

# Revija za kriminalistiko in kriminologijo

LETÖ XV.

LJUBLJANA 1964

ŠT. I

## Povratništvo v kazenskem in upravnokazenskem pravu

Dr. Peter Kobe

### Uvodno pojasnilo

Inštitut za kriminologijo pri pravni fakulteti v Ljubljani je sredi leta 1963 zaključil primerjalnopravno študijo z gornjim naslovom. Izdelala sta jo dr. Alenka Šelih in podpisani, finančirala pa jo je univerza v Ljubljani. Iz te študije, ki je razmnožena samo v nekaj izvodih, obsega pa 273 tipkanih strani, objavljamo uvodno obrazložitev namena in zaslove študije ter končno poglavje s primerjalnopravnimi zaključki. V gradivu smo naredili manjše redakcijske spremembe in okrajšave, z opombami pod črto pa smo dodali še nekatera pojasnila in navedbo virov, ki smo jih šteli za potrebe bralcu, ki ne bo imel pri roki celotne študije.

Uredništvu revije se zahvaljujemo, da je gradivo sprejelo za objavo.

Dr. Peter Kobe

### Uvod

1. Kazenskopravni položaj povratnikov v različnih pravnih sistemih, ki ga obravnavamo v zbranem gradivu, je eno izmed vprašanj teoretične in praktične narave, ki je še posebej primerno za primerjalno pravno študijo. To vprašanje je eno izmed tistih, ki je že dolgo v ospredju zanimanja; je vprašanje, ki se je zastavljalo zakonodajalcu, organom kazenskega pravosodja in penitenciarne službe v vsakteri količkaj razviti državi. Prav obenjam se sama po sebi ponuja misel o primerjavi konkretnih rešitev tega vprašanja, ali in koliko je v nekem sistemu uspelo najti razmeroma najbolj ustrezna sredstva in načine za zatiranje povratništva v kriminaliteti. Vsej od Queteleta dalje se govorji o organiziranem boju zoper kriminaliteto, v katerem zavzema ravno povratništvo tako pomembno mesto. Na vprašanje lahko odgovorimo s tem, da se predajamo iluziji, o kateri je govoril Lombroso, in sicer da klasična kazenskopravna sredstva ustrezajo in zadostujejo v tem boju; v sodobnem svetu pa se odgovor glasi tako, da je treba teoretično in praktično združevati na-

pore na različnih področjih in vedno znova soočiti uporabljena sredstva s praktičnimi rezultati tega boja.

Danes je splošno znano mnenje, da so kazenskopravna sredstva v boju zoper povratništvo samo ena izmed oblik tega boja in niti ne najbolj pomembna; družbeni realizem vendarle kaže, da se v perspektivi še precej dolgo ne bo mogoče odreči tem sredstvom. Pri tem pa ne gre le za kazenskopravna sredstva v ožjem tehničnem pomenu, ampak tudi za sredstva in metode s področja kazenskega postopka in izvrševanja kazenskih sankcij, če pustimo ob strani druge splošne in posebne poti za zatiranje oziroma omejevanje družbenih patoloških pojavov. Primerjava različnih pravnih in družbenih sistemov, ki nam odkriva tudi bistvene razlike pri reševanju problema povratništva s kazenskopravnimi sredstvi, problema, ki je v svojem bistvu pravzaprav povsod isti, zato ni samo zanimiva, ampak tudi praktično pomembna in koristna.

Čeprav razumemo pojem »kazenskopravna sredstva« širše, je bila pozornost raziskovalcev in sestavljalcev te študije skoraj izključno usmerjena na tako imenovano materialno kazenskopravno področje. Takšno omejitev so narekovali različni razlogi. Predvsem je že narava problema takšna, da terja hkratno obravnavanje drugih vprašanj, ki so temeljna za posamezen kazenskopravni sistem. To so prevsem vprašanja klasifikacije kaznivih dejanj, narave in sistema kazenskih sankcij in kriminalnopolitičnega izhodišča ter smotra temeljne in najstarejše kazenske sankcije, to je kazni. Vseh teh vprašanj seveda ni mogoče obravnavati v študiji, ki je prva takšne vrste in obsega, drugače kot v najbolj skromnem obsegu. Le znani »Common law« sistem (v bistvu angloameriški) skuša študija nekoliko širše analizirati; razlog je pač ta, da so posebnosti tega sistema manj znane, razlike pa

so ali se zde, da so, tolikšne, da bi ostal problem brez potrebne razlage za ta sistem pomajkljivo prikazan.<sup>1</sup>

2. Pri izboru pravnih sistemov, ki so obravnavani v študiji, smo upoštevali deloma že ustaljene kriterije v primerjalnopravni znanosti za klasifikacijo takšnih sistemov. Zastopana sta po posameznih državah evropski kontinentalni sistem in »Common law« sistem. Evropski kontinentalni sistem je razdeljen v več skupin (tako imenovane regionalne skupine), ki pa so zastopane po najbolj pomembnih predstavnikih. Za »Common law« sistem, ki ga predstavlja angleški sistem in sistem ZDA, nismo iskali še nadaljnje razdelitve. Pri izboru posameznih prav pa so odločali seveda tudi razlogi čisto tehnične narave, namreč gradivo, ki je bilo na razpolago. Ravno za pozitivna prava socialističnih držav je bila okoliščina odločilna, saj razen za Sovjetsko zvezo in Rusko socialistično federativno republiko nimamo na razpolago neposrednih virov v kakšnem izmed svetovnih jezikov, izjema je le Madžarska, kjer pa od 1/7-1962 velja novi kazenski zakonik.

Podoba je ob takšnem izboru neogibno precej peстра, ne samo zaradi razlik med posameznimi sistemi, ampak tudi zaradi zanimive okoliščine, ki jo je treba posebej podudariti. Gre za dejstvo, da najdemo tudi v pravu posameznih držav kombinacije različnih ureditev; poleg ureditve, ki izvira še iz časov klasične dobe v kazenskem pravu, najdemo tudi čisto nove. Obstoji torej nekakšno sožitje starega in novega (razmeroma sodobnega), pri čemer pa novo ni vedno tudi boljše, ali pa je še premalo dognano in preskušeno, da bi premagalo tradicijo in »konservativem« ter samo obveljalo.

Posebna značilnost takšnega soočenja različnih sistemov pa je tudi časovno razdobje, na katero se študija razteza. Med obravnavanimi pravnimi viri upoštevamo poleg najstarejših, francoskega (iz leta 1810) in avstrijskega (iz leta 1852), tudi najnovejše (npr. jugoslovenski kazenski zakonik iz leta 1961); jugoslovanski novelirani kazenski zakonik (1959/1960) ni posebej obravnavan, v zaključnem delu pa bomo primerjali rešitev, ki jo prinaša novela iz leta 1959, z rešitvami v obravnavanih pravih. Za prikaz sodobnega stanja so pomembna vsaj tista reformna prizadevanja, ki se izražajo v najnovejših zakonskih načrtih, za ameriški sistem pa v neoficialnem dokumentu, tako imenovanem vzornem kazenskem zakoniku.

<sup>1</sup> Ta del študije je v tisku za revijo Pravnik, hkrati pa tudi poročilo recenzenta Eda Grgiča o celotni študiji. Gradivo bo objavljeno v št. 4—6, leto 1964 (Temeljne značilnosti kazenskega prava Common Law sistema).

niku (Model Penal Code)<sup>2</sup>; zato bomo upoštevali tudi stališča o posameznih vprašanjih, ki jih najdemo v teh dokumentih.

Študija se po metodiki in sistematiki nekoliko razlikuje od drugih podobnih študij. Bistvena razlika je v tem, da je problematika obravnavana po državah, ne pa po posameznih vprašanjih. Tako so prikazane v prvem in drugem delu pozitivne pravne ureditve za vsako državo posebej, z izjemo Združenih držav Amerike, ki predstavljajo sicer en državnopravni organizem, sicer pa so pester konglomerat različnih pozitivnopravnih ureditev. Poskusili smo uveljaviti enotno shemo za obravnavanje teme znotraj posameznega sistema po shemi: Pojem povratka, prejšnja in nova obsodba ter ukrepi. Ta shema pa je za posamezne države glede na gradivo, ki je bilo na razpolago, še nekoliko spopolnjena z obravnavanjem posebnih vprašanj v zvezi z izvrševanjem ukrepov zoper povratnike.

Vrstni red, po katerem obravnavamo posamezne sisteme, je posledica okoliščine, da je na začetku tisti sistem, ki je najstarejši, to je francoski. Zato obravnavamo v prvem delu najprej predstavnike tako imenovane romanske skupine, sledi srednjeevropska skupina (Avstrija, Zahodna Nemčija in Švica); tretja skupina obsega tako imenovano nordijsko skupino, v zadnji pa obravnavamo pravo Sovjetske Rusije, Češkoslovaške, Madžarske in Bolgarije. V drugem delu obravnavamo tako imenovani Common Law sistem z Anglijo kot njenim originalnim predstavnikom in z Združenimi državami Amerike; kakor že omenjeno, smo poskusili ta sistem opisati tudi po njegovih splošnih značilnostih. Tretji del študije obsega dvoje poglavij. V prvem smo poskusili soočiti stališča o nekih osnovnih vprašanjih, drugo poglavje pa pomeni v bistvu povzetek pozitivnih pravnih rešitev in ocen.

## Primerjalnopravni zaključki

### I.

Preden bomo v tej sintezi konkretno obravnavali skupne značilnosti in posebnosti kazenskopravne ureditve glede povratka oziroma povratništva v pozitivnem pravu nekaterih držav, so potrebna nekatera uvodna pojasnila o stališčih in ocenah posameznih sistemov v teoriji.

1. Za oceno kakšnega sistema in okoliščin, ob katerih se upošteva povratek (s kazenskopravnim učinkom), uporabljajo navadno atributte »objektivističen« ali »subjekti-

<sup>2</sup> O tem glej v članku iz prejšnje opombe osnovne informacije v opombah 12 in 16 in tam navedeno literaturo.

vističen«. S tem označbama poudarjajo zakonodajalčeve izhodišče glede pogojev, ki morajo biti izpoljeni, da se šteje ravnanje posameznega storilca kaznivega dejanja za povratek v kazenskopravnem pomenu, in glede pravnih posledic, ki so se tem zvezane.

Za objektivistične (ali tudi »objektivne«) štejejo tiste sisteme, ki vežejo pojem povratka na objektivno dejstvo, da tisti, ki je bil že obsojen zaradi kaznivega dejanja, ponovno stori kaznivo dejanje. Poglavitni element takšnega sistema sta vsaj dve časovno ločeni kaznivi dejanji istega storilca in obsodba za prejšnje storjeno kaznivo dejanje. Za takšen objektivno določen kazenskopravni povratek je resnično mogoče najti analogijo z »recidivo« v medicini; bolnik, ki je prebolel boleznen in je bil nekaj časa ozdravljen — zaradi zdravnikove intervencije —, zboli ponovno za enako boleznijo (Grassberger). Do kraja in dosledno je takšen sistem objektiviziran, če se povezuje že s samim dejstvom, da je ista oseba ponovno storila kaznivo dejanje (kakršnokoli), določen pravni učinek, na primer kazen, ki je predpisana za dejanje samo se zviša, ali pa se povratek obvezno šteje za obteževalno okoliščino (npr. nizozemsko pravo, 40. čl. jug. kazenskega zakonika iz leta 1951).

Popolno nasprotje takšnemu sistemu je čisto subjektivističen sistem. Ta izhaja samo od subjekta, storilca kaznivega dejanja in njegove hudodelske usmerjenosti, zasidrane v njegovi psihofizični strukturi, dejanje pa je samo zunanji simptom za takšno usmerjenost. Dejanje pa je lahko enkratno, prvič storjeno, in ker je hkrati tudi zunanji povod za posebne ukrepe zoper povratnika, je tudi edina okoliščina, ki ta sistem še povezuje s tako imenovanim deliktnim kazenskim pravom. Takšnega čistega subjektivističnega sistema (za takšnega navadno štejejo grenlandski sistem, ki pa ni niti tipičen niti ni pravi državni kazenskopravni sistem) ne najdemo nikjer v sodobnih pozitivnih pravih, pač pa se čuti njegov vpliv v popravkih oziroma dopolnitvah objektivnih sistemov (npr. čl. 20/a zahodnonemškega kazenskega zakonika in čl. 108 italijanskega KZ).

V teoriji sicer ni spora o tem, kakšen sistem je objektivističen oziroma subjektivističen. Če izvzamemo skrajna stališča, tudi ni spora o tem, da noben izmed njiju ne ustreza v svoji čisti obliki. Različna stališča obstoje predvsem o tem, kako naj se vrednotijo objektivni ali subjektivni kriteriji za presojo povratništva kot takšni. Kritika prih kot drugih stališč pa ima vsaka zase svoje racionalno jedro. Upravičeno se poudarja, da pomeni objektivistično gledanje togi avtomatizem, ki ne računa s pestrostjo oblik, v katerih se pojavlja povratništvo, in je v nasprotju s sicer

priznano nujnostjo individualizirati kazenske sankcije; negativni učinek takšnega avtomatizma potrujejo tudi slabe izkušnje v boju s povratništvom. Po drugi strani pa se upravičeno zatrjuje, da zagotavlja upoštevanje objektivnega momenta (tako v zakonodaji kot v pravosodni praksi) varstvo posameznikov pred samovoljo in je poroštvo za relativno pravično ter enako obravnavanje razmeroma enakih primerov. Sicer se zdi, da tiči rešitev nasprotja v ustrezni kombinaciji objektivnih in subjektivnih momentov povratka, vendar s tem problem uspešnejšega zatiranja povratka še ni rešen. Čeprav se zatrjuje, da so se v praksi pokazale za ustreznejše rešitve, ki upoštevajo tudi subjektivne momente, ostaja to še vedno le hipoteza brez zadovoljive podlage v podatkih o gibanju povratništva. Drugi del problema, izbor ukrepov zoper povratnike, ostaja še vedno nerešeno vprašanje.

