



Zbornik znanstvenih razprav
Letnik 77 (2017) 1 / Volume 77 (2017) 1
December 2017

To delo je ponujeno pod licenco Creative Commons Priznanje avtorstva-Brez predelav 4.0 Mednarodna. /
This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NoDerivatives 4.0 International License.

Več na spletni strani: / For further information visit: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/>

Spletna stran / Web page:
<http://zbornik.pf.uni-lj.si>
<http://journal.pf.uni-lj.si>

*Damjan Korošec***Katja Škrubej***

Posebna inkriminacija detomora: od kod in kam?

1. Uvod

Ob razmeroma stabilni slovenski kazenskopravni ureditvi detomora kot posebne privilegirane materine naklepne usmrtitve lastnega otroka med porodom ali takoj po njem se utegne zdeti, da sta v svetu posebno zakonodajno obravnavanje usmrtitve otroka s strani njegove matere ali celo privilegiranost obravnave te usmrtitve vsaj danes samoumevna. Toda že hitra zgodovinska in primerjalna analiza razkrijeta, da je to daleč od resnice.

Po zgodovinsko raznolikem, od približno konca 15. stoletja v Evropi pa načeloma izredno strogem obravnavanju materine usmrtitve svojega otroka, so se neposredne predhodnice današnjih inkriminacij teh deliktov v kazenskih zakonikih 19. stoletja izoblikovale v razmerah še vedno hudega socialnega ograjevanja od žensk, ki so imele spolne odnose zunaj zakonske zveze, zlasti neporočenih. Te ženske so prav zaradi tako hude stigmatizacije materinstva tvegale obsežno in agresivno socialno izobčenje zaradi zanositve (v pogojih odsotne vsakršne učinkovite kontracepcije), zlasti ker niso mogle računati na zaposlitev, ponekod pa tudi ne na sklenitev zakonske zveze (do 18. stoletja je bil marsikje tudi za take primere uveljavljen poseben zakonski institut prepovedi sklenitve zakonske zveze, imenovan *Heiratsverbot*¹). Stigmatizacija je grozila tudi njihovim otrokom. Zato

* Damjan Korošec, doktor pravnih znanosti, redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, damjan.korosec@pf.uni-lj.si.

** Katja Škrubej, doktorica pravnih znanosti, izredna profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, katja.skrubej@pf.uni-lj.si.

¹ Več o obdobju zgodnje moderne dobe do vrhunca absolutizma glej spodaj.

so se znašle v kompleksni stiski z značilnimi eksistencialnimi strahovi vred, zaradi katere so se odločile otroka pokončati že med porodom ali neposredno po njem. Zakonodajalci zlasti v Srednji in deloma v Zahodni Evropi² od konca 18. stoletja naprej so zato iz socialnega čuta do mladih mater razvili posebne inkriminacije detomora, posebej vezane na mater kot nepravna posebna kazniva dejanja glede na možnega storilca (nepravna *delicta propria*) v obliki privilegirane naklepne usmrtitve, po svoji naravi pravzaprav nekakšnega privilegirane zadržanega umora.³ Pri tem so, zanimivo, detomor praviloma predvideli posebej za poročeno storilko in posebej, v znatno milejši obliki za neporočeno storilko oziroma za zunajzakonskega otroka kot žrtev,⁴ kar upravičuje tezo o percepciji posebne socialne stiske prav neporočene ženske kot pomembnem usmiljenem zakonodajnem motivu.

Z velikimi vrednotnimi spremembami evropskih družb v zadnjem stoletju, načelnem prestrukturiranju vpliva krščanstva na delovanje držav, zlasti z izgubo monopola nad institutom zakonske zveze in konceptom (patriarhalne) družine, neposredno povezanim z obstojem t. i. nezakonskih otrok⁵ in njihovih mater, v zadnje pol stoletja pa tudi s splošno liberalizacijo spolnosti, vključno z razvojem kontracepcije in njene široke dostopnosti prebivalstvu in dejstvu, da velika večina porodov poteka v nadzorovanih okoliščinah porodnišnic, ter ob siceršnjih velikih socialnih spremembah so nekatere evropske države prepoznale obsoletnost posebnih inkriminacij detomora, vezanega na eksistencialno in

² Mišljen je predvsem prostor starega Svetega rimskega cesarstva, v njegovem okviru pa zlasti Prusija, Avstrijska monarhija in Bavarska ter Švica, ne pa recimo Francija ali Anglija.

³ Prim. standardno inkriminacijo iz 1. točke (I. odstavka) 116. člena Kazenskega zakonika (KZ-1, Ur. l. RS, št. 50/2012 – uradno prečiščeno besedilo, 6/2016, 54/2015, 38/2016 in 27/2017).

⁴ Kazenski zakon o zločinih, prestopkih in prekrških (*Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Übertretungen*, StGVVÜ 1852), sprejet 27. maja 1852 za časa avstrijskega cesarja Franca Jožefa I (v svojem jedru še v celoti naslonjen na svojega predhodnika iz leta 1803), ki je na območju današnje Slovenije veljal vse do nastanka Kraljevine Srbov, Hrvatov in Slovencev, natančneje do sprejetja enotnega kazenskega zakona Kraljevine Jugoslavije leta 1929. V § 139 je določal: »Mati, katera svojega otroka ob porodu usmrti, ali ga poginiti pusti, ker mu nalašč pri rojstvu potrebne pomoči ne da, naj se obsodi, kadar je bil zakonski otrok umorjen, v težko ječo za vse žive dni. Če je dete nezakonsko bilo, je kazen pri usmrtenju težka ječa od desetih do dvajsetih let, če je pa otrok poginil, ker se mu potrebna pomoč ni dala, od petih do desetih let.« Slovenski prevod po Zbirka avstrijskih zakonov v slovenskem jeziku I. zvezek (Kazenski zakon) (1889), str. 61.

Naj navedemo to osrednjo inkriminacijo detomora iz naše pravne zgodovine še v nemščini: »Gegen eine Mutter, die ihr Kind bei der Geburt tödtet, oder durch absichtliche Unterlassung des bei der Geburt nöthigen Beistandes umkommen läßt, ist, wenn der Mord an einem ehelichen Kinde geschehen, lebenslanger schwerer Kerker zu verhängen. *War das Kind unehelich, so hat im Falle der Tödtung zehn- bis zwanzigjährige, wenn aber das Kind durch Unterlassung des nöthigen Beistandes umkam, fünf- bis zehnjährige schwere Kerkerstrafe Statt.*« Povzeto po Frühwald, HANDBUCH (1855).

⁵ O izredno počasnem in dolgotrajnem procesu izenačitve pravic nezakonskih otrok z zakonskimi v Evropi in v ZDA glej Meeusen, *Judicial Disapproval of Discrimination against Illegitimate Children*, (1995), str. 119–145; prim. tudi spodaj, op. 72.

moralno stisko storilke in ta razlog v obliki izrecnega zakonskega znaka začele opuščati. Nemčija je na primer detomor konec 20. stoletja kot samostojno inkriminacijo povsem opustila. Približno v istem času jo je opustila tudi Francija, pri čemer pa je treba upoštevati, da je bil odnos do tega delikta v francoski doktrini in zakonodaji od začetkov moderne kazenske zakonodaje v začetku 19. stoletja bistveno drugačen kot v večini držav Zahodne in Srednje Evrope, o čemer več v nadaljevanju. Samostojne inkriminacije danes ne poznajo več še v Španiji in v sosednji Madžarski (kjer, prav nasprotno, vztrajajo pri posebni in celo kvalificirani obliki umora prav z otrokom kot žrtvijo, ki zajame vse naklepno ubite otroke, tudi ubitega med porodom in takoj po njem).

Nekatere države so inkriminacijo detomora, zgodovinsko zelo zanimivo, kazenskopravno dogmatično pa nujno sporno, kljub splošnim institutom za obvladovanje omajane prištevnosti na eni strani in upoštevanju olajševalnih okoliščin pri odmeri kazni na drugi, ki so jih hkrati razvijale v splošnih delih kazenskih zakonodaj in dodatno v pravosodni praksi, preoblikovale. Tako je nastal delikt, zgrajen na nekakšni posebni duševni (z)motenosti, vključno z neizbežnimi sistemskimi problemi, ki so povezani s takim izpostavljanjem posameznega deliktnega ravnanja v posebnem delu kazenske zakonodaje in politično zgovornimi etičnimi in političnimi napetostmi in celo paradoksi, ki v tujini odpirajo poglobljene kazenskopravne teoretske razprave (nadrobno v nadaljevanju), v slovenski kazenskopravni teoriji pa jih v glavnem zaman iščemo, še sploh kot izrecne zakonodajne podlage.⁶

Prvi del najine razprave bo namenjen poskusu odgovora na vprašanje, kdaj in zakaj je v naši kazenskopravni zgodovini prišlo do preoblikovanja detomora v delikt, kakršnega poznamo danes v 119. členu KZ-1, v katerih primerljivih okoljih so nastale pobude za to in kdaj, predvsem pa zakaj so detomor kot samostojno in praviloma privilegirano kvalifikacijo v nekaterih kazenskopravno zelo vplivnih državah bodisi popolnoma opustili bodisi jo konceptualizirali bistveno drugače. Naj opozoriva, da bo osrednji pravnozgodovinski vidik nujno omejen zgolj na čas od druge polovice 18. stoletja naprej, k čemur sili tudi prostorska omejenost standardizirane dolžine razprave. Drugi del razprave bo namenjen podrobnejši analizi, kako je inkriminacija detomora vpeta in tudi kako ravno ni vpeta v širši okvir slovenske kazenskopravne teorije danes, v čem so bistvene zagate in katerim spregledanim vprašanjem bi bilo treba pri nas temeljiteje nameniti pozornost

⁶ Tako stanje je presenetljivo tudi glede na to, da so se v slovenskem prostoru z vprašanjem detomora v zadnjem obdobju razmeroma intenzivno ukvarjali v kriminološki literaturi in odpirali marsikatero relevantne vidike tudi za širšo kazenskopravno debato. Glej zlasti razprave Saše Kmeta: *Transakcijskoanalitični in psihoanalitični pogledi na detomor* (2008), *Kaznivo dejanje detomora kot posledica psiho(pato)logije simbioze* (2008) in *Nekateri psiho(pato)loški vidiki storilk kaznivega dejanja detomora* (2012). Na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani je bilo izdelanih na to temo nekaj diplomskih nalog z izključno ali pretežno kriminološkimi vsebinami, na primer Tanko, *Detomor – dejanje obupa ali vpliv poroda?* (2002) pod mentorstvom Zorana Kanduča. Glej tudi Pivk, *Detomor kot privilegirana oblika umora* (2008) pod mentorstvom Matjaža Ambroža.

v prihodnje na podlagi izkušenj iz tistih okolij, v katerih so temeljito kazenskopravno razpravo o primerljivih inkriminacijah v zadnjem obdobju že opravili.

2. Posebna inkriminacija detomora: od kod?

2.1. Kvalificirana obravnava kot vzrok za prevlado posebne inkriminacije v dobi zgodnje moderne države

Čeprav je glavni poudarek prvega dela razprave na prepoznavanju vzrokov, ki so botrovali inkriminaciji detomora, kot jo poznamo v veljavnem slovenskem kazenskem zakoniku danes, naj v začetku na kratko navedeva vsaj glavne poteze v obravnavanju tega dejanja od obdobja zgodnje moderne države naprej. Pred tem je nujno opozoriti, kako pomanjkljivi so nujno že v izhodišču vsi tisti poskusi rekonstrukcije, ki detomor samoumevno predpostavljajo kot samostojni institut državnega (v smislu izčrpno poenotenega) kazenskega prava in se zato za čas pred 19. stoletjem osredotočajo zgolj na inkriminacije detomora v različnih državnih uradnih in poluradnih kazenskopravnih besedilih, na podlagi česar avtomatično sklepajo, da ta verno odražajo realnost pravnega življenja.⁷ Vzrok za tako obravnavo so praviloma anahronistične predpostavke, ki temeljijo na današnjem razumevanju (kontinentalne) kazenskopravne zakonodaje in sodstva kot samoumevno državnih (v smislu poenoteno in hierarhično organiziranih iz centra, s strani vladarja). Tako razumevanje pa ne ustreza pravnemu življenju v Evropi v obdobju zgodnje moderne države, ki ga še vedno zaznamuje občutna stopnja patrimonializacije oblasti in posledične partikularizacije tako sodišč (po stanovskem, krajevnem, posvetnem oziroma cerkvenem in še kakšnem merilu⁸)⁹ kot tudi materialnega (kazenskega) prava.¹⁰

⁷ Že uporaba termina »zakon« in »zakonsko besedilo« v današnjem pomenu za obdobje pred 19. stoletjem lahko zavaja, saj anahronistično predpostavlja današnjo hierarhijo pravnih aktov, ki snov urejujejo sistematično in zlasti izčrpno v okviru kazenskega prava *kot sistema* (v smislu naravnopravnih teorij prava), temeljnih procesov patrimonializiranosti oblasti in partikularizacije prava pa ne upošteva.

⁸ Kako prepleten, večnivojski in prej heterarhični kot hierarhični »sistem« pogosto vzporednih in raznorodnih instanc je bilo Sveto rimsko cesarstvo, kar je omogočalo raznovrstne intervencije, prevzeme zadev ene instance drugi ali njene prenose z ene na drugo, pa tudi *forum shopping*, glej odlično razpravo Härter, *The Early Modern Holy Roman Empire* (2013), str. 111–131.

⁹ Posebej razveseljujoč v tem pogledu je pristop Dušana Kosa v obsežnem delu *Zgodovina morale*, saj temelji na impozantnem številu sodnih protokolov iz zgodovine našega prostora, hkrati pa ugotovitev, ki jih nudijo, ne skuša stisniti in pristriči po nikakršnem monističnem kalupu razumevanja prava kot zgolj postavljenega. Kos, *ZGODOVINA MORALE 2.*, (2016). O detomoru na kratko, vendar z nekaj ponazoritvami, na straneh 367–370.

¹⁰ Več o teh temeljnih procesih od zgodnjega srednjega veka še dolgo v t. i. obdobje absolutizma, glej Vilfan, *PRAVNA ZGODOVINA SLOVENCEV* (1961) in Škrubej, *PRAVO V ZGODOVINI* (2015).

Slednje tudi ni nujno le postavljeno, s formalno primarno veljavo,¹¹ in z ambicijo snov urejevati izčrpano, temveč je povsem legitimno imelo pomembno vlogo – v nekaterih uradnih kazenskoprvnih aktih tudi izrecno predvideno¹² – odločanje sodišča po analogiji, sledeč lokalnemu partikularnemu pravu, praviloma pa zlasti *usus fori* svojega sodišča.¹³ Lahko bi rekli, da so inkriminacije v uradnih kazenskoprvnih besedilih zgodnje moderne dobe primarno služile političnim ciljem oblasti, konkretno centralizacijskim ambicijam deželnega kneza. Nezanemarljivo pri tem je, da se je vladar v primeru detomora in inkriminacij sorodnih dejanj posredno močno naslanjal na Cerkev in njune vzajemne oblastne interese. Detomorilke so obravnavala posvetna sodišča: pri nas so to bila na prvi stopnji deželna sodišča, na pritožbeni stopnji notranjeavstrijska vlada, pravica pomilostitve pa je bila praviloma pridržana deželnemu knezu. Toda razlog, zakaj so v kazenskoprvnih aktih zgodnje moderne dobe kazni za dejanje detomora drastično visoke, ni bil v posvetni sferi, temveč v sferi političnega in najširšega družbenega monopola Cerkev. Detomorilke naj bi namreč zagrešile enega najhujših zločinov zato, ker so novorojenčku s tem dejanjem odrekle krst in s tem sprejetje v občestvo kristjanov.¹⁴ Toda to oblastno raven in njeno propagandno politiko, ki se je zrcalila v izredno strogih kaznih z močno simboliko,¹⁵ in ki je od časa do časa z namenom vzdrževanja zastraševalnega učinka res

¹¹ Še vedno pogosto napačno je s tega vidika zlasti razumevanje slavne Karoline (*Constitutio Criminalis Carolina*) Karla V. iz leta 1532, ki je že v načelu imela v odnosu do partikularnih korpusov prava le subsidiarno veljavo, v habsburških dednih deželah pa formalne veljave sploh ni uživala. Razlog, zakaj so jo pogosto in še dolgo uporabljali, ni bil v njeni formalni veljavi, ampak v njeni obsežnosti in prestižu »cesarjevega akta«.

¹² Na primer v Redu za deželna sodišča na Kranjskem, glej Škrubej, PRAVO V ZGODOVINI (2015), str. 209.

¹³ Prim. za naše dežele v 16. stoletju tipično: kranjski Red za deželna sodišča detomor samo »našteje« med dejanji umora, ki jih lahko zagreši ženska, štajerski se naslanja na Karolino, koroški pa detomora sploh ne omenja; Hammer, *KINDSMORD* (1997), str. 29–31; kot ponazoritev opozorila glej tudi študijo treh primerov detomorilk iz druge polovice 17. stoletja s področja današnje Slovenije, dveh iz Štajerske (Maribor, Ptuj) in enega iz Kranjske (Ljubljane) Helfrieda Valentinititscha: možnost izrekanja »izredne kazni«, ki je vodila lahko celo v prostorek z zgolj simbolično cerkveno kaznijo pokore (na primer tri zaporedne nedelje ob maši s prižgano svečo po kolenih okoli cerkvenega oltarja); običajna intervencija uglednih deželanov, posvetnih in celo cerkvenih (!), v kazenskem postopku, v prid milejšemu obravnavanju obdolženke ali sploh prostoreku iz razlogov krščanske usmiljenosti ipd. Valentinititsch, *Zur Geschichte des Kindesmordes in Innerösterreich* (1988), str. 373–591.

¹⁴ Prim. Ulbricht, *Kindsmord in der frühen Neuzeit*, str. 235; prim. Pastović, „Dvostruki grijeh“ (2016), zlasti str. 147 o sklepu sinode leta 1439 v Firencah, da gredo duše nekrščenih otrok v pekel (za podatek o razpravi Dunje Pastović se zahvaljujeva kolegu Marku Kambiču). S kakšno vztrajnostjo so se nekateri krogi vedno znova vračali k temu argumentu še globoko v drugo polovico razsvetljenskega 18. stoletja tudi pri nas in zahtevali kvalificirano inkriminacijo, glej na primer Čeč, *Nasilne detomorilke ali neprištevne žrtve* (2007), str. 421.

