

Znanstvena revolucija in kazensko pravo

Dr. Peter Kobe, redni profesor za kazensko pravo pravne fakultete v Ljubljani

1. Kazensko pravo je nastalo in se razvijalo v zgodovini človeške družbe predvsem v odvisnosti od družbeno ekonomskih odnosov in na temelju teh zgrajenega političnega sistema, hkrati pa tudi kot instrument za varstvo takšnega sistema. To pa je seveda le splošni družbeni okvir; le-ta se je označeval in se še označuje v politični in kazenskopравни doktrini, ki se razglašata za marksistični, z ugotovitvami o razredni naravi vsakršnega in tako tudi kazenskega prava. Če lahko vzamemo to izhodišče za pravilno, moramo upoštevati, da zveza kazenskoprnega sistema z družbeno ekonomskim in političnim sistemom v sodobnih zelo zapletenih razmerah ne samo da ni neposredno vidna niti ni avtomatična, ampak tudi večkrat (različno glede na kraj in čas) sploh ne učinkuje. V razmerah blokovske razdelitve sveta, politike interesnih sfer večkrat delujejo na posamezni sistem silnice »od zunaj«; ozračje navidezne ali resnične ogroženosti političnega sistema je večkrat zavirajoč dejavnik pri uresničevanju sicer progresivnih teženj.

Proučevanje takšnih zvez, v katerih živi, se razvija ali stagnira tudi kazensko pravo, pa vendar ni namen teh razmišljanj. Gre nam za druge zveze oziroma za nekatere probleme, ki se odpirajo v današnjem svetu, ali bolje rečeno, ki so v današnjem svetu dobili dosti večje razsežnosti tudi v sferi kazenskega prava. Živimo v dobi takšnega znanstvenega in tehnološkega napredka, ki ga človeštvo v svoji večtisočletni zgodovini pred tem ni zaznalo in ki ga zato upravičeno imenujejo obdobje znanstvene tehnološke revolucije. Ta napredek, ki je na nekaterih frontah dosti večji kot na drugih, ima oziroma bi moral imeti reperkusije na kazenskoprnem področju.

Ta sestavek, ki naj bi osvetlil ta problem, ima vendar dosti bolj omejen cilj, kot ga napoveduje v naslovu. Obravnavati želimo samo nekatere izmed reperkusij znanstvene revolucije na področju kazenskega prava, predvsem pa tiste, ki zadevajo človeka kot cilj novih znanstvenih iskanj z upoštevanjem pri tem zlasti nekaterih nevarnosti, ki jim je ob tem ta človek izpostavljen kot osebnost, kot »Človek«.

Nekatera od teh vprašanj obravnavajo tudi drugi sestavki te jubilejne številke, prav poseben značaj te številke pa narekuje predvsem retrospekcijo ob nekaterih spoznanjih oziroma samo šele zaznanih dilemah sedanjega sveta.

Preden se lotimo nekaterih konkretnih vprašanj, pa ne bo odveč opozoriti na določeno posebnost kazenskega prava, ki bi jo, faute de mieux, imenovali ambivalentnost kazenskega prava, če gledamo nanj iz nekoliko nenavadnega, pa vendar realističnega zornega kota.

I.

2. 1. Kazensko pravo je, če ga vzamemo v najširšem pomenu, že po definiciji instrument družbenega prisiljevanja, nasilja, ali kakor nekateri trdijo, kazensko pravo je tudi eden od izrazov človekovi naravi imanentne agresivnosti. Toda tudi kot takšno, kot izraz agresivnosti ali na kratko agresivnost, je kazensko pravo to v sublimarni obliki. Če opazujemo, kazensko pravo skozi zgodovino, se nam pokaže takšna sublimirana agresivnost na različnih ravneh, odvisno od konkretne družbene situacije v danem zgodovinskem obdobju.¹ Preteklo je samo nekaj več kot dvesto let, odkar je Rousseau zapisal v svojem znamenitem delu »Družbena pogodba« (1762), da postane vsak hudodelec s svojim prestopkom, ki napada družbeni red, upornik in izdajalec domovine, preneha biti njen član, ker je prekršil njene zakone, je v vojni z njo.² Ko še danes govorimo, da je kazensko pravo v omenjenem pomenu orožje v boju zoper kriminaliteto, pa čeprav s tem ne mislimo na vojno stanje med družbo in storilcem kaznivega dejanja, najdemo vendar še stališča, ki so bližje Rousseaujevi konceptiji; govorijo o vojni, ki se bije zoper hudodelce, čeprav s sredstvi in v obliki tim. »de bonne guerre«³. Tudi če pustimo ob strani takšne ocene kazenskega prava, njegove narave pa tudi družbenega pomena, se vendarle ponuja misel: kaj drugega pomenijo določbe v tistih kazenskih za-

¹ S tem je poudarjena tista funkcija kazenskega prava, ki se izraža v grožnji s kaznijo kot prisilnega posega v človekovo življenje in v tistem smislu, kolikor se takšna grožnja tudi uresničuje z obsodbo in izvršitvijo kazni. Vse druge funkcije kazenskega prava tu pustimo ob strani. Prim. Kobalova izvajanja v skupnem stavku Bavcon, Kobal, Pečar, Organi javne varnosti v novih družbenih razmerah, RKK 1967, str. 3, 4.

² J. J. Rousseau, Družbena pogodba ali načela državnega prava, Cankarjeva založba, Ljubljana 1960 (slovenski prevod) str. 98.

