

Slovenski Pravniki

Leto XLVIII. Ljubljana, junija 1934. Št. 5. — 6.

Kako učinkuje privolitev oškodovanca na protipravnost kaznivih dejanj zoper življenje in telo?*

Priv. doc. dr. Munda Avgust.

I. Uvod.

Preden se pečamo s stvarino, ki je predmet te razprave, se moramo baviti z nekaterimi vprašanji, ki se tičejo privolitve vobče. Prej ne moremo razpravljati o tem, kako učinkuje privolitev na protipravnost zločinov zoper življenje in telo, preden ne vemo, kaj je privolitev, kaj je njen pravni razlog, kaj njen predmet, kdo sme privoliti in kako privolitev vobče učinkuje.

1. Pojem privolitve.

Kazenski zakon ne opredeljuje pojma privolitve, tudi inozemska zakonodaja omenja privolitev le poredko. Občne določbe o njej so osamljene. Pač pa se privolitev češče omenja v posebnem delu k. z. pri posameznih zločinih. Splošno določbo o privolitvi imajo le Brazilija, ki ji odreka vsak učinek, Avstrija in angleško pravo. Avstrijski kazenski zakon določa (§ 4.): »Zločin je moči zagrešiti tudi na ... osebah, ki same zahtevajo svojo škodo ali ki v njo privolijo.« Angleško pravo opredeljuje pojem privolitve negativno in pravi: »Privolitve ni, če jo je dala oseba zbog strahu, sile ali dejanskega nesporazuma, ali če ve storilec ali če ima vzrok misliti, da je bila dana privolitev zbog takega strahu ali zmote, ali če je dala privolitev oseba, ki zbog duševne bolezni ali motnje ni sposobna, da bi mogla presoditi značaj in posledice tega, k čemur privoli, ali če privoli oseba, ki še ni dovršila 12. leto starosti.«¹

* Po nastopnem predavanju dne 7. novembra 1933 na ljubljanskem vseučilišču.

¹ Gerland. V. D. A. II. 516, 517.

Tudi v znanosti pojem privolitve ni enoten. Privolitev je izjava soglasne volje onega, ki privoljuje, z voljo neke druge osebe. Ta opredelitev velja za vsako tako izjavo, naj je izrečna² ali pa konkludentna;³ n. pr. nekdo vidi skozi okno, kako se priplazi tat in ukrade nekaj živeža; oškodovani ga pusti, češ, naj si le vzame. To je privolitev s konkludentnim dejanjem. Če govori lajik o privolitvi, jo rabi navadno v tem širšem pomenu besede.

Privolitev učinkuje le tedaj, če je bila dana, preden je storilec započel zločin: privolitev po zločinu ne more vzeti dejanju značaja protipravnosti, ker ne more poznejši dogovor prizadetih oseb izpremeniti kaznivega značaja histričnih dejanj.

Privolitev mora biti specijalna, nanašati se mora na določen objekt; generalna privolitev bi bila privolitev brez objekta. Razume se, da more učinkovati le resna in prostovoljna privolitev, ki jo je moči seveda vsak čas preklicati.

Končna opredelitev pojma privolitve bi se torej glasila približno tako: Privolitev je resno, prostovoljno, preklicno pritrldilo, ki ga je dal nosilec pravne dobrine drugi osebi, da sme započeti proti njemu protipravno dejanje.

2. Pravni razlog privolitve.

Glede pravnega razloga privolitve si posamezne teorije znatno nasprotujejo. Ena izmed njih pravi: Privolitev daje pravico ravnanja. To sklepa deloma iz prirode napadene pravne dobrine⁴ deloma iz prirode privolitve kot pravnega posla. Drugi odklanjajo to teorijo, češ, da ni dovoljeno, uporabljati načela zasebnega prava, da se rešijo vprašanja kazenskega, torej javnega prava. Pravijo, da privolitev ne ustvarja pravic, pač pa onemogoča kaznivo dejanje, ker ukinja enega izmed znakov dejanskega stanu. To velja za kazniva dejanja, pri katerih je ravnanje zoper oškodovančevo voljo pozitiven znak dejanskega stanu;⁵ sem spadajo zlasti kazniva dejanja zoper svobodo in imovino. Zakon v posebnem delu v posameznih primerih izrečno določa, da ukinja privolitev kakšen znak dejanskega stanu; to izraža zakon z različnimi besedami kakor: »sila«, ki je dejanski znak zločinov po §§ 94., 98., 115., 117., 127., 128., 142., 143.,

² Binding. Hb. I. 727., Holer. Einwilligung 72.

³ Kessler. Einwilligung 26, Finger. Lb. I. 415, Gerland. V. D. A. II. 490, 527.

⁴ Binding. Hb. I. 729, opomba 35. (citati piscev).

⁵ Gerland. V. D. A. II. 494.

154., 164., 242., 246., 269., 272., 326., 327., 329., 390., »proti volji« (§ 250.), »s pristankom« (§ 293.), »brez odobritve« (§ 293.), »na zahtevo in na pristanek« (172.), »na resno zahtevo« (168.). Pri kaznivih dejanjih zoper imovino pa je treba izvzeti oderuštvo; tu kaznuje zakon storilca kljub privolitvi, ker ščiti oškodovanca lastne neprevidnosti in lahkomiselnosti. Binding pravi,⁶ da je imeti privolitev za prenos pravice oškodovane osebe na poškodovalca; s tem dobi poškodovalec subjektivno pravico, da izvrši dotično dejanje; ta prenos utegne biti tudi v tem, da se je oškodovana oseba odrekla pravici ali odrekla jo uveljavljati, kar jemlje dejanju značaj protipravnosti.⁷ Važneje kot to teoretično vprašanje pa je za sodstvo vprašanje, kaj je predmet privolitve in kako učinkuje.

3. Predmet privolitve.

Sporno je tudi vprašanje, kaj je predmet privolitve. V kaj privoli oškodovani, ali v dejanje,⁸ ki ga hoče storilec započeti ali v uspevek,⁹ ki ga namerava storilec? To razlikovanje je važno za kazniva dejanja, ki se store iz malomarnosti. Pravilno je mnenje, da se nanaša privolitev tudi na uspevek. To ustreza načinu izražanja. Tudi je treba pomisliti, da je uspevek relevanten zlasti za oškodovanca. Če se privolitev ne bi nanašala na uspevek, sploh ne bi imela pomena. Iz tega je posneti, da ni moči privoliti v kulpozna dejanja. Bistvo kulpoznih dejanj je namreč v tem, da storilec uspevka vobče ne pričakuje.

4. Učinek privolitve.

O učinku privolitve znanost tudi ni enotnega mnenja. Vprašanje, kako učinkuje privolitev v materialnem pravu, se da rešiti le z vidika pozitivnega prava. Nekateri pisci taje, da bi imela privolitev kakršenkoli pravni učinek. To mnenje ni pravilno; to kaže vsakdanje življenje,¹⁰ n. pr. gledališki igralec dopusti, da ga njegov tovariš udari v igri s palico, ali A se da zapreti v knjižnico, da lahko nemoteno čita i. t. d. Drugi pravijo, da velja načelo volenti non fit iniuria neomejeno, zopet drugi imajo to načelo za pravilo

⁶ Binding. Hb. I. 713.

⁷ Binding. Hb. I. 714, 717.

⁸ Kessler. Einwilligung 26.

⁹ Gerland. V. D. A. II. 492, Zimmerl. Strafrechtliche Arbeitsmethode de lege ferenda. 1931—340.

¹⁰ Gerland. V. D. A. III.—493, Binding. Hb. I. 711, opomba 11.

z izjemami, kar je pravilno; vzrok za to bomo videli takoj. Že na prvi pogled je jasno, da učinkuje privolitev pri nekaterih deliktih, pri drugih pa ne. Vpraša se pa, po katerem kriteriju je razdeliti zločine v ti dve skupini. V tem pogledu je več različnih mnenj. Vladajoča teorija pravi, da učinkuje privolitev le tedaj, če sme nosilec napadene pravne dobrine z njo razpolagati,¹¹ ker je okrnjen le njegov interes, ne pa interes druge osebe (n. pr. solastnika) ali interes splošnosti. Ali sme oškodovani razpolagati s pravno dobrino, določa pravni red. To vprašanje se mora rešiti v zvezi vseh zadevnih zakonitih določb, ne pa morda le z vidika dejanskega stanu dotičnega zločina. Sauer¹² pravi, da jemlje privolitev dejanju le tedaj značaj protipravnosti, »če nima oškodovani zasebni interes obenem pretežno važnost tudi za javni blagor.« Privoliti sme torej le oseba, ki je edini pravni subjekt pravice; to pa je moči pri posameznih kaznivih dejanjih težko določiti. Vprašati se moramo vselej, zakaj zabranjuje zakon dotično dejanje; ali le v interesu oškodovane osebe ali tudi iz drugih interesov in iz katerih. Kdaj je kršen javni interes, in kdaj zasebni?