Kakšne kombinacije so ob različnih teoretičnih konstrukcijah uporabili posamezni zakonodajalci, kaže zbrano gradivo; iz njega izhaja splošna značilnost, da namreč najdemo v posameznih pravnih sistemih v glavnem še tradicionalne rešitve vsaj glede tiste kategorije povratnikov, ki so izvedene iz klasičnih pojmov splošnega in posebnega povratka. Zdi se vsekakor, da se proces subjektivizacije kazenskega prava oziroma tako imenovanega upora zoper klasično kazensko pravo kaže tako, da se objektivnemu izhodišču, za katerega je bistveno ponavljanje kaznivih dejanj, dodaja subjektivni element. Ta proces poteka večinoma še v okvirih individualizacije kazenskih sankcij, odklanja se vsakršen legalni avtomatizem in poudarja se sodniška diskrekcija; na povratek ni vezana takšna ali drugačna pravna posledica že vnaprej in za vse primere, ampak je prepuščeno presoji sodišča, da odloči, ali bo v konkretnem primeru uporabilo določbe o povratku. Tu so pa lahko zopet različne rešitve: ali je podlaga za odločitev sodnikova intuicija, ali pa z znanstvenim aparatom spoznana povratnikova osebnost; sodnikova vloga se tudi lahko različno razlagata.<sup>3</sup>

2. Drug sklop vprašanj načelne narave, glede katerih so sicer več ali manj enotna stališča po pojmovni, ne pa po vsebinski strani in kriminalnopolični presoji, so vprašanja tako imenovanega splošnega in posebnega po-

<sup>3</sup> Jugoslovanski zakonodajalec je z novelo KZ iz leta 1959 sicer opustil čisto objektivistično izhodišče čl. 40 KZ/51, ostal pa je še v okvirih tradicionalne individualizacije kazni. Razlika je tudi v tem, da je poudarjena družbenopolitična vloga sodišča in da praksa sama tradicionalne okvire prebija ter išče sodobnejše instrumente za individualizacijo; čeprav pravosodni organi niso pobudniki takšne prakse, jo vseeno dopuščajo.

vratka. Pri posebnem povratku obstoje nadalje še vprašanja splošne ali konkretnje (kazuistične) opredelitev glede tega, kaj naj se šteje za posebni povratek. Tu je cela vrsta mogočih variant med obema skrajnima poenostavljivama: za povratek se šteje storitev kateregakoli kaznivega dejanja potem, ko je bil storilec že obsojen za kakšno kaznivo dejanje (splošni povratek), ali pa: za povratek se šteje le ponovitev (po preteklu določenega časa po odsodbi) enakega kaznivega dejanja (posebni povratek). Pregled pozitivnih prav nam odkriva te variante, teoretične utemeljitve zanje pa variirajo od stališča, da pomeni povratek večjo stopnjo krivde, zaradi katere zaslubi povratnik strožjo kazen, do stališča o biopsičnih posebnostih povratnika, zaradi katerih je njegova nevarnost posebne narave in terja zato tudi poseben tretman.

S takšnega vidika je vsekakor bolj primeren splošni povratek kot osnovna kategorija za tista stališča, ki povezujejo povratek z dejanjem in krivdo. Posebni povratek pride tu v poštvet kot dopolnitev, bodisi tako, da se obravnava kot obteževalna okoliščina posebne teže, ali pa se šteje za kvalifikatorno okoliščino (osnutek KZ Zahodne Nemčije).

Za tista stališča, ki povezujejo povratek z drugimi subjektivnimi elementi, pa je osnovna kategorija posebni povratek; razlike med njimi so pač v tem, kako pridejo do tega. V skladu s psihološkimi pogledi v drugi polovici prejšnjega stoletja je stališče, da se »consuetudo delinquendi« lahko pridobi le s ponavljanjem enakih (istovrstnih) kaznivih dejanj.<sup>4</sup> Za sodobno psihologijo, ki skuša prodreti globlje v psihogenezo določenega ravnanja, je izhodišče frustracijski stereotip, ali pa sekundarno motivirano ravnanje; končni rezultat je s stališča povratka sicer analogen — ponavljanje istovrstnih dejanj, zaključek, ki je kriminalnopolitično vendarle drugačen, pa še ni našel ustreznegra izraza v pozitivnem pravu.

3. Nadaljnje vprašanje, s katerim se v teoriji in deloma v zakonodajni praksi spoprijemamo iz različnih izhodišč, je vprašanje, ali je obravnavati povratek kot pravno konstrukcijo, ali pa je treba izhajati iz subjektivizirane, tako imenovane legalne tipologije povratnikov. Za stično točko lahko štejemo, da se na splošno sicer strinjajo v tem, da je treba razlikovati med enkratnim in večkratnim povratkom (ali povratniki). Stališča pa se razlikujejo glede kriterijev za razmejitev med obema skupinama in tudi še glede morebitne notranje razčlenitve obeh osnovnih skupin ter glede ukrepov, ki naj bi se uporab-

<sup>4</sup> Prim. Kobe, Nekatera kriminološka in kazenskopravna vprašanja povratništva (povratništvo in družba), Pravnik 1960, str. 344.

ljali. Staro nasprotje med objektivistimi in subjektivistimi se kaže tudi tu, praksa pa je večkrat pripeljala do popravkov. Tako je omiljen čisti objektivizem originalne francoske relegacije (novela 1954), kot je švicarski zakonodajalec dopolnil čisto subjektivne kriterije za uporabo varnostnega ukrepa (po čl. 42 švicarskega KZ) z objektivnim kriterijem, s težo kaznivega dejanja (novela leta 1950).<sup>5</sup>

4. Nadaljnje in še posebno pomembno je vprašanje o določitvi in izbiri ukrepov zoper povratnike. Tu gre za cel kompleks vprašanj, ki so v zvezi s problemom sistema kazenskih sankcij, pa tudi njihove prave narave oziroma smotra. Od stare povračilne represivne kazni klasičnega in novoklasičnega prava do ideje o čistem resocializacijskem tretmanu je cela lestvica zelo niansiranih kombinacij. Predvsem pa je tu že osemdeset let stari spor med monizmom in dualizmom kazenskih sankcij. Spor se je začel prav ob iskanju novih, ustreznnejših poti in sredstev za boj zoper vedno bolj naraščajoče in posebno nevarno povratništvo. Italijanskim pozitivistom sicer ni bilo težko dokazovati, da kazen klasičnega kazenskega prava ne ustreza niti na splošno, še manj pa na področju povratka, niso pa mogli prodreti s stališčem, da je treba kazen sploh odpraviti in jo nadomestiti z ukrepi družbenega varstva. Splošna nezaupnica tradicionalni kazni pa je sprožila plaz, ki kazni sicer ni odnesel s prizorišča boja zoper kriminalitetu, začela pa je proces, ki še traja; za sedaj spoznani cilj tega procesa naj bi bil izoblikovati takšen razčlenjen sistem oziroma register ukrepov zoper storilce kaznivih dejanj, ki bo ustrezal nasploh, za boj zoper povratništvo pa še posebej. V tem registru ima svoje mesto tudi kazen, ki pa je integrirana v sistem ukrepov družbenega varstva v sodobnem pomenu (Ancel II). V zvezi s problemom povratka pomeni spor — monizem ali dualizem kazenskih sankcij — vendarle nekaj drugega, kot je pomenil v začetku. Po sodobnem gledanju pomeni monizem v bistvu to, da se uporabi zoper povratnika en sam ukrep; ali je ta ukrep kazen (kar je vsekakor mnenje manjšine) ali varnostni ukrep, niti ni posebno važno; poglavito je, da gre za ukrep, ki pomeni za povratnika enoten režim, prilagojen njegovim, z znanstvenimi sredstvi ugotovljenim individualnim posebnostim. Dualistična konцепcija pa ostaja še pri starem razlikovanju med kaznijo in varnostnimi ukrepi, ki se uporabijo zoper povratnika: kazen zaradi krivdno storjenega kaznivega dejanja, varnostni ukrep pa zaradi storilčeve nevarnosti za družbo. V

<sup>5</sup> Prim. E. Frey, *La criminologie devant la controverse droit pénal-défense sociale*, predavanje na mednarodnem kolokviju, Bilten mednarodnega združenja, leta 1956, 2. knjiga, str. 131.

teoriji danes že prevladuje stališče, da dualistični sistem ne ustreza (kongres v Rimu 1953); tisto, kar se predлага namesto njega, pa vendarle še ni do kraja izoblikovano, ali pa je vsaj v praksi še precej daleč od uresničenja. Najnovejši osnutek kazenskega zakonika Zah. Nemčije izhaja vendar iz dualistične concepcije.<sup>6</sup>

Za jugoslovansko teorijo vprašanje dualizma ali monizma kazenskih sankcij ni posebno aktualno. Teorija, ki je prodrla tudi ob noveli 1959, pač šteje kazen (tej pripisuje sicer sodobno vsebino, ki je pa v praksi še nima) za primerno sredstvo tudi za večkratne povratnike. Bistvo te teorije je, da v členu 40 a oziroma v možnosti, ki jo ta določba daje za zvišanje kazni, ne vidi poostritve represije in fizičnega onemogočenja ponavljanja kaznivih dejanj (zaradi časovno daljše izolacije), ampak možnost za daljši prevzgojitveni tretman. To stališče praksa za sedaj ni potrdila, demantirajo ga pa tudi zahteve po ostrejšem kurzu glede večkratnih povratnikov.<sup>7</sup>

5. Končno preostane izmed številnih vprašanj teoretične in praktične narave eno, ki mu prav v zadnjem času dajejo poseben podurek, to je vprašanje tako imenovane nedeterminirane obsodbe ali, bolj precizno povedano, kazni z (vnaprej) nedoločenim trajanjem. Gre za institut, za katerega ugotavljajo, da je eden izmed temeljev ameriškega penitenciarnega sistema ali celo njegova poglavitna značilnost (Ancel I). Ta institut je nastal v praksi nekoliko pozneje, kot je bil uveden v pozitivno pravo pogojni odpust, in se od tega formalno razlikuje po tem, ali je z obsodbo vnaprej določeno trajanje kazni ali ne. Pri pogojnem odpustu gre za to, da se s sodbo fiksno določena zaporna kazen praktično konča, pravno pa pred iztekom določenega trajanja nadaljuje na prostoti. Pri nedeterminirani kazni pa sodišče z obsodbo določi samo okvir (odredi minimum ali maksimum ali oboje – relativno nedoločena kazen), ali pa pusti vprašanje trajanja povsem odprto (absolutno nedeterminirana kazen). Izhodišča za takšen sistem so lahko različna, kot so različni kriteriji za določitev primerov, kdaj naj se uporabi. Izhodišče je lahko v tem, da sodišče ne more vedeti, ko izreče obsodilno sodbo, koliko časa bo potrebna izolacija storilca kaznivega dejanja zaradi varstva družbe, ali pa zaradi tega in storilčeve resocializacije; to se pokaže šele med izvrševanjem kazni (ukrepa). Kriteriji za uporabo pa so lahko

<sup>6</sup> Prim. Maurach, Die Kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, München 1960, str. 28–48.

<sup>7</sup> Prim. Kobe, Povračništvo kot kazensko-pravni in kriminalnopolitični problem, Kriminalistična služba 1958, str. 211.

narava ali teža kaznivega dejanja ali posebna storilčeva nevarnost, potrebe prevzgoje in podobno. Če soočimo oboje, niti ni važno, kako se odkrivajo in razlagajo nekatere stične točke obeh sistemov in značilnosti vsakega izmed njih. Za evropske razmere in tudi za prakso v državah, ki so sprejeli nedeterminirano kazen( ukrep), je še vedno očitna rezerviranost glede tega, kot pravijo, da bi prepustili organom izvrševanja kazni skoraj popolnoma proste roke pri odločanju o usodi oseb, ki jim je s sodno odločbo odvzeta prostost (Ancel I, 38). Sicer je res, da so tudi v sistemih s pogojnim odpustom pooblastila izvršnih organov pri odločanju o trajanju ukrepa precej obsežna, vendar se kaže težnja, da bi se odločanje o tem preneslo na sodišče. Res je tudi, da je kazen dosmrtnega odvzema prostosti po učinku enaka absolutno nedoločeni kazni, vendar se tudi ta kazen opušča (glej npr. novoletno jug. KZ iz leta 1959, novi madžarski KZ iz leta 1961/62 in novoletno češkoslovaškega KZ iz leta 1956, oziroma novi češkoslovaški KZ iz leta 1961), predvsem iz razloga, ker takšna kazen sama lahko kompromitira vzgojni namen in učinek kazni.

Vsekakor ostane odprt vprašanje, ali bo v zakonodaji prevladovalo stališče indeterminirnosti tudi za kazen kot kazensko sankcijo za povratnike (oziora vsaj za nekatere kategorije povratnikov), ali pa bo ostala fiksno odmerjena kazen (ali ukrep) z možnostjo, da se pozneje korigira z uporabo instituta pogojnega odpusta. Sestavljalci ameriškega vzornega kazenskega zakonika<sup>8</sup> jemljejo za izhodišče relativno odmerjeno kazen (extended terms for persistent offenders), podobno tudi sestavljalci švedskega načrta; sestavljalci nemškega osnutka KZ pa vztrajajo pri dualizmu kazenskih sankcij z omejeno možnostjo vikariiranja, vendar ostajajo glede kazni pri načelu fiksne odmere. Zdi se, da je takšno tudi stališče sodne prakse. Celo za angleški sistem, za katerega bi lahko sprejeli oceno, da spada med tiste, ki so že pristali v taboru privržencev indeterminiranega ukrepa (Ancel I), je značilno, da je judikatura izoblikovala nekakšno tarifo za trajanje obeh ukrepov, prevzgojitvenega tretmana in preventivnega zadržanja. Za teorijo lahko še ugotovimo, da zelo različno vrednoti posamezne sisteme; ocena je bolj odvisna od subjektivnega odnosa posameznega znanstvenega delavca, kot pa od resničnega položaja.

