

gleško in rimsko pravo, dejal, da pomena študija rimskega prava ni mogoče precenjevati.³⁴

Vprašanje omilitve in poostritve kazni po novem kazenskem zakoniku.

Dr. Metod Dolenc

I. Uvod. Velika strogost kazenskih postavk po avstrijskem kaz. zak. se je v praksi spričo ustanovljene izredne pravice zljajševanja kazni (§§ 54 in 266 k. z., § 338 k. pr. r.) obrnila takorekoč v nasprotno smer. Sodniki so, — če le mogoče, — izkonstruirali olajševalne okolnosti, pa vedno domnevali, da se bo obsojenec »tudi ob manjši kazni poboljšal«, ter izrekli skoraj redno kazni daleč izpod najnižje mere kazenskega postavka. Razen tega so imeli sodniki pravico, da so smeli skrajšati kazni na prostosti, kjer niso bile preko pet let zagrožene, v prilog boljšega preživljanja obsojenčeve rodbine (§ 55 k. z.), oziroma obsojenca samega ali njegove rodbine (§ 260 b). Izprememba kazni na prostosti pa še ni smela izreči poljubno v katerokoli vrsto, ampak v omejenem okviru. Samo za eno stopnjo milejše kazensko sredstvo je bilo dovoljeno, toda za hudodelstva ne izpod ječe. Poostritev kazni preko kazni, odrejene od zakona, je bila izključena. Kazenski zakoni bivše Avstrije niso nikjer nobenega takega primera ustanovili. Šele z uvedbo splošnega dela srbijanskega kazenskega zakonika za presojo zločinov po zakonu o zaščiti javnega reda in varnosti v državi z dne 2. avgusta 1921 so se sodniki v Sloveniji seznanili s takim institutom (§§ 71, 72 srb. kaz. zak.).

V praksi bo po novem kazenskem zakoniku pravno stanje korenito izpremenjeno. Mislimo, da ne bo odveč, če podamo v naslednjem sistematičen pregled vseh določb, ki se tičejo omilitve in po-

³⁴ »The basis of all is the study of the Roman law the importance of which cannot be overrated.« Citat pri Levyju v SZ 47, str. 543.

ostritve kazni. O očuvalnih sredstvih tu ni govora. Morda olajšamo vsaj nekoliko s tem preorientacijo, ki bo baš glede tega vprašanja prav tako nujna, kakor tudi potrebna.

II. Skrajšanje (znižanje) ali podaljšanje kazenskega sredstva. Kazenski postavki novega kaz. zak. so tudi zelo strogi, vobče pa tako razsežni, da bo sodišče za navadne primere lahko našlo pravo kazen v normalnem okviru. Kaj čisto se poslužuje novi kaz. zak. tudi alternativne zagrojitve kazenskih sredstev. V takih primerih bo sodišče izrekalo strožjo vrsto kazni, če je kaznivo dejanje poteklo iz nečastnih nagibov ali če kaže hudobni storilčev značaj (§ 74 nov. k. z.). Novi kaz. zak. nalaga sodišču individualizacijo vsakega primera kaznovanja pod vidikom, da se kazen ne sme odmerjati po teži kaznivega dejanja, ampak po stopnji storilčeve kazenske odgovornosti (§ 70, odst. 1, nov. kaz. zak.). Smernice za individualizacijo so podane v 2. odst. § 70 ter so razvrščene po subjektivnih in objektivnih momentih.

Razlogi, ki so vodili sodišče do izbere konkretne kazni med več alternativno zagroženimi kazenskimi sredstvi, morajo biti v razlogih sodbe navedeni (§ 293, 2. odst., k. p.).

Tisti zelo razsežni okvirji kazenskih postavk pa so vendar fiksnejši, kot je bilo to po avstr. k. z. Novi kaz. zak. pravi v § 37, da časna robija ne sme biti krajša od enega leta, ne daljša od dvajsetih let. V § 38 je rečeno isto glede zatočenja. Po § 39 velja glede strogega zavora in zavora, da ne smeta biti krajša od 7 dni, a ne daljša od 5 let. Tu treba takoj pripomniti, da se prepoved podaljšanja preko 20 let (robija, zatočenje) ali 5 let (strogi zapor, zapor) resnično pod nobenimi pogoji ne bo smela kršiti. Dosludna robija ne šteje sem, ker je ta kazen samo za natančno določene primere ex lege odrejena; dosludnega zatočenja pa sploh ni. Po drugi strani pa je novi k. z. v isti sapi, ko je izrekel prepoved, da se ne sme izreči kazen na prostosti v višji meri, kakor je določena v zakonito odrejenem maksimu, izrekel tudi prepoved, da se ne sme iz-

reči kazen na prostosti v nižji meri od zakonito določenega minima in to v istem stavku in takorekoč z istimi besedami, pa je vendar sam dopustil, da sme sodišče najnižjo mejo kazni na prostosti premakniti in potisniti še nižje navzdol. (Gl. o tem zdolej V, b, c). Toda takšni primeri so v zakonu izrečno določeni in bodo resnično precej redki.

