



Revus

Journal for Constitutional Theory and Philosophy of
Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava

10 | 2009

Človekovo dostojanstvo in duševno zdravje

Uvajanje duševnega zdravja v pravo duševnega zdravja

Terapevtska jurisprudenca

Putting Mental Health into Mental Health Law

David B. Wexler

Translator: Anže Erbežnik



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revus/1067>

DOI: 10.4000/revus.1067

ISSN: 1855-7112

Publisher

Klub Revus

Printed version

Date of publication: 1 septembre 2009

Number of pages: 95-109

ISSN: 1581-7652

Electronic reference

David B. Wexler, « Uvajanje duševnega zdravja v pravo duševnega zdravja », *Revus* [Spletna izdaja], 10 | 2009, Datum spletne objave: 22 janvier 2012, ogled: 22 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revus/1067> ; DOI : 10.4000/revus.1067

All rights reserved

David B. Wexler

Uvajanje duševnega zdravja v pravo duševnega zdravja

Terapevtska jurisprudenca

Članek obsega kritiko tradicionalne doktrinarne obravnave prava duševnega zdravja (angl. *mental health law*) ter primerja tradicionalni pristop z novim, interdisciplinarnim pristopom, poimenovanim terapevtska jurisprudenca (angl. *therapeutic jurisprudence*). Terapevtska jurisprudenca pojmuje pravo kot mogoč terapevtski dejavnik. Predstavljeni so primeri, kako pravna pravila, postopki in vloge pravnih akterjev povzročajo terapevtske ali protiterapevtske izide ter kako lahko pravo pripomore k terapevtskemu izidu, ne da bi žrtvovalo interese pravičnosti.

Ključne besede: pravo duševnega zdravja, terapevtska jurisprudenca, medicina, zdravstveno varstvo

Ta članek poskuša pojasniti, kako in zakaj se je pravo duševnega zdravja razvilo izven resnično interdisciplinarne tradicije. V njem se trdi, da je enostranska doktrinarna usmerjenost prava duševnega zdravja pripeljala do velikega upada akademske privlačnosti tega področja. Vendar se v članku tudi trdi, da je dozorel čas za oblikovanje resnično interdisciplinarnega področja terapevtske jurisprudence z ustvarjalno-analitičnim in stilističnim pristopom, bistveno drugačnim od pristopa s sklepanjem po analogiji, ki je značilno za tradicionalno pravo duševnega zdravja.

1 TRADICIONALNO PRAVO DUŠEVNEGA ZDRAVJA

Četudi je v pravo duševnega zdravja in njegovo znanstveno preučevanje vključenih veliko akademikov in strokovnjakov z različnih področij, to področje po večini ni interdisciplinarno po pristopu in vsebini. Pravno izučeni pisci običajno pišejo o pravni doktrini; strokovnjaki na področju duševnega zdravja velikokrat tolmačijo to doktrino na način, da je razumljiva publiki na področju duševnega zdravja. Strokovnjaki na področju duševnega zdravja tudi svetujejo,

kako naj se praktiki na področju duševnega zdravja soočijo s to doktrino, kako naj pripravijo ustrezna poročila, kako naj nastopajo pred sodiščem in ob navzkrižnem zaslišanju itd.

Dejansko je bilo torej pravo duševnega zdravja po svojem značaju doktrinarno, ustavno in usmerjeno v varstvo pravic. Nedavno sem glede poučevanja prava duševnega zdravja na pravnih fakultetah zapisal:

»Kar je osupljivo v zvezi s tipičnimi tečaji prava duševnega zdravja, je *odsotnost* resnično interdisciplinarnega pravnega in behaviorističnega znanstvenega pristopa. Kolikor se v okviru takšnih tečajev sploh omenja kakšna druga disciplina, je to običajno filozofija (Kaj je prisila? Kdaj je upravičena? Kakšno je ustrezno mesto državnega paternalizma?), ne pa psihologija in psihiatrija. Ob podajanju osnovnih informacij, kot na primer o razliki med psihologi in psihiatri ali, bolj pomembno, o možnih negativnih stranskih učinkih zdravil za preprečevanje psihoze in elektrokonvulzivne terapije, se zdi običajni učni tečaj prava duševnega zdravja tradicionalni pravni tečaj z ustavnim poudarkom, izhajajoč pretežno, če ne celo izključno, iz sodnih mnenj, za pridobitev in kritiko doktrinarnega razvoja.«¹

Razlog doktrinarnega in ustavnega poudarka izhaja iz tega, da je bilo sodobno pravo duševnega zdravja zasnovano v času revolucije pomena državljskih svoboščin, ko so bile tožbe in akademska znanost podlaga za širitev pravic osumljencev v kazenskih postopkih, obdolžencev, zapornikov in končno duševnih bolnikov in oseb, zoper katere potekajo civilni postopki oddaje osebe v ustanovo zaradi duševne motnje.²

Navadno je kreativno in analitično delo znanstvenega preučevanja tradicionalnega prava duševnega zdravja obsegalo opredelitev, ali naj se pravica, priznana na drugem pravnem področju, običajno na področju ustavnega kazenskega postopka (ali morda glede invalidnosti), razširi na sistem duševnega zdravja. Takšen pristop je zagovarjal Ennis v svojem članku iz leta 1971,³ v katerem je menil, da »kolikor je osebam prisilno odvzeta prostost zaradi duševne bolezni, bi morala merila in postopki odvzema prostosti zagotavljati nič manj pravic, kot jih imajo obdolženci v kazenskih postopkih«. ⁴ Poglejmo nekaj primerov tradicionalnega doktrinarnega razvoja:

- 1 David B. Wexler, Training in Law and Behavioral Sciences: Issues from a Legal Educator's Perspective, 8 *Behavioral Sciences & the Law* (1990) 8, 197, 199.
- 2 Bruce J. Ennis, Civil Liberties and Mental Illness, *Criminal Law Bulletin* (1971) 7, 101. Glej tudi Alexander D. Brooks in Bruce J. Winick, Foreword, *Rutgers Law Review* (1987) 9, 235.
- 3 Op. kot zgoraj.
- 4 Ennis (op. 2), 108. Objava članka v reviji kazenskega prava je sama po sebi pomemben kazalec odnosa med pravom duševnega zdravja in področjem kazenskega prava. Veliko pravnih profesorjev, ki so se ukvarjali s tem področjem v tem času, je »prestopilo« s področja kazenskega prava in postopka.

