

# **MEDICINA IN PRAVO**

## **Sodobne dileme II**

**Maribor, 2010**



## MEDICINA IN PRAVO: Sodobne dileme II

### Uredniki:

Vesna Rijavec  
Jelka Reberšek Gorišek  
Vojko Flis  
Viktor Planinšec  
Suzana Kraljić

### Izdajatelj in založnika:

Pravna fakulteta Univerze v Mariboru  
Zdravniško društvo Maribor

### Recenzija:

red. prof. dr. Vesna Rijavec  
doc. dr. Martina Repas  
prof. dr. Eldar Gadžijev, dr. med.

### Tisk:

Itagraf, d.o.o., Ljubljana

### Naklada:

400 izvodov

Tisk znanstvene monografije je omogočila:  
Javna agencija za knjigo Republike Slovenije

CIP - Kataložni zapis o publikaciji  
Univerzitetna knjižnica Maribor

614.253  
61:34

MEDICINA in pravo : sodobne dileme II /  
[uredniki Rijavec Vesna ... [et al.]. - Maribor :  
Pravna fakulteta : Zdravniško društvo,  
2010

ISBN 978-961-6399-60-9  
1. Rijavec, Vesna  
COBISS.SI-ID 66274561

© Brez pisnega dovoljenja založnika je prepovedano reproduciranje, distribuiranje, predelava ali druga uporaba tega avtorskega dela ali njegovih delov v kakršnemkoli obsegu ali postopku, vključno s fotokopiranjem, tiskanjem ali shranitvijo v elektronski obliki.



## KAZALO

PREDGOVOR.....	I
A. RAZMEJITEV MED JAVNIM IN ZASEBNIM V ZDRAVSTVU .....	1
<i>Rajko PIRNAT</i> JAVNO IN ZASEBNO V ZDRAVSTVU .....	3
<i>Jože FERK</i> OBLIKE SODELOVANJA ZASEBNE PRAKSE IN JAVNEGA ZAVODA.....	13
<i>Marilyn J. IRELAND</i> MEDICAL PRIVACY IN THE COMPUTER AGE: A REVIEW IN THEORY.....	23
<i>Vesna RIJAVEC</i> VARSTVO PACIENTOVIH OSEBNIH PODATKOV .....	31
B. ALTERNATIVNA MEDICINA.....	43
<i>Viktor PLANINŠEC</i> UREDITEV »ALTERNATIVNE MEDICINE«.....	45
<i>Zmago TURK</i> MEDICINSKO LICENZIRANJE KOMPLEMENTARNIH OBLIK ZDRAVLJENJA V SLOVENSKI MEDICINI .....	49
<i>Ludvik TOPLAK</i> PRAVNI VIDIKI LICENCIRANJA V KOMPLEMENTARNI MEDICINI.....	55
<i>Vuk STAMBOLOVIĆ</i> ALTERNATIVNA MEDICINA U SRBIJI .....	61
<i>Christa JESSEL-HOLST</i> KOMPLEMENTÄRMEDIZIN IN DEUTSCHLAND.....	71
C. IZVORNE CELICE IN ČLOVEŠKI GENOM.....	79
<i>Viktorija ŽNIDARŠIČ SKUBIC</i> PRAVNA UREDITEV RAZISKAV MATIČNIH CELIC.....	81

<i>Janez JUHANT</i> BOG JE GOSPODAR ŽIVLJENJA.....	95
<i>Gordana KOVAČEK-STANIĆ, Marija DRAŠKIĆ</i> BIOMEDICINSKO ZAČEĆE: UPOTREBA I ČUVANJE PREKOBROJNIH EMBRIONA .....	113
<i>Blanka IVANČIĆ-KAČER</i> PRAVO NA ZDRAVLJE U ODNOSU NA NOVE TEHNOLOGIJE .....	129
<i>Friderik KLAMPFER</i> MORALNI STATUS ČLOVEŠKIH ZIGOT IN ZGODNIH EMBRIJEV V LUČI POLEMIK O RAZISKAVAH NA EMCAH .....	147
<b>D. AVTONOMIJA PACIENTA .....</b>	<b>165</b>
<i>Barbara NOVAK</i> NEKATERI POUČENJA IZ ZAKONA O PACIENTOVIH PRAVICAH .....	167
<i>Šime IVANJKO</i> ODGOVORNOST IN ZAVAROVANJE ODGOVORNOSTI ZDRAVNIKA .....	177
<i>Suzana KRALJIĆ</i> NEKATERI VIDIKI PACIENTOVE AVTONOMIJE.....	187
<i>Blanka IVANČIĆ-KAČER</i> INFORMED CONSENT ILI INFOMIRANI PRISTANAK PACIJENTA NA LIJEČENJE U HRVATSKOM PRAVU – S NAGLASKOM NA ZAŠTITI PRAVA LIJEČNIKA .....	201
<i>Christa JESSEL-HOLST</i> ZUR AKTUELLEN DISKUSSION UM EINE GESETZLICHE REGELUNG DER PATIENTENVERFÜGUNG IN DEUTSCHLAND .....	227
<i>Miloš MARJANOVIĆ, Dragana ĆORIĆ</i> PRAVNA ETIKA U PSIHIJATRIJI .....	231
<i>Marija DRAŠKIĆ</i> AUTONOMIJA VOLJE U MEDICINI: ODLUČIVANJE U IME DETETA.....	243
<i>Aline LEISCHNER</i> RECHTSINSTITUTE ZUR AUSÜBUNG DER SELBSTBESTIMMUNG IM RAHMEN VON MEDIZINISCHEN BEHANDLUNGEN IN ÖSTERREICH .....	259
<i>Tone DOLČIĆ</i> REALNOST IZVAJANJA SVOBODNE VOLJE STAROSTNIKA – I. DEL.....	273

<i>Zdenka ČEBAŠEK-TRAVNIK</i> REALNOST IZVAJANJA SVOBODNE VOLJE STAROSTNIKA – II. DEL.....	277
<i>Tomaž KERESTEŠ</i> PRAVNA NARAVA IZJAVE VOLJE PACIENTA .....	281
<i>Aleš ZALAR</i> POSTOPEK MEDIACIJE IN REŠEVANJE SPOROV V MEDICINI.....	291
<i>Borče DAVITKOVSKI</i> REFORMA ZDRAVSTVENIH JAVNIH SLUŽBI U MAKEDONIJI .....	297
<i>Jozo ČIZMIĆ</i> SPECIALISTI MEDICINSKOG PRAVA.....	307
<i>Blanka IVANČIĆ-KAČER</i> SUODGOVORNOST VIŠE OSOBA U ZDRAVSTVU .....	333
<i>Arsen JANEVSKI, Neda ZDRAVEVA</i> NAKNADA ŠTETE U SLUČAJEVIMA MEDICINSKE ODGOVORNOSTI U PRAVU REPUBLIKE MAKEDONIJE .....	347
<i>Hrvoje KAČER</i> ODŠKODNINSKA ODGOVORNOST ZDRAVNIKA .....	363
<b>E. KAZENSKOPRAVNI VIDIKI ZDRAVLJENJA.....</b>	<b>373</b>
<i>Zlatko DEŽMAN</i> ZAKON O PACIENTOVIH PRAVICAH IN NJEGOV KAZENSKOPRAVNI VIDIK .....	375
<i>Vojko FLIS</i> ALI JE ZDRAVLJENJE JE KAZNIVO DEJANJE? .....	389
<i>Peter GOLOB</i> KAZENSKA ODGOVORNOST IN INFORMIRANA PRIVOLITEV: ALI JE ZDRAVLJENJE RES KAZNIVO DEJANJE?.....	401
<i>Damjan KOROŠEC</i> PRAVICE ZDRAVNIKOV V SLOVENIJI IN EVROPI (OSEBNOSTNOPRAVNI VIDIK) .....	409
<i>Jelka REBERŠEK GORIŠEK</i> POLOŽAJ PACIENTA V POSTOPKU ZDRAVLJENJA IN PREPREČEVANJA NALEZLJIVIH BOLEZNI .....	421

<i>Jelka REBERŠEK GORIŠEK</i> KOMUNIKACIJSKI ODNOSI MED ZDRAVNIKOM, BOLNIKOM IN SVOJCI .....	427
<i>Barbara NERAT</i> NEMOČ ZDRAVNIKOV PSIHIATROV IN KAZENSKIH SODNIKOV PRI OBRAVNAVI SPLOŠNO NEVARNIH STORILCEV KAZNIVIH DEJANJ .....	431
<i>Barbara NERAT</i> NEPOSREČEN POSKUS UMESTITVE STATUSA FORENZIČNIH BOLNIKOV V DOLOČILA ZAKONA O DUŠEVNEM ZDRAVJU (ZDZdr).....	441



## **PREDGOVOR**

Publikacija vsebuje poglavja namenjena posebej aktualnim temam na področju, kjer se prekrivata medicina in pravo z rdečo nitjo odgovornosti vseh udeleženih subjektov v zdravstvu, med javnim in zasebnim sektorjem. Poseben del je namenjen alternativni medicini, biomedicini in drugim aktualnim spoznanjem zlasti vedno novim spoznanjem v povezavi s pacientovo avtonomijo in pojasnilno dolžnostjo. V delu je predstavljen razvoj ob sprejemu ZPacP. Zanimivo tematiko so različni avtorji obravnavali vsak s svojega vidika, kljub temu pa lahko rečemo, da je delo kot celota zaokrožen prikaz zajetih področij.

Uredniki







**A. RAZMEJITEV MED  
JAVNIM IN ZASEBNIM  
V ZDRAVSTVU**



# JAVNO IN ZASEBNO V ZDRAVSTVU

## PUBLIC AND PRIVATE IN HEALTH SERVICE

UDK: 614.2:35.078.6

*Dr. Rajko PIRNAT, univ. dipl. pravnik  
Redni profesor  
Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani*

### **POVZETEK**

*Zdravstvene storitve so, ne glede na to, ali se opravljajo v okviru javne službe ali ne, tržne storitve v smislu prava EU. To seveda pomeni, da se za področje zdravstvenih storitev uporabljajo pravila tega prava o prepovedi omejevanja konkurence, svobodi opravljanja storitev, svobodi ustanavljanja in tudi prepovedi državnih pomoči. Ob tem obravnava tudi bistvene zahteve predloga nove direktive, ki bo urejala mobilnost pacientov in čezmejno zdravstveno varstvo. To tržno naravo zdravstvenih storitev, kot izhaja iz prava EU, je začela potrjevati tudi sodna praksa v Sloveniji, kar terja bistveno drugačno ureditev možnosti odhoda na zdravljenje v tujino in na zdravljenje k zasebnim izvajalcem doma, tudi če nimajo koncesije. Predlog ZZDej-1 s tem, ko ukinja v ZZS obvezno članstvo zdravnikov, povsem spreminja položaj ZZS iz javnopravne zbornice v zasebnopravno in jo demontira kot javnopravni institucijo. Poleg nekaterih drugih neustavnosti je neustavnost Predloga ZZDej-1 tudi v tem, da ne ureja ustavno skladno take ukinitve javnopravne ZZS in njene spremembe v zasebnopravno zbornico, s tem pa povzroča neustavnosti tudi v še preostalih določbah ZZdrS.*

*Za ustavno skladno ureditev novega položaja mora zakon urediti zdravniške zbornice kot pravne osebe zasebnega prava (določbe Predloga ZZDej-1 se nanje izrecno ne nanašajo), urediti način njihove ustanovitve, registracijo zbornice, organe in zastopanje in njeno prenehanje, pa tudi način podelitve javnih pooblastil na javnem natečaju, na katerem lahko konkurirajo zanje različne zasebnopravne zbornice, društva in združenja.*

### **KLJUČNE BESEDE**

*Zdravstvo, javni zavodi, koncesije, mobilnost pacientov, Zdravniška zbornica.*

### **ABSTRACT**

*Health services, regardless of whether they are carried out within the public service or not, are commercial services within the meaning of EU law. This of course means that for health services are used the rules of the law, which are prohibiting the restrictions of competition, freedom to provide services, freedom of establishment and also the prohibition of state aid. The author describes also the essential requirements of the new directive which will regulate cross-border mobility of patients and health care. This market nature of health services, as follows from the EU law came into certify in Slovenian case law, what requires substantially different treatment of the options of departure for medical treatment abroad and treatment to private providers of home, even if they do not have concessions. Proposal of ZZDej-1 by removing the mandatory membership of the doctors in ZZS, completely changes the situation of ZZS from the Public law Chamber to a Private law chamber. This also dismantles the ZZS as*

*public law institution. In addition to some other unconstitutional regulations, the unconstitutionality of the Draft ZZDej-1 is well in that it does not control the constitutional conformity of such a withdrawal of ZZS and its amendments in a private chamber, thereby causing the unconstitutionality of the remaining provisions ZZdrS. For the constitutional arrangements under the new situation, a law must regulate physician chamber as a legal entity of private law (provisions of the draft ZZDej-1 is not specifically related to them), further the law should regulate the manner of their establishment, registration of chamber, bodies and representation, and its termination, but also a way to grant public authority by public procurement, where they can compete with various private law chambers, and societies and associations.*

#### **KEY WORDS**

*Health, public institutions, concessions, patient mobility, Physician Chamber.*

## **1. UVOD**

Predloga zakona o zdravstveni dejavnosti z dne 20.10.2009, kot je objavljen na domači strani Ministrstva Republike Slovenije za zdravje (v nadaljevanju: Predlog ZZDej-1) je poleg številnih javnih polemik sprožil tudi večje število povsem pravnih vprašanj. V nadaljevanju želim obravnavati dve vprašanji, ki sicer med seboj nista videti povezani: vprašanje pravne narave zdravstvenih storitev in razmerja med javnim in zasebnim pri izvajanju zdravstvenih storitev; ter vprašanje obveznega članstva v Zdravniški zbornici Slovenije (v nadaljevanju: ZZS) in s tem položaja zbornice kot pravne osebe javne ali pravne osebe zasebnega prava.

Povsem jasno je, v čem je njuna povezanost – v razmerju med javnim in zasebnim, med tržno dejavnostjo in javno službo, med pravnimi osebami javnega in pravnimi osebami zasebnega prava. Tisto, kar želim prikazati je, da je po mojem mnenju iz pravnih razlogov temeljni pristop t.i. ločevanja javnega in zasebnega zdravstva nesprejemljiv in usmerjen v nasprotno smer od prava EU.

V zvezi s Predlogom ZZDej-1 se je ponovno razvnela razprava o privatizaciji javnega zdravstva in njeni zaustavitvi, zvezana z zelo pavšalnimi trditvami, da zlasti javni zdravstveni zavodi zagotavljajo izvajanje javne službe in da bo brez javnih zavodov zdravstvo povsem privatizirano.