Da moremo odgovoriti na ta vprašanja, je treba preudariti to-le: Namen kazenskega prava je, dajati nekaterim pravnim dobrinam večjo¹³ zaščito. Če ima socialno občestvo interes na tem, da se neka dejanja ne izvrše, je imeči ta dejanja za »nepravo«. Ta interes je za občestvo neposreden, če so ta dejanja naperjena zoper javno blaginjo, zoper blaginjo občestva; v tem primeru ni mogoče privoliti v kazniva dejanja zoper te dobrine: Posamezni ne more privoliti,¹⁴ ker ni okrnjen njegov interes, privoliti bi mogla le država, pa tudi ta ne more privoliti, ker bi s tem zanikala svoj lastni interes, svojo eksistenco. Drugačna pa je stvar, če je prvenstveno okrnjen interes posamezne osebe. V tem primeru more imeti občestvo tudi neposreden interes, da ostani dobrina, ki jo ima posameznik, v javnem interesu neokrnjena, ker bi sicer zmanjšala in oslabilo moč občestva. Vedno pa ima občestvo, tudi če gre za interes poedine

¹¹ Liszt. 1927. § 35.—IV.

¹² Sauer. Grundlagen des Strafrechtes. 335, enako Meyer Allfeld 222. Gerland. V. D. A. II. 524.

¹³ Pravne dobrine so že zaščitene v drugih panogah prava, n. pr. v civilnem pravu (n. pr. lastnina), kazenski zakon pa jim da pojačano zaščito.

¹⁴ Binding. Hb. I. 708: »Nihče ne more dovoliti, kar je država prepovedala.«

osebe, posreden interes, da naj se ta interes ne okrni; in ta posredni interes je v tem, da naj spoštuje vsak državlján območje svojega sodržavljana. Le tako je moči ustvariti urejeno sožitje.¹⁵ Jasno je torej, da učinkuje privolitev na protipravnost zločina, če je oškodovan interes posamezne osebe; če poedinec nima interesa na dobrini in če mu ni na tem, da štíti država to njegovo dobrino, potem tudi občestvo samo nima več posrednega interesa na stvari. Socialna nevarnost dejanja je s tem popolnoma odpravljena ali pa vsaj primerno znižana. S tem je torej označen učinek, ki ga ima privolitev v materialnem kazenskem pravu.

5. Kdo sme privoliti?

Nadaljnje vprašanje je, kdo sme privoliti. Tudi v tem pogledu je več različnih mnenj. Tako zvana teorija o pravnem poslu šteje privolitev za pravni posel v smislu civilnega prava. Če je ta teorija pravilna, potem je privolitev le tedaj veljavna, če je oni, ki privoli, polnoleten. Ne glede na to, da je treba določbe kazenskega zakona predvsem tolmačiti s pojmi kazenskega prava, se ne sklada ta teorija z določbami kazenskega zakona o predlogu (§ 85. k. z.). Kazenski zakon namreč določa (§ 87.), da imajo že 16letne osebe pravico podajati in preklicevati predlog in zasebno tožbo (§ 89.). Kazenski zakon daje ne glede na določbe o polnoletnosti pravice pregona (§ 86.) ali pravico, sprožiti pregon (§ 85.) onemu, ki je duševno že tako dozorel, da more spoznati in preceniti škodo, ki mu jo je prizadejal storilec s kaznivim dejanjem. Če pa sme oškodovanec podati predlog, mu moramo tudi priznati pravico, da da privolitev h kaznivemu dejanju.

Drugi teoretiki niso določili za privolitev nobene starostne meje in so rekli, da je starost, ki naj bi bila potrebna za privolitev, *quaestio facti*, ta se pa mora ugotoviti po okolnostih konkretnega primera.¹⁶ S tem se pa le prevali rešitev tega vprašanja od zakonodajca na sodnika. Toliko je gotovo, da je privolitev izraz volje duševno zdravega človeka, ki ima lastno voljo.¹⁷ To se vidi tudi iz našega kazenskega zakona, ki pravi v določbi § 270.: »Kdor izvrši telesno združitev z žensko osebo, s katero ni oženjen in, ki zbog duševne bolezni, slaboumnosti... ni sposobna za

¹⁵ Zimmerl 323, 324.

¹⁶ Vladajoče mnenje. Binding. Hb, I. 727, Olshausen 1927. § 216. do 2, 4, nemški Reichsgericht in drugi.

¹⁷ Gerland. V. D. A. II. 508, Liszt § 85.—II, Frank § 216.—II. 2.

obrambo se kaznuje...«, zakon torej izrečno določa, da je privolitev duševno bolne osebe brez učinka. Volja teh oseb ni svobodna in radi tega ni upoštevna. S tem pa še ni rečeno, da je privolitev vsakega blaznega neveljavna ali da je privolitev vsakega blaznega veljavna. Zadostuje, da je oni, ki privoljuje, sposoben pojmovati pomen privolitve, da je sposoben razlikovati med tem, kar mu koristi in med tem, kar mu škoduje (intelektualni moment) in da je sposoben, temu pojmovanju primerno ravnati (voluntaristični moment). Pogoji vračunljivosti so tu torej drugi kakor pri storilcu zločina. Analogija med vračunljivostjo in privolitvijo je v tem pogledu le delna.¹⁸ Lahko si je misliti človeka, ki ne ve, kaj je socialno koristno ali socialno nevarno, ki pa dobro ve, kaj je zanj koristno ali škodljivo. Zakon razlikuje med polno in zmanjšano vračunljivostjo, prav to velja tudi za privolitev. Polna vračunljivost pri privolitvi lahko popolnoma izključuje protipravnost dejanja, delna vračunljivost pa jo deloma zmanjšuje.¹⁹ Vladajoče mnenje ne razlikuje, kolikor se tiče vprašanja privolitve med polno in zmanjšano vračunljivostjo. Poslednjo omenja zakon le pri oderuštvu (nezadostno pojmovanje). Prav tako je treba tudi pri mladostnih osebah v vsakem posameznem primeru ugotoviti, ali so dovolj uvidevne, da morejo razlikovati med tem, kaj je za nje koristno in kaj ne.

V zvezi z vprašanjem, kdo sme privoliti, je premotriti še vprašanje, ali je pri privolitvi dopustno namestovanje. Tudi v tem pogledu so mnenja deljena. Deloma ne dopuščajo zastopstva, deloma ga dopuščajo le v omejenem obsegu, n. pr. le pri zakonitem zastopstvu, drugi pa le pri zločinih zoper imovino. Pravilno pa je razlikovati med zakonitim in prostovoljnim zastopstvom. Zakoniti zastopnik sme seveda privoliti le v primerih, če zastopani sam ne more poslovati. V ostalem se pa more priznati zakonitemu zastopniku²⁰ pravica zastopstva le v obsegu, ki ga določa o. d. z.²¹ Sicer pa je zastopstvo pri privolitvi mogoče le, kolikor se tiče formalne izjave privolitve.²²

¹⁸ Zimmerl 332, Liszt § 35.—IV.

¹⁹ Zimmerl 335.

²⁰ Čl. 11., drugi odst., pravilnika o organizaciji, notranjem delu in vzdrževanju službe v državnih bolnicah odreja, da sme zakoniti zastopnik privoliti v zdravniško operacijo.

²¹ Gerland. V. D. A. II. 505.

²² Finger Lb. I. 417., Gerland. V. D. A. II. 506.

Končno je treba odgovoriti še na vprašanje, ali je potrebno, da zazna storilec za privolitev. Privolitev lahko premotrimo s subjektivnega ali objektivnega vidika; če jo premotrimo s subjektivnega vidika, trdimo, da ni naklepa k zločinu; če jo pa premotrimo z objektivnega vidika, trdimo, da ni sposobnega objekta za kaznivo dejanje. Po subjektivni teoriji je seveda potrebno, da zazna storilec za privolitev, po objektivni pa ne; objektivna teorija prednjači.²³

6. Volja onega, ki privoljuje.

Tudi med krivdo in privolitvijo je neke vrste analogija. Krivda je psihična relacija storilca do dejanja, privolitev pa je psihična relacija poškodovanca do storilčevega dejanja, torej do dejanja druge osebe. Pri krivdi je ta relacija vez, ki vodi od objektivne socialne škodljivosti k subjektivni socialni škodljivosti. Krivda je le del subjektivne socialne škodljivosti, k tej spada tudi osebnostna komponenta. Pri privolitvi pa ima ta psihični odnos drug pomen: oseba, ki privoljuje, očituje s tem, da ji ni do pravne dobrine. Pri privolitvi se nam torej ni treba baviti z osebnostno komponento, marveč le s tem, ali ima žrtev interes na pravni dobrini ali ne. Dočim torej razlikujemo pri krivdi troje komponent: komponento vračunljivosti, komponento dejanja in osebnostno komponento, razlikujemo pri privolitvi le prvi dve. Vračunljivost pri privolitvi se pa znatno razlikuje od vračunljivosti pri krivdi; o tem smo govorili že poprej.

Tudi pri privolitvi razlikujemo intelektualni in emocionalni moment. Oblika, ki se v njej izraža intelektualni odnos med dejanjem in žrtvijo, je prav ta, kakor pri krivdnih oblikah. Storilec lahko gotovo predvideva, da bo dejanje dovedlo do uspevka, lahko pa ima uspevek le za mogoč. Po nauku vladajoče teorije se moramo vprav tako kakor pri eventualnem naklepu tudi v tem primeru vprašati: Kaj bi bila storila žrtev, ako bi gotovo vedela, da bo prišlo do uspevka? Ali bi privolila tudi tedaj, če bi gotovo vedela, da je nastopil uspevek? Če bi privolila tudi v tem primeru, učinkuje privolitev popolno, če pa v tem primeru ne bi privolila, privolitve ni.

