

UNIVERZA V LJUBLJANI

PRAVNA FAKULTETA

magistrsko diplomsko delo

UPOŠTEVANJE POVRATNIŠTVA PRI ODMERI KAZNI V PRAKSI SLOVENSКИH SODIŠČ

Avtor: Marko Bučalič

Mentor: prof. dr. Matjaž Ambrož

Ljubljana, junij 2018

POVZETEK

Naslov: Upoštevanje povratništva pri odmeri kazni v praksi slovenskih sodišč

Avtor: Marko Bučalič

Mentor: prof. dr. Matjaž Ambrož

V magistrskem diplomskem delu je predstavljeno povratništvo kot subjektivna okoliščina storilca v okviru celotnega pojava kriminalitete in njen pomen pri odmeri kazni v praksi slovenskih sodišč. Okoliščina povratništva je predstavljena z vidika njene definicije, pojavnih oblik in njenega obsega znotraj celotne kriminalitete v Sloveniji.

Odmera kazni predstavlja prilagoditev kazenske sankcije storilcu kaznivega dejanja na način, da se doseže namen kaznovanja. Slednjega pa je težko zasledovati brez razumevanja vzrokov odklonskosti, ki jih utemeljujejo različne smeri kriminološke teorije. Že zakonodajalec mora na normativni ravni predvideti glavne značilnosti zakonskih primerov, da se v konkretnih primerih dosežeta tako namen kaznovanja kot tudi pravna varnost. Prav slednja je zaradi represivne narave kazenskega prava pomembna značilnosti sodobnih pravnih sistemov.

V nalogi so v nadaljevanju predstavljene glavne značilnosti normiranja povratništva v veljavni kazenskoopravni zakonodaji ter njena primerjava s prej veljavnim kazenskim zakonikom. Ukrepi zoper povratniško kriminaliteto v okviru upoštevanja povratništva pri odmeri kazni so predstavljeni v okviru presojanja njenih učinkov in skladnosti s temeljnimi načeli kazenskega prava ter ustavnimi načeli. V sklopu analize sodne prakse so v zadnjem delu naloge predstavljeni primeri upoštevanja povratništva pri sodni odmeri kazni ter glavne utemeljitve sodišč pri presoji njenega pomena.

KLJUČNE BESEDE: predkaznovanost, sodna odmera kazni, individualizacija kazenske sankcije, načelo zakonitosti, namen kaznovanja, vzroki odklonskosti

ABSTRACT

Title: Regarding recidivism when apportioning punishment in Slovenian courts of justice

Author: Marko Bučalič

Mentor: Matjaž Ambrož, PhD professor

The Master's Degree presents the recidivism as subjective circumstance of the perpetrator in the framework of the phenomena of criminality and its meaning when apportioning punishment in Slovenian courts of justice. The circumstance of recidivism is presented from the viewpoint of its definition, forms and extent within the criminality in Slovenia.

The apportioning of punishment represents the adaptation of criminal-law sanctions for the perpetration of criminal offence in such a way, that the purpose of punishment is achieved, which is difficult without understanding the reasons for the deviance, which are explained by different criminological theories. Even the legislator must on the normative level predict the main characteristics of legal examples, so that in concrete examples the purpose of the punishment and legal safety are achieved. The latter is due to the repressive nature of criminal law an important characteristic of contemporary legal systems.

The continuation the Thesis presents the main characteristics of recidivism's standardization in the valid criminal legislation and its comparison with formerly valid criminal code. Measures against recidivism and its consideration when it comes to the apportionment of punishment are presented in the framework of judgement of its effects and congruity with the basic principles of criminal law and with the constitutional principles. As part of the analysis of the legal practice in the last part of the Thesis the examples of considering the recidivism when apportioning punishment and the main arguments of the courts' legal assessment of punishment are presented.

KEY WORDS: previous convictions, legal assessment of punishment, individualization of criminal sanction, principle of legality, the purpose of punishment, reasons for deviance

KAZALO

1. UVOD.....	5
2. POVRATNIŠTVO.....	8
2.1. Pojem in pojavne oblike.....	8
2.2. Gibanje kriminalitete in kaznovalna politika	9
2.3. Kriminalna prognoza in preprečevanje povratništva.....	10
3. IZVOR IN NAMEN KAZNI.....	13
3.1. Izvor in temelj kazenskopravne represije	13
3.2. Namen kazni.....	14
3.3. Povezava s kriminološkimi teorijami	18
4. ODMERA KAZNI.....	23
4.1. Odmera kazni po veljavnem kazenskem zakoniku.....	23
4.2. Primerjava s prejšnjim kazenskim zakonikom	25
4.3. Individualizacija kazenskih sankcij	26
4.4. Skladnost individualizacije s temeljnimi načeli prava.....	27
5. SODNA PRAKSA.....	31
5.1. Povratništvo kot obteževalna okoliščina	31
5.2. Neupoštevanje predkaznovanosti	35
5.3. Neupravičeno upoštevanje predkaznovanosti	36
5.4. Pravilnost sklicevanja na povratništvo	38
5.5. Povratništvo in namen kazenskih sankcij	39
6. ZAKLJUČEK	42
7. VIRI IN LITERATURA	45
7.1. Monografije	45
7.2. Članki	45
7.3. Pravni viri	46
7.4. Odločitve sodišč.....	46
7.5. Internetni viri	47

1. UVOD

Družbeni odzivi na deviantna ravnanja so se v zgodovini spreminjali. V sodobnih pravnih sistemih odziv državnega aparata prisile na kriminalno dejanje nikakor ne more biti hipno (iracionalno) kaznovanje storilca, da se zadovolji čustveni nemir množic, temveč vnaprej določen postopek delovanja državnih (represivnih) organov, katerih ravnanja in odločitve temeljijo na veljavnem pravu.

Odmera kazni pomeni finalizacijo kazenskega postopka, v katerem sodišče ugotovi kazensko odgovornost storilca kaznivega dejanja, in mu določi kazen za izvršeno kaznivo dejanje. Že Cesare Beccaria je v drugi polovici 18. stoletja izpostavil razlikovanje med temeljem kazni, ki se odraža v škodi, ki jo je storilec povzročil drugemu človeku ali družbi in med namenom kazni, ki je samo ta, da prepreči storilcu izvrševanje morebitnih bodočih kaznivih dejanj.¹ V zgodovini kazenskega prava so se spreminjala stališča, kateri so tisti objektivni in subjektivni dejavniki, ki determinirajo kazen, izrečeno storilcu kaznivega dejanja. Normiranje in upoštevanje relevantnih okoliščin je tesno povezano tudi s kriminalitetnopolitičnim dojemanjem namena kaznovanja.

Veljavni kazenski zakonik določa temelj kazni v 49. členu, v katerem ureja splošna pravila za odmero kazni.² Sodišče mora kazen odmeriti v mejah, ki jih zakon določa za posamezno kaznivo dejanje, pri čemer mora upoštevati težo kaznivega dejanja in storilčevo krivdo.³ Sodišče nadalje pri odmeri kazni upošteva vse tiste okoliščine, ki vplivajo na to, da bo kazen v prej določenem okviru večja ali manjša.⁴

V teoriji obstaja več različnih definicij povratništva, zato je pri preučevanju njenega pojava potrebno navesti tudi definicijo iz katere izhajamo. Veljavno kazensko pravo utemeljuje povratnika kot storilca kaznivega dejanja, ki je že bil pravnomočno obsojen zaradi kaznivega dejanja (ali pa je kazen prestal oziroma je kazen zastarala ali mu je bila odpuščena). Kazenski zakonik v 3. odstavku 43. člena KZ-1 normira povratništvo kot okoliščino, pomembno za odmero kazni. Sodišče ima pri upoštevanju povratništva pri odmeri kazni prosto presojo, ali bo povratništvo upoštevalo kot obteževalno okoliščino, saj je opredeljeno kot fakultativna okoliščina, pri upoštevanju katere zakon postavlja merila, ki sodišču pomagajo pri presoji povratka.⁵

¹ Beccaria, O ZLOČINI IN KAZNIH (2002), str. 36

² Kazenski zakonik (KZ-1), Ur. l. RS, št. 55/2008

³ Člen 49/I KZ-1

⁴ Člen 49/II KZ-1

⁵ Člen 49/III KZ-1

Z vidika kriminalitetne politike je predvsem pomembno vprašanje, na kakšen način se je potrebno spoprijeti s pojavom povratništva oziroma katere ukrepe je predvsem na področju kazenskega prava potrebno sprejeti za njegovo preprečevanje. Pri izbiri ustreznih ukrepov moramo izhajati predvsem iz teorij o namenu kaznovanja, ki jih uveljavlja veljavni pravni red. V zgodovini se je sprva kot namen kazni izrazilo oz. pretežno poudarjalo retributivno funkcijo kazni, s katero naj bo storilcu prizadejano enako zlo kot ga je on prizadejal z izvršitvijo kaznivega dejanja, da bo dosežena pravičnost. Odločilni dejavnik odmere kazni je bila torej teža kaznivega dejanja, tj. njegove posledice. Nasprotno so utilitaristične teorije kaznovanja iskale namen kaznovanja v učinkih izvršitve kazni bodisi na storilca kaznivega dejanja bodisi na družbo. Pozitivistični kriminologi so zagovarjali individualizacijo kazenskih sankcij, s katero bi prilagodili kazen posamezniku, da bi se dosegli učinki kaznovanja, ki so usmerjeni na zmanjševanje bodoče kriminalitete s pomočjo specialne prevencije, tj. z zastrašitvijo storilca, z njegovo izločitvijo iz družbe (inkapacitacija) ali z resocializacijo storilca, oziroma generalne prevencije, tj. učinkovanjem kazni na druge. Definiranja namena kaznovanja in izbire ustreznih pravnih ukrepov pa ni mogoče ločiti od razumevanja vzrokov deviantnosti povratnikov, bodisi da njihova odklonskost izhaja iz neuspešne socializacije in ima resocializacija storilca zgledne možnosti za uspeh, bodisi da je njihova odklonskost biološko ali kako drugače determinirana in bo resocializacija najverjetneje neučinkovita.

Izhajajoč iz namena kaznovanja lahko povratništvo razumemo kot (začasen) neuspeh kazenskopravnega sistema in kriminalitetne politike, saj po nazoru utilitarističnih teorij kaznovanja specialna prevencija kot učinek kazni ni delovala, saj je storilec ponovno ravnal odklonsko (tj. izvršil novo kaznivo dejanje). Ker se povratništvo po veljavni pravni ureditvi lahko upošteva kot obteževalna okoliščina pri sodni odmeri kazni, bi lahko na temelju neuspešnosti prvotnega kaznovanja prišli do zaključka, da je potrebno storilcu povratniku povečati kazen (v okviru zakonskega okvira) bodisi zaradi resocializacije bodisi zaradi izločitve takšnega posameznika iz družbe, za katero predstavlja nevarnost.

Namen normiranja povratništva v kazenskopravni zakonodaji gre iskati predvsem v nevarnosti povratnikov za družbo in za vrednote, ki jih kazensko pravo varuje, saj pojav kaže na določeno nagnjenost k izvrševanju kaznivih dejanj, kar minimalizira verjetnost naključne (priložnostne) izvršitve kaznivega dejanja in izpostavlja potrebo po resocializaciji storilca oziroma po družbeni izolaciji. Zakonodajalec pa pri izbiri ustreznega ukrepa na kazenskopravnem področju ni neomejen, saj mora biti izbrani ukrep v skladu z veljavnim pravnim redom, predvsem s temeljnimi načeli kazenskega prava in ustavnimi načeli.

Cilj magistrske diplomske naloge je ugotoviti število povratnikov med storilci kaznivih dejanj, razvrstiti ugotovljeno povratništvo glede na pojavne oblike, analizirati relevantno

kazenskopravno ureditev ter ugotoviti upoštevanje pojava povratništva pri odmeri kazni v slovenski sodni praksi. Upoštevanje povratništva pri odmeri kazni, tako zakonodajni kot sodni, želim v nalogi obravnavati širše, tj. ugotoviti predvsem teoretično zasnovo zakonodajnega urejanja pojava ter sodnega odločanja v sklopu namena kaznovanja ter njuno povezanost z različnimi kriminološkimi teorijami odklonskosti.

Magistrsko diplomsko delo je razdeljeno na štiri vsebinske sklope. V prvem delu je predstavljen pojav povratništva tako z vidika njegove definicije in pojavnih oblik kot tudi načinov preprečevanja povratništva, dognanj kriminalne prognoze ter prikaza gibanja kriminalitete in kaznovalne politike v Sloveniji. V drugem delu so predstavljene teoretične zasnove glede temelja in namena kaznovanja kot izhodišča za zakonsko normiranje kazenskega področja in povezave s kriminološkimi smermi. Tretji del je namenjen kazenskopravni ureditvi odmere kazni v Republiki Sloveniji, primerjavi med ureditvijo v KZ-1⁶ in Kazenskim zakonikom Republike Slovenije⁷ ter analizi individualizacije kazenskih sankcij, predvsem z vidika skladnosti s temeljnimi pravnimi načeli ter filozofskim konceptom (kazenskega) prava. V četrtem vsebinskem sklopu sledi analiza sodne prakse z vidika upoštevanja povratništva.

⁶ Kazenski zakonik (KZ-1), Ur. l. RS, št. 55/2008

⁷ Kazenski zakonik Republike Slovenije, Ur. l. RS, št. 63/1994

2. POVRATNIŠTVO

2.1. Pojem in pojavne oblike

Pojem povratništva ima različne definicije, zato je potrebno biti pri preučevanju pojava pozoren, katero definicijo se pri posamezni raziskavi in primerjavi uporablja, da je mogoče objektivno ovrednotiti in primerjati rezultate. Učbenik za kazensko pravo definira povratek kot situacijo, ko sodišče sodi storilcu, ki je že bil obsojen zaradi kaznivega dejanja.⁸ Enako definicijo povratništva uporablja tudi Gorazd Meško v knjigi Kriminologija.⁹ V določenih raziskavah pa se kot povratništvo upoštevajo tudi naslednji pojavi: ponovna aretacija zaradi kaznivega dejanja, ponovna obsodba zaradi kaznivega dejanja, ponovna zaporna kazen in ponovno izrečena strožja kazen od denarne kazni.¹⁰ Veljavni kazenski zakonik definira pojem povratništva v okviru splošnih pravil za odmero kazni, in sicer kot povratnika pojmuje storilca, ki je »storil kaznivo dejanje, potem ko je že bil pravnomočno obsojen ali pa je kazen prestal oziroma je zastarala ali pa mu je bila odpuščena«.¹¹

V teoriji se glede na merilo preučevanja povratka ločijo tudi različne vrste povratka. Najširša kategorija povratništva je splošno povratništvo, ki označuje pojav, ko sodišče sodi storilcu, ki je že bil obsojen katerega koli kaznivega dejanja. Pri tem gre za izvrševanje različnih vrst kaznivih dejanj, hkrati pa so lahko različni tudi motivi in nagibi storilca.¹² Nasprotno pa posebno oziroma specialno povratništvo označuje pojav, ko je storilec ponovil izvršitev istovrstnega kaznivega dejanja, potem ko je že bil obsojen.¹³ Drugo merilo za opredelitev vrste povratništva je število ponovitev kaznivih dejanj, oziroma pravilneje, število obsodb za kazniva dejanja. Enkratni povratek pomeni, da je bil storilec pred izvršitvijo novega kaznivega dejanja samo enkrat obsojen za kaznivo dejanje, večkratni povratnik pa je bil pred izvršitvijo kaznivega dejanja že večkrat obsojen.¹⁴ Z vidika odmere kazni povratniku je morda ustrežnejša klasifikacija glede na število izvršenih kaznivih dejanj (enkratno in večkratno povratništvo), saj prav večkratno povratništvo nakazuje na pomembnost upoštevanja povratništva pri odmeri kazni bodisi zaradi resocializacije bodisi zaradi inkapacitacije. Kot opozarja Meško, pa je tudi enkratno povratništvo lahko pomembna okoliščina, ki jo mora sodišče skrbno preučiti, saj lahko pomeni tudi začetek kriminalne kariere. Enkratni povratek

⁸ Bavcon, in drugi, KAZENSKO PRAVO (2011), str. 381

⁹ Meško, KRIMINOLOGIJA (2006), str. 232

¹⁰ Piškur, POVRATNIŠTVO (2007), str. 4

¹¹ Člen 49/III KZ-1

¹² Bavcon, in drugi, KAZENSKO PRAVO (2011), str. 382

¹³ Meško, KRIMINOLOGIJA (2006), str. 233

¹⁴ prav tam

je lahko splošen ali specialen, pri večkratnem povratništvu pa gre ponavadi za ponavljanje istovrstnih kaznivih dejanj.¹⁵