³ C. Moretti, Les indicateurs, Revue int. de criminologie et de police technique 1967, str. 297—304 (304).

konikih, ki se določajo smrtno kazen, in med te spada tudi naš jugoslovanski kazenski zakonik, kot ostanek pradavnega vojnega pravila, ki ga omenja tudi Rousseau, ko pravi »da vojno pravo dovoljuje tudi usmrtitev poraženca.«⁴ In kaj pomenijo zahteve ter njihova uzakonitev, ki jo lahko tu pa tam vidimo v kazenskih zakonikih držav s popolnoma različno družbeno ureditvijo ali vsaj z različno ideologijo, s katerimi se poostrujejo kazni zoper storilce določenih kaznivih dejanj, npr. v gospodarstvu, v javnem cestnem prometu, zoper tim. večkratne povratnike in druge posebno nevarne hudodelce? Ali pomenijo kaj drugega kot zaradi resnične ali domnevno večje nevarnosti za družbo po takšnih kaznivih dejanjih in njihovih storilcih inspirirano ali bolje rečeno vzpodbujeno (stimulirano) agresivnost družbe oziroma subjektivnih dejavnikov, ki jo vodijo? Vendar velja pripomniti, da takšne koncepcije delujejo bolj po moči inercije, niso pa zavestno in vsestransko premišljene; zato bodo morale tudi vse bolj odstopati mesto drugačnim, bolj humanim težnjam po družbenem varstvu pred kriminaliteto s preventivnimi, vzgojnimi in kurativnimi ukrepi.

2. 2. Kazensko pravo pa ni samo to, o čemer smo govorili in tudi ni samo takšno, kot smo ga poskušali označiti. Že Montesquieu je izrazil tudi drugačno funkcijo kazenskega prava, ko je dejal, da je kazenski zakonik »magna charta hudodelcev«, zakonik o kazenskem postopku pa »zakon poštenih ljudi« in tako za svoj čas kar lucidno poudaril tisto, kar je materialnemu in formalnemu kazenskemu pravu skupno, in tisto, kar je za vsako izmed njih specifično. Obema skupno je načelo zakonitosti, ki je znano kot pravilo »Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia«, in ki zahteva, da se kazenska sankcija uporabi za kaznivo dejanje, ki je določeno z zakonom (še preden je bilo storjeno) in samo na podlagi zakonitega postopka pred sodiščem (gl. čl. 2 jug. KZ in čl. 1 jug. ZKP). Za formalno kazensko pravo je specifično, da varuje državljana pred neupravičenim kazenskim pregonom; tistemu, ki se je že znašel v kazenskem postopku kot obdolženec, pa je treba zagotoviti, da bodo spoštovali njegovo človeško dostojanstvo, njegove osebne pravice in svoboščine državljana tudi med kazenskim postopkom in da bodo te pravice in svoboščine omejene samo toliko, kolikor je neo-

⁴ Rousseau, prav tam. Seveda to ne pomeni, da je bil Rousseau za široko uporabo smrtnih kazni. Malo dalje (str. 99) pravi: »Usmrtiti smemo — tudi za svarilni zgled — samo tistega, ki ga brez nevarnosti ni mogoče pustiti pri življenju.«

gibno, in samo na podlagi zakonskih pooblastil.

Vendar tako načelo zakonitosti v ožjem pomenu (kot pravilo nullum crimen itd.), čeprav je v modernem času splošno priznano, ni ostalo brez izjeme, nekateri pa mu oporekajo raison d'être tudi danes in de lege ferenda zahtevajo priznanje analogije; tako je tudi omenjena koncepcija o varstveni funkciji kazenskega postopka⁵ rezultat bolečih in nenehnih prizadevanj v človeški zgodovini za svobodo, pravičnost in enakopravnost, za bolj humane odnose, v zgodovini, v kateri je prišlo tudi do porazov in vračanj v primitivizem, v okrepitev agresivnosti, ko je instrument boja zoper kriminaliteto postal čisti instrument nasilja, boja zoper človeka.

Koncepcija, ki je bila za Montesquieuja predvsem anticipirana vizija prihodnosti, za katero ni mogel najti opore v realnih družbenih konstelacijah svojega časa, danes ni več samo to; ta koncepcija je že del zavesti ljudi, in še več, bolj ali manj se je uveljavila v ustavnih in drugih zakonskih dokumentih, v 20. stoletju, zlasti po 2. svetovni vojni pa je izražena tudi v mednarodnih dokumentih. Takšna varstvena funkcija kazenskega prava ni več nekaj izoliranega ali sama sebi cilj, če izhaja od človeškega dostojanstva v tistem pomenu, ki mu ga dajejo tudi v politični znanosti. Bolj konkretno in s stališča državljana kot obdolženca v kazenskem postopku mora to pomeniti potrditev in spoštovanje načela, da obdolženec v postopku ni objekt nekakšnega manipuliranja z njim, ampak ostane subjekt, nosilec pravic človeka in občana družbene skupnosti. Pri ukrepih, ki se uporabljajo zoper človeka, je treba izhajati iz njegovega položaja kot člana družbene skupnosti, kar ostane, tudi če je resnični storilec kaznivega dejanja⁶.

2. 3. Tista posebnost kazenskega prava, ki smo jo uvodoma imenovali njegovo ambivalentnost, se ne kaže sama po sebi; odkriva nam jo šele »mikroskopsko« opazovanje, ki nam pa seveda tudi omogoča posplošitve za oceno ne samo trenutne situacije, ampak tudi zgodovinskih trendov. Ena izmed takšnih posplošitev, ki verjetno ni daleč od resnice je,

⁵ Kazenski postopek je seveda tudi instrument za varstvo družbe pred kriminaliteto skupno s kazensko materialnim pravom. Za naše razmere je treba razumeti v tej zvezi pojem kriminalitete kot pojem, posplošitev, za razliko od kriminalitete kot družbenega pojavnosti v tistem pomenu, kot izhaja npr. iz 1. čl. KZ.