Vprašanje indeterminirane kazni oziroma ustreznih drugačnih ukrepov pa se zastavlja v zvezi s problemom povratka in povratnikov še drugače. Takšen ukrep je splošno priznan ne samo v teoriji, ampak tudi v sodobnih

<sup>8</sup> Glej op. 1 in 2 zgoraj.

zakonodajah za tako imenovane abnorme (neprištevne ipd.) storilce kaznivih dejanj (lahko so to tudi povratniki, ni pa nujno, da so), kadar gre za čisto medicinsko kurativne ukrepe. Indeterminiran ukrep pa naj bi bil ne samo mogoč tudi za povratnike, ampak sploh edini, ki vsaj za določeno kategorijo (za večkratne povratnike) lahko pripelje do uspešnejšega zatiranja in preprečevanja povratništva. To vprašanje pa ostane odprto vse dotlej, dokler bodo obdržali ukrepi zoper storilce kaznivih dejanj nasprotni, zoper povratnike pa še posebej, svojo tudi represivno naravo in s tem svoj generalnopreventivni smoter.

## II.

1. Časovni okvir 150 let, od kazenskega zakonika napoleonske dobe v Franciji do najnovejših zakonodajnih dokumentov (ruskega, madžarskega in češkoslovaškega iz let 1960 in 1961/62, poleg precej radikalno noveliranega jugoslovanskega kazenskega zakonika), v katerega je postavljen naš prikaz, je značilen prav v tem, da je to obdobje zelo hitrega vsesplošnega razvoja v svetu, predvsem pa velikih družbenih pretresov. Francoska revolucija 1789 sicer ni neposredno vključena v ta okvir, je pa s kazenskim zakonikom iz leta 1791 začetek moderne dobe; njen vpliv je prav po napoleonskem kazenskem zakoniku – tudi ta je njen proizvod – odločilen za evropski kontinent do zadnjih desetletij 19. stoletja. Obdobje, na katerega začetek postavljamo kazenski zakonik iz leta 1810, se zaključi z italijanskim kazenskim zakonikom (1889), ki pomeni vrhunc kazenske zakonodaje klasične dobe; za to obdobje je značilno, da obravnavajo povratek kot objektivno pravno kategorijo. V skladu z načelom zakonitosti so določbe o povratku zbrane v kazenskih zakonikih zakonodajno tehnično sicer različno, načelno pa v bistvu enako. Povratek je kot zunanjia emanacija deliktne navade (consuetudo delinquendi) kategorija, ki je prevezeta še iz starega prava, dobila pa je vendarle nekakšno psihološko podlago in utemeljitev. Za drugo obdobje je v začetku značilen vsaj nastop pozitivistov v kazenskopravnji znanosti. Na področju pozitivnega prava se začne z norveškim kazenskim zakonikom (1902) in se konča s svojim vrhuncem, s švicarskim kazenskim zakonikom (1937/42). Ta doba se od prve razlikuje v tem, da je z uvedbo posebnih kazenskih sankcij, namreč varnostnih ukrepov, sicer predprt, ne pa še porušen objektivizem klasičnega kazenskega prava; številni novi kazenski zakoniki, ki so bili nujni tudi zaradi državnopravnih sprememb po prvi svetovni vojni (Poljska, Romu-

nija, predaprilska Jugoslavija, Letonska itd.), skušajo najti odgovor na vprašanje, kakšni ukrepi so potrebni in primerni za uspešnejši boj zoper povratništvo. Druge države, ki so obdržale svoje kazenske zakonike še iz prve dobe in to vprašanje rešujejo tudi s posebnimi predpisi (Belgijska, Avstrija, Nemčija, Švedska), se s tem več ali manj vključujejo v to dobo, za katero je osnovna značilnost dualizem kazenskih sankcij v različnih variantah.

Druga svetovna vojna je nadaljnji pomemben mejnik, ker je po eni strani zavrla fašizacijo tudi na področju kazenskega prava in po drugi strani sprostila revolucionarna gibanja v številnih državah, ki so se pridružile Sovjetski zvezzi oziroma tako imenovanemu socialističnemu taboru. Nastanek teh držav je sicer ena izmed posebnosti današnje, tretje dobe; na ožjem kazenskopravnem področju in še posebej v zvezi z obravnavano temo pa se vendarle to, kar naj bi se imenovalo socialistično kazensko pravo, še ni moglo izoblikovati. Prebroditi je bilo treba tudi nekakšno krizo, katere zunanji izraz so bili vulgarizacija in popačenje sicer pravilne koncepcije o razredni naravi kazenskega prava, nepotrebno šablzoniziranje pri posnemanju enega vzora in izolacija od tradicionalnih sistemov. Skupna značilnost teh zakonodaj je monizem kazenskih sankcij; posebni ukrepi zoper povratnike, bodisi kot varnostni ukrepi bodisi kot nedeterminirana kazen, se načeloma odklanjajo.

Po drugi strani pa se v državah, v katerih ni prišlo do pomembnejših sprememb v družbenem sistemu, nadaljujejo reformna prizadevanja, ki jih je prekinila druga svetovna vojna. Tako imenovani sistem vikariiranja kazenskih sankcij, ki ga najdemo že v švicarskem kazenskem zakoniku (Germann), je tisti minimum, ki je še sprejemljiv za večino tradicionalistov in modernistov (prodrl je deloma celo v novelirani jugoslovanski kazenski zakonik, čl. 61/3 KZ). Danski zakonodajalec je šel še dalje; za Grenlandijo, s katero je v uniji, je napravil eksperiment, ki ga druge države uvajajo samo na področju kazenskega prava mladoletnikov. Kakšni so rezultati tega eksperimenta, katerega daljnosežnost se večkrat precenjuje, naj bi pokazala v zakonu predvidena revizija po šestih letih veljave; rezultati te revizije pa nam niso znani. Podobno smer je nakazal švedski osnutek iz leta 1957; zakonodajalec pa se očitno obotavlja, saj osnutek po šestih letih še ni uveljavljen.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Če je ta osnutek spremenil za kodificirano kazensko pravo celo naziv, je med tem uveljavljen kot »kazenski zakonik« s precejšnjimi »omilitvami« prvotnih radikalnih novot in s prilagoditvijo tradicionalnim (čeprav moderniziranim) konceptom.

Tako imenovani proces »dejuridizacije« (Ancel II) kazenskega prava naj bi dokončno odvrgel vso »metafizično navlako« klasičnega in novoklasičnega kazenskega prava, abstraktini in dogmatični logicizem in apriorizem ter uveljavil znanstveni pogled na storilca kaznivega dejanja. Enotni sistem ukrepov zaradi varstva družbe in storilčeve resocializacije, ki naj bi bil zgrajen na tem, je tako še vedno le predvsem teoretično izhodišče, v manjši meri pa je zakonodajni program. To se kaže tudi ob analizi najnovejšega osnutka za kazenski zakonik Zahodne Nemčije (1959)<sup>10</sup> in omenjenega izključno programatičnega vzornega kazenskega zakonika ameriškega pravnega inštituta (1962)<sup>11</sup>.

2. Analiza sodobnih pozitivnih pravnih sistemov nam kaže v zvezi s problemom povratka precejšnjo pestrost glede naslednjih dveh vprašanj, ki se tičeta navidezno le zakonodajne tehnike in semantike, sta pa tudi vsebinsko pomembni. Prvo vprašanje je v zvezi s klasifikacijo kaznivih dejanj, drugo pa se tiče notranje klasifikacije povratnikov (v smislu kazenskega prava).

a) Glede klasifikacije kaznivih dejanj je znana teoretična kontroverza med trihotomijo in dihotomijo. Francoski zakonodajalec je sprejel, kot je znano, trojno delitev kaznivih dejanj: hudodelstva, prestopki in prekrški (crime, délit, contravention); temu zgledu so sledili tudi drugi zakonodajalci, ne samo 19., ampak tudi 20. stoletja (med zadnjimi na primer tudi švicarski in predvojni jugoslovanski KZ). Takšna trojna delitev je imela v francoskem vzoru svoje racionalno jedro, saj je bilo njeni izhodišče predvsem organizacija sodišč, ne pa toliko notranje kvalitetne razlike med posameznimi kategorijami dejanj. Preko tega okvira se je morala ta delitev pokazati v drugih sistemih za neustrezno že zaradi razlik v sodni organizaciji. Takšna delitev, ki temelji na abstraktno predpisani vrsti in višini kazni, ne pa na resnični teži kaznivega dejanja v konkretnem primeru, nima za materialno kazensko pravo skoraj nobenega pomena. Upravičena in nujna pa ostaja vendarle klasifikacija, ki se vedno bolj uveljavlja tudi de lege lata, še bolj pa se propagira »de lege ferenda«: to je delitev med kaznivimi dejanji in prekrški. To pa naj bi ne bila več dihotomija znotraj kazenskega prava in stricto sensu (splošno, za razliko od tako imenovanega gospodarskega kazenskega prava, ki ga tu puščamo ob strani), ampak pomeni izločitev iz kazenskega prava tistih dejanj, ki so sicer še družbeno negativna, ki pa so manj pomembna, tako po pojavnih oblikah kot po

posledicah (Graven, Peters). Danes ta dejanja še obremenjujejo kazensko sodstvo in ga ovirajo pri opravljanju osnovne funkcije boja zoper kriminaliteto.

Prav ob tem vprašanju pa lahko ugotovimo bistveno različne težnje: ene se kažejo v tem, da se za razliko od »kriminalnega kazenskega prava« spopoljuje upravno ali policijsko kazensko pravo, druge pa odpirajo v perspektivi postopno odmiranje državnega prisiljevanja, ki naj ga zamenja družbeno zatiranje in preprečevanje negativnih pojavov.

Klasifikacija kaznivih dejanj, ki se povezuje s kazenskimi sankcijami (v prvi vrsti s kaznijo), vendarle ostaja še vedno pomembno izhodišče de lege ferenda za severnoameriški sistem. Sestavljalci vzornega kazenskega zakonika so tradicionalno klasifikacijo še razčlenili; za hudodelstva (felonies) so predvideli tri stopnje, za prestopke pa dve (misdemeanor, petty misdemeanor, sect. 6.06, 6.08 in 6.11 v publikaciji Model Penal Code, Tentative Draft, 4., str. 42 in nasl.)<sup>12</sup>.

Kar zadeva drugo vprašanje, namreč klasifikacijo povratnikov, mislimo pri tem na klasifikacijo znotraj ene izmed kategorij, ki jo imenujejo »habitualni delinkventi«. V večini sistemov, ki jih obravnavamo, pa tudi v drugih sistemih, najdemo namreč posebne predpise o ukrepih zoper delomrzneže, potepuhe in druge podobne asocialne posameznike. To je kategorija, ki se pravzaprav prva pojavlja kot personalizirana (to je vezana na osebnost in ne na dejanje) tudi v pozitivnih pravih že v zgodnjem novem veku; obravnavajo pa jo tako rekoč vsi sodobni zakonodajalci, zlasti še tisti, ki so se opirali na stališče prve šole družbenega varstva ob koncu prejšnjega in v začetku sedanjega stoletja (Norveška, Avstrija, Madžarska, bivša Jugoslavija, Španija, države srednje in južne Amerike). To kategorijo obravnavajo ne samo predpisi, ki so jih sprejeli zakonodajalci v pravem pomenu, ampak tudi predpisi nižjih, lokalnih organov. Iz tega razloga je seveda povsem nemogoče prikazati popolno sliko pozitivnega prava, ki se tiče povratnikov.

b) Drug kompleks vprašanj, na katera smo skušali odgovoriti v tej študiji, se nanaša na kazensopravno definicijo povratka (kot pravne kategorije) in povratnika.

1) Za tisti del pozitivnega prava, katerega izhodišče je dejanje kot objektivna pravna kategorija, je takšna objektivna kategorija tudi povratek. Ne glede na različno sistematicno uvrstitev določb o povratku, je vsekakor skupna značilnost prav na evropskem kontinentu v tem, da se obravnavata povratek kot okoliščina, ki vpliva na odmero

<sup>10</sup> Glej v op. 6 navedeno delo.

<sup>11</sup> Glej op. 1 in 2 zgoraj.

<sup>12</sup> Prav tam.

kazni. V tej zvezi pa je povratek najprej okoliščina, zaradi katere se zviša kazen, ki je abstraktno predpisana za prvič storjeno dejanje (Francija, Belgija, Švica, Nizozemska, Švedska; Danska ima podoben sistem, vendar le glede posebnih subjektivno pobarvanih kategorij tako imenovanih habitualnih delinkventov). V to skupino lahko uvrstimo tista prava, v katerih je povratek obteževalna okoliščina (Jugoslavija pred novelo leta 1959, Avstrija), ali pa se šteje tudi ali samo za kvalifikatorno okoliščino (Avstrija, Nemčija, Italija, Madžarska, Jugoslavija čl. 135/3, 226/4 KZ); končno je lahko povratek okoliščina, ki se upošteva glede na splošna pravila pri odmeri kazni (Norveška, SZ in Rusija, Jugoslavija čl. 38 in 40 KZ/59). Tu gre samo za eno izmed rešitev, ki jih najdemo v pozitivnih pravih, za tisti povratek, ki smo ga imenovali povratek v klasičnem ali tradicionalnem pomenu. Definicija takšnega povratka, ki jo najdemo v teh pravih, bodisi kot pozitivno pravno definicijo, ali pa nam jo odkrije analiza ustreznih določb, se v teoriji obravnava s pojmi splošni in posebni (tudi kvalificirani) povratek. Ta definicija je splošna le po treh osnovnih sestavinah: storilcu, obsodbi za prejšnje dejanje in novem dejanju. Zato najdemo v vseh opisih kot začetno (okvirno) definicijo: povratek je podan, če je storilec potem, ko je bil že obsojen zaradi kaznivega dejanja, storil novo kaznivo dejanje. Če je novo kaznivo dejanje lahko kakršnokoli, ali pa je lahko vsaj določene kategorije (v smislu trihotomne ali dihotomne klasifikacije kaznivih dejanj), gre za splošni povratek (Francija, Belgija, Italija, Švica, Jugoslavija — čl. 40 KZ/51 izrecno, isti člen KZ/59 pa implicira tudi splošni povratek, ZSSR in Rusija). Če je pogoj za povratek, da mora biti novo dejanje enako kot dejanje iz prejšnje obsodbe ali istovrstno (po objektu kazenskopravnega varstva ali vsaj po motivu), gre za posebni, specialni ali tudi kvalificirani povratek (Italija, Danska, Norveška, Švedska, Avstrija, Zahodna Nemčija, Madžarska, Jugoslavija — čl. 135/3 in 226/4 KZ/59). V tem okviru se evropski kontinentalni in angleško-ameriški sistem v bistvu ne razlikujeta.