Drugačno klasifikacijo povratništva je izdelal Milosavljević, ki je povratnike razvrstil glede na njihova izhodišča za izvrševanje kaznivih dejanj. Tako loči profesionalne storilce kaznivih dejanj, za katere je značilno večkratno povratništvo in jim kriminalne aktivnosti predstavljajo poklic, polprofesionalne storilce kaznivih dejanj, za katere je značilno, da so večkratni povratniki, ki so bili obsojeni na krajše zaporne kazni, ter situacijske povratnike. Vzroke deviantnosti te situacijskih povratnikov Milosavljević išče v materialnih in osebnostnih stiskah, zato je za njih značilna nespecializiranost.¹⁶ Brinc posebej opozarja na prvo skupino povratnikov, profesionalne storilce, za katere je kriminalna kariera tudi osnovni vir prihodkov. Kot temeljno značilnost kriminalne kariere izpostavlja frekvenco izvrševanja kaznivih dejanj. Sodišče mora ob odmeri kazni poznati gostoto izvrševanja kaznivih dejanj storilca, da bo lahko kazen odmerilo na način, da bo dosežen namen onesposobitve (specialna prevencija). Učinek zaporne kazni na kriminalno kariero bo premo sorazmeren s frekvenco izvrševanj kaznivih dejanj poklicnega storilca. Sodišče mora tako pred odmero zaporne kazni ugotoviti, kakšne učinke onesposobitve lahko doseže z izrekom kazni v okviru zakonsko predpisanih mej.¹⁷

2.2. Gibanje kriminalitete in kaznovalna politika

Statistični podatki Uprave za izvrševanje kazenskih sankcij prikazujejo zmanjšanje povprečnega števila zaprtih oseb za leto 2016 glede na prejšnje leto. V tem letu je bilo povprečno zaprtih 1.376,8 oseb dnevno, kar je za 6,2 odstotka manj kot v letu 2015.¹⁸ Trend padanja števila zaprtih oseb se je nadaljeval tudi v letu 2017, ko se je število zmanjšalo še za 2,1 odstotka.¹⁹ Z vidika preučevanja povratništva je relevanten podatek, da je v letu 2014 prestajanje kazni nastopilo 749 povratnikov, kar je 47-odstotni delež vseh obsojencev, ki so nastopili prestajanje kazni. Glede na leto 2013 se je odstotek povratnikov sicer zmanjšal s 55 odstotkov na 47 odstotkov, vendar gre upad deleža povratništva iskati v povečanju števila

¹⁵ Meško, KRIMINOLOGIJA (2006), str. 233

¹⁶ Milosavljević, IZMEĐU NESLOBODE (1975) v: Meško, KRIMINOLOGIJA (2006), str. 234-235

¹⁷ Brinc, Kriminalna prognoza – iluzija ali resničnost (2003), str. 342

¹⁸ Uprava RS za izvrševanje kazenskih sankcij, Letno poročilo 2016, URL: http://www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/UIKS/Letna_porocila/170503_Letno_porocilo_2016.pdf, str. 14

¹⁹ Uprava RS za izvrševanje kazenskih sankcij, Letno poročilo 2017, URL: http://www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/UIKS/Letna_porocila/180417_LETNO_POROC_ILO_2017.pdf, str. 14

oseb, ki so prvič nastopile prestajanje kazni.²⁰ V letu 2017 je bilo v skupnem številu vseh zapornikov skoraj polovica povratnikov (48,1 odstotka), kar pomeni zmanjšanje glede na leto 2016, ko je bilo povratnikov 50,7 odstotka.²¹

Obsežnejšo študijo gibanja kriminalitete je naredil kriminolog Franc Brinc, ki je v svoji študiji raziskoval kriminaliteto in kaznovalno politiko v obdobju od leta 1980 do 2003. Kot temeljno vprašanje kaznovalne politike je izpostavil število storilcev, ki naj se kaznuje s kaznijo zapora, da se uspešno zavaruje s kazenskim pravom varovane vrednote, pri čemer se kot merilo strogosti kaznovalne politike uporablja kriminalitetno število, tj. število vseh zaprtih oseb na določen dan na 100.000 prebivalcev.²² Brinc ugotavlja, da je število zaprtih oseb v določeni državi bolj odvisno od kaznovalne politike kot od gibanja kriminalitete, saj statistični podatki kažejo, da v določenih državah kljub upadu kriminalitete narašča število zaprtih oseb.²³ V obdobju od 1990 do 2003 se izkazuje dokaj stalen 26-odstotni delež specialnega povratništva in 74-odstotni delež splošnega oziroma mešanega povratništva. Izhajajoč iz statističnih podatkov je bila 2003. leta 33 odstotna verjetnost specialnega povratka. Razlog za majhno specializacijo povratnikov gre iskati bodisi v nesposobnosti storilcev za specializacijo izvrševanja določenih kaznivih dejanj, bodisi za priložnostno izvršitev kaznivih dejanj bodisi v strahu storilcev, da bodo odkriti, če bodo izvrševali istovrstna kazniva dejanja, še posebej, če bodo uporabljali enako tehniko izvršitve. V opazovanem obdobju je najmanjši delež povratništva znašal 18,49 odstotka v letu 1997, največji delež 37,81 odstotka pa je bil zabeležen v letu 1991. Glede na statistične podatke v opazovanem obdobju Brinc zaključuje, da je delež povratništva v Sloveniji primerjalno gledano normalen in kot takšen tudi sprejemljiv.²⁴

2.3. Kriminalna prognoza in preprečevanje povratništva

Preprečevanje kriminalitete poteka na različnih nivojih, tj. preko preventivnega policijskega in socialnega delovanja na eni strani in preko kazenske represije (odmera in izvršitev kazni) na drugi strani. Izhajajoč iz teoretičnih vidikov vzrokov odklonskosti se preventiva usmerja na posameznike, skupine, žrtve oziroma na okoliščine, ki vodijo v kriminaliteto. Preventivne aktivnosti v širšem smislu zajemajo vse ukrepe, ki zagotavljajo dostopen in učinkovit šolski

²⁰ Uprava RS za izvrševanje kazenskih sankcij, Letno poročilo 2014, URL: http://www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/UIKS/Letna_porocila/150519_Letno_porocilo_2014.pdf, str. 23

²¹ Uprava RS za izvrševanje kazenskih sankcij, Letno poročilo 2017, URL: http://www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/UIKS/Letna_porocila/180417_LETNO_POROCILO_2017.pdf, str. 20

²² Brinc, Gibanje kriminalitete in kaznovalna politika v Sloveniji v zadnjem desetletju (2005), str. 7

²³ Brinc, Gibanje kriminalitete in kaznovalna politika v Sloveniji v zadnjem desetletju (2005), str. 8

²⁴ Brinc, Gibanje kriminalitete in kaznovalna politika v Sloveniji v zadnjem desetletju (2005), str. 21

sistem, ukrepe socialnega varstva in druge ukrepe, ki zmanjšujejo socialne razlike in revščino ter nudijo pogoje za enake možnosti. V ožjem smislu pa so preventivne dejavnosti veliko bolj strukturirane in usmerjene v preprečevanje določene vrste kriminalitete oziroma v nadzorstvo določene vrste ljudi.²⁵ Ukrepi socialne prevencije so usmerjeni v spreminjanje socialnega okolja potencialnih ali dejanskih prestopnikov, s katerimi se želi preprečiti socialne in ekonomske podlage za odklonskost.²⁶ Podobno se želi z mehanično prevencijo doseči izločitev nevarnih oseb iz nevarnih situacij, teoriji odločanja in racionalnega izbora pa nasprotno zanikata uspešnost preventivnega delovanja na način zmanjševanja priložnosti in zagovarjata situacijsko pogojenost nastanka kriminalitete, kar je potrebno preprečevati z nadzorom okolja.²⁷ Preventivno policijsko delovanje pa poleg večje obremenjenosti policije predstavlja tudi spornost z vidika kršitve temeljnih človekovih pravic in svoboščin, predvsem pravice do zasebnosti, hkrati pa izpolnjuje pogoje kriminogenih dejavnikov nekaterih kriminoloških teorij odklonskosti (npr. teorija etiketiranja).

Represivno odzivanje državnih organov na kriminaliteto preko kazenskega sistema je drugi način ukrepanja z namenom zmanjševanja tega pojava v družbi. V teoriji se pojavljata onеспособitev in zastraševanje kot temeljni sredstvi za omejevanje kriminalitete.²⁸ Učinek onеспособitve storilca kaznivega dejanja z izvršitvijo zaporne kazni je dosežen z onemogočanjem izvršitve novih kaznivih dejanj v času prestajanja kazni. Kot je že omenjeno zgoraj, pa je učinek onеспособitve premo sorazmeren s frekvenco izvrševanja kaznivih dejanj, zato mora sodišče ob odmeri zaporne kazni poznati gostoto izvršitve kaznivih dejanj storilca. Problem učinkovanja onеспособitve na zmanjševanje kriminalitete predstavlja izvrševanje kaznivih dejanj novih storilcev oziroma povečana kriminaliteta ostalih delinkventov.

Učinki zastraševanja storilca kaznivega dejanja izhajajo predvsem iz ekonomskih teorij odklonskosti, iz položajev, ko storilec tehta ekonomsko korist izvršitve kaznivega dejanja in nevšečnosti kazenskopravne represije. Teorija izhaja iz domneve, da strah storilca pred morebitnimi negativnimi učinki zagrožene kazni znižuje njegovo odločenost, da bo kaznivo dejanje dejansko izvršil.²⁹ Tako kot teorija nevtralizacije pa tudi teorija zastraševanja v praksi ne dosega želenih učinkov, saj bolj kot zagrožena kazen na storilca vpliva verjetnost njegovega odkritja in obsodbe. Tako ima lahko že manjša zagrožena kazen veliko večji zastraševalni učinek na storilca, če je kaznovanje izvršenega kaznivega dejanja neizbežno.³⁰

²⁵ Šelih, in drugi, KRIMINOLOGIJA (2015), str. 241

²⁶ Brinc, Napovedovanje in omejevanje povratništva (1993), str. 219

²⁷ Brinc, Napovedovanje in omejevanje povratništva (1993), str. 219

²⁸ prav tam

²⁹ prav tam

³⁰ Beccaria, O ZLOČINI IN KAZNIH (2002), str. 96

Raziskave gibanja kriminalitete v Sloveniji kažejo, da se je tveganje za prijetje in obsodbo za izvršeno kaznivo dejanje od leta 1980 do 2003 močno zmanjšalo. V začetku opazovanega obdobja (leta 1980) je bila 41 odstotna verjetnost, da bo storilec prijavljenega kaznivega dejanja obsojen, v letu 2003 pa je bila verjetnost samo še 9,6 odstotna.³¹

Pomembno vlogo pri kazenskopravnem spopadanju s kriminaliteto ima napovedovanje bodočega ravnanja storilca v smislu kriminalne prognoze. V teoriji so znana stališča, da je mogoče na podlagi določenih dejavnikov, ki so opredeljeni kot najpogostejši kriminogeni dejavniki, sklepati na prihodnjo odklonskost oziroma konformnost. Osnova takšnega napovedovanja je v sedanjih in preteklih dogodkih oziroma okoliščinah storilca. Na podlagi kriminalne prognoze se določi nevarnost storilca za družbo. Zanesljivost napovedovanja odklonskosti je odvisna od številnih faktorjev, rezultat napovedovanja pa je lahko samo določena stopnja verjetnosti, zato je vprašljiva skladnost njegove uporabe s pravili o dokaznem standardu pri sodniškem odločanju.³² V osnovi kriminologi ločujejo dve vrsti napovedovanja odklonskosti, klinično in statistično napoved. V praksi se bolj uporablja statistična napoved, saj je spremenljivost obnašanja subjekta izven zapora pomembna pomanjkljivost klinične napovedi.³³ Klinična napoved temelji na preučevanju predkriminalnih situacij oziroma na preučevanju psihičnih procesov, ki kažejo na nevarna stanja.³⁴ V sodobnem času je v uporabi kriminalna prognoza s pomočjo t.i. Markove verige, pri kateri se za napovedovanje bodočih ravnanj uporabi le zadnje kaznivo dejanje.³⁵

Eden od načinov napovedovanja povratništva je tudi napovedovanje s pomočjo algoritmov. V ZDA se je kot pomoč pri kriminalni prognozi v okviru pogojnega odpusta uporabljal algoritem za ocenjevanje ponovitvene nevarnosti COMPAS. Glede njegovega delovanja pa so se pojavili dvomi, saj so raziskovalci ProPublice dokazali, da je algoritem rasno pristranski, saj upošteva raso obsojenca kot kriminogeni dejavnik. Dokazali so namreč, da algoritem vodi do rezultatov, da bo temnopolti obsojenec bolj verjetno ponovil kaznivo dejanje kot belopolti.³⁶ Takšno razlikovanje je v nasprotju s temeljnimi ustavnimi načeli modernih držav, zato je uporaba takšnega sistema nedopustna. Stroka opozarja, da uporaba računalniških sistemov, ki temeljijo na uporabi algoritmov, ni povsem neutemeljena, pomembno pa je, da se takšni sistemi uporabljajo zgolj kot pripomoček pri odločanju in da dokončno odločitev še vedno sprejme sodnik. Raziskava, ki jo je opravil Bernard Harcourt v zvezi z računalniško pomočjo pri sodniškem odločanju, nakazuje na zaskrbljujoče dejstvo, da so sodniki večinoma dovzetni

³¹ Brinc, Gibanje kriminalitete in kaznovalna politika v Sloveniji v zadnjem desetletju (2005), str. 13

³² Brinc, Napovedovanje in omejevanje povratništva (1993), str. 221

³³ Brinc, Kriminalna prognoza – iluzija ali resničnost (2003), str. 343

³⁴ Meško, KRIMINOLOGIJA (2006), str. 221

³⁵ Brinc, Napovedovanje in omejevanje povratništva (1993), str. 221

³⁶ Završnik, Zakaj ne bi raje vlagali v ljudi, namesto da vlagamo v stroje? (2018), str. 40

za upoštevanje sugestij računalniškega programa. Sam raziskovalec je ugotovitev utemeljil z olajšanjem sodniškega dela in razbremenitvijo odgovornosti za odločitev.³⁷ S tega stališča bi bila potrebna velika previdnost pri uvedbi algoritmov kot pomoč za sodniško odločanje (o odmeri kazni) v našem sodnem sistemu.

Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti je leta 1991 izdelal poskusno kriminalno prognozo za 100 odpuščenih obsojencev. Glede na različne kriminogene dejavnike je bila izdelana kriminalna prognoza z ovrednotenjem točk v razponu od 1 do 11, pri čemer pomeni 1 točka najbolj neugodno prognozo, 11 točk pa pomeni najbolj ugodno prognozo. V sklopu točkovanja so bile določene štiri skupine: zelo ugodna prognoza, ugodna prognoza, dvomljiva prognoza in neugodna prognoza.³⁸ Od 80 obsojencev, za katere so bili na voljo podatki, je bilo povratnikov v roku enega leta od odpusta 12, nobeden od 27, ki so imeli zelo ugodno in ugodno prognozo, pa ni izvršil novega kaznivega dejanja.³⁹ Brinc ugotavlja, da prognostična ocena, uporabljena v raziskavi, dobro napoveduje kazenske ovadbe, obsodbe in nove zaporne kazni, pri čemer je relevantna prognostična ocena 7 točk ali manj.⁴⁰ Pomembna ugotovitev raziskave je bila tudi dejstvo, da so bili vsi povratniki tudi večkratni povratniki, saj so bili od 3- do 15-krat predhodno kaznovani.⁴¹ Rezultati raziskave so pokazali manjšo družbeno nevarnost povratniške kriminalitete v razmerju s primarno kriminaliteto, saj so bile povratnikom izrečene nižje kazni, če predpostavljamo, da je teža kaznivega dejanja izražena v višini zaporne kazni. Na podlagi ugotovljenega Brinc zaključuje, da si povratniška kriminaliteta ne zasluži večje pozornosti glede na večjo družbeno nevarnost in nepredvidljivost primarne kriminalitete.⁴²

3. IZVOR IN NAMEN KAZNI

3.1. Izvor in temelj kazenskopravne represije

Zasledovanje namena kazni je pomemben cilj, ki ga poskuša doseči tako sodna funkcija oblasti pri neposrednem odločanju (sodna odmera kazni) še posebej pa zakonodajna funkcija oblasti pri kazenskopravnem normiranju. Pri pojavu povratništva predhodno kaznovanje delinkventa očitno ni doseglo svojega namena glede na to, da je izvršil novo kaznivo dejanje in s tem ponovno posegel v kazenskopravno zavarovano dobrino. Prav s

³⁷ Završnik, Zakaj ne bi raje vlagali v ljudi, namesto da vlagamo v stroje? (2018), str. 39

³⁸ Brinc, Napovedovanje in omejevanje povratništva (1993), str. 223

³⁹ Brinc, Napovedovanje in omejevanje povratništva (1993), str. 225

⁴⁰ Brinc, Napovedovanje in omejevanje povratništva (1993), str. 224

⁴¹ Brinc, Napovedovanje in omejevanje povratništva (1993), str. 226

⁴² Brinc, Kriminalna prognoza – iluzija ali resničnost (2003), str. 354

tega stališča pa je zanimivo, katera teoretična izhodišča namena kaznovanja bo (latentno) utemeljevala državna oblast pri pravnem urejanju svojega represivnega aparata, ko se sooča s povratništvom. Pred analizo teoretičnih izhodišč funkcij kaznovanja pa je smiselno obravnavati tudi samo pravico države do normiranja odklonskih ravnanj in njihovega kaznovanja.