III. Izprememba kazenskega sredstva. Kar se tiče denarne kazni je določena najnižja meja z zneskom 25 Din, ki se ne da znižati pri nobenih olajševalnih okoliščinah, ampak samo tedaj, če gre za posebno lahek primer, ki je kot tak v zakonu izrečno ustanovljen. Druga razlika od pravnega stanja po avstr. k. z. je v izpreminjanju kazenskega sredstva, da se omili kazen. Smrtna kazen se je tam pač *ex lege* izpreminjala pri obsojencih, ki še niso izpolnili dvajsetega leta, v kazen težke ječe med 10 in 20 leti (§ 32 k. z.). Sicer se pa smrtna kazen od sodišča nikoli ni smela izpremeniti v kazen na prostosti. Bila je absolutno zagroženo kazensko sredstvo, ki ga je mogel le vladar po milosti izpremeniti v blažjo kazen (§ 341 k. pr. r.). Težka ječa se je pač smela z uporabo izredne pravice zlaščanja izpremeniti v ječo, kazen ječe pa se ni dala izpremeniti v strogi zapor ali še blažjo kazensko sredstvo. Strogi zapor se je smel izpremeniti v zapor, zapor v denarno kazen, strogi zapor pa ne v denarno kazen. Pogoj za uporabo izredne pravice izpremenitve kazenskega sredstva v označenem ozkem okviru je bil po § 54, da se je sešlo več olajševalnih okoliščin, »po katerih se sme poboljšanje zločinca za trdno nadejati«. Analogna določba § 338 k. pr. r. pa je v porotnem sodstvu izključila možnost, da se spremeni kazensko sredstvo. Izprememba kazenskega sredstva strogega zapora v zapor je bila dovoljena po § 266, izprememba zapora v denarno kazen pa po § 261 k. z.

Po novem k. z. ni nobene absolutno zagrožene kazni, ki bi je sodišče samo ne smelo izpreminjati, če so dane olajševalne okoliščine. Sicer je pa smrtna kazen kot edino kazensko sredstvo zagroženo samo enkrat, namreč pri naklepni usmrtitvi ali poskušeni usmrtitvi kralja ali prestolonaslednika ali kraljevskega namestnika po

§ 91. V vseh ostalih osmero primerih dopuščene smrtne kazni je zagrožena samo alternativno (gl. §§ 167, 2. odst., 189, 191, odst. 3, 196, odst. 3, 197, odst. 3, 200, odst. 2, 201, odst. 2, 328, odst. 2), torej tako, da zakonodajec a priori dovoljuje, da sme sodišče že samo opustiti uporabo smrtne kazni in izreči robijo, v nekaterih primerih dosmrtno, drugod dosmrtno ali časno. Toda tudi v omenjenem edinem primeru zagrožitve smrtne kazni kot edine kazni ta kazen ni absolutna. Sodišče samo jo sme tudi v primeru § 91 izpremeniti pod pogoji, o katerih bomo govorili še pozneje (gl. V, a, b, c). Enako se da izpremeniti tudi dosmrtna in časna robija, zatočenje, strogi zapor in zapor v blažje kazensko sredstvo, — pa doklej? Ne samo za eno samo stopnjo kot po avstr. k. z., ampak, kakor bomo videli, zdaj bolj omejeno, zdaj bolj prosto, vsekako pa preko ograde samo prve nižje vrste kazenskega sredstva.

Mimogrede omenjeno, ni v novem kazenskem zakonu nikjer izrečno navedeno, kaj velja za manj hudo kazensko sredstvo. Toda iz razvrstitve v § 35 se mora v pogledu na celokupno zasnovo novega kazenskega zakona sklepati, da velja v vrsti kazni od smrtne kazni navzdol vsako kazensko sredstvo kot za eno stopnjo milejše. Dosmrtna in časna robija veljata za eno samo vrsto. Če pravi § 74 »kjer dopušča zakon izbor med dvema ali več vrstami kazni«, misli na vsakrteri zakon s kazenskopravno vsebino, eventualno na take zakone, ki nastanejo šele v bodočnosti. Kajti v posebnem delu novega kazenskega zakonika ni nobenih alternativno zagroženih kazenskih postavk preko dveh alternativno navedenih kazenskih sredstev. Edino § 318 govori v enem stavku o treh kazenskih sredstvih, toda tudi tu veljata le po dve in dve zagroženi kazenski sredstvi, enkrat za preproste primere, drugokrat za lažje.

Posebej je treba opozoriti še na določbe, ki veljajo za kaznovanje starejših maloletnikov (v starosti od začetka 18. do konca 21. leta). Po avstr. kaz. zakoniku ni bilo nobene izpremembe kazenskega sredstva razen že omenjene določbe § 52 glede obsojencev, starih od začetka 15. do 20. let. Po § 30. nov. k. z. pa je glede kazenskih sredstev smrti, robije

in zatočenja sodišče zavezano, da jih pri starejših maloletnih obsojencih izpremeni v drugačno kazensko sredstvo.