Tudi glede emocionalnega momenta velja analogija med naklepom in privolitvijo. Tudi tu se lahko pripeti, da je storilčevo dejanje žrtvi zaželjeno, indiferentno ali celo neprijetno. V vseh teh primerih privolitev učinkuje, lahko pa se

²³ Gerland. V. D. A. II. 506, Liszt § 35.—IV.

zgodí, da je emocijalna stran drugačna glede dejanja, drugačna glede uspevka. Lahko si kdo želi nevarnost; škoda, ki jo ima za mogočo, pa mu je skrajno neljuba. Nekdo si da n. pr. v cirkusu izstreliti novce, ki ga drži v roki; on si želi nevarnosti, ne pa poškodbe.²⁴

Za subjektivno stran privolitve velja torej popolna analogija naklepa. Vpraša se, ali velja analogija tudi glede malomarnosti. O vsakem človeku se zahteva, da upošteva pri vsakem dejanju in nehanju tudi interese svojega bližnjega. Upoštevanje lastnih interesov pa ni socialna dolžnost. Iz socialnega in pravnega vidika se torej ne more pričakovati, da bo vsakdo pri vsakem svojem ravnanju in nehanju, torej tudi pri privolitvi v kaznivo dejanje druge osebe upošteval, koliko škodi to dejanje njegovim interesom. Če torej oškodovani ni mislil na okrnitev svojih interesov, dasi je po konkretnih okolnostih mogel misliti na to možnost, potem ne moremo govoriti o privolitvi. Kazenski zakon pozna izrazit primer malomarne privolitve, pri kateri oškodovanec ne misli na posledice dejanja (nezadostno pojmovanje); to je oderuštvo. Zakon odreka tu privolitvi vsak učinek. Kdor sklene iz lahkomišelnosti oderuški posel, ne misli na to, kako hude so zanj obveznosti, on misli le na trenutni dobiček.²⁵

II. Privolitev k zločinom zoper življenje in telo.

Po teh uvodnih izvajanjih prehajam na vprašanje, kako učinkuje privolitev na protipravnost kaznivih dejanj zoper življenje in telo. Zakonodaje omenjajo privolitev izrečno pri usmrtitvi, odpravi telesnega plodu, telesni poškodbi, zdravniških operacijah in pri sterilizaciji. Molče jo upošteva pri pomoči k samomoru, pri dvoboju in pri izpostavitvi, zapustitvi ali prepustitvi v smrtni nevarnosti.

1. Usmrtitev na zahtevo.

Večji del inozemske zakonodaje ima usmrtitev na zahtevo za delikt sui generis,²⁶ ki se kaznuje znatno mileje kot navadna usmrtitev, tako nemški (§ 216.), norveški (§ 235.), bolgarski (čl. 251.), danski (§ 191.), finski (21. gl. § 3.) k. z. in drugi. Manjši del zakonodaje (francoski, avstrijski, španski, južnoameriški k. z.) pa nima posebne

²⁴ Zimmerl 337 do 341.

²⁵ Zimmerl 338, 340, 342.

²⁶ Rimljani so kaznovali usmrtitev na zahtevo kot napad zoper državo (Mommsen, Röm. Strafr. 626).

določbe o usmrtitvi na zahtevo in kaznuje to dejanje tako kakor navadno usmrtitev, upoštevajoč privolitev za olajševalno okolnost. Tudi naša prejšnja kazenska zakonodaja ni imela posebne določbe o usmrtitvi na zahtevo. O. s. k. z. 1910. je izpolnil to vrzel in določa (§ 133.): »Kdor usmrti kako osebo na njeno zahtevo ali prošnjo, se kaznuje z robijo do 5 let. Ako je usmrtitev izvršena iz usmiljenja z bednim stanjem ubitega, se kaznuje storilec z zaporom.« O. 1922. je to besedilo z majhno izpremembo bistveno izpremenil. Drugi odstavek prej omenjene določbe se namreč glasi: »Ako je taka usmrtitev izvršena iz usmiljenja...« Usmrtitev iz usmiljenja se torej kaznuje po tej določbi le tedaj, če se je izvršila na zahtevo ali prošnjo. Motivi k osnutku 1922. molče o tej izpremembi. V tem besedilu je prešla ta določba v o. 1926. (§ 166.) in v sedanji k. z. S tem je nastala v zakonu vrzel: kdor usmrti drugo osebo zgolj iz usmiljenja, (če torej ta oseba ni zahtevala usmrtitve), se kaznuje po splošni določbi § 167. k. z.

Da vidimo, kako učinkuje privolitev na protipravnost naklepne usmrtitve, se moramo nekoliko pečati z določbo § 168. k. z. z dogmatičnega vidika. Dejanski stan § 168. k. z. je le tedaj podan, če je storilec usmrtil drugo osebo na zahtevo ali prošnjo; zahteva pa mora biti »izrečna« in »resna«. Zahteve ni torej istovetiti s privolitvijo, prošnje pa ne z željo²⁷. Ni treba, da je zahteva izrečena napram storilcu, zadostuje, da je izrečena napram občinstvu, med katerim je storilec; ne zadostuje pa, če je izrečena napram drugi osebi. »Izrečna«²⁸ je zahteva, če je jasna in razločna, torej takšna, da je izrečena z besedami, zadostuje konkludentno dejanje. »Resna« je zahteva, če je izrečena ne le na podlagi trenutnega razpoloženja. Resna je torej, če je bil storilec prepričan, da je oni, ki zahteva usmrtitev, v tako težavnih razmerah in okolnostih, da zanj ni rešitve in da se mu skrajšajo muke, v katerih živi. »Resno« zahtevo poda seveda le vračunljiva doroasla oseba. Usmrtitev blaznega in nedoroasle osebe se kaznuje po splošni določbi § 167. k. z., dasi je ta oseba zahtevala usmrtitev.

O »zahtevi« moremo govoriti le tedaj, če je usmrčeni (ne pa kdo drugi) vzbudil v storilcu sklep usmrtitve. Tu

²⁷ Vladajoče mnenje. Zimmerl 344, Olshausen § 216. — 2; nasprotno: Hälschner 2—55.

²⁸ Liszt smatra besedi »izrečno« in »resno« za odveč (V. D. B. V. 130).

veljajo nalične določbe o nasnovi (§ 34., prvi odst., k. z.)²⁹ Če je usmrčeni zahteval usmrtitev, storilec se pa vda šele (in sicer edinole) na zahtevo sorodnika usmrčenega, ki mu obljubi plačilo, ni uporabiti določbe § 168 k. z. Dejanje mora slednjič končno ustrezati zahtevi v vseh bistvenih okolnostih (čas, sredstvo itd.).

Naklep po § 168. k. z. je ožji kakor naklep po določbi § 167 k. z. Storilec hoče osebo, ki to zahteva, usmrtiti le na podlagi te zahteve, ne pa nepogojno. Če se torej storilec moti o tem, ali je usmrčeni usmrtitev resno zahteval, se kaznuje po § 168 k. z. Po § 167 k. z. pa se kaznuje, če ni vedel za privolitev.

Poskus usmrtitve na zahtevo se kaznuje, če se dejanje kaznuje kot zločinstvo. Če se pa dejanje kaznuje kot prestop, pa poskus ni kazniv. V nemški judikaturi in literaturi se je pojavil dvom, ali se naj kaznuje telesna poškodba, ki je nastala pri poskusu usmrtitve, po splošnih določbah o telesni poškodbi. Nemški Reichsgericht je to vprašanje potrdil, teorija ga je deloma zanikala in to utemeljila s tem, da jemlje privolitev dejanju značaj protipravnosti. Ta utemeljitev ni pravilna, pač pa ona, ki pravi, da je določba o usmrtitvi na zahtevo *delictum sui generis*, ki jo je uporabljati tudi v negativnem pravcu. Nadaljnji razlog za to mnenje pa je ta, da bi mogel biti storilec za poskus strožje kaznovan (§§ 178., 179., 180. k. z.) kakor za izvršeno dejanje.³⁰ Sicer se pa tudi ne sme prezreti, da dolus pri § 168. k. z. ni usmerjen na poškodbo, pač pa na usmrtitev, poškodba je torej kulpozna; poskus usmrtitve in telesna poškodba sta povse različni kaznivi dejanji.³¹

Iz navedenega posnamemo, da je »privolitev« pri naklepnih usmrtitvah le olajševalna okolnost. Kdor usmrti drugega z njegovo »privolitvijo« se kaznuje po splošni določbi § 167. k. z.;³² seveda mora sodišče v tem primeru upoštevati privolitev za olajševalno okolnost in omiliti kazen po določbi §§ 71. k. z. Po privilegirani določbi se pa kaznuje le, kdor usmrti drugo osebo na »zahtevo ali prošnjo«.

Norveški k. z. vzporeja z usmrtitvijo na zahtevo tudi usmrtitev brezupno bolnega človeka, dasi ta ni zahteval

²⁹ Olshausen § 168.—3, Binding Hb. 1—720, Lb. 1—34.