Teorije družbene pogodbe razlagajo nastanek države kot skupek pravic, katerih izvrševanje so njeni državljani prostovoljno prenesli nanjo, da se zagotovi uspešnost njihovega uresničevanja. Temelj nastanka države je tako družbena pogodba, s katero so se državljani odpovedali izvrševanju določenih svojih naravnih pravic ter jih prepustili v izvrševanje državi. Razlog za prenos pravic je v strahu pred nezmožnostjo izvrševanja teh pravic in posledično strah pred eksistenčno nevarnostjo. Ena od pomembnih pravic, ki so bile prenesene, je varstvo pred kaznivimi dejanji, zato država izvaja represivno oblast v imenu vseh državljanov na temelju njihovih pravic.⁴³ Načelo zakonitosti terja, da so samo zakoni tisti, ki lahko določajo kazniva dejanja in predpisujejo kazni zanje. Beccaria pa zakone na temelju družbene pogodbe definira kot pogoje, pod katerimi so se neodvisni ljudje v negotovosti glede zaščite in uveljavljanja svojih naravnih pravic povezali v družbo na način, da so se odpovedali delu svoje svobode, da bi lahko v miru uživali njen preostanek.⁴⁴

Kant in Hegel sta zavračala razlago legitimnosti kaznovanja kot jo je utemeljil Beccaria na temelju družbene pogodbe. Za Hegla je bil cilj države absolutna pravičnost, kar predpostavlja identiteto med deliktom in kaznijo.⁴⁵ Hegel in Kant sta predstavnika metafizičnih oziroma idealističnih teorij temeljev kaznovanja, katerih bistvo je trditev, da predstavlja kazen obliko maščevanja družbe in države zoper storilca kaznivega dejanja v imenu absolutne pravičnosti, ki je bila porušena z izvršitvijo kaznivega dejanja, zato ima država legitimno pravico do uporabe kazni.⁴⁶

3.2. Namen kazni

Vodilo tako pri zakonodajni odmeri kazni kot tudi pri sodni odmeri predstavlja namen, ki ga predpisana oziroma izrečena kazen zasleduje. Namen kazni, ki ga zasleduje kazenskopravna zakonodaja se ponavadi latentno izkazuje največkrat v določbah o odmeri

⁴³ Bavcon, in drugi, KAZENSKO PRAVO (2011), str. 358

⁴⁴ Beccaria, O ZLOČINI IN KAZNIH (2002), str. 30 in 36

⁴⁵ Beccaria, O ZLOČINI IN KAZNIH (2002), str. 21

⁴⁶ Bavcon, in drugi, KAZENSKO PRAVO (2011), str. 357

kazni. V teoriji se pojavljata dva temeljna pogleda na namen kaznovanja, in sicer absolutne teorije kaznovanja in relativne teorije kot njihovo nasprotje.⁴⁷

Absolutne teorije kaznovanja iščejo svoje izhodišče v metafizičnem pojmovanju pravičnosti, edini smisel kazni pa je v povračilnosti. Storilec kaznivega dejanja mora z izvršitvijo kazni dobiti zaslužen povračilo, da bo izravnana prej porušena pravičnost.⁴⁸ Glavni temelj absolutnih teorij predstavlja pojem pravičnosti, ki je predstavljena v smislu kazni kot pravičnem povračilu zoper storilca. Kot predstavnika absolutnih nazorov kazni sta največkrat imenovana filozofa Immanuel Kant in Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Kant je v svoji teoriji zavračal vsakršno učinkovanje kazni, ki presega namen uresničevanja pravičnosti. Edini razlog izreka kazni je izvršeno kaznivo dejanje, storilca se pri odmeri (izreku) kazni ne sme izrabiti za doseg kakršnih koli drugačnih namenov. Pravičnost je za Kanta najvišji kategorični imperativ in hkrati edino merilo presojanja kazni, ki zasleduje talionsko načelo, da se doseže pravičnost. Do podobnih zaključkov glede metafizične pravičnosti je v svoji teoriji prišel tudi Hegel, ki je kaznivo dejanje definiriral kot negacijo obče volje, izražene v kazenskem zakonu, kazenska sankcija pa pomeni negacijo te negacije, kar pomeni, da je zločin »izničen« in pravni red ponovno vzpostavljen. Glede uporabe načela taliona pa Hegel ne sledi Kantovem strogem pojmovanju, saj izpostavi vrednostno ekvivalentno kaznovanje zločina.⁴⁹ Glavna kritika absolutnih teorij je njihova neskladnost z današnjim razumevanjem kazenskega prava, ki se odraža v varovanju družbeno pomembnih dobrin in katerega namen ni zagotovitev in vzpostavitev (metafizične) pravičnosti, ki jo zagovarja ta teorija. Omejitev funkcije kaznovanja zgolj na zagotovitev (metafizične) pravičnosti bi pomenila odmik od varovanja temeljnih družbenih vrednot, ki bi se jih uspešneje varovalo z zmanjšanjem odklonskosti z učinki kaznovanja, usmerjenimi v prihodnost. Po absolutnih teorijah je sam namen kaznovanja dosežen že s samo izvršitvijo kazni.

Nasprotno absolutnim pogledom na namen kaznovanja so učinki relativnih teorij usmerjeni v prihodnja ravnanja, tj. ravnanja storilca kaznivega dejanja in ostalih. Namen kazni je lahko samo ta, da se prepreči storilcu in drugim izvrševanje novih kaznivih dejanj.⁵⁰ Relativne teorije torej v namenu kazni iščejo potencialno možnost vplivanja na prihodnja ravnanja. V njihovem okviru ločimo specialno prevencijo, ki je usmerjena v učinke na storilca, ter generalno prevencijo, ki je usmerjena v ostalo družbo. Kot elemente specialne prevencije

⁴⁷ Kot poskus sinteze stališč obeh temeljnih pogledov na namen kaznovanja se v sodobnem času utemeljujejo mešane teorije, ki združujejo elemente obeh tradicionalnih teorij in poskušajo najti ravnotežje med njimi.

⁴⁸ Pojem povračilnosti je potrebno v okviru absolutnih teorij razlikovati od maščevanja, saj predstavlja kaznen kontrolirano in sorazmerno reakcijo represivnih organov, usmerjeno izključno zoper storilca kaznivega dejanja.

⁴⁹ Ambrož, Preventivne mešane teorije o namenu kaznovanja (2008), str. 3-5

⁵⁰ Beccaria, O ZLOČINI IN KAZNIH (2002), str. 36

nadalje razlikujemo med onesposobitvijo (inkapacitacijo), zastraševanjem in resocializacijo. Čeprav je slednja v mnogih pogledih najpomembnejša funkcija specialne prevencije, pa spada vsebina resocializacije pretežno v sfero izvršilnega kazenskega prava, kar predstavlja odmik od teme magistrskega diplomskega dela, zato se podrobneje v njeno vsebino ne bom poglobil.

Z vidika inkapacitacije storilca kaznivega dejanja velja še enkrat izpostaviti, da mora biti sodišču pri odmeri kazni znana gostota izvrševanja kaznivih dejanj oziroma njihova frekvenca, da se pri odmeri kazni doseže njen namen. Višja kot bo frekvenca izvrševanja kaznivih dejanj, večji bodo učinki inkapacitacije, kar bi ob nepovečani kriminalni aktivnosti ostalih pomenilo zmanjšanje kriminalitete v času trajanja kazni. Uspešnost resocializacije se izraža predvsem v zmanjševanju povratništva, še enkrat pa velja omeniti, da spada resocializacija pod tretmanske oblike izvrševanja zaporne kazni in je glede povezave s sodno odmero kazni potrebno izpostaviti samo časovno nedoločenost potrebnega časa za uspešnost, kar je v nasprotju z načelom določnosti v kazenskem pravu, ki zahteva, da sta kaznivo dejanje in kazen zanj vnaprej določena z zakonom. V kolikor bi se pri odmeri kazni upošteval zgolj resocializacijski učinek zaporne kazni, potem bi bila takšna kazen časovno nedoločena, poseben problem pa odpira tudi vprašanje nepripravljenosti obsojenca za sodelovanje pri tretmanu. Resocializacija je namreč obsojenčeva pravica, v katero se ga ne sme siliti. Nedopustno bi bilo, da bi potem takšnega obsojenca odpustili iz zapore, če bi zavračal resocializacijo, ob pogoju da bi bila slednja edini namen kaznovanja.⁵¹

Teorije generalne prevencije iščejo učinke kaznovanja predvsem na bodočem ravnanju vseh ljudi. Povezane so predvsem z ekonomskimi teorijami odklonskosti, ki predpostavljajo, da se storilec odloči za kaznivo dejanje ob tehtanju koristi, ki jih bo imel od izvršitve dejanja na eni strani, ter nevšečnosti, ki jih utegne imeti zaradi njega, na drugi strani. Primarno negativna generalna prevencija deluje preko višine zagroženih kazni za posamezne inkriminacije, nadalje pa tudi preko izreka kazni in njene izvršitve.⁵² Strogost kazni pa ni edini element (negativne) generalne prevencije. Ključna elementa, ki vplivata na zavest potencialnih storilcev sta še verjetnost obsodbe in hitrost kazni.⁵³ Manjša zagrožena kazen ima namreč večji učinek kot višja zagrožena kazen ob pogoju večje gotovosti odkritja in kaznovanja storilca.⁵⁴ Na drugi strani ideja pozitivne generalne prevencije išče smisel kazni v krepitvi zaupanja v pravni red, vzgojno-pedagoški funkciji in izpolnitvi družbenih pričakovanj, da

⁵¹ Ambrož, Preventivne mešane teorije o namenu kaznovanja (2008), str. 8

⁵² Ambrož, Preventivne mešane teorije o namenu kaznovanja (2008), str. 9

⁵³ Ambrož, Namen kaznovanja: pozitivna generalna prevencija? (2016), str. 5

⁵⁴ Beccaria, O ZLOČINI IN KAZNIH (2002), str. 96

uveljavljeni pravni red deluje.⁵⁵ Usmeritev generalne prevencije je tako kot pri teorijah specialne prevencije naravnana v znižanje kriminalitete. Učinki kaznovanja storilca so usmerjeni v prihodnja ravnanja, kar je v popolnem nasprotju s stališči absolutnih teorij. Uspešnost generalne prevencije se kaže v neizvrševanju kaznivih dejanj vseh ljudi zaradi učinkov izvršitve kazni, kar je statistično težko izmeriti in posledično njeno učinkovanje težko ovrednotiti. Problem predvsem pozitivnih učinkov generalne prevencije je v tem, da se javnost težko seznanja z vso kriminaliteto in vsebino obsodb, saj informacije pridobiva predvsem iz medijev, poročanje katerih pa povzroča izkrivljeno podobo o dejanski kriminaliteti. Mediji namreč novice selekcionirajo glede na spektakularnost in uspešnost njenega trženja.⁵⁶ Kritiki utilitarizma menijo, da je etično sporno, da se storilca kaznivega dejanja uporablja (izključno) za dosego učinkov na ravnanja drugih ljudi. V primeru zasledovanja zgolj učinkov generalne prevencije bi bilo potem primerno kaznovati tudi nedolžnega človeka, če bi takšno kaznovanje vplivalo na potencialne storilce.⁵⁷ Hkrati lahko namen generalne prevencije postane tudi priročno orodje države za izvajanje terorja nad prebivalci s strogo kriminalitetno politiko.⁵⁸ Pri zasledovanju učinkov relativnih teorij kaznovanja pa je potrebno uravnotežiti tudi razmerje med upoštevanjem specialne in generalne prevencije v posamezni fazi kaznovanja. V fazi inkriminacije se daje prednost generalni prevenciji, v fazi sodne odmere kazni je potrebno upoštevati tako specialno kot tudi generalno prevencijo, v fazi izvršitve kazni pa je v ospredju specialna prevencija, predvsem v smislu resocializacije.⁵⁹ Predvsem je zanimivo sledenje utilitarističnim ciljem v fazi sodne odmere kazni v primerih, ko obe obliki terjata različno dolge zaporne kazni.

Pomembna kritika utilitarističnih teorij namena kaznovanja je časovna nedoločenost oziroma neomejenost kazni, kar je v nasprotju s kazenskopravnim načelom zakonitosti (*lex certa*). Omejevanje časovne nedoločnosti poskušajo te teorije osnovati na temelju krivde v širšem smislu (teža dejanja in subjektiven odnos do dejanja), kar izkazuje podobnost z absolutnimi teorijami. Še vedno pa utilitaristične teorije ne sprejemajo hkrati tudi zamisli o kazni kot povračilu, saj krivdno načelo pomeni zgolj zgornjo omejevalno mejo kaznovanja.⁶⁰ Mešane teorije namena kaznovanja so nastale kot poskus združitve teoretičnih izhodišč obeh tradicionalnih pogledov, pri čemer velja izpostaviti, da se metafizično usmerjene absolutne

⁵⁵ Ambrož, Namen kaznovanja: pozitivna generalna prevencija? (2016), str. 6

⁵⁶ Petrovec, KRIMINOLOGIJA (2015), str. 596-600

⁵⁷ Petrovec, KAZEN BREZ ZLOČINA (1998), str. 54

⁵⁸ Ambrož, Namen kaznovanja: pozitivna generalna prevencija? (2016), str. 13

⁵⁹ Ambrož, Preventivne mešane teorije o namenu kaznovanja (2008), str. 13-16

⁶⁰ prav tam

teorije o povračilni izravnavi krivde po večini zavrača zaradi splošnih ciljev kazenskega prava v današnjem času, ki so usmerjeni v varstvo pravnih dobrin.⁶¹

3.3. Povezava s kriminološkimi teorijami

Pomembno teoretično zasnovo s pomočjo katere se sploh lahko definira namen kaznovanja predstavljajo kriminološke teorije, ki poskušajo pojasniti vzroke odklonskosti. Brez razumevanja vzrokov kriminalitete je težko določati ukrepe, ki naj bi kriminaliteto tudi uspešno obvladovali, še posebej povratniško kriminaliteto. Tako kot teorije o namenu kaznovanja so se tudi kriminološke teorije odklonskosti skozi različna zgodovinska obdobja različno razvijale in dopolnjevale. Začetek kriminoloških teorij predstavlja oblikovanje klasične kriminologije kot odziv na stanje v evropskih kazensko-pravnih sistemih pred francosko revolucijo.⁶² Koncepti klasične kriminološke šole so temeljili na teoriji družbene pogodbe.⁶³ Osnova klasične kriminologije je bil človek kot svobodno in razumno bitje, katerega ravnanja temeljijo na racionalnem mišljenju. Klasična šola v svoji teoriji popolnoma zanika obstoj vsakršnih nadnaravnih sil na človekovo ravnanje, kar je bilo pred tem pogosto pri razlaganju odklonskosti. Posledica dojetja človeka kot zavestnega bitja, ki se odloča po svobodni volji in lastnem razumu, je bila v popolni odgovornosti storilcev za svoja ravnanja, ki so plod zavestnega in svobodnega izbiranja med konformizmom in odklonskostjo. Človekova ravnanja temeljijo predvsem na tehtanju med ugodnostjo, ki jo utegne prinesiti ravnanje, in pričakovano bolečino. Navedene teorije zavračajo vsakršno biološko ali družbeno determiniranost odklonskosti, kar vodi v pripisovanje popolne odgovornosti posamezniku za njegova ravnanja. Glavni namen kazni za klasično kriminološko šolo je bilo varovanje družbe, ki se je zagotovilo z zastraševalnim učinkom.⁶⁴ Najvidnejša predstavnika klasične šole sta bila Cesare Beccaria in Jeremy Bentham. Beccaria je izpostavljaj javnost, takojšnjost in sorazmernost kazni, ki naj po vsebini čim bolj ustreza zločinu. Kot nujno pa je izpostavil tudi zanesljivost kaznovanja, kar je eden od temeljnih elementov zastraševalnega učinka generalne prevencije. Bentham je še poglobil Beccarijeve ideje o zastraševalnem učinku sankcij z izpostavitvijo komplementarnosti temeljnih elementov zastraševanja. Trdil je, da lahko strogost, gotovost in hitrost kaznovanja enako uspešno učinkujejo ne glede na njihovo medsebojno razmerje oziroma da lahko zvišanje katerega koli elementa nadomesti znižanje (odsotnost) drugega. Vloga prava po Benthamu je zagotoviti srečo največjemu številu ljudi. Kazen je zaradi njene narave

⁶¹ Ambrož, Preventivne mešane teorije o namenu kaznovanja (2008), str. 12

⁶² Filipčič, KRIMINOLOGIJA (2015), str. 49

⁶³ Meško, KRIMINOLOGIJA (2006), str. 79

⁶⁴ Meško, KRIMINOLOGIJA (2006), str. 80-81

protislovna s pojmom sreče, zato je kaznovanje ultima ratio, ki se uporabi zgolj takrat, ko se z njim izognemo večjemu zlu, kot ga samo kaznovanje povzroča.⁶⁵

Z razvojem kriminologije so se pojavile določene teorije, ki so presegle popolno svobodno voljo posameznika in dosledno zavračanje sodniške diskrecije, kot je to zahtevala teorija klasične šole. Neoklasična kriminološka smer je v okviru sprejemanja koncepta svobodne volje posameznika priznala različno količino le-te, kar je potrebno upoštevati pri presoji prištevnosti in krivde. Na omenjeni podlagi je bila dosežena kazenska neodgovornost otrok pod določeno starostjo in duševno bolnih. Prav zaradi različne kazenske odgovornosti storilcev za svoja ravnanja pa je potrebno dopustiti tudi sodniško diskrecijo pri odmeri kazni, da se zakonska sankcija prilagodi dejanju storilca.⁶⁶

Nauki pozitivistične kriminologije so kronološko sledili klasični in neoklasični kriminološki šoli, vsebinsko pa so predstavljali njeno nasprotje. Temelj pozitivistične kriminologije predstavlja determiniranost ravnanj kot nasprotje svobodni volji. Vsebino posameznikovih ravnanj določajo družbeni, psihološki, čustveni in biološki dejavniki, na katere sam nima vpliva. Predstavniki pozitivistične smeri so se zavzemali za individualizacijo kazenskih sankcij, ki ima nalogo »ozdraviti«⁶⁷ storilca kaznivega dejanja, zato mora biti izrečena kazen časovno nedoločena. Za razliko od klasične in neoklasične kriminološke šole, ki temeljita na filozofski metodi preučevanja vzrokov odklonskosti, pozitivistična kriminologija uporablja znanstvene metode preučevanja.⁶⁷ Obe glavni smeri kriminološke teorije, klasična šola in pozitivistična smer, sta zagovarjali utilitaristični namen kaznovanja, kar je nadomestilo retribucijsko funkcijo kazni, ki je prevladovala pred tem. Klasična šola je učinke kaznovanja preko zastraševanja razlagala širše, kot generalno prevencijo, pozitivistična smer pa se je usmerila na specialno prevencijo, v sklopu katere je prevladovala predvsem resocializacija storilca. Glede dolžine kazni je klasična kriminologija zahtevala, da je kazen sorazmerna s težo izvršenega kaznivega dejanja, neoklasična pa je celo izkazala potrebo po sorazmernosti s krivdo (kazensko odgovornostjo storilca). Nasprotno pozitivistični kriminologi vidijo rešitev deviantnosti v odpravi njenih vzrokov in zato časovno nedoločeni kazenski sankciji.