⁶ J. Djordjević, Politički sistem (prilog nauči o čoveku i samoupravljanju), Beograd 1967, str. 1016—1018, posebej glej izvajanja na str. 1017 v tekstu in op. 19. Trditev o antihumanističnem skupnem izhodišču nekaterih sodobnih teorij je vendar precej enostranska in premalo argumentirana, da bi bila prepričljiva.

da agresivnost še vedno prevladuje in da je njena sublimacija ali bolj sublimacija v obliki ali pa količinska in manj kakovostna. Humanistična nota kot druga stran iste medalje se zelo počasi prebija oziroma ostaja velikokrat, čeprav deklarirana kot realnost, vendar program na prihodnost, za katerega uresničitev pa se postavljajo še številne ovire. Razen tega pa je težnja po humanizaciji odnosov med družbo in posameznikom tudi v tej sferi sama po sebi notranje protislovna in to bomo poskusili konkretnije prikazati v nadaljevanju.

II.

3. 1. Poprečnemu članu človeškega občestva današnjega sveta so med tistimi dosežki znanstveno tehnološke revolucije, ki so zanj neposredno zaznavni in ki jih je tudi že sam neposredno občutil, najbolj spektakularni; grozljivo in hkrati obetajoče odkritje in izkoriščanje atomske energije, skok v stratosfero, kronan letos s spustitvijo prvih ljudi na Mesec, in presaditev življenjsko pomembnih organov s človeka, ki se mu s »smrtjo« izteka življenjska pot, na drugega človeka, ki se mu tako njegova življenjska pot podaljša z začasno zmago nad smrtjo, ki preži nanj. Druga »odkritja«, zlasti v biokemiji, genetiki in sorodnih področjih, ki pa so zaznavna samo visokim specialistom v teh strokah; »ustvarjanje« življenjske substance v laboratoriju, možnost izločiti vplive zakonov dednosti in ustvarjanje človeka takorekoč po naročilu in po vnaprej določenih standardih, najbrž prav nič ne zaostajajo za omenjenimi tremi. Vsem tem in še drugim pa je skupna velika neznanka ali bodo uporabljena v korist človeštvu ali napovedujejo njegov propad⁷.

Najbrž ni brez osnove Loewyjev pesimizem ali, bolje rečeno, njegov »aut-aut«: »Ne verjamem, da bi naša sedanja družbena struktura mogla izrabiti prednosti znanstvenih revolucij, ki prihajajo vse hitreje. Naša edina možnost, da preživimo, je, da opravimo potrebne družbene revolucije, ki bodo spremenile celotno motivacijsko strukturo družbe«⁸.

3. 2. Znanstvena revolucija pa ne skriva v sebi samo te obče človeške eksistenčne dileme nasploh, ampak učinkuje oziroma deluje na posamezna področja človekovega bivanja, skriva v sebi številne parcialne dileme. Te dileme pa so dosti neposrednejše in že terjajo

⁷ M. Peju, Razkosano življenje, slov. prevod (Science et vie) NR po svetu št. 5/1969, str. 153—155.

⁸ A. Loewy, Človekova enajsta ura, NR po svetu, št. 15/1969, str. 456.

konkretne odgovore. Za kazensko pravo so prav odkritja na področju biologije, biokemije, genetike in najbolj neposredno na področju kirurgije in imunologije že odprla določena vprašanja. Med temi bomo izbrali vprašanje v zvezi s presajanjem človeških organov v tistem ožjem okviru, ki je nakazan zgoraj. Tu gre za vprašanje, ki že presega tim. zdravniški eksperiment oziroma tiste dimenzije, ki so bile do prve takšne presaditve že znane in o katerih so že zavzeli stališča tako v medicinski kot tudi v pravni in posebej v kazenskopравни doktrini.⁹

Presajanje človekovih organov v tem pomenu, ko je torej dajalec od pacienta sprejemalca različna oseba, v trenutku odločitve še živ v trenutku posega pa »mrtev in živ hkrati«¹⁰, odpira seveda zato tudi nove etične in pravne probleme. Oba vidika, etični in pravni, se tako medsebojno prepletata, da ju je skoraj nemogoče razdvojiti. Morda najbolj plastično lahko opredelimo to prepletanje z ugotovitvijo, da so profesionalno etični normativi tista meja, preko katere pravo ne bi smelo. Pravno normativno urejanje vprašanj, ki se odpirajo ob takšnih presaditvah, ne more in ne sme dovoljevati, še manj pa sme zapovedovati tisto, kar ne bi bilo v skladu z etičnimi normami. Pravo pa tudi ne sme uklepati znanstvenih prizadevanj v toge okvire, sme in mora pa začrtati meje, ki naj bi varovale pred zlorabami pa tudi pred čisto subjektivističnim in voluntarističnim razumevanjem svobode znanstvenega iskanja. Ob takšnem razumevanju je seveda nevarnost, da zdravnik oziroma ekipa zaradi tim. znanstvenega smotra (ob neposrednem cilju pomagati konkretnemu pacientu, ki mu grozi smrt) pozabi na konkretnega človeka, ki je tudi zaupan v zdravljenje, ali drugače povedano, da prednost sprejemniku pred dajalcem brez potrebne samokontrole. Da takšna dilema ni konstruirana, kažejo tudi dopolnitve pravil (gre za deontološka pravila) o zdravniškem eksperimentu z zahtevo, da morata biti na delu dve povsem ločeni in avtonomni ekipi, ena, ki ima na skrbi morebitnega dajalca, in druga,

⁹ O tem vprašanju glej na ustreznih mestih v študiji »Kazenska odgovornost zdravnikov in drugih zdravstvenih delavcev v sodobnih kazenskopравниh sistemih« Inštitut za kriminologijo 1966 stroj. avt. posebej na str. 134—138. Prim. tudi uvodnik v reviji Pravniki 1968/4—6 (Znanost in pravo) in sestavek A. Šelih, Pravni in deontološki vidiki nekaterih sodobnih zdravniških posegov, prav tam, str. 118—121.