S to besedo je implicirano, da bo postalo nepravilno, da ne bo zagotavljalo enake dostopnosti do zdravstvenih storitev in da bo lahko vodilo v t.i. »razpad javnega zdravstvenega sistema«. Ni namen tega prispevka, da se ukvarja s takimi ideološkimi dimenzijami te razprave, pač pa je namenjen obravnavanju pravnih dimenzij zdravstvenih storitev. Očitno je namreč, da se pri tej razpravi pozablja na te dimenzije zdravstvenih storitev.

## **2. TRŽNA NARAVA ZDRAVSTVENIH STORITEV**

Izraz »zdravstvena dejavnost«, ki ga uporabljata tako veljavni Zakon o zdravstveni dejavnosti (Uradni list RS, št. 23/05 - uradno prečiščeno besedilo, 23/08 – ZZDej-I, 15/08 – ZpacP, 58/08 – ZZdrS-E in 77/08 – ZDZdr; v nadaljevanju: ZZDej) kot tudi Predlog ZZDej-1 v pravnem smislu zavajajoč, saj zamegljuje pravno naravo te dejavnosti in predstavlja ostanek pretekle



terminologije, ko smo govorili o »dejavnostih posebnega družbenega pomena«. V pravnem smislu lahko govorimo zgolj o proizvodih in storitvah, pri čemer je jasno, da gre za zdravstvene storitve, ki le v zanemarljivo majhnem obsegu predstavljajo tudi izdelavo proizvodov (npr. t.i. galenski pripravki v lekarnah).

Zdravstvena dejavnost, kot jo obravnavata navedena zakona, predstavlja zgolj trajno opravljanje zdravstvenih storitev, zato je treba govoriti v pravnem smislu o zdravstvenih storitvah. Ob tem naj še povem, da v ničemer ne razlikujem javne zdravstvene dejavnosti od siceršnje zdravstvene dejavnosti in zdravstvenih storitev v okviru javne službe od drugih zdravstvenih storitev. Razlikujejo se namreč le v tem, da storitve v okviru javne zdravstvene službe plača ZZS, druge pa uporabnik sam – to razlikovanje pa je v pravnem smislu za obravnavana vprašanja nebitveno.

Za uporabo prava EU je ključno vprašanje, ali so zdravstvene storitve tržne storitve in ali se pravila o svobodi opravlja storitev in prepovedi omejevanja konkurence tega prava uporabljajo za zdravstvene storitve. Pri tem je treba poudariti, da dejstvo, da so določene storitve tržne v smislu Pogodbe EU nikakor ne pomeni, da pri tem ne gre za storitve, ki predstavljajo po pravu države članice javno službo. Nasprotno, pojem »storitev v splošnem gospodarskem interesu« iz drugega odstavka 106. člena Pogodbe o delovanju EU se nanaša prav na storitve gospodarske narave, torej tržne storitve, ki se opravljajo v javnem interesu, ki torej v smislu slovenskega prava predstavljajo javno službo.

Pri tem v okvir tržnih storitev v javnem interesu ne spadajo samo storitve, ki jih v našem pravu umeščamo v okvir t.i. gospodarskih javnih služb. Sodišče EU je jasno povedalo, da je vsako ponujanje dobrin in storitev na trgu gospodarska dejavnost,<sup>1</sup> in da to velja celo za dejavnost, ki se opravlja v okviru siceršnjih socialnih funkcij.<sup>2</sup> Dejstvo, da nacionalno pravo neke storitve obravnava kot socialno javno službo, ni relevantno.<sup>3</sup> Le kadar gre za storitve, ki jih zagotavljajo organizacije, ki so utemeljene na načelu solidarnosti, delujejo neprofitno in ne izvajajo gospodarske aktivnosti ter zato niso podjetja v smislu prava EU, ne gre za tržne storitve.<sup>4</sup>

To so tiste, ki so notranje povezane s prerogativami države, kot so nacionalno izobraževanje<sup>5</sup> ali obvezno socialno varstvo.<sup>6</sup> Praksa Sodišča EU je torej povsem jasna – zdravstvene storitve so tržne storitve, ne glede na to, ali se v okviru nacionalnega prava države članice opravljajo kot javna služba ali ne, in ali gre po tem pravu za gospodarsko ali socialno javno službo. Na tej podlagi pa je Sodišče EU postavilo tudi temelje t.i. mobilnosti pacientov. Gre za dve zadevi,<sup>7</sup> v katerih je vzpostavilo nova načela v zvezi z neposredno uporabo členov Pogodbe EU o prostem gibanju pri povračilu za zdravstvene storitve bolnikov v tujini, znano kot »mobilnost bolnikov«. V navedenih odločitvah je Sodišče EU najprej jasno določilo, da kadar se

---

<sup>1</sup> Združena primera C-180-184/98, *Pavel Pavlov in drugi v Stichtung Pensionsfonds Medische Spezialisten*.

<sup>2</sup> Proizvodnja zdravil v okviru bolnice; glej primer C-203/99 *Henning Veedfald*; ali prevoz bolnikov; primer C-475/99 *Ambulanz Glockner*.

<sup>3</sup> Poleg citiranega primera Pavlov in drugi je sodišče ES tako odločilo tudi v primerih C-218/00 *Cisal di Batistello* (točka 37) in C-355/00

*Freskot*.

<sup>4</sup> C-218/00 *Cisal di Batistello*.

<sup>5</sup> C-263/86 *Humbel* in C-318/05 *Komisija proti Nemčiji*.

<sup>6</sup> C-159/91 *Poucet et Pistre*, C-218/00 *Cisal di Batistello*, C-355/00 *Freskot*.

<sup>7</sup> Zadeva C-158/96 *Kohl* in zadeva C-120/95 *Decker*.

zdravstvene storitve opravljajo proti plačilu, morajo biti obravnavane kot storitve v smislu Pogodbe EU in tako se zanje uporabljajo ustrezne določbe o prostem gibanju. Sodišče EU je tudi rzsodilo, da so posledično ukrepi, zaradi katerih se za povračilo stroškov v drugi državi članici uporablja predhodna odobritev, ovire za prosti pretok storitev, čeprav so take ovire lahko upravičene zaradi prevladujočih razlogov javnega interesa.

Glede mobilnosti pacientov so bila z odločitvami sodišča oblikovana naslednja načela:

- a) Nebolnišnično oskrbo, do katere ima oseba pravico v svoji državi članici, lahko dobi v vsaki drugi državi članici brez predhodne odobritve in zanjo dobi povračilo do višine povračila, ki ga zagotavlja njen lastni sistem;
- b) Bolnišnično oskrbo, do katere so osebe upravičene v svoji državi članici, lahko dobijo tudi v vsaki drugi državi članici, če imajo predhodno odobritev svojega sistema zdravstvenega varstva; ta odobritev je potrebna, če jim njihov sistem ne more zagotoviti oskrbe v zdravstveno sprejemljivem roku glede na njihovo stanje; povračilo morajo dobiti vsaj v višini povračila, ki ga zagotavlja njihov lastni sistem zdravstvenega varstva.

S sodbo v zadevi *Watts* z dne 16. maja 2006<sup>8</sup> sta bili dani dve dodatni pojasnili. Prvič, nekatere države članice s sistemi, ki temeljijo na integriranem javnem financiranju in zagotavljanju zdravstvenih storitev, kot je to značilno za Slovenijo, so utemeljevale, da določbe Pogodbe EU o prostem pretoku storitev za njih ne veljajo; sodba v zadevi *Watts* je potrdila, da veljajo. Drugič, nekatere države članice so utemeljevale, da zahteva iz petega odstavka 168. člena Pogodbe EU, da »je v celoti upoštevana odgovornost držav članic za organizacijo in zagotavljanje zdravstvenih storitev in zdravstvenega varstva«, preprečuje zavezujoče obveznosti po pravu Skupnosti glede zdravstvenih sistemov. V sodbi je Sodišče EU navedlo, da ta določba ne izvzema možnosti, da bi morale države članice po drugih določbah Pogodbe ES, kot je njen 49. člen, (danes 56. člen Pogodbe EU), prilagoditi svoje nacionalne sisteme socialne varnosti in izvajanja zdravstvenih storitev.

Na teh usmeritvah sodne prakse Sodišča EU temelji tudi predlog nove Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o uveljavljanju pravic pacientov na področju čezmejnega zdravstvenega varstva<sup>9</sup> (v nadaljevanju: predlog direktive o mobilnosti pacientov). Temeljni namen direktive je z zagotovitvijo jasnega pravnega okvira v zvezi s pravicami do povračila stroškov za čezmejno zdravstveno varstvo odpraviti obstoječo negotovost v zvezi s splošno uporabo načel, vzpostavljenih s sodno prakso. Državljeni bodo gotovi glede tega, kdaj bodo upravičeni do povračila stroškov za zdravljenje v drugi državi članici in kdaj ne, in na kakšni podlagi, ter bodo imeli na voljo jasne postopke za kakršne koli odločitve ali pritožbe.

Glede pravice do povračila stroškov za zdravstveno varstvo v drugi državi članici in za uresničevanje teh pravic v praksi direktiva določa naslednje:

- a) državljani si lahko poiščejo katero koli nebolnišnično oskrbo, do katere so upravičeni v svoji matični državi, v kateri koli drugi državi članici brez predhodne odobritve za

---

<sup>8</sup> C-372/04 *Watts*.

<sup>9</sup> COM (2008) 414 konč.

povračilo stroškov, in so upravičeni do povračila do zneska, ki bi ga morali plačati v sistemu matične države;<sup>10</sup>

b) državljani lahko kakršno koli bolnišnično oskrbo in v direktivi določeno vrsto specializirane nebolnišnične oskrbe, do katere so upravičeni v matični državi članici, poiščejo v kateri koli drugi državi članici; direktiva omogoča državam članicam uvedbo sistema predhodne odobritve za povračilo stroškov bolnišnične oskrbe v drugi državi članici, če države članice lahko dokažejo, da ima odhod pacientov zaradi izvajanja te direktive takšen učinek, da resno ogroža ali bo verjetno resno ogrožal načrtovanje in uresničevanje, ki se izvaja v sektorju bolnišnic; stroški takšne bolnišnične oskrbe v drugi državi članici pacientovega zdravstvenega zavarovanja se povrnejo vsaj v višini zneska, zagotovljenega za enako ali podobno zdravstveno varstvo na ozemlju pacientove matične države.

Predlagana direktiva namerava urediti tudi merila za postopke, ki se uporabljajo za čezmejno zdravstveno varstvo, za zagotovitev, da so ta pravila objektivno utemeljena, potrebna in sorazmerna. Za zagotovitev informacij in pomoči pacientom preko nacionalnih kontaktnih služb bodo države članice morale vzpostaviti tudi ustrezne mehanizme.

Na sestanku Sveta dne 30.11.2009 »ni bilo doseženo politično soglasje« o osnutku direktive, pri čemer je bil problem seveda zlasti povračilo stroškov in pravica držav članic, da organizirajo svoj zdravstveni sistem. Špansko predsedstvo jan bi nadaljevalo prizadevanja za kodifikacijo prava, kot izhaja iz navedenih odločb Sodišča EU.

Te odločbe namreč ostanejo v veljavi in na njihovi podlagi je najti vsaj en primer, ko so tudi naša sodišča odločila, da ima zavarovana oseba, ki je brez napotitve na zdravljenje v tujino tam opravila manjši operativni poseg, ki ni zahteval bolnišničnega zdravljenja, pravico do povračila (to je bilo skoraj štirikrat nižje, kot priznava ZZS za tak poseg našim bolnišnicam, saj je tak poseg v Avstriji toliko cenejši). Pristojni organi v postopku pred ZZS niso priznali zahtevka, enako ga tudi ni Delovno in socialno sodišče na prvi stopnji.<sup>11</sup> Šele Višje delovno in socialno sodišče je zaradi zmotne uporabe materialnega prava sodbo spremenilo in zahtevku ugodilo.<sup>12</sup>

Ta ureditev mobilnosti pacientov pomeni, da so tuji zasebni ponudniki zdravstvenih storitev v ugodnejšem položaju od domačih, saj bo ZZS zavarovani osebi, ki gre k tujemu zasebnemu ponudniku zdravstvenih storitev, najmanj za nebolnišnične storitve morala povrniti stroške v višini, kot bi jih plača domačemu izvajalcu javne zdravstvene službe, domačemu zasebnemu izvajalcu zdravstvenih storitev pa ne. Taka diskriminacija je ne le protipravna, je tudi povsem zunaj zdrave pameti.

Na drugi strani pa je še bolj od mobilnosti pacientov pereče vprašanje mobilnosti izvajalcev, ki zadeva tako svobodo gibanja delavcev, svobodo opravljanja storitev in svobodo ustanavljanja.

---

<sup>10</sup> Člen 7 predloga direktive; v zvezi s tem je treba opozoriti, da je v slovenskem prevodu predloga tega člena direktive nesmiselna napaka, zaradi katere se prevod bere tako, da v tem primeru pravice do povračila stroškov ni.

<sup>11</sup> Glej Anže Erbežnik: Neupoštevanje pravnega reda EU s strani slovenskega sodišča in problem neposredovanja predhodnih vprašanj, Pravna praksa št. 37/2009, GV Založba, Ljubljana 2009.

<sup>12</sup> Podrobneje Anže Erbežnik: Prosti pretok zdravstvenih storitev – končni sodni epilog, Pravna praksa št. 8/2010, GV Založba, Ljubljana 2010.

Za posameznike, ki opravljajo zdravstvene poklice kot zaposlene ali samozaposlene osebe, jih ureja že Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2005/36/EU z dne 7. septembra 2005 o priznavanju poklicnih kvalifikacij.<sup>13</sup> Ta direktiva med drugim tudi zahteva, da mora država članica dopustiti, da samozaposleni zdravnik iz države članice določen čas opravlja storitve v drugi državi članici, celo za potrebe sistema zdravstvenega zavarovanja brez vnaprejšnje pogodbe.<sup>14</sup> Ta zahteva direktive v slovenski pravni red še ni prenesena, pa tudi novi ZZDej-1 je ne prenaša ustrezno. Problem je namreč v tem, da mora ZZS zdravniku, ki na ta način začasno opravlja storitve v Sloveniji, povrniti stroške teh storitev za zavarovane osebe, čeprav nima koncesije, saj ga mora »država članica oprostiti obveznosti registracije pri javnem organu za socialno varnost«. To pa pomeni, da so taki ponudniki zdravstvenih storitev v ugodnejšem položaju od zasebnih ponudnikov.

V zvezi s svobodo ustanavljanja je treba omeniti še nedavno sodbo v zadevi *Hartlauer*<sup>15</sup> z dne 10. marca 2009, ki se nanaša na izvajalce zdravstvenih storitev, ki so pravne osebe. V njej je Sodišče EU odločilo, da so v nasprotju s 43. in 48. členom Pogodbe ES, (danes 49. in 54. člen Pogodbe EU), določbe nacionalnega prava države članice, ki zahtevajo za ustanovitev zasebnega zdravstvenega zavoda dovoljenje, ki se ne izda, če ob upoštevanju ponudbe zasebnih zobozdravnikov ni potrebe po ustanovitvi takega zavoda. Čeprav bi iz razlogov ohranjanja finančnega ravnotežja sistema socialnega varstva država članica lahko vzpostavila tak ukrep, pa je v konkretnem primeru bil ta ukrep diskriminatoren in arbitraren, tako da predstavlja nedopusten poseg v svobodo ustanavljanja.