¹⁵ Na primer pokop pri živem telesu in prebodenje s kolom skozi srce po Karolini iz 1532, ali pa kazni utopitve, ki so jo v Prusiji praviloma izvajali tako, da so detomorilke prej zavezali v žakelj z mačko

odrekala pomilostitve, pritiskala na nižje ravni, da vztrajajo pri politiki posledičnega izrekanja strogih sankcij, ipd., je treba ločiti od lokalnih okolij, kjer pa tudi v tem obdobju obstajajo zavezništva lokalne oblasti (na primer mestne), lokalne gosposke in lokalnih duhovnikov ter celo višje duhovščine, ki vztrajajo pri svojih partikularnih tradicijah in negujejo medsebojne interesne povezave, posledica česar pa so neredko bistveno milejše obsodbe in tudi prostoreki.¹⁶

Na ravni samih inkriminacij lahko ugotovimo, da zgodnjo moderno dobo na evropskem kontinentu zaznamujeta dve smeri: inkriminacija detomora se postopoma osamosvoji in kazen zanj postane zelo stroga. »Osamosvojitve« inkriminacije se kaže v tem, da od 16. stoletja naprej v okviru Svetega rimskega cesarstva inkriminacije detomora v kazensko-pravnih aktih postopoma ne najdemo več kot sestavni del širših inkriminacij skupaj s preostalimi t. i. sorodstvenimi delikti (zlasti očetomorom), čeprav se ga v teoriji še vedno tako obravnava.¹⁷ V Franciji se ta sprememba zgodi na primer šele s francoskim kazenskim zakonikom iz leta 1810. V obeh primerih pa je inkriminacija kvalificirana.

Prva evropska država, ki je problemu detomorilk pod vplivom idej razsvetljenecv resno namenila pozornost, je bila Prusija, konkretno njen vladar Friderik Veliki (1712–1786). Razsvetljeni vladar se te tematike nenavadno zavzeto loti celo v enem svojih filozofskih spisov iz leta 1750, v katerem vzroke za detomore išče v širših družbenih okoliščinah, zlasti tudi v problematiki izgube časti in odgovornosti državne zakonodaje, ker nezakonsko rojstvo povezuje s sramoto, s čimer peha mlade nezakonske ženske v hudo stisko.¹⁸ S tem in pa zlasti z več ukrepi, ki jih sprejme, v nemški tradiciji tako strokovne kot tudi laične javnosti¹⁹ nepovratno spodbudi obrat²⁰ v percepciji zlasti mladih

in kokošjo. Kazni, ki so bile dejansko izrečene, so se do 18. stoletja v praksi večinoma umaknile bolj vrednostno nevtralnemu obglavljenju.

¹⁶ Prim. Valentinitich, *Zur Geschichte des Kindesmordes in Innerösterreich* (1988), str. 373–591.

¹⁷ Za pregled in opis posameznih oblastnih kazensko-pravnih aktov in inkriminacij detomora od Karoline naprej, relevantnih za naše dežele, glej zlasti Hammer, *KINDSMORD* (1997), str. 27–42; o različnih interpretacijah določb Karoline glede detomora z vidika »osamosvojitve inkriminacije«, glej prav tam, str. 28; prim. Čeč, *Nasilne detomorilke ali neprištevne žrtve* (2007), str. 418.

¹⁸ Spis je skoraj petnajst let starejši od Beccarijinega slavnega dela *O zločinih in kaznih* iz leta 1764, vendar pri nas nepoznan. Deutsch, *Die strafrechtliche Behandlung der Kindstötung in Preußen* (2008), str. 58.

¹⁹ O slavnem t. i. Manheimskem nagradnem vprašanju iz leta 1780, ko je takrat še anonimni mestni svetnik ponudil ogromno vsoto denarja za najboljši odgovor na vprašanje, kateri bi bili tisti ukrepi, ki bi na najboljši način pripomogli k preprečevanju detomora (vendar ne bi prispevali k nemoralu) in ki je imelo velik odziv tako v laični kot strokovni javnosti, glej Ulbricht, *KINDSMORD UND AUFKLÄRUNG* (1990), str. 217–328.

²⁰ Lahko rečemo, da je njegov vpliv v Nemčiji segel pravzaprav do konca 20. stoletja, to je vse do leta 1998. Takrat so namreč v Nemčiji, kjer so pod vplivom pruske tradicije uboj novorojenčka pojmovali kot detomor samo, če je bila storilka nezakonska mati, samostojno inkriminacijo detomora odpravili. Odpravili so jo po celih 127 letih, to je od sprejetja kazenskega zakonika nove nemške

nezakonskih žensk. Obrat v percepciji je bil namreč od gledanja nanje kot na nasilne detomorilke, same odgovorne za dejanje, bodisi zaradi »prirojene moralne izprijenosti (grešnosti)« ali lahkomiselnosti, do gledanja nanje kot na nebogljenе žrtve²¹ – primarno žrtve hudih socialnih in ekonomskih okoliščin (kar je v tistem obdobju ustrezalo realnemu stanju skoraj brez izjeme). Sledilo je več oblastnih ukrepov v smeri prevencije, ki so se proti koncu 18. stoletja postopoma odražali v prvih oblikah organizirane skrbi za nezakonske matere in otroke (ki so seveda služili tudi bolj pragmatičnim ciljem, na primer populacionističnim),²² med katerimi je na primer uzakonitev možnosti, da se kaznuje tudi »zapeljivce«, prepovedi sramotenja nezakonskih mater, ustanavljanje prvih najdenišnic, ki jih vzdržuje posvetna oblast, ipd.²³ Vse te spremembe, ki pa nikakor niso bile zgolj premočrtne in brez notranjih paradoksov,²⁴ so se na področju kazensko-pravne politike v deželah v okviru Svetega rimskega cesarstva odrazile v zasuku od kvalificirane inkriminacije detomora k privilegirani. Prusiji razmeroma hitro sledita zlasti Bavarska in Avstrijska monarhija. Dragica Čeč v svoji obširni in poglobljeni razpravi med drugim nazorno opisuje, kako je s podobno politiko pod vplivom svojih razsvetljenih svetovalcev – ki so, naj dodamo, tako kot pri veliko drugih reformnih prizadevanjih skušali slediti Prusiji – začela pri nas Marija Terezija.²⁵

države 1871, ki pa je pri dejanju detomora inkriminacijo pravzaprav v celoti prevzel iz pruskega zakonika. Več o tem spodaj.

- ²¹ O tem na primer Deutsch, *Die strafrechtliche Behandlung der Kindstötung in Preußen* (2008), str. 55–710. O spreminjanju podobe detomora v tem obdobju, s poudarkom na naših deželah, glej Čeč, *Nasilne detomorilke ali neprištevne žrtve* (2007), str. 415–440.
- ²² Kmalu po smrti Friderika Velikega uvedejo možnost, da nezakonska mati toži domnevnega očeta za priznanje očetovstva in zahteva preživnino, fingiranje, da je zakonska zveza bila sklenjena, če je nezakonska mati lahko dokazala izrečeno obljubo o poroki ipd. Primer pravde za ugotovitev očetovstva iz sredine 18. stoletja pred patrimonialnim sodiščem Bled, glej, Škrubej, *Položaj žensk v civilnih sporih* (2013) str. 108.
- ²³ O napredni (o)skrbi za najdenčke, pa tudi za nezakonske matere in o zakonodajnih idejah o še boljši ureditvi na Kranjskem približno od marčne revolucije do leta 1870, ki pa se tistega leta konča s preglasovanjem deželnih poslancev v skrbeh za »javno moralo«, glej Cvirn, *Najdenišnice – nagrada za lahkomiselnost in nemoralnost* (2012), str. 7–44. Najdenišnicam podobne institucije so poznali v zgodovini že prej, toda ne v organizaciji države.
- ²⁴ Na primer vztrajanje, da mora kazen za detomor ostati smrtna, saj da je pruski zakonodajalec že s formalno uvedbo omenjenih preventivnih ukrepov poskrbel za to, da do detomorov, katerih storilke bi si zaslužile milejšo kazen, zdaj ne more več prihajati. Deutsch, *Die Strafrechtliche Behandlung der Kindstötung in Preußen* (2008), str. 60.
- ²⁵ Zaradi preobsežnosti tematike bralca napotujeva na njeno razpravo in tam citirano literaturo.

2.2. Zasuk v percepciji dejanja k privilegirani inkriminaciji – prvo reformno obdobje

V kazenskoopravni politiki držav Srednje in deloma Zahodne Evrope lahko od druge polovice 18. stoletja do danes v grobem razlikujemo dve obdobji v razvoju privilegirane percepcije dejanja detomora: prvo, ki bi ga lahko glede na razvoj doktrinarnih in posledično zakonodajnih rešitev umestili od prvih reformnih ukrepov v Prusiji v drugi polovici 18. stoletja do konca 19. stoletja, in drugo, od objave prvega v vrsti švicarskih reformnih osnutkov leta 1893/1894²⁶ do danes.

Franz von Liszt, eden najvplivnejših kazenskoopravnih strokovnjakov na prehodu iz 19. v 20. stoletje v Avstriji in Nemčiji,²⁷ katerega ideje so globoko zaznamovale drugo reformno obdobje, s tem pa tudi odnos do tega delikta v pomembnem delu Evrope vse do danes, je leta 1905 s pogledom nazaj ugotavljal, da je bila med tistimi inkriminacijami, glede katerih so se evropske zakonodajne tradicije, posledično pa tudi rešitve, v preteklem 19. stoletju najbolj razlikovale, prav inkriminacija detomora. V svojem primerjalnopravnem pregledu,²⁸ ki je bil del temeljitih priprav na celovito reformo nemške kazenskoopravne zakonodaje – do katere pa od sprejetja kazenskega zakonika leta 1871 potem ni prišlo celih 127 let, o čemer več v nadaljevanju –, je Liszt zakonodajne rešitve glede dejanja detomora (*Kindestötung*²⁹) po svetu, s tem pa tudi v Evropi, razvrstil v tri skupine. V prvo skupino držav je vključil tiste, ki detomora niso obravnavale nič drugače kot temeljni delikt umora, kar je v Evropi v letu 1905 še vedno veljalo za angleški *common law* (vendar le do *Infanticide Act* leta 1920/1938), in pa za Bolgarijo ter Turčijo. Med države s podobnimi zakonodajnimi rešitvami po svetu pa je Liszt v to skupino uvrstil Egipt, Kongo, Venezuelo in Japonsko. Za drugo skupino držav po Lisztovi kategorizaciji je bilo značilno, da so detomor obravnavale kvalificirano. Izmed njemu sodobnih sistemov je Liszt v to skupino lahko vključil takrat samo Francijo (poleg nemških dežel v poznem srednjem veku!).³⁰ V tretjo, po njegovem prepričanju najnaprednejšo skupino,

²⁶ Od leta 1893 do 1918 se jih je zvrstilo šest.

²⁷ Franz von Liszt, rojen 2. marca 1851, se je po končani Pravni fakulteti Univerze na Dunaju akademsko najprej udeleževal v Gradcu, vrhunec pa je njegova akademska kariera dosegla leta 1898, ko je postal profesor kazenskega in mednarodnega prava na Pravni fakulteti univerze v Berlinu (do 1917).

²⁸ Liszt, *Die Kindestötung* (1905), str. 105–125.

²⁹ Termin *detomor* v nemškem jeziku se pojavlja v dveh različicah: *Kindtötung* (Švica) in *Kindestötung* (Avstrija) in od začetka 20. stoletja, zanimivo, v glavnem ne kot *Kindmord* oziroma *Kindesmord*. Slovenski termin in zakonski naslov inkriminacije detomor zato pravzaprav vrednostno odstopa navzgor od uveljavljene nemške terminologije, ki temelji na (vsebinsko značilno medlejši) splošnejši usmrtitvi in je kot tak bliže uboju. Teoretiki, kot sta bila Liszt in Stooss, so spremembo terminologije zavestno uveljavljala.

³⁰ Pozneje se je, zgodovinsko zelo zanimivo in v Sloveniji nasploh malo znano, nabor teh držav razširil, med drugim tudi s slovensko sosedo Madžarsko, ki detomora kot privilegirane oblike naklepne usmrtitvenega delikta danes ne pozna, ampak tako usmrtitev otroka med porodom ali neposredno

ki je bila v njegovem času tudi že najštevilčnejša, pa je uvrstil vse tiste zakonodaje, ki so detomor do leta 1905 (že) obravnavale privilegirano: avstrijsko, nemško, madžarsko, italijansko, belgijsko, pa tudi špansko in portugalsko (v to skupino pa so že spadale tudi zakonodaje Latinske Amerike, ki so španski in portugalski sledile).³¹

V prvem reformnem obdobju se je torej v večini držav Zahodne in Srednje Evrope po več stoletjih kvalificirane obravnave pod vplivom kanonskega prava uveljavil korenit zasuk v razumevanju dejanja detomora v smer sprejetja take ali drugačne oblike privilegirane inkriminacije. Ker so pravne tradicije habsburških – in v tem pomenu tudi avstrijskih³² – dednih dežel vse do leta 1918 tudi naša skupna pravna tradicija,³³ je verjetno na tem mestu vredno poudariti, da je bil prvi evropski zakonik, ki za dejanje detomora ni več predvidel smrtne kazni, avstrijski kazenski zakonik iz leta 1803.

Med državami, v katerih zasuka v percepciji dejanja detomora k privilegiranosti v svoji tradiciji ne sprejmejo, v Evropi izstopa Francija. V prvem reformnem obdobju velja to tudi za Anglijo, kjer pa na začetku 20. stoletja po večkratnih poskusih zakon s tako inkriminacijo vendarle posvojijo, hkrati pa šele takrat zanjo odpravijo smrtno kazen kot do takrat edino možno (*Infanticide Act*, 1920). V Franciji, kjer smrtno kazen kot edino možno za te vrste naklepna dejanja zoper življenje in telo (ne le za detomor) odpravijo sicer že leta 1824 in jo za lažje oblike nadomestijo z dosmrtno ječo s prisilnim delom, inkriminacije detomora nikoli ne formulirajo kot privilegirane. Franz von Liszt je razlog za to videl zlasti v dejstvu, da naj bi v francoski teoriji in praksi ves čas prevladovalo mnenje, da je dejanje detomora že po svojem bistvu lahko samo naklepno.³⁴ V primerjavi z zakonodajo drugih držav francoska tradicija opredelitve detomora v svoji skoposti in abstraktnosti izstopa tudi po tem, da načeloma zajame kot storilca kogarkoli, ne le mater. V *Code pénal impérial* (1810), kjer je v 300. členu delikt prvič obravnavan kot samostojen,³⁵ se je opredelitev glasila: »*Est qualifié infanticide le meurtre d'un enfant no-*

po njem s strani matere obravnava v okviru posebne kvalificirane inkriminacije usmrtitvenega delikta: naklepne usmrtitve otroka. Nadrobneje glej spodaj.

³¹ O raznolikosti ureditev po Evropi v zadnjem obdobju prim. Pivk, *Detomor* (2008), str. 25–31.

³² Avstrijskih v smislu, da pripadajo »avstrijski hiši«, to je dinastiji Habsburžanov – ne pa »avstrijskih« v smislu kakšne moderne različice nacionalne zavesti, prim. Škrubej, *PRAVO V ZGODOVINI* (2015), str. 157–159.

³³ Na primer, največji strokovnjak za vprašanja zakonske zveze tudi »naš« Tomaž Dolinar (Thomas Dolliner) v 37. poglavju svojega *HANDBUCH DES IN OESTERREICH GELTENDEN EHERECHTS* (1813) o pozakonjanju mladoletnih otrok izvenzakonskega rodu, ki bi želeli skleniti veljavno zakonsko zvezo, ločuje šest kategorij »izvenzakonskih« otrok.

³⁴ Liszt, *Die Kindestötung* (1905), str. 107–108. Liszt je svojo ugotovitev pospremil s podatkom, da so zaradi takega okostenelega naziranja in zagrožene smrtne kazni porote v Franciji v praksi nadpovprečno pogosto oproščale vsake krivde tudi storilke, ki so dejanje že priznale. Podobno glej v Angliji in tudi v Avstrijskem cesarstvu okoli leta 1849 (prim. spodaj v glavnem besedilu).

³⁵ Pred tem je bil dejanski stan detomora subsumiran pod dejanski stan umora, in sicer umora sorodnikov: 302. člen *Code pénal*: »*Tout coupable d'assassinat, de parricide, d'infanticide et d'empoisonne-*

uveau-né« (Detomor je umor novorojenega otroka). Po letu 1824 je lahko sodnik, če je bila storilka mati in so bile pri izvršitvi dejanja podane olajševalne okoliščine, namesto smrtne kazni dosodil dosmrtno ječo s prisilnim delom. Tudi reforma v letu 1901 opredelitve ni bistveno spremenila, do občutnega znižanja kazni pa je prišlo šele z reformo leta 1941, ko so za to dejanje določili kazen zopora od 3 do 10 let, skupaj z denarno kaznijo.³⁶ Nov francoski zakonik iz leta 1994 (*Nouveau Code Pénal, NCP*), ki je šele v popolnosti nadomestil kazenski zakonik iz leta 1810, detomora kot samostojnega delikta ne pozna več. Matere kot storilke obravnavajo po določbi 221-4 *NCP*, ki opredeljuje kvalificirane oblike umora (*meurtre*) glede na poseben status žrtve, v tem primeru otroka, mlajšega od 15 let.³⁷ Pri tem je treba nujno upoštevati, da je po francoskem pravu v posebnem delu zakonika določena le zgornja meja kazni (v tem primeru dosmrtni zapor), sodišče pa ob upoštevanju vseh okoliščin praviloma določi milejšo kazen. Med sodobnimi evropskimi zakonodajami v zadnjih desetletjih sta ji sledila še Madžarska,³⁸ katere zakonodaja je bila od konca 19. stoletja tradicionalno navezana na nemško zakonodajno rešitev, konkretno na rešitev iz 217. člena *Reichsstrafgesetzbuch* (RStGB) iz leta 1871, o kateri več v nadaljevanju, in Španija.³⁹

2.2.1. Prvo reformno obdobje: socialne okoliščine kot odločajoči dejavnik (huda stiska nezakonske matere zaradi grozeče izgube socialnega položaja in bistveno oteženih materialnih okoliščin preživetja)

Veliki nemški pravni filozof Gustav Radbruch, tudi avtor enega najbolj naprednih predlogov reforme nemškega kazenskega zakonika iz leta 1922,⁴⁰ v času, ki ga lahko štejeemo za labodji spev demokratične Nemčije weimarskega obdobja (Radbruch je bil dve leti tudi pravosodni minister), je v svojem delu o zgodovini kazenskega prava prav dejanje detomora uporabil kot primer, da je zgodovino kazenskega prava nemogoče ustrezno preučevati – s tem pa tudi razumeti – drugače kot v tesni povezavi s preučevanjem širše družbene zgodovine, to je v kontekstu preučevanja in upoštevanja temeljnih družbenih

ment, sera puni de mort sans préjudice de la disposition particulière contenue en l'article 13, relativement au parricide.« Citirano po Bejarano Alomia, *KINDSTÖTUNG* (2008), str. 148.

³⁶ Prav tam, str. 149–151.

³⁷ 221–4 *NCP* »*Le meurtre est puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il est commis: 1. Sur un mineur de quinze ans ; [...].*« Za razlago umestitve te inkriminacije širše v sistem francoskega kazenskega prava glej na primer Larguier, Conte, Larguier, *DROIT PÉNAL SPÉCIAL* (2008), str. 15.