¹⁰ Prim. J. Milčinski, Človek in smrt, Zbirka Pro medico 1 — IV, maj 1969, Lek — Ljubljana, str. 1—14, in Lj. Ribarić, Problem oživljanja glede na trenutek smrti, RKK 1968, str. 194—196, M. Baletić, Što je to smrt? Vjesnik, Zagreb 10/5-1968 str. 6.

ki skrbi za pacienta sprejemnika.¹¹ V sferi etičnega je torej že storjen napredek, vendar takšno etično pravilo računa z visoko stopnjo samoosveščenosti, ki je ni mogoče predpostavljati v vsakem primeru in posebej ne v tako delikatnih odločitvah, o katerih govorimo. Pravni okviri so tu lahko alarmni znak, pa najsi gre za norme prava o osebnosti kot del osebnega prava in ustavnega prava, norme civilnega ali kazenskega prava. S stališča kazenskega prava je treba sicer ponoviti splošno pravilo, da rizik za kazensko odgovornost ne sme postati Damoklejev meč, ki bi visel nad zdravnikom in hromil njegovo prizadevanje v bolnikovo škodo. In če bi že prišlo do takšnega razpleta, da se lahko postavi vprašanje kazenske odgovornosti, pregon in uporabljena kazenska sankcija ne bi smela biti akt maščevanja. S stališča kazenskega prava je seveda ob takšnih terapevtskih posegih zelo odločilno, ali je izpolnjen eden temeljnih pogojev za dovoljenost posega (poleg optimalno objektivne presoje za primernost in nujnost posega): privolitev pacienta samega in tistega, ki nastopa v usodni igri kot dajalec. Pri presaditvah srca ali kakšnega drugega za življenje pomembnega organa je to ena od komplikacij dileme, ki ni nova, ki pa se še ni pojavila v takšni dramatični obliki in intenziteti. Če tudi vzamemo za utemeljeno oceno, da je sumničenje o prezgodnjem posegu v navidezno mrtvo telo laično (torej brez podlage?)¹², je treba vendar upoštevati novo kvaliteto, ki pred tem ni bila znana; ob presoji, ali naj se nadaljuje boj za človekovo življenje ali ne, se pojavlja drugačen motiv za prenehanje tega boja. Motiv ni več samo prepričanje o brezuspešnosti tega boja, ampak morebitna korist drugega, sprejemnika organa, ki bi se vzel dajalcu, korist, ki je največja mogoča: to je rešitev življenja na smrt obsojenega pacienta, ki je drugače še sposoben za življenje. Čeprav ne gre dvomiti vnaprej o etično neoporečnem motivu, se vendar postavlja vprašanje, ali je zdravniška ekipa oziroma tisti njen član, ki naj bi izvršil poseg, vezan samo na privolitev ali lahko ukrepa celo brez nje, izhajajoč iz kazensko-pravne relevantne skrajne sile in tako suveren v svoji odločitvi. Če bi presojali to vpra-

¹¹ Milčinski (nav. delo str. 7) poroča o simpoziju v Oslu (1967), na katerem so tudi razpravljali o zdravnikovi dolžnosti, da vzdržuje in podaljšuje vegetativno življenje bolnika, čigar možganske funkcije so dokončno izgubljene, in pravi: »Skupnega odgovora, ki bi zadovoljil strokovne, moralne in pravne zahteve, niso našli.« To velja tudi za posebna vprašanja ob presaditvah srca. To je za sedaj še razumljivo, pa čeprav se nam ne zdi nujno, da je poglavitni vzrok tega, kot pravi avtor, »nezasluženo čaščenje srca«.

¹² Milčinski, nav. delo, str. 7.

šanje po tradicionalnem pa še veljavnem kazenskem pravu, bi bil odgovor zelo preprost. To pa bi šlo seveda predaleč in tako se tudi doslej ni vprašanje nikoli zaostri. Ostane pa seveda dovoljen sklep, da bi bilo treba to vprašanje pravno regulirati zaradi že omenjenih razlogov pa tudi zaradi spoštovanja pravice do življenja in človekove integritete v njegovih zadnjih trenutkih in naposled tudi zaradi spoštovanja smrti.¹³

3. 3. Razkorak med etično in pravno normo, ki je v primeru presaditve srca bolj posledica zaostajanja prava za znanstvenim napredkom kot pa nujnost, pa je v drugih primerih neogiben. Zdi se, da velja ta ugotovitev za nek drug zelo klasičen zdravniški poseg, za splav.

Stališče medicinske etike do splava je znano že več kot 2000 let, od tiste zaveze v po Hipokratu imenovani prisegi, ki pravi »prav tako ne bom nobeni ženski dal pripomočka za uničenje telesnega ploda«. ¹⁴ To stališče, ki je danes morda toliko modificirano, da vendar priznava za utemeljen razlog za splav samo medicinsko indikacijo, vse druge s pravnimi predpisi dovoljene pa šteje za »vsiljene« (Milčinski)^{14a}, je pač posledica spoznanja, da je splav zlo za prizadeto žensko in družbeno zlo.

Dilema je torej tu, zaostri se še ob zavesti, da pa ima včasih tudi neizvršeni splav zelo hude, nepopravljive posledice. Pri vsej nepopolnosti človekove narave in družbenih institucij je tako splav nujno zlo, ki pa zato ni nič manj zlo. Zato je treba to zlo preprečevati z vsemi sredstvi, med katerimi načrtovanje družine oziroma rojstev ni še zadnja beseda pri iskanju rešitve niti ni najbolj humano in etično sredstvo v boju zoper družbeno patologijo, v katero splav nedvomno

¹³ Izvajanje v tekstu so deloma dopolnjena pa tudi spremenjena piščeva izvajanja v razpravi v Društvu OZN za SR Slovenijo v Ljubljani ob dnevu zdravja 7/4-1968. Spremembe ne posegajo v bistvo takrat zastopanega stališča.