Vse navedeno jasno kaže, da je treba spremeniti celotno miselno orientacijo v zvezi z zdravstvenimi storitvami in zdravstveno dejavnostjo. Nekatere posledice tega na potrebno novo ureditev zdravstvenih storitev in novo javnih zavodov, ki opravljajo zdravstvene storitve, obravnavam v nadaljevanju, še prej pa si je treba ogledati drugo stran iz naslova – neprofitnost javnih zavodov ali zavodov nasploh. Žal Predlog ZZDej-1 odstopa od take usmeritve in gre izrazito v nasprotno smer.

### **3. ZZS KOT PRAVNA OSEBA JAVNEGA ALI PRAVNA OSEBA ZASEBNEGA PRAVA**

Predlog ZZDej-1 v 222. členu med drugim določa, da z začetkom uporabe tega novega zakona preneha veljati tudi 70. člen ZZdrS, ki določa, Članstvo v zbornici je obvezno za vse, ki na območju Republike Slovenije opravljajo zdravniško službo. Predlog navedenega zakona poleg tega razveljavlja tudi številne druge določne ZZdrS, kar med drugim predstavlja odvzem dveh pomembnih javnih pooblastil ZZS (odločanje o specializacijah in vodenje registra zdravnikov). Predlog ZZDej-1 v 221. členu tudi določa, da Zdravniška zbornica nadaljuje z izvajanjem nalog iz javnega pooblastila, razen nalog v zvezi z vodenjem registra zdravnikov in načrtovanje in odobritve specializacij, ki jih ta zbornica opravlja še šest mesecev od uveljavitve tega zakona.

---

<sup>13</sup> Uradni list L 255, 30.9.2005.

<sup>14</sup> Določba člena 6(b) direktive, ki se glasi: »Država članica gostiteljica v skladu s členom 5(1) oprosti ponudnike storitev s sedežem v drugi državi članici obveznosti, ki jih nalaga osebam tega poklica s sedežem na svojem ozemlju, v zvezi z: (a) ..... (b) registracijo pri javnem organu za socialno varnost za poravnavo računov z zavarovalnico v zvezi z dejavnostmi, ki se opravljajo v korist zavarovanih oseb.«

<sup>15</sup> C-169/07 *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH* proti *Wiener Landesregierung, Oberösterreichische Landesregierung*.

Ustavno sodišče Republike Slovenije je že zelo zgodaj obravnavalo vprašanje obveznega članstva v Zdravniški zbornici Slovenije. V zadevi U-I-48/92 (Uradni list RS, št. 12/93) je odločilo, da zakonska ureditev, ki določa obvezno članstvo zdravnikov, ki delajo neposredno z bolniki, v zdravniški zbornici, ni v nasprotju z ustavo. Zdravniška zbornica je institucija, ki po zakonu izvršuje javno kontrolo med zdravniško prakso; zato obvezno združevanje v zdravniško zbornico ne pomeni omejevanja ustavne pravice, zavarovane z 2. odstavkom 42. člena Ustave (svoboda združevanja). Pri tem se je ustavno sodišče izrecno oprlo tudi na prakso Evropskega sodišča za človekove pravice (zadeva Le Compte, Van Leuven in De Meyere, A/43), ki je obravnavalo obvezno članstvo v Belgijskem zdravniškem združenju in zavzelo stališče, da je zdravniška zbornica javnopravna institucija, ki izvršuje javno kontrolo nad zdravniško prakso, take zbornice pa ni mogoče šteti za »združevanje« v smislu 11. člena konvencije o varstvu človekovih pravicah in temeljnih svoboščin. Zbornica z obveznim članstvom je torej javnopravna zbornica.

Ta pravni položaj pa se v celoti spremeni, če ZZS nima obveznega članstva. Tudi po predlogu ZZDej-1 še ostane v veljavi 69. člen ZZdrS, ki določa se zdravniki združujejo v Zdravniško zbornico Slovenije, ki zastopa njihove poklicne, socialne in ekonomske interese, skrbi za ugled in čast zdravniškega poklica ter izpolnjevanje zdravniških dolžnosti, in določa, da je ZZS pravna oseba. Vendar temelji taka zbornica na svobodi združevanja, kar povsem spremeni njen pravni položaj, saj ni več pravno oseba javnega prava, pač pa pravna oseba zasebnega prava, enako ko n.pr. društva. To pa ne pomeni le, da imajo zdravniki pravico izstopiti iz članstva ZZS, pač pa tudi, da lahko ustanavljajo druge zdravniške zbornice, saj svoboda združevanja ne more biti omejena le na eno zbornico. Poleg tega se bo z nastajanjem novih zdravniških zbornic kot oseb zasebnega prava postavilo vprašanje pravnega nasledstva nekdanje javnopravne ZZS, tako kot se je to pri preoblikovanju nekdanje Gospodarske zbornice Slovenije v zasebnopravno zbornico in nastajanju novih zasebnopravnih zbornic na področju gospodarstva. Urediti pa je treba tudi vprašanja kot so: ustanovitev zasebnopravne zdravniške zbornice, registracija zbornice, organe zbornice, zastopanje zbornice in njeno prenehanje.

Predlog ZZDej-1 je s tem, ko je črtal obvezno članstvo v ZZS in spremenil njen pravni položaj tudi povzročil neustavnost nekaterih do sedaj ustavno skladnih določb ZZdrS. Predlog ZZDej-1 sicer ureja zasebnopravne zbornice zdravstvenih delavcev (159. člen in naslednji), vendar izrecno določa, da ureja zdravniško zbornico poseben zakon, torej ZZdrS. ZZdrS pa ne ureja Zdravniške zbornice Slovenije kot zasebnopravne zbornice in ne ureja, katera od zasebnopravnih zdravniških zbornic ima v tem zakonu določena javna pooblastila. Položaj je podoben, čeprav obraten, kot v primeru, ko je tedaj veljavni zakon, ki je urejal zasebno varovanje, podelil določena javna pooblastila Zbornici Republike Slovenije za zasebno varovanje in določil obvezno članstvo v njej, pri čemer ni določil, kako se ta zbornica ustanovi oziroma ali se obstoječa zasebnopravna Zbornica poklicnih varnostnih služb Slovenije (ustanovljena kot gospodarsko združenje) preoblikuje v novo javnopravno zbornico. Ustavno sodišče je v zadevo U-I-305/94 (Uradni list RS, št. 23/97) ugotovilo, da je taka zakonska ureditev ni v skladu z načelom pravne države iz 2. člena ustave. Povsem ista argumentacija velja tudi za obratni primer, kakršen je obravnavani – zakonska ureditev, ki eno od zasebnopravnih zbornic imenuje Zdravniška zbornica Slovenije in ji neposredno daje javna pooblastila (v bistvu ostane le še odločanje o licencah), je neskladna z načelom pravne države iz 2. člena Ustave in načelom enakosti pred zakonom iz 14. člena ustave.

Predlog ZZDej-1 bi za ustavno skladno prenehanje ZZS kot javnopravne zbornice moral urediti tudi nekatera druga vprašanja. Prenehanje obveznega članstva pomeni ne le bistveno zmanjšanje prihodkov ZZS, pač pa tudi nastanek novih zdravniških zbornic zasebnega prava. S tem pa se bo pojavilo pomembno vprašanje lastništva nad sredstvi dotedanje javnopravne ZSS, saj ni nobenega razloga, da je nova zasebnopravna zbornica edini pravni naslednik prejšnje javnopravne zbornice. Poleg tega bi moral zakon tudi rešiti položaj zaposlenih v ZZS, katerih delo bo zaradi spremenjenega položaja ZZS postalo nepotrebno. Zlasti pa bi moral zakon urediti način podeljevanja še preostalih javnih pooblastil ZZS (licence, strokovni nadzor, nekatere preostale naloge v zvezi s specializacijo, pripravništvom in izobraževanjem), saj ni razloga, da bi ta javna pooblastila neposredno pridobila le ena od zasebnopravnih zbornic, pač pa jih je treba podeljevati na javnem natečaju, na katerem se vse zasebnopravne zbornice lahko potegujejo zanje. Do kakšnih neljubih položajev lahko pripelje tak natečaj, zlasti še, če je slabo voden, je mogoče videti na primeru javnih pooblastil v zvezi s področjem fizioterapije, za katera sta se potegovala Zbornica fizioterapevtov in Društvo fizioterapevtov.

#### **4. ZAKLJUČEK**

Na koncu naj poudarim, da prenehanje obveznega članstva ne pomeni le majhnega posega, ki omogoča zdravnikom svobodno odločitev o članstvu v ZZS, pač pa njeno popolno ukinitve kot javnopravne institucije, ki na eni strani skrbi za javni interes v zvezi z zdravniško službo in nadzor nanjo, na drugi strani pa lahko enotno zastopa interese članstva. Pomeni hkrati ustanovitev ene ali več zasebnopravnih zbornic, ki so interesna združenja članstva, enako kot društva.

#### **LITERATURA**

Anže Erbežnik: Neupoštevanje pravnega reda EU s strani slovenskega sodišča in problem neposredovanja predhodnih vprašanj, Pravna praksa št. 37/2009, GV Založba, Ljubljana 2009

Anže Erbežnik: Prosti pretok zdravstvenih storitev – končni sodni epilog, Pravna praksa št. 8/2010, GV Založba, Ljubljana 2010

Ustava RS (Uradni list št. 33I/1991, 42/1997, 66/2000, 24/2003, 69/2004, 69/2004, 69/2004, 68/2006)

Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o uveljavljanju pravic pacientov na področju čezmejnega zdravstvenega varstva, COM (2008) 414 konč

Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2005/36/EU z dne 7. septembra 2005 o priznavanju poklicnih kvalifikacij, Uradni list L 255, 30.9.2005 Pogodba o delovanju EU, Uradni list EU, št. C. 115, 9.5.2008

Predlog Zakona o zdravstveni dejavnosti (ZZDej-1)

Zakon o zdravstveni dejavnosti (ZZDej-1; Uradni list RS, št. 23/05 - uradno prečiščeno besedilo, 23/08 – ZZDej-I, 15/08 – ZpacP, 58/08 – ZZdrS-E in 77/08)

Zakon o zdravniški službi (ZZdrS; Uradni list RS, št. 72/2006-UPB3, 15/2008-ZpacP, 58/2008, 49/2010 Odl.US: U-I-270/08-10)

C-180-184/98 Pavel Pavlov in drugi v Stichtung Pensionenfonds Medische Spezialisten

C-203/99 Henning Veedfald

C-475/99 Ambulanz Glockner

C-218/00 Cical di Batistello (točka 37)

C-355/00 Freskot  
C-218/00 Cisal di Batistello  
C-263/86 Humbel in C-318/05 Komisija proti Nemčiji.  
C-159/91 Poucet et Pistre, C-218/00 Cisal di Batistell  
C-158/96 Kohll  
C-120/95 Decker  
C-372/04 Watts  
C-169/07 Hartlauer Handelsgesellschaft mbH proti Wiener Landesregierung,  
Oberosterreichische Landesregierung.  
Evropsko sodišče za človekove pravice, sodba: Le Compte, Van Leuven in De Meyere v  
Belgium, A/43, 23 junij 1981  
Odločba Ustavnega sodišča RS, št. U-I-48/92 (Uradni list RS, št. 12/93)  
Odločba Ustavnega sodišča RS, št. U-I-305/94 (Uradni list RS, št. 23/97)





**OBLIKE SODELOVANJA ZASEBNE PRAKSE IN JAVNEGA ZAVODA**  
**COOPERATION FORMS BETWEEN PRIVATE PRAXIS AND PUBLIC**  
**INSTITUTIONS**

UDK: 614.2:35.078.6

*Prim. dr. Jože FERK, dr. medicine*  
*Organizacijski vodja Klinike za kirurgijo*  
*UKC Maribor*

**POVZETEK**

*Stabilno financiranje zdravstva je eden ključnih problemov vseh evropskih in tudi drugih držav širom po svetu zaradi vse večje finančne obremenitve zdravstvenih sistemov. Iščejo se novi modeli financiranja, organiziranja in izvajanja zdravstvenih storitev. Strategji in analitiki zdravstvenih sistemov vidijo pomembno vlogo v privatizaciji zdravstva in to v mešani obliki privatizacije (kvaziprivatizacija), s katero se vzpostavlja partnerski odnos med zasebnim sektorjem, državo, izvajalci in uporabniki, pri čemer ohranja država pomembno vlogo. V Sloveniji imamo v zdravstvu privatizacijo v obliki koncesije in čisto zasebništvo od leta 1993 dalje. Temu sledi tudi zavarovalniški sistem, ki zagotavlja z obveznim zdravstvenim zavarovanjem 76 % sredstev, ostalo pa se financira iz žepa zavarovancev neposredno ali preko dodatnih oblik zavarovanja. S takšno organizacijo sledimo organiziranosti zdravstva v razvitem svetu. Dosedanja praksa na tem področju pa kaže tudi določene pomanjkljivosti med sodelovanjem zasebnega in javnega sektorja, ker imata oba po naravi drugačne cilje. Vloga države pri oblikovanju teh medsebojnih razmerij ni dovolj učinkovita in ne dovolj natančno opredeljena. Zato prihaja do določenih problemov.*

**KLJUČNE BESEDE**

*Privatizacija, koncesionar, javni zavod.*

**ABSTRACT**

*Stable funding for health is one of the key problems of European and other countries around the world because of the increasing financial burden on health systems. We are seeking new models of financing, organizing and delivering health services. Strategists and analysts of health systems see an important role in the privatization of health care and in a mixed form of privatization (quasi-privatization), which establishes a partnership between the private sector, the state, providers and users, while maintaining the state an important role. In Slovenia we have in health care privatization in the form of concessions and full privacy since 1993. This is followed by the insurance system that provides mandatory health insurance, 76% of the rest being funded from the pockets of insured directly or through additional types of insurance. With this organization we follow the organization of health care in the developed world. Current practice in this area but also shows some weaknesses of the participation of the private and public sector, as both inherently different objectives. The role of government in*

*creating these reciprocal relationships is not efficient enough and insufficiently detailed. This results in certain problems.*

#### **KEY WORDS**

*Privatization, concession, a public institution.*

## **1. UVOD**

Sistem zdravstvenega varstva je dinamičen proces, ki se mora prilagajati širšim družbenim in političnim spremembam, razvoju medicine ter zdravstvenim potrebam bolnikov. Urejanje zdravstvenega sistema je v pristojnosti države z namenom zaščititi bolnika s strokovnega in ekonomskega vidika. V delovanje sistema zdravstvenega varstva v razvitih državah pa se vse bolj vpletajo tržni odnosi in tako nastajajo mešani javno-zasebni sistemi (Česen). Glavni razlogi za spreminjanje zdravstvenega varstva v Evropi so uveljavljanje komercializacije, podjetništva, privatizacije in konkurence.