- Vrhovno sodišče je menilo, da imajo obdolženci brez sredstev v kazenskem postopku⁵ in domnevno delinkventni mladolletniki⁶ pravico do postavljenega zagovornika. Ker pa lahko tudi civilni postopek oddaje osebe v ustanovo zaradi duševne motnje pripelje do odvzema prostosti, ali naj ne bi imeli potemtakem tudi predlagani pacienti podobno pravico do zagovornika?⁷
- Kako je s pravico do porotnega sojenja? Obdolženci v kazenskem postopku imajo pravico do porotnega sojenja.⁸ Vendar je vrhovno sodišče menilo, da ta pravica ne velja za mladoletniške kazenske postopke.⁹ Ker je civilni postopek oddaje osebe v ustanovo bližje mladoletniškim kazenskim postopkom, morda v teh postopkih prav tako naj ne bi veljala pravica do porotnega sojenja.¹⁰
- Kakšen dokazni standard je primeren za civilne zadeve oddaje osebe v ustanovo zaradi duševne motnje? V kazenskih postopkih se seveda zahteva dokazni standard onstran razumnega dvoma (angl. *beyond reasonable doubt*). Po drugi strani pa se v civilnih zadevah zahteva od nekdanj samo dokazni standard večje verjetnosti (angl. *preponderance of evidence*). Ali je postopek oddaje osebe v ustanovo zaradi duševne motnje »resnično« kazenski postopek ali gre za civilno zadevo? Ali pa morda gre za nekakšen hibrid? In če gre za hibrid, ali kompromisni dokazni standard »jasnih in prepričljivih« (angl. *clear and convincing*) dokazov zadostuje?¹¹
- Vrhovno sodišče je zahtevalo narok presoje utemeljenega suma v kazenskih zadevah.¹² Ali takšna pravica velja tudi v civilnih postopkih oddaje osebe v ustanovo zaradi duševne motnje?¹³
- Ali naj imajo zaporniki pravico do odklonitve psihiatričnega zdravljenja?¹⁴ Ali nimajo običajni pacienti pravice do odklonitve zdravljenja?¹⁵ Kakšna je razlika med obema primeroma? Ali nimajo uprave zaporov obsežne pristojnosti odločanja glede večjega dela zaporniškega življenja? Ali naj imajo tudi določeno pristojnost v zvezi s tem? Ali naj se različno razreši

5 Vrhovno sodišče ZDA, *Argersinger v. Hamlin*, 407 U. S. 25 (1972).

6 Vrhovno sodišče ZDA, *In re Gault*, 387 U. S. 1 (1967).

7 Ralph Reisner in Christopher Slobogin, *Law and the Mental Health System: Civil and Criminal Aspects*, West Group, 1990, 723.

8 Vrhovno sodišče ZDA, *Duncan v. Louisiana*, 391 U. S. 145 (1968).

9 Vrhovno sodišče ZDA, *McKeiver v. Pennsylvania*, 403 U. S. 528 (1971).

10 Reisner in Slobogin (op. 7), 712.

11 Vrhovno sodišče ZDA, *Addington v. Texas*, 441 U. S. 418 (1979).

12 Vrhovno sodišče ZDA, *Gerstein v. Pugh*, 420 U. S. 103 (1975).

13 Reisner in Slobogin (op. 7), 702.

14 Vrhovno sodišče ZDA, *Washington v. Harper*, 111 S. Ct. 1028 (1990).

15 Reisner in Slobogin (op. 7), 848.

vprašanje odklonitve zdravljenja za zapornike in duševne bolnike, napotene v ustanovo?¹⁶

Takšne vrste pravni razvoj in znanstveno raziskovanje imata brez dvoma določen pomen. Nedvomno sta bila pomembna v prvih letih modernega prava duševnega zdravja. Vendar pa je skoraj izključni poudarek na tem pristopu tvegan in po dvajsetih letih tudi neproduktiven.

2 ZATON TRADICIONALNEGA PRAVA DUŠEVNEGA ZDRAVJA

Neproduktivnost se zdi očitna. Zakaj omenjam tudi tveganje? Kolikor je znanstveno raziskovanje izključno odvisno od priznanja ali zasledovanja določenih pravic, potem bo s spremembo družbe in sestave vrhovnega sodišča, s katero sta uresničljivost in ohranitev teh pravic manj verjetni, takšno raziskovanje osiromašeno zaradi odsotnosti podpore.¹⁷

Morda je najboljši kazalec področje ustavnega kazenskega postopka. Z delovanjem vrhovnega sodišča pod vodstvom njegovega predsednika Warrena in z »revolucijo« v kazenskem postopku sta ustavni kazenski postopek in njegovo znanstveno raziskovanje dosegla vrhunec – *Miranda* in primeri, ki so sledili, obsežna zaščita četrtega (IV.) amandmaja itd. Ko je družba postala bolj konservativna in s spremembo sestave sodišča, pa je znanstveno raziskovanje kazenskega postopka – ki je temeljilo na ustavni doktrini in nič več – izgubilo zagon, kolikor ni celo zamrlo.

Tisti, ki so poskušali to področje rešiti, so naredili zadnji obupan poskus opredelitve novih, liberalnih, daljnosežnih ustavnih pravic v zvezi z ustavnimi določbami zveznih držav.¹⁸ Toda s potekom časa se te spremenijo, dejavnost na področju ustavnega kazenskega postopka in znanstvenega raziskovanja pa je zamrla. Članki, ki podpirajo utemeljevanje na podlagi ustavnih določb zveznih držav, se zdijo kot simptomatična napoved skorajšnjega konca področja pravnega znanstvenega raziskovanja.

In tako je bilo tudi s tradicionalnim pravom duševnega zdravja, pravnim področjem in znanostjo, ki sta bila močno odvisna od ustavnega prava in zlasti

¹⁶ Reisner in Slobogin (op. 7), 865.