Povratništvo je ena od lastnosti kaznivih dejanj ljudi, ki so delovali v nasprotju s (kazenskim) pravom. V svojem najožjem razumevanju pomeni zgolj numerično značilnost znotraj pojavnosti odklonskosti. Po dognanjih klasične kriminološke šole gre tudi pri povratnikih za osebe, ki imajo popolnoma svobodno voljo in katerih ravnanja temeljijo na razumskem odločanju. Razlog njihove odklonskosti je torej posledica zasledovanja koristi, ki jih prinaša izvršitev

⁶⁵ Filipčič, KRIMINOLOGIJA (2015), str. 50-55

⁶⁶ Filipčič, KRIMINOLOGIJA (2015), str. 56

⁶⁷ Meško, KRIMINOLOGIJA (2006), str. 90-91

kaznivega dejanja, ki so bile v fazi izvršitve večje kot nevšečnosti zaradi posledic morebitnega kaznovanja. Učinek zastraševanja, predvsem v okviru negativne generalne prevencije, glede na dejstvo, da gre za povratniško kriminaliteto pa tudi v okviru specialne prevencije, očitno ni zadostoval oziroma je bil manjši kot zasledovana korist od izvršitve novega kaznivega dejanja. Rešitev navedene teorije iščejo v komplementarnih učinkih funkcije zastraševanja, še posebej v zvišanju stopnje gotovosti, da bo odklonsko dejanje kaznovano. Pri tem je potrebno izpostaviti, da klasični kriminologi na temelju svobodne volje pojmujejo vse storilce kot enako kazensko odgovorne, zato povratništvo kot lastnost storilca kaznivega dejanja nima vpliva na odmero kazni. Glede na težo kaznivega dejanja oziroma povzročeno družbeno škodo se mora vse storilce kaznovati enako, kar zadostuje tudi odsotnosti sodniške diskrecije, kateri teorija ostro nasprotuje.⁶⁸ Biološki, psihološki in socialni determinizem odklonskosti po teorijah pozitivistične kriminologije napotujejo na zasledovanje specialno preventivnih učinkov kaznovanja.⁶⁹ Povratnik je oseba, kateremu se mora kazen individualno povsem prilagoditi, da se dosežejo njeni učinki. Glede na vzrok odklonskosti je potrebno storilca resocializirati oziroma ga je v primeru nezmožnosti resocializacije potrebno izločiti iz družbe, ki ji predstavlja nevarnost (onesposobitev). Glede na ponovitev kaznivega dejanja je očitno potreben bodisi daljši čas (ali večja intenzivnost) resocializacije bodisi trajna izločitev storilca iz družbe.

Podrobnejši pogled na zasledovanje namena kaznovanja preko odmere kazni storilcu je mogoče doseči ob analizi in primerjavi posameznih teorij odklonskosti znotraj glavnih kriminoloških smeri. Kot prva znanstvena metoda preučevanja odklonskosti se je v zgodovini pojavila v okviru bioloških teorij odklonskosti. Raziskovalci so svoja spoznanja utemeljevali s tezo, da je človekova odklonskost biološko pogojena in da je mogoče ugotoviti relevantne lastnosti človekove osebnosti na podlagi njegovih fizičnih lastnosti (fiziognomija). Odmevno tezo o povezavi spoznanj fiziognomije in frenologije o telesnih značilnostih in determiniranostjo odklonskosti je postavil Cesare Lombroso. Na podlagi raziskav, ki so temeljile na znanstvenih metodah preučevanja telesnih značilnosti, je utemeljeval teorijo o obstoju rojenega zločinca, katerega telesne značilnosti zaznamujejo atavistični znaki, tj. ponovna izraženost tistih telesnih značilnosti, ki jih pri prednikih že nekaj generacij ni mogoče zaznati.⁷⁰ Glede na determiniranost odklonskosti kot nasprotje svobodne volje po klasični šoli je pri kaznovanju storilca potrebno zasledovati namen njegove »ozdravitve«. Na podlagi dane teze je potrebno pri odmeri kazni zasledovati resocializacijo storilca oziroma inkapacitacijo. Nujno je, da je izrečena kazen časovno nedoločena oziroma je njena dolžina odvisna od njenih učinkov. Pojav povratništva po bioloških teorijah odklonskosti ni

⁶⁸ Filipčič, KRIMINOLOGIJA (2015), str. 52

⁶⁹ Meško, KRIMINOLOGIJA (2006), str. 91

⁷⁰ Filipčič, KRIMINOLOGIJA (2015), str. 58-62

presenečenje, saj je odklonskost determinirana in kot takšna neodvisna od svobodne volje. Primarno kaznovanje je bilo pri povratniku neuspešno, saj je ponovil kaznivo dejanje. S tega stališča se kaže pri kaznovanju zasledovati onesposobitev storilca, da se ga trajno (trajneje) izloči iz družbe. Do podobnih zaključkov kot Lombroso v teoriji o rojenem hudodelcu so prišli še nekateri drugi kriminologi, ki so prav tako utemeljevali tezo o vplivu dednosti na odklonskost. Med odmevnejšimi sta bili študija dvojčkov in študija posvojenih otrok. Glavna polemika navedenih študij je bila ločitev vpliva dednosti od vpliva družbenega okolja na odklonskost, ki se je izkazovala v rezultatih raziskav.⁷¹ Navkljub znanstvenemu pristopu preučevanja biološke teorije odklonskosti niso dokazale kavnosti med biološko značilnostjo storilca (npr. atavistični znaki po Lombrosu) in odklonskostjo. Prav označitev oseb z določenimi telesnimi drugačnostmi (atavistični znaki) lahko predstavlja povod za etiketiranje takšnih oseb kot družbeno nevarnih, kar lahko posledično zaradi družbene izolacije in etikete privede do dejanskih odklonskosti.

V okvir pozitivistične smeri kriminologije se uvrščajo tudi psihološke teorije odklonskosti, katerih temeljni objekt preučevanja je posameznik in njegova različnost v primerjavi z drugimi. Pomemben kriminogeni dejavnik predstavlja neuspešna socializacija. Tako je po Freudovi teoriji psihoanalize ključno razumevanje dinamike instanc osebnosti, ki se delijo na Id ali Ono, ki predstavlja instinktivno in nagonsko takojšnje zadovoljevanje svojih potreb. Psihično instanco predstavlja Nadjaz ali Superego, v katerem so ponotranjene družbene vrednote skozi proces socializacije in predstavlja zavoro Idovih nagonskih teženj. Jaz oziroma Ego predstavlja del osebnosti, ki zagotavlja stik z realnostjo in upravlja težnje Ida in zavore Nadjaza.⁷² Ključna značilnost odklonskosti je prešibek Nadjaz, kar posledično dovoljuje Idu hipno in takojšnje zadovoljevanje potreb, ki postanejo kazenskopravno relevantne takrat, kadar je ravnanje v nasprotju s pravom.⁷³ Ključni problem prešibkega Nadjaza je neuspešnost (pomanjkanje) socializacije, zato je potrebno pri kaznovanju storilca zasledovati potrebe njegove resocializacije. Pri pojavu povratništva pa se izkazuje potreba po časovno daljši kazni, da se dosežejo učinki resocializacije storilca.

Neuspešnost socializacije je vzrok za odklonskost tudi po teoriji Hansa Eysencka, ki je v tem sklopu preučeval tudi dovzetnost posameznikov za uspešno socializacijo, ki je potrebna, da se zagotovi spoštovanje prepovedi in zapovedi preko njihove internalizacije, kar vodi do njihovega upoštevanja tudi v primeru odsotnosti zunanje avtoritete. Eysenckov pogled na vzroke odklonskosti je bil bolj determinističen, saj je v svoji teoriji povezoval dovzetnost za

⁷¹ Filipčič, KRIMINOLOGIJA (2015), str. 62-63

⁷² Šugman Stubbs, KRIMINOLOGIJA (2015), str. 67-68

⁷³ Drugo vrsto vzrokov odklonskosti predstavljajo osebe s premočnim Nadjazom, ki zaradi slednjega čutijo neznosne (pogosto tudi iracionalne) občutke krivde in na tej osnovi izvršijo kaznivo dejanje, da bi bili kaznovani.

uspešno socializacijo z ekstremoma naslednjih faktorjev posameznikove osebnosti: ekstrovertiranost – introvertiranost, psihoticizem – nepsihoticizem in nevroticizem – čustvena stabilnost.⁷⁴ Z upoštevanjem ugotovitev Eysenckove teorije bi se pri kaznovanju povratništva morala zasledovati resocializacija storilca. Glede na ponovitveno ravnanje je dovzetnost storilca zaradi dejavnikov njegove osebnosti očitno manjša, zato je utemeljeno pričakovati, da bo potrebna časovno daljša kazen bodisi zaradi resocializacije bodisi zaradi inkapacitacije kot posledice neuspešne resocializacije.

Pomen socializacije izpostavlja tudi teorija moralnega razvoja, ki jo je razvil psiholog Lawrence Kohlberg. Osnovna ideja teorije je različnost moralnega razsojanja posameznikov. Sposobnost moralnega razsojanja se usvaja skozi proces socializacije, pri čemer gre za univerzalen in invarianten proces skozi različne stopnje moralnega presojanja.⁷⁵ Vzrok deviantnosti predstavlja nezadostna stopnja moralnega presojanja storilca, ki skozi proces socializacije ni uspel osvojiti zadostne stopnje moralnega presojanja, da bi v dani situaciji ravnal v skladu s pravom. Pri odmeri kazni storilcu je v okviru zasledovanja učinkov resocializacije potrebno upoštevati stopnjo moralnega presojanja, ki jo je storilec dosegel. Glede na način moralnega presojanja storilcev, ki so dosegli prvo (heteronomna morala) in drugo (hedonizem) stopnjo, bo učinkovito tudi zastraševanje, saj je predvsem na prvi stopnji vsebina vesti predvsem strah pred kaznovanjem. V okviru odmere kazenske sankcije povratniku, bi bilo smiselno primarno iskati smoter kazni v okviru resocializacije storilca na način, da bi dosegel višjo stopnjo moralnega presojanja, sekundarno pa je potrebno zasledovati predvsem učinek zastraševanja, predvsem če je storilec na prvi oziroma drugi stopnji moralnega razvoja.

Pomembna teoretična izhodišča v okviru psiholoških razlag odklonskosti ponuja teorija diferencialne asociacije, ki zagovarja tezo, da je bistveni element vztrajanja pri kriminalnem ravnanju odziv družbe na posameznika, predvsem v smislu nagrajevanja in kaznovanja takšnega ravnanja, ter vir posameznikove avtoritete, ki daje najpomembnejša sporočila.⁷⁶ Teorija temelji na pomembnosti socializacije, pri čemer izpostavlja večji pomen agensov sekundarne socializacije na ponotranjenje vrednot. Identificiranje z vrstniki postane v kasnejšem obdobju bolj pomembno za posameznika kot poslušnost avtoritete v obdobju primarne socializacije. Pri odmeri kazni je težko zasledovati učinke kaznovanja, saj je po teoriji bistvenega pomena za bodoča ravnanja dejstvo, v kakšni socialni mreži se storilec nahaja. V primeru ohranjanja iste socialne mreže po prestani kazni bodo vzorci ravnanj storilca v nadaljevanju podobni, kar pomeni, da obstaja velika verjetnost povratništva.

⁷⁴ Šugman Stubbs, KRIMINOLOGIJA (2015), str. 69-70

⁷⁵ Šugman Stubbs, KRIMINOLOGIJA (2015), str. 72-75

⁷⁶ Šugman Stubbs, KRIMINOLOGIJA (2015), str. 76-77

Zgodnje teorije racionalne izbire so bile po klasični kriminološki šoli osnovane na svobodni volji posameznika, katerega ravnanja so posledica odločanja, ki je podobno ekonomskemu. Storilec izvrši kaznivo dejanje na podlagi svobodne volje, ko pretehta potencialno korist, ki jo bo imel od izvršitve kaznivega dejanja, in morebitne nevšečnosti zaradi njega.⁷⁷ Vodilo njegovih ravnanj predstavlja zasledovanje koristi. V okviru odmere kazni je zato potrebno iskati zastraševalne učinke kaznovanja, ki bodo vplivali na odločanje o izvršitvi prihodnjih kaznivih dejanj. Pomemben element zastraševanja predstavlja gotovost, da bo storilec tudi kaznovan. Učinki pozitivne generalne prevencije so v primerjavi z negativno generalno prevencijo minimalni, saj storilec pri ravnanju zasleduje zgolj svojo korist. Pri odmeri kazni povratniku je potrebno upoštevati, da je bil zastraševalni učinek očitno premajhen, zato mora biti kazen večja.⁷⁸ Kritiki teorije racionalne izbire izpostavljajo preveliko težo racionalnega mišljenja ljudi ter upravičeno zatrjujejo, da navedena teorija ne more pojasniti neekonomsko motiviranih dejanj.⁷⁹

4. ODMERA KAZNI

4.1. Odmera kazni po veljavnem kazenskem zakoniku⁸⁰

Sodna odmera kazni predstavlja sklepni del kazenskega postopka, s katero sodišče izbere zakonsko predpisano kazen ter določi njeno višino. V kazenskem zakoniku so namreč pri posameznem kaznivem dejanju določeni okviri kazni na način, da je določena zgornja in spodnja meja kazni.⁸¹ Splošna pravila za odmero kazni so v veljavnem kazenskem zakoniku (v nadaljevanju KZ-1), na podlagi katerih sodišče opravi odmero kazni storilcu, normirana v 49. členu, iz katerega izhaja dolžnost sodišča, da odmeri kazen v mejah, ki so predpisane za posamezno kaznivo dejanje, upoštevajoč težo storjenega dejanja in storilčevo krivdo.⁸² Nadalje mora sodišče pri odmeri kazni upoštevati tudi vse tiste okoliščine dejanja, ki so v zakonu eksemplifikativno naštetje in vplivajo na to, da bo kazen večja ali manjša.⁸³ Gre za olajševalne in obteževalne okoliščine, ki so v zakonu naštetje zgolj primeroma, v primeru, da sodišče pri odmeri kazni uporabi tudi druge okoliščine, ki jih je ugotovilo, mora takšna

⁷⁷ Filipčič, KRIMINOLOGIJA (2015), str. 109-111

⁷⁸ Seveda pa je morda najpomembnejši element zastraševanja, ki bo vplival na bodoče odločanje storilca, gotovost kaznovanja, česar pa ni mogoče zasledovati pri odmeri kazni, ampak je odvisen od uspešnosti organov pregona.

⁷⁹ Filipčič, KRIMINOLOGIJA (2015), str. 110

⁸⁰ Kazenski zakonik (KZ-1), Ur. l. RS, št. 55/2008

⁸¹ Bavcon, in drugi, KAZENSKO PRAVO (2011), str. 377

⁸² Člen 49/I KZ-1

⁸³ Člen 49/II KZ-1

uporaba izhajati iz razlage zakona z institutom analogije intra legem.⁸⁴ Navedene okoliščine so lahko bodisi subjektivne (nanašajo se na storilčevo krivdo in njegovo osebnost) bodisi objektivne (nanašajo se na kaznivo dejanje in njegove objektivne okoliščine). Glede na dolžnost upoštevanja olajševalnih in obteževalnih okoliščin se le-te delijo na obligatorne in fakultativne, ob tem pa velja poudariti, da so v KZ-1 vse okoliščine fakultativne, kar pomeni, da zakon prepušča presojo o uporabi navedenih okoliščin sodiščem.