Sistem zdravstvenega varstva obsega tri glavne skupine akterjev: uporabnike zdravstvenih storitev, izvajalce zdravstvenih storitev in državo, ki zastopa družbene interese. Izvajalci zdravstvenih storitev se delijo na dve veliki skupini. V prvi skupini so tisti, ki opravljajo dejavnost v okviru javne zdravstvene službe in stroške pokriva zdravstveno zavarovanje. V drugi skupini pa so tisti, ki opravljajo dejavnost izven javne zdravstvene mreže in so storitve v celoti plačljive.

Sistem financiranje zdravstvenega varstva je za učinkovito izvajanje zdravstvenih programov, kakovostnih storitev in dostopnost zavarovancev do pravic, dogovorjenih v državni zakonodaji, izjemnega pomena za funkcioniranje zdravstva (Košir). Financiranje zdravstvenega varstva poteka na dva osnovna načina. Prvi način so neposredna plačila in sredstva prostovoljnega zdravstvenega zavarovanja. Drugi način pa je financiranje preko obveznega zdravstvenega zavarovanja, iz proračuna države, občin in regij. Država mora s politiko obveznega zdravstvenega zavarovanja zagotoviti tak obseg sredstev za financiranje zdravstvenega varstva, da obseg ponudbe teh storitev ustreza družbenemu interesu. Zagotoviti mora ustrezno raven enakosti in pravičnosti pri dostopu do zdravstvenega varstva (Tajnikar, Došenovič).

Zaradi staranja prebivalstva in posledičnih sprememb v patologiji, hitrega razvoja medicine, tehnološkega razvoja, novih zdravil, večje zahtevnosti in povpraševanja zavarovancev, zmanjševanja števila aktivnih prebivalcev so stroški za zdravstvo vse večji in ogrožajo stabilnost financiranja zdravstvenega sistema. Razvite države iščejo rešitve kako z kombinacijo javno – zasebnih virov zagotoviti financiranje organiziranega javno – zasebnega zdravstva in zadostiti povečanju izdatkov za zdravstvo (Košir).

V Evropi še vedno prevladujejo javna finančna sredstva in se delež zasebnih sredstev giba med 8% in 44%. Največji delež zasebnih sredstev je v Grčiji in Švici, ki dosega 44%, najmanjši pa na Češkem in v Luksemburgu 8%. V Sloveniji je delež zasebnih sredstev 24%.

## 2. PRIVATIZACIJA ZDRAVSTVENEGA SISTEMA

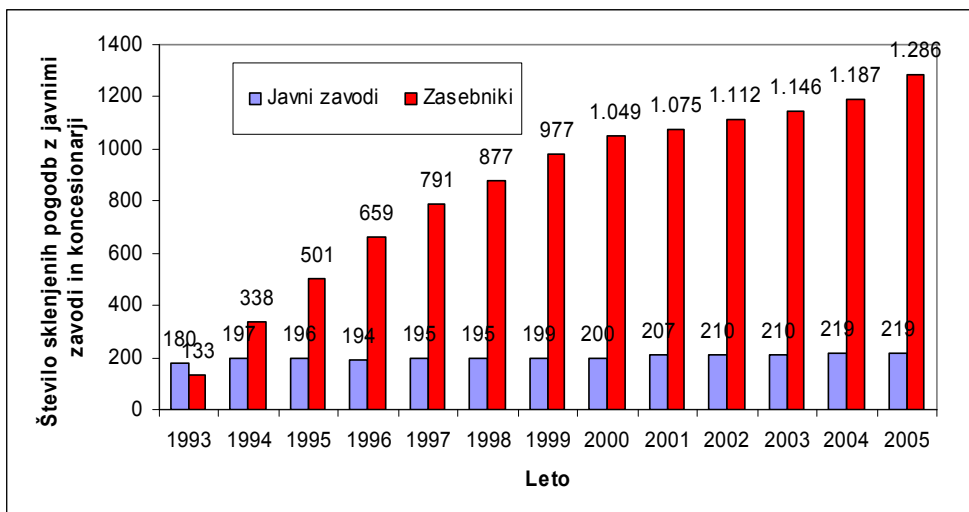
Privatizacija zdravstvenega sistema se močno razlikuje od privatizacije v gospodarstvu. V zdravstvu nastajajo vsaj tri od štirih možnih tržnih napak (monopol, asimetrija v informacijah in javne dobrine), ki onemogočajo, da bi trg deloval učinkovito (Tajnikar). S privatizacijo v javni zdravstveni službi prihaja do zamenjave nekaterih javnih monopolov z zasebnimi. Težava pa nastane, ker so motivi delovanja obeh monopolov povsem različni. Javni monopoli so usmerjeni v družbeno pravičnost, varnost in blaginjo vseh ljudi, medtem ko zasebni monopoli dajejo prednost svobodi trga in maksimiranju dobička. Zato je nujno, da država zdravstvo nadzira in usmerja. Naloga vlade je tako, da uporabi trg za dobro ljudi, ne pa da dovoli trgu, da ljudi izrablja. (Česen)

Zasebno delo v zdravstvu je uvedel Zakon o zdravstveni dejavnosti (ZZDej; Uradni list RS, št. 9/92, 26/92, 37/95, 8/96, 90/99, 98/99 – ZZdrS, 31/00, 36/00 – ZPDZC, 54/01, 86/02 – ZOZPEU, 135/03 – odločba US, 2/04 in 80/04; uradno prečiščeno besedilo UPB2 23/05) iz leta 1992 in je v 3. členu opredelil, da zdravstveno dejavnost lahko opravljajo domače in tuje pravne in fizične osebe, če izpolnjujejo z zakonom predpisane pogoje.

Javna služba na področju zdravstvene dejavnosti je ožji pojem in ga je mogoče opredeliti kot tisti obseg zdravstvene službe, ki po merilih iz 4. člena ZZDej in podrobnejših merilih iz plana zdravstvenega varstva Republike Slovenije določen kot mreža javne zdravstvene službe. To mrežo po 5. členu ZZDej na primarni ravni določa občina, na sekundarni in terciarni ravni pa država, pri čemer jo na sekundarni ravni določa po predhodnem mnenju zainteresiranih občin. Čeprav je to tudi temeljna razdelitev pristojnosti za zagotavljanje te mreže, pa je država dolžna zagotavljati v določenem delu in v nekaterih primerih tudi mrežo na primarni ravni.

Zakon nadalje opredeljuje, da javno službo pod enakimi pogoji opravljajo javni zdravstveni zavodi in druge pravne in fizične osebe na podlagi koncesije. Mrežo javne zdravstvene službe predstavljajo materialni (prostori in oprema), organizacijski in kadrovski pogoji, ki vsem prebivalcem pod enakimi pogoji zagotavljajo ustavno pravico do zdravstvenega varstva.

Od leta 1992 lahko zdravniki zasebniki ali druge pravne osebe pridobijo koncesijo v okviru javne zdravstvene mreže. Pri tem javni organ sklene pogodbo z zasebnikom o obsegu, vrsti in kakovosti storitev, ter o višini sredstev, ki jih bo zasebnik za delo prijel. To obliko dejavnosti imenujemo mešana oblika privatizacije ali kvaziprivatizacija. Takšna oblika privatizacije je očitno zanimiva za državo in zdravnike. Od leta 1992 do leta 2005 se je število koncesionarjev neprestano večalo in to na primarnem in sekundarnem nivoju, celo na terciarnem nivoju. Interes za koncesijo ima še vedno pozitiven trend. Na sliki številka 1 je prikazano število pogodb, ki jih je sklenil ZZS z vsemi izvajalci storitev v letih od 1993 do 2005.



Slika 1: Število sklenjenih pogodb z javnimi zavodi in koncesionarji od leta 1993 do 2005. (Vir: Poslovno poročilo ZZS za leto 2005)

Na tabeli številka 1 je prikazano število vseh zdravnikov in delež koncesionarjev in zdravnikov zaposlenih v javnih zavodih leta 2005.

	skupaj	javni	zasebni	delež zasebnih
splošni zdravniki	1.215	941	274	22,6
zobozdravniki	1.065	541	524	49,2
specialisti	1.309	1118	191	14,6
ginekologi	130	92	38	29,2

Tabela 1: Število zdravnikov in zobozdravnikov v zasebnih in javnih zavodih v letu 2005. (Vir: Poslovno poročilo ZZS za leto 2005)

Glede na veljavno zdravstveno zakonodajo sprejeto leta 1992 imamo v Sloveniji mešan zdravstveni sistem na področju lastnine (ob javnih zavodih tudi zasebne bolnišnice, sanatoriji), zbiranja sredstev (ob obveznem tudi prostovoljno in dodatno zdravstveno zavarovanje) in izvajanja zdravstvene službe (ob javnih uslužbencih tudi koncesionarje in zasebne izvajalce). Tako obstajajo različne kombinacije javnega in zasebnega izvajanja in financiranja zdravstvenih storitev (Tabela 2).

	Mreža javne zdravstvene službe				Čisti zdravstveni delavci
	Javni zavodi		Koncesionarji		
Program	javni	zasebni	javni	zasebni	zasebni
	OZZ	zdravstveni trg	OZZ	zdravstveni trg	zdravstveni trg
Izvajanje	javno	javno	zasebno	zasebno	zasebno
Financiranje	javno	zasebno	javno	zasebno	zasebno

Tabela 2: Kombinacije zasebnega in javnega izvajanja in financiranja zdravstvenih storitev.

### 3. SODELOVANJE MED JAVNIM ZAVODOM IN ZASEBNIKOM

#### 3.1. Čisti zasebniki

Razvoj čistega zasebnništva v Sloveniji nima velike perspektive. Razlogov za to je več. Slovenija ima socialno naravnani zdravstveni sistem, saj je v obvezno zdravstveno zavarovanje vključenih 99% prebivalstva. Dopolnilno zdravstveno zavarovanje tržijo tri komercialne zavarovalnice in ima večina prebivalstva dopolnilno zavarovanje. Ekonomska moč slovenskega prebivalstva ni takšna, da bi si lahko v večjem številu privoščili drage storitve pri privatnem sektorju. Vlaganja v čiste privatne sisteme zaradi tega niso zanimiva, ker ni videti dobička posebno na kratki rok. Kljub temu je v Sloveniji določeno število čistih zasebnikov in pravnih oseb, ki ponujajo zdravstvene storitve za direktno plačilo. Na tabeli št. 3 je prikazano število zasebnih zdravnikov v Sloveniji po nivojih z in brez koncesije.

Zasebni zdravniki	s koncesijo	brez koncesije	skupaj
Skupaj	1.010	188	1.198
Osnovno zdravstvo	261	18	279
Specialisti sek. Nivoja	224	23	247
Zobozdravniki	524	147	671

Tabela 3: Število zasebnih zdravnikov v Sloveniji leta 2005.

Na področju primarnega zdravstva je po podatkih Zdravniške zbornice za leto 2005 bilo v Sloveniji 165 čistih zasebnikov brez koncesije od tega 147 zobozdravnikov. Razloga za to sta vsaj dva: prvič obvezno zdravstveno zavarovanje na področju zobozdravstva pokriva le določene storitve, ostale pa morajo zavarovanci plačati sami, drugi pomembni dejavnik pa so dolge čakalne vrste za oskrbo zobovja. Tako so ljudje, ki potrebujejo zobozdravstvene oskrbe prisiljeni iskati storitve na trgu. Veliko manjše je število čistih zasebnikov na področju medicine dela in športa, ginekologije in pediatrije na primarnem nivoju. Na področju družinske medicine in splošne medicine čistih zasebnikov ni, ker imajo prebivalci v okviru obveznega zdravstvenega zavarovanja zagotovljeno zdravstveno oskrbo.

Na področju specialistične ambulantne dejavnosti na sekundarnem nivoju je po podatkih Zdravniške zbornice za leto 2005 23 čistih zasebnikov. Za čiste zasebnike so zanimiva le tista področja, ki so z obveznim zdravstvenim zavarovanjem slabo pokrita in področja, kjer so dolge čakalne vrste.

Na sekundarnem hospitalnem področju sta se do sedaj pojavili dve privatni bolnišnici, ki bi naj nudile storitve za direktno plačilo. Kljub temu, da sedanja zakonodaja ne predvideva hospitalne koncesije, je bila obema zasebnima ustanovama že podeljena. To pomeni, da se koncesije na področju hospitalne dejavnosti uvajajo brez ustrezne zakonodaje, predpisov in pogojev dela, kar predstavlja problem v zdravstvenem sistemu.

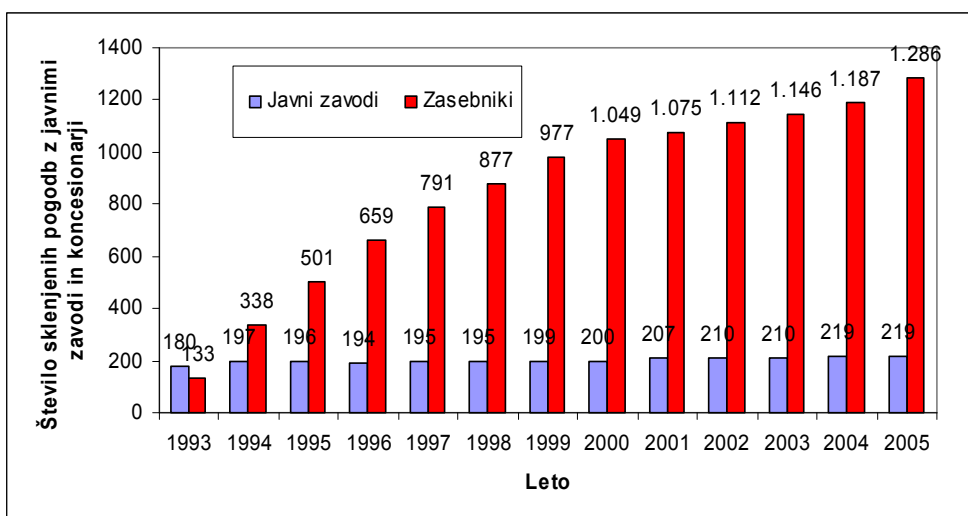
Sodelovanje med čistimi zasebniki in javnimi zavodi je na vseh področjih skromno. Na strokovnem področju je sodelovanje le preko pisnih dokumentov s strani javnega zavoda, med tem ko s strani čistega zasebnika velikokrat ni niti pisnega dokumenta. Primer v Izoli pa govori, da je možno tudi sodelovanje javnega zavoda in zasebnega zavoda na področju

državnih materialnih sredstev, ki jih bolnišnica Izola, kot javni zavod daje v najem zasebnemu zavodu. Sodelovanje poteka tudi na nivoju storitev. Podatki o koristnosti tega sistema javnosti niso znani. Podatek o opravljenem številu operacij je premalo za oceno.