Prim. zelo izčrpno in skoro do dneva objave ažurno kritično informacijo o problemu J. Gravena, Les données nouvelles de la »VIE« et de la »MORT« et leurs incidences juridiques (A propos de la greffe du coeur), Revue int. de crim. et de pol. tech. 1968, 11—40 (13) in str. 93—116 (107, 114) in P. Kentchinck, La transplantation cardiaque, techniquement au point, soulève encore des problèmes médicaux, moraux et juridiques, ista revija 1969, str. 37—48.

¹⁴ Glej Sovretov prevod v publikaciji »Poslanstvo slovenskega zdravnika« (Urednik F. Smedru), Ljubljana 1965, str. 9. Etični kodeksi zdravstvenih delavcev SFR Jugoslavije pravi glede splava: »Zdravstveni delavec ima po načelu spoštovanja človeškega življenja do samega spočetja, po načelih socialističnega humanizma in medicinske znanosti splav za biološko-medicinsko psihološko in socialno škodljiv...«

^{14a} J. Milčinski, Etični in pravni pogledi na splav, Zdravstveni vestnik XXXVII (1968), str. 236—240.

spada. Ker pa je splav zlo, so zato razumljiva stališča, ki se zavzemajo za to, da se splav absolutno prepove in nam čisto emocionalna stališča, ki njihovim zagovornikom polagajo na jezik očitke o zapiranjju oči pred dejstvi, pred človekovo stisko, o poenostavljanju stvari, o hipokriziji in podobno, pri tem prav nič ne pomagajo.¹⁵

Ali ne bi iz tega lahko potegnili tudi drugačne sklepe pa se lotili vseh, večkrat nepotrebnih pomanjkljivosti na področju otroškega varstva, skrbi za družino in drugih zelo zgovornih dokazov naše brezbriznosti pa tudi objektivno pogojene uklenjenosti v sedanjo situacijo?

Jugoslovanski zakonodajalec je ponovno presekal razprave o splavu z novim splošnim zakonom o prekinitvi nosečnosti (Ur. l. SFRJ, št. 20/69 z dne 26. 4. 1969, ki velja od 16. 5. t. l. s tem, da je še podaljšal veljavnost prejšnjih predpisov za nekatera vprašanja (npr. tim. socialne indikacije) dokler ne bodo izdani republiški predpisi (9. člen zakona).

S tem pa je omenjeni razkorak med etično in pravno normo iz teoretičnega okvira ostal na tleh vsakdanjosti in prakse. Teoretično razpravljati o tem v danem okviru ni mogoče, rešitve dileme, ki bi zadovoljila vse, pa do danes ni. Čeprav gre v obeh primerih, ko govorimo o pravnih in etičnih normah, za obema skupno karakteristiko, da določajo okvire za medsebojne odnose v družbi in za reševanje protislovij v teh odnosih, smo že daleč od tega, da bi se te norme medsebojno pokrivalo. Pravzaprav bi lahko rekli, da bo popolno zlitje pravnega in etičnega končna zmaga nad nepopolnostjo človekove narave in družbenih institucij in tudi konec pravnih norm. Protislovja med pravnimi in etičnimi normami, zlasti tistimi etičnimi normami, ki pokrivajo ožje področje človekovih dejavnosti (kot npr. zdravniška etika), bo tako ostalo, s tem pa tudi potreba, da se to protislovje rešuje na škodo etičnih norm. Takšen ali drugačen zakonodajalec je v resnični ali subjektivno namišljeni situaciji, ko nalaga s pravnimi normami dolžnosti (delovanja ali opustitve), ki so v nasprotju z etičnimi normami. V tej situaciji je samo želeli, da bi zakonodajalci ne »vsiljevali« rešitve določenih problemov; če pa so že neogibne rešitve, ki so v nasprotju z etičnimi normami, naj te sprejemajo po zelo tehtnem premisleku, ne pa vodeni po pragmatizmu, utilitarizmu ali doka-

¹⁵ Takšni očitki so bili ponovno izraženi tudi pri nas v polemičnih zapisih ob znanem škofovskem pismu jugoslovanskih škofov glede prepovedi splava. Izjema v tej polemiki je bil sestavek M. Kerševana v tedniku »Komunist«, ker je nakazal kompleksnost in zapletenost problema in se je znal izogniti poenostavljanjem in poceni agitki.

zujoč nesposobnost družbenih institucij, da bi reševale probleme drugače. Če pa je takšen zakonodajni poseg neogiben, pa je seveda zelo utemeljeno vprašanje, ali naj bo izvrševanje dolžnosti, ki izhajajo iz, takšne norme, kar samo po sebi splošno obvezno in celo sankcionirano, ali pa se pusti tudi individualna svobodna presoja prizadetega, npr. zdravnika. Čistejša, pravilnejša in bolj razumna bi bila rešitev, ki bi dovoljevala avtonomno odločitev na podlagi resničnega poznanja konkretne situacije; vsaka drugačna rešitev bi pomenila ali odkrit spopad s pravnim redom ali njegovo izigravanje ali pa, kar je še slabše, slabitev in končno otopitev občutka individualne odgovornosti za odločitve in strokovno delo.¹⁶

3. 4. Za prakso pa so seveda še pomembnejše in hujše diskrepance med tistimi dolžnostmi, ki jih poleg splošnih dolžnosti nalaga posameznim poklicem njihova deontologija in pričakovanji oziroma zahtevami delavcev pri državnih organih, posebej pa danes že vse-mogočnih služb za obveščanje javnosti. Na drugem mestu smo problem deloma nakazali za ilustracijo stanja, v katerem smo, oziroma stopnje humanizacije, ki smo jo v tej sferi dosegli v odnosu posameznika in družbe.¹⁷ Poleg tega pa lahko navedemo še drugačne primere: strokovnjakove izvedencev, ki puste, da se njihovo strokovno znanje in novi dosežki na njihovem področju (npr. v psihiatriji, psihologiji) izkoriščajo za to, da bi se dobilo priznanje od obdolženca v kazenskem postopku; zakonodajalca, ki je deloma kapituliral pred zahtevami služb za komunikacije (televizija), da se pojavijo v sodni dvorani; sodnika za mladoletnike, ki kapitulira pred novinarjem in mu dovoli intervju s priprtim mlajšim mladoletnikom in objavo tega intervjuja z »ustreznimi« fotografskimi posnetki v zabavnem časopisu itd.