³⁸ Za informacijo o madžarski ureditvi danes se zahvaljujeva prof. dr. Krisztini Karsai, Pravna fakulteta Univerze v Szegedu.

³⁹ Po 140. členu španskega *Código penal* je starostna meja otroka kot žrtve določena kot manj (tj. mlajši) od šestnajst let. Glej *Código Penal y legislación complementaria* Edición actualizada a 3 de noviembre de 2016 (códigos electrónicos).

⁴⁰ Czelk, »PRIVILEGIERUNG« UND VÖRURTEIL (2005), str. 230–232.

okolščin posamezne dobe.⁴¹ Prav temeljni premik v odnosu do družbenih pojavov k preučevanju njihovih vzrokov v kontekstu širših družbenih razmer z namenom razumevanja, vendar tudi njihovega spreminjanja, pa je tisto, kar je v začetku prvega reformnega obdobja vodilo idejne in zakonodajne protagoniste razsvetljenstva. Kot je bilo prikazano že zgoraj, so bile hude stiske zaradi težkih socialnih okoliščin storilk dejanja detomora, med katerimi so prevladovale nezakonske matere, tisti vzrok, ki so ga razsvetljeni misleci in vladarji te dobe prepoznali kot primarnega.

Pregled zakonodajnih rešitev, ki so se v tem prvem obdobju uveljavile, pa kaže na razlikovanje vsaj dveh načinov, kako so ideje o upravičenosti privilegiranosti zaradi težkih socialnih okoliščin različne države prelile v svoje zakonike.

V širšem smislu (oziroma implicitno) bi lahko o upoštevanju ideje privilegiranosti zaradi težkih socialnih okoliščin govorili pri vseh zakonodajnih rešitvah, pri katerih je bil nezakonski stan matere že sam po sebi avtomatični razlog za blažjo obliko inkriminacije (in s tem zlasti za milejšo kazen). V tem smislu so v začetku 19. stoletja svojo zakonodajo oblikovali tako v Avstrijskem cesarstvu kot tudi na Bavarskem in v Prusiji ter v mnogih (nemško govorečih) švicarskih kantonih.⁴² Lahko bi rekli, da je bil to pravzaprav glavni način, kako so privilegiranost v prvih zakonikih v tem obdobju sploh ubesedili.

Zanimivo pa je, da sto let pozneje take oblike inkriminacije niso več vsi prepoznali kot »upoštevanje socialnih okoliščin«. Metod Dolenc v komentarju inkriminacije v jugoslovanskem kazenskem zakoniku iz leta 1929, ki je še vedno razlikoval med zakonskimi in nezakonskimi materami, pri čemer so bile seveda mileje kaznovane slednje, pravi, da redaktorji zakonika v sprejeti inkriminaciji detomora socialnih okoliščin zavestno niso več upoštevali! Zdi se, da Dolenčeva tudi siceršnja ambivalentna teoretična obravnava socialnih okoliščin zanimivo razkriva, da te vidi kot skrite v psiholoških vplivih okoliščin poroda na porodnico. Zato lahko v tem obdobju novo nastajajoče zakonske znake vpliva poroda v zakonodajah, ki posebej obravnavajo detomor, dojemamo tudi kot nekakšen evfemizem za socialno in zlasti ekonomsko neugodne okoliščine za ženske, o čemer več v nadaljevanju.

O upoštevanju socialnih okoliščin v ožjem smislu pa lahko govorimo pri vseh tistih zakonodajnih rešitvah, pri katerih je bilo to v sami inkriminaciji izrecno ubesedeno. Take vrste inkriminacij so bile značilne za več zakonodajnih rešitev romanskih držav, začenši z Italijo in za italijansko govoreči švicarski kanton Ticino, toda tudi za Nizozemsko in za reformni osnutek prenovljenega kazenskega zakonika Kraljevine Srbije iz leta 1910 (*Projekat i motivi kaznenog Zakonika za Kraljevinu Srbiju*).⁴³ Ker so srbski »Motivi« ostali pomembna referenca tudi za redaktorje novega skupnega kazenskega zakonika Kraljevine

⁴¹ Radbruch, STRAFRECHTSGESCHICHTE (2011), str. 206–209.

⁴² Glej Stooss, DIE SCHWEIZERISCHEN STRAFGESETZBÜCHER (1890).

⁴³ Projekat i motivi (1910), str. 85–387; prim. zlasti tudi Liszt, Die Kindestötung (1905), str. 113–114, kjer našteva več takih držav iz »romanske skupine« (na primer Španija »por occulta su deshonra«).

SHS leta 1929 in ker so bili za svoj čas zelo kakovostno pripravljeni, vključujoč reference pravzaprav vseh vodilnih evropskih reformnih osnutkov, naj kot primer inkriminacije detomora, ki kot zakonski znak izrecno upošteva socialne okoliščine, konkretno »strah, da se za porod ne izve«, navedemo prav njihov 135. člen:

»Mati, ki svojega otroka ubije med porodom ali kmalu po njem, zaradi strahu da se za porod ne izve, se kaznuje [...].«⁴⁴

Komentatorji k predlogu tega člena reformnega osnutka navajajo, da so pri ubeseditvi našli vzor v nizozemskem kazenskem zakoniku, ki se je naslonil na tradicijo tistega dela romanskega sveta, ki upošteva pojem časti,⁴⁵ t. i. *scusa di causa d'onore*.⁴⁶ Svoj izbor so utemeljili tudi z mislijo, da je pri vsem skupaj glavno, »da ogromna večina kazenskopravne zakonodaje danes dojema detomor kot dejanje *sui generis* in ga kaznuje mnogo mileje kot običajni umor. To velja tudi za moderne reformne predloge.«⁴⁷

⁴⁴ Dobesedno: »*Mati, koja svoje dete ubije za vreme porodaja ili uskoro posle ovoga*, usled bojazni da se za njen porođaj ne sazna, *kazniće se robijom do 5 godina. Pokušaj se neće kazniti, ako ne bude štetnih posledica za telo i zdravlje deteta.*« Prevod in poudarek: D. K. in K. Š. Prim. spodaj inkriminacijo v črnogorskem zakoniku iz leta 1906.

⁴⁵ Eden bolj znanih odlomkov enega največjih evropskih filozofov razsvetljenskega 18. stoletja, Immanuela Kanta, utegne sodobnemu bralcu približati kompleksno razumevanje pojma časti, ki je pozneje verjetno botrovala tudi premislekom o časti kot upravičenem razlogu privilegirane obravnave detomora nezakonskega otroka. V svojem slavnem delu, o metafiziki morale, v razdelku, v katerem se v okviru državnega prava posveča nekaterim perečim temam iz kazenskega prava, Kant med njimi izpostavi tudi vprašanje časti, in dva instituta, kjer naj bi zapletenost in nerešljivost tega vprašanja v okviru državnega kazenskega prava prišla še posebej do izraza, saj naj bi se zdelo, da so protagonisti pri njiju vrženi v naravno stanje: detomor in dvoboj. Pri prvem naj bi bila na tehničnici čast rodu (*Geschlechtsehre*) na drugi pa vojna čast (*Kriegesehre*). Kantov argument, zakaj detomor potemtakem ni mogoče (oblastno) kazenskopravno preganjati pod pogojem, da je življenje vzeto nezakonskemu otroku in da je storilka mati, je naslednji: nezakonski otroci so rojeni izven okvirov »Zakona«, zato jim ta (tj. Zakon) naj ne bi bil dolžan priskrbeti zaščite in lahko njihovo »uničenje« ignorira. Če pa je na podlagi državne kazenske zakonodaje za tako dejanje zagrožena smrtna kazen, naj bi to pomenilo, da je pojmu časti vzeta vsaka veljava. Opozoriti je treba, da je argument tukaj deloma iztrgan iz konteksta, v okviru te razprave pa žal ni prostora za podrobnejšo obravnavo. Kant, METAFIZIKA, (1993), str. 137–138. Za prepis izvirnega besedila, glej na primer *Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft (Die Metaphysik der Sitten. Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken) 1793*, str. 335–337, URL: <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa06/Inhalt6.html> (10. 5. 2017).

⁴⁶ Liszt, *Die Kindestötung* (1905), str. 112–113, našteva teoretike in filozofe, ki so že od 17. stoletja čedalje resneje in obširneje upoštevali pojem časti, ubeseden kot *infamia metus* (strah pred sramoto), *conservatio existimationis et honoris, scusa della causa d'onore* ipd., med njimi Feuerbacha in Beccario. Prim. zgoraj o traktatu Friedrika Velikega.

⁴⁷ Projekat i motivi (1910), str. 386–387. Utemeljitev inkriminacije v tem času, kot vidimo, izhaja iz zelo poudarjenih primerjalnopravnih argumentov. Zgodovinsko zanimivo je, da na istem območju pozneje ob velikih in vsestransko opaznih primerjalnopravnih premikih pri inkriminaciji detomora prav primerjalnopravne vidike ob vztrajanju na domačem nespreminjanju inkriminacije detomora

2.2.2. Prvo reformno obdobje: začetki upoštevanje poroda kot samostojnega dejavnika pri konceptualizaciji privilegiranosti

Čeprav so konec 18. stoletja kot primarni vzrok za privilegirano inkriminacijo v državah Srednje in deloma Zahodne Evrope prepoznane težke socialne okoliščine, se kot razlog marsikdaj implicitno že tedaj navaja tudi taka ali drugačna psihološka (z)motenost storilke (zlasti v traktatih,⁴⁸ manj v konkretnih sodbah). K temu je že v tem obdobju pripomogla poudarjena nova vloga medicinskih dognanj v pravnih postopkih, zlasti tudi t. i. forenzične medicine, vendar tudi babištva in s tem povezanega razvoja izvedenstva in njegove poudarjene vloge v kazenskih postopkih.⁴⁹ Že od prve polovice 18. stoletja se je namreč začelo uveljavljati pravilo, da je bilo za izrek smrtne kazni za dejanje detomora potrebno, da so zdravniki v posebnem strokovnem poročilu potrdili, da je otrok res umrl nasilne smrti.⁵⁰

Naj ne bo odveč poudariti, da je od konca 18. stoletja zakonski znak »pri porodu« (*bei der Geburt*) primarno služil označitvi pravnorelevantnega obdobja, ki naj bo pogoj za kazenskopravno privilegirano obravnavo dejanja. Nekatere zakonodaje so tako še v 20. stoletju izrecno omejevale ta čas na 24 ur po porodu (ali največ 24 ur po porodu). Hkrati pa lahko ugotovimo, da je bil zakonski znak »pri porodu« v tem obdobju pomembna navezna okoliščina za upoštevanje težkih socialnih okoliščin kot temeljnemu vzroku za občutenje nevzdržne stiske, ki je med porodom oziroma po njem kulminirala (in se je posledično!) lahko odrazila v neke vrste duševni (z)motenosti).

Razvoj pojmovanja znaka »pri porodu« in s tem potencialno povezanih psiholoških motenj ima torej korenine prav v tem času, vendar pa je treba poudariti, da svojega izrecnega odraza v inkriminacijah tega obdobja (še) ne najde. Zakonodajalci pri ubeseditvi teh inkriminacij torej še niso računali z neko povsem drugačno vrsto (z)motenosti, ki bi bila pogojena zgolj s fiziološkim dejstvom poroda, tj. od socialnih okoliščin povsem neodvisna in ki bi jo bilo treba (pri vsaki zdravi ženski?) redno upoštevati.⁵¹

To seveda ne pomeni, da izredno povečana pozornost tej problematiki v širši javnosti, tudi v dnevnem tisku in literarnih delih,⁵² ne vpliva na razmeroma široke razlage

povsem ignorirajo. Še posebej je očitno, da se to dogaja pri državi, ki jo pri nas zaradi njene izjemne razvitosti kazenskopravne teorije in splošnega kulturnega in posebej pravnega pomena za Slovenijo značilno tradicionalno na debelo vključujejo v primerjalnopravne analize tudi in še zlasti v zakonodajnih projektih (Nemčija), pri državah, ki imajo tradicionalno velik ugled in vpliv v evrokontinentalnem kazenskem pravu (Nemčija, Francija, Španija) in celo v eni od držav sosed (Madžarska).

⁴⁸ Čeč, *Nasilne detomorilke ali neprištevne žrtve* (2007), str. 424–425.

⁴⁹ Prim. Ammerer, *Kinds-mord und Gerichtsmedizin in Österreich zur Zeit der Aufklärung* (1995), str. 127–160; Kos, *ZGODOVINA MORALE 2.* (2016), str. 369.

⁵⁰ Čeč, *Nasilne detomorilke ali neprištevne žrtve* (2007), str. 419.

⁵¹ Glej Liszt, *Die Kindestötung* (1905), str. 110, op. 2, kjer našteva inkriminacije v zakonodajnih osnutkih partikularnih nemških držav (Bavarska, Braunschweig, Baden, Hamburg) iz začetka 19. stoletja.

⁵² Prim. Čeč, *Nasilne detomorilke ali neprištevne žrtve* (2007), str. 423–426.

sodnikov v praksi. Lahko ugotovimo, da vse skupaj bistveno pripomore tudi k dolgoročneje spremenjeni percepciji te vrste dejanj v najširši javnosti. Na to kaže tudi dejstvo, da v državah, v katerih so imeli v kazenskih postopkih poudarjeno vlogo laiki, so ti kljub še vedno izredno visokim kaznim – oziroma, kot se izkaže, prav zato – oproščali čedalje več storilk.⁵³ Tak poudarjeni primer je večino 19. stoletja Anglija, kjer drugače kot v večini Evrope obdržijo za to dejanje smrtno kazen kot edino možno vse do velike spremembe z *Infanticide Act* leta 1922. Tako je tudi v naši tradiciji, kjer je v obdobjih, ko je izrek sodbe v pristojnosti porote, kazen pa še vedno izredno visoka,⁵⁴ število oprostilnih izrekov veliko (prvič že v krajšem obdobju med leti 1849–1851, pozneje pa na prelomu stoletja). To je veljalo tudi v številnih primerih, ko so bili znaki kaznivega dejanja jasno podani.⁵⁵ Potrditev tega trenda po svoje potrjuje tudi raziskava Alenke Šelih, ki za deželno sodišče v Ljubljani v obdobju prehoda iz 19. v 20. stoletje na podlagi konkretnih primerov detomorov ugotavlja, da so bile glede na zagrožene kazni izrečene kazni izredno mile oziroma je bil razmeroma pogosto izrečen tudi prostorek.⁵⁶

Več odločb Vrhovnega sodišča Avstrije s konca 19. stoletja naj bi kazalo, da so vrhovni sodniki zakonski znak »pri porodu« (*bei der Geburt*, ÖStGB 1803/1852) začeli zelo široko razlagati.⁵⁷ V zelo pomembni odločitvi iz leta 1899, ki so jo še skoraj trideset let pozneje, to je leta 1928, v obsežnem komentarju⁵⁸ k še vedno nereformiranemu avstrijskemu kazenskemu zakoniku iz leta 1852 povzeli kot temeljno, najdemo razlago, češ da »milejša kazenska določba v členu 139 *nedvomno* temelji na pomračitvi uma (*Gemütszerrüttung*) matere, ki so jo povzročili porodni popadki. [...]« (poudarek D. K. in K. Š.).⁵⁹

Taki argumentaciji pa so v tistem času reflektirano oporekali vodilni strokovnjaki sodne medicine. Med njimi je bil tudi eden najuglednejših specialistov sodne medicine svoje dobe, predstojnik dunajskega univerzitetnega Inštituta za sodno medicino dr. Albin Haberda, tudi redni profesor in pozneje dekan medicinske fakultete, sicer prepričan

⁵³ Liszt, *Die Kindestötung* (1905), str. 106 in 108.

⁵⁴ Prim. zgoraj, op. 4.

⁵⁵ Haberda, *ZUR LEHRE VOM KINDESMORDE* (1910), str. 110.

⁵⁶ Šelih, *Ženske, kazensko pravo in kriminaliteta* (2013), str. 213–230.

⁵⁷ Haberda, *ZUR LEHRE VOM KINDESMORDE* (1910), str. 111.

⁵⁸ Altmann, Jacob, *KOMMENTAR ZUM ÖSTERREICHISCHEN STRAFRECHT* (1928), str. 363; nanjo se sklicuje tudi Carl Stooss v svojem učbeniku avstrijskega prava, *Stooss, LEHRBUCH* (1910), str. 242, op. 9.

⁵⁹ »[...] *Unzweifelhaft beruht die mildere Strafbestimmung des § 139 auf der durch die Geburtswehen verursachten Gemütszerrüttung der Mutter [...].«* Entscheidung des k.k. Obersten Gerichts- als Cassationshofes vom 1. Juli 1899, Z. 9124; Nowaks Sammlung, Neue Folge Bd. 1, Nr. 2378, Dunaj 1900. Opozoriti je treba, da je italijansko kasacijsko sodišče v začetku 20. stoletja v eni od svojih odločitev zavzelo stališče, da je duševna (z)motenost vsebovana v zakonski inkriminaciji že *eo ipso* (*«L'infirmità di mente e implicitamente considerato nel l'infanticidio, onde non può proporsi apposita questione ai giurati»*; Rivista di Med. Leg. 1900, Bd. IV, str. 49). Citirano po Haberda, *ZUR LEHRE VOM KINDESMORDE* (1910), str. 111.

zagovornik upravičenosti privilegiranosti inkriminacije.⁶⁰ Haberda je oporekal razširjeni praksi, ki jo je poznal iz sodnih dvoran tistega časa, pri kateri so po njegovem strokovnem prepričanju pretirano, pogosto pa sploh neupravičeno poudarjali argument duševne (z) motenosti, ki naj bi bila povzročena zgolj s fiziološkim dejstvom poroda, pa ta sploh ni bila podana. V delu *Zur Lehre vom Kindesmorde*, ki je obravnaval konkretne primere 34 detomorilk, se je pri razlagi pravih vzrokov v tej točki pridružil prepričanju enega njegovih kolegov, ki je kratko in jasno ubesedil pravi razlog, zakaj so v preučevanih primerih nezakonske matere tako ravnale. »Ostale so namreč zapuščene, brez premoženja in brez časti.«⁶¹

To potrjuje domnevo, da se je konceptualizacija »osamosvojene« psihološke motnje (duševne (z) motenosti), povzročene zgolj s fiziološkim dejstvom poroda neodvisno od socialnih okoliščin, ob koncu 19. stoletja izoblikovala najprej v praksi vrhovnih sodišč prek širokih razlag znaka »pri porodu« in pa v delu akademskih krogov (Liszt), nato pa je med teoretiki, sodniki, izvedenci sodne medicine in drugimi strokovnimi javnostmi v obdobju velikega reformnega vala, ki je sledilo med obema svetovnima vojnama, postala nova velika tema. Odražila se je v večini sprejetih zakonodaj in reformnih osnutkov držav Zahodne in Srednje Evrope v prvih desetletjih 20. stoletja – s poudarjeno izjemo Nemčije, o čemer več v nadaljevanju.