Posebnost kazenskega prava v nekaterih ameriških državah (npr. Kalifornija, Pensilvanija) je nekakšna kombinacija splošnega in posebnega povratka, ki jo označujemo za genusni povratek, štejemo pa jo še v kategorijo »splošni povratek«. Takšne kombinacije najdemo tudi v nekaterih evropskih pravih, čeprav se bolj približujejo posebnemu povratku (Avstrija, Nemčija, Madžarska — do najnovejše reforme leta 1961).

Za to začetno ali tudi okvirno definicijo povratka lahko ugotovimo, da jo še poznajo

vsa sodobna prava, med seboj pa se razlikujejo ne le po zunanjih znakih, ampak tudi po notranji vsebini povratka, to je po tem, ali ga povezujejo z novim kaznivim dejanjem (to je conditio sine qua non) kot njegov objektivni ali subjektivni element. Prvi štejejo dejanje v povratku za dejanje drugačne kvalitete kot prvič storjeno dejanje (čisti objektivistični pojem povratka). Drugi povezujejo povratek s krivdo; ker je storilec kljub negativni izkušnji ponovno storil kaznivo dejanje, je njegova krivda večja in zaradi tega tudi zasluži strožje kaznovanje.<sup>13</sup> Kljub tej razliki pa je vsem pravom skupno izhodišče generalna prevencija.

2. Problem definicije povratka, ki je v opisanih okvirih kljub razlikam v posameznih pravih vendarle precej enostaven, pa postaja vse težji, ko se v pozitivnih pravih pojavi, posredno po institutu večkratnega povratka ali pa neposredno kot subjektivizirani večkratni povratnik, nova kategorija. To kategorijo smo označili »habitualni delinkvent« zaradi splošne uporabe v teoriji, ne pa, ker bi bili prepričani o njeni znanstveni utemeljenosti. Tudi tu lahko sestavimo na podlagi pozitivnih prav začetno ali okvirno definicijo. Habitualni delinkvent je tisti povratnik, ki je potem, ko je bil že večkrat obsojen zaradi kaznivih dejanj, storil dejanje enake kategorije (hudodelstvo, prestopek, prekršek, naklepno kaznivo dejanje), dejanje iste vrste ali iz tistih pobud ali enako kot prejšnja dejanja.<sup>14</sup> Nadaljnji element, po katerem se ta definicija predvsem razlikuje od definicije povratka nasploh, je »habitualnost« (navajenost h kaznivimi dejanjem, hudodelsko nagnjenje, kronična asocialnost ipd.). Ta element pa je zopet lahko določen čisto objektivistično, čisto subjektivistično, ali pa eklektično kot kompromis med obema skrajnostima.

Objektivistično je določen, če se habitualnost domneva na podlagi števila prejšnjih obsodb (francoski sistem relegacije do leta 1954, poseben režim za habitualne odrasle delinkvente v posameznih državah ZDA); subjektivistično je določen, če se veže izključno ali pretežno na ugotovljeno storilčevu psihofizično strukturo, ki kaže na njegovo nevarnost (švicarski sistem do leta 1950, hudo-delec po nagnjenju iz čl. 108 italijanskega KZ) eklektičen, kompromisen pa je sistem, v katerem je uporaba strožje kazni, kot je predpisana, oziroma posebnih ukrepov ob določen-

<sup>13</sup> Glej v op. 4 navedeno delo, str. 347.

<sup>14</sup> Že iz tega dela definicije izhaja, da obsega tudi skupino tistih povratnikov, ki jo imenujemo s skupno označbo »mala habitualna delinkvenca« (glej dalje v tekstu k III, B 2). V teoriji se ta skupina obravnava bodisi kod podskupina habitualnih delinkventov (J. Belezza dos Santos) bodisi kot posebna skupina (N. Morris).

nih objektivnih in subjektivnih pogojev prepričena presoji sodišča (čl. 40 a jugoslovenskega KZ, francoska relegacija po noveli iz leta 1954, Zahodna Nemčija po letu 1953 — čl. 20 a zadnji odstavek KZ, Anglija po letu 1948).

Druge razlike, ki nam jih odkriva analiza pozitivnih prav in ki se tičejo predvsem ukrepov zoper habitualne delinkvente, bomo obravnavali pozneje.

### III.

Iz obeh okvirnih definicij povratka (sprejed k II) izhajajo tiste sestavine pojma, ki so podlaga za sistematiko orisov posameznih pozitivnopravnih sistemov v drugem delu naše študije. V tem zaključnem delu, ki naj bi bil poskus sinteze, pa bomo obravnavali omenjene sestavine najprej za čisto pravno kategorijo povratka, za povratek v tradicionalnem pomenu, zatem pa za tako imenovani večkratni povratek.

#### A. Povratek

1. V zvezi s prejšnjo kaznovanostjo ali prejšnjo obsodbo, ki je prvi pogoj, da lahko govorimo o povratku, so v pozitivnih pravih poleg razlik, ki so posledica različne osnovne konceptije povratka in o katerih smo že govorili, pomembne še razlike o naslednjih vprašanjih:

Ali se upošteva vsaka obsodilna sodba ali pa samo pravnomočna obsodilna sodba? Ali zadošča ena sama prejšnja obsodba ali pa sta potrebni vsaj dve? Ali se upošteva samo sodba domačega (to je sodišča države, za katere pravo gre) ali tudi tujega sodišča?

Ali se upošteva tudi pogojna sodba, ki ni bila izbrisana, ali pa tudi izbrisana sodba in vsaka druga že rehabilitirana obsodba?

Ali se upošteva prejšnja sodba le glede na čas, ki je pretekel do novo storjenega kaznivega dejanja (tako imenovano zastaranje povratka), in kakšen učinek ima čas, v katerem je bilo storjeno prejšnje dejanje?

Ali je morala biti prejšnja prisojena kazen določene vrste in teže (po trajanju)? Ali je morala biti ta kazen v celoti ali vsaj deloma prestana?

Ker je za povratek v pravem pomenu besede temeljna značilnost, po kateri se razlikuje od enostavnega povratka, t. j. zapadanja v isto zlo, negativna izkušnja zaradi ukrepov državnih organov zoper ponovnega storilca kaznivega dejanja, je razumljivo, da pomeni takšno negativno izkušnjo že postopek zoper povratnika, ki je zaključen z obsodilno sodbo. Ena izmed pravnih posebnosti nekaterih držav ZDA je, da štejejo sem tudi ukre-

pe pred obsodbo, npr. aretacijo in pripor. Za evropski kontinentalni sistem je vendarle značilnost v tem, da mora biti prejšnje dejanje ugotovljeno s sodbo kazenskega sodišča. Čeprav najdemo samo v nekaterih pravih določbe, da mora biti ta sodba pravnomočna (Francija, Belgija, Nizozemska, Švedska), lahko sklepamo, da velja to tudi za druga prava, saj večina določa, da mora biti kazen vsaj deloma tudi prestana (glej spodaj).

Posebnost angloameriškega sistema, ki razlikuje med obsodbo (conviction) in odločbo o ukrepu (sentence), pomeni lahko, kot smo videli, samo navidezno razliko od večinske evropske ureditve. Ker se izraz »conviction« razume širše, pomeni torej tudi odločbo o ukrepu, je tako tudi za ta sistem določen praviloma enak pogoj.<sup>15</sup>

Vprašanje pa je, ali velja isto pravilo tudi v tistih sistemih, ki poznajo samo ali predvsem posebni povratek (npr. kot kvalifikatorno okoliščino — Avstrija). Razširjanje pravnega instituta povratka tudi na primere, v katerih prejšnja dejanja niso bila objektivno ugotovljena še pred storitvijo novega dejanja, pomeni razširiti pojem povratka na vsakršno ponavljanje kaznivih dejanj. V teoriji najdemo sicer tudi takšna stališča (prim. Grassberger, Tahović), odklanjam pa jih ne samo zaradi tega, ker bi s tem onemogočili vsaj kolikor toliko pregledno kompleksno obravnavanje problema; to bi pomenilo tudi takšno razširitev boja zoper povratništvo, ki bi nujno oslabila njegovo uspešnost. To pa izključujemo tudi zaradi tega, ker je treba zaradi varstva pravic prizadetega storilca zagotoviti objektivnost v presoji posameznega primera. Načelo, da je treba primarnega delinkventa drugače obravnavati kot povratnika prav zaradi tega, da bi ne postal resnični povratnik, ustrezajo največjemu številu primerov. Končno pa je tudi pojem povratnika, kakršnega najdemo v sodobnih pravih, zadost širok.

Vprašanje, koliko prejšnjih obsodb je potrebnih, da se ponovni storilec šteje za povratnika, rešuje največji del pozitivnih prav tako, da zadošča ena obsodba. Za ameriški sistem velja, da vendarle v nekaterih državah štejejo za povratek šele tako imenovano tretjo obsodbo (third conviction ali third offence). Ta ugotovitev pa je samo relativna, ker ne upošteva mogočih situacij v istih pravih, ki upoštevajo povratek kot kvalifikatorno okoliščino.

Takšne določbe, ki postavljajo za pogoj dve prejšnji obsodbi, pa najdemo ravno v nekaterih evropskih pravih (npr. čl. 315 jugoslovenskega kazenskega zakonika iz leta

<sup>15</sup> Glej op. 1.

1929 — v teoriji so takšne in podobne primere šteli za »ponovne primere«, ne pa za povratek v tehničnem pomenu<sup>16</sup>; čl. 250/II jugoslovenskega KZ/51, nemški KZ, madžarski KZ/1957 itd.).

Novi člen 40 a jugoslovenskega KZ, ki ga bomo obravnavali sicer v drugem delu (v zvezi z definicijo tako imenovanega habitualnega povračnika), daje vendarle poudarek večkratnemu specialnemu povratku, za vzor pa mu je bil očitno člen 61 osnutka kazenskega zakonika Zahodne Nemčije, čeprav ima ta drugačno kazenskopravno in kriminalno-politično ozadje (Maurach).

Za tista prava, ki so obdržala še tradicionalno ureditev povratka, je značilno, da štejejo za »prejšnjo obsodbo« samo tisto sodbo, ki jo je izreklo sodišče domače države, ali pa je takšno stališče obveljalo v praksi in teoriji (Francija, Belgija, Nemčija, Avstrija). Za druga prava, zlasti za tista, ki so že upoštevala novejša stališča, pa je razumljivo, da upoštevajo tudi sodbe drugih sodišč (Italija, Danska, Švedska, Švica). Zdi se vendar, da je treba tudi za ta prava jemati v poštev okoliščino, da so inkriminacije v različnih pravih različne, posebej pa je treba upoštevati instituta, ki imata tudi meddržavnini pomen: izročitev in pravico azila. Tako se vsaj posredno, če že ni pozitivnopravnih določb (švicarski KZ to izrecno povezuje s pravom o izročitvi), upošteva tudi domače pravo. V jugoslovenski teoriji prevladuje stališče, da se upoštevajo tudi sodbe tujih sodišč (Lučovnik); to stališče je sicer mogoče zagovarjati, vendar pa tudi tu še posebej veljajo spredaj omenjeni pogoji (prim. čl. 97 KZ in pogoje o učinku načela personalitete in univerzalnosti kazenskega prava, čl. 95 KZ).<sup>17</sup>

Pogojna obsodba in rehabilitacija sta kot pravna instituta nastala v različnih okoliščinah in imata različna izhodišča, razen tega pa nista še dokončno izoblikovana. Iz tega razloga je tudi precej razlik o tem, kako se povezujeta s povratkom. Kar zadeva pogojno obsodbo (z nadzorstvom ali brez njega), je treba vsekakor šteti za ustreznejše tiste ureditve, ki ne priznavajo nepreklicani pogojni obsodbi lastnosti prejšnje obsodbe kot okoliščine, s katero se upravičuje uporaba posebnih določb o povratku. Načeloma bi lahko veljalo to tudi za tiste prejšnje obsodbe, glede katerih je uveljavljena rehabilitacija, čeprav iz drugih razlogov. Izbrisana pogojna obsodba

<sup>16</sup> Prim. Dolenc-Sajovic, Novelirani kazenski zakonik za kraljevino Jugoslavijo s kratkimi pojasnilami, k par. 315, op. 2.

<sup>17</sup> Za sistem v ZDA izčrpno obravnavata vprašanje tistih del študije, ki se nanaša na ameriški sistem. Opozoriti je treba še posebej na posebnosti, ki so posledica razčlenjenosti ameriškega kazenskega prava.

in rehabilitirana nepogojna obsodba sta sicer lahko pomembni za ugotavljanje storilčeve osebnosti, ki je potrebno za individualizacijo ukrepov, preko tega pa njen učinek ne bi smel iti. To stališče se da zagovarjati tudi glede na pozitivna prava večine držav na evropskem kontinentu (kolikor seveda poznajo oba pravna instituta). Glede pogojne obsodbe vendar to ne velja za belgijski in italijanski sistem. V prvem se pogojna obsodba vedno upošteva, ker je za povratek potrebna pravomočna obsodibna sodba, v italijanskem pa se ne upoštevajo samo tiste sodbe, glede katerih so kazenskopravne posledice izbrisane (rehabilitacija); med te pa se pogojna obsodba ne šteje.