³⁰ Olshausen § 168.—5, Binding Hb. 358, 721, Lb. 1—35.

³¹ V n. k. z. poizkus usmrtitve na zahtevo ni kazniv (§ 216.); o. n. k. z. 1925. (§ 215.) je določil sankcijo tudi za poizkus

³² Zimmerl pravi, da je to krivično (321) in meni, da je določba o usmrtitvi na »zahtevo« preveč kazuistična (345).

usmrtitve. Določba te vrste je nevarna, ker se je bati zlorab. Zato n. pr. o. n. k. z. 1909 te določbe ni sprejel (motivi 644). Po našem k. z. se kaznuje evtanazija, storjena brez zahteve usmrčene osebe, po splošni določbi § 167. k. z. Usmiljenje se more upoštevati le kot olajševalna okolnost (§ 71. k. z.).

Naš zakon ima torej usmrtitev na zahtevo le za privilegirani delikt. Znanost je šla en korak dalje in smatra evtanazijo za nekaznivo dejanje. Tako zahtevata Binding in Hoche v skupnem delu (*Vernichtung lebensunwerten Lebens*), naj se dovoli usmrtitev take osebe, ki je brez upa na rešitev bolna na smrt in če sama zahteva usmrtitev. Prav to zahtevata za bolne na umu in druge neozdravljive, skrajno bedne bolnike. Usmrtitev naj bi se izvršila na podlagi pravnega postopka v več instancah. Binding pravi, da evtanazija ni »usmrtitev« v pravnem pomenu, »če je gotovo pričakovati skorajšnjo smrt, polno muk in če se ta vzrok smrti nadomesti z drugim, ki ima to prednost, da je brez bolečin; tu gre le za zdravljenje«. Liszt (§ 35.—III. op. 8) nasprotuje temu mnenju, češ da pri evtanaziji ni mogoče zanikati dejanskega stanu usmrtitve. Sauer³³ pa trdi, da bi morala biti po načelu več koristiti kot škoditi tudi evtanazija pravno dopustna, češ: »Ali naj ima le trpeča žival prednost, da dobi smrtni sunek iz usmiljenja?«. V takem primeru pa bi moral usmrtitev izvršiti glede na posledico, ki se več ne da popraviti, le zdravnik ali več zdravnikov. Tako teorija; zakonodajec pa mora stvar gledati s praktičnega vidika in ne sme dopustiti evtanazije, ker se je bati zlorab.

Iz vidika kriminalne politike je še omeniti, da je določba o usmrtitvi na zahtevo (§ 168. k. z.) potrebna, dasi so taki primeri precej redki.³⁴ Pa tudi z vidika kazensko-pravne tehnike je določba potrebna. Življenje je pravna dobrina, s katero človek ne razpolaga (inalienable right). Kdor vzame drugemu življenje, krši s tem dvojne dobrine: interes posameznikov in občni interes; prvemu se more posameznik odpovedati, drugemu pa ne. Privolitev pri usmrtitvi torej ne more neprava odstraniti, pač pa ga zmanjšuje. Radi tega je bilo potrebno ustvariti pri usmrtitvi dva tipa zločinov, usmrtitev na zahtevo in usmrtitev brez privolitve.

³³ Grundlagen des Strafrechtes 338.

³⁴ V območju apelacijskega sodišča v Ljubljani je znan v letih 1930.—1933. en sam primer tega delikta.

2. Pomoč pri samomoru.

Vprašati se moramo najprej, kaj je vzrok, da se samomor ne kaznuje. Mogoče je troje: dejanje je kaznivo, kaznovanje pa ni umestno, ali dejanje ni zabranjeno, ker je pravno brez pomena, ali dejanje je dopustno in se radi tega ne more kaznovati (Binding, Hb. I. 697). Zadnje mnenje ni pravilno. Človek nima pravice, razpolagati z življenjem in se pohabiti. Binding pravi (Hb. I. 699), da je samomor indiferentno dejanje. Tudi to mnenje ni pravilno; če bi država priznavala državljanom to pravico, bi zanikala samo sebe. Pravilno pravi Beling,³⁵ da je samomor protipravno dejanje. Razlog, zakaj se ne kaznuje, pa je kriminalno-političen. Če je samomorilec radi samomora umrl, ga itak ni moči kaznovati, če se pa je le poškodoval, je itak sam kaznovan.

Samomor je torej protipravno, pa nekaznivo dejanje. Kaz. zakon kaznuje radi usmrtitve le onega, ki »drugega« usmrti (§ 167. k. z.). Vedno ni bilo tako. Po rimskem pravu samomor sicer ni bil kazniv; pač pa so Rimljani kaznovali samomorilca, če je bil vojak. V srednjem veku je v tem pogledu prevladoval vpliv cerkve. Samomor so kaznovali, če je bil poskušen; neke vrste kazni pa so izvrševali celo na mrliču.³⁶ Še danes kaznujejo poskušen samomor Angleška in nekatere ameriške države. Avstrija je kaznovala samomor do srede 19. stoletja.³⁷

Vprašanje samomora rešujejo zakonodaje na tri različne načine. Nekatere samomora sploh ne omenjajo (Nemčija, Francija, Belgija, Avstrija in druge). Radi tega nista v teh državah kazniva niti poskus niti sokrivda samomora. Druge določajo, da je samomor protipravno dejanje in kaznujejo radi tega poizkus in sokrivdo (angleško pravo).³⁸ Večina zakonodaj pa samomora ne kaznuje, pač pa sokrivdo (nasnovno in pomoč) kot delictum sui generis. Take določbe najdemo vprav v najnovejši zakonodaji. Pri nekaterih je izvršitev samomora pogoj kaznivosti, pri drugih pa ne. Deloma se kaznuje le pomoč, udeležba pri izvršitvi dejanja se pa kaznuje kot navadna usmrtitev. Druge države

³⁵ Die Lehre vom Verbrechen. 1906.—223, enako: Dolenc, Pravni Vestnik. 1921.—10

³⁶ Dolenc, Sokrivda pri samomoru in sličnih činih. Pravni Vestnik. 1921.—7, Liszt. § 35.—V. 13.

³⁷ Liszt. Vergl. Darst. B. V.—133, 134.

³⁸ Gerland. V. D. A. II.—520.

kaznujejo nasovo in pomoč, prav tako tudi naša država (§ 169. k. z.).

Ker je predmet te razprave privolitev h kaznivim dejanjem zoper življenje in telo, govorimo tu le o pomoči pri samomoru. Pomoč pri samomoru se namreč da navadno le na zahtevo ali prošnjo. To dejanje je gotovo socialno nevarno. Vsak človek ima celo vrsto važnih in nevažnih razlogov, ki ga vežejo na življenje. Če se najde človek, ki te zapreke odstrani, sliči to dejanje često usmrtitvi sami.

Poskus pripomoči k samomoru ni kazniv. Potrebno je, da storilec samomor vsaj poskusi. Osnutek avstr. k. z. iz l. 1927. zagroža s kaznijo le nasovo, ne pa pomoč k samomoru (§ 248.). V motivih pravi (196): »Kdor drugemu, ki je že odločen, da stori samomor, olajša izvršitev dejanja, ravna nemoralno, ni pa potrebno, da se tako dejanje kazensko preganja. Drugače je, če storilec šele povzroča v drugi osebi sklep, da se usmrti.«

Osnutek čeh. k. z. (§ 273.) kaznuje le onega, ki iz sebičnih ali iz drugih nizkotnih nagibov drugega k samomoru navede ali mu k samomoru pomaga. V motivih navaja (193), da tu ne gre samo za nasovo ali pomoč, marveč tudi za vsako drugo ravnanje (n. pr. prevaro, sistematično grdo ravnanje i. t. d.), ki dovede drugo osebo k temu, da se usmrti. Pogoj kaznovanja je pa ta, da je dejanje izvršeno iz nizkotnih nagibov.

3. Dvoboj.

Usmrtitve v dvoboju s smrtonosnim orožjem ni moči podrediti pod določbo § 168. k. z. Te privilegirane določbe je le deležen, kdor drugega usmrti na »zahtevo ali prošnjo«, privolitev tu ne zadostuje. Trditi se more, da privolujeta duelanta v usmrtitev s konkludentnim dejanjem. To konkludentno dejanje je v tem, da se postavita dogovorno v boj, vendar se usmrtitev ne izvrši na zahtevo ali prošnjo, nasprotno vsak izmed bojevnikov teži na to, da napravi svojega nasprotnika nesposobnega za boj ali da ga celo usmrti. Usmrtitev ali poskus usmrtitve v dvoboju se kaznuje torej po našem k. z., ki nima posebnih določb o dvoboju, po občnih določbah o usmrtitvi (§ 167. k. z.).³⁹ Osnutek s. k. z. iz l. 1910. pravi (motivi 395), da se določbe o dvoboju namenoma niso sprejele v zakon. Na to dejanje — tako pravijo motivi — je treba uporabljati odredbe, ki se nanašajo na usmrtitev ali telesno poškodbo, storjeno »s pristan-

³⁹ Urošević 276.

kom« oškodovane osebe. Ta motivacija ne zadovoljuje; osnutek namreč ne govori o usmrtitvi »s pristankom«, marveč le o usmrtitvi »na zahtevo«, o telesni poškodbi »s pristankom« pa sploh nima nobenih določb.