Kot posebno okoliščino, pomembno za odmero kazni, določa KZ-1 tudi povratek storilca kaznivega dejanja. Vsebinsko pomeni povratek storilca situacijo, ko sodišče odmeri kazen storilcu, potem ko je le-ta že bil pravnomočno obsojen ali je kazen prestal oziroma mu je bila odpuščena ali pa je zastarala.⁸⁵ Ne glede na odsotnost zakonske dikcije, ali gre za olajševalno ali obteževalno okoliščino, je glede na njen namen potrebno, da jo sodišče uporabi zgolj kot obteževalno okoliščino. Hkrati z definicijo povratka vsebuje zakonsko določilo tudi merila, ki naj sodišču pomagajo pri presoji upoštevanja povratništva kot obteževalne okoliščine pri odmeri kazni.⁸⁶ Prvo merilo predstavlja istovrstnost kaznivega dejanja, kar pomeni da sodi novo kaznivo dejanje v isto skupino kaznivih dejanj kot prejšnje oziroma da je po naravi enako kot prejšnje.⁸⁷ Kot drugo merilo presoje povratka se postavlja enakost nagibov pri izvršitvi obeh kaznivih dejanj, zadnje merilo pa pomeni časovno distanco med izvršitvijo novega kaznivega dejanja in med trenutkom pravnomočne obsodbe za prejšnje kaznivo dejanje oziroma prestane ali odpuščene oziroma zastarane kazni.⁸⁸ Po preteku v zakonu določenega roka, ki začne teči v trenutku, ko je bila kazen izvršena, zastarana ali odpuščena, se obsodba izbriše iz kazenske evidence ob pogoju, da storilec v tem času ne izvrši novega kaznivega dejanja.⁸⁹ Z zakonsko rehabilitacijo se poleg obsodbe v kazenski evidenci izbrišejo tudi vse pravne posledice obsodbe, obsojenec pa velja za neobsojenega.⁹⁰ V primeru, da je novo kaznivo dejanje v takšni časovni odmaknjenosti od prejšnjega, da je že nastopila zakonska rehabilitacija, potem sodišče pri odmeri kazni ne sme upoštevati predkaznovanosti storilca v smislu obteževalne okoliščine povratka po 49/III KZ-1, četudi prejšnja obsodba ni izbrisana iz kazenske evidence. Poleg zakonske rehabilitacije pa pozna zakon tudi sodno rehabilitacijo, ki dopušča sodišču, da na prošnjo obsojenca odloči, da se obsodba izbriše iz kazenske evidence (in da obsojenec velja za neobsojenega), če je

⁸⁴ Bavcon, in drugi, KAZENSKO PRAVO (2011), str. 377

⁸⁵ Člen 49/III KZ-1

⁸⁶ Bavcon, in drugi, KAZENSKO PRAVO (2011), str. 383

⁸⁷ prav tam

⁸⁸ Člen 49/III KZ-1

⁸⁹ Člen 82/III KZ-1

⁹⁰ Člen 82/I KZ-1

potekla polovica z zakonom določenega roka in če obsojenec v tem času ni izvršil novega kaznivega dejanja.⁹¹

Po določbi 49/III KZ-1 ni nujno, da bi moralo sodišče vedno upoštevati povratek kot obteževalno okoliščino, vedno pa mora ovrednotiti njen pomen pri odmeri kazni za novo kaznivo dejanje. Ena od okoliščin, ki jo KZ-1 primeroma navaja kot pomembno okoliščino pri odmeri kazni, je tudi prejšnje življenje storilca, pri čemer je potrebno izpostaviti, da je v skladu z načelom zakonitosti upoštevno samo tisto, kar je v časovni in smiselni povezavi s storilčevim odnosom do dejanja v času njegove izvršitve. Navedena omejitev je potrebna, saj bi se sicer kaznovalo storilca kot slabega človeka in ne njegovega ravnanja, ki ima znake kaznivega dejanja.⁹²

4.2. Primerjava s prejšnjim kazenskim zakonikom⁹³

Pred sprejetjem KZ-1 je bil v veljavi Kazenski zakonik Republike Slovenije (v nadaljevanju KZ-94), ki je pričel veljati leta 1994 in je vseboval enaka splošna pravila za odmero kazni, pomembna razlika s KZ-1 pa je bila normiranje strožje kazni pri večkratnem povratku. Tako kot prejšnji kazenski zakonik je tudi KZ-94 ohranil možnost sodišča, da izvede izredno odmero kazni za večkratne povratnike in to čez okvir kazni, ki ga vsebuje posamezna inkriminacija. Za takšno izredno odmero kazni pa so morali biti izpolnjeni z zakonom določeni pogoji, in sicer je moral biti povratek večkraten, specialen in kvalificiran v smislu, da je bila izrečena kazen zapora v trajanju najmanj enega leta. Hkrati je moral biti izpolnjen tudi časovni pogoj, ki je določal, da od dneva izvršitve kazni oz. odpustitve s prestajanja kazni do novega kaznivega dejanja ni preteklo 5 let. Z izredno odmero kazni se je lahko kaznovalo samo naklepna kazniva dejanja, ki so izpolnjevala navedene pogoje.⁹⁴

Poleg formalnih pogojev, ki so morali biti kumulativno izpolnjeni za uporabo instituta izredne odmere kazni, pa je bilo potrebno upoštevati tudi materialni pogoj v obliki negativne osebne prognoze, kar izhaja iz razlage določb tretjega odstavka 46. člena. Razlaga navedene odločbe pomeni vsebinski odmik povratništva po 46. členu KZ-94 v primerjavi s splošnimi pravili o odmeri kazni povratniku po 41/III KZ-94, saj je pri slednjem v ospredju teža kaznivega dejanja in krivda storilca, v 46. členu pa se v ospredje postavlja preteklost storilca kot osrednje merilo odmere kazni. Ravno zavoljo slednjega se v komentarju zakonika pojavlja vzporednica takšnemu zakonskemu urejanju z zahtevami pozitivistične smeri

⁹¹ Člen 83 KZ-1

⁹² Bele, KAZENSKI ZAKONIK S KOMENTARJEM (2001), str. 283

⁹³ Kazenski zakonik Republike Slovenije, Ur. l. RS, št. 63/1994

⁹⁴ Člen 46/I KZ-94

kriminologije, ki so podobno opisane v prejšnjem poglavju.⁹⁵ Po drugi strani pa Bele miri pred morebitnim neskladjem norme z domnevo nedolžnosti z razlago, da naj sodišča uporabijo izredno odmero kazni v okviru splošnih izhodišč Kazenskega zakonika, da se kazen storilcu odmeri glede na težo storjenega dejanja in stopnjo krivde, institut izredne odmere pa naj se uporabi zgolj v primeru, kadar odmera po splošnih pravilih ne zadosti pravičnemu kaznovanju.⁹⁶

Določba izredne odmere kazni po 46. členu KZ-94 utegne biti ustavno sporna, saj nasprotuje načelu kazenskopravne zakonitosti, če razumemo, da veljavno kaznivo dejanje sestoji tako iz inkriminacije ravnanja kot tudi iz predpisane sankcije. Ravno slednja je v primeru izredne odmere kazni močno relativizirana, saj omenjeni institut omogoča odmero kazni izven okvirja, ki ga kazenski zakon predvideva za takšno ravnanje. V tem pogledu je ogrožena pravna varnost subjektov preko kršitve načela določnosti v kazenskem pravu (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Druga kritika instituta izredne odmere kazni se nanaša na ponovno upoštevanje storilčeve krivde pri novem kaznivem dejanju s tem, ko se strožje kaznovanje ne povezuje z izvršenim dejanjem, ampak z njegovim statusom večkratnega povratnika.⁹⁷ Z omenjeno razlago sodišče z uporabo 46. člena krši načelo prepovedi ponovnega sojenja o zadevi, ki je že bila pravnomočno končana (*ne bis in idem*).

Zakonodajalec se je pri sprejemanju nove kazenskopravne zakonodaje odločil, da instituta izredne odmere kazni večkratnemu povratniku, ki sta ga poznala predhodna kazenska zakonika, v KZ-1 ne bo obdržal. Podobno je bila v Nemčiji že z novelo kazenskega zakona iz leta 1986 odpravljena splošna določba o izrekanju strožje kazni povratnikom, od takrat naprej se tako kot po KZ-1 pri upoštevanju povratništva uporabljajo zgolj splošne določbe o odmeri kazni.⁹⁸

4.3. Individualizacija kazenskih sankcij

Individualizacija kazenske sankcije pomeni, da se le-ta prilagodi teži kaznivega dejanja in osebnosti storilca.⁹⁹ Prvotno individualizacijo opravi zakonodajalec na način, da predvidi zakonski nabor različnih kazni na eni strani ter s predpisovanjem kazni v časovnem okviru pri posamezni inkriminaciji na drugi strani. Veljavni kazenski zakonik ureja tri vrste kazni, in sicer zapor, denarno kazen in prepoved vožnje motornega vozila, pri čemer se lahko kazen zapora izreče samo kot glavna kazen, denarna kazen se lahko izreče kot glavna kazen ali

⁹⁵ Bele, KAZENSKI ZAKONIK S KOMENTARJEM (2001), str. 305

⁹⁶ prav tam

⁹⁷ Bele, KAZENSKI ZAKONIK S KOMENTARJEM (2001), str. 302

⁹⁸ prav tam

⁹⁹ Bavcon, in drugi, KAZENSKO PRAVO (2011), str. 375

kot stranska kazen, prepoved vožnje motornega vozila pa se lahko izreče izključno kot stranska kazen.¹⁰⁰ Zakonska individualizacija predstavlja prilagoditev kazni teži kaznivega dejanja in osebnosti storilca na abstraktni ravni ter tako predstavlja okvir, v katerem sodišče v konkretnem primeru opravi individualizacijo kazni. Sodišče je dolžno v konkretnem primeru opraviti sodno individualizacijo, kar pomeni, da prilagodi zakonsko predpisano kazen teži kaznivega dejanja, stopnji storilčeve krivde in njegovi osebnosti.¹⁰¹ Sodna individualizacija se opravi preko sodne odmere kazni, ko sodišče izbere vrsto kazni in določi njeno višino.

Sodišče opravi odmero kazni (in s tem sodno individualizacijo) na podlagi veljavnega prava, zato mora zakonodajalec v zakonu predvideti vse pomembne okoliščine, da omogoči sodišču, da določi vrsto in višino kazni na način, da bo le-ta pravična in koristna z vidika zasledovanja namena kaznovanja. Hkrati pa mora biti še vedno v skladu s temeljnimi ustavnimi načeli in načeli kazenskega prava, predvsem z načelom zakonitosti v kazenskem pravu in načelom enakosti, ki je lahko v primeru prevelike prilagoditve storilcu sporna. Temeljni okvir kaznovanja mora ostati sorazmerje med težo kaznivega dejanja in stopnjo storilčeve krivde, prilagoditev kazni posebnim okoliščinam pa se doseže z upoštevanjem obteževalnih in olajševalnih okoliščin v okviru kazni.¹⁰²

4.4. Skladnost individualizacije s temeljnimi načeli prava

Teorija prava zagovarja, da mora sodišče pri odločanju o odmeri kazni storilcu (tj. pri sodni individualizaciji), tako kot je to značilno za katero koli pravno odločanje v konkretnem primeru, delovati v določenem normativnem okviru, ki je zgolj relativno določen, da se odločevalcu v konkretnem primeru zagotovi ustvarjalnost.¹⁰³ Zaradi represivne narave kazenskega prava pa veljajo potrebne omejitve kreativnega odločanja v okviru pravne varnosti in načela določnosti. Načelo zakonitosti v kazenskem pravu je normirano v 28. členu Ustave, ki nudi varstvo pred kakršnim koli kaznovanjem za dejanje, za katerega ni zakon predhodno določil, da je kaznivo, ter hkrati določil tudi kazen.¹⁰⁴ Načelo zakonitosti v kazenskem pravu je določeno tudi v KZ-1, določnost (*lex certa*) pa ne velja zgolj za opis kaznivega dejanja, ampak tudi za kazen kot pravno posledico kršitve.¹⁰⁵ Zakonodajalec v skladu z zakonito individualizacijo normira kazen pri posamezni inkriminaciji, po navadi v

¹⁰⁰ Člena 43 in 44 KZ-1

¹⁰¹ Člen 49/I KZ-1

¹⁰² Bavcon, in drugi, KAZENSKO PRAVO (2011), str. 376

¹⁰³ Pavčnik, ARGUMENTACIJA V PRAVU (1989), str. 26

¹⁰⁴ Ustava Republike Slovenije (URS), Ur. l. RS, št. 33/1991

¹⁰⁵ Člen 2 KZ-1

obliki določenega razpona, ki pa ne sme biti takšen, da bi pomenil kršitev načela določnosti.¹⁰⁶

Vprašanje z vidika načela enakosti je, na kakšen način utemeljiti višjo kazen za storilca, ki je hkrati tudi povratnik. V primeru, da ima okoliščina povratništva preveliko težo pri odmeri kazni, bi lahko na tej osnovi sklepali, da se kazen storilcu izreče zaradi njegovega načina življenja, natančneje zaradi njegovega odnosa do prava, ki ga vztrajno krši. Podlago kaznovanja tako predstavlja njegovo življenje in ne konkretno ravnanje, ki izpolnjuje bit kaznivega dejanja. Takšen način razlage in utemeljevanja kazni bi se po svojem namenu približal zahtevam pozitivistične kriminološke smeri.

Drugi način utemeljitve strožjega kaznovanja povratništva je v ponovnem upoštevanju storilčeve krivde iz predhodnega kaznivega dejanja, za katerega je že bil obsojen oziroma je kazen že prestal. Po ustavnem načelu ne bis in idem se ne sme ponovno upoštevati krivda storilca za dejanje, o katerem je že bilo pravnomočno sodno odločeno, zato bi bilo v tem primeru to načelo kršeno.¹⁰⁷ Utemeljitev strožjega kaznovanja povratništva nekateri teoretiki iščejo v višji stopnji krivde zgolj v okviru novega kaznivega dejanja. Povratniki naj bi novo kaznivo dejanje izvršili z večjo kriminalno količino, kar ostaja v sklopu splošnih pravil o odmeri kazni, po katerih se sorazmerno upoštevata teža kaznivega dejanja in stopnja storilčeve krivde, in ne pomeni ponovnega sojenja o prejšnjem kaznivem dejanju.

Druga skrajnost razlage strožjega kaznovanja bi pomenila upoštevanje morebitnega bodočega kaznivega dejanja v okviru odmere kazni za obstoječe kaznivo dejanje. V tem primeru bi bilo strožje kaznovanje potrebno ne samo za že obstoječe povratnike, ampak za vse storilce z negativno kriminalno prognozo. Kreiranje pravnega konstrukta upoštevanja morebitnega bodočega ravnanja na kaznovanje v sklopu sedanjega kaznivega dejanja bi težko utemeljili z vidika skladnosti z načelom domneve nedolžnosti. Iz slednjega izhaja prepoved poseganja represivnih organov države v posameznikove človekove pravice in temeljne svoboščine, dokler ni protipravno ravnanje posameznika ugotovljeno s pravnomočno sodbo.¹⁰⁸ V primeru, da bi se upoštevalo tudi prihodnje kaznivo dejanje storilca, bi moralo biti sodišče prepričano o izvršitvi tega dejanja in o storilčevi krivdi.¹⁰⁹ Domneva nedolžnosti ima za dokazno pravo dve konkretni posledici, in sicer dokazno breme prelaga na funkcijo obtožbe ter načelo in dubio pro reo.¹¹⁰ Prav načelo in dubio pro reo postavlja zahtevo, da se oprostí kaznivega dejanja osebo, za katero ni s potrebnim dokaznim

¹⁰⁶ Pavčnik, ARGUMENTACIJA V PRAVU (1989), str. 140

¹⁰⁷ Člen 31 URS

¹⁰⁸ Mozetič, GLAVNA OBRAVNAVA V KAZENSKEM POSTOPKU (2010), str. 180

¹⁰⁹ Člen 3/II Zakona o kazenskem postopku (ZKP UPB8), Ur. l. RS, št. 32/2012

¹¹⁰ Šugman, DOKAZOVANJE V KAZENSKEM POSTOPKU (2011), str. 60

standardom dokazano, da je izvršila kaznivo dejanje. V primeru zgornje konstrukcije upoštevanja bodočega ravnanja na odmero kazni obstoječega kaznivega dejanja bi to pomenilo, da četudi bi sprejeli zgornjo razlago strožjega kaznovanja, le ta zaradi kršitve načela domneve nedolžnosti ne bi bila v skladu s pravom, saj izvršitve morebitnega novega kaznivega dejanja storilca v prihodnosti ne moremo dokazati z dokaznim standardom, ki je potreben za obsodbo v kazenskem postopku.