Bolj pogosto poteka sodelovanje med čistimi zasebniki in zdravniki zaposlenimi v javnem zavodu, ki pravno ni urejeno in predstavlja kršitev konkurenčne klavzule in internih aktov javnih zavodov.

### 3.2. Koncesionarji

Od leta 1992 lahko zdravniki zasebniki ali druge pravne osebe pridobijo koncesijo v okviru javne zdravstvene mreže. Pri tem javni organ sklene pogodbo z zasebnikom o obsegu, vrsti in kakovosti storitev, ter o višini sredstev, ki jih bo zasebnik za delo prijemal. Od leta 1992 do leta 2005 se je število koncesionarjev neprestano večalo in to na primarnem in sekundarnem nivoju, celo na terciarnem nivoju. Interes za koncesijo ima še vedno pozitiven trend. Na sliki številka 2 je prikazano število pogodb, ki jih je sklenil ZZS z vsemi izvajalci storitev v letih od 1993 do 2005.



Slika 2: Število sklenjenih pogodb z javnimi zavodi in koncesionarji od leta 1993 do 2005. (Vir: Poslovno poročilo ZZS za leto 2005)

Delež koncesionarjev med splošnimi zdravniki je 22, 6%, med zobozdravniki pa 49,2%. Zanimanje med zdravniki na primarnem, sekundarnem nivoju in med zobozdravniki še narašča. To je bil eden od glavnih razlogov za predlog zakona o koncesijah, ki je sprožil številne polemike in razdelil javnost na dva nasprotujoča pola.

Na tabeli št. 4 je prikazano število vseh zdravnikov in delež koncesionarjev in zdravnikov zaposlenih v javnih zavodih leta 2005.

	skupaj	javni	zasebni	delež zasebnih (%)
<b>splošni zdravniki</b>	1.215	941	274	22,6
<b>zobozdravniki</b>	1.065	541	524	49,2
<b>specialisti</b>	1.309	1118	191	14,6
<b>ginekologi</b>	130	92	38	29,2

*Tabela 4: Število zdravnikov in zobozdravnikov v zasebnih in javnih zavodih v letu 2005. (Vir: Poslovno poročilo ZZS za leto 2005)*

Tako javni zavodi kot zasebniki koncesionarji zatrjujejo, da maksimalno delajo za dobro bolnika, da so njihove storitve kakovostne in pravično dostopne za vse bolnike, da je njihovo poslovanje racionalno in podobno. Postavlja se vprašanje zakaj zdravniki odhajajo iz javnih zavodov in želijo delati kot zasebniki koncesionarji. Kot samostojni podjetnik si vsak koncesionar poleg strokovnega dela naloži veliko dodatno breme in sicer organizacijo dela, ureditev prostorov, nabave opreme in zdravil, pogajanja z ZZS, vodenje poslovnih knjig in podobno. Skratka gre za bistveno večje število obveznosti, kot jih ima zdravnik zaposlen v javnem zavodu. Zato mora obstajati določen motiv in zelo verjetno je to večji zaslužek. Kakšna je razlika med zaslužkom zdravnika, ki je bil zaposlen v javnem zavodu in istim zdravnikom kot zasebnikom s koncesijo ni javnih podatkov. Po nepreverjenih internih informacijah je zaslužek zdravnika zasebnika s koncesijo večji. Zdravniška zbornica je leta 2005 izvedla anketo med zdravniki primarnega varstva, ki pokaže, da zdravniki v zasebništvu vidijo večjo avtonomijo, boljšo strokovnost, večjo storilnost, racionalnost, prijaznost, fleksibilnost, možnost večjega zaslužka in transparentno poslovanje.

Zdravniki koncesionarji razen zdravnikov družinske in splošne medicine pa opravljajo storitve še kot čisti zasebniki. Zdravniki koncesionarji opravijo dogovorjen obseg dela po urniku preko celega leta. Napotitev v zasebno specialistično ambulanto poteka z napotnico in pooblastilom izbranega zdravnika. Ker je napotitev več kot ima zasebnik dogovorjen program, vodi čakalno listo in so čakalne dobe pri zasebnikih tudi več mesecev. To pa je dobra podlaga za samoplačniške ambulante, ki jih ima večina zasebnikov koncesionarjev na specialističnem nivoju. Zaslužek v samoplačniških ambulantah pa je po bolniku ali storitvi nekajkrat večji.

Zdravniki koncesionarji dajejo tudi možnost, da zdravniki specialisti, ki so zaposleni v javnih zavodih opravljajo v njihovih prostorih samoplačniške ambulante oziroma zdravstvene storitve. Tudi v tem primeru so dolge čakalne dobe za določene storitve odlična podlaga za pridobivanje bolnikov, čeprav imajo z obveznim in dodatnim zavarovanjem zagotovljeno vso zdravstveno oskrbo.

Sodelovanje zasebnikov koncesionarjev na primarnem nivoju z javnimi zdravstvenimi zavodi je na različnih področjih bolj ali manj ugodno za eno ali drugo stran. Veliko koncesionarjev je dobilo v najem prostore za svoje delo pri javnem zdravstvenem zavodu, kjer so bili zaposleni. Zasebniki praviloma redno plačujejo najemnine in zaradi tega ni večjih problemov. Veliko več problemov nastaja pri organiziranju neprekinjenega zdravstvenega varstva. Zdravniki zasebniki s koncesijo vključevanja v zagotavljanje neprekinjenega zdravstvenega varstva ne odklanjajo. V zadnjem času pa zahtevajo večje plačilo, kot ga javni zavod namenja svojim zaposlenim zdravnikom. Zaradi tega v nekaterih javnih zavodih, ki so zadolženi za organizacijo neprekinjenega zdravstvenega varstva, ne želijo vključiti zasebnikov koncesionarjev v

dežurstvo v drugih pa se obtožujejo in vodijo javne polemike. Nesoglasja med zasebniki koncesionarji in javnimi zavodi pri organiziranju neprekinjenega zdravstvenega varstva je prisotno tudi v zobozdravstvu.

Sodelovanje med zdravniki zasebniki s koncesijo na primarnem nivoju in med zdravniki v javnem zavodu na sekundarnem nivoju je praktično enako, kot je to z zdravniki zaposlenimi v javnem zavodu na primarnem nivoju. Prepogosto je edini način komuniciranja napotnica z napoteno diagnozo »prosim za pregled«. V času dežurstva pa so bolniki napoteni na sekundarni nivo brez vsakršnih preiskav, predhodnih dokumentov in z napoteno diagnozo npr. »bolečina v prsnem košu, bolečina v trebuhu, vročinsko stanje, glavobol«.

Direktnih napotitev s strani zdravnikov zasebnikov s koncesijo na specialističnem nivoju na sekundarni nivo praviloma ni. V slučaju urgentnih stanj pa težav s sodelovanjem na tem nivoju ni.

Ves čas podeljevanja koncesij od leta 1993 teče polemika med javnimi zavodi in zasebniki na drugi strani, ki so organizirani pri Zdravniški zbornici v Odboru za zasebno dejavnost. Zasebništvu in koncesije so bile tudi predmet politike vseh dosedanjih vlad in Ministrstov za Zdravje. V praksi se je pokazalo, da hočejo javni zavodi obdržati monopol in s tem ščititi interese bolnikov, kot so družbena pravičnost, varnost in blaginja vseh ljudi. Zasebni sektor se je ves čas krepil in v interesu pravične, kvalitetne in hitre oskrbe bolnikov spretno uveljavlja svoj, po naravi naravnani tržni odnos. Država v 13 letih delovanja zasebne prakse v zdravstvo ni uspela vpeljati ustreznih zaščitnih mehanizmov, ki bi bolj natančno urejali odnos med zasebnim javnim sektorjem. Tudi predlog novega zakona o koncesijah ne rešuje teh problemov temveč v glavnem opredeljuje postopke pri podelitvi koncesije, razpise in dolžino koncesije. Bistvenih vprašanj o organizaciji dela med zasebnim in javnim sektorjem in vsebinskih problemov med posamezni nivoji zdravstva pa ne rešuje. Prav tako ni zakonskih opredelitev o koncesionarstvu na bolnišničnem in terciarnem nivoju.

#### **4. SVETOVNI POJAV DEFENZIVNE MEDICINE**

Pojem defenzivna medicina se je najprej pojavil v ZDA in se je v zadnjem desetletju razširil tudi v Evropo in Azijo. Defenzivna medicina je tesno povezana z pravno ureditvijo na področju odškodninske in kaznovalne ureditve za strokovno napako. Z namenom, da bi se zdravniki izognili napačni diagnozi so se zatekli k naročanju preiskav, ki niso vedno nujno potrebne za postavitev diagnoze. Izogibajo se visoko rizičnih operacijskih in drugih invazivnih posegov, kjer je izhod postopka lahko neuspešen. Zaradi strahu pred strokovno napako se je povečalo število kontrolnih pregledov na vseh nivojih in povečalo predpisovanje zdravil. Takšna dejanja pa niso vedno slaba za bolnika oziroma se lahko povečuje kvaliteta zdravstvene oskrbe. Defenzivna medicina pa ima velike neposredne in posredne negativne finančne učinke za zdravstvene blagajne.

Z defenzivno medicino v ZDA se ukvarja posebna agencija Office of Technology Assessment (OTA). Po njeni definiciji govorimo o defenzivni medicini kadar zdravnik naroča preiskave, operacijo ali obiske, ko to ni nujno potrebno in kadar se zdravnik izogiba zahtevnih bolnikov ali visoko rizičnih operacij da bi tako zmanjšal odgovornost do strokovne napake. Uvedla je tudi pojem pozitivna in negativna defenzivna medicina. O pozitivni defenzivni medicini



govorimo takrat kadar zdravnik z dodatnimi diagnostičnimi preiskavami ali operacijami vpliva le na zmanjšanje možnosti strokovne napake. O negativni defenzivni medicini pa govorimo takrat kadar se zdravnik izogiba posameznemu bolniku ali operaciji. Glede na učinke, ki jih prinaša defenzivna medicina razvrščajo pojav defenzivnega ravnanja v 4 glavne tipe.

A

Zmanjšanje stroškov  
Povečanje kvalitete

B

Zmanjšanje stroškov  
Zmanjšanje kvalitete

C

Povečanje stroškov  
Zmanjšanje kvalitete

D

Povečanje stroškov  
Povečanje kvalitete

Skupina A in D sta za bolnika vedno dobra saj bolnik v obeh primerih dobi povečano kvaliteto zdravstvene oskrbe. Za zdravstveni sistem pa je najboljša skupina A, ker se ob povečanju kvalitete zmanjšuje stroške.

Glavni vzrok za defenzivno medicino je zmanjšati odgovornost do strokovne napake. Na defenzivno ravnanje pa vplivajo tudi klinični in drugi faktorji. Med kliničnimi vplivi se najbolj pogosto omenjajo: bolnikovi simptomi, resnost pričakovane bolnikove bolezni, stopnja zanesljivosti bolnikove diagnoze, natančnost naročenih diagnostičnih testov, tveganja in koristi zdravljenja. Med drugimi vplivi so: razpoložljiva tehnologija, strokovna usposobljenost zdravnika, organizacijska shema, sorodstveno razmerje, zavest in občutek za stroške, finančna spodbuda, bolnikova pričakovanja in bolnikovo zavarovanje.

Pogostnost pojava defenzivnega ravnanja je najbolj analizirana v ZDA, kjer so bile opravljene številne študije. Ugotavljajo, da je pogostnost defenzivnega ravnanja v različnih strokah zelo različna. Pogosto se pojavlja v urgentni medicini, ginekologiji in porodništvu ter kirurških strokah.

Delež stroškov zaradi defenzivne medicine v ZDA leta 2007 je bil ocenjen na 10% celotne vsote za zdravstveno oskrbo. Istočasno so ugotavljali, da je bil delež stroškov zaradi izplačanih odškodnin zaradi strokovne napake v višini 0,3% celotne vsote za zdravstveno oskrbo. V praksi se opaža, da se defenzivna medicina nedvomno pojavlja tudi v slovenskem prostoru, vendar nimamo ustreznih analiz in študij s katerimi bi lahko takšno prakso podprli. Nova zakonodaja na področju bolnikovih pravic in novi Kazenski zakonik bosta povečala pojavnost defenzivne medicine v Sloveniji in s tem vplivala na pozitivne in negativne učinke takšne prakse.

## 5. ZAKLJUČEK

Privatizacija v zdravstvu v Sloveniji je v polnem razmahu pretežno v mešani obliki s koncesijami (kvaziprivatizacija), ki je za zdravstvene sisteme priporočljiva. Čistih privatnih organizacij ali čistih zasebnikov je malo, ker za to ni ugodnih pogojev. V procesu privatizacije pa se pojavljajo tudi odmiki, ki niso v duhu z načeli kakovosti kot so: pravičnost, enakost, varnost, pravočasnost, učinkovitost in uspešnost oskrbe bolnika. Z nenadzorovanimi samoplačniškimi zdravstvenimi storitvami, tako s strani zdravnikov zasebnikov koncesionarjev kot s strani zdravnikov zaposlenih v javnih zdravstvenih zavodih, ki opravljajo samoplačniške ambulante, pa se kršijo pravice zavarovancev iz obveznega zdravstvenega zavarovanja. Država bo morala z ukrepi odločno poseči med zasebnim in javnim sektorjem s ciljem, da bo celoten sistem pravičen, enakomerno dostopen, varen in kakovosten ne glede na to ali so storitve opravljene v zasebnem ali javnem sektorju. Pri tem bodo morale svojo vlogo opraviti tudi zdravniške organizacije predvsem Zdravniška zbornica. S spremembo nagrajevanja zdravnikov zaposlenih v javnih zavodih, izboljšanjem organizacije dela, izboljšanjem materialnih in kadrovskih pogojev za delo se bo interes zdravnikov za zasebnitvo zmanjšal.