Stooß trdi,⁴⁰ da duelanta sploh ne privolita v usmrtitev ali v poškodbo, marveč le v boj in v življenjsko nevarnost, ki je združena z dvobojem. V poškodbo pa noben duelant ne privoli, nasprotno vsak se trudi, da bi ostal nepoškodovan in da bi ranil nasprotnika.

Pri dvoboju z drugim orožjem, ki ni smrtnonosno, pa so uporabne določbe o telesni poškodbi.⁴¹ Protipravnost dejanja tudi tedaj ni izključena, če se smatra, da privolita oba bojevnika s konkludentnim dejanjem (dogovor o podrobnosti dvoboja, pravila bojevanja) v to, da smeta drug drugega napraviti nesposobnega za boj.⁴² Privolitev k hudim telesnim poškodbam namreč ne jemlje dejanju značaja protipravnosti, o tem bomo govorili pozneje.

Sekundanti se kaznujejo kot udeleženci. Zdravniki, ki prisostvujejo dvoboju s smrtnonosnim orožjem, odgovarjajo po določbi § 135 k. z., če so prej zvedeli za dejanje in če so imeli časa dovolj, da ga prijavijo oblastvu.

Kar velja za dvoboj, velja tudi za telesne poškodbe pri izvajanju sporta.⁴³ Razlika pa je v tem, da naklep pri sportu praviloma ni usmerjen na telesno poškodbo, kvečjemu na lahko. Take poškodbe so pri izvajanju sporta zbog privolitve nekaznive. Hude poškodbe pa ostanejo kaznive kljub morebitni privolitvi. O tem govorimo pozneje. Seveda so pa kaznive vse poškodbe, ki so nastale, ko so se kršila pravila sporta. Prav tako so kaznive hude poškodbe, storjene iz malomarnosti.

4. Odprava telesnega plodu.

Odprava telesnega plodu ni le poseg v telesno integriteto matere, marveč tudi napad na življenje telesnega plodu. S to pravno dobrino pa mati ne more razpolagati. Njena privolitev, da se odpravi plod, ne more torej ukiniti protipravnosti dejanja.⁴⁴

»Privolitev« in »zahteva« sta pri odpravi telesnega plodu le okolnosti, ki zmanjšata kazen. Kdor da noseči žen-

⁴⁰ Stooß, Chirurg, Operationrn 89.

⁴¹ Urošević 276, Dolenc 282.

⁴² Olshausen II. del, 15. odd. 3.

⁴³ Olshausen § 223.—9a.

⁴⁴ Olshausen § 218—7 I., Binding Hb. I. 721.

ski na njeno zahtevo ali z njenim pristankom sredstvo ali stori, da plod odpravi, se kaznuje s strogim zaporom. Če to stori zdravnik, lekarnar, babica ali kdo, ki vrši to za nagrado, se kaznuje z robijo do 5 let (§ 172. k. z.). Noseča ženska sama, ki drugemu dopusti, da ji odpravi plod, se pa kaznuje z zaporom do 3 let (§ 171. k. z.). Beseda »dopusti« pomeni privolitev, dano izrečno ali molče. Ta privolitev mora biti dana v trenutku kaznivega dejanja, privolitev pred kaznivim dejanjem ali po kaznivem dejanju ne zadostuje.⁴⁵ Dopustitev v smislu te določbe je pravno dejanje, ne pa pravni posel, tudi maloletni sme »dopustiti«, ne pa blazni.

Odprava telesnega plodu ni kazniva v primeru tako zvane indicirane perforacije. V tem primeru se telesni plod usmrti, da se reši mati. Iz kriminalno političnega vidika je stvar ta, da se žrtvuje socialno manj vredni telesni plod v korist socialno več vredne matere.⁴⁶

Zakon pravi v določbi § 173., tretji odst., k. z.: »Kaznovati ni zdravnika, ki pravilno povzroči noseči ženi ob poprejšnji prijavi oblastvu in po zdravniškem komisijskem mnenju prekinitev nosečnosti ali odpravi plod, da ji reši življenje ali da odvrne neizogibno nevarnost za njeno življenje, če ni to na noben drug način mogoče.«

Po § 14. izvršilne uredbe⁴⁷ sme zdravnik prekiniti nosečnost tudi brez poprejšnje sestave zdravniške komisije in to v primerih, ki ne dopuščajo odlašanja, kadar preti noseči ženski neposredna nevarnost ali neizogibna nevarnost za zdravje, n. pr. pri eklampsiji, placenta praevia in dr. K. temu poslu pa mora poklicati še enega zdravnika, kjer je to mogoče, in nato sestaviti z njim skupni zapisnik.

Perforacijo ni presojati z vidika zdravniške operacije, ker tu ne gre le za zdravljenje noseče ženske, marveč tudi za usmrtitev telesnega plodu. Perforacijo je moči torej zakonodajno urediti le z vidika skrajne sile. Določba o skrajni sili (§25. k. z.) pa za perforacijo ne zadostuje. Skrajna sila je le tedaj podana, če grozi nevarnost neposredno (». . . . istočasna, drugače neodklonljiva nevarnost . . .«), perforacijo pa je treba izvršiti že prej, ne sme se čakati dotlej, ko je nevarnost za mater na vrhuncu. Radi tega jo dopušča naš zakon že poprej. V ostalem pa so po-

⁴⁵ Olshausen § 218—4b.

⁴⁶ Radbruch. Abteilung. V. D. B. V.—169, 170.

⁴⁷ Uredba o sestavi zdravniške komisije. Služb. Nov. 105/30, Služb. L. 187/30, prav tako o. a. k. z. 1909.—§ 295.

goji za perforacijo isti kakor pri skrajni sili, le v enem pogledu je določba § 173. k. z. ožja od one po § 25. k. z.; perforacijo sme izvršiti le zdravnik, nihče drugi. Ker gre tu le za specialen primer skrajne sile, je vseeno, ali privoljuje noseča ženska v perforacijo ali ne.

Indikacije za prekinitev nosečnosti po našem kazenskem zakonu so torej zgolj medicinske. Čujejo se pa glasovi, naj bi se de lege ferenda dovolila odprava telesnega plodu tudi iz evgeniških in zlasti iz socialnih razlogov.

Že Löffler⁴⁸ je predlagal, naj se dovoli perforacija s privolitvijo matere tudi tedaj, če je bila nosečnost povzročena s posilstvom, oskrumbo, krvoskrunstvom ali na drug kazniv način.

Po osnutku čeh. k. z. (§ 286.) naj bi bila odprava, to je usmrtitev telesnega plodu, nekazniva, če se vrši iz medicinske indikacije, da se reši mati smrtne nevarnosti ali hude telesne okvare. Osnutek dopušča tudi socialno indikacijo in pravi, da odprava telesnega plodu ni kazniva, če noseča ženska plodu ne bi mogla iznositi ali če po porodu ne bi mogla prehraniti sebe ali osebe, ki jih mora po zakonu prehranjevati in ki so ji tako blizke, kakor otrok, čigar rojstvo pričakuje. »Osnutek navaja kot razlog za prekinitev nosečnosti tudi dejstvo, »da se je oploditev izvršila s posilstvom, z oskrumbo ali s kaznivo zlorabo deklice, ki še ni imela 16 let.« Končno omenja osnutek tudi evgeniško indikacijo in dopušča, da se sme nosečnost prekiniti, če je nedvomno, da bo otrok duševno ali telesno hudo obremenjen. Nosečnost se sme prekiniti v vseh teh primerih le s privolitvijo noseče ženske; operacijo pa sme izvršiti edinole zdravnik.

Ruski kaz. zakon z dne 22. novembra 1926. (izpremembe iz l. 1930.) določa (§ 140.): »Odprava telesnega plodu, ki so jo s privolitvijo matere izvršile osebe, ki nimajo predpisane medicinske izobrazbe, ali ki je izvršena ob okolnostih, škodljivih za zdravje, se kaznuje z odvzemom svobode ali s prisilnim delom do enega leta ali z denarno kaznijo do 500 rubljev.

Kdor vrši ob pogojih prvega odstavka odpravo telesnega plodu obrtoma ali brez privolitve matere ali če se povzroči z odpravo smrt matere, se kaznuje z odvzemom svobode do 5 let.« Iz navedenega je posneti, da je odprava telesnega plodu v vseh drugih primerih dopustna, zlasti če jo izvrši zdravnik lege artis v javnem zdravstvenem zavodu.

⁴⁸ Gleispach. Deutscher Strafgesetzentwurf. — 148.

5. Telesne poškodbe.

In sedaj pogledjmo, kako učinkuje privolitev pri zločinih zoper varnost telesa! Iz zakona samega ne posnamemo ničesar, v teoriji pa je to vprašanje sporno.