IV. Poostritve kazenskih sredstev. Kakor že omenjeno, bivši avstr. k. z. ne pozna nobenega zvišanja kazni preko najvišje zagrožene mere na prostosti, a denarne kazni so vedno odrejene po maksimalni postavki, ki se prekoračiti ne sme. Pač pa so deloma generalno, deloma specialno ustanovljene možnosti poostritve kazni s postenjem, trdim ležiščem, samotnim zaprtjem, temnico in z izgonom (§ 19), h katerim pride po § 253 še težje delo. Novi k. z. je ustanovil pač izgon za očuvalno odredbo (§ 50), opustil pa je v smislu zahtev moderne kriminalne politike prav vsako poostritev kazni na prostosti s postenjem, trdim ležiščem i. t. d. Podobne poostritve bodo dovoljene splošno edino le kot disciplinske kazni po § 78 zak. o izvrš. kazni na prostosti, posebej pa pri uporabi določb § 69, odst. 3 k. z. (gl. zdolaj VI., b). Pri denarnih kaznih pa je zakon opustil označiti najvišjo mero tako, da in thesi sodišču ni zabranjeno izreči denarne kazni na milijone dinarjev, če kaže poedini pravilno individualizirani primer, da je to pravično in potrebno. Edino ena izjema je glede poostritve kazni na prostosti ustanovljena, ki pa se giblje v popolnoma drugačni smeri. Če je bil nagib kaznivega dejanja koristoljubje storilčevo in če spozna sodišče, da je primerna kazen — pogoj je, da zakon predpisuje tako kazensko sredstvo —, robija ali strogi zapor, jo izreče, pa jo sme dopolniti (praktično je to seveda poostritev) z denarno kaznijo od 25 do 250.000 Din, — toda le tedaj, če zakon ne odreja že sam denarne kazni na drug način. Kjer n. pr. zakon kumulira kazen na prostosti z denarno kaznijo (kumulativna denarna kazen), pa bilo do kateregakoli določenega najvišjega zneska, bilo brez takšne navedbe, je poostritev s supletorično denarno kaznijo po § 45 izključena.

V. Načini omilitve. Četvero načinov omilitve kazni moramo ugotoviti v novem kazenskem zakoniku:

a) po § 71, ker so podane »ena ali več okolnosti, zbog katerih je treba kazen omiliti«; mi

jih hočemo na kratko imenovati olajševalne okolnosti, dasi tega izraza v k. z. ni;

b) po § 72, ker je po zakonu dopusten primer, da sodišče določi kazen po svobodni oceni;

c) po posebnih določbah k. z., kjer ustanavlja zakon t. zv. posebno lahek primer;

d) po posebnih določbah k. z., kjer sicer zakon ne ustanavlja t. zv. posebno lahkega primera, pa vendar dopušča izjemo z omilitvijo kazni.

K a) Novi kaz. zak. ni nikjer definiral ali vsaj razložil pojma olajševalnih okolnosti: Prepuščeno je sodišču, da ustanovi po smernicah, ki jih odreja § 70 za pravilno individualizacijo, kaj naj smatra sodišče za olajševalno okolnost. Vobče bodo veljale seveda takšne okolnosti, ki jih navajajo §§ 46, 47 bivšega avstr. k. z. tudi po novem kaz. zak. za olajševalne okolnosti; toda vseskozi le arbitrarno. Celo za poskus velja po § 32, 1. odst., da je le fakultativno olajševalna okolnost, če je to ob pravilni individualizaciji primerno in nujno potrebno. Posebej naj opozorimo na tisto olajševalno okolnost, ki se je po doslejšnji praksi tolikokrat uveljavljala, če je šlo za kaznivo dejanje pod vplivom alkohola. Tu se je pač vedno navajala »razburjenost« ali »lahko omračenje duha« in pod. in je štela nekako a priori in za vsako ceno za olajševalno okolnost, čeprav je bil morda zločinec nagnjen k pijančevanju in k povzročevanju izgredov v pijanem stanju, kar je po pravici imeti za obtežilno okolnost. Pri pravilni individualizaciji ne more šteti vsaka opitost za olajševalno okolnost; to je n. pr. v § 77 češkoslov. načrta za kazenski zakonik naravnost izključeno.

Značaj »olajševalnih okolnosti« po § 71 nov. kaz. zak. pa se nikakor ne sme vzporejati s »*circonstances atténuantes*« v Napoleonovem Code pénale (po dopolnitvi z zakonom z dne 28. aprila 1832), ali z »*mildernde Umstände*« v k. z. za Nemčijo. Tu je n. pr. v § 264 rečeno: »Kdor utaji tujo premično stvar, ki jo ima v posesti ali hrambi protipravno..., se kaznuje z ječo do treh let... Ako so dane olajševalne okolnosti sme se izreči kazen do 900 mark.« V postopanju pred porotniki so morali biti po-