¹⁷ Na področju prava duševnega zdravja je na primer treba upoštevati trenutno neprepričljivost argumenta, da bi bilo treba tiste, ki so bili oproščeni zaradi neprištevnosti, oddati v ustanovo zaradi duševne motnje samo na podlagi meril in postopkov, ki veljajo za oddajo običajnih civilnih pacientov. Pred sodbo v zadevi *Hinckley* pa je bilo takšno stališče izjemno razširjeno. Glej David B. Wexler, *Insanity Issues after Hinckley: Time for a Change*, *Contemporary Psychology* (1990) 35, 1068 (pregled).

¹⁸ William J. Brennan, ml., *State Constitutions and the Protection of Individual Rights*, *Harvard Law Review* (1977) 90, 489.

ustavnega kazenskega postopka. Leta 1982 je Meisel zapisal, da je v 70. letih prišlo do dejanskega razvoja prava duševnega zdravja ter povečanja pravic.¹⁹ Potem je na prizorišče stopilo vrhovno sodišče, ki je razlagalo ustavne pravice in zvezne zakone glede invalidnih oseb izjemno ozko. Zato njegov predlog, da se ohrani to področje prava in nadalje razvija z uporabo ustavnih določb zveznih držav – določb, za katere je upal, da se bo z njimi nadaljevala krepitev pravic.

Leta 1987, pet let kasneje, je Perlin predstavil podobno tezo.²⁰ Zagotovo je takrat tradicionalno pravo duševnega zdravja zamiralo. Kaj pa je ohranjalo pravo duševnega zdravja in znanstveno raziskovanje na tem področju pri življenju v petletnem obdobju med Meiselovim in Perlinovim člankom?

Akadska sfera ni bila tista. Poleti 1982 je bil Meiselov članek objavljen v reviji »Law and Contemporary Problems«. In poleti 1982 – natančneje 21. junija 1982 – je okrajno sodišče zveznega okraja Kolumbija oprostilo Johna Hinckleyja.²¹

Dejansko se je pretežni del prava duševnega zdravja v 80. letih nanašal na zadeve duševnega zdravja v okviru *kazenskega pravosodja* in velika večina tega je zadevala obrambo na podlagi zatrjevanja neprištevnosti ter javni, strokovni, sodni in zakonodajni odziv na sodbo iz zadeve Hinckley: odklonitev testa neprištevnosti ALI (*American Law Institute*) in ponovna uporaba ožjega pravila iz zadeve McNaughtan;²² zadeva Jones²³ in samodejni odvzem prostosti za nedoločen čas tistim, ki so bili oproščeni na podlagi neprištevnosti; poskusi odprave obrambe na podlagi neprištevnosti;²⁴ novi zakoni na podlagi koncepta »GBMI« (*»guilty but mentally ill«* – kriv, vendar duševno bolan);²⁵ skupaj z njihovo empirično preiskavo s strani Nacionalnega centra za državna sodišča (*National*

19 Alan Meisel, The Rights of the Mentally Ill under State Constitutions, *Law & Contemporary Problems* (1982) 45, 7.

20 Michael L. Perlin, State Constitutions and Statutes as Sources of Rights for the Mentally Disabled: The Last Frontier?, *Loyola-L. A. Law Review* (1987) 20, 1249.

21 Okrajno sodišče zveznega okraja Kolumbije, *United States v. Hinckley*, Crim. No. 81-306 (D. D. C. June 21, 1982).

22 David B. Wexler, Redefining the Insanity Problem, 53 *George Washington Law Review* (1985) 53, 528, 532.

23 Vrhovno sodišče ZDA, *Jones v. United States*, 463 U. S. 354 (1983).

24 Wexler 1985 (op. 22), 530.

25 Ingo Keilitz in Junius P. Fulton, *The Insanity Defense and its Alternatives: A Guide for Policymakers*, 1984, 24; Bradley D. McGraw, Daina Farthing-Capowich in Ingo Keilitz, The »Guilty But Mentally Ill« Plea and Verdict: Current State of Knowledge, *Villanova Law Review* (1984) 30, 117.

Center for State Courts)²⁶ in akademskim napadom na njih s strani Slobogina;²⁷ stališče *American Bar Association* (ABA), *American Medical Association* (AMA) in *American Psychiatric Association* do obrambe na podlagi neprištevnosti;²⁸ ter standardi duševnega zdravja v kazenskem pravosodju ABA (*ABA Criminal Justice Mental Health Standards*),²⁹ ki so dobili polet na podlagi zanimanja v zvezi z zadevo *Hinckley* in izjavo glede stališča ABA do obrambe na podlagi neprištevnosti.³⁰

Vendar sta se aktivnost in zanimanje izpraznila. Ponovno se srečujemo z nevarnostjo, da se zmanjšuje zanimanje za pravo duševnega zdravja. Kolikor ne bodo sprejete druge alternative, bo pravo duševnega zdravja izginilo ali se v najboljšem primeru zlilo in postalo sestavina invalidskega prava,³¹ zdravstvenega prava ali prava in medicine.³²

3 TERAPEVTSKA JURISPRUDENCA KOT ZDRAVILO

Po mojem mnenju je najučinkovitejše zdravilo za sedanje težave prava duševnega zdravja uvajanje duševnega zdravja v pravo duševnega zdravja – podobno kot so ekonomska načela zaznamovala razvoj prava varstva konkurence. Moje najboljše ugibanje, zakaj do tega ni prišlo prej, je, da je bilo sodobno pravo duševnega zdravja kot del revolucije državljanskih svoboščin zamišljeno kot korekcija nasilnega izvrševanja državnih psihiatričnih pristojnosti.³³ Posledično je bilo pravo duševnega zdravja v marsičem del protipsihiatričnega gibanja, nezaupljivo do zdravstvenih ved in njihovih izvajalcev.³⁴

26 National Center for State Courts, The »Guilty But Mentally Ill« Plea and Verdict: An Empirical Study: Final Report Submitted to the National Institute of Justice, U. S. Department of Justice (delovni osnutek, 15. november 1984).

27 Christopher Slobogin, The Guilty But Mentally Ill Verdict: An Idea Whose Time Should Not Have Come, *George Washington Law Review* (1985) 53, 494.

28 Wexler 1985 (op. 22), 529.

29 ABA Criminal Justice Mental Health Standards (1984).

30 Wexler 1985 (op. 22), 529, 538–540.

31 Tako je leta 1984 publikacija »Mental Disability Law Reporter«, ki je bila prvič objavljena leta 1976, razširila svoj obseg in spremenila svoj naslov v »Mental and Physical Disability Law Reporter«. Glej Mental & Physical Disability Law Reporter (1984) 8, 2 (opozorilo bralcev na spremembo).