Posebnosti jugoslovenske ureditve glede rehabilitacije in izbrisana obsodbe praviloma ne izključujejo sklepanja, da se ne štejejo kot prejšnje obsodbe za povratek (po čl. 40 KZ/59) tiste pogojne ali nepogojne obsodbe, ki so bile izbrisane iz kazenske evidence (arg. a čl. 88 KZ), upoštevajo pa se po splošnih pravilih o odmeri kazni (arg. a čl. 89/3 KZ).

Zastaranje povratka je nadaljnje vprašanje, glede katerega se kažejo precejšnje razlike v pozitivnih pravih. Po svojem ožjem, čisto in splošno pravnem pomenu, to je kot pravna posledica (ugasnitev pravice) zaradi preteka določenega časa, je zastaranje vezano bolj na novo dejanje, kot pa na prejšnjo obsodbo; po svoji kriminalnopolični vsebini pa ima pomen tudi za prejšnjo obsodbo ter ga zato obravnavamo že tu. Razumljivo je seveda, da se v tej zvezi šteje praviloma čas, ko je bil storilec po obsodbi za prejšnje dejanje na prostosti, ko je torej imel fizično možnost (ta za čas prestajanja zaporne kazni sicer ni povsem izključena, je pa dosti manjša), da ponovno storí kaznivo dejanje. Če se je ta čas (razmeroma daljšo dobo) vzdržal izvrševanja kaznivih dejanj, se za morebitni pozneje storjeno kaznivo dejanje upravičeno šteje, da med novim in prejšnjim dejanjem ni tiste notranje zvezé, ki je eden izmed pogojev za pravni institut povratka. Tako je bilo vsekakor izhodišče tistih zakonodajalcev, ki so določili, da se prejšnje obsodbe upoštevajo le, če od prestane kazni ni pretekla daljša doba.

Doba, ki mora preteći, da se prejšnja obsodba ne upošteva (zastaralni rok), je v posameznih pravih različna, najdaljši rok je deset let (Francija — zastaranje pa je izključeno pri hudočelstvih, Nemčija), najpogosteje pa je določen rok petih let (Belgia — zastaranje je izključeno za hudočelstva, Švica, Nizozemska, Danska; norveški KZ pa določa rok šestih let). Zastaranje izključujejo zatem, da ne poznajo pravnih sistemov Italije, Avstrije, Švedske in Sovjetske zveze. Krajiški zastaralni rok enega leta je določen za najlažja kazniva dejanja —

prekrške – v zakonodajah, ki upoštevajo za-staranje; norveški KZ je tudi tu izjema, rok je razmieroma dolg, tri leta. Sedanji jugoslovanski sistem je vsekakor posebnost; čas, ki je pretekel od prejšnje obsodbe, se po čl. 40 KZ upošteva pri odmeri kazni (glej vendarle še čl. 88 in 89 KZ).

Kriminalnopolitično je sicer razumljivo stališče, da je vsaka obsodba pomemben dodek v življenju storilca, ki je ponovno storil kaznivo dejanje, evidenca takšnih obsodb pa je potrebna tudi zato, ker daje bolj zanesljivo podlago za spremljanje gibanja kriminalitete.

Čas, v katerem je bilo storjeno prejšnje kaznivo dejanje, pa ima lahko določen učinek še v drugi zvezi. Gre za to, ali se šteje obsodba, ki je bila izrečena pred kazenskopravno polnoletnostjo. Nekateri zakonodajalci izrecno izključujejo takšne obsodbe (Norveška, Danska), drugi pa štejejo tudi te s pogojem, da je bil izrečen ukrep, ki je zvezan z odvezom prostosti (Anglija). Za sodobno pravo je odločilno seveda tudi to, ali in v kakšnem obsegu se uporablja kazen za mladoletnike. Za tista prava, ki še uporabljajo kazni, je treba za prejšnje obsodbe upoštevati tudi obsodbe mladoletnikov. To bi veljalo za prava republik v Sovjetski zvezi in za tista prava v državah ljudskih demokracij, ki so se ravnalna po sovjetskem zgledu (Češkoslovaška, Madžarska, Vzhodna Nemčija, Bolgarija; za Jugoslavijo velja to do 1. 7. 1951, deloma pa tudi še po tem, po noveli iz leta 1959 bi lahko šteli za prejšnjo obsodbo le obsodbo na kazen mladoletniškega zapora). Ne glede na to, bolj formalno zvezo med povratkom in delinkvenco mladoletnikov sta za presojo zastavljenega vprašanja odločilni dve izhodišči, ki se po eni strani dopolnjujeta, po drugi pa medsebojno izključujeta. Prvo: na izkušnjah sloneče spoznanje, da obstoji zveza med mladoletniško delinkvenco in poznejšim povratkom odraslih, govorí za to, da se naj upoštevajo tudi ukrepi zoper mladoletnike; drugo: na novejših raziskavah temelječe spoznanje opozarja na kakovostne razlike v etiologiji mladinske kriminalitete in kriminalitete odraslih, kar pa govorí zopet za to, da se naj tudi izrečene kazni ne upoštevajo (Lučovnik).

Vrsta in teža kazni, ki je bila izrečena za prejšnje dejanje, je v pozitivnih pravih različno upoštevana. Za tista prava, ki poznajo splošni povratek in trihotomno klasifikacijo kaznivih dejanj, je značilno, da postavljajo tudi določene pogoje glede vrste in višine kazni pri hudelestvih in prestopkih (Francija, Belgija). Na splošno pa velja, da se upoštevajo predvsem izrečene zaporne kazni; to pa je po vezano tudi s vprašanjem, ali se za povratek zahteva, da je bila kazen iz prejšnje obsodbe vsaj deloma prestana (prim. Italija, Avstrija,

Nemčija, Švica, Nizozemska, Danska, Švedska in čl. 40 jugoslovanskega KZ/59).

Prejšnja kazen pa se v pravih nekaterih držav ZDA upošteva že kot izhodišče za odmero kazni povratnika, in sicer tako, da se ta kazen primerno zviša, ali pa se kazen za novo dejanje izreče v mnogokratniku prejšnje kazni.

Samo po sebi je sicer razumljivo, da se na splošno upoštevajo predvsem tiste prejšnje kazni, ki jih storilec najbolj občuti in to so ravno zaporne kazni; razen tega pa so bile te kazni do osemdesetih let preteklega stoletja, če že ne edine, pa vsaj najbolj uporabljane kazni. Pri zaporni kazni se pač šele preizkuša, ali je negativna izkušnja, opozorilo, ali kakor se to že imenuje, pozitivno učinkovala na obsojenca. Če je ta pozneje kljub temu ponovno storil kaznivo dejanje (določene vrste ali teže, kakor je to pač določeno), se domneva, da prejšnje opozorilo ni zaledlo in je zato potrebno novo, strožje. Takšna domneva vključuje tudi drugo; izhodišče ji je, da je bil prejšnji ukrep pravilen in kar je še pomembnejše, da je bila izvršitev ukrepa ustrezajoča; če je uspeh negativen, je logičen zaključek pač (za takšno pojmovanje) ta, da je vzrok le pri povratniku, to je v njegovi odločnosti, vztrajati pri izvrševanju kaznivih dejanj. Obe domnevi sta za čas, v katerem sta nastali, seveda razumljivi, v skladu z indeterminističnim in izključno generalnoprevenitivnim kazenskim pravom in z idejo o kazni kot psihičnim prisiljevanjem. Glede razlogov za prvo domnevo seveda ni treba izgubljati besed, čeprav se indeterministično gledanje zopet pojavlja v teoriji. Kako pa je z drugo domnevo, ki idealizira penitenciarni režim? Že italijanski pozitivisti, zlasti pa Ferri, so poudarjali, da je zaporna kazen lahko, in to še zelo pomemben kriminogen činitelj; v sodobni teoriji pa se to zlasti poudarja za tako imenovane kratkotrajne zaporne kazni. To spoznanje je tudi prodrlo v penitenciarno prakso in je zato tudi eno izmed izhodišč sodobnega racionalnega sistema izvrševanja zapornih kazni omejitev, če že ne popolna eliminacija tega činitelja; vprašanje je seveda, koliko je takšno izhodišče tudi uresničeno, ali z drugimi besedami, koliko je izvrševanje zapornih kazni že postal resocializacijski tretman v pravem pomenu.

Omenjena domneva je v zvezi z vprašanjem povratka pomembna tudi za to, ker se na splošno zahteva, da mora biti zaporna kazen iz prejšnje obsodbe vsaj deloma prestana. Če nekateri zakonodajalci od tega odstopajo, je to ali izraz stališča, da pomeni vsak stik z organi kazenskega pregona že omenjeno negativno izkušnjo, ali pa je posledica drugačnega obravnavanja steka v kaznen-

skem pravu, kot je že tradicionalno v evropskem kontinentalnem pravu. Za jugoslovansko kazensko pravo (tudi po noveli leta 1959) lahko štejemo, da je vsaj delno prestana zaporna kazen eden izmed elementov povratka. Izjemne od tega najdemo zlasti v pravu nekaterih držav ZDA (iz obeh omenjenih razlogov), najdemo pa jo tudi v italijanskem pravu, vendar šteje teorija takšne primere za fingiran (navidezni) povratek (Bettoli).

V sistemih, v katerih je izvršitev kazni pogoj za povratek, pomeni to, da se šteje kazen v celoti za likvidirano. Razlog za delno izvršitev kazni je lahko samo amnestija, pomilostitev ali kakšen drug, po učinku podoben ukrep, ne pa na primer pogojni odpust (saj kazen v tem primeru še teče), prekinitev izvrševanja kazni in podobno.

2. Vprašanja glede novega kaznivega dejanja so v precejšnji meri povezana s problemi, ki smo jih že obravnavali (spredaj pod 1.) v zvezi z obsodbo za prejšnje dejanje. Tu gre na primer za vprašanje, kakšno mora biti kaznivo dejanje po svoji dejanski in pravni naravi, vprašanje, ki je v zvezi s problemom splošnega genusnega in posebnega povratka (v ožjem in širšem pomenu); sem sodijo tudi vprašanja posebnih modalitet novega kaznivega dejanja in od krivde različnih subjektivnih elementov, vprašanja preteka časa itd. Zato bomo v zvezi z novim kaznivim dejanjem opozorili le na nekaj posebnosti, po katerih se nekateri sistemi »odlikujejo«.

Za francosko ureditev je značilno, da ne šteje za povratek, če je novo kaznivo dejanje hudodelstvo, prejšnje pa je bilo prestopek. To stališče je logična posledica splošnega načela, po katerem se na povratek avtomatično veže hujša kazen, temu načelu pa je zadoščeno že s hujšo kaznijo, ki je predpisana za hudo delstvo.

Do bistveno enakega rezultata (novi kaznivo dejanje se presoja samostojno in ne glede na povratek) prihajojo drugi sistemi, ki poznajo absolutno določene kazni za nekatere hujša kazniva dejanja (kot na primer smrtno kazen ali dosmrtni zapor), ker v teh primerih že sama narava takšne kazni izključuje določbe o povračku, ali pa jih zakonodajalec sicer obravnava kot povratek, obvelja pa kazen, ki je predpisana za novo kaznivo dejanje (nekatere zakonodaje v ZDA). Posredno se pokaže učinek povratka pri absolutno predpisani kazni dosmrtnega zapora tako, da je pogojni odpust ali izključen ali pa je določen daljši rok prestane kazni. Za jugoslovansko kazensko pravo je po zadnji noveli (1962) podobna situacija glede na novi čl. 28/2 KZ in ustrezne določbe v posebnem delu kazenskega zakonika; kazen dvajsetih let strogega zapora, ki se izreče za novo kaznivo dejanje, iz-

ključuje uporabo določb o povračku, razen če štejemo to za posebno obteževalno okoliščino, na primer če gre za večkratni povratek.<sup>18</sup>

Če je v teh primerih učinek kazni, ki je predpisana za novo kaznivo dejanje, v nekem smislu omejen navzgor, najdemo pa v pozitivnih pravih situacij, v katerih je določena spodnja meja (omejitev navzdol), ali z drugimi besedami, novo dejanje mora biti določene teže, če naj se upošteva povratek. Navadno se zahteva, da mora biti za novo storjeno dejanje predpisana vsaj zaporna kazen (npr. čl. 40 jugoslovanskega KZ/51).

Vsekakor se zastavlja vprašanje, ali je takšna ureditev v skladu s sodobnimi spoznanji o dinamičnosti človekove osebnosti, ker izhaja iz nekakšnega avtomatizma, s katerim učinkuje abstraktno predpisana kazen. Sedanjega jugoslovanskega ureditev, kot izhaja iz čl. 40 KZ/59, je to neskladnost omilila. Čeprav je sicer razširila pojem povratka, je vendarle po drugi strani omejila uporabo posebnih pravil o povratku na tiste primere, kjer je to glede na konkretno okoliščine posameznega primera po presoji sodišča smotrno in nujno, in tako odpravila avtomatizem.