rotniki v takih primerih vselej izrečno posebej vprašani, ali priznajo obsojencu »olajševalne okolnosti«, ne da bi bili dolžni specializirati, katere so tiste okolnosti, ki jih oni štejejo in hočejo, da bodo upoštevane za olajševalne. Že besedilo v § 71: »Če sodišče spozna, da je ena ali več okolnosti, zbog katerih je treba kazen omiliti,« kaže jasno, da po zakonodajčevi miselnosti ne gre za abstraktni institut »priznanja omilitve«, ampak za konkretne, individualno specializirane olajševalne okolnosti, kakor jih je tudi srb. kaz. zak. imel v § 59 eksemplifikativno navedene. Razlika pa je v glavnem ta, da po § 71 zadostuje ena sama olajševalna okolnost, da sme sodišče izreči omilitve, dočim je bilo treba po § 60 srb. kaz. zak. najmanj dveh. Tista ali tiste olajševalne okolnosti pa morajo biti v razlogih sodbe navedene (§ 293, 2. odst. k. p.). Taka ali take okolnosti pa se smejo uporabljati za omilitve kazni, ne da bi moralo sodišče izrečno ugotavljati, da pričakuje zaradi njih poboljšanje obsojenca.

Misel vodnica v določbi § 71 je: Kjer kazenska odgovornost storilca kot individua ni takšna, da bi ustrezala občni normalni stopnji, ki jo zamišlja zakonodajec kot tipični okvir za kaznovanje, tam naj se — radi pravilnejše individualizacije — izreče milejša kazen. Doslej večkrat samo formalno naštevanje olajševalnih okolnosti ne glede na njih psihološko oceno v pogledu kazenske odgovornosti bo moralo odpasti. Kontrola, da so dane olajševalne okolnosti; ali je njen ali njihov značaj primeren za omilitve kazni; ali se je omilitve izvršila ustrezno stopnji kazenske odgovornosti; ali se je izbera med več kazenskimi sredstvi pravilno in smotreno napravila, — pritiče v popolnem obsegu prizivni instanci (§ 352 k. p.). Okvir te kontrole je v primeru z določbami avstr. k. pr. r. zelo razširjen.

Način omilitve se znači vobče za dvojen: ali se potisne spodnja meja kazenske postavke zagroženega kazenskega sredstva navzdol do posebej določene črte, ali pa se določi milejše kazensko sredstvo, oboje pa izključno le v taksativno navedenih primerih.

Namesto smrtne kazni, ki je absolutno samo enkrat določena (§ 91), ima sodišče izbero, da izreče dosmrtno robijo

ali robijo najmanj desetih let. To se pravi, sodišče določi kot milejšo kazen dosmrtno robijo ali pa časno robijo med 10 in 20 leti; nikakor pa ne sme izreči niti robije izpod 10, niti n. pr. 25 let (gl. gori II.).

Dosmrtna robija, ki je zagrožena absolutno samo enkrat (§ 92), v alternativni izberi s smrtno kaznijo samo dvakrat (§§ 104, 105), in če pa vedno le v alternativni izberi med njo in časno robijo (§§ 109, 167, 189, 191, 196, 197, 200, 201, 328), se sme omiliti v časno robijo od 7 do 20 let.

Kjer je zagrožena časna kazen na prostosti, in sicer robija, zatočenje, strogi zapor ali zapor tako, da se ta kazen ne sme spustiti izpod najmanjše posebe določene mere, tam sme biti omilitev edino-le v tem, da se vendarle trpež spusti do najnižje zakonito določene mere, torej pri robiji in zatočenju do 1 leta (§§ 37, 38), pri zaporu in strogem zaporu pa 7 dni (§ 39). To velja navzlic moteči dikciji t. 5 tega § 71 tudi za kazni zapora za prestopke, kajti tudi zaporna kazen je v primerih §§ 182, odst. 2, 192, odst. 1, 205, odst. 1, 245, odst. 1, 276, 301, 307, 308 in 386 zagrožena v okviru s povišano zdoljnjo mejo trajanja zapora.

Kjer pa je zagrožena po t. 4 § 71 časna kazen na prostosti brez označene najmanjše mere, pravi zakon, da »se sme znižati kazen na najmanjšo mero te vrste kazni«. To pa je spričo določb §§ 37 do 39 itak samo po sebi razumljivo in ne pomenja nobene omilitve, ampak določitev kazni v zakonitem okviru. Pač pa je dovoljena takšna omilitev, da se namesto zagrožene časne robije (tudi robija do 20 let je časna robija!), izreče strogi zapor (v okviru od 7 dni do 5 let), namesto zatočenja ali strogega zapora pa zapor (v okviru od 7 dni do 5 let). Kjer je zagrožena kazen z besedami »z robijo«, s »strogim zaporom«, z »zaporom« velja, da je zagrožena v celotnem okviru, ki ga določa zakon v §§ 37 do 39, torej robija od 1 leta do 20 let, strogi zapor od 7 dni do 5 let itd.