32 Zanimivo je, da je bil v začetku 70. let oddelek za pravo in psihiatrijo (od leta 1990 oddelek za pravo in duševne motnje) Združenja ameriških pravnih šol (*Association of American Law Schools* – AALS) ustanovljen kot podružnica oddelka AASL za pravo in medicino (sam se zdaj imenuje oddelek za pravo, medicino in zdravstveno varstvo).

33 Bruce J. Ennis, *Prisoners of Psychiatry*, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1972.

34 Glej npr. Bruce J. Ennis in Thomas Litwack, Psychiatry and the Presumption of Expertise: Flipping Coins in the Courtroom, *California Law Review* (1974) 62, 693; Robert Plotkin, Li-

Nauk – naučiti se biti skeptičen do domnevnih znanstvenih strokovnih mnenj – je pomemben in dvomim, da se bo pravo kadar koli ponovno preprosto *podredilo* psihiatriji in sorodnim vedam, kot je to v preteklosti storilo na področju civilne oddaje osebe v ustanovo zaradi duševne motnje. Vendar se je v obsegu, v katerem se zdaj s strani pravnega sistema – in celo pravnih akademikov – *ignorira* razvoj zdravstvenih ved, s tem naukom pretiravalo.

S tem, ko nam prispevki Monahana in Walkerja,³⁵ Meltona³⁶ in drugih ponujajo metodologijo, na podlagi katere lahko pravo bolje *ovrednoti* prispevke behavioristične znanosti, pravna ignoranca postaja vse manj opravičljiva. Ob upoštevanju nedavne preteklosti moramo kljub temu razviti poznavanje gradiva, ki se nanaša na duševno zdravje, in preučiti načine, s katerimi lahko znanje, teorije in vpogled ved duševnega zdravja, *v skladu z načeli pravičnosti*, pomagajo *oblikovati* razvoj prava. Takšno preučevanje je naloga terapevtske jurisprudence.

4 NALOGA IN OBSEG TERAPEVTSKE JURISPRUDENCE

Terapevtska jurisprudence je študij vloge prava kot terapevtskega dejavnika.³⁷ Pravo pojmuje kot družbeno silo, ki lahko, pa če nam je to všeč ali ne, proizvede terapevtske ali protiterapevtske posledice. Takšne posledice lahko izhajajo iz vsebinskih pravil, pravnih postopkov ali iz ravnanja pravnih akterjev (odvetnikov in sodnikov). Z drugimi besedami to pomeni, da se lahko na pravo *kot tako* gleda kot na terapevta ali vsaj terapevtskega posrednika ali orodje. Podobno kot iatrogena bolezen v medicini (tista, ki jo povzroči zdravljenje) lahko tudi pravo kot tako povzroči psihološko trpljenje (»s pravom povezana psihološka disfunkcija« ali »pravna psihopatologija«).

Naloga terapevtske jurisprudence je identifikacija – in končno empirična raziskava – odnosa med pravno ureditvijo in terapevtskimi izidi. Raziskovalna naloga temelji na sodelovanju ter je bistveno interdisciplinarna (potencialno vključuje pravo, filozofijo, psihiatrijo, psihologijo, socialno delo, kazensko pravosodje, javno zdravstvo in druga področja). Takšno raziskovanje naj nato daje ustrezno informacijsko podlago političnim opredelitvam pravnih sprememb.

miting the Therapeutic Orgy: Mental Patients' Rights to Refuse Treatment, *Northwestern University Law Review* (1978) 72, 461.

35 John Monahan in Laurens Walker, *Social Science in Law: Cases and Materials*, 1990.

36 Gail S. Perry in Gary B. Melton, Precedential Value of Judicial Notice of Social Facts: Parham as an Example, *Journal of Family Law* 633 (1983/84) 22, 633.

37 David B. Wexler, *Therapeutic Jurisprudence: The Law as a Therapeutic Agent*, Carolina Academic Press, 1990.

Vendar je bistveno poudariti, da terapevtska jurisprudenca poziva k jasni predstavitvi terapevtskih posledic pravne ureditve, a ne predlaga, da naj terapevtske posledice prevladujejo nad drugimi vidiki presoje. Terapevtska jurisprudenca ne pomeni paternalizma ter ne poziva k povečani represiji in državnim posegom. Če študije prisilnega zdravljenja potrjujejo rezultate terapevtske neučinkovitosti, potem bo toliko težje zagovarjati uporabo prisile. Pa tudi če rezultati potrjujejo terapevtsko učinkovitost, je še zmeraj treba odgovoriti na ločeno družbeno in normativno vprašanje o upravičenosti uporabe prisile.

Ali naj terapevtski cilji prevladajo, je normativno vprašanje, ki zahteva tudi tehtanje z drugimi potencialno pomembnimi normativnimi vrednotami, kot so pacientova avtonomija, svoboda itd. Terapevtska jurisprudenca izhaja iz predpostavke, *ob ohranitvi preostalih okoliščin*, da bi se pravo moralo spremeniti na način, da bi bolj ustrezalo terapevtskim vrednotam. Vendar je ohranitev preostalih okoliščin v določenem kontekstu pogosto predmet spora. Terapevtska jurisprudenca, četudi poskuša osvetliti terapevtske posledice pravnih praks, *tega* spora, ki zahteva analizo vpliva alternativnih možnosti na druge pomembne vrednote, ne razreši. Tako na primer ni dvoma, da šokantnost in kršitev človeškega dostojanstva ob usmrtni neprištevnih zahtevata prepoved takšnih usmrtitev, četudi je takšna prepoved lahko protiterapevtska v smislu spodbujanja na smrt obsojenih, da se vedejo kot duševno neprištevnih. Nadalje pa bodo tudi terapevtski razmisleki sami pogosto zahtevali izid v skladu z varstvom državljskih svoboščin, kot bo prikazano v nadaljevanju.