2.3. Drugo reformno obdobje: drugi zasuk v percepciji privilegiranosti v naši tradiciji

2.3.1. Prvi zakonik v naši tradiciji, ki določi posebno duševno (z) motenost kot nov samostojni znak

Pregled inkriminacij detomora v prvih razmeroma modernih kazenskih zakonikih v naši tradiciji, tj. tistih ki so že upoštevali načelo zakonitosti in bili sprejeti v dobi pospešenega poddržavljanja sodstva, njegove centralizacije in obveznega nastavljanja sodnikov, ki so bili v državni zakonodaji obvezno vsaj izprašani,⁶² tj. od začetka 19. stoletja naprej, pokaže, da je prvi zakonik, ki je določil posebno duševno (z) motenost, pogojeno

⁶⁰ Leta 1927 je izdal tudi bistveno prenovljen in dopolnjen učbenik sodne medicine svojega učitelja in predhodnika na Inštitutu Eduarda Hofmanna *Lehrbuch der gerichtlichen Medizin*, v katerem je tematiki detomora namenjeno obsežno in nazorno poglavje s sklici na relevantne avstrijske in nemške zakonske določbe. Glej Hofmann, Haberda, *LEHRBUCH* (1927), str. 935–1022.

⁶¹ Haberda, *ZUR LEHRE VOM KINDESMORDE*, str. 111. Haberdajevo mnenje iz tega dela povzema in se mu pridružuje tudi Altmann, Jacob, *KOMMENTAR ZUM ÖSTERREICHISCHEN STRAFRECHT*, 1. Band (1928), str. 364.

⁶² To vse je namreč nujni kumulativni pogoj, da kakršnakoli reforma državne zakonodaje sploh kolikor toliko enakomerno zaživi po vsem ozemlju države in za relativno večino prebivalstva, kar pri nas ni izpolnjeno vse do srede 19. stoletja, natančneje do leta 1849. Takrat je šele nastopila formalna odprava patrimonialnega sodstva (tj. dokončno poddržavljanje kazenskega sodstva) še v t. i. neilirskih deželah: na pretežnem delu Koroške in na vsem Štajerskem.

s porodom samim kot novim samostojnim znakom, kar poznamo tudi še v veljavnem slovenskem kazenskem zakoniku, kazenski zakonik Kraljevine SHS, sprejet leta 1929. V svojem 70. členu je določal:

»Mati, ki usmrti svojega otroka za poroda ali neposredno po porodu *ali dokler traja ona motnja, ki jo povzroča pri porodnici porod*, se kaznuje, če je otrok zakonski, s strogim zaporom, če pa je otrok nezakonski, z zaporom.

V posebno lahkih primerih sme sodišče omiliti kazen po svobodni oceni.«
(Poudarila D. K. in K. Š.)

Naj spomniva, da veljavni slovenski Kazenski zakonik (KZ-1) v svojem 119. členu določa:

»Mati, ki vzame življenje svojemu otroku med porodom ali takoj po njem, dokler je še pod njegovim vplivom, se kaznuje z zaporom do treh let.«

2.3.2. Primerjalni pregled

Za drugi opaznejši zasak v konceptualizaciji privilegiranosti po stotih letih so v tradiciji večine držav Zahodne in Srednje Evrope značilne tri spremembe (oziroma tendence):

1. izrecna vključitev motnje, ki naj bi jo povzročilo zgolj fiziološko dejstvo poroda (tj. neodvisno od socialnih okoliščin) v samo inkriminacijo dejanja;
2. izenačitev privilegirane oblike inkriminacije za nezakonske matere z zakonskimi; in
3. občutno znižanje višine zagroženih prostostnih kazni kot tudi njihovih oblik.

Inkriminacijo, ki je »osamosvojeno« duševno (z)motenost s porodom samim izrecno ubesedila kot nov zakonski znak, so v svoje zakonike poleg Kraljevine SHS vključile pravzaprav vse države, ki so v tem obdobju sprejele prenovljeno kazensko zakonodajo: Združeno kraljestvo (*Infanticide Act* iz leta 1922 oziroma 1938),⁶³ Poljska (Kazenski zakonik iz leta 1932)⁶⁴ in Švica (*Strafgesetzbuch* iz leta 1937).⁶⁵ Takoj po drugi svetovni

⁶³ *Infanticide Act* 1938: (2) »[...] , being a child under the age of twelve months, the jury are of opinion that she by any wilful act or omission caused its death, but that at the time of the act or omission the balance of her mind was disturbed by reason of her not having fully recovered from the effect of giving birth to the child or by reason of the effect of lactation consequent upon the birth of the child, then the jury may, [...]«, URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/1-2/36/section/1>, v prevodu: »[...] če je otrok mlajši od dvanajstih mesecev, porota pa meni, da je povzročila njegovo smrt namenoma ali z opustitvijo, vendar pa je bilo v času storitve ali opustitve njeno duševno stanje neuravnoteženo, ker si še ni popolnoma opomogla od vpliva poroda ali vpliva dojenja, ki je porodu sledilo [...]«. Prevod in poudarek K. Š.

⁶⁴ Poljski kazenski zakonik iz leta 1932, 226. člen: »Matka, która zabija dziecko w okresie porodu pod wpływem jego przebiegu, podlega karze więzienia do lat 5.« V prevodu: »Mati, ki ubije otroka v času poroda pod vplivom njegovega poteka, se kaznuje z zaporom do petih let.« Prevod K. Š.

⁶⁵ Švicarski Zvezni kazenski zakonik iz leta 1937, 169. člen (*Kindstötung*): »Tötet eine Mutter ihr Kind während der Geburt oder solange sie unter dem Einfluss des Geburtsvorganges steht, so wird sie mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.« URL: <http://www.gesetze.ch/inh/inhsub311.0.htm>, V prevodu: »Če mati ubije svojega otroka med porodom ali v času, ko je še pod

vojni jim je leta 1948 na primer sledila še kazenska zakonodaja v zdaj na tem področju že suverene Kanade.⁶⁶ Izjema je bila Italija, ki je v zakoniku, sprejetem leta 1930, ostala zvesta svoji tradiciji in je kot izrecni zakonski znak privilegirane inkriminacije še vedno upoštevala zgolj socialne okoliščine.⁶⁷ Svojevrstna izjema pa je tudi Anglija (posledično tudi Kanada⁶⁸), ki je v prenovljenem zakonu iz leta 1938 določila, da lahko duševne (z) motenosti matere ne povzroči le porod, temveč tudi (precej daljša) doba dojenja.

V Republiki Avstriji, ki je primerjalno zaradi skupne zgodovine za nas še posebej zanimiva, je njen poseben politični položaj omejene suverenosti po drugi svetovni vojni botroval temu, da so leta 1945 samo potrdili svoj stari zakonik iz leta 1852 (v svojem jedru še zakon iz leta 1803!). Povsem novega, ki pa je dejanje zdaj tudi inkriminiral podobno kot omenjeni zakoniki, to je z vključitvijo »vpliva poroda« kot samostojnega znaka neodvisno od socialnih okoliščin, so v Avstriji sprejeli šele leta 1973.⁶⁹

Če je inkriminacijam v zakonodajah vseh zgoraj omenjenih držav skupna duševna (z) motenost, pogojena s porodom, kot nov zakonski znak, jim je večinoma skupno tudi to, da so povsem opustile razlikovanje med »zakonskimi« in »nezakonskimi« otroci. S tega vidika, ki v tej razpravi zaradi omejenosti prostora v vsej svoji kompleksnosti – prepletenosti z ureditvijo v civilnem pravu kot tudi še vedno z vplivom Cerkve – ni v ospredju, pa je treba kljub vsemu poudariti, da jugoslovanski kazenski zakonik iz leta 1929 od večine omenjenih zakonodaj glede tega odstopa, saj tako razlikovanje še upošteva. To se je

vplivom njegovega poteka, bo kaznovana z zaporom do treh let ali z denarno kaznijo.« Prevod K. Š. Inkriminacija je ostala nespremenjena do danes, le kazen strogega zapora (*Zuchthaus*) je nadomeščena s kaznijo zapora.

⁶⁶ Kazenski zakonik Kanade iz leta 1948, ki vsebinsko še vedno temelji na angleškem *Infanticide Act* (1922/1938):

»A female person commits infanticide when by a wilful act or omission she causes the death of her newly-born child if, at the time of the act or omission she is not fully recovered from the effects of giving birth to the child and by reason thereof or of the effect of lactation consequent on the birth of the child her mind is then disturbed.« (Poudarila K. Š.) V prevodu K. Š.: »Oseba ženskega spola izvrši dejanje detomora, kadar z namernim dejanjem ali z opustitvijo povzroči smrt svojega novorojenčka, če si v času storitve ali opustitve še ni povsem opomogla zaradi vpliva poroda ali zaradi vpliva dojenja, ki je porodu sledilo.«

⁶⁷ Italijanski kazenski zakonik iz leta 1930, 578. člen, *Infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale* (Detomor v okoliščinah odreka materialne in moralne podpore).

⁶⁸ Glej Cunliffe, *Infanticide: Legislative History and Current Questions* (2009–2010), str. 94; Vallillee, *Deconstructing Infanticide* (2015), str. 5–6.

⁶⁹ § 79 StGB Tötung eines Kindes bei der Geburt (1973): »Eine Mutter, die das Kind während der Geburt oder solange sie noch unter der Einwirkung des Geburtsvorgangs steht, tötet, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen«. (Poudarila K. Š.) V prevodu K. Š.: »Mati, ki ubije otroka med porodom ali dokler je še pod vplivom njegovega poteka, se kaznuje z zaporom od šestih mesecev do petih let.«

spremenilo šele z jugoslovanskim kazenskim zakonikom iz leta 1951,⁷⁰ na ustavni ravni pa takoj po drugi svetovni vojni.⁷¹

Z vidika evropske primerjane kazenskopravne zgodovine morda preseneča, da je poleg jugoslovanske iz leta 1929 tako razlikovanje poznala še avstrijska kazenska zakonodaja vse do leta 1973, pri odpravi katerega pa ni bila zadnja. Še bolj presenetljivo je namreč, da je razlikovanje med zakonskimi in nezakonskimi materami (in posledično otroki) ohranjala tudi Nemčija, toda še bistveno bolj poudarjeno, in sicer celo do leta 1998. Ne le, da ga je poznala najdalj, temveč je inkriminacija v njeni kazenski zakonodaji ostajala pravzaprav nespremenjena daleč največ časa, in sicer celih 127 let. V prvem skupnem nemškem kazenskem zakoniku, *Reichsstrafgesetzbuch* (RStGB), sprejetem leta 1871, se je inkriminacija detomora v 217. členu, ki je v svojem jedru preživela vse do leta 1998, glasila:

»Mati, ki svojega zunajzakonskega otroka naklepno usmrti med porodom ali takoj po njem, se kaznuje [...]«⁷²

Kljub večkratnim temeljitim reformnim načrtom za celovito prenovo nemškega kazenskega zakonika jim tega ni uspelo sprejeti vse do leta 1998. Zato se tudi inkriminacija detomora v tem dolgem obdobju v bistvenem ni spremenila. Spremenili so le višino zagrožene kazni (leta 1953 so kazen za lažjo obliko znižali na »ne manj od 6 mesecev«, 1969 pa so jo preformulirali v »6 mesecev do 5 let«). To pa je med drugim tudi pomenilo, da so vsaj v srednjeevropskem prostoru ostali v Zvezni republiki Nemčiji pravzaprav edini, ki so, prvič, s pojmom detomora razumeli izključno dejanje nezakonske matere,⁷³ in

⁷⁰ Prim. Tahović, KRIVIČNO PRAVO (1953), str. 82–83.

⁷¹ Na ustavni ravni že takoj s prvo ustavo. V socialistični Jugoslaviji je prav izenačitev »nezakonskih« otrok z »zakonskimi« med prvimi in med najnaprednejšimi. V ZDA je Vrhovno sodišče šele leta 1968 začelo uporabljati ustavno določilo o enaki obravnavi *equal protection clause* tudi za nezakonske otroke, s čimer je šele začelo več desetletij dolg proces izenačevanja pravic. Toda tudi v državah članicah Sveta Evrope se je šele na podlagi sodb Evropskega sodišča za človekove pravice začela razvijati sodna praksa v smeri izenačitve v približno istem času in je vplivala na spremembo civilnih zakonikov v marsikateri zahodnoevropski državi. Belgija je tako načelo o izenačitvi v svoj civilni zakonik vključila šele leta 1987. Prav njena državljanka je namreč sprožila odločilni sodni spor (slavna odločba v zadevi *Marckx proti Belgiji*, št. 6833/74, z dne 13. junija 1979), na Irskem in v številnih drugih državah članicah Sveta Evrope pa na primer razlikovanje načeloma še vedno obstaja, vendar sta statusa dejansko že zelo približana. Meeusen, *Judicial Disapproval of Discrimination* (1995), str. 119–145.

⁷² Dobesedno: »Eine Mutter, welche ihr uneheliches Kind in oder gleich nach der Geburt vorsätzlich tötet, wird mit Zuchthaus nicht unter drei Jahren bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter zwei Jahren ein.« Prevod v glavnem besedilu D. K. Na internetni strani URL: <http://lexetius.com/StGB/217,6> (26.4. 2017) so kronološko zbrane inkriminacije za vsak člen kazenskega zakonika (in tudi drugih nemških zakonov) posebej od leta 1871 (nastanka Nemčije) naprej.

⁷³ To pa ni veljalo za kazenski zakonik Nemške demokratične republike (DDR). Po njihovem kazenskem zakoniku iz leta 1968 je bil detomor vključen v 113. člen kot ena od vrst lažje oblike kaznivega dejanja odvzema človekovega življenja: kadar »ženska svojega otroka ubije med ali takoj po

drugič, da so bili edini, ki kot samostojni zakonski znak inkriminacije detomora nikdar niso vpeljali »osamosvojenega« psihološke (z)motenosti zaradi vpliva poroda.

Razlikovanje med »zakonskimi« in »nezakonskimi otroki« oziroma natančneje materami so v Zvezni republiki Nemčiji načeloma odpravili sicer leta 1970, čemur pa materialni kazenski zakonik pri inkriminaciji detomora ni sledil. Razlikovanje je obdržal vse do leta 1998, ko je nemški parlament po večletni javni razpravi, ki se je osredotočala zlasti na anahronističnost znaka »nezakonskega« otroka oziroma matere, izglasoval, da detomora kot samostojno inkriminacijo povsem črtajo.⁷⁴ Prevladalo je mnenje, da je mogoče za take primere uporabiti druge določbe veljavnega kazenskega zakonika, ki so v nemški kazenskopравни zgodovini za »zakonske matere« tako veljale že od leta 1871.⁷⁵ V tem smislu so ostali povsem zvesti prevladujoči argumentaciji z začetka 20. stoletja, o kateri več v naslednjem razdelku.

2.3.3. Reformni osnutki in poudarki iz akademske razprave⁷⁶ o upravičenosti »osamosvojenega« razloga duševne (z)motenosti

Dejstvo nesprejeta celovito reformiranega kazenskega zakonika v Nemčiji in v Avstriji vse do druge polovice 20. stoletja ne pomeni, da niso prav razprave v strokovnih krogih teh dveh držav v drugem reformnem obdobju imele velikega vpliva na strokovne kroge v državah, ki jim je reformno zakonodajo v obdobju med obema vojnama uspelo sprejeti.

V začetku drugega reformnega obdobja pri pripravah na reformo materialnega kazenskega prava v Srednji in Zahodni Evropi prednjačijo v Švici. Prav dokončanje njihovega

porodu« (*Totschlag* (2); ... *wenn eine Frau ihr Kind in oder gleich nach der Geburt tötet*);. Komentar k temu členu predvideva možnost, da lahko posebno težke osebne ali ekonomske okoliščine, ki jim je ženska lahko podvržena med porodom ali takoj po njem, doletijo tudi poročeno ženo. Tudi zakonik DDR pa »osamosvojenega« znaka »vpliva poroda« v samo inkriminacijo dejanja ne vpelje. STRAFRECHT DER DEUTSCHEN DEMOKRATISCHEN REPUBLIK (1969), str. 77–79.

⁷⁴ Za podrobnejšo analizo političnih in pravnozgodovinskih okoliščin sprejemanja odločitve o črtanju samostojne inkriminacije in glasovanja o njej leta 1998 glej na primer Deutsch, *Die strafrechtliche Behandlung der Kindstötung in Preußen* (2008), str. 67–69. O nekaterih poudarkih strokovne razprave v Nemčiji po odpravi samostojne inkriminacije primerjaj, na primer, o pozitivnih posledicah in problemih disertacijo Weinschenk, § 217 StGB – FOLGEN DES WEGFALLS (2003), zlasti 192–205 in kritično, Bejarano Alomia, *KINDSTÖTUNG* (2008), zlati str. 91–106; o kanadskih izkušnjah, kjer so inkriminacijo obdržali, prim. Vallillee, *Deconstructing Infanticide* (2015), str. 6–11; Cunliffe, *Infanticide: Legislative History and Current Questions* (2009–2010), str. 94–119.

⁷⁵ Lilienthal, *Verbrechen* (1910), str. 276–277.

⁷⁶ V tem obdobju so v Nemčiji prvič odločno slišani tudi glasovi ženskih združenj. Najbolj znana je peticija, katere gonilna sila je bila Camilla Jellinek, s katero so ženske k nemškemu predosnutku novega kazenskega zakonika iz leta 1909 (pravzaprav pa k še vedno veljavnemu 217. členu iz kazenskega zakonika iz leta 1871) oblikovale konkretizirane zakonodajne predloge, med drugim tudi glede detomora. Jellinek, *Frauenforderungen* (1908), str. 71–92; prim. Czelk, »PRIVILEGIERUNG« UND VÖRURTEIL (2005), str. 79–99.

prvega reformnega osnutka leta 1893 oziroma 1894 lahko zaradi njegovega pomembnega vpliva štejeemo za začetek drugega reformnega obdobja. Osnutek, katerega avtor je bil slavni švicarski profesor kazenskega prava Carl Stooss,⁷⁷ je povzel rešitev iz zakonika, veljavnega v Kantonu Zürich (1871),⁷⁸ za katerega se zdi, da je najverjetneje bilo prvo zakonsko besedilo, ki je izrecno vsebovalo psihološko motnjo zaradi poroda kot »osamosvojeni« zakonski znak. Carl Stooss, ki je leta 1896 postal profesor kazenskega prava na Dunaju, je tisti, ki je s svojim delom vplival na vplivni avstrijski osnutek.⁷⁹ V švicarskem reformnem osnutku se je rešitev izrazila v izrecnem zakonskem znaku »pod vplivom poroda« (ki je bila nato uzakonjena s prvim zveznim švicarskim kazenskim zakonikom iz leta 1937), nato pa tudi v avstrijskem osnutku (»pod vplivom motenj, ki jih povzroči potek poroda«), pri katerem pa je tudi ostalo,⁸⁰ čeprav je bil leta 1913 že predložen Državnemu zboru.