Tudi inozemske zakonodaje niso v tem pogledu enotnega mnenja. V Nemčiji in Franciji se kaznujejo telesne poškodbe kljub privolitvi. V Norveški je privolitev pri hudih telesnih poškodbah zgolj olajševalna okolnost. Salvador — Guatemala določa, da je pohabljenje kaznivo kljub privolitvi, druge telesne poškodbe torej očitvidno ne. Po angleškem pravu privolitev pri hudih poškodbah ne učinkuje, pri lahkah pa je brez pomena le tedaj, če je kršil storilec s temi poškodbami obenem javni mir. V Švici privolitev ne učinkuje pri kastraciji. Z vidika državne obrambe pa kaznujejo vse države kljub privolitvi telesne poškodbe, storjene v namenu, da se poškodovani napravi nesposobnega za vojaško ali za drugo javno službo.⁴⁹

V teoriji je v tem pogledu troje mnenj. Eno teh mnenj pravi, da jemlje privolitev telesnim poškodbam v vseh primerih značaj protipravnosti. To mnenje se utemeljuje s tem, da zagroža zakon za usmrtitev na zahtevo znatno miljejšo kazen (§ 168.) kakor za navadno usmrtitev (§ 167.); če se torej kazen za naklepno usmrtitev ob privolitvi (prav: ob zahtevi) znatno zmanjša, mora privolitev pri manj hudem zločinu telesne poškodbe protipravnost dejanja popolnoma ukiniti (arg. a majori ad minus). Drugi razlog za to mnenje je posneti iz določbe drugega odstavka § 118. k. z. Po tej določbi se kaznuje z zaporom, kdor drugega z njegovo odobritvijo pohabi, le tedaj, če ga s tem vedoma napravi nesposobnega za vojaško službo. Kazen za to dejanje je torej nižja kakor za druge telesne poškodbe kljub temu, da je to dejanje naperjeno tudi zoper obrambno silo države. Dalje je upoštevati, da določa zakon za usmrtitev na zahtevo le zatočenje do petih let ali zapor, za hudo telesno poškodbo po § 178. pa robijo ali zatočenje do 8 let, za primer smrti robijo do dvanajstih let. Če se ne bi upoštevala privolitev pri telesni poškodbi, bi se morala huda telesna poškodba, storjena na zahtevo, strožje kaznovati kakor usmrtitev na zahtevo. To so torej razlogi, da so vse telesne poškodbe ob privolitvi nekaznive.⁵⁰ Zastopniki tega mnenja pa priznavajo, da nasprotuje našemu pravnemu čutu, če bi

⁴⁹ Gerland. V. D. A III 517.

⁵⁰ Vladajoče mnenje: Olshausen § 223—9, Binding Hb. I. 724, Lb. 1—44, Finger 1—416, Meyer A 345 in drugi.

bile hude telesne poškodbe zbog privolitve nekaznive. Pa tudi razlogi, ki smo jih pravkar navedli, niso de lege lata povse tehtni. Iz določbe § 168. k. z. se da sklepati vprav obratno, češ, da upošteva zakon privolitev (zahtevo) le pri usmrtitvi, ne pa pri telesni poškodbi. Tudi upošteva zakon privolitev le za omilitev kazni, ne pa za to, da ukine protipravnost. Liszt utemeljuje to mnenje s tem, da je pohabljenje često hujši zločin kot usmrtitev.⁵¹ Tudi razlog z vidika določbe § 118. k. z. ni povse prepričevalen. Okrnitve, ki jih ima v mislih § 118. k. z., navadno niso hude telesne poškodbe. Da se napravi kdo nesposobnega za vojaško službo, zadostuje, da si odreže člen prsta.

Drugo mnenje zanika, da bi imela privolitev kakršenkoli vpliv na protipravnost zločinov zoper telo. Tega mnenja je nemški Reichsgericht.⁵² Svoje mnenje utemeljuje s tem, da posameznik ne razpolaga z življenjem in z zdravjem. Življenje in zdravje sta neodtuljivi dobrini. To načelo je brez dvoma pravilno, ne velja pa brez izjeme. To kažejo primeri vsakdanjega življenja (striženje las, pretep na gledališkem odru, krvne preiskave v znanstvene namene in slično). Teorija, da privolitev pri vseh telesnih poškodbah ne učinkuje, je torej nevzdržna. Tudi razlog, da v materijalnem kazenskem pravu ni analogije,⁵³ ne drži. Prepoved analogije velja le za penalizacijo, ne pa za ukinitve kaznivosti, torej le in malam partem.

Niti eno niti drugo mnenje, ki smo ju pravkar omenili, ne ustreza pravnemu čutu. Zato so nekateri pisci skušali najti srednjo pot. Trdijo, da učinkuje privolitev le pri manjših telesnih poškodbah, ne pa pri hudih.⁵⁴ Ta omejitev je v bistvu pravilna, vendar ni točno izražena. Pravilno je razlikovati med telesnimi poškodbami, ki kršijo javni interes, in med takimi, ki kršijo zgolj interes oškodovane osebe. Manjše poškodbe po § 181. k. z. kršijo le interes oškodovane osebe, ne pa javnega interesa. To se vidi iz tega, da se preganjajo poškodb po prvem odstavku § 181. k. z. le na predlog (§ 186.). Če je torej v tem primeru odvisen pregon od volje oškodovančeve (§ 85.), se mora iz tega opravičeno sklepati, da je treba upoštevati tudi voljo, ki jo je izrazil oškodovanec pred dejanjem. S privolitvijo se torej odvzame

⁵¹ Löffler. V. D. B. V. 242.

⁵² tudi Hälschner 1—471.

⁵³ Holer 134.

⁵⁴ Merkel 170, Frank I. Schwartz § 223.—5a.

manjšim telesnim poškodbam značaj protipravnosti, ker je pri takih poškodbah okrnjen zgolj zasebni, ne pa javni interes. Hude poškodbe pa ostanejo kaznive kljub privolitvi. Državi je na tem, da so vsi državljani zdravi, da niso po-habljeni: *Nemo dominus membrorum suorum!*

Novejši osnutki kazenskih zakonov niso tako redkih besedi o tem, kako učinkuje privolitev na kazniva dejanja zoper telesno varnost. Že osnutek n. k. z. 1925. določa (§ 239.),⁵⁵ da je telesna poškodba, izvršena ob privolitvi poškodovane osebe, nekazniva le tedaj, če dejanje ne nasprotuje dobrim šegam. Sodba o vrednosti se tiče torej dejanja, ne pa privolitve. Motivi utemeljujejo to določbo tako (124): »Če privoli kdo v telesno poškodbo, da se ogne večjemu zlu, ki mu preti od storilca, utegne biti dejanje osebe, ki privoli, vredno spoštovanja, dejanje storilčevo pa je treba vsekako kaznovati kot telesno poškodbo, ker je nemoralno, da je uporabil dovolitev. Pojem dobrih običajev je prevzel osnutek iz grajanskega prava. Ta pojem se krije z občutkom dostojnosti vseh, ki mislijo pravično.« Zimmerl⁵⁶ označuje to določbo za neumestno, ker uvaja kazenski zakon odredbo, ki je že v zasebnem pravu sporna in ki bi bila radi tega v kvar pravni varnosti.

6. Zdravniške operacije.

Ko govorimo o privolitvi pri kaznivih dejanjih zoper telo, moramo v tej zvezi govoriti tudi o zdravniških operacijah. Nihče seveda ne dvomi o tem, da ne bi bile zdravniške operacije pravno dopustne. Dvom je le v tem, v čem je pravni razlog, da zdravniške operacije niso protipravne. Premotriti hočemo tu predvsem vprašanje, kakšen pravni pomen ima privolitev pri zdravniških operacijah.

Vprašanje, zakaj so zdravniške operacije nekaznive, je rešila znanost neenotno. Vobče je tu razlikovati dvoje osnovnih mnenj. Eno mnenje pravi, da zdravniške operacije sploh niso telesne poškodbe v smislu kazenskega zakona. Drugo mnenje pa pravi, da so zdravniške operacije telesne poškodbe, da pa niso protipravne, ker je podan pravni razlog, ki izključuje protipravnost. Vpraša se le, kateri je ta razlog. Tudi v tem pogledu si mnenja nasprotujejo.

⁵⁵ To določbo je prevzel tudi o. n. a. k. z. 1927. (§ 264.).

⁵⁶ Strafrechtliche Arbeitsmethode de lege ferenda 1931.—320. Končno so to določbo črtali.

Mnenje, da zdravniške operacije niso telesne poškodbe, je obširno utemeljeval profesor dr. Karl Stooß.⁵⁷ Osnovne misli njegove teorije so te-le: Država štiti človeško zdravje kot pravno dobrino in dovoljuje le izjemoma, da sme kdorkoli drugega na telesu poškodovati (n. pr. vojak v vojni, silobran, nepremagljiva sila). V teh primerih država ne kaznuje okrnitve pravne dobrine, ker je ta okrnitev v prid drugi pravni dobrini. Operacija se pa izvrši v prid iste osebe, čije zdravje naj se štiti in popravi. Operacija je torej sredstvo, ki naj štiti in popravi telo one osebe, ki se poškoduje. Operacija torej ni telesna poškodba, marveč zdravljenje, ona ne oškoduje telesa, pač pa mu naj koristi. Beseda »poškodovati« pomeni toliko ko škoditi. Operater pa ne poškoduje telesa, on reši bolniku življenje. Kirurg hoče vprav nasprotno tega, kar imenujemo telesno poškodbo. Franz Liszt je očital Stoošu, da zanemarja naklep s smotrom; naklep je telesna poškodba, zdravljenje pa je smoter. Stooß mu odgovarja in mu očita, da zamenjuje zdravljenje in telesno poškodbo.⁵⁸ Vrhovno načelo operacije je »nil nocere«, zaradi tega operacija ne more biti telesna poškodba.

