kazenski zakon ne zahteva za pojem tatvine namena obogatbe. Pretežno je sicer ta namen v tem, da odvzame storilec stvar v namenu, da si jo protipravno prisvoji, ni pa potrebno, da vsebuje namen prisvojitve tudi namero obogatbe. Kdor vzame komu n. pr. pisma, ki ga sramote, nima namena obogatbe; prav to velja, če kdo samolastno vzame tujo stvar in prepusti oškodovanemu ustrezno vrednost. Protipravni odvzem tujih premakljivih stvari brez namena obogatbe po avstr. kaz. zak. ni bil kazniv. To vrzel izpolnjuje osnutek z novima kaznivima dejanjema: protipravna prisvojitvev po § 334.

(naš § 322. k. z.) in trajna odtegnitev stvari po § 337. (naš § 323. k. z.). Določba § 334. k. z. vsebuje gori omenjene primere, če se kdo loti tuje lastnine brez namena obogatbe; zlasti velja to za odvzem politično važnih dokumentov.«

Divji lov so sodišča pravilno kvalificirala za preprosto tatvino. Pri divjem lovu si prisvoji storilec divjačino v namenu, da si pribavi protipravno imovinsko korist. Ker pa izključuje dejanski stan § 322. k. z. tak namen, ni moči uporabiti te določbe na divji lov.

Vpraša pa se, ali je imeti divjačino ali ribe v tekočih vodah za »tuyo premakljivo stvar«. »Tuja« je stvar le, če pripada celoma ali deloma drugi osebi (torej ne storilecu). Ni torej mogoče ukrasti stvari, ki nimajo gospodarja. V tem pogledu pravi osnutek avstr. kaz. zak. iz l. 1927.: »Kdor neupravičeno ribari v tekočih vodah ali kdor si prisvoji na prostem živečo divjačino, ne da bi bil za to upravičen po lovskih zakonih, krši tujo pravico prisvojitve, ne odvzame pa ribarskemu ali lovsckemu upravičencu nobene stvari. Tatvina bi bila le tedaj, če si prilasti storilec v namenu, da se obogati, divjačino, ki je že last koga drugega, ki torej ni več brez gospodarja, kakor n. pr. divjačino iz zverinjaka ali ribe iz ograjenega ribnika. V nasprotju s starejšim... pravnim naziranjem, so šteli posamezni nemški partikularni zakoni divji lov med preprosto tatvino. To stališče je zakonodaja v Nemčiji že davno opustila. Le avstrijski kazenski zakon (§ 174. II e in f) se je poprijel v nasprotju s kazenskimi zakoni vseh drugih kulturnih držav naziranja, da je imeti divji lov za preprosto tatvino. Osnutek jo izloča iz dejanskega stanu tatvine...« Osnutek avstr. kaz. zak. obravnava divji lov in neupravičeno ribarjenje v posebnem poglavju o neupravičenem divjem lovu in ribarjenju. Tozadevna določba (§ 361.) določa: »Kdor kršeč tujo lovsko pravico lovi ali si prisvoji stvar, ki je predmet lovskega prava, se kaznuje...«. Kdor izvrši to dejanje obrtoma, se kaznuje strožje.

Ker obravnava avstrijski osnutek lovsko tatvino v posebnem poglavju, velja zanjo seveda le to poglavje; če pa tega poglavja ne bi bilo, bi bilo imeti tudi po avstr. osnutku lovsko tatvino prejkoslej za preprosto tatvino, ker je ni moči podrediti pod noben drug dejanski stan. Ker torej naš kazenski zakonik nima posebnega poglavja o lovski tatvini, jo je imeti iz zgoraj navedenih razlogov prejkoslej za preprosto tatvino ali jo pa pustiti nekaznovano. Ker je drugo nemogoče, mora veljati prvo.