Vse kaže, da so v obdobju med obema svetovnima vojnama zakonski znaki vpliva poroda v inkriminacijah detomora vsaj deloma nastali kot evfemizmi za porodničin strah pred socialno in zlasti ekonomsko izobčenostjo zaradi poroda (zunaj zakonske zveze) in lahko zato za potrebe znanstvene tipizacije govorimo o evfemizacijski fazi razvoja detomora kot inkriminacije (na poti v poznejšo psihiatrizacijsko, glej spodaj). Pri tem naj ne bo odveč ugotovitev, da se je ženska s tem v vsakem primeru iz nevhvaležne vloge socialno in ekonomsko deprivilegirane in prestrašene prek novih zakonskih fraz duševne (z) motenosti objektivno pojavila v vlogi duševno abnormne,⁸¹ grobo rečeno ne več uboge in odrinjene, ampak kar nore, kar ni nujno zgolj in samo napreden korak v boljše pravo prav za žensko (in še manj za novorojenca).

S tako rešitvijo pa se tudi v obdobju med obema vojnama niso strinjali vsi. Zlasti vplivni heidelberški profesor Karl von Lilienthal je bil tisti, ki je v obsežnem reformnem osnutku nemškega kazenskega zakonika glede detomora izrecno zavrnil rešitve, ki jih je tudi za Nemčijo zagovarjal zlasti Franz von Liszt. Lilienthal je zavrnil tako izenačenje

⁷⁷ Prim. Liszt, *Die Kindestötung* (1905), str. 111; o pripravi osnutkov Schäfer, Carl Stooss, (2015), str. 43–46.

⁷⁸ V Švici sicer poenotnega zveznega materialnega kazenskega zakonika ne poznajo do leta 1937 (ki sprejme prav to rešitev in jo obdrži do danes). Liszt, *Die Kindestötung* (1905), str. 111. Prim. 67. člen predosnutka, *Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch* (1909), str. 26.

⁷⁹ O Carlu Stoossu in reformah kazenskih zakonikov v Švici, Avstriji in Nemčiji glej razpravo Franka Schäferja, Carl Stooss (1849–1934) – *Eine Geschichte der Strafrechtskodifikation in Drei Staaten* (2015), str. 32–76.

⁸⁰ Člen 291 (Kindesmord): »*Die Mutter, die während der Geburt oder unter Einwirkung der durch den Geburtsvorgang hervorgerufenen Störungen ihr Kind tötet [...]*«. Vorentwurf zu einem österreichischen Strafgesetzbuch (1909), str. 77–78, in predlog kazenskega zakonika, ki je bil leta 1913 že predložen Državnemu zboru, Entwurf eines Strafgesetzbuches (1913), str. 84; prim. starejšo inkriminacijo v Entwurf, 1891 (230. člen).

⁸¹ Prim. v novi slovenski kriminološki literaturi Kmet (zgoraj, op. 6).

nezakonskih in zakonskih mater kot tudi vpliv poroda kot tistega odločilnega elementa, ki bi ga bilo treba redoma upoštevati kot samostojni dejavnik psihološke (z)motenosti tudi pri zakonski materi. V reformnem predlogu nemškega kazenskega zakonika iz leta 1910 je tako obravnavanje zakonskih mater pospremil z besedami:

»Usmrtitev s strani zakonske matere enako privilegirati kot s strani zunajzakonske, kot to počnejo švicarski in avstrijski osnutek in prav tako predlaga v. Liszt, ne ustreza kaj prida splošnemu pravnemu občutenju. In to upravičeno, kajti vsi razlogi, ki lahko zakonsko mati privedejo k usmrtitvi lastnega otroka, nikakor niso vezani na potek poroda in tudi ne učinkujejo s posebno močjo prav v trenutku poroda. Če pa bi bila pri njej posledica razburjenja zaradi poteka poroda omajanje prištevnosti, bi [splošni instituti splošnega dela kazenske zakonodaje] omogočali primerno milejše kaznovanje. To seveda velja tudi za zunajzakonsko mati, le da pri njej njen svojski položaj kliče po posebnem upoštevanju celo, kadar o omajani prištevnosti v smislu osnutka ne more biti govora.« (prevod D. K.)⁸²

Ugotovimo lahko, da je tako naziranje v nemški strokovni javnosti v drugem reformnem obdobju prevladalo in na koncu najverjetneje tudi botrovalo dejstvu, da so leta 1998 detomor kot samostojno inkriminacijo odpravili.

Z vidika izvedenca za sodno medicino je svoje strokovno mnenje v tej smeri takrat zastopal tudi že omenjani dunajski specialist forenzične medicine Albin Haberd. ⁸³ Njegov ugovor v delu *Zur Lehre vom Kindesmorde* iz leta 1910, je šel v smeri, da samo dejstvo poroda pri drugače zdravi ženski ne more biti razlog za predpostavko takega psihičnega vpliva na porodnico, ki bi samodejno pomenil bistveno zmanjšano prištevnost in s tem zmanjšano kazenskopravno odgovornost. Po njegovem mnenju lahko vpliv poroda na porodnico doseže patološke razsežnosti zgolj izjemoma, ne bi pa to smeli sprejeti kot pravilo, tako kot naj bi se to pogosto dogajalo v sodni dvorani pri porotnem sojenju.

Za potrebe tipizacije lahko govorimo o razviti postevfemistični, psihiatrizacijski fazi razvoja inkriminacije detomora najpozneje v tem obdobju.

2.4. Rešitve v Kazenskem zakoniku Kraljevine SHS iz leta 1929: kontekstualizacija in vprašanje izvora konceptualnih zasnov naše veljavne določbe

Že na prvi pogled je vidno, da se inkriminacija iz leta 1929 od predhodne iz leta 1803 oziroma 1852 bistveno razlikuje prav po tem, da vključuje »osamosvojeno« duševno (z)

⁸² Lilienthal, *Verbrechen* (1910), str. 276–277; o stabilnosti nemške inkriminacije prim. Vorentwurf (1909) in pa Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch (1920), ki vsebuje osnutek iz leta 1913 (282. člen) in iz leta 1919 (285. člen).

⁸³ Haberd, *Gerichtsärztliche Bemerkungen* (1911), str. 471; Haberd je bil sicer prepričan, da privilegirana inkriminacija detomora ne bi smela izključevati zakonske matere, kot je bilo to značilno za Nemčijo.

motenost, neodvisno od socialnih okoliščin, kot samostojni zakonski znak (KZ 1929: »*Mati, ki usmrti svojega otroka za poroda ali neposredno po porodu ali dokler traja ona motnja, ki jo povzroča pri porodnici porod, se kaznuje [...]*« (poudarek K. Š.).

Metod Dolenc, profesor kazenskega prava in pravne zgodovine na ljubljanski Pravni fakulteti, avtor komentarja h kazenskemu zakoniku iz leta 1929, pa tudi eden od najpomembnejših urednikov zakonika samega, je v svojem »tolmaču« to inkriminacijo pospremil z besedami:

»Upoštevajoč moderno stremljenje, da se psihične depresije matere, ki so posledice fiziološkega procesa rojstva, smatrajo za posebno olajšujoč moment pri presoji krivde, je zakonodajalec odredil, da je naklepoma storjena usmrtitev (gl. § 167) novorojenčka le prestop in da ostane poskus takega dejanja nekazniv. Vendar je opredelil učinkovanje psihične depresije na sam porajalni čin in na čas neposredno po porodu. Kot najskrajnejša meja pa velja čas, dokler traja motnja psihičnega ravnotežja, ki ga porod pri roditelji izzove. Zunanje fizične okolnosti te motnje ugotoviti in časovno opredeliti, je stvar izvedencev zdravnikov, a presojati jih glede njihovega učinka stvar sodišča.«⁸⁴

Lahko bi rekli, da je inkriminacija detomora tudi v naši tradiciji polno vstopila v psihiatrizacijsko razvojno fazo, z vsemi nelahkimi sistemskimi problemi potencialne redundantnosti zaradi splošnih institutov za obvladovanje omajane prištevnosti in olajševalnih okoliščin pri odmeri kazni v takratnih zakonodajah vred, da o etičnih napetostih takih pristopov sploh ne razpravljamo.

Metod Dolenc je v nadaljevanju komentarja poudaril, da se je zakonodajalec izrecno odrekel pogojenosti s socialnimi okoliščinami storilke v smislu *scusa della causa d'onore* in v tem pogledu torej ni sledil srbskim »Motivom« iz leta 1910, ki jih je sicer zelo cenil:

»Ta motiv je bil iz besedila črtan, kar pa ne pomeni, da ni kot olajševalna okolnost upošteven zlasti pri prvorođećih nezakonskih materah, pri vdovah itd. Toda za presojo krivde kot take nima vpliva.«⁸⁵

Kot razlog, zakaj se niso odločili za izenačenje zakonskih mater z nezakonskimi, pa je Dolenc poudaril, da bi bilo to v opreki z načelom posebne skrbi in s tem zaščite zakonske zveze kot posebne pravne dobrine.⁸⁶

⁸⁴ Dolenc, TOLMAČ (1929), str. 285.

⁸⁵ Dolenc, TOLMAČ (1929), str. 285. Prim. tudi Dolenc, Maklecev, SISTEM (1934), str. 209–211, kjer je razlaga naslednja: »*Ratio privilegii* je fiziološko zmanjšanje razsodnosti matere porodnice, oslabljenje odporne sile, da se bori zoper instinkte vnaprej občutene nevščedenosti, ki se pojavljajo ob uvidevanju otežkočenja življenja, ker bo treba skrbeti za dete ali ker utegne, zlasti pri nezakonski materi ali pri vdovi nastati velika sramota («*scusa della causa d'onore*»). Zakonodajalec nekako anticipira zmanjšano vračunljivost pri porodnici, v resnici pa ji more sodišče še vedno priznati zmanjšano vračunljivost; vendar se ta ne sme snovati baš v porodičnem telesnem in duševnem stanju storilke.«

⁸⁶ Prav tam, str. 286.

Ugotovimo lahko, da so prav že omenjene dolgoletne in temeljite razprave v strokovnih sredinah Nemčije in Avstrije, zlasti pa komentiranje reformnih predlogov, pomembno vplivale tudi na snovalce poenotene kazenske zakonodaje v prvi Jugoslaviji. Aleksandar Maklecov je izrecno opozarjal na vpliv, ki da ga je nanje imel Liszt, med drugim s svojimi idejami o pomenu individualizacije kazenske sankcije, pri čemer naj bi kaznovali storilca in ne dejanje. Pri tem je poudarjal pomen, ki ga je po njegovem mnenju Liszt – pod njegovim vplivom pa tudi Metod Dolenc⁸⁷ – na sploh pripisoval takratnim najnovejšim dognanjem psihologije.⁸⁸ Po Lisztovem prepričanju naj bi jim v svojih konkretnih prizadevanjih sledili predvsem tudi sodniki. Maklecov piše, da so prav te ideje botrovale tudi veliki diskreciji, ki jim jo je kazenski zakonik iz leta 1929 dopustil pri določanju kazni. Zakonik namreč ni določil najnižje meje potencialno prisojene kazni.⁸⁹ Ta bi lahko znašala kvečjemu zgolj en dan ali en dinar, kot za primer umora hipotetično v svoji razpravi štiri leta po sprejetju zakonika piše Dolenc. Dolenc ima v tej razpravi sicer pred očmi umor, vendar bi lahko enako veljalo tudi za detomor, ki ga našteva med primeri inkriminacij, kjer spodnja meja ni določena.⁹⁰

Za zaokrožitev prvega dela razprave naj ugotoviva, da je rahlo okorna dikcija »ali dokler traja ona motnja« v Kazenskem zakoniku Kraljevine SHS iz leta 1929 svobodni pre-

⁸⁷ Na poglobljeno zanimanje Metoda Dolenca in kolegov za razvoj sodne psihologije ter sodne psihiatrije in njihov namen vključiti spoznanja teh ved v proces spreminjanja kazenskopravne zakonodaje v Kraljevini SHS najverjetneje kažejo tudi številna temeljna dela tistega časa, ki jih imamo v knjižnici ljubljanske Pravne fakultete, na primer delo enega pionirjev aplikativne psihologije, tudi soustanovitelja Instituta za to področje v Berlinu (Institut für Angewandte Psychologie) in strokovnega časopisa, dr. Otta Lipmanna (GRUNDRISS DER PSYCHOLOGIE FÜR JURISTEN (1925)), dve zaporedni izdaji obsežnega dela uglednega psihiatra, pionirja forenzične psihiatrije in kriminologije, Gustava Aschaffenburga (DAS VERBRECHEN UND SEINE BEKÄMPFUNG (1903 in 1906)), temeljno delo sodne medicine (Hofmann, Haberda, LEHRBUCH (1927)), z obsežnim poglavjem tudi o detomoru, kot tudi krajša dela, ki so obravnavala specifična vprašanja, kot je na primer vloga izvedenca psihiatrične stroke v kazenskem pravu psihiatra Alfreda Hocha (WELCHE GESICHTSPUNKTE (1902)), vse letnike revije Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Heidelberg, München, 1905–1936, ki je predhodnica Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, ki izhaja še danes, itd.

⁸⁸ Glej Lisztov predgovor v prejšnji opombi omenjenega dela dr. Otta Lipmanna. Delo je nastalo kot povzetek Lipmannovih predavanj, ki jih je imel na povabilo Liszta za študente njegovega seminarja v Berlinu. Pri tem velja opozoriti na nekatere danes nevzdržne poglede, na primer, da so nekatere obdobja v življenju sicer zdravega človeka vzrok za šibkejši samonadzor in zato vzrok prav za določena kazniva dejanja. Med njimi omenja detomor kot tipičen primer za obdobje tik po porodu, vendar pa tudi nekatere stadije menstruacije kot vzrok za tatvine gospodinjskih predmetov, čas nosečnosti za tatvine na splošno, čas pubertete za dejanja požiga in preloma prisege ipd. Lipmann še posebej poudarja problematiko menstruacijskih ciklov, pri čemer, zanimivo, obravnava pri moških tudi t. i. *climacterium virile*. Lipmann, GRUNDRISS, str. 74–75.

⁸⁹ Glej zgoraj, začetek tega razdelka.

⁹⁰ Dolenc, Vprašanje omilitve in poopravitve kazni po novem kazenskem zakoniku (1929), str. 267–282, tu 276.

vod iz avstrijskega reformnega osnutka (*»unter Einwirkung der durch den Geburtsvorgang hervorgerufenen Störungen⁹¹⁾*), in da jo je vseboval tudi že *Projekat kaznenog zakonika za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca* iz leta 1922.⁹² Ugotoviva lahko, da je v prvem skupnem jugoslovanskem kazenskem zakoniku iz leta 1929 pri ubeseditvi inkriminacije dejanja detomora prevladal vpliv srednjeevropske tradicije in ne morda katere od tradicij preostalih pravnih ozemelj,⁹³ ki so tvorila tedanjo državo.⁹⁴ Srednjeevropska tradicija je seveda naša tradicija, tradicija v okviru katere so slovenski pravniki, tako sodniki kot tudi odvetniki, pa tudi profesorji in študentje živeli in delovali tako v prvem reformnem obdobju z uveljavitvijo avstrijskega zakonika 1803, ki je za dejanje detomora prvi odpravil smrtno kazen, pa vse do pomembnih avstrijskih reformnih osnutkov na prelomu v 20. stoletje – ki so seveda bili tudi naši! – in vse od akademskih razprav, ki so sledile še v čas prve svetovne vojne, pa vse do leta 1929 (in praktično ne glede na razpad habsburške monarhije). Prvi del lahko torej skleneva z ugotovitvijo, da je bila inkriminacija v Kazenskem zakoniku SHS iz leta 1929 v svojem jedru res neposredna predhodnica samostojne inkriminacije detomora, kot jo poznamo v 119. členu veljavnega slovenskega Kazenskega zakonika še danes.

⁹¹ Glej zgoraj, op. 81.

⁹² *Projekat kaznenog zakonika za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca* iz leta, Beograd, 1922 (člen 169): »Mati, ki ubije svoje zakonsko dete (*sic!*) v času poroda ali dokler traja ona motnja, ki jo pri porodnici izzove porod [...]« (»Mati koja ubije svoje bračno (*sic!*) dete za vreme porodaja ili dok traje onaj poremećaj, što ga kod porodilje izaziva porođaj [...].«)

⁹³ O šestih pravnih ozemljih Kraljevine SHS glej na primer Vilfan, *UVOD V PRAVNO ZGODOVINO* (1993), str. 132–135.

⁹⁴ Prim. na primer *Zakonika kraljevine Črne gore* iz 1906, kjer je detomoru posvečeno šestnajsto poglavje (štirje členi). Za temeljno kaznivo dejanje umora je bila sicer zagrožena kazen smrt, za uboj pa strogi zapor (*robija*) ne manj kot dvajset let. V 164. členu zakonik razlikuje med zakonsko in nezakonsko materjo, pri čemer slednji grozi nižja (vendar še vedno visoka) kazen desetih let strogega zapora (*robije*). Po 165. členu pa je z občutno nižjo kaznijo od dveh do petih let zapora kaznovana »mami, ki porod prikrije in rodi v samoti z namenom, da otroku vzame življenje [...]«. Ureditev je verjetno edinstvena, saj imamo v tem primeru še v začetku 20. stoletja v istem zakoniku opravlja z inkriminacijama, ki ena ob drugi upoštevatava obe obliki privilegiranja: v 164. členu nezakonsko mater (implicitno socialne okoliščine), v 165. členu pa čast (rodu). Slednje se seveda bistveno razlikuje od srednjeevropske tradicije, ki je še v začetku 20. stoletja prikrivanje poroda vrednotila povsem nasprotno, celo kot samostojni prestop (Übertretung) opustitve dolžnosti nezakonske matere javiti porod pristojnim oblastem (tako v avstrijskem zakoniku iz leta 1852, 339. člen, *Verheimlichung der Geburt*; glej na primer Stooss, *LEHRBUCH*, str. 234–244).

3. Posebna inkriminacija detomora: kje smo?

3.1. Zakaj se v nekaterih državah inkriminacija detomora spreminja z velikimi družbenimi spremembami, očitno relevantnimi za presojo nepravda usmrtnitve novorojenca, pri nas pa ne?