Glede t. 3 in 4 § 71 naj razodene primer, kako je to mišljeno: Kdor neopravičeno naklepno zapre drugega za dlje kot mesec dni, se kaznuje z robijo do deset let; če pa je ta oseba vsled tega umrla (posledica je »preterintencionalna«:

gl. § 17 nov. kaz. zak.!), z robijo najmanj šestih let. V prvem primeru je časna kazen določena in sicer v smislu § 37, 2. odst. od 1 leta do 10 let. Tu se sme ob olajševalnih okolnostih določiti kazen robije 1 leta kot najnižja mera, toda, če sodišče pride do prepričanja, da je taka kazen še pretrda in da torej ne ustreza težini kazenske odgovornosti, sme sodišče kazen robije od 1 leta do 10 let nadomestiti s kaznijo strogega zavora od 7 dni do 5 let, torej izreči n. pr. tudi 7 dni strogega zavora, pa tudi 5 let strogega zavora, nikakor pa ne zatočenja ali zavora. V drugem primeru, kjer je najnižja mera robije določena s 6 leti, je s tem postavljen specialen okvir robije od 6 do 20 let. Tu sme sodišče radi ene ali več olajševalnih okolnosti pač izreči kazen robije od 4, 3 let, celo 1 leta, nikakor pa ne sme robijo nadomestiti s kakšnim drugim kazenskim sredstvom, pa naj bi še toliko in tako tehtnih olajševalnih okolnosti govorilo za tako izpremembo. Kazensko sredstvo, ki se je v svrhu omilitve nadomestilo za strožje, se ne sme še dalje izpreminjati. Samo enkratna omilitve je dopuščena.

Kjer je pri prestopkih predpisan le zapor ali zapor in denarna kazen, sme sodišče nadomestiti zapor z denarno kaznijo, toda le, »če se dá doseči svrha kazni tudi z denarno kaznijo«. Zadnji pristavek nekako svari pred nepremišljeno uporabo baš take nadomestitve z denarno kaznijo; kajti po načelu smotrene individualizacije velja to za vsako omilitve brez izjeme. Pomniti treba, da ima zakon tu v mislih samo zapor, ki ni po najmanjši meri, a višji nad 7 dni limitiran; inace t. 3 glede kazni zavora ne bi mogla priti nikoli do uporabe, kar pa zakonodajec baš ni hotel. Dalje: pri kombinaciji alternativne zagrojitve zavora ali denarne kazni omilitve § 71, t. 5 ni uporabna, ker ima sodišče itak izbero, da določi denarno kazen. Dalje: Denarna kazen, ki nadomešča vsled omilitve zapor, je navzgor nelimitirana, navzdol limitirana na znesek 25 Din. Dalje: Za denarne kazni, ki so kot edino kazensko sredstvo zagrožene, zakon ni predvidel nobene omilitve po § 71.

Slednjič treba ugotoviti, da omilitve ali nadomestitve kazni po § 71 nima nobenega vpliva na

kvalifikacijo kaznivega dejanja, ker je kvalifikacija po § 15, odst. 2 in 3 zavisna od predpisane najvišje kazni in v § 71 ni niti sence kakšne izjeme od tega pravila. Torej ostane zločinstvo vedno zločinstvo, najsi se izreče zanj namesto robije samo strogi zapor.

K b) Takšen način omilitve kazni (§ 72) prav za prav ni omilitev, ampak poseben način odmerjanja kazni. Dopustnost uporabe tega načina odmerjanja kazni, to je svobodne ocene kazni pa je odvisna od taksativno ustanovljenih pooblastitev, ki stoje v »zakonu« (ne v »zakoniku«), torej eventualno tudi v stranskih zakonih s kazenskopravnimi določbami.

Take pooblastitve so ustanovljene:

α) v občnem delu novega k. z. v §§ 22 (zmanjšana vračunljivost), 25 (privilegirani primeri dejanja, storjenega v skrajni sili) in 32 (poskus na nesposobnem predmetu ali z nesposobnim sredstvom).

β) v posebnem delu pri dejanjih po §§ 147 (preklic krive prisege ali izpovedbe), 170 (detomor), 171 (neposredna odprava telesnega ploda), 202 (prostovoljna odklonitev posledic kaznivega dejanja zoper občno varnost ljudi in imovine), 245 (otmica maloletnih), 303 (izzivanje žaljenca kot oproščujoč povod pri žalitvah uradnih oseb), 305 (preklic klevete), 321 (povračilo škode pri tatvini ali utaji), 325 (tatvine in utaje med bližnjimi sorodniki), 351 (povračilo škode pri bankrotstvu in malomarni kridi).

V teh primerih (α in β) se vrši odmerjanje kazni svobodno, tako da sme sodišče n. pr. za naklepno usmrtitev po § 167 (to je za umor po definiciji § 134 avstr. kaz. zak.), ki jo izvrši oseba z bistveno zmanjšano vračunljivostjo, zagroženo smrtno kazen omiliti eventualno tudi na 1 dan zapora ali na 1 Din denarne kazni, kajti sodišče ni vezano na vrsto kazni ne na mero kazni. Tu sme torej sodišče iti izpod minimov, ki so določeni v §§ 37, 38, 39 in 42. Seveda je vedno upoštevati, da mora biti kazen resno sredstvo in da ima svoj pomen le, če ustreza njenim funkcijam pravičnega povračila, poboljšanja storilca, ostrašenja drugih in očuvanja družbe. Določba § 72 ne daje pravice oprostiti vsako kazen, a kazen je

vedno neko zlo, ki mora kazati na resnost pri izvrševanju državne kaznovalne pravice. Če je zakonodajec hotel, da se storilec eventualno tudi oprosti, je to posebej odredil (n. pr. v §§ 147, 202, 245, 325, 351).