Pomen upoštevanja terapevtskih posledic ni popolnoma tuj vrhovnemu sodišču. Tako je na primer v zadevi *Perham*³⁸ v zvezi s postopki sprejemanja mladoletnikov v bolnišnice to sodišče izrecno navedlo, da je »primerno presoditi, kako bi narok pripomogel k dolgoročnemu uspešnemu zdravljenju pacienta«. ³⁹ Ne glede na to, kaj si kdo misli o ravnotežju, ki ga je sodišče vzpostavilo v zadevi *Perham*, primer nazorno kaže, da je terapevtska analiza pomembna ne samo z vidika znanstvenega raziskovanja, temveč tudi za pristojnosti zagovornika.

Moje zanimanje za terapevtsko jurisprudenco se je začelo leta 1987 – leta, ko je Perlin izrekel svoje opozorilo v prispevku *Last Frontier*. Tisto poletje sem pripravljaj prispevek o pravu in terapiji za delavnico, ki jo je organiziral NIMH

38 Vrhovno sodišče ZDA, *Parham v. J. R.*, 442 U. S. 584 (1979).

39 Op. kot zgoraj, točka 610. Celo na področju, ki je bistveno odmaknjeno od prava duševnega zdravja, je vrhovno sodišče nakazalo pripravljenost upoštevanja terapevtskih vrednot. *United Steelworkers v. Am. Manuf. Co.*, 363 U. S. 564, 568 (1960) (arbitraž). Vrhovno sodišče je celo svojo pristojnost opisalo kot terapevtsko, ko velikokrat nastopa kot na pacienta osredotočen psihoterapevt. W. Bishin in C. Stone, *Law, Language, and Ethics* 399–402 (1972). Profesor Weckstein je opozoril, da koncept pravičnosti obsega veliko več kot zgolj resnico ter da je terapija sama morda sestavina pravičnosti. Donald T. Weckstein, *The Purposes of Dispute Resolution: Comparative Concepts of Justice*, *American Business Law Journal* (1988) 26, 605, 608 in 624. Četudi bi se terapevtska jurisprudenca morala primarno nanašati na pravo duševnega zdravja, pa lahko vpliva tudi na druga področja in se uporablja na njih.

(*National Institute of Mental Health*). Prispevek je v končni fazi postal uvod v mojo antologijo *Therapeutic Jurisprudence: The Law as a Therapeutic Agent*.⁴⁰ Priprava prispevka mi je omogočila različne stvari, med drugim za nazaj premisliti moje lastno delo na področju prava duševnega zdravja, ki se je začelo leta 1971. Kmalu sem ugotovil svojo navezanost na zgolj nekatere svoje publikacije,⁴¹ v nasprotju z drugimi. To niso bile nujno moje najbolj znane publikacije. Kar pa so imele skupnega, je bila njihova uporaba gradiva v zvezi z duševnim zdravjem in njihov pogled na pravo kot terapevtski dejavnik.

Medtem ko so bili tako izbrani prispevki skromni, sem ugotovil, da so tudi drugi pisci objavili prispevke, ki so me posebej zanimali in ki jih je bilo mogoče posredno šteti kot prispevke s perspektivo terapevtske jurisprudence.⁴² Ti prispevki so se ukvarjali s terapevtskimi in protiterapevtskimi vidiki vsebinskih *pravil*, pravnih postopkov ter pravnih in sodnih vlog. Primer vsebinskega

40 Wexler 1990 (op. 37).

41 David B. Wexler, Grave Disability and Family Therapy: The Therapeutic Potential of Civil Libertarian Commitment Codes, *International Journal of Law & Psychiatry* (1986) 9, 39; David B. Wexler, Inappropriate Patient Confinement and Appropriate State Advocacy, *Law & Contemporary Problems* (1983) 45, 193; David B. Wexler, Doctor-Patient Dialogue: A Second Opinion on Talk Therapy through Law, *Yale Law Journal* (1980) 90, 458 (pregled); David B. Wexler, Patients, Therapists, and Third Parties: The Victimological Virtues of Tarasoff, *International Journal of Law & Psychiatry* (1979) 2, 1; David B. Wexler, Criminal Commitment Contingency Structures, v B. Sales, *Perspectives in Law and Psychology: The Criminal Justice System*, 1977, 121.

42 Številni »posredni« prispevki terapevtske jurisprudence so vključeni v knjigo *Therapeutic Jurisprudence*, op. 37. Glede izrecne uporabe perspektive terapevtske jurisprudence glej David B. Wexler, Health Care Compliance Principles and the Insanity Acquittee Conditional Release Process, *Criminal Law Bulletin* (1991) 27, 18; David B. Wexler, Insanity Issues after Hinckley: Time for a Change, *Contemporary Psychology* (1990) 35, 1068 (pregled); David B. Wexler, Training in Law and Behavioral Sciences: Issues from a Legal Educator's Perspective, 8 *Behavioral Sciences & the Law* (1990) 8, 197; David B. Wexler, Inducing Therapeutic Compliance through the Criminal Law, *Law and Psychology Review* (1990) 14, 43; David B. Wexler in Robert F. Schopp, How and When to Correct for Juror Hindsight Bias in Mental Health Malpractice Litigation: Some Preliminary Observations, *Behavioral Sciences & the Law* (1989) 7, 485; David B. Wexler in Robert F. Schopp, Therapeutic Jurisprudence: A New Approach to Mental Health Law, v D. Kagehiro in W. Laufer, *Handbook of Psychology and Law*; Robert F. Schopp in David B. Wexler, Shooting Yourself in the Foot with Due Care: Psychotherapists and Crystallized Standards of Tort Liability, *Journal of Psychiatry & Law* (1989) 17, 163; Robert F. Schopp, The Psychotherapist's Duty to Protect the Public: The Appropriate Standard and the Foundation in Legal Theory and Empirical Premises, *Nebraska Law Review* (1991) 70, 327; Bruce J. Winick, Competency to Consent to Treatment: The Distinction between Assent and Objection, *Houston Law Review* (1991) 28, 15; Bruce J. Winick, Harnessing the Power of the Bet: Wagering with the Government as a Mechanism for Social and Individual Change, *University of Miami Law Review* (1991) 45, 737; Bruce J. Winick, Competency to Consent to Voluntary Hospitalization: A Therapeutic Jurisprudence Analysis of *Zinerman v. Burch*, *International Journal of Law & Psychiatry* (1991) 14, 169; Jeffrey A. Klotz, Limiting the Psychotherapist-Patient Privilege: The Therapeutic Potential, *Criminal Law Bulletin* (1991) 27, 416. Številni izmed prispevkov so objavljeni v David B. Wexler in Bruce J. Winick, *Essays in Therapeutic Jurisprudence*, Carolina Academic Press, 1991.