Pri tem gre seveda še za drug, razumljiv pojav, da sicer jasne etične norme posamezniki zelo svobodno razlagajo; izhajajo iz zelo problematičnega stališča, da je uporaba novih

¹⁶ Za primer neustrezne rešitve dileme, o kateri razpravljamo, lahko navedemo iz naših razmer vprašanje poklicne zdravniške skrivnosti. Varovanje poklicne zdravniške skrivnosti je sicer že po tradiciji kot etično pravilo tudi pravno priznано. Tudi najnovejši predpis o tem to potrjuje (čl. 9 splošnega zakona o zdravstvu, Ur. l. SFRJ, št. 20/1969). V kazenskem postopku pa zdravnik nima niti iste pravice (odreči pričanje) kot jo ima spovednik (čl. 211 in 212 ZKP).

Nekaj časa je veljal predpis, da mora zdravnik na receptu za zdravilo napisati diagnozo pacientove bolezni, in to ne zaradi možne kontrole pri izdaji zdravila v lekarni, ampak zaradi tega, da bi se pri službi zdravstvenega zavarovanja opravičila potreba po takšnem zdravilu.

¹⁷ Novela zakonika o kazenskem postopku — po enem letu, Pravnik 1969, str. 4.

znanstvenih dosežkov že sama po sebi humano dejanje in zato etično neoporečna; pomisleke zoper to pa pavšalno zavračajo z očitki konservativizma in podobnimi atributi.

Iz tega se ponujata vsaj dve ugotovitvi oziroma dva sklepa. Tudi etične norme same nišo absolutno poročstvo, da bo delo posameznega poklicnega delavca vedno v skladu z njimi oziroma, da je mogoče samo z razvijanjem teh norm in samodiscipline preprečiti spodrseljaje ali celo zlorabe. Potrebni so, na tej stopnji, tudi pravni normativi in zagotoviti je treba z ustreznimi sankcijami (ne mislim na kazenske sankcije), da bodo ti normativi spoštovani. S pravnimi predpisi naj se, kolikor je mogoče, ne ustvarjajo umetno dileme zaradi protislovnih rešitev, ali drugače povedano, zakonodajalec naj spoštuje etične normative poklicnega dela; če pa že mora od njih odstopiti, naj omogoči takšno avtonomijo pri odločanju, ki je razumna in brez škode za resnične družbene koristi.

III.

4. 1. Agresivnost, ki se kaže v tim. splošni varstveni funkciji kazenskega prava kot eno izmed njegovih gibal, sicer ne več tako neposredno in odkrito kot v preteklosti, pa udarja na dan, kakor to pravilno ugotavljajo (Kobal, v op. 1 nav. delo) v vsakdanji družbeni praksi, v institucionaliziranih službah javne varnosti in kazenskega pregona. V današnjem civiliziranem svetu takšnih oblik nasilja, ki jih nekateri imenujejo kar sodobna tortura¹⁸, uradno seveda ne dovoljujejo in še manj podpirajo; agresivnost z izvrševanjem nasilja, za to, da bi se dobile izjave, zlasti priznanje od obdolženca, je izrecno prepovedana, tudi s pretnjo kazenskega pregona in kazni; proti njej se bore znotraj teh služb samih in njihovi člani sprejemajo posebne avtonomne norme, deontološke kodekse za njihovo delo. In vendar, pravijo, vse to ne more zadoščati za zmago nad človeški naravi imanentno agresivnostjo, rešitev naj bi bila drugje, v poznanstvenju boja zoper kriminaliteto. To poznanstvenje je sicer različno intenzivno, odvisno od ogroženosti konkretne družbe po kriminaliteti in njene siceršnje razvitosti v materialni in duhovni sferi. Je pa sorazmeroma visoko zlasti glede fizičnega zavarovanja oseb in premoženja kot glede odkrivanja, zavarovanja in uporabljanja tim. materialnih sledov oziroma dokazov.

Razumljivo je, da je postalo uvajanje znanstvenih dosežkov aktualno v sferi tim.

¹⁸ A. Mellor; La torture, son histoire, son abolition, sa réapparation au XX^e siècle, 2. izd. 1961; delo nagrajeno po Academie française.