V zvezi z novim kaznivim dejanjem pa nastaja še drugo vprašanje. Ali zadošča za to, da se storilec obravnava kot povratnik, že zatrjevalo dejstvo, da je poprej obsojena oseba storila novo kaznivo dejanje, ali pa mora biti to ugotovljeno s sodno odločbo. V teoriji govorijo o kriminološkem pojmu povratka v tem smislu, da je odločilna okoliščina, da je že obsojeni ponovno storil kaznivo dejanje, ne glede na to, ali je za to novo kaznivo dejanje identificiran kot storilec (Morris). Kakšen znanstven ali praktičen pomen ima takšen pojem, je odprt vprašanje, kot je tudi dvomljivo, ali posamezni teoretiki vendarle ne implicirajo vsaj verjetnosti, da je že poprej obsojena oseba ugotovljena kot storilec novega kaznivega dejanja. Vsekakor moramo to vzeti za izhodišče vseh tistih zakonodajalcev, ki vežejo na povratek določene kazensko-pravne posledice. Morda bi šli še korak dalje in lahko rekli, da popolna kazenskopravna definicija povratka oziroma povratnika nujno vsebuje tudi ukrep oziroma posebna pravila za izbiro in odmero ukrepa, ki naj se izreče povratniku. Takšen kompleksen pojem bi seveda omejil zakonodajalčevu vlogo na to, da naj določi racionalne, znanstveno utemeljene okvire, praksa sodišč pa bi te okvire izpolnjevala s konkretno vsebino. Nevarnosti praktičistične kriminalne politike, ki jo takšno izhodišče vsebuje, bi se omejila s splošno in

<sup>18</sup> Prim. Kebe, Nekaj pripomb k novi kazenski zakonik, Pravnik 1962, str. 449–50.

strokovno razgledanostjo sodnikov in s tistimi instrumenti, ki jih predvidevajo sodobna nazoranja o individualizaciji kazenskih sankcij. S takšnega izhodišča je vsekakor treba oceniti za neprimerne tiste ureditve (npr. italijansko), v katerih je za kaznivo dejanje, ki ga je storila že obsojena oseba, a priori predpisana višja mera iste vrste kazni ali strožja kaznen (glej npr. čl. 99 italijanskega KZ). Do skrajnih posledic izvedeno pomeni to stališče tudi negativno oceno tistih določb v pozitivnih pravih, po katerih se šteje povratek (ponovitev enakega kaznivega dejanja) za kvalifikatorno okoliščino.

3. Slika, ki se pokaže s primerjavo pozitivnih prav glede tretjega elementa — ukrepa, ki naj se uporabi zoper povratnika —, je dosti bolj enotna, kot se kaže pri primerjavi glede prejšnje obsodbe in obsodbe za novo dejanje. Velika večina zakonodaj, ki obravnava povratek v tradicionalnem pomenu, predvidevajo za povratnika strožjo kaznen. Razloge za takšno stališče smo že omenili (spredaj k 2); za nekatere je to pač trdovratnost storilca, ki jo kaže s tem, da ponovno storii kaznivo dejanje kljub negativni izkušnji (večinsko stališče), ali pa se šteje, da je njegova krivda večja (nemški osnutek). V teoriji in samo deloma v zakonodaji pa lahko ugotovimo določen premik. Če je sprva (pod vplivom italijanskih pozitivistov) prevladovalo gledanje, da je treba zavarovati družbo pred takšnimi storilci s strožjo kaznijo, pa izhaja sodobno gibanje o družbenem varstvu iz tega, da je potreben drugačen ukrep zoper takšnega storilca zaradi varstva družbe in zaradi resocializacije storilca samega; pri tem nekateri prenašajo težišče na izvrševanje ukrepa (Hadži). Za jugoslovansko pravo je treba tudi v zvezi s tem ugottoviti zboljšanje sistema z novelo leta 1959, ki je odpravila zakonodajni avtomatizem in prepustila odločitev o tem, ali naj se šteje povratek za obteževalno okoliščino, sodišču (čl. 40 KZ/59).

Oblike, v katerih se izraža strožji režim do povratnikov, so v posameznih pozitivnih pravih seveda različne. Kar zadeva splošni povratek, najdemo v pozitivnih pravih ali zelo natančna pravila glede odmere kazni (francoski in italijanski sistem), ali po navadi poseben višji maksimum ali predpisano strožjo vrsto kazni, vse pa v odnosu do kazni, ki je predpisana za novo kaznivo dejanje. Izjemoma najdemo tudi določbe, ki vežejo izrek nove kazni na kaznen, ki je bila izrečena za prejšnje dejanje (francosko pravo pri povratku prestopkov, prava nekaterih držav ZDA). V nekaterih drugih sistemih se šteje povratek za obteževalno okoliščino (avstrijski KZ, sovjetski sistem, jugoslovanski — čl. 40 KZ/51 iz-

recno, po noveli leta 1959 pa v obliki posebnega opozorila za odmero kazni povratniku).

Kar zadeva specialni povratek, je slika deloma podobna že opisani pri splošnem povratku; posebnosti najdemo samo v tistih določbah, ki predvidevajo povratek pri posameznih kaznivih dejanjih v posebnem delu kazenskih zakonikov. Tu je povratek največkrat kvalifikatorna okoliščina. Predvojna jugoslovanska teorija takšnih primerov sploh ni štela za povratek, ampak za ponovno storitev kaznivega dejanja, to pa najbrž iz razloga, da bi tako opozorila, da za te primere ne veljajo splošni pogoji za povratek, zlasti ne določbe o zastaranju povratka. Ne glede na to stališče, ki ga je sicer mogoče zagovarjati za tiste sisteme, ki določajo splošno definicijo povratka, in ne glede na že izražene pomislike zoper povratek kot kvalifikatorno okoliščino (glej spredaj k 2 proti koncu) pa je treba upoštevati še neki moment. Obravnavanje povratka kot kvalifikatorne okoliščine za posamezna kazniva dejanja je toliko realistično (psihološki moment pustimo tu ob strani), ker se omejuje na tiste primere, ki so v praksi resnično najpogostnejši in že zaradi tega terjajo posebno pozornost. Jugoslovanski zakonodajalec je z novelo 1959 odstopil od takšnega realističnega koncepta in obdržal le netipične primere iz čl. 135 in čl. 226 KZ, očitno vključujuč primere iz odpravljenih določb čl. 250/2-6 KZ/51 v novi čl. 40a KZ.

Končni zaključek razpravljanja v zvezi z elementi povratka v tradicionalnem pomenu je pač ta, da zakonodajalci vztrajajo pri objektiviziranem pravnem institutu povratka, kakor vztrajajo pri še vedno precej objektivizirani kazni. To pa ne velja samo za takšne zakonodajalce, ki še niso bistveno spreminali kazenskih zakonikov iz prejšnjega stoletja, ampak tudi za tiste, ki so upoštevali vsaj v neki meri pozitivistična in druga podobna kriminološka dogajanja, kot npr. italijanski in predvojni jugoslovanski. Novo jugoslovansko kazensko pravo je vendarle pokazalo napredek, ker je z novelo 1959 odpravljen toggi avtomatizem in objektivizem — dediščina kazenskega prava predvojne Jugoslavije.

Mislimo, da je tudi de lege ferenda v naši družbi najprimernejša takšna rešitev, ki prepušča sodišču presojo o tem, kako naj upošteva pri odmeri kazni okoliščino, da je bil storilec že prej obsojen. Kazenskopravni institut povratka ima v tem okviru (kot smo ga doslej obravnavali) predvsem pomen opozorila na eno izmed okoliščin iz storilčevega preteklega življenja, ki se lahko upošteva kot vsaka druga, za storilca značilna osebnostna poteza, lahko ima pa še poseben kazenskopravni pomen (čl. 40 KZ/59) — drugače Tahović.

## B. Večkratni povratek

1. Primerjava pozitivnih pravnih predpisov v različnih sistemih nam pri obravnavanju problema večkratnih povratnikov odkriva še večjo pestrost stališč, kot pa se kaže iz analize glede tako imenovanega enkratnega povratka (k A). Pestrost je posledica tega, da je ob omenjenem problemu vsekakor očiten večji vpliv penitenciarnih izkušenj in kriminoloških dognanj. Problem večkratnih povratnikov je bil pravzaprav eden izmed tistih problemov, na katerega so opozorile praktične izkušnje, ob katerem se je pokazala kritika klasičnega kazenskega prava za najbolj konkretno in ki je, lahko rečemo, najtesneje povezan z razvojem sodobne kriminološke znanosti. Pojem habitualnega delinkventa, ki je bil že znan v penitenciarni praksi, je postal eno izmed izhodišč za tipološke klasifikacije in je prešel v različnih variantah tudi v pozitivno pravo kot označba za posebno kategorijo v legalnih tipologijah delinkventov. Pestrost stališč v teoriji in v zakonodajni praksi se kaže že prav pri pojmu večkratnega povratnika, čeprav tudi glede tega velja že v uvodnih izvajanjih teh zaključkov (k I) poudarjena ugotovitev o dveh skrajnih izhodiščih, o objektivističnem in subjektivističnem izhodišču.

Če skušamo definirati ta pojem, je naša definicija lahko zato le delovna hipoteza oziroma ugotovitev tistih elementov, ki se v različnih kombinacijah pojavljajo v teoretičnih razpravljanjih in v pozitivnih zakonodajah.

Za večkratnega povratnika štejemo tistega storilca kaznivega dejanja, ki je bil pred tem že večkrat obsojen zaradi kaznivih dejanj določene vrste ali teže; čigar osebnostna struktura kaže ali določeno nagnjenje k ponavljanju kaznivih dejanj ali pa manjšo odpornost do kriminogenih življenjskih situacij oziroma do asocialnih ali antisocialnih vplivov okolja, končno nanj tradicionalne oblike družbene reakcije nimajo nobenega vpliva ali pa je ta vpliv celo negativen. Elementi tega pojma so tako objektivni kot subjektivni (s stališča povratnika), pojem pa obsega (v negativni formulaciji) tudi oblike družbene reakcije (s stališča družbe).

Takšna definicija obsega sicer kriminološko zasnovano, vendar še čisto kazenskopravno (v ožjem pomenu) kategorijo. Iz nje smo namenoma izločili elemente, ki se tičejo tiste kategorije povratnikov, ki smo jih že večkrat omenili kot tako imenovane male habitualne delinkvente. Razlika med obema kategorijama sicer ni vedno in povsod kazenskopravno pomembna, saj so v nekaterih sistemih tudi takšna ponašanja, kot na primer potepuščvo, delomrznost, beračenje, prostitucija, alkoho-

lomanija in pod., inkriminirana kot kazniva dejanja. Skupna značilnost vseh sistemov pa je v tem, da to kategorijo obravnavajo posebej bodisi zaradi tradicije ali pa zavestno v skladu s kriminološkimi dognanji, pa čeprav so ukrepi, ki jih uporabljajo, kazenskopravni ukrepi.

Večina sistemov, ki jih obravnavamo, in tudi drugi sodobni sistemi, štejejo večkratno poprejšnjo kaznovanost za takšno okoliščino, po kateri se večkratni povratnik na splošno razlikuje od povratnika v tradicionalnem pomenu. Razlike med sistemi pa so glede poimena »prejšnje kaznovanosti« in števila prejšnjih sodb, in sicer v tem, ali se šteje za »prejšnjo kaznovanost« samo okoliščina, da je bil storilec že večkrat obsojen s sodbo kazenskega sodišča na kazen, ali pa se upoštevajo tudi drugi poprej izrečeni in izvršeni ukrepi zaradi storjenih kaznivih dejanj. Če se precej na splošno zahteva, da morata biti ugotovljeni vsaj (oziroma že) dve prejšnji obsodbi (ali ukrepa), je to lahko posledica čisto gramaticalne razlage besed »več«, ali pa se upošteva kriminološko spoznanje, da je prvi povratek lahko še slučajen, drugi pa že odpira neko značilnost hudodelske kariere, ki se pokaže ravno v časovno dosti zgodnjem ponovnem »padcu« povratnika po dveh prejšnjih obsodbah; z drugimi besedami rečeno, šteje se, da se hudodelska kariera začne prav ob tretji storitvi kaznivega dejanja, če ta sledi v razmeroma krajšem času po prejšnjih dveh obsodbah. V sodobni kriminologiji avtorji opozarjajo, da je takšno sklepanje vendar le relativno točno in da se lahko štejejo med tako imenovane slučajne delinkvente tudi takšni, ki vedno znova ponavljajo kazniva dejanja, pa vendar pri njih ni mogoče govoriti o delinkventni navadi ali nagnjenju in jih zato tudi imenujemo multi-okazionalne delinkvente (Belezza dos Santos).

Tudi narava kaznivih dejanj iz prejšnjih obsodb je lahko pomembna, upošteva pa se po različnih kriterijih, na primer po kategoriji dejanj v legalni klasifikaciji (Francija, zakonodaje nekaterih držav ZDA), po vrsti kaznivih dejanj (npr. pri tako imenovanem genusnem povratku ali pri posebnem povratku), po krivdni obliki (upoštevajo se samo naklepna kazniva dejanja, čl. 40a jugoslovenskega KZ/59, čl. 20 a zahodnonemškega kazenskega zakonika itd.). Zelo pogosto se upošteva teža prejšnjih kaznivih dejanj, kot je izražena v prisojeni kazni (upoštevajo se samo obsodbe na kazen določene vrste ali višine, čl. 40 a jugoslovenskega KZ/59 in čl. 40 jugoslovenskega KZ/51, Francija, zakonodaje nekaterih držav ZDA itd.). Pri tem je vsekakor boljša tista ureditev, ki upošteva le kazni takšne vrste in višine, ki se ne štejejo za krat-

kotrajne zaporne kazni, to pa predvsem iz dveh razlogov. Prvi razlog je v sami naravi kratkotrajne kazni, drugi pa je v tem, da le po primerno hujši kazni lahko pridejo do izraza subjektivni momenti, zaradi katerih je upravičeno, vsaj kot domneva, izhodišče za negativno prognozo bodočega povratnikovega ponašanja.