pravila, ki morda povzroča protiterapevtski rezultat, podaja Fein.⁴³ Glede terapevtskih vidikov pravnega *postopka* zadevni prispevki vključujejo Ensmingerja in Liguorija⁴⁴ ter Perlinovo kritiko Parhama,⁴⁵ oboje ilustrativno glede pristopa terapevtske jurisprudence in v veliki meri osredotočeno na varstvo državljskih svoboščin. Primere terapevtskih vidikov *vlog* pravnikov obravnavajo Applebaumov članek⁴⁶ ter Millerjev in Maierjev članek, v katerih se zatrjuje, da lahko pregon za kaznivo dejanje pomaga nasilnim duševnim bolnikom pri prevzemanju odgovornosti za njihovo vedenje.⁴⁷

5 PRIMERI TERAPEVTSKE JURISPRUDENCE

Terapevtska jurisprudenca nas spodbuja k pridobivanju zanimive literature s področja duševnega zdravja in k oblikovanju predloga, kako lahko literatura vpliva na opredelitev pravne ureditve. Znanstveno delo, poučevanje in poskusi reforme prava duševnega zdravja se lahko obogatijo in osvežijo z vpeljavo takšnega gradiva. Poglejmo si naslednja vprašanja:

- Kaj literatura o tistih, ki grozijo z umori, navaja o tistih, katerim se grozi, o prispevku žrtve k nasilju ter o najboljših terapevtskih metodah, ki naj se izvajajo, ko je nasilje zagroženo natanko določeni osebi? Kaj nam takšne ugotovitve povedo o tem, ali je zahteva iz zadeve Tarasoff⁴⁸ o opozorilu ali zaščiti potencialne žrtve dobro ali slabo pravilo z vidika celostnega skupnega učinka? Očitno se z umorom večinoma grozi partnerjem iz intimnega razmerja, ki sami igrajo bistveno vlogo glede prispevanja k nasilju. Zato je mogoče trditi, da ima zahteva Tarasoff na splošno pozitiven učinek, saj bo spodbudila terapevte, da vzpostavijo stik s potencialnimi žrtvami – osebami, ki se lahko vključijo v neke vrste terapijo »dvojic« ali »skupno« terapijo.⁴⁹

43 Robert Fein, How the Insanity Acquittal Retards Treatment, *Law & Human Behaviour* (1984) 8, 283.

44 John J. Ensminger in Thomas D. Liguori, The Therapeutic Significance of the Civil Commitment Hearing: An Unexplored Potential, *Journal of Psychiatry & Law* (1978) 6, 5.

45 Michael L. Perlin, An Invitation to the Dance: An Empirical Response to Chief Justice Warren Burger's »Time-Consuming Procedural Minuets« Theory in Parham v. J. R., *Bull. Am. Acad. Psychiatry & Law* (1976) 9, 149.

46 Paul S. Appelbaum, Paternalism and the Role of the Mental Health Lawyer, *Hospital & Community Psychiatry* (1983) 34, 211.

47 R. D. Miller in G. J. Maier, Factors Affecting the Decision to Prosecute Mental Patients for Criminal Behavior, *Hospital & Community Psychiatry* (1987) 38, 50.

48 Vrhovno sodišče Kalifornije, *Tarasoff v. Regents of the University of California*, 131 Cal. Rptr. 14 (1976).

49 David B. Wexler, Patients, Therapists, and Third Parties: The Victimological Virtues of Tarasoff, *International Journal of Law & Psychiatry* (1979) 2, 1.

- Kaj vključujeta teorija in terapija Jaya Haleyja glede zdravljenja motenih mladih oseb?⁵⁰ Koliko je podpore za njegovo teorijo? Haleyjeva teorija navaja, da je treba motene mlade osebe postopoma prisiliti, da začnejo živeti normalno življenje v delovnem okolju – kot je vožnja z avtobusom, iskanje zaposlitve itd. Kolikor ta teorija drži, ali potem ne sporoča, da so celo s terapevtskega vidika civilno-libertarni zakoni oddaje osebe v ustanovo zaradi duševne motnje bolj zaželeni od tako imenovanih paternalističnih? Razlogovanje je takšno: civilno-libertarni zakoni ne dovoljujejo oddaje v ustanovo, kolikor ni podan dokaz o posameznikovi *dejanski* nesposobnosti (ne *domnevani* ali *predvideni* sposobnosti) za zagotavljanje hrane, oblačil ali prebivališča. Takšni zakoni naj bi spodbujali starše, da prisilijo svoje odrasle otroke k stvarem, kot sta vožnja z avtobusom in iskanje zaposlitve – četudi zgolj kot način za zbiranje dokazov za napotitev osebe v ustanovo zaradi duševne motnje. Če ima Haley prav, je takšno ukrepanje staršev terapevtsko in lahko povzroči, da napotitev v ustanovo ni potrebna⁵¹ – še en primer civilno-libertarne (in protipaternalistične) uporabe terapevtske jurisprudence.
- Kadar oblastne organe tožijo zaradi malomarne izpustitve pacienta, porota ve, da je izpuščen pacient v resnici poškodoval ali ubil nedolžno tretjo osebo. V teoriji seveda razumnost vedenja oblasti, ki osebo izpustijo, naj ne bi temeljila na tem, ali je ali ni izpuščen pacient storil nasilno dejanje potem, ko je bil izpuščen. Porota bo imela vpogled za nazaj. Ali strah pred obsodbo zaradi vpogleda za nazaj⁵² takrat, ko izpuščen pacient stori nasilno dejanje, povzroča, da organi, pristojni za izpustitev, *prelagajo* izpustitev – in tako nudijo nepotrebno in neustrezno zdravljenje s strani ustanove – duševnih bolnikov, ki so bili nasilni v preteklosti? Če je tako, ali se lahko protiterapevtski vidik zmanjša s Poythressovim predlogom bifurkativnih sojenj pri sojenju zaradi malomarne izpustitve, pri čemer porotniki najprej odločijo o malomarnosti, ne da bi jim bil sporočen rezultat nasilja?⁵³ Ali bodo preostale manj drastične tehnike »odpravljanja pristranskosti« zadostovale, kot je na primer obveščanje porote s strani strokovnjakov (ali navodila poroti) o pristranskosti vpogleda za nazaj, njegovi moči in tehnikah njegovega

50 Jay Haley, *Leaving Home: The Therapy of Disturbed Young People*, McGraw-Hill, 1980.

51 David B. Wexler, Grave Disability and Family Therapy: The Therapeutic Potential of Civil Libertarian Commitment Codes, *International Journal of Law & Psychiatry* (1986) 9, 39.