osebnih dokazov, torej v odnosih do ljudi, zlasti pa do dozdevnih storilcev kaznivih dejanj. Uporaba narkotikov in drugih biokemičnih sredstev, kirurških in drugih popolnih pripomočkov za registriranje fizioloških in psihičnih reakcij človekovega organizma, različnih psiholoških in psihiatričnih diagnostičnih tehnik, oboroženih z ustreznimi aparaturami in drugimi tehničnimi pripomočki, to naj bi bila znanstvena revolucija v boju zoper kriminaliteto. Njeni cilji pa niso več samo dokazovanje udeležbe pri kaznivem dejanju ali nedolžnosti na način, ki zagotavlja največjo možno objektivnost izsledkov; gre tudi za odstranjevanje jedra kriminalnosti v človeku ali celo za popolno preoblikovanje človekove osebnosti. In takšno poznanstvenje boja zoper kriminaliteto naj bi bila tudi najbolj zanesljiva pot za brzdanje agresivnosti in za radikalno izločitev nasilja iz prakse organov kazenskega pregona. To zadnje pa naj bi bil temeljni argument, s katerim bi se tudi ovrgli poglobitni moralni in pravni pomisleki, ki so seveda različni glede na to, ali gre za sfero ugotavljanja dejstev za namene kazenskega pravosodja ali pa sfero odstranjevanja individualnih faktorjev kriminalnosti v praksi tim. klinične kriminologije.¹⁹ V prvi sferi, v sferi dokazovanja so pravni pomisleki, ki se opirajo na splošno priznano svobodo zagovora in v sodobni jezik preneseno pravilo »nemo se ipsum prodere tenetur« kot najbolj izrazito odliko v položaju obdolženca kot pravnega, procesnega subjekta. Ta svoboda namreč ne more biti samo koncesija »od zunaj« iz razlogov humanosti, ampak je človeku samemu imanentna. In v tem je varstvena funkcija kazenskega procesnega prava, o kateri smo govorili spredaj (I) če izhajamo iz takšnega razumevanja humanizma, katerega jedro izraža aksiomatična misel »človek je v človeku«²⁰. In vse, kar ogroža ali prezre tako razumljeno svobodo zaradi tega, da bi se obdolženec izkoristil kot sredstvo zoper njega semega, pomeni tudi kršitev pravnih norm, s katerimi se v celoti pokrivajo tudi etične norme.

¹⁹ Prim. piščev sestavek, Nekaj misli o ugotavljanju resnice v kazenskem postopku in o metodah za izvajanje osebnih dokazov, Kriminalistična služba 1957, str. 291 in nasl. in tam nav. literatura; Kobal M., Psiholog ali psihopatolog kot sodelavca preiskovalnega organa, ista revija 1958/1. V domači literaturi vsekakor še najbolj instruktivno obravnava problem M. Damaška v delu Okrivljenikov iskaz kao dokaz u suvremenom krivičnom procesu, Zagreb 1962, 3. in 4. del, str. 133—213. Prim. tudi Vodopivec, Kobal, Bavcon, Skalar, Kriminologija I. del. Zagreb 1966, str. 91—94. Glede raznih posegov s stališča tretmana, prav tam, str. 157—163 (avtor Kobal).

²⁰ Djordjević, nav. delo (op. 6), str. 1017.

Tudi če bi obdolženec privolil v uporabo takšnih sredstev v te namene ali če se uporabijo z namenom, da se dokaže njegova nedolžnost, se stvar nič ne spremeni; obdolženec, ki ne sme priti v položaj, da se obremenuje proti svoji volji, tudi ni dolžan dokazovati svoje nedolžnosti.²¹

V drugi sferi, ki ima zelo vabljev predznak terapije oziroma individualne prevenције, veljajo analogni pomisleki pravne in etične narave, ki so že znani glede posebnih sankcij terapevtske narave, kot sta sterilizacija in kastracija. Njihova posebnost je v tem, da se lahko uporabijo oziroma, bolj rečeno, zlorabijo tudi v namene opravičevanja neposrednega nasilja, kot nam dokazujeta praksa totalitarnih režimov v bližnji preteklosti in še kar sodobna praksa.²²

4. 2. Prodor znanosti v kazenski postopek pa ima razen omenjenih še druge implikacije. Eno, ki je že tradicionalna in je v zvezi z ugotavljanjem neprištevnosti in drugo, ki jo je sprožila italijanska antropološka (pozitivistična) šola od Lombrosa dalje in je do danes dozorela v to, kar imenujemo kriminološko ekspertizo. Čeprav so pojmovno med obema ekspertizama bistvene razlike, razlike so tudi v motivaciji zanju in cilju, kateremu naj bi rabili, se v praktični izvedbi zelo približujeta druga drugi, da bi se v prihodnosti zlili v eno. O osnovnih vprašanjih, ki se tu pojavljajo, so v jugoslovanski doktrini že sprejeta in prevladujoča stališča, ki jih na tem mestu ne gre obnavljati.²³ Znanstveni napredek, ki se kaže v tistih strokah, ki se ukvarjajo s človekom kot bio-psihično-socialno entiteto, se je doslej pokazal bolj v doktrini kot v neposredni praksi; tu pa prevladujejo še stališča, ki poskušajo premostiti prepad med pravom kot pozitivno pravno resničnostjo in temi empiričnimi znanostmi.²⁴

Toda tudi na tem področju se napoveduje znanstvena revolucija z določenimi odkritji v genetiki. Še več, v kazenskem pravosodju so se s problemom že srečali; prišlo je že do

²¹ Drugače Vodopivec v op. 19 nav. delu, str. 93; to je verjetno tudi večinsko stališče v doktrini.

²² O problemih v zvezi s sterilizacijo in kastracijo so ustrezne informacije v spredaj (op. 9) omenjeni študiji o kazenski odgovornosti zdravstvenih delavcev. Glej tudi izvajanje v op. 19 in fine.

²³ Sklicujemo se na gradivo s posvetovanja jug. združenja za kaz. pravo in kriminologijo leta 1964 v Sarajevu o tej temi; glej JRKK 1964/4. Prim. Vodopivec in dr. nav. delo, str. 96—104 in 109—124.