Takšna kazen ne bi smela biti določena izpod enega leta, torej kazen, ki se šteje glede na trajanje pač za tisto, po trajanju minimalno izolacijo storilca kaznivega dejanja, ki še omogoča sistematično in funkcionalno pre-vzgojito prizadevanje. Takšno stališče je zavzel jugoslovanski zakonodajalec pri kazni strogega zapora in mladoletniškega zapora, odstopil pa je od njega pri določitvi, kdaj se lahko šteje poprejšnja kaznovanost za okoliščino, ki daje povratku posebno vsebino. Ob takšnem stanju je še manj prepričljivo stališče zagovornikov instituta večkratnega povratka, da namreč pomeni čl. 40a jugoslovenskega KZ/59 predvsem zakonodajalčev opozorilo sodiščem na kategorijo posebno nevarnih povratnikov, saj dve obsodbi na kaznen zapora nad tri mesece (konkretno je to kaznen zapora štirih mesecev, čl. 30/2, lahko pa tudi manj, čl. 46/2 KZ/59) pač ne kažeta na posebno storilčevu nevarnost. V nekaterih pozitivnih pravih najdemo primernejšo ureditev, tako celo v pravih nekaterih držav ZDA, ki jih sicer ne moremo štetiti za posebno moderna. Vrsta kazni tu ni toliko pomembna, čeprav jo pozitivne zakonodaje tudi upoštevajo, saj se kazni nad določeno dobo trajanja navadno izvršujejo v istih zavodih s približno enakim režimom za vse obsojence, ne glede na to, kakšna vrsta kazni jim je bila izrečena.

Za načelno stališče zakonodajalca, ki je določil posebne ukrepe zoper večkratne povratnike, in za prakso, ki naj bi takšno stališče uresničevala, je morda še pomembnejše vprašanje, ali in kakšni posebni pogoji so postavljeni glede novega kaznivega dejanja. Čeprav se na splošno zahteva obsodba za novo kaznivo dejanje kot nadaljnji pogoj za to, da se uporabijo določbe o večkratnih povratnikih ali večkratnem povratku, so glede narave in teže novega kaznivega dejanja zelo različna stališča. Tisti zakonodajalci, ki izhajajo iz tako imenovane storilčeve nevarnosti (označbe za to so lahko različne, npr. nagnjenje k izvrševanju kaznivih dejanj, habitualnost, nepoboljšljivost in pod.), štejejo za simptom takšne nevarnosti vsakršno kaznivo dejanje ali vsaj takšno dejanje, za katero je predpisana zaporna kazen. Za prakso pa sta vendorle narava in teža kaznivega dejanja toliko pomembni, da je prav to izhodišče pri presoji, ali je poseben ukrep, ki je navadno dolgotrajnejši ali izrečen za nedoločen čas, v so-

razmerju z nevarnostjo, ki se kaže z novim kaznivim dejanjem. Izkušnje v različnih državah (Nemčija, Švica, Francija, ZDA) kažejo, da se sodišča obotavljam pri uporabi takšnih posebnih ukrepov oziroma predpisane strožje kazni prav zaradi nesorazmerja med težo novega kaznivega dejanja in strogostjo ukrepa.

Za večkratni povratek (v različnih varianta) je v zvezi z novim dejanjem značilno to, da se takšen povratek navadno povezuje s konceptijo posebnega povratka. To velja celo za zakonodajo, ki je bila neposredno spodbujena po idejah pozitivizma (glej npr. čl. 102, 103, 104, 105 in 106 italijanskega KZ); od klasične konceptije posebnega povratka se ti primeri razločujejo le po tem, da je pojem posebnega povratka vendarle širši. Jugoslovanski zakonodajalec je v čl. 40a KZ/59 zavzel nekoliko bolj prožno stališče; čeprav izhaja iz posebnega povratka, je uporaba čl. 40a mogoča tudi v primerih splošnega povratka.

Skupna značilnost obravnavanih pravnih sistemov je vsekakor v tem, da obravnavajo večkratni povratek posebej in drugače kot klasični kazenskopravni institut povratka. Nadaljnja skupna značilnost je tudi v tem, da jemljejo za element, po katerem se razlikuje večkratni povratnik od enkratnega (klasičnega), negativno prognozo o povratnikovem ponašanju v prihodnje. Čeprav so atributi, ki jih dodajajo besedi povratnik ali delinkvent in ki ravno izražajo to negativno prognozo, različni, vendar to ni bistveno za vsebinske razlike med njimi; te pa so bile nekdaj večje, kot so danes. Na drugem mestu smo orisali bistvene značilnosti razvoja pojma »nevorno stanje (état dangereux), ki ga lahko štejemo kot tehnični izraz za vsebinsko negativne prognoze.<sup>19</sup> To nevarno stanje se domneva že na podlagi določenega števila prejšnjih obsodb (o posebnih pogojih v zvezi z dejanji iz teh sodb in iz nove sodbe, smo že govorili); to je značilnost originalne francoske relegacije, preden je bila v reformirani obliki po letu 1954 spremenjena iz obveznega v fakultativen ukrep; takšno objektivistično izhodišče pa najdemo tudi v italijanskem pravu (čl. 102 KZ) in v nemškem pravu (čl. 20 a v originalni formulaciji leta 1933 in po noveli leta 1953). Druga oblika je tista, ko sodišče odloča o tem, ali ugotovljene posebne okoliščine glede dejanj in storilca kažejo na nevarno stanje oziroma na habitualnost (čl. 103 italijanskega KZ in čl. 20a nemškega KZ – poseben primer, in še drugi).<sup>20</sup> Stilizacija čl. 40 a jugoslovanskega KZ je sicer drugačna, vendar kaže, da je izhodišče te do-

<sup>19</sup> Glej v op. 4 navedeno delo, str. 345.

<sup>20</sup> Tako se pač v istih sistemih upoštevajo različna izhodišča, čisti avtomatizem in sodniška diskrecija.

ločbe podobno, če ne isto, to je sodniška prognoza. Nekateri zahodnonemški teoretiki (Maurach) poudarjajo, da to ni samo prevelika zahteva glede na sodnikovo sposobnost za prognozo, ampak je tudi praktično neizvedljivo. Ta kritika sicer lahko drži, če vse skupaj temelji na sodnikovi intuiciji, ali pa, če mu pripisujejo več, kot zmora tudi kriminološko izobražen sodnik sam (Ferri). Toda če je sodniška prognoza postavljena na znanstveno podlago sodobne kriminološke ekspertize, je stvar seveda drugačna. Prav tega večina zakonodajalcev ni upoštevala (jugoslovanski zakonodajalec tudi ne), praktične izkušnje pa kažejo in opozarjajo za naprej, da se ideja, ki je v bistvu pravilna, lahko izmaliči v mehanični avtomatizem pri odrejanju ali odklanjanju posebnega režima, ki je predviden za večkratne povratnike.

Tretja oblika, ob kateri se atributa »habitualnost« in »nevarno stanje« povsem ločita, pa je izražena v ekstremu subjektivistično (biologistično) zasnovane kategorije »hudodelca po nagnjenju« (čl. 108 italijanskega KZ). Vse dosedanje, v bistvu novolombrijanske utemeljitve za takšno kategorijo ne morejo biti prepričljive.

Končno ostaja še ukrep, ki naj bi se uporabil zoper večkratne povratnike, tisti element pojma, ob katerem niti teorija niti praksa nista doslej uspeli najti zadovoljivega odgovora. Številne in različne rešitve, ki jih najdemo v sodobnih pravih, najsi so teoretično čiste ali pa rezultat kompromisov, so več ali manj paliativi, ki so se ali povsem kompromitirali (čl. 20a nemškega KZ, zlasti v obdobju nacizma), ali pa so ostali teoretične konstrukcije. Glede angleške reforme leta 1948 vendarle zatrjujejo, da pomeni bistven napredok; vsekakor pa je to morda edina reforma, ki temelji na dolgoletnih proučevanjih problema in na izkušnjah. Če pomeni angleška reforma zmago monistične koncepcije, pa gredo zahodnonemška reformna prizadevanja v smeri oživljanja dvotirnosti, ki jim nekateri očitajo nedoslednost na račun vikariiranja kazenskih sankcij ali celo monizma (Maurach), drugi pa napadajo njihovo novokantovsko idealistično izhodišče (Bauer).

Z razvojnega stališča pomeni uvedba varnestnih ukrepov vendarle napredok v primerjavi s stališčem klasičnega kazenskega prava, ki pozna samó kazen kot edino, in to retributivno ter generalnopreventivno zasnovano sankcijo. Ideja o posebnih ukrepih, za katere je izhodišče predvsem specialna prevencija, se je rodila prav iz spoznanja, da je potrebno za uspešnejši boj zoper večkratno povratništvo posebej obravnavati večkratne povratnike. Razvoj pa se ni ustavil samo pri

tem, da se je prej homogena skupina povratnikov razdelila; tudi za skupino večkratnih povratnikov so morali kmalu ugotoviti, da obsega več in zelo različnih kategorij, čeprav to ni prišlo do izraza v pozitivnih pravih. Kolikor pa je prišlo, so razlike bolj formalne kot vsebinske.

Nekoliko poenostavljena slika, ki se počne pri analizi pozitivnih prav, nam odkriva sicer načelno različna izhodišča, kakšno pa je resnično stanje, bi pokazala šele natančnejša analiza prakse, ki mora izhajati iz kompleksne koncepcije o boju zoper kriminaliteto nasprotni in zoper povratništvo posebej v določenem družbenem sistemu. Praksa mora izhajati tudi iz resničnih možnosti (materialnih in kadrovskih) in posameznikov, ki naj bi uresničevali takšno ali drugačno kompleksno koncepcijo.

Načelno stališče glede obravnavanja povratnikov in večkratnih povratnikov je seveda v prvi vrsti odvisno od stališč o tem, kakšni splošni in prevladujoči činitelji vplivajo na gibanje kriminalitete in povratništva. Skrajni individualizem in skrajni sociologizem se tu nekje srečujeta v tem, da lastni družbi (to je družbi, kjer se kriminaliteta in povratništvo kažeta) ne pripisujeta skoraj nobene vloge, saj je za njiju lastna družba tako popolna, da v njej ni nobenih klic, ki bi lahko porajale kriminaliteto. Te so v posamezniku, pa najsi so ostale v njem iz prejšnje slabše družbe (do nedavna še prevladujoče stališče v sovjetski teoriji), ali pa sicer immanentne individualni človekovi naravi in če je družba zaradi njih slaba, jo je mogoče poboljšati le s poboljšanjem posameznikov (Gramatica in tisti del gibanja za družbeno varstvo, ki mu sledi).<sup>21</sup> Posameznik je torej tisti, na katerega je treba vplivati ali s poostrojitvo kazni ali s posebnimi ukrepi (relegacija, varnostni ukrepi, kot na primer varnostno pridržanje, preventivna detencija in pod.) ali z obema hkrati oziroma sukecesivno (pravi dualistični sistem) ali končno z individualiziranim tretmanom, ki pa vsebuje elemente kazni in posebnega ukrepa.

Tako bi lahko s stališča ukrepov, ki se uporablja zoper večkratne povratnike, razvrstili sodobne sisteme v štiri poglavite skupine (morebitne posebne nadaljnje kombinacije pustimo ob strani), prevladujejo pa prvi trije. Seveda je takšna razvrstitev iz razlogov, ki smo jih že omenili, zelo relativna in zopet samo hipotetično izhodišče.

V prvo skupino spada sistem poostrojitve kazni za večkratne povratnike; to je vsekakor sovjetski sistem in sistem tistih ljudskih demokracij, ki se ravna po njem; sem pa

<sup>21</sup> Gradivo VI. mednarodnega kongresa za družbeno varstvo, (Actes du VI Congrès international de défense sociale), Belgrade 1962, str. 87—88.

štejemo tudi sedanji jugoslovanski sistem. Ta skupina je vsekakor najbolj čista in jasna; edina stvar, ki jo nekako povezuje z drugimi, so posebni ukrepi (poleg kazni) zoper alkoholomane in narkomane ter zoper zmanjšano prištevne (povratniki psihopati). Tudi rešitve, ki jih najdemo v pravih večine ameriških držav (v ZDA), bi dovoljevale vključitev teh prav v to skupino; pri tem pa je vendarle treba upoštevati obe posebnosti teh prav, to je odpust s »parole« in nedeterminirano sodbo (poseben režim za tako imenovane seksualne psihopate puščamo tu ob strani).

Drugi in tretji sistem se nekako prepletata oziroma pojavljata v različnih kombinacijah. Razlikujemo ju predvsem zaradi tega, ker se v pozitivnih pravih vedno bolj uveljavlja spoznanje, da so sicer potrebni posebni ukrepi zoper povratnike, njihova uporaba pa je odvisna od konkretnega primera, in sicer tako, da sodišče izreče ali kazen ali poseben ukrep (drugi sistem), ali pa, če sodi, da je potreben poleg kazni tudi poseben ukrep, izreče oba, ki pa se izvršujeva suksesivno (tretji sistem). V najprej omenjeno skupino štejemo angleški sistem (po l. 1948) in tiste sisteme, ki dovoljujejo tako imenovano vikariiranje varnostnih ukrepov in kazni (Švica, Zahodna Nemčija). Vikariiranje je lahko izraženo v čisti obliki, to je varnostni ukrep se izreče namesto kazni, ali pa posredno, to je, čas, ki je potekel med prestajanjem varnostnega ukrepa, se lahko vstreje v prisojeno kazen (osnutek zahodnonemškega KZ; prim. čl. 61/3 jugoslovanskega KZ pred novelo in po noveli 1959; ta določba se nanaša sicer na nevarne zmanjšano prištevne storilce kaznivih dejanj, njena uporaba pa seveda ni izključena pri večkratnih povratnikih). Čisti dualistični sistem, ki obstoji v tem, da se najprej izvrši kazen, zatem pa varnostni ukrep, je seveda še vedno aktualen. To je sistem francoske relegacije, zahodnonemškega »varnostnega pridržanja« in italijanskega režima za habitualne in profesionalne delinkvente; to je tudi sistem belgijskega družbenega varstva (mise à la disposition du gouvernement) in vseh tistih, ki so mu podobni (danski, norveški).

Četrти sistem je, če izvzamemo grenlandski eksperiment, vsekakor šele idejna zamisel, ki jo zlasti poudarjajo zastopniki večinskega mnenja v novem gibanju družbenega varstva (Ancel II), njena uresničitev pa ni toliko odvisna od zakonodajne intervencije, kot od resničnega preoblikovanja družbenih sankcij zoper storilce kaznivih dejanj v resocializacijski tretman.