Socialnih in ekonomskih razlogov, iz katerih je detomor kot usmiljeno privilegirani delikt (glej zgoraj) v zakonodajah nastajal, v družbah bogatih socialnih držav, kjer se na primer večina otrok povrh vsega rojeva zunaj zakonske zveze in izobčenj žensk srednjeveškega tipa zaradi materinstva zunaj zakonske zveze, danes vsaj v Evropi ni več. Ne sme torej presenečati, da so bili v kakšni kazenskopravno nasploh zelo vplivni in za slovenski pravni sistem tradicionalno relevantni državi, kot je Nemčija, ti razlogi prepoznani kot tako spremenjeni, da je prevladala presoja o povsem odpadli legitimnosti oziroma (kriminalitetno)politični vzdržnosti posebnega zakonskega obravnavanja umora otroka, še sploh močno privilegirane, in je prevladalo spoznanje o smiselnosti črtanja takih deliktov (primerjaj podobne učinke veljavne zakonodaje v Franciji, Španiji in na Madžarskem). Presenetni lahko kvečjemu, da je Nemčija z ukinitvijo svoje inkriminacije detomora (vezane na neporočeno storilko) tako dolgo odlašala in da v Sloveniji primerjalnoppravne analize in zlasti izrecne podlage za zakonodajne reforme dejstva, da so države, kakršne so Nemčija, pa tudi Francija in Španija brez inkriminacije detomora, tako grobo dolgo niso opazili. V številnih državah jim ob razvitih institutih opredeljevanja omajane prištevnosti znotraj krivde kot elementa splošnega pojma kaznivega dejanja in bogatih sistemih olajševalnih okoliščin pri odmeri kazni ni nikoli zares uspelo sistemsko prepričljivo utemeljiti potrebe po posebnem ukvarjanju z omajano prištevnostjo storilca prav in samo pri umoru otroka⁹⁵ v posebnem delu kazenskega prava in tako potreba po posebni inkriminaciji detomora v zadnjih desetletjih ostaja dogmatično tako meglena, da lahko provokativno že govorimo o redundantnosti razvojni fazi inkriminacije detomora.

Ni razpoložljivih podatkov, da bi Slovenija v psihologiji in psihopatologiji porodnic kaj posebej odstopala od povprečja Srednje Evrope, pri tem pa vztraja na detomoru iz t. i. psihiatrizacijske razvojne faze inkriminacije detomora z očitnimi znaki predhodnega razvoja, ki smo ga za potrebe našega pregleda v prikazu neobičajnih levitev te inkriminacije skozi čas imenovali evfemizacijska faza (s tihim upoštevanjem socialnih in ekonomskih strahov porodnice znotraj pojma vpliva poroda, nadrobneje glej zgoraj) in ga v novejši zgodovini definicijsko ne spreminja.⁹⁶ Hkrati Slovenija vzdržuje precej skrajno razliko v

⁹⁵ Glej psihoanalitične razprave v novejši slovenski kriminološki literaturi pri Kmet (dela, navedena v opombi 6), ki sicer niso neposredno kazenskopravno relevantne, vendar tudi nasploh ne dajejo argumentov za tako sistemsko skrajno posebno obravnavo prav usmrtnitve in prav novorojenca, kot ga uteleša inkriminacija detomora iz 119. člena KZ-1.

⁹⁶ Prim. 130. člen KZ iz leta 1994, ki je vsebinsko enak ureditvi te inkriminacije iz časov skupne Jugoslavije.

posebnem maksimumu predpisane kazni z na primer kaznivima dejanjema povzročitve smrti iz malomarnosti (118. člen KZ-1) in kvalificiranega poškodovanja tuje stvari (220/II. člen KZ-1): pri detomoru je predpisana kazen za kar 60 odstotkov nižja, kot pri teh inkriminacijah (ob potencialno povsem enaki (z)motenosti prištevnosti storilke!). Tako ostaja etično nelagodje, če ne že kar paradoks, da je za mati naklepna usmrtitvena inkriminacija otroka iz 119. člena KZ-1 načeloma bistveno ugodnejša od inkriminacije, ki pokriva malomarno usmrtitev tega istega otroka (118. člen KZ-1) oziroma bo pri naklepni usmrtitvi otroka iz 119. člena KZ-1 v pravem idealnem steku s poškodovanjem njegovih oblačil (zgodovinskega pomena in s tem velike vrednosti) v smislu 220/II. člena KZ-1 detomor na ravni biti inkriminacij kar 60 odstotkov mileje obravnavan, kot poškodovanje oblačil žrtve. Ni prepričljivih dokazov, da bi v Sloveniji odločitev za ohranjanje posebne privilegirane inkriminacije detomora in še posebej tako drastične privilegiraniosti v danih socialnih in psihiatričnih razmerah temeljila na poglobljenih primerjalnopравниh analizah (tu s tako rekoč popolnim slovenskim zakonodajnim ignoriranjem razvoja v državah, kot so Nemčija, pa tudi Francija in Španija obstaja določeno nelagodje ob utemeljevanju oziroma neutemeljevanju ohranjanja starih inkriminacijskih rešitev) ali širših socialnih študijah.⁹⁷

Nesorazmernost slovenske privilegiraniosti detomora med naklepnimi usmrtitvenimi delikti dodatno kaže relativiziranje pseudokavzalnosti⁹⁸ med vplivom poroda na storilko in smrtjo človeka s priznavanjem obstoja detomora po 119. členu KZ-1 z vsemi elementi splošnega pojma kaznivega dejanja vred celo v primerih, ko je očitno, da je storilka naklep do usmrtitve razvila pred začetkom poroda in tudi v primerih, ko si je (daleč) naprej pripravila orodje za izvršitev te usmrtitve z ustreznim naklepom.⁹⁹ Vse kaže, da vidni del slovenskega kazenskega prava v opisu delikta iz 119. člena KZ-1 sploh ne želi videti resne vektorske povezave med dejstvom, ki ga zakonodajalec imenuje vpliv poroda (»dokler je še¹⁰⁰ pod njegovim vplivom«) na storilko in njenim izvršitvenim usmrtitvenim ravnanjem (in posledično prepovedano posledico tega ravnanja, to je smrti

⁹⁷ Del kazenskopravne analize v nadaljevanju tega poglavja je nastal kot priredba dela rezultatov raziskovalnega projekta z delovnim naslovom Veliki znanstveni komentar posebnega dela KZ-1 (Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, 2015–2017, pod uredništvom: D. Korošec, K. Filipič, S. Zdolšek, B. Koritnik; avtor komentarja 119. člena KZ-1 je D. Korošec).

⁹⁸ Tu tehnično vsaj v okvirih slovenske kazenskopravne terminologije ne moremo govoriti o pravi kavzalnosti, ker pač kavzalnost vektorsko povezuje na eni strani izvršitveno ravnanje in na drugi prepovedano posledico, pri inkriminaciji detomora pa imamo opraviti z vektorsko zvezo med posebnim duševnim stanjem storilke in prepovedano posledico, kar je pojmovno kvečjemu pseudokavzalnost.

⁹⁹ Deisinger, KAZENSKI ZAKONIK (2001), str. 45 (robna št. 6).

¹⁰⁰ Tu gre očitno za vpliv poroda na poznejše dogajanje, ne za porodničin strah pred pričakovanim vplivom poroda, ki da aktivira priprave na detomor. Zato inkriminacija detomora v sedanji obliki iz 119. člena KZ-1 ne more nepravno nevtalzirati storilčinega naklepa do usmrtitve pred začetkom poroda, za primer poroda, za čas poroda, ki še ni napačil.

človeka), kar kajpak nujno močno relativizira dejanski pomen vpliva poroda in s tem vsaj v dogmatični luči smisel celotne take inkriminacije. Nadrobneje glej spodaj v zvezi s prištevnostjo in krivdo.

3.2. Tipizacija slovenske inkriminacije detomora iz 119. člena KZ-1 po merilih materialnega kazenskega prava

Ni dvoma, da inkriminacija detomora v vsej slovenski zakonodajni zgodovini, vključno z aktualno iz 119. člena KZ-1 glede na opis prepovedane posledice in današnjo umešitev v petnajsto poglavje KZ-1 (kazniva dejanja zoper življenje in telo), torej ob bok inkriminacijam uboja in umora, varuje najpomembnejšo dobrino sodobnega kazenskega prava, človekovo življenje. Pri tem naj poudariva, da imamo pri detomoru opraviti s posebej neobgljenim človekom kot žrtvijo in posebno družbeno skrbjo zanj prav zaradi posebne neobgljenosti, z viktimološko navdahnjenimi besedami kazenskopravne teorije: z osebo pod posebno nepravnostno pozornostjo in številnimi t. i. garantnimi varovalnimi pokrovi. Zato je inkriminacija naklepnega usmrtitvenega delikta iz 119. člena KZ-1 še posebej pomembna konkretizacija določbe 17. člena Ustave Republike Slovenije v delu »človekovo življenje je [po rojstvu ali vsaj med njim] nedotakljivo«.

Kot vsi usmrtitveni delikti je zaradi ultimativnosti in nepovratnosti prepovedane posledice tudi detomor iz 119. člena KZ-1, kot pravimo v terminologiji kazenskega prava, notorično poškodben.

Glede na storilca gre za zelo ozko nepravo posebno kaznivo dejanje (nepravi *delictum* »extra« *proprium*¹⁰¹): kot storilka se lahko pojavlja le rojevajoča ženska oziroma ženska, ki je pravkar rodila (in s tem rodna ženska), ki jo zakonodajalec v 119. členu KZ-1 imenuje mati. Ker je kot žrtev predviden »njen otrok« (zakon dobesedno govori o jemanju življenja »svojemu otroku«) in se hkrati sklicuje na vplive poroda, je očitno, da teleološko ne izhaja oziroma od pojava tehnične možnosti nadomestnega materinstva ne more več izhajati iz biološke matere, ampak zajema kot storilko mater, ki otroka rojeva (to, kot je znano, ni nujno biološka mati otroka, ampak je lahko tudi nadomestna mati) in hkrati izloča biološko mater, ki »svojega« otroka ne rojeva. V tem smislu je treba razlagati tako zakonski znak »mati« kot tudi zakonski znak »svojega [otroka]«, pravzaprav pa tudi zakonski znak »otrok« v 119. členu KZ-1 v smeri neposredne povezanosti prav z aktom porajanja in ne genskih in podobnih povezav. Bilo bi očitno nečlovečno do porodnice in kot tako etično in politično nevzdržno privilegiranost usmrtitvenega delikta detomora, pa čeprav zgodovinsko potencialno v celoti obsoletnega, umikati prav od nadomestne

¹⁰¹ Temeljno o pojmu glej Bavcon, Šelih, KAZENSKO PRAVO – SPLOŠNI DEL (2013), str. 110 in zlasti 199.

matere zgolj zaradi načelnega političnega zavračanja tega instituta (z inkriminiranjem nadomestnega materinjenja¹⁰² vred; glej inkriminacijo iz IV. odstavka 121. člena KZ-1).

Inkriminacija detomora iz 119. člena KZ-1 vsebuje en sam odstavek. Ta je oblikovan storitveno (temelji na prepovedni normi), ne vsebuje ne večaktnosti, ne opisov izvršitvenega ravnanja v obliki nedovršnih glagolov (kolektivnosti delikta) ali množinskega zajemanja prepovedanih posledic, delikt ni trajajoč in ne vsebuje objektivnih pogojev kaznivosti. V tem smislu je kazenskopravno dogmatično enostaven. Zlasti velja opozoriti, da detomor iz 119. člena KZ-1 tudi nikjer drugje v slovenski kazenski zakonodaji ni nadrobneje strukturiran na *delictum sui generis* pojavne oblike, kvalificirane ali privilegirane oblike. Take oblike so bile, kot smo videli, nasprotno pogoste v zgodovini tega delikta, celo značilne zanj (težji detomor s strani poročene ženske, lažji detomor v opustitveni obliki, kjer so zakoni poznali pravo opustitveno inkriminacijsko alternativo),¹⁰³ čeprav je detomor že od nekdaj vsaj objektivno bil z naklepnimi splošnimi usmrtilnimi delikti v razmerju kvalificiranosti (značilno za zgodnejše faze razvoja detomora kot samostojne inkriminacije, v Franciji, Španiji ali na primer še posebej poudarjeno v sosednji Madžarski pa še danes) ali privilegiranosti (značilno za poznejše faze razvoja detomora kot samostojne inkriminacije, kot smo videli pa na primer že četrto stoletja ne več v kazenskem pravu ene najvplivnejših držav sveta, Nemčiji).

Možnost neprave opustitvene izvršitvene oblike tega delikta je očitna. Rojevajoča mati je otroku značilno večkratni (po več virih garantne dolžnosti hkrati) in zelo izrazit varovalni garant. Tipične opustitvene usmrtilvene oblike novorojenca so prepustitev okoljski temperaturi (z značilno podhladitvijo telesa), izžejanje in izstradanje, včasih prepustitev zadušitvi z izbljuvaninami (tako imenovana aspiracijska zadušitev). Naj pri tem ne bo odveč opozorilo, da so zelo jasni garanti ne le porodnici, ampak tudi rojevajočemu se otroku značilno vsi sodelujoči pomagači pri porodu, zlasti seveda zdravstveni delavci, vključno z zdravniki. Pri slednjih veljajo celo posebna strokovna pravila medicine, ki glede na splošna pravila upravičljive kolizije dolžnosti¹⁰⁴ (glede na ustrezne biti inkriminacij, ki med zakonskimi znaki zajemajo strokovno napako načeloma celo na ravni biti inkriminacije kot splošnega pojma kaznivega dejanja) specialno urejajo, katera garantna dolžnost, nasproti porodnici ali otroku ima v konkretnih razmerah prednost (posebna

¹⁰² V skladu s splošno teorijo materialnega kazenskega prava je osrednja pozornost kazenskega prava usmerjena v ravnanja, ne statute, zato se v tem pregledu izogibamo besednim zvezam kaznivosti materinstva in z izrazom materinjenje poskušamo zajemati ravnanja, ki vodijo v materinstvo, tako politično nezaželeno, da ga omejuje kazensko pravo (cepljeno, nadomestno materinjenje).

¹⁰³ Glej zgoraj že polno citirani § 139 StGVVÜ 1852.

¹⁰⁴ Nadrobneje o tem teoretskem institutu splošnega dela materialnega kazenskega prava, podobnem upravičljivi skrajni sili, glej v slovenski kazenskopravni literaturi zlasti Bavcon, Šelih, KAZENSKO PRAVO – SPLOŠNI DEL (2013), istoimensko poglavje, str. 247–248.

triazna in njim sorodna pravila¹⁰⁵ v porodništvu). Za prav vse omenjane sodelujoče pri porodu pa je po splošnih pravilih kazenskega prava jasno vsaj to, da morajo preprečiti naklepno usmritev otroka tudi s strani ženske, ki ga rojeva oziroma ga je pravkar rodila. V primeru kršitev prihajajo za njih kot garante v poštev nepravice opustitvene inkriminacije umora (po 116/I(1). členu KZ-1) in povzročitve smrti iz malomarnosti po 118. členu KZ-1 in ne le prave opustitvene inkriminacije iz svežnja različnih opustitev pomoči (ki smrti človeka praviloma sploh ne zajamejo, glej na primer 130. člen KZ-1).

Ker slovensko kazensko pravo ne pozna nobene oblike pravega opustitvenega ne uboja ne umora, se ne more odpirati vprašanje stekov med pravo in nepravo opustitvijo detomorske usmrivitve ne pri porodnici kot storilki, ne pri drugih sodelujočih pri detomoru.

Inkriminacija detomora iz 119. člena KZ-1 vsebuje številne tihe blankete medicinske, konkretno porodniške, pa tudi psihiatrične stroke (porod, začetek poroda, konec poroda, psihološki vpliv poroda) in razmeroma redek zakonski znak »takoj«, ki je očitno precej zaprt pravni standard. Zakonodajalec v 119. členu KZ-1 nikjer ne zahteva prav psihološkega vpliva poroda na porodnico niti narave vpliva na porodnico nikjer ne opredeli. Po jezikovni in logični razlagi zakon ne zahteva, da je storilka med porodom pod njegovim vplivom, ampak to zahteva le za usmritev otroka po porodu. Vse kaže, da zakonodajalec izhaja iz implicitne nujnosti vpliva poroda na porodnico med porodom, kakor je zgodovinsko in teleološko edino smiselna razlaga te norme, da gre za psihološki vpliv poroda na porodnico (kar pa še ne pomeni, da je norma kot taka nujno smiselna).¹⁰⁶

Specialisti sodne medicine opozarjajo, da pri neobičajno pomensko odprti inkriminacijski določbi detomora medicina pod pojmom »vpliv poroda« razume posebno duševno motnjo kot posledico poroda samega.¹⁰⁷ Taka duševna motnja lahko nastopi pri povsem duševno zdravi nosečnici ob samem porodu predvsem zaradi prisotnosti bolečin, večje izgube krvi, pogleda na tako imenovanega defektnega otroka (njegovo telo z vidnimi znaki nenormalnosti) in drugih neopredeljenih motenj, ki lahko spremljajo sam porod. V tem smislu pri slovenskem vplivu poroda znotraj inkriminacije detomora iz 119. člena KZ-1 tudi sodnomedicinsko nedvomno nimamo več opraviti z evfemizmom za socialne in ekonomske strahove matere, ampak za klasično, čisto psihiatrizacijo. Osrednje vprašanje pa zlasti za medicino ostaja, kakšen časovni okvir dovoljuje KZ-1 v 119. členu, ko govori o vplivu poroda na storilko. Vse kaže, da obstaja nekakšen »tih dogovor« med medicino

¹⁰⁵ Shematsko o problematiki triaznih pravil posebej s kazenskopravnega zornega kota glej Bavcon, Šelih, *KAZENSKO PRAVO – SPLOŠNI DEL* (2013), str. 247–248.

¹⁰⁶ To vprašanje je problematiziral v slovenskem prostoru s kriminoloških vidikov Kmet (glej zgoraj, op. 6).

¹⁰⁷ Za dragocene informacije glede sodnomedicinskih vidikov detomora se avtorja zahvalujeta prof. dr. Jožetu Balažicu, predstojniku Inštituta za sodno medicino v Ljubljani. Glej tudi Balažič, *Detomor v veljavni luči in praksi prava in sodne medicine*, (2002), str. 62–64; za starejšo literaturo glej Milčinski, *SODNA MEDICINA*, 1956, str. 184–201. O temeljnih delih tega področja pred drugo svetovno vojno glej zgoraj, op 89.

in pravom o 24-urnem obdobju kot času, v katerem se vzpostavi prvi stik matere z otrokom. To obdobje spominja na nekakšen avtomatizem in v tem času obporodne motnje ni treba posebej dokazovati. Če je poporodna motnja trajala več kot 24 ur, jo je treba posebej dokazovati z izvedenci.¹⁰⁸

Inkriminacija iz 119. člena KZ-1 vsebuje tudi dva ključna implicitna, kot pravimo naravna zakonska znaka, ki sta hkrati tihi blanketi: človeka kot tiho blanketo biologije in življenje (otroka), ki je kot biokemijski proces po eni strani tiha blanketa biokemije, po drugi pa, vezan posebej na človeka, blanketa sodne medicine in seveda kompleksen pravni pojem (matično urejen v transplantacijskem zdravstvenem pravu¹⁰⁹). Z vidika sodne medicine je pogoj za obstoj kaznivega dejanja detomora po 119. členu KZ-1 otrokova živorojenost ne glede na njegovo zrelost ali sposobnost za življenje. Z drugimi besedami: za obstoj kaznivega dejanja na katerikoli ravni načeloma ni bistveno, kakšne preživetvene možnosti in življenjske perspektive je imel ubiti otrok. Detomor ostaja usmrtitveni delikt tudi, če bi otrok v vsakem primeru, to je neizbežno v najkrajšem času umrl.¹¹⁰

Določba iz 119. člena KZ-1 ne vsebuje posebej vrednostnih, tako imenovanih normativnih zakonskih znakov. Kot žrtev zajema prav vsakega človeka, če mu le priznavamo status samostojnega subjekta kazenskega prava (o človeku pred začetkom poroda glej posebej spodaj in inkriminacijo iz 121. člena KZ-1), tudi na primer spočete ali ustvarjene s kaznivimi dejanji posilstva (170. člen KZ-1), krvoskrunstva (195. člen KZ-1), kloniranja (114. člen KZ-1), nadomestnega ali cepljenega materinjenja (121. člen KZ-1), izbire spola (121. člen KZ-1), barve oči (181. člen KZ-1), s tako ali drugačno gensko manipulacijo s križanjem z drugimi biološkimi vrstami vred (114. člen KZ-1), če je le po ustrezni blanketni izpolnitveni naravoslovni stroki mogoče ugotoviti, da imamo (vsaj pretežno, vsaj delno?) opraviti s človeško vrsto.