²⁴ Glej študijo »Pravni položaj duševno abnormnih storilcev kaznivih dejanj v sodobnem kazenskem pravu (primerjalno pravni, sodno-psihiatrični in kriminološki vidiki« I. in II. del, stroj. avt. 430 in 165 str., Ljubljana 1969, posebej iz II. dela prispevka Kobala in Bavcona.

spopada med pravom in genetiko, v katerem je sicer zmagalo pravo, problem pa je ostal odprt in samo še popestril križanje kopij o enem izmed temeljev veljavnega kazenskega prava, o institutu kazenske odgovornosti. In dalje, kot je pred dobrimi 90 leti Lombroso razburkal strokovno javnost s svojo teorijo o rojenem hudodelcu, tako je v vse drugačnih okoliščinah sodobnega sveta, željnega senzacij, že formulirano novo vprašanje: »Ali obstoja kromozom hudodelstva?« Gre za genetično anomalijo, ki so jo, sicer že znano, odkrili tudi pri nekaterih storilcih hudih kaznivih dejanj; ta je dobila že strokovno označbo »kromozomski trojček« (triplet chromosomique) in odprla vprašanje, ali in kakšno vlogo ima takšna anomalija v razvoju osebnosti in tudi v konkretni kriminogenezi.²⁵

IV.

5. Znanstveni napredek, ki smo ga imenovali »znanstvena revolucija«, je imel določene posledice tudi za tisti del kazenskega prava, ki ima že samostojno označbo kot pravo o izvrševanju kazenskih sankcij in samostojno znanstveno disciplino penologijo. S povsem izoliranimi izjemami, med katere lahko štejemo morda švedski kazenski zakonik iz leta 1962/65, pa ta napredek doslej ni imel izrazitih učinkov glede temeljnih koncepcij o kazni, ali pa se ta kaže v kaj bizarni obliki, kot bomo še videli.

Predvsem je kazen ostala še vedno temeljno sredstvo in oblika družbene reakcije zoper storilca kaznivega dejanja in tu obstojata kot v svojem bistvu nehuman in neposreden dokaz človekove agresivnosti smrtna kazen in, čeprav humanizirana, vendar v bistvu represivna kazen na prostosti.

Kako se je humanizirala smrtna kazen: Naj zadošča v ilustracijo tega, kar je znano, uvedba giljotine v francoski revoluciji, že pred tem odpravljene poostitve smrtne kazni na najrazličnejše načine sramotitev in amputacij, zamenjava obešenja z ustrelitvijo, uvedba električnega stola oziroma plinske celice. Grozljiva podoba, če ne bi vendar veljalo na splošno, da se število izvršenih smrtnih kazni iz leta v leto manjša (splošni trend z izjemami) in da izključujejo smrtne kazni za mladoletnike ali celo mlajše polnoletne, bol-

²⁵ Glej J. Graven, Existe-t-il un »chromosome de crime«? Comment juger le delinquant porteur d'une anomalie genetique XXY? Revue int. de crim. et de pol. tech. 1968, str. 277—296 in 1969, str. 21—36 z naslovom: Le problème de l' »anomalie chromosomique XYY« en criminologie (Aspect actuel et prospectif); Prim. tudi J. Vernet, Chromosomi e criminalità, La scuola positiva 1968, str. 551—563;

nike, noseče žene ipd. Kako pri tem ne vpliva samo splošni napredek civilizacije, ampak vplivajo tudi drugi dejavniki, lepo ilustrira znani ameriški sodnik Bazelon, avtor Durham testa o neprištevnosti²⁶, s primerom iz Saudove Arabije: smrtna kazen s kamenjanjem (za prešuštvo) je bila zamenjana z ustrelitvijo in telesno kazen amputacije roke izvrši strokovnjak kirurg z uporabo anestezijskega sredstva.²⁷

Kazen na prostosti je humanizirana, kot smo ugotovili; iskali so in našli nadomestilo zanj, sprejeta so bila minimalna pravila

OZN, poudarja se kot njen poglavitni namen resocializacija, prizadevanja gredo za tem, da se odpravljajo vzroki za napetosti med obsojenci in nadzornim osebjem, ki so tudi pogojene po človekovi agresivnosti. In še in še bi lahko naštevali izboljšave v zgradbi, ki ima vendar za enega svojih temeljev to kazen. Kot kaj? Kot nadomestilo za rešitev, ki je še nismo našli, je niti še ne slutimo, ki pa naj bi potrdila tisto resnično humanost, izraženo v znani misli, da je zgodovina kazni zgodovina njene odprave?

Scientific Revolution and Criminal Law

Summary by Dr. Peter Kobe, Ordinary Professor of Criminal Law at the Faculty of Law, Ljubljana

Given the cognition set up in the introduction that the criminal law is in the final analysis a reflexion of socioeconomic relations of a given society, the purpose of the article is to discuss some repercussions which the scientific revolution of our days have or should have upon the criminal law. The author's starting point is the ambivalent nature of criminal law; on one hand it is an instrument of social coercion and an expression of aggressiveness, immanent in the human nature; on the other hand it is an instrument of social care and protection of human rights and liberties. Among the results of scientific progress which already have opened certain questions in the field of criminal law, the author mentions the transplantation of important organs, especially the heart transplantation; in this connection he deals with questions of ethical and legal nature and comes to the conclusion that

conditions of such medical interventions should be legally regulated. Furthermore he deals with problems of disproportion between ethical and legal norms as it manifests itself in the example of legal regulation of abortion. The author comes to conclusion that the legislation — if it already intervenes in this field and prescribes duties which are contrary to the professional ethics should leave the autonomy of decision to the person involved.

The author then discusses the question how the scientific revolution directly influences upon the legislation and practice of criminal courts and especially the execution of punishment. The author objects against narco-analysis, polygraph and psychological diagnostics as methods if they are applied in order to intensify the repressiveness of social reactions against criminality; he rejects the application of death punishment and supports a real humanization of execution of punishments in penal-corrective institutions and with the perspective of the abolition of such punishments in future.

²⁶ Glej v študiji iz op. 24 v I. delu izvajanja o angloameriškem sistemu, str. 217—236.

²⁷ D. L. Bazelon, The dilemma of punishment, predavanje na Brandeis University, Waltham, Mass. 1960 (Xerox. str. 20), str. 8 (darilo avtorja).