2. Skupina tako imenovanih malih habitualnih delinkventov je zanimiva iz več razlogov; predvsem je ta skupina dosti bolj številna, absolutno in relativno; ta skupina je

neizčrpen vir za večkratne povratnike v pravem pomenu, po drugi strani pa je večkrat takšno ponašanje, ki se šteje za malo habitualno delinkventnost, zadnja etapa v »hudodelski karieri«. Skupina pa je pomembna tudi zato, ker se ob njej zelo jasno odkrivajo slabosti kratkotrajnih zapornih kazni, ki se ne glede na takšna ali drugačna izhodišča zelo na splošno in pogosto uporabljajo prav zoper povratnike te vrste.

Prva, morda bolj formalna kot vsebinska razlika med pravnimi sistemi glede te skupine je v tem, ali je ali ni vključena v kazenskopravno področje v pravem pomenu. Nekateri zakonodaje jo namreč obravnavajo v upravnem kazenskem pravu (npr. jugoslovanska zakonodaja, zakonodaja sovjetskih zveznih republik), ali pa jo celo prepričajo normativnem urejanju lokalnih oblasti. Druge zakonodaje, ki so med obravnavanimi sistemi v večini, pa jih obravnavajo v zvezi s tretjo kategorijo kaznivih dejanj, s prekrški.

V teoriji se vendarle uveljavljajo (Veillard) stališča, da je glede teh oseb, ki jih imenujejo »socialne invalide« (mutilés sociaux), kazenskopravna represija zadnja, ki pride v poštev; tu so potrebne široko zasnovane socialnovarstvene in ekonomske akcije, ukrepi zoper te osebe pa bi morali biti predvsem kurativni, terapevtski (skupinska psihoterapija, delovna terapija in pod.).<sup>22</sup>

Kakor že omenjeno, obravnavajo v pravnih sistemih to skupino v okviru ukrepov, ki jih izvršujejo državni represivni organi. Kazenskopravna izhodišča so seveda zelo različna. V nekaterih sistemih se šteje ponašanje te vrste ali za kaznivo dejanje, povratek pa se obravnavava po še klasičnih načelih ali tudi v kombinaciji z varnostnimi ukrepi (bivša Jugoslavija, Švica), ali pa se izdajajo zanj posebni predpisi (nekateri države ZDA, Avstrija itd.). Povratek je lahko okoliščina, ki se šteje za obteževalno okoliščino, pri čemer je možnost za individualizacijo precej majhna, saj je časovni okvir za kazen, ki se izreka, razmeroma ozek.

Posebno vprašanje je pri tem še, kaj se sploh šteje za povratek. V tistih sistemih, v katerih je neko asocialno ponašanje (v že omenjenih oblikah) že samo kot takšno inkriminirano kot kaznivo dejanje (ali prekršek), je povratek vsaka ponovitev dejanja po osebi, ki je bila zaradi enakega ponašanja že kaznovana. V nekaterih sistemih pa je takšno ponašanje le eden izmed pogojev za to, da se lahko izreče poseben ukrep (oddaja v zavod ali v delovno kolonijo); drugi pogoj je, da

<sup>22</sup> Prim. Dublineau, Commission d'étude de la législation concernant les vagabonds rapport par le... Revue de science criminelle 1961, str. 406 in nasl.

takšna oseba stori kaznivo dejanje (neko drugo) določene vrste ali teže. S staljšča kazenskega prava je drugi sistem seveda čistejši, ker zavrača odgovornost za način življenja (tako imenovana *Lebensführungsschuld*), takšen sistem pa najbrž bolj ustreza tudi s čisto kriminalnopoličnega gledišča (Avstrija — zakon iz leta 1932).

Jugoslovanski sistem (predpisi o prekrških zoper javni red in mir in temeljni zakon o prekrških) teoretično sicer ni najboljši, vendar odpira možnosti za bolj uspešno zatiranje tega pojava, kot pa se kaže v praksi. Varstveni ukrep — določitev kraja bivališča — se namreč v praksi ne uporablja predvsem iz razloga, ker že concepcija ukrepa samega ni povsem jasna, zlasti pa, ker izvrševanje ni organizirano. Določitev kraja bivanja ne more biti niti čisto individualen niti represiven ukrep, ampak je lahko samo kurativen s timi socialnoterapevtskimi sredstvi in metodami, ki so jih sodobna andragogija in z njo povezane znanosti že razvile.<sup>23</sup>

\*

Ceprav ni namen komparativnega prava kot znanosti »izdelava receptov« za nacionalne zakonodaje, kako naj rešujejo posamezna vprašanja, je vendar že doslej lahko na mersikaterem, pa tudi na kazenskopravnem področju ne samo prispevalo k boljšemu medsebojnemu razumevanju, ampak in predvsem odkrivalo negativne posledice mehaničnega presajanja tujih pravnih institucij v nacionalna prava in prakso.

Rešitve, ki jih je prinesla novela jugoslovanskega kazenskega zakonika in ki smo jih soočili s tujimi, se ob analizi ne pokažejo kot izrazito nove, kar še posebej velja za rešitev, ki zadeva večkratne povratnike. To velja tudi za časovno novejše tuje rešitve; kaže, da se zakonodajalci tu še posebej obotavljam pred »revolucionarnimi« novotami, pa še tam, kjer so na prvi pogled sledili modernejšim concepcijam, težijo k povrnitvi na prejšnje. Razlog je lahko v tem, da je problem povratništva še vse premalo preučen in to je tudi poglaviten ugovor, ki ga lahko izrečemo, kot smo to že poudarili na drugem mestu, zoper sedanjo našo ureditev.<sup>24</sup> Dosedanje kriminološke študije in tiste, ki se še pripravljajo, bodo vsekakor primernejša izhodišča de lege ferenda, kot je bilo izhodišče, poudarjeno ob noveli 1959. Ceprav je čas po uveljavitvi novele razmeroma kratek, se vendar zdi, da je praksa pravosodnih organov

<sup>23</sup> Prim. Nada Majcen, Problemi povrata medju učenicima težih vrsta prekršaja protiv javnog reda i mira, v publikaciji Inštituta za kriminologijo v Ljubljani, Problemi povrata, Ljubljana 1962, str. 316.

<sup>24</sup> Glej v op. 7 navedeno delo, str. 213.

že dezavuirala concepcijo, ki je podlaga novemu čl. 40 a KZ; uporaba te določbe je izjemna in zajema le majhen del povratnikov, ki bi po besedilu določbe spadali v kategorijo večkratnih povratnikov. Do tega je moralno nujno priti; problema večkratnih povratnikov ne morejo rešiti pravosodni organi, problem terja razen poprejšnjih temeljitetih proučevanj tudi posebne organizacijske ukrepe in seveda tudi jasno concepcijo.<sup>25</sup>

#### UPORABLJENA LITERATURA

(Navedena so samo tista dela, ki niso posebej označena v opombah)

1. Ancel Marc, La sentence indeterminée, Publikacija OZN, oddelka za družbenia vprašanja, New York 1953 (v tekstu Ancel I).
2. Ancel Marc, La défense sociale nouvelle, Pariz 1964 (v tekstu Ancel II). Delo je izšlo tudi v srbskohrvatskem prevodu deloma skrajšano in predelano: Nova društvena obrana, Beograd 1963, publikacija Instituta za uporedno pravo.
3. Bauer F., Zur Reform des deutschen Strafgesetzbuches, v knjigi Das Verbrechen und die Gesellschaft, München 1957, str. 246 in nasl.
4. Beleza dos Santos Le traitement et la libération de délinquants d'habitude, 1956, poseben odtis, str. 1—34.
5. Bettoli G., Diritto penale (splošni del), 4 izd. Palermo 1958, str. 501—528.
6. Ferri E., La sociologia criminale, 5 izd., 1. knjiga, Torino 1929, str. 299—300.
7. Germann O. A., Massnahmenrecht des schweizerischen Strafgesetzbuches, Revue Pénale Suisse 1958, str. 44—92.
8. Grassberger R., Les definitions de la récidive et leur importance pour les statistiques, splošni referat na III. kriminološkem kongresu 1955, v zbirki Summary of Proceedings, London 1957, str. 68—69.
9. Graven J., La classification des infractions du Code Pénal et ses effets, Revue Pénale Suisse 1958, str. 3—43.
10. Hadžić Vl., Koreferat na II. kongresu pravnikov Jugoslavije, Zagreb 1958.
11. Lučovnik H., Obravnavanje povratništva v kazenskem sodstvu, Pravnik 1959, str. 21—32.
12. Morris N., Definitions of Recidivism, splošni referat na III. kriminološkem kongresu 1955, v zbirki zgoraj pod 8, str. 50—67.
13. Peters K., Grundfragen der Strafrechtsreform, Paderborn 1959.
14. Tahović K., Krivično pravo, Opšti deo, Beograd 1961, str. 274—281 in 337.
15. Vexliard A., Le clohard, Pariz 1957.
16. Solnar Vl., La reforme du droit pénal et de la procédure pénale en Tchécoslovaquie, Revue de sciences criminelles, 1962, str. 683—703 in
17. Racz G., Le nouveau Code pénal hongrois, v reviji kot pod št. 16, str. 785 in nasl.

<sup>25</sup> Študija »Problemi povrata«, navedena v op. 23, je prva dosti široko zasnovana študija o tem problemu v Jugoslaviji; njene ugotovitve in zaključki (čeprav odpirajo še nova neraziskana vprašanja) so lahko trdnejša podlaga in orientacija za organizirano reševanje problema povratništva.

## Recidivism in Penal Law

by Prof. Peter Kobe, S. J. D.

The article presents conclusions of the unpublished study »Recidivism in penal and administrative law« carried out by the Institute of Criminology at the Faculty of Law in Ljubljana. The study deals with criminal law problems concerning delinquents-recidivists and the criminal law institution of recidive from the comparative law view-point. It treats these problems in different law systems and includes the french one as the oldest and the soviet one as the youngest still analyzed. The yugoslave criminal law on this subject has not been dealt with separately. The conclusions confront, however, solutions of several questions in foreign law systems with those in our own, that is with solutions of the Criminal Code 1951, with two amendments from 1959 and 1962.

Besides an introductory chapter concerning some theoretical problems, a synthetic survey of view-points and solutions dealing with two basic categories — recidive in its traditional meaning and multirecidivism-in different law systems is given. These questions are treated following a general scheme which centers round basic elements of recidive as defined by criminal law: the offence and previous conviction, the new offence, and the measure used against the recidivist. The synthesis gives, of course, an integral analysis of some general questions. In the first group, dealing with recidive in its traditional meaning emphasis is given to problems of criminal law, while in the second group dealing with multirecidivists, criminological problems and problems concerning criminal policy are emphasized.

In the first group, besides problems concerning the socalled general and special recidive, the following questions have been analyzed: nature and number of previous convictions (offence, culpability, measure), taking into account foreign court decrees, the socalled prescription of recidive, and similar questions connected with the new offence. The differences among the criminal law systems found by the analysis refer to the classification of offences, to the evaluation of recidive as a legal institution in general (from objective criterion to subjective one) and as in relation to the choice of measure against recidivists (from a complete automatism to judge's discretion in different degrees). The article evaluates positively those trends in modern legislations (the yugoslave Criminal Code 1959 has adopted these ideas) that have abandoned the objectivism and automatism of the traditional solutions and treat this phenomenon as a circumstance that the court takes into con-

sideration as one of circumstances of an individual case and evaluates it by its discretionary power based upon criminal policy.

More important are, of course, questions referring to the socalled repeated recidive or — following the criminological terminology-habitual delinquency. This category is connected — besides the basic problems — with several other that the study reveals: the problems of criteria to make distinction between this category of offenders and recidive in its traditional meaning, the problem of a detailed classification within this category, and the problem of revealing tendencies of the future development. Besides, some general questions have been analyzed, e. g. monistic or dualistic system of penal sanctions (especially security measures against recidivists), determinate and undeterminate sentences, classification of offenders, the socalled »état dangereux«, and carrying out of penal sanctions. The question of modern means of individualisation, the observation of offender, has also been briefly but positively taken into consideration.

The modern penal law systems (the legislative tendencies taken into consideration, e. g. Penal Code project in West Germany, Model Penal Code in the USA) have been ranged as to the measures used against the recidivists into four basic groups. The first one is formed by those systems that provide for multirecidivists an aggravated penalty only. The common characteristic of this system is — inspite of theoretical differences — the view-point that aggravated repression is the only mean justified by criminal policy. The study considers this view-point problematic, and points out that the practice, too, is cautious towards these measures. To the second and the third group are ranged systems that strictly maintain dualistic system (especially in penal law systems become valid until World War II) or mitigate its draw-backs by authorizing the courts to choose between the penalty and security measure.

The fourth system, more program than reality, is based on an uniform penal sanction conceived as an individualised treatment of resocialisation that should be planned so as to protect society of multirecidivists as well as to reeducate the offender while absolutely protecting citizen's rights and liberty.

Though the modern systems approach — more or less — this aim, they all lack provisions as far as the so-called »small habitual delinquency« is concerned (vagrants, idle and disor-

derly persons etc). They provide for these »mutilés sociaux« as sociologists sometimes call them only classic but highly problematic measures: short term imprisonment.

The final conclusion resulting from the study is the finding that in the penal law treating the problems of recidivism certain trends from an abstract and objective treating to a concrete and individual one can be noticed. Criminal law stands still behind the criminologic and other scientific findings. The solution of the problem demands more and more detailed studies and adequate measures in organisation.

The study being the first comparative law study of the Institute, it had to solve the metho-

dological question of classification of different law systems as well as to give some basic information of the Common Law system that is in the yugoslave literature not very well known. As far as the first question is concerned, the study has adopted one of the socalled regional classifications for the european continental system, the Common Law system being treated as an entity.

Finally, the study emphasizes the stand-point concerning comparative law studies and points out their importance in improving mutual understanding and drawing the legislator's attention to negative consequences resulting from mechanical transplantations of foreign legal institutions to one's own legal system.