V zgornjih primerih (ekstenzivne) razlage strožjega kaznovanja v okviru splošnih pravil za odmero kazni gre vendarle za bolj ali manj skrajne argumentacije, katerih namen je razširiti pogled na dopustnost in skladnost upoštevanja povratništva pri normiranju kazenske zakonodaje in pri sodnem odločanju. Menim, da veljavna pravna ureditev splošnih pravil za odmero kazni, ki zahteva sorazmerno upoštevanje teže kaznivega dejanja in stopnje krivde storilca, kot korekcijo pravičnosti pa znotraj dobljenega okvira kazni posameznega kaznivega dejanja dopušča sodišču možnost upoštevanja primeroma naštetih okoliščin (obteževalnih in olajševalnih okoliščin), ne pomeni neskladnosti s temeljnimi (ustavnimi) načeli. Z vidika načela zakonitosti (*lex certa*) je bila zagotovo najbolj sporna ureditev izredne odmere kazni v primeru večkratnega povratništva po 46. členu KZ-94. Ustavno sodišče ustavnosti navedene zakonske določbe ni nikoli presoјalo, zato tudi domnevna ustavna neskladnost ni bila ugotovljena.¹¹¹

Individualizacija kazenske sankcije omogoča različno obravnavanje storilcev istovrstnih kaznivih dejanj, kar nedvomno povzroči pomisleke o skladnosti z načelom enakosti. Pravni filozof Gustav Radbruch je pojem pravičnosti v smislu merila pozitivnega prava, enačil s pojmom enakosti. Že antični mislec Aristotel je pojem pravičnosti klasificiral na pojem izravnalne pravičnosti, ki pomeni enako obravnavo subjektov ne glede na njihovo različnost in se uporablja predvsem v civilnopravnih razmerjih, ter na pojem razdeljevalne pravičnosti, ki terja enako obravnavo subjektov, ki so bistveno enaki, ter različno obravnavo v primeru bistvene neenakosti. Pojem razdeljevalne pravičnosti se uporablja predvsem v javnopravnih razmerjih.¹¹² V okviru načela enakosti je torej nujno, da se primeri, ki se bistveno razlikujejo, tudi različno obravnavajo, v nasprotnem primeru bi bilo ravno zaradi enakega obravnavanja bistveno neenakih primerov kršeno načelo enakosti (in v tem smislu pravičnosti). Pojem bistvene enakosti oziroma različnosti pa se razlikuje glede na merilo, s katerim v konkretni situaciji presoјamo. Radbruch je vsebinsko merilo zapolnil z idejo smotra, ki napotuje na

¹¹¹ V sodni praksi slovenskih sodišč nisem zasledil uporabe določb 46. člena KZ-94 o izredni odmeri kazni v primeru večkratnega povratništva, kar je verjetno tudi razlog, da ni prišlo do ustavnosodne presoje.

¹¹² Radbruch, FILOZOFIJA PRAVA (2001), str. 65-66

namen in primernost prava.¹¹³ Pri uporabi instituta odmere kazni je smoter kazenskopravnega urejanja predvsem v namenu, ki ga kaznovanje ob upoštevanju vzrokov odklonskosti zasleduje. Tretja zahteva ideje prava (poleg pravičnosti in smotrnosti) pa je po Radbruchu pravna varnost, tj. zahteva po pravni pozitivnosti. Slednja pa zahteva veljavnost pravil, ki jih določa oblast, ne glede na svojo pravičnost in smotrnost. Pravičnost in smotrnost sta vsebinsko v svojem nasprotju, saj pravičnost terja splošnost pravnega pravila, smotrnost pa vselej določa bistvenost dane neenakosti, gledane z določenega zornega kota.¹¹⁴ Zakonodajalec mora pri normiranju kazenskega prava usklajevati zahteve vseh treh elementov prava, glede na naravo kazenskega prava pa je bržkone izstopajoča zahteva po pravni varnosti. Na zakonodajni ravni morajo biti predvidene potencialne konkretne situacije na način, da zakon zagotavlja enako obravnavo storilcev v smislu distributivne pravičnosti, hkrati pa se mora zadostiti zahtevam pravne varnosti v smislu pravne določnosti. Načelo *lex certa* se navezuje tako na opis kaznivega dejanja kot tudi na predpisano kazen, ki ne sme biti v takšnem časovnem okviru, da bi bilo načelo kršeno, hkrati pa mora biti še vedno dovolj fleksibilno, da omogoča zasledovanje načela pravičnosti. Ne nazadnje pa je potrebno upoštevati tudi namen kazenskega prava. Zakonodajalec se je pri normiranju veljavnega kazenskega zakonika (KZ-1) odločil, da bo opisanim zahtevam ideje prava zadostil na način, da bo storilce povratnike obravnaval drugače v obliki fakultativne obteževalne okoliščine znotraj splošnih pravil o odmeri kazni, kar pomeni prilagoditev kazni znotraj predpisanega časovnega okvirja, primarno konkretiziranega s težo kaznivega dejanja in stopnjo storilčeve krivde. Povratništvo po KZ-1 torej ni takšna okoliščina, ki bi utemeljevala bistveno različno obravnavanje storilcev, še vedno pa je v smislu zasledovanja pravičnosti ter ne nazadnje tudi smotra, da se dopusti možnost strožjega kaznovanja ob upoštevanju pravne varnosti (temeljnih pravnih načel).

Zakonska ureditev odmere kazni (individualizacija kazni) dopušča sodišču kot odločevalcu v konkretnem primeru diskrecijo, da se odloči za upoštevanje povratništva kot obteževalno okoliščino pri odmeri kazni. Z vidika pravne teorije bi lahko navedeno ureditev presojali z vidika skladnosti sodnikove diskrecije z načelom zakonitosti. V perspektivi omenjenega načela bi bilo najbolj ustrezno, da zakonska ureditev določno predvidi vse zakonske primere in s tem omogoči sodniku kot uporabniku prava, da zgolj uporabi splošno in abstraktno pravilo in ga aplicira na konkretni primer (mehanično uporabljanje prava). Sodnik kot uporabnik prava je v tem oziru zgolj sredstvo prenašanja prava iz nivoja abstraktnega predpisa na konkretna pravna razmerja.¹¹⁵ Na takšen način se najbolj zaščiti element pravne varnosti, odpira pa se vprašanje pravičnosti in smotrnosti, saj zakonska določila ne morejo

¹¹³ Radbruch, FILOZOFIJA PRAVA (2001), str. 84

¹¹⁴ Radbruch, FILOZOFIJA PRAVA (2001), str. 106-108

¹¹⁵ Pavčnik, ARGUMENTACIJA V PRAVU (1989), str. 21-24

na ravni takšne določnosti predvideti vseh situacij, da bi bilo zadoščeno vsem trem elementom prava (pravičnost, smotrnost in pravna varnost), da bi sodišče v konkretnem primeru brez ustvarjalnosti zgolj preneslo zakonsko rešitev na konkretni primer. Bistvo inkriminacije kaznivih dejanj na način predpisovanja časovnih okvirjev sankcij je ravno v tem, da sodišče prilagodi kazen dejanju in storilcu na način, da se zadosti pravičnosti ter smotrnosti kaznovanja, kar zakonodajalec na abstraktni ravni ne zmore. Ustvarjalnost sodnika v kazenskem postopku pa mora biti omejena zaradi represivne narave kazenskega prava, zato mora biti element pravne varnosti (načelo zakonitosti) prav tako izkazan. Splošna pravila za odmero kazni po KZ-1 uravnavajo potrebo po pravičnosti, smotrnosti in pravni varnosti na način, da zakonsko določilo za posamezno kaznivo dejanje predpisuje relativno določen okvir kazni, kar utemeljuje načelo zakonitosti (lex certa). Znotraj zakonskega okvirja pa sodišče prilagodi kazen teži dejanja in stopnji storilčeve krivde, kar nadalje korigira z upoštevanjem tistih okoliščin, ki vplivajo na to, da je kazen v dobljenem okvirju večja ali manjša (obteževalne okoliščine). Na takšen način je sodišču znotraj upoštevanja načela zakonitosti (lex certa) dana možnost, da pri odmeri kazni zasleduje pravičnost in namen kaznovanja.

5. SODNA PRAKSA

5.1. Povratništvo kot obteževalna okoliščina

Po splošnih pravilih za odmero kazni po veljavni kazenskoopravni zakonodaji predstavlja povratništvo obteževalno okoliščino kaznivega dejanja, kar daje sodišču možnost, da z upoštevanjem le-te zaostri kazen, ki izhaja iz individualizacije po 49/I KZ-1.¹¹⁶ V primerih spodnjih sodb so sodišča upoštevala povratništvo (predkaznovanost) storilca kot obteževalno okoliščino in tudi argumentirala pravilnost sodnih odločb.

VSL sodba I Kp 773/99¹¹⁷:

Zoper sodbo okrajnega sodišča, ki je obdolženko S.G. spoznalo za krivo kaznivega dejanja tatvine po 211/I KZ in ji izreklo kazen štiri mesece zapora, se je pritožila obdolženka. Višje sodišče je ugotovilo, da »je bila obdolženki izrečena pravična kazen«. Ob tem je pri izbiri in odmeri kazni ugotovilo in upoštevalo obdolženkinino predkaznovanost kot obteževalno okoliščino ter tudi njen nekritičen odnos do storjenega kaznivega dejanja. Nadalje je pritožbeno sodišče ocenilo, da »je izrečena kazen sorazmerna teži storjenega kaznivega

¹¹⁶ Člen 49/III KZ-1

¹¹⁷ VSL20936, I Kp 773/99, 9. november 1999

dejanja in stopnji obdolženke krivde«. Tako kot sodišče prve stopnje je tudi pritožbeno sodišče ocenilo, da »je mogoče le z zaporno kaznijo doseči namen kaznovanja«.

V navedeni sodni odločbi je torej instančno sodišče potrdilo pravilnost upoštevanja povratništva kot obteževalne okoliščine pri izbiri in odmeri kazni.¹¹⁸ Sodišče druge stopnje je pritrdilo skladnost odmere kazni z 49/I KZ-1 in hkrati izpostavilo tudi zasledovanje namena kaznovanja.

VSL sodba I KP 519/2000¹¹⁹

Tako kot v prejšnji sodni odločbi je tudi v tem primeru instančno sodišče presojalo pravilnost odmere kazni. Višje sodišče je v obrazložitvi izpostavilo, da mora »sodišče pri odmeri kazni v mejah, ki so z zakonom predpisane za posamezno kaznivo dejanje, upoštevati predvsem težo storjenega dejanja in storilčevo krivdo«. Tudi v tem primeru je sodišče ugotovilo povratništvo storilca, saj je bil storilec »že dvakrat pravnomočno obsojen za istovrstni kaznivi dejanji«. Na podlagi podatkov iz kazenske evidence ter okoliščin izvrševanja kaznivih dejanj sodišči zaključujeta, da je storilec nagnjen k izvrševanju premoženjskih kaznivih dejanj (specialno povratništvo), zato je pri odmeri kazni pravilno upoštevana obteževalna okoliščina povratka.

Čeprav pritožbeno sodišče v izdani odločbi ne izpostavlja zasledovanja namena kazni pri sodni odmeri, pa je zanimivo napotilo obtožencu v obrazložitvi sodbe, da ima ob pogoju nadaljnjega neuživanja drog in ustreznega obnašanja tudi sam možnost, da preko instituta pogojnega odpusta vpliva na dejansko dolžino izrečene kazni. Gledano skozi prizmo kriminoloških teorij, predvsem pozitivistične smeri, je mogoče v napisanem prepoznati resocializacijo kot (vodilni) namen kaznovanja. Zloraba oziroma odvisnost od drog je vzrok za odklonskost storilca, z institutom pogojnega odpusta v okviru izvršilnega prava pa se izpostavlja prav relativnost (časovna nedoločenost) kazni, kar je tudi zahteva pozitivističnih kriminologov.

VSL sodba I KP 300/99¹²⁰

Višje sodišče v Ljubljani je tudi v tej zadevi presojalo pravilnost izbire in odmere kazenske sankcije, vendar je v tem primeru pritožbo zoper odločbo o kazenski sankciji vložila državna tožilka. Sodišče druge stopnje je ugotovilo, da »državna tožilka v pritožbi utemeljeno izpodbija izrek pogojne obsodbe obdolžencu«. Ugotovljeno specialno povratništvo

¹¹⁸ Poleg povratništva obdolženke je bila izpostavljena in upoštevana tudi obteževalna okoliščina odnosa storilke do izvršenega kaznivega dejanja.

¹¹⁹ VSL21267, I Kp 519/2000, 31. maj 2000

¹²⁰ VSL29466, I Kp 300/99, 7. april 1999

(premoženjska kazniva dejanja) ima takšno težo, da je pogojna obsodba kot kazenska sankcija neutemeljena. Sodišče druge stopnje je ugodilo pritožbi državne tožilke in storilcu za obe dejanji izreklo zaporno kazen.

Pritožbeno sodišče je v tem primeru dalo (specialnemu) povratništvu kot obteževalni okoliščini velik pomen za izbiro kazenske sankcije, saj je ravno na tej osnovi zavrnilo možnost izreka pogojne obsodbe. Najverjetneje je bila pri ocenjevanju njegovega pomena odločilna tudi kratka časovna razdalja izvršitve novega kaznivega dejanja, saj je ta podatek sodišče posebej izpostavilo.¹²¹

Sodba I Ips 9979/2010-221¹²²

Vrhovno sodišče je v navedeni zadevi presojalo zakonitost pravnomočne obsodbe, s katero je bil obsojeni M. L. spoznan za krivega storitve kaznivega dejanja velike tatvine po 1. točki 212/I KZ-94. Že sodišče druge stopnje je upoštevalo pritožbo, ki jo je vložil zagovornik in s katero je opozarjal na neupoštevanje olajševalnih okoliščin sodišča prve stopnje (obsojenčeva mladost, dejstva, da je oče mladoletnega otroka, skrb za bolno mater in dejstva, da po prestani zaporni kazni ni storil novega kaznivega dejanja) ter znižalo enotno zaporno kazen. Sodišče prve stopnje je pri izbiri in odmeri kazenske sankcije »upoštevalo zlasti njegovo osebnost, podatke o njegovi predhodni kaznovanosti (specialno povratništvo in vrste kazni, ki so bile že izrečene obsojencu)«.

Višje sodišče je v obrazložitvi sodne odločbe izpostavilo, da »glede na podatke iz kazenske evidence pri obsojencu ni izkazana prognoza, ki bi utemeljevala izrek pogojne obsodbe«. Vrhovno sodišče je v obrazložitvi pritrdilo pravilnosti obrazložitve višjega sodišče, čeprav je bila »glede povzetega pritožbenega očitka sicer res skopa«.

V zgoraj opisani zadevi je bilo pri izbiri in odmeri kazni storilcu potrebno upoštevati več relevantnih okoliščin, tako olajševalne kot tudi obteževalne. Navkljub obstoju olajševalnih okoliščin je sodišče presodilo, da je obstoj specialnega povratništva pri storilca takšna okoliščina, ki po namenu zahteva izrek zaporne kazni. Pri obrazložitvi izbire kazenske sankcije se je sodišče sklicevalo neposredno na negativno kriminalno prognozo.

Sodba I Ips 93/2000¹²³

¹²¹ Pritožbeno sodišče pa je pri izbiri in odmeri kazenske sankcije upoštevalo tudi olajševalno okoliščino obdolženčevega priznanja krivde ter njegovo izjavo o namenu redne zaposlitve.

¹²² Vrhovno sodišče RS, št. I Ips 9979/2010-221, 12. junij 2013

¹²³ Vrhovno sodišče RS, št. I Ips 93/2000, 7. marec 2002

V zahtevi za varstvo zakonitosti je zagovornik obsojenega S.B. izpostavil domnevno neskladje upoštevanja specialnega povratništva pri vrednotenju obsojenčevega zagovora z domnevo nedolžnosti. Vrhovno sodišče je zavrnilo zahtevo za varstvo zakonitosti, saj z zatrjevanim vložnik uveljavlja zmotno ugotovitev dejanskega stanja, ki »po določbi 2. odstavka 420. člena ZKP ni predmet presoje v postopku z zahtevo za varstvo zakonitosti«. V nadaljevanju obrazložitve je bilo ugotovljeno pravilno upoštevanje specialnega povratništva kot obteževalne okoliščine pri odmeri kazni. Vrhovno sodišče je še posebej izpostavilo, da je upoštevanje večkratnega povratništva pri odmeri kazni normirana v 46. členu KZ-94 (izredna odmera kazni), v primeru ko ni pogojev za uporabo določb tega člena, pa sodišče upošteva povratništvo kot obteževalno okoliščino v okviru splošnih pravil za odmero kazni.

Sodba I Ips 65624/2012-154¹²⁴

Vrhovno sodišče je presojalo v postopku vložene zahteve za varstvo zakonitosti in izdalo odločbo, s katero je zahtevo vložnika zavrnilo. Vložnik je izpostavljal, da v izpodbijani sodbi niso bile upoštevane vse olajševalne okoliščine pri izbiri in odmeri kazenske sankcije, ki bi posledično utemeljile izrek pogojne obsodbe kot najprimernejše kazenske sankcije. Kot kontradiktorno je vložnik izpostavil tudi odločitev sodišča prve stopnje, da obsojenčevo specialno povratništvo upošteva kot obteževalno okoliščino, v obrazložitvi pa je navedlo, da »konkretnih pogojnih obsodb ni prekicalo, ker zadeve med seboj niso povezane«.

Vrhovno sodišče je v obrazložitvi odločbe poudarilo, da »ugotavljanje in vrednotenje okoliščin, ki vplivajo na odmero kazni, se uvršča na področje dejanskega stanja, ki ga po določbi drugega odstavka 420. člena ZKP ni mogoče izpodbijati z zahtevo za varstvo zakonitosti«. Edina možnost presojanja v postopku zahteve za varstvo zakonitosti bi bila, če bi izrečena kazen presegala predpisan zakonski okvir. Vrhovno sodišče sklepno ugotavlja, da je bila zaradi neizpolnenosti pogojev za preklic pogojne obsodbe, pravilno upoštevana okoliščina specialnega povratništva kot obteževalna okoliščina pri odmeri kazni v skladu z 49/III KZ-1.