Ugotovitev glede kvalifikacije dejanj, ki smo jo zabeležili na koncu izvajanj pod V. ad a) velja doslovno tudi tu.

Ta inštitut »odmerjanja kazni po svobodni oceni sodišča« pomenja absolutno novoto v primeru z določbami po bivšem avstr. kaz. zak. Samo posebi se razume, da je omilitve po § 72, prav tako kakor tudi ona po § 71, dopuščena tudi pri pogojni obsodbi.

K c) Zakon pozna v pogledu kaznovanja dvoje vrst posebno lahkih primerov kaznivega dejanja, namreč takšne, pri katerih sme sodišče storilca oprostiti vsake krivde, in pa take, pri katerih sme sodišče omiliti kazen po svobodni oceni. Opredeľuje pa zakon oboje primerov enotno: Po drugem odstavku § 73 se znači za posebno lahek primer, kjer je krivda tako neznatna, posledice kaznivega dejanja pa tako brezpomembne, da ni potrebe za kaznovanje: kazensko-pravna odgovornost zdrkne na tako nizko stopnjo, da ni več upoštevna. Pri takih »posebno lahkih primerih« pooblašča zakon sodišče, da sme storilca oprostiti vsake kazni, ker naj velja: »minima non curat praetor«, ali pa naj izreče kazen po svobodni oceni v smislu § 72. Tu se dá zaradi narave zločina vsekako praktično kaznovati in ni treba dopustiti popolno oprostitev. Prvi primeri, kjer sodišče sme oprostiti, torej fakultativno, če ustreza to pravilni in pravični individualizaciji primera, so v kazenskem zakonu kot posebno lahki primeri *verbis expressis* označeni s pristavkom, da se sme storilec popolnoma oprostiti (glej §§ 21, 32, 171, 202, 245, 250, 324, 325, 365, 370, 373). Enako tudi drugi primeri, kjer sme sodišče po svobodni oceni določiti kazen (glej §§ 170, 171). Ker se razvidi iz paragrafov citiranih k b) in k c) spadajo nekateri njih pod obe skupini, to se pravi primer omilitve po svobodni oceni je kombiniran z možnostjo popolne oprostive v posebno lahkih primerih.

Tudi ta institut je bil avstr. kazenskemu zakoniku popolnoma nepoznan. Tudi tu velja glede nepremenljivosti kvalifikacije kaznivega dejanja isto, kar smo navajali k primerom a) in b).

K d) Od »posebno lahkih primerov« moramo razločevati one, katere označuje zakonodajec kot »lažje primere« (§ 318). Tu je omilitev dovoljena po dotični specialni normi, kakor tudi po splošnih normah § 71. V nekaterih primerih pa ustanavlja zakonodajec možnost oprostitev od vsake kazni, ne da bi izrečno poudaril, da morajo biti podani pogoji »posebno lahkega primera« po § 73, vendar pa mora biti kakšna druga izrečno navedena okolnost ugotovljena (gl. §§ 147, 181, 303, 399). Končno je odredil zakonodajec izjemoma, da se mora postopati po izvestnem načinu, če se omilitev smatra za opravičeno; tako določa v § 131 (izzivanje z nepravilnim poslovanjem državnega uslužbenca), da se mora izreči kazen po najnižji meri, ki je predpisana za delikte po §§ 127 do 130; dalje v § 351, da se mora robija omiliti v strogi zapor, če upniki po lažnem bankrotu izjavijo, da so popolnoma poplačani.

Glede kvalifikacije kaznivega dejanja velja to, kar smo navajali za druge primere (V. a do c).

VI. Načini poostritve kazni. Poostritev kazni, ki jo odreja novi kaz. zak. v občnem delu, se ne sme zamenjavati s posledicami kaznovanja, ki se odražajo v določitvi stranske kazni (§ 35, 2. odst.) ali očuvalnih odredb (§ 50) ali »objave sodbe« (n. pr. § 139, 3. odst.), ki je zakonodajec ni uvrstil v občnem delu ne med stranske kazni, ne med očuvalne odredbe, a jo moramo smatrati vendarle za stransko kazen. Med prave poostritve kazni seveda tudi ne smemo šteti tistih primerov iz posebnega dela novega kaz. zak., pri katerih velja strožja kazen za posebno določen težji dejanski stan. Ostanjejo kot pristni načini poostritve kazni nastopni primeri:

- a) realna konkurenca kaznivih dejanj po § 62;
- b) kaznivo dejanje na dosmrtno robijo obsojenega, storjeno v kazenskem zavodu, po § 69, 3. odst.;
- c) posebno težki primeri § 75;
- d) povratek po § 76.