## LITERATURA

- Bručan, A.: Ureditev razmerja med državnim in zasebnim delom v javnem zdravstvu. Zdravniški Vestnik, Ljubljana, 2005, št. 7/8
- Česen, M.: Osnove upravljanja sistema zdravstvenega varstva. Ljubljana: Zavod za zdravstveno zavarovanje Slovenije, 1998
- Česen, M.: Moč in nemoč privatizacije v zdravstvenem varstvu. Bilten ekonomika organizacija informatika v zdravstvu, Ljubljana 1999, št. 2
- Gorjup, V.: Oblike privatizacije v zdravstvu. Zbornik – 6. strokovno srečanje ekonomistov in poslovnih delavcev v zdravstvu: Tranzicija, spreminjanje lastninske strukture in uvajanje zasebne prakse v zdravstvu po letu 1990: Ljubljana Društvo ekonomistov v zdravstvu, 1999
- Košir, F.: Financiranje zdravstvenega varstva: javno – zasebno. Zdravniški Vestnik, Ljubljana 2005, št. 7/8
- Poredoš, P.: Javno in zasebno zdravstvo: prednosti in pomanjkljivosti posameznih sistemov. Zdravniški vestnik, Ljubljana 2005, št. 7/8
- Rus, V.: Privatizacija šolstva, zdravstva in kulture. Ljubljana: Fakulteta za družbene vede, 1996
- Tajnikar, M., Došenovič, P.: Upravljanje in regulacija sistema zdravstvenega varstva v Republiki Sloveniji. Ljubljana: Ekonomska fakulteta v Ljubljani, 2003
- Uranič, J.: Privatizacija zdravstvene dejavnosti v Sloveniji; Univerza v Ljubljani Ekonomska fakulteta, diplomsko delo. Ljubljana 2006
- Židanik, A.: Privatizacija v zdravstvu na primarni ravni: prednosti in pomanjkljivosti. Zdravniški Vestnik, Ljubljana, 2005, št. 7/8
- Poslovno poročilo Zavoda za zdravstveno zavarovanje za leto 2004. Ljubljana: ZZS, 2005
- Zakon o zdravstveni dejavnosti (ZZDej; Uradni list RS, št. 9/92, 26/92, 37/95, 8/96, 90/99, 98/99 – ZZdrS, 31/00, 36/00 – ZPDZC, 54/01, 86/02 – ZOZPEU, 135/03 – odločba US, 2/04 in 80/04; uradno prečiščeno besedilo UPB2 23/05)
- Ministrstvo za zdravje. URL:<http://www2.gov.si/mz/mz/-splet.nsf>, 2006
- Zavod za zdravstveno zavarovanje Slovenije: URL:<http://www.zzs.si>, 2006
- Zdravniška zbornica Slovenije URL:<http://www.zzs-mes.si>, 2006

# MEDICAL PRIVACY IN THE COMPUTER AGE: A REVIEW IN THEORY

## MEDICINSKA ZASEBNOST V RAČUNALNIŠKI DOBI: PREGLED V TEORIJI

UDK: 614.2:342.7

*Dr. Marilyn J. IRELAND, univ. dipl. pravnica  
Redna profesorica  
California Western School of Law, ZDA*

### POVZETEK

*Moderna medicinska praksa ogroža pacientovo avtonomijo. Zasebnost izvira iz mnogih dejavnikov, kar vključuje tudi medicinsko specializacijo in skupinsko prakso medicine, medicinske tehnologije v računalniško informiranem času, sisteme, ki jih plačujejo tretje osebe, in nešteto socialnih vrednot, kot so skupinska varnost, ki mora biti izenačena v razmerju do pacientove pravice do zasebnosti. Sestavljanje analiz in definicij o pacientovi zasebnosti pomeni nejasni del pojma zasebnosti. Avtor predlaga, da naj bi se različnost zasebnosti, vključno tudi z vsiljevanjem, zavajanjem, prisvajanjem, zasebnimi dejstvi in avtonomijo, obravnavala ločeno, ko javna politika obravnava spoštovanje zasebnosti. S tem bi se dosegla večja vsestranskost rešitev težave, ki nastajajo zaradi zagotavljanja zasebnosti pacienta.*

### KLJUČNE BESEDE

*Zasebnost, vsiljevanje, zavajanje, stigma, prisvajanje, zasebna dejstva, avtonomija.*

### ABSTRACT

*Modern medical practice compromises patient privacy. Privacy concerns arise from a number of factors, including medical specialization and group practice of medicine, medical technology in the computerized information age, third-party payer systems, and myriad social values such as community safety that must be balanced against a patient's right to privacy. Compounding the analysis and definition of patient privacy rights is the vagueness of the concept of privacy. The author suggests that various privacy concerns, including intrusion, false light, appropriation, private fact, and autonomy, should be considered separately when public policy respecting privacy is discussed, to achieve a more comprehensive resolution of the problem of insuring patient privacy.*

### KEY WORDS

*Privacy, Intrusion, False Light, Stigma, Appropriation, Private Fact, Autonomy.*

## 1. INTRODUCTION

Often the idea of privacy evokes a notion of secrecy. In the context of medical privacy, the tradition has been to rely on the confidential relationship between doctor and patient to safeguard the right to human dignity of the patient. This model functioned well enough in the world of local medical practice, where one physician cared for the health needs of all the people in the village, making house calls to the bedridden, seeing children in a simple office to

deliver immunizations or treat a sore throat, indeed, performing most medically related tasks from delivering babies to setting bones. In this climate, medical privacy could be safeguarded simply by exercise of professional discretion on the part of the physician.

Today, medicine offers a more complex system of service delivery. An internist often refers patients to a specialist. Laboratory technicians perform routine tests, drawing blood and taking x-rays that may be read by yet other technicians, perhaps via internet transmission in distant locations. Further, third party payers, be they insurance companies, employers, labor unions, or a government sponsored system of health care, have a stake in obtaining necessary information to insure that services are performed, and in a cost-effective manner. The culture of medicine, its technology, and the evolving knowledge of life functions, down to the molecular level of DNA, renders the old »closed secret« model of doctor-patient confidentiality obsolete. New modalities for thinking about the problem of insuring patient privacy are essential. Unfortunately, no new model has successfully been suggested that adequately balances the needs of medical professionals to practice collaborative medicine and the needs of third party payers for cost-containing information and the needs of the patient for essential medical privacy. Yet, without a guarantee of privacy many will simply choose to forgo essential medical assistance until it is too late for effective treatment. Medical privacy and the resulting trust it engenders are as essential for good health care delivery as antibiotics and a professional knowledge of anatomy. The problem is to accommodate the »team« approach to medical service delivery to the needs of the patient for medical privacy.

This paper will not suggest the solution; rather it will attempt to place the problem in the perspective of legal theory relating to privacy. Without a theoretical system for approaching the issue of medical privacy, haphazard and potentially inconsistent »ad hoc« regulations of particular parts of the problem will emerge that are not systematically satisfactory. Such is the case with the gravely unpopular »privacy« regulations that the U. S. Congress included in the Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996. It is a model not to be emulated by other countries and unlikely to prevail in the long run in the United States.

Fortunately, a theory of privacy already exists. In 1890, Samuel Warren and Louis Brandeis (who later became a U. S. Supreme Court Justice) offered a thorough analysis of the legal concept of privacy in a manner that is not grounded in the misconception that privacy and confidential secrecy is necessarily the same thing. This formative article, the basis, for example, of the Restatement of Torts on the subject of privacy, opines that there are really four privacies: intrusion, false light, appropriation, and private fact. To these must be added the privacy concept of autonomy. The Warren/Brandeis system is not flawless, but to date it offers the best available theoretical approach for analysis of privacy issues. Applying the four Brandeis categories, supplemented with the concept of autonomy, to the medical privacy context will therefore prove instructive in suggesting some of the problems that must be resolved if modern medicine is to avoid a clash with human rights and dignity.

## **2. INTRUSION ON SECLUSION**

Invasion of privacy is a trespass into a private realm to obtain personal information. Some parts of a human being's conduct in life are public, as, for example, walking down the street.

Others are private, as, for example, taking a shower in one's own home. A paparazzo may legally photograph a movie star driving by a shopping mall in a car, but may not jump over a fence to sneak photos through a bathroom window.

This privacy concern may not, at first, seem relevant or central to medical practice, for a patient in a hospital is hardly in a zone of privacy as to health care providers. The nurse is not intruding when he or she injects a needle into a patient, although such conduct by a stranger on the street would constitute an assault. Surgery is, by definition, highly intrusive, but not intrusive on a secluded area of privacy because the patient has consented to the procedure.

Still, a patient has not left all interest in privacy outside the confines of a health provider's facility. One need only envision the unauthorized filming of a hysterectomy, with its subsequent display on local television, to see that there is an expectation of seclusion in a health care facility. A hospital room is not a theater, where the patient expects to be available for public scrutiny. Rather, a patient reasonably expects seclusion, except of course, as reasonably necessary for the provision of appropriate, consensual health care.

There is, by common understanding, a zone of privacy in a health care facility; it is, however, necessary to describe and delineate that zone, distinguishing the trespassers from the invitees. This is no simple matter. For example, third party payers have an interest in patient care that may intrude on a patient's seclusion. So also, pharmaceutical companies have an interest in receiving accurate and precise reports relating to drug efficacy and safety. Public health officials have a legitimate concern in isolating and tracking communicable diseases; social service agencies in learning of child or elder abuse; and police want to be informed of gunshot wounds. Yet, the patient may not willingly consent to invite these interested parties into the secluded health care delivery zone. The eventual balance among these interests may, in some cases, be achieved by providing information without disclosure of the patient's identity. In other case, this will not be possible. The eventual balance that is struck between privacy and the needs of the health care system and other public functions should be clear and understood by all participants. Uncertainty on the part of the potential patient may lead him or her to delay or forgo treatment in order to protect privacy.

Similarly, non-consensual medical intervention is by definition, an intrusion. If a blood transfusion will save a life, but the patient opposes the taking of blood on religious grounds, should blood be administered against the wishes of the patient? If a person prefers to live with a crippling condition rather than have a simple surgery that can easily correct the problem, what is the appropriate response of a health system? A carrier of communicable disease refuses to take suppressive medicine.

Should society involuntarily administer it to him or her to protect the community? If so, what due process procedures should the law require to protect the individual from privacy intrusion? This is a particularly difficult problem as it relates to persons with mental health problems, who may or may not have the competence to give or withhold consent.

### **3. FALSE LIGHT**

False light is related to defamation, although an actual lie about a person is not required. Rather, it is a public use of a person's identity in a manner calculated to give a false

impression. Since medical practitioners are, unlike novelists and play writers, not participants in fictionalizing private figures for public consumption, this aspect of privacy may seem remote to a discussion of medical privacy. However, there are numerous ways that false light can occur in a medical context.

Unfortunately, there remains the possibility of stigma attached to persons with certain diseased conditions. Like leprosy in ancient times, the stigma of a health condition can often be as debilitating as the disease itself. For example, early in the Aids' epidemic in the U.S., this viral condition was connected in the minds not only of the public but also of health care professionals with immoral sexual conduct and illegal drug usage. As a result, hemophiliacs, even young children who contracted the disease from blood transfusions, were subject to public scorn and ostracism. The stigma of AIDS as a "gay" disease resulted in painting all HIV positive patients in a false light.

Similarly, a stigma attaches to mentally ill persons and that stigma can attach even if the patient is not mentally ill. Third party payers can easily draw a false conclusion from the prescription of a drug that is used to treat mentally ill patients when it is prescribed for some other purpose. Because drugs have multiple uses, anyone who knows that a patient has been prescribed a particular drug may jump to an inaccurate conclusion as to the diagnosis. For this reason, patients have a particular stake in preventing treatment modalities from being misused to place their true diagnosis in a false light. The danger of a lack of privacy is that patients, even those not in the stigmatized group, may not seek treatment, nor accept the best treatment available, for fear of stigma.

#### **4. APPROPRIATION**

Sports figures and film stars often sell their endorsement of products, a lucrative source of income arising from their celebrity. Appropriation consists of unauthorized use of a person's likeness or identity. One need not be famous, however, to fall victim to appropriation. For example, a woman's face could, through computer photo patching, be imposed on a nude body, suggesting that she posed for the photo. This is not only false light, it is also appropriation of her image for improper and unauthorized commercial purposes.

Appropriation issues abound in modern medicine. If a person has a rare antibody that can cure others, and this antibody is found in a routine physical testing process when a patient comes to a physician for treatment, who owns the antibody? Need the patient consent to its replication, perhaps by cloning, to treat others? When a DNA test is performed, can an unusual and valuable DNA sequence be patented by the medical "discoverer," absent consent by the patient? In short, who, if anyone, »owns« the rights to the information encoded by nature in a person's body? If patients believe they are being exploited by health care professionals, essential trust is undermined.

Yet, if such discoveries are subject to the need to obtain consent from the »source« patient, other patients may suffer and die needlessly.

One example of appropriation occurred when a fertility clinic used »surplus« embryos to impregnate patients without consent or knowledge of the donor. Harvested from women

seeking in-vitro fertilization, unused eggs and fertilized embryos are often stored for a time and then destroyed. Yet, these can be used to provide other potential mothers with a child, and that is what happened in an Irvine, California clinic. As a result, donors were shocked to discover that they had »conceived« numerous biological children of whom they were unaware. Should such »use« of »surplus tissue« for the benefit of other patients be recognized as a cost of seeking medical intervention in one's own behalf?

The issue of »ownership« of tissue is urgently in need of clarification as modern medical practices advance to permit the cloning of organs, to name only one possible technological advance that raises issues of appropriation. Some of these issues can be resolved through voluntary consent of patients, many of whom would happily concur just as one does when one donates blood to a blood-bank. However, third party payers may seek to extract such »consent« as a cost of medical coverage. When this approach is taken, the result does not protect privacy but rather is a public policy decision that privacy is not, on balance, worth the price to society. Such issues should be decided in the public forum, not by fiat of one of the players interested in minimizing legal protection for patients.

## **5. PRIVATE FACT**

Perhaps the greatest contribution of the Warren-Brandeis article was the concept of private fact. Each of us has a public persona as well as a more guarded private life. Publication of a private fact - a fact that, though true, is no-one's business except the private person and his or her intimates - constitutes an invasion of privacy. Some private facts may be a source of stigma, as for example, the pregnancy of an unwed mother or the diagnosis of a venereal disease. Others, however, are simply private matters that a person does not wish to be the subject of public discourse. A happily married and happily expectant mother none-the-less may prefer to keep the fact of her pregnancy private, at least for a time, for any number of practical or sentimental reasons. A man diagnosed with a terminal illness may not want the fact disclosed to the general public, or even, yet, to his loved ones. Private fact can be nothing more or less important than the fact that one wears dentures. Some people know, but one does not necessarily enjoy being the center of discussion on the issue in a public forum. That Sam had hair replacement surgery or Mary had a tummy tuck may be juicy gossip, but really is not a matter of public concern.

The traditional medical relationship of confidentiality between doctor and patient is, due to the team approach to provision of medical services, no longer a sufficient protection of private medical fact. Doctors, nurses, laboratory technicians, orderlies, accountants, third party payers and drug providers all share this information in order to provide modern medical services. Increasingly the information is kept and transmitted electronically via the World Wide Web, where hackers abound and seem impervious to security measures. In such a context, leaks of private medical information are to be expected. The old system protected private medical fact by secrecy; that is, by non-disclosure in the first instance. Now that disclosure, at least in a supposedly closed system, is the norm, other avenues for protection of private medical fact must be explored.

Private fact can be retained in the private sphere in a number of ways. The simplest, of course, is non-disclosure and its close cousin, limited access. Limited access permits

disclosure, but imposes on the party to whom the information is disclosed an obligation to use it only in a particular manner or for a particular purpose. A second approach is the regulation of collection of the information through improper means. An example would be a law against hacking into a medical database. Finally, transmission of private information regarding other persons is a theoretical possible solution; that is, forbidding persons with such knowledge, no matter how obtained, from disclosure. This latter approach impinges heavily on the right of free speech.