52 B. Fischhoff, Hindsight & Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment under Uncertainty, *Journal of Experimental Psychology: Human Perception & Performance* (1975) 1, 288.

53 Norman J. Poythress, Negligent Release Litigation: A Proposal for Procedural Reform, *Journal of Psychiatry & Law* (1989) 17, 595.

preprečevanja pri odločanju?⁵⁴ Pri tem imamo ponovno primer poskusa omejitve, ne pa podaljšanja odvzema prostosti s strani terapevtske jurisprudence.

- Ob tem, da je psihoterapija uspešna predvsem zaradi terapevtskega odnosa, v katerem pacienti pojmujejo terapevte kot skrbnike, ki jih zanima dobrobit pacienta, ali potem ureditev odškodnin v psihoterapiji ne pomeni nevarnosti samouničenja?⁵⁵ To pomeni, da kolikor pravila odškodninskega prava spodbujajo psihoterapevte, da izvajajo svoj poklic ob pazljivi skrbi za *lastno dobrobit*, potem je takšen dejavnik lahko zadosten za oslabitev zaupanja pacienta v njunem odnosu ter tako spodkoplje terapevtsko učinkovitost. Res je, da določena pravila odškodninskega prava dramatično usmerijo pozornost praktika na lastno dobrobit, medtem ko druga vrsta pravil takšnega bistvenega vpliva nima.⁵⁶ To opažanje nam lahko pokaže modrost spodbujanja določenih vrst pravil odškodninskega prava.
- Ali se lahko načela kognitivnih vedenjskih sprememb vključijo v splošno motivacijsko obravnavo s sistemom vladnih »stav« z osebami, ki izkazujejo problematično ravnanje, kot predlaga Winick?⁵⁷ Avtor predlaga uvedbo državnih programov, ki bi vabili osebe s problematičnim vedenjem, naj »stavijo« na svojo sposobnost preseganja vedenjskih problemov. Oseba bi stavila določeno vrednost, ki bi jo izgubila, če ne bi prišlo do spremembe, hkrati pa bi prejela bistvene ugodnosti od države, če bi prišlo do zaželenne spremembe vedenja. Ali je ta radikalni pristop vreden eksperimentalnega preizkusa tudi s tradicionalno nevodljivimi deli populacije, kot so odvisniki od drog?
- Ali se lahko v postopke pogojnega odpusta duševnih bolnikov, ki so bili oproščeni zaradi neprištevnosti, uvedejo načela upoštevanja pravil v zdravstvenem varstvu, kot sta jih nedavno zbrala Meichenbaum in

54 David B. Wexler in Robert F. Schopp, How and When to Correct for Juror Hindsight Bias in Mental Health Malpractice Litigation: Some Preliminary Observations, *Behavioral Sciences & the Law* (1989) 7, 485.

55 Robert F. Schopp in David B. Wexler, Shooting Yourself in the Foot with Due Care: Psychotherapists and Crystallized Standards of Tort Liability, *Journal of Psychiatry & Law* (1989) 17, 183–184.

56 Očitno tako izkristalizirana ali uveljavljena pravila (npr. dolžnost opozorila, privolitev v zvezi z delom pacienta, elektrokonvulzivna terapija se ne sme izvajati na mladoletnikih itd.) vodijo praktike do večjega upoštevanja lastnega interesa, kot pa to velja za prožni standard »običajne skrbi in znanja« (angl. *ordinary care and competence*). Schopp in Wexler (op. 55), 187–188. Profesor Schopp je podrobneje obrazložil to teorijo v Schopp, The Psychotherapist's Duty to Protect the Public: The Appropriate Standard and the Foundation in Legal Theory and Empirical Premises, *Nebraska Law Review* (1991) 70, 327.

57 Bruce J. Winick, Harnessing the Power of the Bet: Wagering with the Government as a Mechanism for Social and Individual Change, *University of Miami Law Review* (1991) 45, 737.

Turk?⁵⁸ Eno izmed takšnih načel je, da je upoštevanje večje med tistimi, ki vstopijo v vedenjske pogodbe; drugo je, da je upoštevanje večje pri tistih, ki podajo javno zavezo. Če se z uporabo vedenjskih pogodb in javnih zavez povečuje upoštevanje na strani pacienta, ali lahko potem sistem pogojnega odpusta in dopusta vključuje ta orodja?⁵⁹ Če je tako, bi lahko sodišča oblikovala postopke pogojnega odpusta tako, da ne bi bilo mogoče samo *predvideti*, ali bo pacient še naprej jemal zdravila, če bo izpuščen, temveč tudi dejansko *vplivati* na s tem skladno ravnanje in ga *olajšati*. Pri tem se terapevtsko upoštevanje zapovedanega in javna varnost domnevno lahko spodbujata, na da bi se bilo treba odrekniti na strani načel svobode/pravičnosti.

Kot je razvidno iz zgoraj navedenih primerov, znanost terapevtske jurisprudence uporablja gradivo, ki se razlikuje od tradicionalno uporabljenega v pravo duševnega zdravja. Podobno sta tudi kreativni in analitični pristop drugačna.

V tradicionalni doktrinarni analizi se kreativno-analitični proces običajno vrti okoli razlogovanja po analogiji: zakaj je vrhovno sodišče menilo, da obstaja pravica do porotnega sojenja v kazenskih postopkih, ne pa tudi v postopkih zoper mladoletnike? Ali je obravnava v postopku oddaje osebe v ustanovo zaradi duševne motnje bolj podobna kazenski zadevi ali mladoletniškemu postopku? V nasprotju s tem se v terapevtski jurisprudence vse vrti okoli povezave sklopa terapevtsko relevantne psihologije s pravnim sklopom ter preučitve ujemanja med njima.