K a) Drugače kot pri idealnem steku (konkurenci) po § 61 je določil zakonodajec za stvarni stek (realna konkurenca) več kaznivih dejanj, za katera so zagrožene vseskozi kazni na prostosti, da se storilec obsodi po prosti oceni sodišča na eno kazen, ki je v tem, da se zaslužena najtežja kazen p o v i š a. Toda nikdar ne sme povišek presegati maksimalno mero 20 let pri robiji in zatočenju, odnosno 5 let pri strogem zaporu in zaporu. Razlika od avstr. kaz. prava je ta, da se je tu izrekla kazen po najtežji kazenski postavki s primerno poostritvijo s postenjem, trdim ležiščem i. pod. (poena maior cum exasperatione), pri § 62 pa odpade taka poostritev docela, samo »zaslužena« kazen se p o v i š a. Če je n. pr. storilec storil dvoje dejanj, od kojih se kaznuje prvo s težko ječo od 6 mesecev do 1 leta, drugo pa s strogim zaporom od 1 do 6 mesecev, naj izreče sodišče po avstr. kaz. zak. kazen za obe dejanji, n. pr. 8 mesecev težke ječe, poostrene z dvema postoma vsak mesec. Če pa bo po novem kaz. zak. prvo dejanje kaznivo z robijo do pet let, drugo pa s strogim zaporom do treh let, izreče sodišče lahko kazen robije 6 ali več let, toda brez poostritve. V nobenem primeru pa ne sme prekoračiti vrhnje meje §§ 37, 2. odst., 38, 1. odst., 39, 1. odst. Iz tega se vidi, da ne sme pri robiji okolnost, da pozna zakon tudi do smrtne robije, na tem ničesar izpremeniti.

O pogojih za realno konkurenco tu ne moremo razpravljati. Omeniti pa hočemo zlasti glede na prakso, da pri tatvinah, utajah in prevarah ne bo več, kot je bilo po § 173 avstr. k. z. odrejeno, kvalifikacije kaznivega dejanja po se šteti vsoti vrednosti pri posameznih deliktih; ampak vsako posebno kaznivo dejanje, ki izvira iz samostojnega zločinskega naklepa, bo treba samo zase presoјati, več takih dejanj, ki pridejo hkratu do enega sojenja, pa po načelih o realni konkurenci.

K b) Za naše vprašanje šteje od primerov, ki so v § 69 (kazniva dejanja obsoјenca) navedeni, samo tisti, pri katerem je na do smrtne robije obsoјeni storil k a z n i v o d e j a n j e med izvrševanjem kazni robije, za katero je predpisana kazen strogega zopora ali zopora nad 1 leto ali pa zatočenje ali robija, ne pa primeri z zagroženo nižjo kaznijo, niti s smrtno kaznijo. Takšno dejanje se ne da drugače kaznovati, niti ne

kaže, da bi se dalo tako važne delikte presojeti izvrševalnemu kakor disciplinskemu oblastvu. Zato je odredil zakon, da se takšna dejanja sodijo po predpisih k. p., samo da se kazen ne izreče po normalnih predpisih kaz. zak., ki itak ne bi bili izvedljivi, ampak na ta način, da se namesto predpisane kazni na prostosti (smrtna kazen ostane!) ostanek robije poostri po disciplinskih predpisih § 78 zak. o izvrševanju kazni na prostosti (ukor, odvzemanje poboljškov ali olajšav, zapor v celici do 6 tednov, trdo ležišče do 8 dni, postenje vsak drugi dan v roku 2 tednov).

K c) Določba § 75, 1. odst. novega k. z. se sicer glasi, da se sme v »posebno težkih primerih«, ki jih zakon izrečno določa, vrsta in mera predpisane kazni izpremeniti. (Kaj je posebno težak primer, določa drugi odstavek istega paragrafa.) Po tem besedilu bi pričakovali, da je prepustil zakonodajec poostritev kazni, tako kot pri nekaterih posebno lahkih primerih, svobodni oceni sodišča. To pa ne drži. V resnici je zakonodajec pri vsakem primeru, kjer je določil posebno kaznovanje za posebno težke primere, vedno in brez izjeme zagrozil sam tisto vrsto in tisti trpež kazni, ki ga hoče imeti, da ga sodišče uporablja. Izključeno je in bi bilo tudi v protislovju s kardinalnim načelom § 1 nov. kaz. zak.: »nulla poena sine lege poenali«, ako bi sodišče po verbalni interpretaciji § 75, odst. 1., hotelo samo določiti vrsto in trpež kazni. Če torej smatra sodišče n. pr. pri osebni podpomoci zločincev na prostosti po § 141 novega k. z., da je podan posebno težak primer § 75, odst. 2., ker se je pokazala storilčeva zločinska volja nenavadno močna in zavržna in ker zasluži dejanje zlasti zbog posebnih okoliščin, v katerih je bilo storjeno, ali zbog svojih težkih posledic težjo kazen, onda se mora držati od zakonodajca določene prekvalifikacije od prestopka na zločinstvo in izreče kazen v okviru robije od 1 leta do 5 let, ne sme pa določiti druge vrste kazenskega sredstva, niti drugega trpeža robije, nego je od zakona posebej določen (1 do 5 let). Absurdno bi bilo, da bi sodišče dejalo, da so pogoji posebno težkega primera podani, pa bi za tak primer določeno kazen omilito po načelih §§ 71 do 73.