Sodba Kp 1662/93¹²⁵

V navedeni zadevi je pritožbeno sodišče odločalo o pritožbi tako obtoženčevega zagovornika kot tudi javnega tožilca na prvostopenjsko sodbo, s katero je bil obtoženi spoznan za krivega kaznivega dejanja povzročitve smrti iz malomarnosti po 48 KZ RS in mu je bila izrečena kazen 1 leto in 6 mesecev zapora.

¹²⁴ Vrhovno sodišče RS, št. I Ips 65624/2012-154, 23. julij 2015

¹²⁵ VSL20401, Kp 1662/93, 18. januar 1994

Obtoženčev zagovornik je predlagal izrek sankcije opominjevalne narave, kar je pritožbeno sodišče zavrnilo kot neprimerno že glede na obtoženčevo predkaznovanost (poskus umora po 46/I KZ RS). Višje sodišče je ugotovilo, da »je potrebno obtožencu glede na okoliščine obravnavanega dejanja in glede na njegovo predkaznovanost izreči strožjo kazen«. Sodišče je izpostavilo, da je bil obtoženi pred tem tudi že obsojen zaradi poškodovanja tujih stvari (splošni povratek).

Povratništvo pa v opisani zadevi ni bila edina okoliščina, na katero se je oprlo pritožbeno sodišče ob izreku strožje kazni. V obrazložitvi odločbe je namreč posebej izpostavilo, da je obtoženi »nevarno situacijo v celoti povzročil sam s svojim aktivnim ravnanjem«, sodišče prve stopnje pa ni v dovolj veliki meri upoštevalo te okoliščine pri odmeri kazni.

Sodba Kp 1093/93¹²⁶

Višje sodišče v Ljubljani je odločalo o pritožbi javnega tožilca na prvostopenjsko sodno odločbo in ugotovilo, da je pritožba utemeljena. Sodišče prve stopnje je namreč ugotovilo obtoženčevo predkaznovanost za kazniva dejanja zoper premoženje (specialno povratništvo), vendar po mnenju pritožbenega sodišča ni izreklo primerno kazen glede na ugotovljeno dejansko stanje. Ugotovljeno je bilo, da je bil obtoženi zaradi specialnega povratka že več kot 20-krat obsojen na zaporne kazni tako v Sloveniji kot tudi v tujini, kljub temu pa resocializacija do sedaj ni bila uspešna. Na podlagi ugotovljenega je pritožbeno sodišče zvišalo kazen zopora na eno leto (prej 7 mesecev) z utemeljitvijo, da je »le navedena zvišana kazen primerna tako teži storjenega nadaljevanega kaznivega dejanja kot tudi osebnosti storilca«.

5.2. Neupoštevanje predkaznovanosti

Sodba Kp 873/93¹²⁷

Prvostopenjsko sodišče je v obravnavani zadevi spoznalo obtoženega J. C. krivega kaznivega dejanja velike tatvine po takratnem kazenskem zakoniku (166/II KZ RS) izvršenem v sosterilstvu z D. C. in mu izreklo pogojno obsodbo. Zoper sodbo se je pritožil javni tožilec, ki je zaradi ugotovljenega povratništva in same teže kaznivega dejanja (predmet tatvine je bila peč posebnega kulturnega pomena) zahteval zaporno kazen.

Pritožbeno sodišče je zavrnilo tožilčevo pritožbo kot neutemeljeno. Izrečeno kazensko sankcijo je označilo kot primerno, kar je utemeljilo z dejstvom, da povratnik J. C. ni bil

¹²⁶ VSL20245, Kp 1093/93, 7. oktober 1993

¹²⁷ VSL20398, Kp 873/93, 13. oktober 1993

pobudnik izvršitve kaznivega dejanja, in da zaradi dejstva, da se javni tožilec ni pritožil na izrečeno kazen pobudniku J. C., morebitna višja kazen zaradi upoštevanja povratništva ne bi bila primerna glede na obtoženčev delež. V primeru ugoditve pritožbi javnega tožilca, kot ugotavlja pritožbeno sodišče v obrazložitvi odločbe, bi bila kazenska sankcija »za enega in drugega nepravilna«.

Pritožbeno sodišče je torej ocenilo, da bi bilo upoštevanje povratništva kot obteževalne okoliščine nepravilno glede na storilčevo krivdo.

5.3. Nepravilno upoštevanje predkaznovanosti

Sodba I Kp 77/2000¹²⁸

Po 82. členu KZ-1, ki normira zakonsko rehabilitacijo in izbris obsodbe, se s potekom določenega časa obsodba izbriše iz kazenske evidence, prenehajo vse njene pravne posledice, obsojenec pa velja za neobsojenega.¹²⁹

V navedenem primeru je sodišče prve stopnje spoznalo obdolženca za krivega storitve kaznivega dejanja tatvine po 211/II KZ-1 in mu izreklo kazen štiri mesece zapora. Zoper sodbo se je pritožil obdolženec zaradi nepravilno ugotovljenega dejanskega stanja. Pritožbeno sodišče je ugotovilo, da je sodišče prve stopnje kot obteževalno okoliščino upoštevalo povratništvo obdolženca, kar je izhajalo iz kazenske evidence. Vendar pa je bilo upoštevanje povratništva nepravilno, saj je v pretečenem času že nastopila zakonska rehabilitacija in so vsi pravni učinki upoštevané obsodbe prenehali in je obsojenec glede omenjene obsodbe veljal za neobsojenega. Čeprav je obsodba še vedno navedena v kazenski evidenci, je sodišče pri odločanju ne sme upoštevati. Pogoji, da se storilec kaznivega dejanja lahko obravnava kot povratnik, je, da še niso nastopile posledice zakonske rehabilitacije.

Zakonska rehabilitacija pa v obravnavanem primeru še ni nastopila za kaznivi dejanji, izvršenimi leta 1986 in 1989, kar sta ugotovili obe sodišči, vendar že sodišče prve stopnje pri odmeri kazni ni dalo posebne teže omenjenim predkaznovanostim, saj je od izvršitve teh kaznivih dejanj preteklo precej časa. Omenjeno predkaznovanost pa je pritožbeno sodišče upoštevalo pri zaostritvi pogojne obsodbe (daljša preizkusna doba), saj »podatki iz kazenske evidence kažejo na nekoliko večjo nevarnost ponavljanja kaznivih dejanj«.

Sodba I Ips 491/2007¹³⁰

¹²⁸ VSL21228, I Kp 77/2000, 22. februar 2000

¹²⁹ Člen 82/I KZ-1

Tudi v tem primeru se je sodišče, ki je odločalo o zadevi (v tem primeru sodišči na obeh stopnjah), neupravičeno sklicevalo na predkaznovanost obsojenca, saj so že nastopili učinki zakonske rehabilitacije. Vrhovno sodišče je ugotovilo, da je prvostopenjsko sodišče upoštevalo obsojenčevo predkaznovanost kot okoliščino, ki je vplivala na izrek kazni. Prav tako je pritožbeno sodišče izpostavilo nevarnost obsojenca, na kar nakazujejo »podatki iz spisa in obdolženčeva predkaznovanost«. Povratništvo obsojenca, kot je izhajalo iz kazenske evidence, sta obe redni sodišči upoštevali kot obteževalno okoliščino pri odmeri kazni.

Vrhovno sodišče je ugotovilo, da je bil obsojenec predhodno obsojen na pogojno kazen treh mesecev zavora s preizkusno dobo dveh let, ki je potekla 30. 5. 2002. Zakonska rehabilitacija pogojno obsojenega je v skladu s takrat veljavnim kazenskim zakonikom nastopila eno leto po preteku preizkusne dobe, tj. 30. 5. 2003, očitana kazniva dejanja pa je izvršil šele v letu 2004. Sklicevanje sodišč na obsojenčevo predkaznovanost je bilo zaradi nastopa zakonske rehabilitacije nepravilno, vendar kot ugotavlja Vrhovno sodišče, ni vplivalo na zakonitost sodbe, saj se je sodišče pri odmeri kazni »oprlo predvsem na druge okoliščine v spisu, ki jih je tudi navedlo«.

Sodba I Kp 594/2008¹³¹

V zgoraj navedenih primerih je bila obsojenčeva (obtoženčeva) predkaznovanost neupravičeno upoštevana, saj so že nastopili učinki zakonske rehabilitacije, kar pomeni, da se obsodba izbriše iz kazenske evidence, prenehajo vse pravne posledice obsodbe in obsojeni velja za neobsojenega. V tem primeru pa je pritožbeno sodišče ugotovilo, da je sodišče prve stopnje neupravičeno upoštevalo obdolženčevo predkaznovanost kot obteževalno okoliščino, saj se »kot obteževalna okoliščina lahko šteje le pravnomočna sodba, ki je bila obdolžencu izrečena pred storitvijo kaznivih dejanj«. Sodišče prve stopnje je namreč kot obteževalno okoliščino štelo tudi odprte kazenskopravne postopke, ki so tekli zoper obdolženca, pravilno sklicevanje na predkaznovanost (povratništvo) pa je ugotovilo le pri sklicevanju na pravnomočno obsodbo pri enem kaznivem dejanju, vendar je sodišče prve stopnje, kot ugotavlja pritožbeno sodišče, dalo tej okoliščini pri izbiri in odmeri kazni preveliko težo. Pritožbeno sodišče izpostavlja, da je sodišče prve stopnje spregledalo obdolženčeve olajševalne okoliščine težkega zdravstvenega stanja, skrbi za nedoletnega otroka in invalidsko upokojenost, zato je izreklo pogojno obsodbo.

Sodba I Kp 1142/99¹³²

¹³⁰ Vrhovno sodišče RS, št. I Ips 491/2007, 8. maj 2008

¹³¹ VSM0020700, I Kp 594/2008, 12. december 2008

Prvostopenjsko sodišče je obtoženca spoznalo za krivega storitve kaznivega dejanja tatvine po 211/I KZ-94 in mu odmerilo kazen treh mesecev in 15 dni zapora. Zoper sodbo se je zaradi odločbe o kazenski sankciji pritožil državni tožilec, ki je predlagal daljšo zaporno kazen. Svojo pritožbo je državni tožilec utemeljil na odprte kazenske postopke, ki tečejo zoper obdolženca, vendar kot ugotavlja pritožbeno sodišče, le tega ni mogoče šteti kot obteževalne okoliščine, saj bi bilo to v nasprotju z domnevo nedolžnosti po določbi 3. člena ZKP. Pritožbeno sodišče je ugotovilo, da je bila odmerjena kazen primerna teži dejanja in stopnji storilčeve krivde.

Upoštevanje odprtih kazenskih postopkov kot obteževalne okoliščine pri odmeri kazni bi pomenilo kršitev domneve nedolžnosti (3. člen ZKP). Zanimivo pa je, da je pri odločanju o priporu iz pripornega razloga ponovitvene nevarnosti dovoljeno upoštevati kazenske postopke, ki tečejo zoper obdolženca v okviru presoje obdolženčevih osebnih lastnosti. Navkljub temu pa na tej podlagi ni mogoče sklepati na »obdolženčevo kaznovanost in s tem na njegovo specialno povratništvo«. ¹³³ Kot poudarja Vrhovno sodišče pri tem ne gre »za vnaprejšnjo obsodbo za dejanja, o katerih bo sodišče še razsojalo, temveč za ugotavljanje obdolženčevih osebnih lastnosti oziroma njegovega odnosa do družbenih pravil in verjetnosti, da bi takšna dejanja ponavljal v postopku, ki je uveden na podlagi utemeljenega suma, in ne gotovosti o storitvi kaznivih dejanj«. ¹³⁴ Povezavo med odločanjem o priporu iz razloga ponovitvene nevarnosti in odločanjem o odmeri kazenske sankcije bi lahko vzpostavili na izhodišču nevarnosti (domnevnega) storilca kaznivega dejanja za nadaljnje ogrožanje vrednot, ki jih kazensko pravo varuje, in posledično nujnosti, da se mu to prepreči (inkapacitacija). Različnost med obema institutoma pa je utemeljena predvsem na različnem dokaznem standardu, ki se zahteva pri postopkovnem odločanju o priporu in pri končni meritorni odločbi.

5.4. Pravilnost sklicevanja na povratništvo

Sodba I Ips 88722/2010-168¹³⁵

V prejšnjih primerih so sodišča izpostavila utemeljenost sklicevanja na predkaznovanost in njegovega upoštevanja pri odmeri kazni, pri čemer so posebej izpostavila učinke zakonske rehabilitacije, ki jih je potrebno upoštevati ne glede na obstoj obsodbe v kazenski evidenci. V navedeni zadevi pa je bilo s strani zagovornika obsojenega sproženo vprašanje pravilnosti

¹³² VSL20514, I Kp 1142/99, 27. oktober 1999

¹³³ Vrhovno sodišče RS, št. I Ips 504/2008, 8. januar 2009

¹³⁴ Vrhovno sodišče RS, št. I Ips 97/2008, 17. april 2008

¹³⁵ Vrhovno sodišče RS, št. I Ips 88722/2010-168, 23. februar 2012

upoštevanja predkaznovanosti, ko le-ta »ni bila ugotovljena po predpisanem postopku, saj sodišče ni pridobilo podatkov iz kazenske evidence«. Sodišče se je pri odmeri kazni namreč oprlo na obsojenčev zagovor, v katerem je navajal svojo predkaznovanost. Vrhovno sodišče je ugotovilo, da je obsojenec sam navedel svojo predkaznovanost, potem ko mu je bil dan pouk po 5. členu ZKP, zato se je lahko sodišče pri odmeri kazni utemeljeno sklicevalo na njegov zagovor ter predkaznovanost upoštevalo kot obteževalno okoliščino.

Vrhovno sodišče v zvezi s postopkom ugotavljanja obsojenčeve predkaznovanosti dodaja, da pridobitev relevantnih podatkov, ki niso pridobljeni po postopku, ki je »določen z Zakonom o sodelovanju v kazenskih zadevah med državami članicami Evropske unije,¹³⁶ na samo zakonitost ni imelo vpliva«.

Sodba I Ips 301/2001¹³⁷

Z zahtevo za varstvo zakonitosti zagovornik uveljavlja bistveno kršitev določb ZKP, ker sodišče prve stopnje pri obrazložitvi obteževalnih okoliščin ni navedlo opravičnih števil sodb, ki utemeljujejo povratništvo obsojenca. Kršitev naj bi bila podana, ker sodba nima razlogov o odločilnih dejstvih oziroma ker je med njimi precejšnje nasprotje. Vrhovno sodišče je zavrnilo zahtevo za varstvo zakonitosti kot neutemeljeno, saj vprašanje identitete »pravnomočno končanih kazenskih zadev pa ne more predstavljati takšnega odločilnega dejstva«. Izpostavilo je tudi, da je sodišče prve stopnje predkaznovanost zaradi istovrstnih kaznivih dejanj (specialno povratništvo) upoštevalo kot obteževalno okoliščino v okviru upoštevanja prejšnjega življenja storilca, kar pa ne pomeni »ponovno kaznovanje za že obsojenega storilca«. Vrhovno sodišče ugotavlja, da ima izpodbijana sodna odločba razloge o odločilnih dejstvih in je zahteva vložnika neutemeljena.

5.5. Povratništvo in namen kazenskih sankcij

Sklep II Kp 63467/2012¹³⁸

V navedenem primeru (in kasnejših v tem poglavju) je sodišče odločalo o načinu izvrševanja zaporne kazni po 86/III KZ-1, kar je »postopek, analogen postopku sodne odmere kazni«. Kot je izpostavilo sodišče, se mora opraviti »poglobljeno, analitično in celovito presojo okoliščin, povezanih tako z osebnostjo storilca kot tudi z njegovim dejanjem«.

¹³⁶ Zakon o sodelovanju v kazenskih zadevah med državami članicami Evropske unije (ZSSZDČEU), Ur. l. RS, št.48/13

¹³⁷ Vrhovno sodišče RS, št. I Ips 301/2001, 13. februar 2003

¹³⁸ VSM00003750, II Kp 63467/2012, 26. september 2017

Kljub temu, da ne gre za postopek odmere kazni, je zaradi analognosti postopka smiselno pregledati, kakšno težo dajejo sodišča okoliščini povratništva pri zasledovanju namena kazenskih sankcij.

V omenjenem sklepu je sodišče odločalo o predlogu obsojenca, da se zaporna kazen izvrši v odprtem oddelku. Kot olajševalne okoliščine je obsojenec navedel družinske razmere. Sodišče je obsojenčev predlog zavrnilo z izpostavitvijo predvsem namena izvršitve kazni, ki se zasleduje, konkretnije, »da obsojenca in druge odvrča od izvrševanja kaznivih dejanj«. Nadalje sodišče ugotavlja, da »predlagani način izvršitve kazni zapora v odprtem oddelku ob izpostavljeni teži in načinu storjenega kaznivega dejanja pri obsojencu ne bi dosegla namena, ki se zasleduje z izrekom prostostne kazni«.

Namen prostostne kazni je po obrazložitvi sodišča ravno ta, da se zagotovi spoštovanje prava in varovanje vrednot, ki jih kazensko pravo varuje. Ob tem pa je sodišče posebej izpostavilo, da je poleg teže in načina storitve kaznivega dejanja potrebno upoštevati tudi obsojenčevo predkaznovanost. Obsojenec je namreč specialni povratnik, na katerega prejšnje kazenske sankcije očitno niso učinkovale v skladu z njihovim namenom, kar je pomembna okoliščina pri presoji odmere kazni oziroma v tem primeru načina izvršitve kazni.