Kazenskopravna dobrina detomora iz 119. člena KZ-1 pa, kot že rečeno, ni le življenje povprečnega ali kateregakoli rojenega človeka, ampak posebej neobogljene in po naravi stvari prav v varstvo storilke nekako naravno izročene in prepuščenega. Zaradi v primerjavi z inkriminacijami zahrbtnostne alternative umora (po 116/I(1). členu KZ-1) in tudi uboja po 115/I. členu KZ-1 nekajkrat nižjima posebnem minimumu in maksimumu predpisane zaporne kazni v 119. členu KZ-1 vse kaže, da slovenski zakonodajalec kaznivo dejanje detomora v kazenskem pravu ohranja kot specialno obliko uboja z zelo veliko stopnjo privilegiranosti (to je hkratne zelo velike stopnje prijaznosti do porodnic in zelo velike stopnje neprijaznosti do novorojencev). V tem smislu seveda idealni stek s kaznivim dejanjem uboja, še bolj pa umora glede istega ubitega otroka ostaja navidezen v korist detomora iz 119. člena KZ-1. V vsakem primeru pa vrednostno ni mogoče zanikati, da je detomor po svoji fizionomiji predvsem posebna oblika zahrbtnostne konceptualiza-

¹⁰⁸ Prim. Deisinger, KAZENSKI ZAKONIK (2002), str. 45.

¹⁰⁹ Prim. 115. člen KZ-1.

¹¹⁰ Tako izrecno Schönke, Schröder, STRAFGESETZBUCH – KOMMENTAR, (2006), str. 1773.

cije umora, kot jo tudi v Sloveniji razvijamo v obliki alternative iz 1. točke (I. odstavek) 116. člena KZ-1. Zaradi osebne narave usmrtitvenega delikta pa tudi detomor v primeru usmrtitve več otrok istega poroda (dvojčki, trojčki in tako dalje) ostaja v pravem steku.

Ker slovensko kazensko pravo na eni strani tradicionalno in aktualno človeškemu zarodku ne priznava polne subjektivitete (primerjaj 121. člen KZ-1) in ker na drugi strani s smrtjo človeka in s tem seveda tudi otroka preneha tudi njegova kazenskopravna subjektiviteta, kot žrtev usmrtitvenega delikta iz 119. člena KZ-1 prihaja v poštev le živ človek od rojstva do smrti (konkretno po tihi blanketni logiki od začetka njegovega poroda, ki se značilno pokaže z začetkom popadkov ali – pri kirurškem porodu (tako imenovanem carskem rezu) – s kirurškim odprtjem maternice, do tako imenovane ireverzibilne smrti, pojmovno vezane na popolno prenehanje delovanja možganov¹¹¹).¹¹² Po naravi stvari bo detomor zaradi matere kot edine možne (neposredne) storilke med kirurškim porodom, pravzaprav pa tudi »takoj po njem« že zaradi značilnih učinkov kirurških anestetikov praktično nemogoč, celo ob tehnični izvedljivosti takega detomora (na primer ob anesteziji, ki bi mati ohromila le od pasu navzdol) pa si ga je zaradi nujnega sodelovanja kirurško delujočih drugih pri takem porodu (značilno zdravnikov) in njihovi imanentni garantni dolžnosti do rojevajočega se otroka praktično mogoče predstavljati samo v obliki zvičajnega izkoriščenja trenutne nepazljivosti garantov s strani storilke (mati vrže otroka ob tla ali zid, ga zabode s prej skritim ali priložnostno pograbljenim instrumentom, ga udari s trdim predmetom ali delom svojega telesa). Lažje si je tak detomor predstavljati ob ključnem opustitvenem ali celo storitvenem sodelovanju garantov z materjo kot storilko (o udeležbi pri pravih *delicta »extra« propria* inkriminacijah glej posebej spodaj). Zelo podobno danes velja tudi za tako imenovani naravni, vaginalni porod v bolnišničnem okolju. Načeloma bo kar držalo, da je detomor iz praktičnih vzrokov danes vsaj v obliki »med porodom« predstavljen le še bolj ali manj v zvezi s tako imenovanim naravnim, vaginalnim porodom zunaj bolnišničnega okolja.

Ker je smrt v sistemu kaznivih dejanj zoper telo ultimativna telesna poškodba, detomor po 119. členu KZ-1 konzumira vse oblike telesnih poškodb zoper ubito osebo: idealni stek je tu navidezen. Kot tako imenovani kvalificirani poskus konzumirata poskus in celo neprimerni poskus detomora vse telesne poškodbe v obliki navideznega idealnega steka.

¹¹¹ Glej blanketno izpolnitveno zakonodajo s področja urejanja presaditve delov človeškega telesa, zlasti Pravilnik o medicinskih merilih, načinu in postopku ugotavljanja možganske smrti ter sestavi komisije za ugotavljanje možganske smrti (splošno znan kot pravilnik o ugotavljanju možganske smrti) kot podzakonski akt Zakona o odvzemu in presaditvi delov človeškega telesa zaradi zdravljenja – ZOPDCT.

¹¹² Pri tem ni odveč opozoriti na še eno posledico dejstva, da sodobno pravo bistvo človeka veže na zavedanje, to pa na po naravoslovni naravi stvari na delovanje (velikih) možganov: ko bomo imeli opraviti s tehničnim življenjem posameznika v več ločenih živih delih, bo za usmrtitveni delikt ključen tisti z možgani (pa čeprav povsem ločenimi od glave in ostalega telesa).

Ker je nasploh v slovenskem pravu možen in glede na višino predpisane kazni v vseh primerih kazniv neprimeren poskus naklepnega uboja (in umora) mrtvega človeškega bitja, je možen in glede na višino predpisane kazni po splošnih pravilih kazniv tudi neprimeren poskus detomora po 119. členu KZ-1 (ta zaradi značilne dejanske zmote pri naklepem deliktu ne bo kazniv kot skrunitev trupla v smislu inkriminacije iz 313. člena KZ-1), neprimeren poskus uboja človeškega bitja pred začetkom poroda (začetkom ustreznih popadkov) pa zaradi kategoričnega zavračanja usmrtitvenih deliktov v zvezi z zarodkom v slovenskem pravu ni možen (šlo bi za obliko negativne pravne zmote brez pravnega učinka). Tu prihaja v poštev kvečjemu inkriminacija nedovoljene prekinitve nosečnosti iz kaznivega dejanja nedovoljenega posega v nosečnost po 121. členu KZ-1, pri kateri pa nosečnica kot storilka ali udeleženka vsaj v našem pravu tradicionalno ne šteje za kaznivo.

Ker gre za naklepen delikt, je poskus, kot že rečeno, glede na višino predpisane kazni kazniv. Ni videti, da bi bil poseben psihološki vpliv poroda na storilko (v smeri zamegljevanja racionalne presoje in preostalih razsežnosti majanja prištevnosti), vgrajen v bit kaznivega dejanja detomora iz 119. člena KZ-1, posebna ovira za konstrukcijo poskusa (v praksi pa si ga je mogoče predstavljati zlasti kot dejavnik aktiviranja neprimerne poskusa).

V skladu s splošnimi pravili udeležbe pri nepravih posebnih kaznivih dejanjih glede na možnega storilca (neprava *delicta propria*, v tem primeru celo *delictum »extra« propria*) bi morebiten sotorilec ali udeleženec (v praksi značilno lahko domnevni ali pravi oče otroka, življenjski partner ali partnerka porodnice, biološka mati otroka, tudi zdravnik ali drug zdravstveni delavec, strokovno vključen v porod ali podobno) odgovarjal po usmrtitvenem deliktu neodvisno od matere kot storilke s posebnim statusom, torej zaradi posebne neobogljnosti žrtve značilno za umor po 116/I(1). členu KZ-1. To velja tudi za morebitno posredno storilstvo takih oseb.

Privolitev oškodovanca zaradi narave delikta, konkretnije žrtve pri tem deliktu ni mogoča.

Upravičenost detomora po merilih silobrana je izključena že zato, ker otrok po naravi stvari tehnično ne more izvesti protipravnega napada, nezdržljiv pa je pravzaprav tudi s konceptom posebnega psihološkega vpliva poroda na mati. Iz praktičnih razlogov v slovenski družbi ostaja zelo malo manevrskega prostora tudi za vse oblike skrajne sile pri detomoru. To še posebej zato, ker je določena stiska matere v inkriminaciji detomora že vgrajena in s tem sam obstoj (pravzaprav obsoletnega) 119. člena KZ-1 omejuje uporabo splošnih pravil o skrajni sili (po 32/I. in zlasti II. členu KZ-1).

Povedano o izključevanju protipravnosti z merili silobrana in skrajne sile seveda ne pomeni, da ni dopusten silobran zoper detomor. Ker gre pri detomoru za človekovo življenje in s tem za osebno, disponibilno kazenskopravno dobroto, so silobranu zoper tak napad dogmatična vrata polno odprta. Opustitev silobranskega odziva s strani pomagačev pri porodu kot garantov rojevajočega se otroka (nadbrodneje glej zgoraj) lahko

zanje celo kaj hitro preraste v nepravi opustitveni umor po 116/I(1). členu KZ-1 ali vsaj nepravo opustitveno povzročitev smrti iz malomarnosti po 118. členu KZ-1. Podobno velja po splošnih družinskopravnih pravilih z vplivom na garantne položaje tudi za domnevne očeta otroka. Vse te osebe so dolžne nebogljenega novorojenca varovati pred vsemi nevarnostmi v smislu instituta skrajne sile (po 32/I. in II. členu KZ-1).

Zaradi vpliva poroda na storilko kot zakonskih znakov inkriminacije in implicitno (formulacijsko v inkriminaciji 119. člena KZ-1 sicer evfemiziarne) psihopatološke narave tega vpliva in s tem patološkosti detomora kot takega gre, kot sva že v zgodovinskem pregledu zgoraj obsežno pojasnila, v inkriminaciji detomora za posebno ureditev posebne oblike prištevnosti v posebnem delu kazenskega prava in v tem smislu nekakšno specialno ureditev glede na splošno ureditev stopenj omajane prištevnosti v splošnem delu KZ-1 (glej zlasti III. odstavek 29. člena KZ-1). To ne more biti dogmatično neproblematično in nujno izkazuje elemente redundantnosti.

Sistemsko očitno je, da inkriminacija detomora iz 119. člena KZ-1 s svojim izrecnim psihopatološkim elementom ne more pomeniti specialne ureditve, pravzaprav negacije splošne ureditve neprištevnosti (po I. in II. odstavku 29. člena KZ-1). Taka razlaga vztrajanja pri krivdi ob neprištevnosti storilke bi bila v celoti nezdržljiva z vsemi teoretskimi koncepti in pravili krivde in dogmatsko nesprejemljiva.

Zaradi svojske duševne motnje matere kot storilke kaznivega dejanja detomora po 119. členu KZ-1 (»mati, ki vzame življenje svojemu otroku med porodom ali takoj po njem, dokler je še pod njegovim vplivom«) se zdita koncepta evtanazijske usmiljenosti in (formulacijsko v inkriminaciji 119. člena KZ-1 sicer evfemizirane) patološkosti detomora v glavnem nezdržljiva.

Prav posebnega kritičnega komentarja je pri tem v slovenskem kazenskem pravu potrebno zgoraj že kritično omenjeno stališče, ki ga najdemo v literaturi, po katerem je skrajno relativizirana pseudokavzalnost med duševno zmotenostjo storilke prav med porodom oziroma takoj po njem na eni strani in na drugi strani njenim izvršitvenim ravnanjem detomora ter posledično prepovedano posledico detomora, smrti rojevajočega se človeka oziroma novorojenca, kadar pač do nje pride. »Mati je lahko storilka tega kaznivega dejanja tudi tedaj, ko se je za usmrnitev otroka odločila že pred porodom, ali si celo že takrat pripravila sredstvo za umor otroka,« beremo v velikem Deisingerjevem komentarju posebnega dela slovenskega kazenskega zakona (v predhodnici trenutne inkriminacije detomora iz KZ, ki pa je vsebinsko identična z danes veljavno iz 119. člena KZ-1).¹¹³ Gre za nekakšen odsev obrnjene in s tem pravzaprav sprevržene logike instituta *actio libera in causa*, ko poznejša duševna zmotenost ob izvršitvi delikta nepravno nevturalizira vnaprejšnji naklep do (zahrbtnostnega) umora ali pa vrednostno nenavadno nepravno nevturalizira anticipirano za tuje življenje usodno nevarno duševno zmo-

¹¹³ Deisinger, KAZENSKI ZAKONIK (2002), komentar 130. člena KZ (Detomor), str. 45.

nost in hkratno vztrajanje pri smrtonosnem ravnanju še v času duševne nezmotenosti.¹¹⁴ To ne more pomeniti drugega, kot da v Sloveniji (vsaj v vidnem delu kazenskopravne literature) ne jemljemo dogmatično resno psevdokavzalnostne povezave med dejanskim vplivom poroda na nosečnico kot storilko usmrtitvenega delikta zoper lastnega otroka v smislu 119. člena KZ-1 in smrtjo človeka. S tem je v Sloveniji smisel obstoja tukaj obravnavane inkriminacije postavljen v dogmatično in kriminalitetnopolitično še dodatno težko razumljivo luč (primerjaj uvodna izvajanja o stopnji in naravi privilegiranosti detomora kot naklepnega usmrtitvenega delikta v zgodovinskem in primerjalnem kontekstu, zgoraj). Mimogrede ob tem vse kaže, da v Sloveniji pri detomoru za institut *actio libera in causa* po IV. odstavku 29. člena KZ-1 nekako samoumevnostno naj ne bi moglo biti mesta (kar je vsaj dogmatično nujno sporno).

Detomor po 119. členu KZ-1 je kazniv zgolj v naklepu. To velja kljub izrecni psihopatološkosti tega delikta. Zmote o zakonskih znakih zato izključujejo edino kaznivo obliko krivde in s tem kaznivost storilke v okviru 119. člena KZ-1 v celoti (ostaja pa kajpak spet načeloma kljub psihopatološkosti iz okvirov 119. člena KZ-1 možnost za malomarnostno krivdno obliko v okvirih privilegiranega kaznivega dejanja uboja iz 118. člena KZ-1: povzročitve smrti iz malomarnosti, z vsemi potencialnimi posebnimi olajševalnimi okoliščinami vred). Podobno kot pri kaznivem dejanju umora (116. člen KZ-1) pa velja tudi za detomor iz 119. člena KZ-1, da za zmote na praktični ravni ostaja zelo malo maneverskega prostora.

4. Zaključek (kam?)

Razvoj in aktualno primerjalnopravno stanje inkriminacije detomora ni tako enoznačno in preprosto, še sploh pa ne tako samoumevno, kot bi se lahko zdelo slovenskemu kazenskemu pravniku, vajelemu velike stabilnosti te (močno privilegirane) inkriminacije v slovenski zgodovini. Z vidika dogmatične sistematičnosti je detomor iz 119. člena KZ-1 zelo problematična inkriminacija, ki smisel svojega obstoja črpa v posebnem psihiatričnem stanju storilke, s katerim se vsaj zgodovinsko po značilnih razvojnih korakih bolj in manj neposredno očitno mešajo usmiljenski motivi zakonodajalca zaradi socialne in ekonomske stiske storilca (t. i. usmiljenska faza, evfemistična faza nadomeščanja izrecnega usmiljenja s psihiatričnimi izrazi in psihiatrizacijska faza razvoja inkriminacije detomora v svetu). V aktualni slovenski inkriminaciji detomora se zato na dogmatično precej meglen in primerjalno ne zadovoljivo analiziran način mešajo znotraj naklepnega usmrtitvenega delikta z zelo nebogljenim človekom kot žrtvijo elementi institutov splošnega dela take ali drugačne omajanosti prištevnosti (ki po volji dela teoretikov celo nepravno nevturalizira vnaprejšen naklep do usmrtitve brez omajane prištevnosti),

¹¹⁴ Primerjaj kriminalitetnopolitično logiko določbe IV. odstavka 29. člena KZ-1 (t. i. *actio libera in causa*).

skrajne sile, splošnih olajševalnih okoliščin izvršitve in še česa. Vsaj razvojno-primerjalnopravno lahko govorimo, da je po tihem slovenska inkriminacija detomora že zašla v t. i. redundantnostno fazo levitve tega posebnega usmrtitvenega delikta, tudi če etične probleme in paradokse, ki jih odpira, povsem zanemarimo. Zato si je želeli trezne in poglobljene strokovne analize prihodnosti te inkriminacije tudi v Sloveniji (kot so jo v zadnjih desetletjih na zgodovinsko in primerjalno nadvse poučen način opravile številne druge evropske države), vključno z odgovornim strokovnim upoštevanjem ureditev v velikih in kazenskopravno uglednih državah, kot so Nemčija, Francija in Španija, ki detomora kot posebne inkriminacije sploh (več) ne poznajo.