In the United States, a person who transmits a private fact, even publishing it in a newspaper, has a right to do so under the First Amendment to the U. S. Constitution. So long as the publisher obtained the information legally, no statute designed to protect against transmission of private fact is likely to pass Constitutional free speech tests established by the U. S. Supreme Court. For example, when the state of Florida passed a law forbidding the publication of the name of a rape victim, the law violated the newspaper's right to freedom of speech and of the press. It is ironic that the concept of private fact legal protection arose in the United States, where the concept cannot be fully implemented due to Constitutional restrictions.

Other countries have determined that limitations of free speech are appropriate to protect private fact. For example, in New Zealand, any person who, without consent, transmits a private fact violates a strong law against invasion of privacy. Gossips in New Zealand should beware. If a neighbor overhears a private conversation revealing a private fact and passes this on to another, he or she could be engaged in illegal invasion of privacy. Obviously, in such a climate, newspapers are constrained to beware of the topics they cover.

If privacy law seeks to protect private fact that has already escaped from the zone of seclusion, it must define private fact, distinguishing it from public fact. By way of illustration, an interesting debate could occur over whether President Clinton's dalliance with Ms. Lewinski should be classed »public information« or »private fact«. The United States Supreme Court once attempted to distinguish, in applying defamation law, between »matters of public interest« and private fact. It soon abandoned the distinction as an excessive invasion of free speech. Not only was it a difficult distinction for the courts to apply, its very vagueness would chill publication of true and newsworthy information.

## **6. AUTONOMY**

The civil liberty of autonomy is an important aspect of the right to a private life. It takes the form of individual power to make private decisions. For example, the United States has included the power of a pregnant woman to decide whether to have an abortion as a form of privacy right. Even more controversial is the right to terminate life through medically assisted suicide. The U. S. Supreme Court decisions and resulting heated public debate on these issues demonstrate the problem of providing individual autonomy over medical matters.

One of the early cases to recognize an autonomy right in the medical context was *Griswold v. Connecticut*. The *Griswold* court recognized a right to »privacy and repose« free from government regulation, concluding that the »right of privacy« was so old as to predate the Bill of Rights to the United States Constitution. In *Griswold*, a doctor advised a married couple on



the methods of pregnancy avoidance, and he provided them with a condom. This violated the law of Connecticut, a state that forbade contraception. The Supreme Court held that this criminal law was not consistent with fundamental human rights. The Court concluded that married persons were entitled to the privacy of their intimate association without legal interference in their sexual habits. Even prior to *Griswold*, the Court had, on other grounds, held that compulsory sterilization of certain criminals violated the Constitution. In *Griswold*, the state was interfering in the privacy right of a person to medically intervene in preventing conception. In *Skinner*, it was, rather, the right of the person not to have the government intrude on his body with an undesired medical procedure. The facts in *Griswold* show the close relationship between the autonomy right of privacy and medical practice.

The U. S. Supreme Court upheld the privacy right of a woman and her doctor to elective abortion. A subsequent case made it clear that this right belongs to the pregnant woman, not to her doctor. However, no case has, to date, imposed on a physician the obligation to perform an abortion. The most recent medical autonomy issue to face the U. S. Supreme Court is the issue of medically assisted suicide. To date, no such right has been found to exist, but the issue has not totally been resolved.

Medical professionals face conflicting responsibilities. Trained and educated to heal and alleviate suffering, society has given to medical doctors the right to engage in practices forbidden to the general public. But, what is best, physically, for a patient may not be what the patient chooses. Autonomy is both an issue of the right to refuse medical help and an issue of the right to obtain desired medical services that a physician may or may not wish to perform.

Medical doctors stand in a position to assist or resist patients in attaining desired physical intervention. A sex change requires a surgeon to perform the necessary operation. Similarly, the law does not permit just anyone to do an abortion, even if he or she may know how to perform the procedure. A patient's right to an abortion is hollow indeed if no physician will perform the service; however, many doctors have moral objections to doing so.

The autonomy questions which the law must answer include the following:

When may a patient refuse medical services?

When may a doctor perform medical services without prior consent of the patient?

What medical services will the law prohibit, even when the patient and doctor agree?

What medical services will society provide to persons who are unable to pay?

What medical services may a patient choose, without concurrence of a physician; that is, when does a doctor have an affirmative duty to perform medical services?

## **7. CONCLUSION**

The confidentiality/secretcy model of privacy has masked the need for a more thorough analysis of patient rights and professional medical responsibility, as well as for a comprehensive and systematic analysis that balances the rights of the individual to a private life with the needs of society. This paper has explored these issues without attempting to resolve them, because every society will evolve its own answers based on its understanding of human rights and professional and social obligations.

With the evolving technology of medicine and information systems, a comprehensive resolution is needed in the immediate future to insure that patient privacy has the maximum protection commensurate with other social values. This resolution must accommodate the competing needs of the medical profession for consultation and transmission of information, as well as providing data to protect the auditing power of third party payers. But if it fails to protect patient medical privacy from misuse, this technology will prove a bane as well as a boon to the effective provision of medical services by reducing the credibility of medical providers as persons worthy of professional respect in the community.

# VARSTVO PACIENTOVIH OSEBNIH PODATKOV

## PROTECTION OF PATIENT'S PERSONAL DATA

UDK: 342.7:61(497.4)

*Dr. Vesna RIJAVEC, univ. dipl. pravnica  
Redna profesorica  
Pravna fakulteta Univerze v Mariboru*

### **POVZETEK**

*Avtorica se ukvarja z vprašanjem dveh ustavno varovanih pravic, in sicer s pravico do zasebnosti in pravico do varstva osebnih podatkov pacienta. Poudarja, da sta obe pravici tesno povezani, saj razkritje osebnih podatkov neupravičenim osebam močno posega v posameznikovo zasebnost, še posebej v sodobni družbi, kjer je zdravje splošen imperativ za uspešnost. Izvajalci zdravstvenih storitev morajo pri vsakokratni zdravstveni oskrbi spoštovati pacientovo zasebnost ter zagotavljati, da se podatki o zdravstvenem stanju in drugi podatki o pacientu zavarujejo pred neupravičenimi posegi. V prispevku so predstavljeni okviri za zbiranje, uporabo in obdelovanje pacientovih podatkov. Navedeni so primeri, ko je podatke brez pacientove privolitve vendarle treba razkriti.*

### **KLJUČNE BESEDE**

*Človekove pravice, zasebnost, varstvo osebnih podatkov, zdravstvo, anonimizacija.*

### **ABSTRACT**

*The author presents the regulation of two constitutional protected rights – the right to privacy and the rights to protection of personal data. Both rights are tightly bound. With the unauthorized disclosure of personal data the individual's privacy of a patient can be strongly invaded as the good health condition is the imperative for success in modern society. Therefore the health providers must take care in every single case about the patients privacy and data protection in the legal framework for collecting, using and further manipulating of data in the medical databases. In certain cases the disclosure of patient's data is possible even against his permission.*

### **KEY WORDS**

*Human rights, privacy, protection of personal data, health service, anonymization.*

## **1. UVOD**

Čeprav je pravo po naravi tradicionalistično in konservativno, se je moralo odzvati na nevarnosti, ki jih s seboj prinaša sodoben razvoj informacijske tehnologije, upoštevajoč tudi številne prednosti takšnega razvoja.<sup>1</sup> Pravila o dostopnosti do osebnih podatkov so del širšega

---

<sup>1</sup> Čebulj, str. 61.

področja varstva osebnih podatkov. To varstvo (varstvo informacijske zasebnosti) obsega zakonsko določena načela in ukrepe za preprečitev nezakonitih in neupravičenih posegov v človekovo zasebnost, do katerih bi lahko prišlo zaradi zbiranja, obdelovanja, shranjevanja, posredovanja in uporabe osebnih podatkov.<sup>2</sup> Posebej občutljivo področje človekovega življenja pa je njegova vključenost v zdravstveni sistem.

## 2. ZASEBNOST V ZDRAVSTVU

Pravica do zasebnosti je danes zelo pomembna in jo urejajo tako mednarodnopravni dokumenti kakor tudi nacionalni predpisi. Varovana je kot ustavna kategorija. Poseben pomen pravici do zasebnosti daje Evropska konvencija o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah (Uradni list RS-MP, 7/1994), kjer je v 8. členu določeno, da ima vsakdo pravico do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja. Javna oblast se lahko v to pravico vmeša samo, če je to določeno z zakonom in nujno v demokratični družbi zaradi državne varnosti, javne varnosti ali ekonomske blaginje države, zato da se prepreči nered ali zločin, da se zavaruje zdravje ali morala ali da se zavarujejo pravice in svoboščine drugih ljudi.

Tudi ustava zagotavlja nedotakljivost človekove telesne in duševne celovitosti, zasebnosti in osebnostnih pravic (35. člen URS). Laiki zasebnost vežejo predvsem na ožje zasebno in družinsko življenje, vendar temu ne moremo pritruditi. Zasebnost ne zajema samo ozkega notranjega kroga posameznika in njegove družine, ampak se je treba zavzemati za širok koncept razmerja zasebnosti.<sup>3</sup> Ustavno sodišče RS je zasebnost opredelilo kot bolj ali manj sklenjeno celoto posameznikovih ravnanj in ukvarjanj, občutij in razmerij, za katero je značilno in konstitutivno, da jo človek deli le z najbližjimi, s katerimi je v intimni skupnosti in da v njej biva z občutkom varnosti pred vdorom javnosti ali kogar koli nezaželenega.<sup>4</sup> V ta okvir spada tudi pacientova pravica do zasebnosti. Omejiti jo je mogoče le, če to narekujejo koristi drugih.<sup>5</sup>

Zasebnost in varstvo podatkov sta tesno povezana. Z razkritjem osebnih podatkov se tančica zasebnosti razkrije in v naše zasebno življenje vstopijo tretje osebe. Marsikdaj je tak neželen vstop povezan tudi z negativnimi posledicami, ki lahko nastopijo bodisi samo za posameznika ali pa tudi za njemu bližnje osebe. To je še posebej izpostavljeno na področju zdravstva. Danes živimo v času, ko je zdravje ena izmed najbolj cenjenih in želenih vrednot posameznika, družine, družbe in države. Zato morajo izvajalci zdravstvenih storitev v skladu s 1. odst. 43. člena Zakona o pacientovih pravicah (Uradni list RS, št. 15/2008; v nadaljevanju ZPacP) pri vsakokratni zdravstveni oskrbi spoštovati pacientovo zasebnost, tudi njegova moralna, kulturna, verska, filozofska in druga osebna prepričanja. To mora priti do izraza v vseh fazah izvajanja zdravstvene dejavnosti vse od prvega stika zdravstvenega delavca s pacientom ob izdelavi zdravstvene anamneze naprej. Za varstvo zasebnosti je zlasti pomembno, da je pri medicinskem posegu oziroma zdravstveni oskrbi lahko navzoče le zdravstveno osebje, druge osebe pa le, če to odobri pacient ali če tako določa zakon. Za osebne podatke, ki se zbirajo pri opravljanju zdravstvene dejavnosti pa veljajo posebna načela skrbnega ravnanja z njimi.

---

<sup>2</sup> Čebulj, str. 71.

<sup>3</sup> Judikat Vrhovnega sodišča RS, II IPS 460/97.

<sup>4</sup> Judikat Ustavnega sodišča RS U-I-25/95.

<sup>5</sup> Kraljić, str. 281.

### 3. ZBIRANJE, UPORABA IN OBDELAVA OSEBNIH PODATKOV V ZDRAVSTVU

Iz besedila 38. člena URS izhajajo štiri načela, in sicer: načelo zakonitosti, načelo vnaprejšnje opredelitve namena zbiranja, obdelave in uporabe osebnih podatkov, načelo seznanitve z zbranimi osebnimi podatki in načelo sodnega varstva. Načela lahko zasledimo tako v Zakonu o varstvu osebnih podatkov-1 (Uradni list RS, št. 94/2007 – UPB1; v nadaljevanju ZVOP) kot krovnem zakonu, ki ureja področje varstva osebnih podatkov, kakor tudi v ZPacP (prim npr. 15., 41., 44. in 46. člen) kot konkretnem področnem zakonu glede varstva pacientovih pravic.

V času moderne tehnologije smo na eni strani podvrženi nastajanju različnih baz osebnih podatkov, ki jih vodijo različne ustanove za lastne potrebe (npr. zdravstvene ustanove, šole, policija, banke), na drugi strani pa poslušamo novice o zlorabi različnih baz osebnih podatkov (npr. zloraba baze osebnih podatkov v nemških bankah).

URS vzpostavlja t. i. *obdelovalni model*, ki obdelavo osebnih podatkov omogoča le, če temelji na zakonu in ne pozna načelne svobodne obdelave osebnih podatkov. Tak model pomeni, da je na področju obdelave osebnih podatkov prepovedano vse, razen tistega, kar je z zakonom izrecno dovoljeno.<sup>6</sup>

Osební podatki se zbirajo o določeni oziroma o določljivi osebi (npr. o pacientu). Zato je še toliko bolj pomembno, da je obdelava osebnih podatkov zakonita in poštena (3. člena ZVOP) ter ustrezna in po obsegu primerna glede na namene, za katere se zbirajo in nadalje obdelujejo (4. člen ZVOP). V zbirke podatkov ni dopustno vnašati katerih koli podatkov, temveč samo tiste (zbiranje, obdelovanje in shranjevanje), za katere je upravljalca zbirke posebej pooblaščen z zakonom. Uporaba osebnih podatkov iz zbirk je dopustna samo v skladu z namenom zbiranja, vendar pa pri vseh vrstah podatkov ni potrebna enaka stopnja varovanja. Ta je odvisna od posameznikovega interesa, da se določen podatek ohrani kot skrivnost. Avstrijsko pravo določa temeljno pravico do varovanja podatkov takole: »*Vsakdo ima pravico zahtevati varstvo osebnih podatkov, pri katerih je podan interes za takšno varstvo, še posebej zaradi varovanja njegovega zasebnega in družinskega življenja.*« (1. paragraf avstrijskega zakona o varstvu podatkov iz leta 1980; *Datenschutzgesetz*; noveliran BGBl 370/1986; v nadaljevanju DSG).

Za zbirko osebnih podatkov se po ZVOP šteje vsak strukturiran niz podatkov, ki vsebuje vsaj en osebni podatek (npr. evidenca, register, baza podatkov). Strukturiran niz podatkov pa je niz podatkov, ki je organiziran tako, da določi ali omogoči določljivost posameznika (5. točka 6. člena ZVOP). Vzpostavijo se lahko tiste zbirke, ki jih določa zakon ali če v to privolijo posamezniki, na katere se v njih vsebovani podatki nanašajo. Posameznik, ki da svoje podatke, s tem še ni privolil, da se lahko vzpostavi zbirka, temveč je potrebna posebna privolitev. ZVOP pa velja za zbirke, za katere je posameznik pisno privolil, da se v njej vodijo njegovi osebni podatki in je po naravi ali namenu lahko vsakomur dostopna; za zbirke strank, društev ali drugih podobnih organizacij, ki se vodijo s privolitvijo članov; za osebne podatke, ki so sestavni del firme, imena družbe ali poslovalnice; za osebne podatke, vsebovane v knjigah, publikacijah ali drugem gradivu, ki se shranjujejo v javnih institucijah in so javno in splošno dostopna.