Sklep IV Kp 57796/2011¹³⁹

Tudi v tem primeru je sodišče pri izvrševanju kazenske sankcije posebej izpostavilo nujnost zasledovanja namena kaznovanja in na tem temelju zavrnilo obsojenčev predlog nadomestitve zaporne kazni z alternativno obliko.

V obrazložitvi sklepa je sodišče posebej izpostavilo veliko in konkretno nevarnost, da bo obsojenec na prostosti ponovil kaznivo dejanje, kar izhaja iz njegove obsežne predkaznovanosti. V skladu z namenom kazenske sankcije je že sodišče prve stopnje pri odmeri kazni ravnalo pravilno, ko ni izreklo pogojne obsodbe, predvsem zaradi upoštevanja specialnega povratništva kot obteževalne okoliščine.

Sodba VI Kp 12796/2017¹⁴⁰

Okrožno sodišče v Kranju je spoznalo obtoženega A. A. za krivega storitve kaznivega dejanja neupravičene proizvodnje s prepovedanimi drogami (186/IV KZ-1) in mu izreklo kazen devet mesecev zapora, pri čemer je določilo, da se bo kazen izvršila na način, da »obtoženi v obdobju šestih mesecev od izvršljivosti sodbe opravi delo v splošno korist.«

¹³⁹ VSM0023483, IV Kp 57796/2011, 23. marec 2017

¹⁴⁰ VSL00003286, VI Kp 12796/2017, 23. avgust 2017

Zoper sodbo se je zaradi odločbe o kazenski sankciji pritožila državna tožilka, ki je predlagala kazen devet mesecev zapora.

Pritožbeno sodišče je ugotovilo, da je pritožba državne tožilke utemeljena, saj je sodišče prve stopnje pri izbiri in odmeri kazni dalo preveliko težo osebnim razmeram obtoženega, »premalo pa je upoštevalo okoliščine, ki izkazujejo obtoženčevo nevarnost ponovitve dejanja na prostem«. Pravilno je bila namreč že na prvi stopnji ugotovljena okoliščina večkratnega povratka, preveliko težo pa je prvostopenjsko sodišče dalo časovni odmaknjenosti dejanja od zadnje obsodbe. Pritožbeno sodišče posebej izpostavlja, da »obtoženčeva predkaznovanost ter ponovno izvršeno kaznivo dejanje tekom preizkusne dobe kažeta na obtoženčev nekritičen odnos do izvršenih kaznivih dejanj«.

Povratništvo storilca kaznivega dejanja oziroma njegovo obsežno predkaznovanost je sodišče upoštevalo pri načinu izvršitve kazenske sankcije tudi v sodbi IV Kp 42016/2015,¹⁴¹ v kateri je ugodilo pritožbi okrožne državne tožilke in odločilo, da se kazen ne izvrši z delom v splošno korist, ter v sklepu II Kp 1137/2011,¹⁴² s katerim je sodišče druge stopnje zavrnilo možnost nadomestne izvršitve kazni.

¹⁴¹ VSM0023262, IV Kp 42016/2015, 12. januar 2017

¹⁴² VSM0023450, II Kp 1137/2011, 1. marec 2017

6. ZAKLJUČEK

Funkcija kazenskega prava v sodobni družbi ni zagotovitev (metafizične) pravičnosti kot kategoričnega imperativa po nazorih absolutnih teorij kaznovanja, temveč varovanje pravnih dobrin. Po nazorih teorije družbene pogodbe je država nastala kot skupek pravic, katerih izvrševanje so državljani prostovoljno prenesli nanjo, da se zagotovi uspešnost njihovega uresničevanja. Ravno varstvo pred kaznivimi dejanji je ena od temeljnih pravic, ki je bila zaradi strahu pred eksistenčno nevarnostjo prenesena na državo, ki ima monopolizirana sredstva nad represivnim aparatom. Naloga države je, da preko zakonodajne funkcije sprejme ukrepe, ki so potrebni za varovanje temeljnih vrednot, ki jih kazensko pravo varuje preko inkriminacij določenih dejanj in jih preko sodne odmere kazni tudi izvršuje. Povratništvo predstavlja poseben pojav znotraj pojava kriminalitete in pomeni osebno okoliščino na strani storilca, tj. da sodišče sodi osebi, ki je že bila obsojena zaradi izvršitve kaznivega dejanja. Glede na uradne statistične podatke delež povratnikov v Sloveniji v zadnjem desetletju predstavlja približno polovico vseh zapornikov.

Ukrepi preprečevanja kriminalitete zajemajo različne ravni delovanja. Za kazensko pravo je značilno represivno odzivanje preko izbire in odmere kazenskih sankcij za že izvršeno kaznivo dejanje z namenom preprečitve morebitnih bodočih odklonskost oziroma normiranje kaznivih dejanj in predpisovanje kazni na zakonodajni ravni. Namen kaznovanja pa je težko definirati brez teoretične zasnove vzrokov odklonskosti storilcev kaznivih dejanj, ki jih utemeljujejo različne kriminološke teorije.

Pri kazenskopravnem normiranju povratništva oziroma pri sprejemanju ukrepov na področju kazenskega prava, namenjenim zniževanju (obvladovanju) povratniške kriminalitete, se je potrebno zavedati, da je veljavni pravni red kompleksna in koherentna celota, ki ne dopušča hipnega in parcialnega urejanja brez nastanka neželenih učinkov (na drugih področjih) kot posledice normiranja. Namen (kazenskega) prava je, da uredi razmerja na način, da se zagotovi pravičnost v družbi v smislu (distributivne) enakosti, hkrati pa je potrebno zasledovati tudi smoter pravnega urejanja, kakršen izhaja iz upoštevne teorije, ter navsezadnje zagotoviti pravno varnost, še posebej na področju kazenskega prava, kjer je poseg države v pravice posameznikov največji. Pri sprejemanju ukrepov zoper povratniško kriminaliteto na področju kazenskega prava je treba določiti takšen nabor ukrepov, tj. sprejeti takšno zakonodajo, da bo dosežen njen namen, ki se preko odmere kazni izraža v specialni in generalni prevenciji, kar pomeni bodoče zavarovanje vrednot, ki jih kazensko pravo varuje. Hkrati pa ukrep ne sme biti v nasprotju s temeljnimi načeli kazenskega prava in ustavnimi načeli, ampak mora biti koherenten v razmerju do veljavnega pravnega reda kot del njegove celote. V sklopu kriminalitetne politike se moramo zavedati omejenosti dometa učinkov

represivnega delovanja v razmerju do obstoječe kriminalitete. Slednja je družben pojav, ki ga je mogoče zgolj relativno obvladovati, do določene mere pa bo v vsaki družbi prisoten ne glede na ukrepe njenega preprečevanja. Kot ugotavlja Emile Durkheim, je kriminaliteta ne le nujen, ampak tudi koristen družben pojav, saj omogoča družbene spremembe in njeno kaznovanje krepi družbeno solidarnost v smislu ponotranjenja družbenih pravil in vrednot.¹⁴³ Brinčeva ugotovitev bistvene nespremenljivosti deleža povratniške kriminalitete znotraj celotnega pojava in dejstva manjše nevarnosti le-te v razmerju do primarne kriminalitete, presojava skozi prizmo teže kaznivih dejanj, ki je ocenjena glede na izrečeno kazen, po mojem prepričanju pomeni, da na področju njenega kazenskopravnega normiranja ni potrebno sprejeti drastičnih ukrepov, ki bi predstavljali znatno spremembo glede na obstoječi pravni red. Vsakršno zaostrovanje kazenskopravnega delovanja pomeni poseg v človekove pravice in znižuje standarde njenega varstva, vprašanje pa je, v kolikšni meri smo kot družba pripravljeni znižati raven varstva človekovih pravic in svoboščin, da bo represivno delovanje države imelo večje učinke.

Napovedovanje povratništva v smislu kriminalne prognoze kaže določeno stopnjo zanesljivosti, ki pa je še vedno premajhna, da bi se lahko nanjo bistveno oprli pri odmeri kazni (npr. izredna odmera kazni po KZ-94), kot relevantna pa se utegne pokazati v izvršilnem kazenskem pravu pri postopku presoje pogojnega odpusta.

Veljavna kazenska zakonodaja ureja povratništvo v sklopu njenega upoštevanja pri odmeri kazni kot subjektivne obteževalne okoliščine. Sodišče mora pri odmeri kazni storilcu kazen primarno prilagoditi teži dejanja in storilčevi krivdi, šele nato pa po prosti presoji upoštevati povratništvo kot obteževalno okoliščino, če to zahteva pravičnost in namen izreka kazni. Menim, da takšna oblika kazenskopravnega urejanja zadostno vpliva na pravičnost in smoter njenega normiranja, hkrati pa zadosti temeljnemu načelom kazenskega prava, predvsem z vidika pravne varnosti.

Analiza prakse slovenskih sodišč glede upoštevanja okoliščine povratništva pri odmeri kazni, je pokazala, da so sodišča le-to upoštevala predvsem pri utemeljitvi izbire kazenske sankcije, pogosto pa se je na tej osnovi izrečena kazen tudi zaostрила. Povratništvo je v praksi sodišč še vedno uporabljeno zgolj kot obteževalna okoliščina, primarno pa je pri odmeri kazni še vedno ključno sorazmerno upoštevanje teže kaznivega dejanja in stopnje storilčeve krivde, poleg povratništva pa je seveda ob pogoju izkaza potrebno upoštevati tudi druge okoliščine, ki vplivajo na kazen (obteževalne in olajševalne okoliščine). Velik pomen pri vprašanju upoštevanja povratka ima ravno časovna komponenta v smislu časovne distance med obema dejanjema, pri čemer je relevantna tako zakonska rehabilitacija storilca kot tudi

¹⁴³ Filipčič, KRIMINOLOGIJA (2015), str. 86

pomen povratka v smislu 49/III KZ-1. Pomembna pa je tudi utemeljitev Vrhovnega sodišča glede pravilnosti ravnanja sodišča pri postopku seznanjanja z dejstvom povratka in pri navedbi formalnih oznak v obrazložitvi sodbe. Sodišče presoja dejstvo povratka v skladu s prosto presojo dokazov, presoja nedovoljenosti pa zajema splošno nedovoljenost dokaza v smislu kršitve dokaznih prepovedi (ekskluzijsko pravilo).

Zmanjševanje pomena ukrepov represivnega delovanja zoper pojav kriminalitete posledično pomeni povečano preventivno dejavnost. Enega od preventivnih ukrepov zniževanja in preprečevanja kriminalitete predstavlja preventivno policijsko delovanje. Problem namenjanja prevelike teže temu načinu predstavlja, poleg prevelike obremenjenosti policije, predvsem poseganje v pravico do zasebnosti posameznika in druge temeljne človekove pravice in svoboščine, določene oblike izvajanja ukrepa pa bi lahko vodile do etiketiranja posameznih družbenih skupin.

Osebnostno menim, da je sedanja kazenskoppravna zakonodaja glede normiranja povratka pri odmeri kazni sprejemljiva in zadostna, za konkretnejše učinke zmanjševanja kriminalitete pa bi se bilo po mojem prepričanju potrebno usmeriti v preventivno delovanje države v širšem smislu, predvsem v okviru zagotavljanja enakih možnosti, ohranjanja kvalitetnega in javnega šolstva (izobrazba in sekundarna socializacija), sprejemanja ukrepov na področju socialnega varstva, vključno z učinkovitejšim delovanjem organov socialnega varstva na področju zagotavljanja ustreznih družinskih razmer (primarna socializacija), ter drugih ukrepov, ki zmanjšujejo socialne razlike in revščino.

7. VIRI IN LITERATURA

7.1. Monografije

Ambrož, Matjaž; in drugi: KRIMINOLOGIJA, GV Založba, Ljubljana 2015

Bavcon, Ljubo; Šelih, Alenka; Korošec, Damjan; Ambrož, Matjaž; Filipčič, Katja: KAZENSKO PRAVO, SPLOŠNI DEL (5. izdaja), Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2011

Beccaria, Cesare: O ZLOČINI IN KAZNIH, Cankarjeva založba, Ljubljana 2002

Bele, Ivan: KAZENSKI ZAKONIK S KOMENTARJEM: SPLOŠNI DEL, GV Založba, Ljubljana 2001

Foucault, Michael: NADZOROVANJE IN KAZNOVANJE: NASTANEK ZAPORA, Delavska enotnost, Ljubljana 1984

Meško, Gorazd: KRIMINOLOGIJA (1. izdaja), Fakulteta za varnostne vede, Ljubljana 2010

Mozetič, Polona: GLAVNA OBRAVNAVA V KAZENSKEM POSTOPKU: DOKAZNOPRAVNI IN ORGANIZACIJSKI VIDIKI, GV Založba, Ljubljana 2010

Pavčnik, Marjan: ARGUMENTACIJA V PRAVU, Pravna fakulteta, Ljubljana 1989

Petrovec, Dragan: KAZEN BREZ ZLOČINA: PRISPEVEK K IDEOLOGIJAM KAZNOVANJA, SH Zavod za založniško dejavnost, Ljubljana 1998

Piškur, Nina: POVRATNIŠTVO V SLOVENIJI, Diplomsko delo, Ljubljana 2007

Radbruch, Gustav: FILOZOFIJA PRAVA, Cankarjeva založba, Ljubljana 2001

Šugman Stubbs, Katja; Gorkič, Primož: DOKAZOVANJE V KAZENSKEM POSTOPKU, GV Založba, Ljubljana 2011

7.2. Članki

Ambrož, Matjaž: Namen kaznovanja: pozitivna generalna prevencija?, v: Revija za kriminalistiko in kriminologijo, 67 (2016) 1, str. 5-15

Ambrož, Matjaž: Preventivne mešane teorije o namenu kaznovanja, v: Revija za kriminalistiko in kriminologijo, 59 (2008) 3, str. 239-248

Brinc, Franc: Gibanje kriminalitete in kaznovalna politika v Sloveniji v zadnjem desetletju, v: Revija za kriminalistiko in kriminologijo, 56 (2005) 1, str. 3-28

Brinc, Franc: Kriminalna prognoza – iluzija ali resničnost, v: Revija za kriminalistiko in kriminologijo, 54 (2003) 4, str. 341-355

Brinc, Franc: Napovedovanje in omejevanje povratništva, v: Revija za kriminalistiko in kriminologijo, 44 (1993) 3, str. 217-233

Završnik, Aleš: Zakaj ne bi raje vlagali v ljudi, namesto da vlagamo v stroje?, v: Mladina, (2018) 7, str. 36-40

7.3. Pravni viri

Kazenski zakonik (KZ-1), Ur. l. RS, št. 55/2008

Kazenski zakonik Republike Slovenije, Ur. l. RS, št. 63/1994

Ustava Republike Slovenije (URS), Ur. l. RS, št. 33/1991

Zakon o kazenskem postopku (ZKP UPB8), Ur. l. RS, št. 32/2012

Zakon o sodelovanju v kazenskih zadevah med državami članicami Evropske unije (ZSSZDČEU), Ur. l. RS, št.48/13

7.4. Odločitve sodišč

Višje sodišče:

VSL20245, Kp 1093/93, 7. oktober 1993

VSL20398, Kp 873/93, 13. oktober 1993

VSL20401, Kp 1662/93, 18. januar 1994

VSL29466, I Kp 300/99, 7. april 1999

VSL20514, I Kp 1142/99, 27. oktober 1999

VSL20936, I Kp 773/99, 9. november 1999

VSL21228, I Kp 77/2000, 22. februar 2000

VSL21267, I Kp 519/2000, 31. maj 2000

VSM0020700, I Kp 594/2008, 12. december 2008

VSM0023262, IV Kp 42016/2015, 12. januar 2017

VSM0023450, II Kp 1137/2011, 1. marec 2017

VSM0023483, IV Kp 57796/2011, 23. marec 2017

VSL00003286, VI Kp 12796/2017, 23. avgust 2017

VSM00003750, II Kp 63467/2012, 26. september 2017

Vrhovno sodišče:

Vrhovno sodišče RS, št. I Ips 93/2000, 7. marec 2002

Vrhovno sodišče RS, št. I Ips 301/2001, 13. februar 2003

Vrhovno sodišče RS, št. I Ips 97/2008, 17. april 2008

Vrhovno sodišče RS, št. I Ips 491/2007, 8. maj 2008

Vrhovno sodišče RS, št. I Ips 504/2008, 8. januar 2009

Vrhovno sodišče RS, št. I Ips 88722/2010-168, 23. februar 2012

Vrhovno sodišče RS, št. I Ips 9979/2010-221, 12. junij 2013

Vrhovno sodišče RS, št. I Ips 65624/2012-154, 23. julij 2015

7.5. Internetni viri

Uprava RS za izvrševanje kazenskih sankcij, Letno poročilo 2014, URL: http://www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/UIKS/Letna_porocila/150519_Letno_porocilo_2014.pdf (25.3.2018)

Uprava RS za izvrševanje kazenskih sankcij, Letno poročilo 2016, URL: http://www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/UIKS/Letna_porocila/170503_Letno_porocilo_2016.pdf (25.3.2018)

*Uprava RS za izvrševanje kazenskih sankcij, Letno poročilo 2017, URL:
http://www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/UIKS/Letna_porocila/180417_LETNO_POROCILO_2017.pdf (15.5.2018)*