Dejansko je »oblika« tipičnega prispevka terapevtske jurisprudence, ki ga napiše pravnik akademik, precej predvidljiva: poleg obligatornega uvoda in sklepa ponavadi obstaja oddelek o relevantnem pravu, o ustrezni psihologiji ter integrativni del – bistvo projekta – poveza psihologije s pravom.⁶⁰

58 Donald Meichenbaum in Dennis C. Turk, *Facilitating Treatment Adherence: A Practitioner's Guidebook*, Plenum Press, New York, 1987.

59 David B. Wexler, Health Care Compliance Principles and the Insanity Acquittee Conditional Release Process, *Criminal Law Bulletin* (1991) 27, 18.

60 Glej zgoraj primer, ki jasno ustreza vzorcu. Medtem ko se zadevni esej izrecno osredotoča na obliko in poudarja njeno ustreznost za poslanstvo terapevtske jurisprudence, je očitno, da se ta oblika uporablja že nekaj časa, zlasti v člankih, ki posredno sprejemajo pristop terapevtske jurisprudence. Glej obliko v Wexler, Grave Disability and Family Therapy: The Therapeutic Potential of Civil Libertarian Commitment Codes, *International Journal of Law & Psychiatry* (1986) 9, 39. Glej tudi Wexler, Patients, Therapists, and Third Parties: The Victimological Virtues of Tarasoff, *International Journal of Law & Psychiatry* (1979) 2, 1. Za zbirko esejev, ki vsi izrecno uporabljajo obliko terapevtske jurisprudence, glej Wexler in Winick 1991 (op. 42).

6 SKLEP

Terapevtska jurisprudenca torej ni posebno zahtevna. Ima prednost širitve našega pogleda in dopušča razvoj prava hkrati z razvojem psihologije. In medtem ko bo družbeni kontekst brez dvoma še naprej pomemben pri določanju sprejemljivosti predlaganih pravnih shem, terapevtska jurisprudenca ni tako odvisna od ideoloških okoliščin in natančne sestave vrhovnega sodišča ZDA, kot to velja za tradicionalno doktrino/ustavni pristop k pravu duševnega zdravja. Četudi terapevtska jurisprudenca ni posebej odvisna od doktrinarne/ustavnega pristopa, zagotovo ideološko ne izhaja iz paternalizma in prisile. Ob vseh že doslej podanih primerih je verjetno vredno opozoriti, da je na podlagi perspektive terapevtske jurisprudence mogoče podati močan argument za ohranitev pravice duševnega bolnika do odklonitve zdravljenja ter v zvezi z nasprotovanjem prisilnemu zdravljenju duševno motenih zapornikov, ki čakajo na izvršitev smrtne kazni.⁶¹

Nenadejano je bila ena največjih posledic ločitve prava duševnega zdravja od pretirane odvisnosti od ameriškega ustavnega prava ta, da je področje postalo veliko bolj mednarodno in primerjalno po svoji perspektivi. Če se namreč velik poudarek usmeri na presojo razmerja med pravno ureditvijo in terapevtskim izidom, potem mora biti preizkusno polje zagotovo tako mednarodno kakor tudi interdisciplinarno.⁶²

Večina tistih, ki se ukvarjajo s področjem prava duševnega zdravja, zdaj usmerja svojo pozornost na takšne nove pristope – terapevtsko jurisprudenca in druge⁶³ – ki lahko ponovno oživijo to področje v smislu znanstvenih raziskav, poučevanja⁶⁴ in prakse. Leta 1991 je imel na primer program oddelka za pravo in duševne motnje Združenja ameriških pravnih šol (*Association of American Law Schools*) naslov *Približevanje 21. stoletju: 'Terapevtska jurisprudenca', kognitivna psihologija in prihodnost prava duševnega zdravja* (angl. *Approaching the Twenty-First Century: 'Therapeutic Jurisprudence', Cognitive Psychology, and*

61 Wexler in Winick 1991 (op. 42).

62 Znanstveniki in praktiki prava duševnega zdravja iz ZDA bi se čutili ponižane, če bi vedeli, kako malo strani nedavnega zbornika sodne psihiatrije v obsegu 1.500 strani, ki je vseboval prispevke 141 sodelavcev z vsega sveta, je bilo posvečeno pravu in praksi v ZDA. Robert Bluglass in Paul Bowden, *Principles and Practice of Forensic Psychiatry*, Churchill Livingstone, 1990.

63 Glede novega in pomembnega pristopa v zvezi z obrambo na podlagi neprištevnosti glej Michael L. Perlin, *Unpacking the Myths: The Symbolism Mythology of Insanity Defense Jurisprudence*, *Case Western Reserve Law Review* (1989/90) 40, 599.

64 V zvezi s poučevanjem pristop terapevtske jurisprudence glede prava duševnega zdravja omogoča predavatelju, da predstavi študentom temelje prava duševnega zdravja, prav tako pa tudi najbolj pereča vprašanja na področju »prava in družboslovja« na splošno. David B. Wexler, *Training in Law and Behavioral Sciences: Issues from a Legal Educator's Perspective*, *Behavioral Sciences & the Law* (1990) 8, 197.

the Future of Mental Disability Law). S trdim delom, novimi pristopi in nekoliko sreče bo pravo duševnih motenj uspel preskok v enaindvajseto stoletje kot živo in zanimivo področje znanstvenega raziskovanja.

Iz angleščine prevedel Anže Erbežnik.

Predstavitev prevajalca

Anže Erbežnik je diplomiral na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani in magistriral pri European Institut of Public Administration (EIPA) in Univerzi Nancy2. Po končani diplomiji opravil pripravništvo pri Višjem sodišču v Ljubljani in v odvetniški pisarni Peter Peče ter bil asistent za kazensko pravo na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru. Zaposlen je kot pravnik lingvist pri Evropskem parlamentu. Je avtor in soavtor več znanstvenih in strokovnih prispevkov ter monografij s področja kazenskega procesnega prava, ustavnega kazenskega prava in prava EU. Je ustanovni član Kluba Revus – Centra za raziskovanje evropske ustavnosti in demokracije.