K d) Čisto nepoznana avstr. kaz. pravu je bila poostritev kazni, ki jo določi sodišče, če gre za povratek (Rückfall). Po § 44 t. b) in c) je veljala ponovitev istega ali enakega dejanja za obtežilno okolnost, v nekaterih primerih (§ 176, II. a) pa je zakon smatral povratek za prekvalifikujoč moment. Nikdar pa ni povratek po avstr. k. z. zastaral. Po novem kaz. zak. pa je povratek mogoč samo pri naklepnih kaznivih dejanjih (torej ne pri zločinstvu po § 208!) ter se upošteva samo, če je novo kaznivo dejanje storjeno v 5 letih, odkar je storilec kazen za prejšnje naklepno dejanje prestal. Če pa drugo dejanje iz omenjene dobe 5 let ni izviralo iz sorodnih nagibov, kakor prejšnje dejanje, sme sodišče kazen za delikt v pristnem povratku, poostriti, toda ne s poostritvenimi sredstvi postenja, trdega ležišča ali pod., ampak na ta način, da izreče kazen na prostosti, kolikor je dopuščena, v okviru, katerega maximum je dvakratni maximum, ki je za normalne primere predpisan. Vendar ne sme biti nikoli prekoračen absolutni maximum 20 let za robijo ali za zatočenje, odn. 5 let za strogi zapor ali zapor. Primeri: kazen za prešuštvo je zapor od 7 dni do 2 let; v povratku pa od 7 dni do 4 let. Kazen za razžalitev kralja je zapor od 3 mesecev do 5 let. V povratku storjena razžalitev kralja se kaznuje po istem postavku. Za prvič storjeno razbojništvo je kazen robija od 1 do 15 let; za razbojništvo v povratku pa od 1 do 20 let (ne do 30 let, čeprav pozna zakon tudi došmrtno robijo).

Pri kaznivih dejanjih, ki se kaznujejo samo z denarno kaznijo ali pa poleg kazni na prostosti kumulativno z denarno kaznijo, se povratek h kaznivemu dejanju, najsi je iz še tako sorodnih nagibov nastalo, kaznuje po občnih načelih § 70, ne pa po načelih § 76, ker tega niti treba ni, ko denarna kazen navzgor po višini ni limitirana.

VII. Socialno variranje kazni po obsojenčevi volji. Vsaka denarna kazen se sme plačati po obrokih, vendar v času, ki ni daljši od enega leta. Višino obrokov in čas plačanja določi sodišče. Ni izključeno, da odredi sodišče že vnaprej zapad vseh dovoljenih, pa še ne plačanih obrokov, če se obsojenec

ne drži točno rokov. V tem pogledu se znači dovoljenje obrokov za nekakšno socialno omilitev. Ni pa omilitev niti poostritev, ampak zgolj socialna mera, katero dopušča zakon v § 43, odst. 4. izrečno siromašnim obsojencem, namreč, da smejo odslužiti denarno kazen, namesto da bi jo plačali, s kakšnim delom v korist fonda za zgradbe in vzdrževanje kazenskim svrham služeeh zavodov (§ 42). Dopustitev je odvisna od prošnje obsojenca, ki mora biti siromašen, in pa od tega, da je sploh kaj dela, ki se da opraviti v označeno korist. To socialno variranje kazni ob njeni izvršitvi pa še ni v zakonu po vseh vprašanjih rešeno. O vrsti dela in o poračunavanju pride še uredba ministra pravde. Dolej se to socialno variranje ne more v praksi izvrševati. Govorimo v sedanjiku, ker so določbe §§ 43, 44 ta čas že v veljavnosti; gl. čl. 4 zak. o pobijanju zlorab v službeni dolžnosti z dne 30. marca 1929, Sl. N. št. 78/XXXII., Ur. l. št. 161/40. Pač pa je že zakon sam odredil, da sme dopustitev odslužitve z delom tudi že tedaj priti do praktične uporabe, če je obsojenec, ki ni plačal denarne kazni, prišel v nadomestilni zapor, pa je potem, ko je ta zapor deloma prestal, prosil, da sme preostalo kazen z delom odslužiti.

To variranje kazni je dopustno samo po volji obsojenca. Siliti ga sodišče k odslužitvi z delom ne more. To izhaja iz določbe § 44, 3. odst. neposredno, posredno pa tudi iz določbe § 46, po kateri se supletorična denarna kazen (gl. zgoraj IV., i. f.) ne more odslužiti, ampak se nadomesti s podaljšanjem robije ali strogega zapora, ki v prvem primeru (robija) ne more trajati preko 1 leta, v drugem (strogi zapor) pa ne preko šest mesecev. Tudi tu pridejo še približne določbe v posebni uredbi ministra pravde.