Če menimo, da zdravniške operacije niso telesne poškodbe, je privolitev v operacijo brez pomena. Bolnik ne privoljuje v telesno poškodbo, marveč v operacijo, hoče, da mu kirurg vrne zdravje. S tega vidika ima torej privolitev le ta pomen, da se odpove bolnik pravici, svobodno razpolagati s svojim telesom.

Nasprotniki tega mnenja pravijo, da so zdravniške operacije telesne poškodbe in navajajo različne pravne razloge, zbog katerih naj bi bile operacije pravno dopustne. Te razloge hočemo le na kratko omeniti, podrobneje se pečamo le s privolitvijo.

Nemški Reichsgericht meni, da so zdravniške operacije dopustne, ker privoljuje bolnik v operacijo. Tega mnenja je deloma tudi Beling.⁵⁹ Če bi bilo to mnenje pravilno, bi se moral kaznovati večji del operacij kot huda telesna poškodba, če bolnik vanje ni privolil. To mnenje odpove vprav v najbolj kritičnih primerih. Kako naj si pridobi kirurg privolitev, če je bolnik v nezavesti, operacijo je pa treba izvršiti brez odloga, da se reši življenje? Stooß pravi,⁶⁰ da

⁵⁷ Chirurgische Operationen und ärztliche Behandlung. Berlin. 1898.

⁵⁸ Stooß 11.

⁵⁹ Beling, Die Lehre vom Verbrechen. 1906—153.

⁶⁰ Stooß 95.

bolnik praviloma ne more presoditi, ali je operacija stvarno potrebna. Če torej privoli v operacijo, izreče s tem le, da zaupa zdravniku. Bolnik privoli le radi tega, ker meni, da bo operacija koristila njegovemu zdravstvenemu stanju. Če bi bilo to mnenje pravilno, da izključuje privolitev v operacijo protipravnost dejanja, bi bilo vse, kar stori zdravnik z bolnikovo privolitvijo, dopustno, naj si bo stvarno še tako zgrešeno. Nasprotno pa bi se morale kaznovati vse operacije, dasi so bile izvršene lege artis, če bolnik n. pr. iz nerazumnosti ni privolil. Privolitev torej ni razlog, ki daje zdravniškim operacijam značaj pravne dopustnosti.

Drugi pisci so navedli druge razloge, iz katerih naj bi bile zdravniške operacije pravno dopustne. Meyer, Binding,⁶¹ Merkel, Finger pravijo, da ima zdravnik po svojem poklicu pravico zdraviti bolnike. Če dovoljuje država zdravniku izvrševati njegov poklic, mu mora dovoliti tudi vsa dejanja, ki so potrebna, da opravi svoj posel. K tem dejanjem pa spadajo tudi zdravniške operacije. To mnenje ni pravilno, ker mora biti tudi drugim osebam, ki niso zdravniki, dovoljeno lajšati trpljenje svojemu bližnjemu.⁶² Če bi bilo to mnenje pravilno, bi se moral kaznovati inozemski kirurg, dasi je izvršil amputacijo po predpisih zdravniške vede.⁶³

Oppenheim pravi, da v zakonskem pravu ni moči najti razlog za to, da so zdravniške operacije pravno dopustne. Razlog za to je po njegovem mnenju v običajnem pravu. Takega običajnega prava pa ni. Govoriti moremo le o nazarju zdravnikov, ne pa o pravem prepričanju ljudstva o operacijah.

Lisztovo⁶⁴ mnenje o operacijah se da na kratko povzeti tako: »Če priznava država določen smoter, so s tem tudi dopustna vsa sredstva, ki so primerna in potrebna, da se doseže ta smoter.« Dovoljeni smoter se pa sme doseči le z dopustnimi sredstvi. Sredstvo pa je primerno, če ustreza zdravniškemu pravilom in sodobni zdravniški vedi.

Löffler⁶⁵ pravi, da ima zdravniška operacija isti smoter kakor kazenska norma o telesni poškodbi. Radi tega ne more biti normi nasprotna.

⁶¹ Binding Hb. 722.

⁶² Sauer 337, Olshausen § 223—9b.

⁶³ Löffler. V. D. B. V.—245.

⁶⁴ Liszt, Lehrbuch. § 35. III.

⁶⁵ Löffler 247, 248.

To mnenje se pa popolnoma približuje Stoošovemu, ki pravi, da zdravniške operacije sploh niso telesne poškodbe. Ljudstvo ima zdravniške operacije za dobra in koristna dejanja, ki so že po svoji naravi sama po sebi dopustna. To mnenje so sprejeli tudi najnovejši osnutki kazenskih zakonov.

Kirurške operacije v novi kazenski zakonodaji.

Že o. avstr. k. z. 1909 pravi (motivi 265), da zdravniške operacije niso telesne poškodbe, ker so zdravljenje ne pa poškodbe ne glede na to, ali bolnik vanje privoli ali ne. O. n. k. z. 1925, (§ 238,) pravi: »Posegi (v telesno integriteto) in načini zdravljenja, ki ustrezajo vestnemu poslovanju zdravnika, niso telesne poškodbe v smislu tega zakona.« To določbo je prevzel tudi a. o. 1927, (§ 263.). Oba osnutka sta se povse pridružila Stoošovemu mnenju, da zdravniške operacije niso telesne poškodbe. Zdravniške operacije torej tudi tedaj niso protipravne, če pacient ni privolil v operacijo. Določba § 264. o. a. k. z. 1927, ki govori o privolitvi k telesnim poškodbam, ne velja za zdravniške operacije, ker po omenjenem osnutku sploh niso »telesne poškodbe« (motivi 202). Iz določbe o zdravniških operacijah je torej posneti, da osnutek ne šteje vseh operacij za zakonite, marveč le one, ki so v skladu z ravnanjem vestnega zdravnika in ki ne nasprotujejo načelom zdravniške etike. Teh operacij tudi tedaj ni imeti za telesne poškodbe, če niso uspele. Če pa zdravniške operacije ne ustrezajo ravnanju vestnega zdravnika, so kaznive, dasi so uspele. Nekaznive so po o. le tedaj, če je pacient vanje privolil (§ 264. o.) Določba osnutka o zdravniški operaciji (§ 263.) velja ne le za operacijo medicinsko bolnih oseb, marveč tudi za druge posege v telesno integriteto (n. pr. odstranitev jetrnih peg, škiljenje, posegi radi diagnoze, cepljenje). Ta določba ne ščiti le operacije zdravnikov, marveč tudi drugih oseb, ki so večče zdravljenja. Ker zdravniške operacije po osnutku niso telesne poškodbe, je seveda tudi privolitev v operacijo brez pomena. Če ni privolitve, se dejanje osnutka seveda ne more kaznovati po osnutku kot telesna poškodba, marveč le kot samolastno zdravljenje. Po § 281. o. je moči kaznovati zbog tega dejanja tudi osebo, ki ni zdravnik (motivi 213, § 57. čeh. z. o prekrških). Storilec se pa ne kaznuje, če mu ni bilo mogoče dobiti bolnikove privolitve (nezavest, huda mrzlica) in če kljub temu izvrši operacijo, da reši bolniku življenje. Ta določba velja za primer, da je bolnik poprej izjavil, da se ne da operirati.

Vpraša se še, kaj pravi naša zakonodaja o zdravniških operacijah. Kazenski zakon ne določa ničesar o pravnem značaju zdravniških operacij. Zakon o zdravnikih (Sl. L. 18/31) določa o poklicnih dolžnostih zdravnikov to-le: »Zdravniki so osebe, ki jim je poklic, zdraviti bolnike in skrbeti za narodno zdravje na temelju znanstvene in strokovne izobrazbe, pridobljene po zakonitih predpisih (§ 1). Zdravniki so dolžni prizadevati si, da s svojim znanjem, s svojo strokovno izobrazbo in s svojim vestnim delom pospešujejo in čuvajo narodno zdravje (§ 22). Zdravniki so dolžni, da se natančno ravnajo po sodobni zdravniški vedi, ko izvršujejo zasebno prakso (§ 25.). Čl. 11. drugi odstavek pravilnika o organizaciji, notranjem delu in vzdrževanju službe v državnih bolnicah (Sl. L. 53/30, Sl. N. 136/30), izdan na podstavi § 26. zakona o bolnicah (Ur. L. 186/30, Sl. N. 52/30) pa določa: »Za izvršitev operacije morajo dati odrasli bolniki sami, za mladoletne pa starši ali varuhi pismeno ali ustno dovoljenje. V nujnih primerih se sme izvršiti operacija na osnovi konzilarnega mnenja dveh do treh zdravnikov.«

Iz teh določb je posneti, da naša zakonodaja zdravniških operacij nima za telesne poškodbe, marveč za zdravilna dejanja, ki so sama po sebi pravno dopustna in nekazniva ne glede na pravni razlog. Privolitev, ki jo omenja čl. 11. gori navedenega pravilnika, pa je tolmačiti tako, da se bolnik odpove s to privolitvijo svobodnemu razpolaganju s svojim telesom, torej osebni svobodi. Če te privolitve ni, so zdravniške operacije kljub temu dopustne in nekaznive, če so izvršene lege artis. Če pa niso izvršene lege artis, se utegnejo kaznovati le kot kulpozne telesne poškodbe.