Seznam citirane literature

- Altmann, Ludwig; Jacob, Siegfried: KOMMENTAR ZUM ÖSTERREICHISCHEN STRAFRECHT (1. Band). Manzsche Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, Dunaj 1928.
- Ammerer, Arno: Kindsmord und Gerichtsmedizin in Österreich zur Zeit der Aufklärung, v: Mitteilungen der Österreichischen Gesellschaft für Wissenschaftsgeschichte, 15 (1995), str. 127–160.
- Aschaffenburg, Gustav: DAS VERBRECHEN UND SEINE BEKÄMPFUNG. EINLEITUNG IN DIE KRIMINALPSYCHOLOGIE FÜR MEDIZINER, JURISTEN UND SOZIOLOGEN. EIN BEITRAG ZUR REFORM DER STRAFGESETZGEBUNG (2. popravljena izdaja), Carl Winter, Heidelberg 1906.
- Balažic, Jože: Detomor v veljavni luči in praksi prava in sodne medicine, v: Isis: Glasilo Zdravniške zbornice Slovenije, 11 (2002), 12, str. 62–64.
- Bavcon, Ljubo; Šelih, Alenka; Korošec, Damjan; Ambrož, Matjaž; Filipčič, Katja: KAZENSKO PRAVO – SPLOŠNI DEL (6. izdaja). Uradni list RS, Ljubljana 2013.
- Bejarano Alomia, Pedro Paul: KINDSTÖTUNG. KRIMINOLOGISCHE, RECHTSGESCHICHTLICHE UND RECHTSVERGLEICHENDE ÜBERLEGUNGEN NACH ABSCHAFFUNG DES § 217 StGB (INAUGURALDISSERTATION), Berlin 2008.
- Código Penal y legislación complementaria. Edición actualizada a 3 de noviembre de 2016 (códigos electrónicos).
- Cunliffe, Emma: Infanticide: Legislative History and Current Questions, v: Criminal Law Quarterly, 55 (2009-2010) 94, str. 94–119.
- Cvirn, Janez: Najdenišnice – nagrada za lahkomiselnost in nemoralnost: o ukinjanju najdenišnice v Ljubljani v šestdesetih letih 19. stoletja, v: Prispevki za novejšo zgodovino, 52 (2012) 2, str. 7–44.
- Czelk, Andrea: »PRIVILEGIERUNG« UND VORURTEIL. POSITIONEN DER BÜRGERLICHEN FRAUBEWEGUNG ZUM UNEHELICHENRECHT UND ZUR KINDESTÖTUNG IM KAISERREICH, Böhlau Verlag, Köln, Weimar, Dunaj 2005.

- Čeč, Dragica: Nasilne detomorilke ali neprištevne žrtve, spreminjanje podobe detomora v 18. in v začetku 19. stoletja, v: *Acta Histriae*, 15 (2007), 2, str. 415–440.
- Deisinger, Mitja: *KAZENSKI ZAKONIK S KOMENTARJEM, POSEBNI DEL. GV Založba*, Ljubljana 2002.
- Deutsch, Carl Christian: Die strafrechtliche Behandlung der Kindstötung in Preußen vom Ausgang des 18. Jahrhunderts bis zur Gegenwart in der Bundesrepublik, v: *KINDSTOD UND KINDSTÖTUNG* (ur. F. Häßler, R. Schepker, D. Schläfke), Medizinisch Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Berlin 2008, str. 55–71.
- Dolenc, Metod; Maklecov, Aleksander: *SISTEM CELOKUPNEGA KAZENSKEGA PRAVA KRALJEVINE JUGOSLAVIJE*, Tiskovna zadruga, Ljubljana 1934.
- Dolenc, Metod: O pravnem položaju neporočenih življenjskih drugov, v: *Slovenski Pravnik*, 50 (1936), 7-8, str. 153–178.
- Dolenc, Metod: *TOLMAČ H KAZENSKEMU ZAKONIKU KRALJEVINE JUGOSLAVIJE*. Tiskovna zadruga, Ljubljana 1929.
- Dolenc, Metod: Vprašanje omilitve in poopravitve kazni po novem kazenskem zakoniku, v: *Slovenski Pravnik*, 43 (1929) 9/10, str. 267–282.
- Dolliner, Thomas: *HANDBUCH DES IN OESTERREICH GELTENDEN EHERECHTS*. Dunaj 1813.
- Donnelly, Richard C., *The New Yugoslav Criminal Code (1952)*, v: Faculty Scholarship Series. Paper 4765. URL: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4765 (9. 5. 2017).
- Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichts- als Cassationshofes. Fortsetzung der von dr. Rudolf Nowak begründeten Sammlung der Plenarbeschlüsse und Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichts- als Cassationshofes. Neue Folge. I. Band Manz'sche k.u.k. Hof-Verlags-u. Univ.-Buchhandlung, Dunaj 1900.
- Entwurf eines Gesetzes betreffend die Einführung eines Strafgesetzes über Verbrechen, Vergehen und Übertretungen, K.k. Hof- und Staatsdrückerei, Dunaj 1891.
- Entwurf eines Strafgesetzbuches (Zu 167 der Beilagen zu den stenogr. Protokollen des Herrenhauses), K.k. Hof- und Staatsdrückerei, Dunaj 1913.
- Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch (Entwurf der Strafrechtskommission 1913; Entwurf 1919; Denkschrift zum Entwurf 1919 mit Anhang). Veröffentlicht auf Anordnung des Reichs-Justizministeriums, Berlin 1920.
- Foregger, Egmont; Kodek Gerhard: *KURZKOMMENTAR: STRAFGESETZBUCH SAMT DEN WICHTIGSTEN NEBENGESETZEN* (6. posodobljena in razširjena izdaja), Dunaj 1997.

- Frühwald, Wilhelm Th.: HANDBUCH DES ÖSTERREICHISCHEN STRAFGESETZES ÜBER VERBRECHEN, VERGEHEN UND ÜBERTRETUNGEN, Wilhelm Braumüller, Dunaj 1855.
- Haberda, Albin: Gerichtsärztliche Bemerkungen in den Bestimmungen über strafbare Handlungen gegen Leib und Leben (im Vorentwurf zu einem österreichischen Strafgesetzbuch), v: Österreichische Zeitschrift für Strafrecht, 2 (1911), str. 463–519 (Sonderdruck).
- Haberda, Albin: ZUR LEHRE VOM KINDESMORDE, Franz Deuticke, Dunaj 1910.
- Hammer, Elke: KINDSMORD. SEINE GESCHICHTE IN INNERÖSTERREICH 1787 BIS 1849, Peter Lang, Frankfurt am Main, Berlin, New York, Paris, Dunaj 1996.
- Härter, Karl: The Early Modern Holy Roman Empire of the German Nation (1495-1806): a Multi-layered system, v: LAW AND EMPIRE. IDEAS, PRACTICES, ACTORS (ur. J. Duindam, J. Harries, C. Humfress, N. Hurwitz). Brill, Leiden, Boston 2013, str. 111–131.
- Hoche, Alfred.: WELCHE GESICHTSPUNKTE HAT DER PRAKTISCHE ARZT ALS PSYCHIATRISCHER SACHVERSTÄNDIGER IN STRAFRECHTLICHEN FRAGEN BESONDERS ZU BEACHTEN? Verlag von Carl Markhold, Halle 1902.
- Hofmann Eduard; Haberda, Albin: LEHRBUCH DER GERICHTLICHEN MEDIZIN MIT GLEICHMÄSSIGEN BERÜCKSICHTIGUNG DER DEUTSCHEN UND ÖSTERREICHISCHEN GESETZGEBUNG (11. izdaja), Urban & Schwarzenberg, Berlin, Dunaj 1927.
- Jellinek, Camilla: Frauenforderungen zur Strafrechtsreform, v: Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, 5 (1908/1909), str. 71–92.
- Kant, Immanuel, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft (Die Metaphysik der Sitten. Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken) 1793 URL: <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa06/Inhalt6.html> (10. 5. 2017).
- Kant, Immanuel: METAFIZIKA MORALA, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci, Novi Sad 1993 (v cirilici).
- Kmet, Saša: Kaznivo dejanje detomora kot posledica psiho(pato)logije simbioze, v: Pravniki: revija za pravno teorijo in prakso, 63 (2008) 1/3, str. 63–84.
- Kmet, Saša: Nekateri psiho(pato)loški vidiki storilk kaznivega dejanja detomora, v: NEŽNEJŠI SPOL? ŽENSKÉ, NASILJE IN KAZENSKOPRAVNI SISTEM (ur. Mojca M. Plesničar), Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti, Ljubljana, 2012, str. 85–106.
- Kmet, Saša: Transakcijskoanalitični in psihoanalitični pogledi na detomor, v: Revija za kriminalistiko in kriminologijo, 59 (2008), 1, str. 18–30.

- Kos, Dušan: ZGODOVINA MORALE 2. (LJUBEZENSKÉ STRASTI, PREVARE IN NASILJE TER NJIHOVO OBRAVNAVANJE NA SLOVENSKEM MED SREDNJIM VEKOM IN MEŠČANSKO DOBO), Založba ZRC, ZRC SAZU, Ljubljana 2016.
- Larguier, Jean; Larguier, Anne-Marie; Conte, Philippe: DROIT PÉNAL SPÉCIAL (14. izdaja), Dalloz, Pariz 2008.
- Lilienthal, Karl von: Verbrechen und Vergehen gegen das Leben, Zweikampf, Körperverletzung, v: DIE REFORM DES REICHSSTRAFGESETZBUCHS. Band II. (ur. P. F. Aschrott, Franz von Liszt), J. Guttenberg Verlagsbuchhandlung, Berlin 1910, str. 266–295.
- Lipmann, Otto: GRUNDRISS DER PSYCHOLOGIE FÜR JURISTEN (Mit einem Vorwort von Franz von Liszt) (3. izdaja), Verlag von Johann Ambrosius Barth, Leipzig, 1925.
- Liszt, Franz v.: LEHRBUCH DES DEUTSCHEN STRAFRECHTS (25. popolnoma predelana izdaja) (ur. Eberhard Schmidt), Walter de Gruyter, Berlin, Leipzig 1927.
- Liszt, Franz v.: Die Kindestötung, v: VERBRECHEN UND VERGEHEN WIDER DAS LEBEN. KÖRPERVERLETZUNGEN. FREIHEITSDELIKTE. VERGLEICHENDE DARSTELLUNG DES DEUTSCHEN UND AUSLÄNDISCHEN STRAFRECHTS. VORARBEITEN ZUR DEUTSCHEN STRAFRECHTSREFORM (ur. Franz v. Liszt, Alexander Löffler, Ernst Heinrich Rosenfeld, Gustav Radbruch), Verlag von Otto Liebmann, Berlin 1905.
- Meeusen, Johan: Judicial Disapproval of Discrimination against Illegitimate Children: A comparative study of developments in Europe and the United States, v: The American Journal of Comparative Law, 43, (1995), 1, str. 119–145.
- Milčinski, Janez: SODNA MEDICINA (UVOD V DELO Z IZVEDENCEM). Državni sekretariat za notranje zadeve LRS, Ljubljana 1956.
- Pastović, Dunja: „Dvostruki grijeh“: kažnjavanje čedomorstva na hrvatskom području do kodifikacije kaznenog materijalnog prava 1852. godine, v: Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 23 (2016) 1, str. 121–152.
- Pivk, Nataša: Detomor kot privilegirana oblika umora, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2008.
- Plesničar, Mojca M. (ur.): ŽENSKÉ, NASILJE IN KAZENSKOPRAVNI SISTEM, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti, Ljubljana 2012.
- Projekat i motivi kaznenog zakonika za Kraljevinu Srbiju (Službeno izdanje ministarstva pravde), Nova štamparija »Davidović«, Beograd 1910 (v cirilici).
- Projekat kaznenog zakonika za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca (Službeno izdanje ministarstva pravde), Državna štamparija Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, Beograd 1922 (v cirilici).

- Radbruch, Gustav: STRAFRECHTSGESCHICHTE (Gesamtasugabe, Band 11) (ur. Arthur Kaufmann), C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2011.
- Schäfer, Frank: Carl Stooss (1849-1934) – Eine Geschichte der Strafrechtskodifikation in Drei Staaten, v: AD FONTES! (WERNER SCHUBERT ZUM 75. GEBURTSTAG!), Lit Verlag, Berlin 2015, str. 32–76.
- Schönke, Adolf; Schröder, Horst: STRAFGESETZBUCH – KOMMENTAR, München: Verlag C.H. Beck 2006.
- Stooss, Carl: Die schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung zusammengestellt (im Auftrage des Bundesrathes herausgegeben), Commisionsverlag, Basel, Genf 1890.
- Stooss, Carl: LEHRBUCH DES OESTERREICHISCHEN STRAFRECHTS, Franz Deuticke Wien, Leipzig 1910.
- Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik (Lehrkommentar zum Strafgesetzbuch). Band II., Staatsverlag, Berlin 1969.
- Šelih, Alenka: Ženske, kazensko pravo in kriminaliteta: storilke kaznivega dejanja detomora in umora v spisih Deželnega sodišča v Ljubljani (1899–1910), v: DOLGA POT PRAVIC ŽENSK: PRAVNA IN POLITIČNA ZGODOVINA ŽENSK NA SLOVENSKEM (ur. Marta Verginella), Filozofska fakulteta, Studia humanitatis, Ljubljana 2013, str. 213–230.
- Škrubej, Katja: Položaj žensk v civilnih sporih v okviru gorskih pravn in patrimonialnih sodišč v 17. in 18. stoletju, v: DOLGA POT PRAVIC ŽENSK: PRAVNA IN POLITIČNA ZGODOVINA ŽENSK NA SLOVENSKEM (ur. Marta Verginella), Filozofska fakulteta, Studia humanitatis, Ljubljana 2013, str. 89–114.
- Škrubej, Katja: PRAVO V ZGODOVINI S POUČENJEM NA RAZVOJU NA DANAŠNJEM SLOVENSKEM PROSTORU, GV Založba, Ljubljana 2015.
- Tahović, Janko: KRIVIČNO PRAVO. POSEBNI DEO, Univerzitet u Beogradu, Izdavačko preduzeće Narodne republike Srbije, Beograd 1953.
- Tanko, Nataša: Detomor – dejanje obupa ali vpliv poroda? Pravna fakulteta, Ljubljana 2002.
- Ulbricht, Otto: Kindsmord in der Frühen Neuzeit, v: FRAUEN IN DER GESCHICHTE DES RECHTS, Verlag C.H.Becks, München 1997, str. 235–247.
- Ulbricht, Otto: KINDSMORD UND AUFKLÄRUNG IN DEUTSCHLAND, Oldenburg Verlag, München 1990.
- Valentinitich, Helfried: Zur Geschichte des Kindesmordes in Innerösterreich (Gerichtspraxis und landesfürstliches Begnadigungsrecht im 17. Jahrhundert), v: RECHT

- UND GESCHICHTE: FESTSCHRIFT HERMANN BALTL ZUM 70. GEBURTSTAG (ur. Helfried Valentinitich), Leykam, Graz 1988, str. 373–591.
- Vallillee, Eric: Deconstructing Infanticide, v: *Western Journal of Legal Studies*, 5 (2015), 4, str. 1–11.
- Vilfan, Sergij: *PRAVNA ZGODOVINA SLOVENCEV*, Slovenska matica, Ljubljana 1961.
- Vilfan, Sergij: *UVOD V PRAVNO ZGODOVINO*, Uradni list, Ljubljana 1993.
- Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch (Bearbeitet von der hierzu bestellten Sachverständigen Kommission). J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Berlin 1909.
- Vorentwurf zu einem österreichischen Strafgesetzbuch und zu dem Einführungsgesetz, K.k. Hof- und Staatsdruckerei, Dunaj 1909.
- Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch (Neue Fassung der Expertenkommission, April 1908), Buchdruckerei Stämpfli, Bern 1909.
- Weinschenk, Miriam: *§217 StGB – FOLGEN ES WEGFALLS EINER NORM (INAUGURALDISSERTATION)*, Hartung Goree Verlag, Konstanz 2003.
- Zbirka avstrijskih zakonov v slovenskem jeziku, I. zvezek (Kazenski zakon o hudodelstvih, pregreških in prestopkih z dne 27. 5. 1852), Društvo Pravniki, Ljubljana 1889.

Besondere Inkriminierung der Kindesmordes: von wo und wohin?

(Zusammenfassung)

Eine besondere legislative Behandlung des Ermordens des Kindes, wie in Slowenien in den letzten Jahrzehnten traditionell bekannt, ist vergleichsrechtlich weit von der Selbstverständlichkeit. Deswegen verfolgen die Autoren in ihrer Untersuchung, die in zwei Teilen gegliedert ist, die Absicht, die relevantesten Züge der Rechtstradition, zu welcher auch die heutige Inkrimination im Slowenischen Strafgesetzbuch (StGB) gehört, in ihrer rechtvergleichender und rechthistorischer Entwicklung zu ergreifen, um die Argumente für eine wünschenswerte Reformdebatte vorzubereiten. Im ersten Teil, stellen die Autoren fest, dass die slowenische Inkrimination, die ihren direkten Vorläufer in der Inkrimination des Strafgesetzbuches des Königreiches der Serben, Kroaten und Slowenen von 1929 hat, eine feste Verankerung in der Mitteleuropäischen Tradition genießt, auf welcher die schweizerische und österreichische Strafgesetzentwürfe um 1910 den größten Einfluss ausübten. Im Gegensatz zu Deutschland, haben die Redakteure die Privilegierung auch für die ehelichen Mütter vorausgesetzt und vor allem „*durch den Geburtsvorgang hervorgerufenen Störungen*“ in ihre Inkrimination inkorporiert. Im Art. 119 des heute gültigen Slowenischen Strafgesetzbuches aus dem Jahre 2008 (GBl. Nr. 50/12 vom 29.6.2012, 54/15 vom 20.7.2015 und 38/16 vom 27.5.2016) wird der Kindesmord wie folgt definiert: „Mutter, die ihrem Kind während der Geburt oder sofort nach ihr, solange sie noch unter ihrem Einfluss steht, das Leben nimmt, wird mit Freiheitsstrafe von bis drei Jahren bestraft.“ Im zweiten Teil, veranschaulichen die Autoren, dass es sich um eine technisch relativ einfache so genannte unechte *delictum proprium* Inkrimination handelt, deren Handlung als Tun beschrieben wird (und eine unechte Unterlassungsform nach allgemeinen Regeln der Handlung verträgt). Als Täter kommt nur eine Frau in Betracht, die das Kind als Opfer gebärt bzw. gerade geboren hat. Es muss biologisch nicht ihr Kind sein, es muss lediglich aus ihrer Gebärmutter auf natürlichem Weg oder per Kaiserschnitt geboren werden. Diese Straftat ist als *delictum proprium* ausschließlich im Vorsatz als Schuldform strafbar und gehört zu den sehr seltenen Inkriminationen, die auf der Ebene der Tatbestandsmäßigkeit auf einem Defekt der Zurechnungsfähigkeit des Täters (hier: Täterin) aufgebaut werden. Sie ist vor allem kriminalpolitisch interessant. Nicht nur im Vergleich mit dem Strafmaß bei sämtlichen vorsätzlichen Tötungsdelikten im Slowenischen Strafrecht, auch im Vergleich mit der Inkrimination der Fahrlässigen Tötung aber auch der qualifizierten Form der Sachbeschädigung (insbesondere der eventuellen besonders geschichtlich wertvollen Kleidungsstücke des Ermordeten Kindes, beschädigt an ihm während der Ermordung) ist der Kindesmord stark privilegiert (bezüglich der fahrlässigen Tötung in der Freiheitsstrafe um sechzig Prozent). Das ruft nach vertieften nicht nur historisch-rechtlichen aber auch vergleichsrechtlichen und dogmatisch-systematischen Analysen der Slowenischen Lösung.