Izrečno zahteva privolitev kazenski zakon v določbi § 264. ki pravi: »Zdravnik, ki uporablja doslej še ne preskušeni način zdravljenja ali ki izvrši doslej nepreskušeno operacijo brez pristanka bolnikovega ali njegovega zakonitega zastopnika, če je bolnik brez zavesti ali če se ni dovršil šestnajstega leta, pa bolnik zbog tega umre, se kaznuje z robijo do petih let; poleg tega se mu prepove, izvrševati zdravniški poklic za dobo od dveh do petih let.« Ta odredba se nanaša na uporabo notranjih lekov in na operacije. Privolitev oprošča zdravnika odgovornosti. Motivi o. s. k. z. 1910 pravijo (str. 424), da je ta določba potrebna, da se ne bi bolniki uporabljali za negotove poskuse.

7. Spolno okuženje (§ 256. k. z.).

Država ima interes in dolžnost, da skrbi za zdravje svojih državljanov. Velika razširjenost spolnih bolezni, nevarnost teh bolezni za posameznika in za splošno ljudsko zdravje sta vplivali na zakonodajca, da preti s kaznijo tistemu, »ki izvrši, dasi je spolno okužen, telesno združitve ter drugega okuži ali ga kakorkoli izpostavi nevarnosti te okužitve« (§ 256. k. z.). To določbo je zakonodajec uvrstil v poglavje o kaznivih dejanjih zoper občno zdravje. Že sistematika zakona kaže na to, da štiti zakon tu nele koristi posameznika, marveč tudi občno ljudsko zdravje. Dejanski stan § 256. k. z. je poseben primer ogroževalnega delikta. Izpostavitve (§§ 175., 176.) je specijalen primer ogražanja življenja, spolna okužitev (§ 256.) pa specijalen primer ogražanja telesne nevarnosti in ljudskega zdravja. Javnost ima interes na tem, da se ne širijo spolne bolezni med ljudstvom. Že iz tega lahko posnamemo, da ne jemlje privolitev spolnemu okuženju značaja protipravnosti. Dejanje je naperjeno proti javnemu interesu, temu interesu se poškodovanec ne more odpovedati. Okuženje pa je tudi huda telesna poškodba. Hudim poškodbam pa privolitev ne odvzame značaja protipravnosti.

8. Izpostavitve smrtni nevarnosti ter zapustitev ali prepustitev druge osebe v taki nevarnosti.

Kočljivo je vprašanje, kako učinkuje privolitev pri izpostavitvi smrtni nevarnosti (§ 175. k. z.) in pri zapustitvi ali prepustitvi druge osebe v taki nevarnosti (§ 176. k. z.). Izpostavitve smrtni nevarnosti je ogroževalen delikt. Kdor privoli, da ga kdo izpostavi in zapusti v smrtni nevarnosti, se poda sam v smrtno nevarnost. V takem primeru sploh ni podan dejanski stan § 175. k. z.

Drugačna pa je stvar, če kdo zapusti ali prepusti smrtni nevarnosti osebo, za katero je dolžan skrbeti (§ 176. k. z.) Tu štiti zakon ne le osebno varnost in telesno integriteto, marveč tudi dolžnost preskrbe in dolžnost varstva. Država ima interes na tem, da izvršujejo osebe, ki so dolžne za koga skrbeti, to svojo dolžnost. Tu gre torej za javne interese, ki se jim varovanec ne more odpovedati. Ne glede na to, pa je privolitev pri nedoletnih in blaznih nemogoča. Varovanec sam ne more privoliti, zakoniti zastopnik pa tudi ne. Prav to velja za onemogle osebe.⁶⁶

⁶⁶ Binding Hb. I. 725.

Razume se pa, da velja vse to le tedaj, če izpostavitev ni sredstvo za usmrtitev. V tem primeru bi bilo tozadevno zahtevo presojati z vidika § 168. k. z.

9. Sterilizacija.

Sterilizacija je huda telesna poškodba. Ona krši dvoje pravnih dobrin, integriteto telesa in sposobnost ploditve (potentia generandi). Z integriteto telesa poškodovani praviloma ne razpolaga, tem manj s sposobnostjo ploditve. Država ima interes na tem, da plodovitost njenih članov ne nazaduje. S sterilizacijo se torej krši tudi javni interes, s katerim poškodovanec ne more razpolagati. Privolitev oškodovane osebe torej praviloma ne more odvzeti sterilizaciji značaja protipravnega in kaznivega dejanja. Vse to velja seveda praviloma le za neindicirane sterilizacije; o indiciranih sterilizacijah govorimo pozneje.⁶⁷

Zakonodaje v pogledu privolitve v sterilizacijo niso enotnega mnenja. Nekateri dovoljujejo sterilizacijo le, če privoli prizadeta oseba, druge se na privolitev ne ozirajo. Zanimivo je, da praviloma ne zahtevajo, da privoli zakonski drug. V Zedinjenih državah Severne Amerike ima že dobra polovica držav sterilizacijske zakone. Dvajsetdva zakona navajata za razlog sterilizacije evgeniško, dvanaajst obenem tudi medicinsko indikacijo, v treh je sterilizacija mišljena kot kazen. Privolitev se zahteva le v šestih državah. Danski sterilizacijski zakon iz leta 1929. in švedski osnutek dovoljujeta sterilizacijo in kastracijo le, če privoli prizadeta oseba. Nemški sterilizacijski zakon z dne 14. julija 1933. dovoljuje sterilizacijo iz evgeniških razlogov. Sterilizacijo sme predlagati tudi zdravnik, upravnik bolnice ali vodja zavoda, n. pr. kazenskega, v katerem biva oseba, ki naj bo sterilizirana (§ 3. zak.). Pogoji za sterilizacijo se ugotove v sodnem postopku, § 12. ster. zak. izrečno pravi: »Če je sodišče sterilizacijo končno sklenilo, se sme operacija izvršiti tudi proti volji prizadete osebe.« Ta določba je logična in pravno pravilna. Če bi bila sterilizacija vezana na privolitev, država ne bi mogla izvršiti naloge, ki si jo je bila namenila: doseči, da ostane narod zdrav na duhu in na telesu.

Prej smo omenili, da je sterilizacija praviloma huda telesna poškodba. To velja brez izjeme za sterilizacije, ki niso

⁶⁷ Glede stališča katoliške cerkve k sterilizaciji glej knjigo: Dr. Josef Mayer, Gesetzliche Unfruchtbarmachung Geisteskranker, Freiburg, 1927.

indicirane, n. pr. nekdo se da sterilizirati, da se lahko brez skrbi vda spolnemu užitku. Drugačna je stvar, če je sterilizacija indicirana. Sterilizacija iz medicinskih razlogov de lege lata ni kazniva, ker jo je imeti za zdravniško operacijo n. pr. žensko osebo je treba sterilizirati, da se prepreči nosečnost, ker bi porod ogražal življenje matere; taka sterilizacija ni telesna poškodba, marveč zdravljenje. Evgeniško indicirana sterilizacija ni kazniva, če privoli prizadeta oseba v operacijo. Občestvo nima interesa, da se plodijo telesno in duševno manjvredne osebe, če je po dedni prognozi pričakovati, da bodo prenesle svoje slabe lastnosti na potomce. Ker tu ni prizadet javni interes, jemlje privolitev prizadete osebe dejanju značaj protipravnosti.⁶⁸ S tem pa je že povedano, da je evgeniško indicirana sterilizacija de lege lata kazniva, če prizadeti ne privoli v operacijo. Socijalno indicirana sterilizacija je de lege lata kazniva ne glede na privolitev. Občestvo ne more dopustiti, da se vzame plodnost ljudem, ki so evgeniško popolni.⁶⁹

Konec.

Znanost preizkuje problem privolitve de lege lata. Sedanja zakonodaja pa rešuje privolitev le kazuistično na podstavi občutka. Zakonodaja tudi ne urejuje privolitve z enotnega vidika. Tako jo upošteva n. pr. pri usmrtni, ne pa pri telesni poškodbi. Že prej smo omenili, da se mora privolitev premotriti z vidika, ali ima javnost interes na napačni pravni dobrini ali ne. Radi tega jo mora zakon n. pr. upoštevati tudi pri drugih dobrinah, na katerih je interesirana javnost. To velja n. pr. za hude telesne poškodbe, za utesnitev svobode, če traja dlje časa, pri uničenju imovine, če je tako, da posega v javne interese, n. pr. uničenje stvari, ki imajo veliko znanstveno ali umetniško vrednost. (Zimmerl 327).

Zaključek te razprave je torej ta:

Življenje in zdravje sta dobrini, s katerima posameznik ne more razpolagati. Privolitev torej praviloma ne more odvzeti zločinom zoper življenje in telo značaja protipravnosti!

⁶⁸ Seitz. Eugenische Sterilisation und Schwangerschaftsunterbrechung. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 1933.—177., Lenz. Ist eugenische Sterilisierung strafbar? ibidem, 1933—51.

⁶⁹ Dr. Luxenburger. Zur Frage der Zwangssterilisierung. Eugenik 1933—79.