---

<sup>6</sup> Pirc Musar et al., str. 19.

Podatki o pacientu so del informacijskega sistema kartice zdravstvenega zavarovanja ali centralne evidence zdravstvene dokumentacije. Poseben strukturiran niz podatkov je medicinska dokumentacija, ki se vodi pri izvajanju zdravstvenih storitev.

Ker je na podlagi strukturiranega niza podatkov možno določiti oziroma je omogočena določljivost posameznika, je še posebej na področju varstva pacientovih pravic potrebno zagotoviti, da se zdravstveni delavci in zdravstveni sodelavci zavedajo, da z razkritjem določenih podatkov kršijo dolžnost varovanja poklicne skrivnosti. Pri tem je treba opozoriti, da je pojem poslovne skrivnosti širši kot pojem zbirke osebnih podatkov. Zbirke osebnih podatkov so namreč ciljno vodene in imajo zakonsko podlago. Zdravstveni delavci in zdravstveni sodelavci ter druge osebe se lahko z določenimi podatki pri svojem delu seznanijo tudi ustno. Kljub temu, da so se s podatki seznanili ustno ali na drug način (npr. iz datoteke), so zdravstveni delavci, zdravstveni sodelavci in druge osebe dolžni, vse kar izvedo pri opravljanju svojega poklica ali dela o pacientu, zlasti informacije o njegovem zdravstvenem stanju, njegovih osebnih in družinskih in socialnih razmerah ter informacije v zvezi z ugotavljanjem, zdravljenjem in spremljanjem bolezni ali poškodb, varovati kot poklicno skrivnost (1. odst. 45. člena ZPacP).

Uporaba in druga obdelava pacientovih zdravstvenih in drugih osebnih podatkov je za potrebe zdravljenja in izven postopkov zdravstvene oskrbe dopustna le na podlagi pacientove privolitve ali privolitve oseb, ki imajo pravico do privolitve v medicinski poseg ali zdravstveno oskrbo, če pacient ni sposoben odločanja o sebi. Uporabo pacientovih zdravstvenih in drugih osebnih podatkov izven postopkov zdravstvene oskrbe pa lahko določa tudi zakon in sicer brez privolitve, če za namene epidemioloških in drugih raziskav spremljanja kakovosti in varnosti zdravstvene oskrbe, izobraževanja, medicinskih objav ali druge namene pacientova istovetnost ni ugotovljiva ali kadar prijavo zdravstvenega stanja zahteva zakon ali kadar se zaradi potreb zdravljenja podatki posredujejo drugemu izvajalcu zdravstvenih storitev.

#### **4. OSEBNI PODATEK**

Zanimivo in večkrat obravnavano je vprašanje širine pojma osebni podatek. Po zakonski določitvi je osebni podatek vsak podatek, ki se nanaša na posameznika, ne glede na obliko, v kateri je izražen (1. tč. 6. člena ZVOP). Ker smo danes priča nenehnemu razvoju na področju hrambe, prenašanja in obdelave osebnih podatkov, se ne smemo omejiti zgolj na tradicionalne oblike. To še posebej prihaja do izraza na področju genskih podatkov, na podlagi katerih lahko mnogo izvemo o posameznikovi preteklosti in tudi njegovi prihodnosti. Genski podatki pa nam razkrijejo tudi dedne lastnosti posameznikovih sorodnikov. Zato je treba zaupnosti osebnih genskih podatkov že sedaj in v prihodnje posvetiti posebno pozornost. Možnost zlorabe v škodo ljudi, na katere se ti podatki nanašajo, je namreč večja kot pri drugih vrstah osebnih podatkov.<sup>7</sup>

Tudi za naše razmere je zanimivo poročilo avstrijskega odbora za ustavno pravo, ki v zvezi z obsegom pojma osebni podatek navaja naslednje podatke: ime, rojstni datum, naslov, spol,

---

<sup>7</sup> Trontelj, v: Polajnar – Pavčnik/Wedam-Lukić, str. 410 – 411.

osebne matične oznake, na primer številka socialnega zavarovanja, veroizpoved, nravstvene podatke, podatke o zdravstvenem stanju, o denarnih in drugih prihodkih, o premoženju, o življenjskih navadah, o inteligenčnem kvocientu, o denarnih nadomestilih iz različnih naslovov, o dobičku, o zaposlitvi in o boniteti.<sup>8</sup>

V skladu z ZVOP in ZPacP ima pacient pravico do zaupnosti osebnih podatkov, vključno s podatki o obisku pri zdravniku in drugih podrobnostih o svojem zdravljenju (npr. čakalni seznam, dokumentacija o zdravljenju pacienta).

## 5. POSAMEZNIK KOT SUBJEKT VARSTVA

Subjekt varstva po ZVOP je posameznik (npr. pacient). Posameznik je opredeljen kot določena ali določljiva oseba, na katero se nanaša osebni podatek (2. tč. 6. člena ZVOP). Fizična oseba je določljiva, če jo je mogoče posredno ali neposredno identificirati, predvsem s sklicevanjem na identifikacijsko številko ali enega ali več dejavnikov, ki so značilni za njeno fizično, fiziološko, duševno, ekonomsko, kulturno ali družbeno identiteto, pri čemer način identifikacije ne povzroča velikih stroškov, nesorazmerno velikega napora ali ne zahteva veliko časa. Iz citiranega izhaja, da je za določenost oziroma določljivost posameznika potrebno izpolniti kumulativno dva pogoja. Prvi pogoj predstavlja možnost neposredne ali posredne identifikacije posameznika. Drugi pogoj pa je, da identifikacije ne povzroča velikih stroškov, nesorazmerno velikega napora ali ne zahteva veliko časa. Pokazatelji, ki omogočajo določenost ali vsaj določljivost posameznika se lahko nanašajo na primer na starost, težo, članstvo v društvu, pisava posameznika, prstni odtis, dolžnik v izvršilnem postopku, darovalec organa, itd. Več odprtih vprašanj prav ostaja glede izpolnjevanje drugega pogoja, saj izrazi »veliki stroški«, »nesorazmerno velik napor« in »veliko časa« niso konkretizirani. Vsebine teh izrazov je treba presojati v vsakem primeru posebej, z upoštevanjem standarda povprečno razumne osebe, kot je uveljavljen v praksi.<sup>9</sup>

Še posebej pomembno pa je, da se vsakemu posamezniku zagotovi varstvo osebnih podatkov ne glede na narodnost, raso, barvo, veroizpoved, etnično pripadnost, spol, jezik, politično ali drugo prepričanje, spolno usmerjenost, premoženjsko stanje, rojstvo, izobrazbo, družbeni položaj, državljanstvo, kraj oziroma vrsto prebivališča ali katerokoli drugo osebno okoliščino (4. člen ZVOP). V primerjavi s 7. členom ZPacP, ki se prav tako nanaša na prepoved diskriminacije, je število potencialnih okoliščin, ki lahko privedejo do diskriminacije v ZVOP, precej širše. ZPacP sicer konkretno navaja tudi starost in invalidnost, ki ju ne najdemo v ZVOP. Vendar pa gre v primeru obeh zakonov zgolj za eksemplifikativno navajanje in ne za taksativno. Oba zakona namreč navajata razloge, ki se v njunem delokrogu lahko pojavijo predvidoma največkrat oziroma najverjetneje. Pri tem pa oba dopuščata tudi možnost, da pride do diskriminacije tudi na podlagi katerega drugega razloga (npr. genskih značilnosti).

S sodno prakso Evropskega sodišča za človekove pravice je pravica do zasebnosti dobila pomen posebej varovane kategorije osebnostne sfere vsakega posameznika. Ker so določene osebe zaradi svojega poklica (npr. igralci, športniki) ali statusa (npr. šefi držav, predsedniki

---

<sup>8</sup> Simotta, str. 793.

<sup>9</sup> Pirc Musar et al., str. 58.

mednarodnih organizacij itd.) bolj izpostavljeni posegom v zasebno življenje, je težje postaviti ločnico med zasebnim in javnim življenjem. Načeloma je varovana zasebnost vse, kar ni del posameznikovega javnega življenja ali opravljanja javne funkcije oziroma poklicne dejavnosti.<sup>10</sup> Izhajajoč iz navedenega je pojem zasebnosti pri omenjenih osebah ožji, saj so te osebe zaradi svojega položaja bolj izpostavljene posegom v zasebnost. V takih primerih se še posebej poudarja in varuje poklicna skrivnost, ki je povezana z zdravstvenim stanjem teh oseb, saj je na podlagi številnih identifikacijskih dejavnikov te osebe mogoče hitreje prepoznati. Po drugi strani se pri osebah iz javnega življenja lahko pojavi nasprotna pravica širšega kroga oseb do obveščenosti, če je od zdravstvenega stanja nosilca odvisno izvajanje javne službe, za katero je zadolžen.

## **6. DOSTOP DO PODATKOV IZ ZBIRK**

Za upravljavce zbirk podatkov so določeni posebni okviri dopustnosti posredovanja podatkov. Neupravičen dostop do osebnih podatkov preprečuje že upravljalec zbirke, ki sme posredovati osebne podatke drugim subjektom samo za namene, določene v zakonu, ali za namene, razvidne iz privolitve konkretnega posameznika (1. odst. 8. čl. ZVOP). Pri tem pa seveda preverja, ali je podatke zahteval upravičeni uporabnik. Razen zakonske podlage za obdelavo osebnih podatkov je možna tudi subjektivna privolitev, ki jo lahko poda posameznik na podlagi osebne privolitve. Preden bo posameznik podal osebno privolitev za obdelavo osebnih podatkov o njem, mora biti na ustrezen način seznanjen z namenom obdelave osebnih podatkov (8. člen ZVOP).

Zakonsko pooblastilo za posredovanje podatkov uporabnikom praviloma ni individualno. Največkrat je potrebno iz zakonskega določila ugotoviti kriterije, na podlagi katerih upravljalec v konkretni situaciji ugotovi, ali je neki subjekt lahko uporabnik ali ne.<sup>11</sup> Verjetno ne more biti dvoma, da je potrebno pooblastilo za dostop posameznika do osebnih podatkov iz zbirke utemeljevati tudi na podlagi več zakonov, če ti urejajo položaj tega subjekta glede na določeno situacijo. Upravičenost subjekta do uporabe osebnih podatkov izhaja tako iz namena uradne zbirke in iz konkretne situacije, v kateri zakon subjektu nalaga, da mora določen podatek uporabiti. ZPacP za izhodišče dostopa do pacientovih podatkov določa njegovo privolitev in ureja tudi izjeme. Pacient ima pravico določiti osebe, ki se lahko seznanijo z njegovo zdravstveno dokumentacijo, in osebe, ki jim prepove seznanitev z njegovo zdravstveno dokumentacijo, če to ni v nasprotju z zakonom (8. odst. 44. člena ZPacP).

## **7. DOSTOP DO PODATKOV BREZ PACIENTOVE PRIVOLITVE**

Včasih pa ima kdo upravičen interes pridobiti osebni podatek iz zbirke, čeprav to ni povsem v skladu z namenom zbiranja in posameznik uporabe ni dovolil. Upravičen interes pa lahko izhaja ne samo iz zakona, temveč tudi iz ustave, če uporabnik potrebuje podatke, da bi zavaroval svojo močnejšo ustavno zaščiteno pravico ali svoboščino.

---

<sup>10</sup> Simotta, str. 794.

<sup>11</sup> Čebulj, Pogoji za vzpostavitev zbirk in uporabo osebnih podatkov, str. 53.



Zaščiteni podatki so vendarle večkrat pomembni za ugotovitev pravno relevantnih dejstev v sodnem ali upravnem postopku. Večinoma podatke o zdravstvenem stanju za potrebe sodnega postopka priskrbi sodišče samo, tako da je presoja utemeljenosti razkritja teh podatkov odvisna od cilja in vrste postopka ter je enostavnejša kot v primeru posameznika, ki bi podatke o drugi osebi zahteval zato, da bi npr. navajal pravno relevantna dejstva v odgovoru na odškodninsko tožbo.<sup>12</sup>

V dvomljivih primerih mora imeti prednost varstvo zasebnosti.<sup>13</sup> Pri presoji dopustnosti posredovanja podatkov je glede na zakonsko ureditev treba ugotavljati pomen vsakega od obeh nasprotujočih si interesov posebej in nato oceniti, kateri od obeh mora imeti prednost. Pri tem je pomembno tudi, v kakšnem razmerju so neugodne posledice zaradi posega v primerjavi s koristmi. Razlikovati moramo med splošnimi osebnimi podatki, ki so očitni tudi navzven in njihovo iznašanje ne posega v najintimnejšo sfero človekove osebnosti ter osebnimi podatki, pri katerih že omejeno razkritje pomeni za posameznika hud poseg v njegovo zasebnost. Interes posameznika za varstvo zasebnosti ni enak pri vseh osebnih podatkih, temveč je pri nekaterih minimalen pri drugih pa zelo velik.

## **8. ZAUPNOST RAZMERJA MED PACIENTOM IN IZVAJALCI ZDRAVSTVENIH STORITEV<sup>14</sup>**

Podlaga za varovanje poklicne skrivnosti<sup>15</sup> je zaupnost razmerja med zdravnikom, drugim zdravstvenim delavcem, psihologom itd. na eni strani in pacientom na drugi. Ti morajo varovati poklicno skrivnost tako zaradi zaupnosti razmerja s pacientom kot zaradi varovanja pravice posameznika do zasebnosti.<sup>16</sup> Gre za vrednoto, ki je celo kazenskopravno varovana (142. člen KZ-1). Pri zdravnikih varovanje poklicne skrivnosti spada tudi na področje njihove poklicne etike.

Dolžnost zdravnika za varovanje poklicne skrivnosti ustreza individualni pravici pacienta, da se na primer o njegovi bolezni ne izve navzven iz tega zaupnega razmerja. Varstvo osebnih podatkov pa je primarno urejeno v javnem interesu, šele nato v interesu posameznika.<sup>17</sup>

Zdravniku ni treba razkriti podatkov, glede katerih zakon določa, da so del zaupnega razmerja ali so del poklicne skrivnosti oz. da se lahko pridobijo z odločbo sodišča samo za potrebe drugih sodnih postopkov. Najvišji interes za razkritje podatkov je podan v kazenskem postopku.

---

<sup>12</sup> Wedam – Lukić, str. 37-45.

<sup>13</sup> Takšno rešitev pozna avstrijski zakon o varstvu podatkov (3.odst. 7.par. DSG ).

<sup>14</sup> Poklicna skrivnost je dejstvo, ki je znano samo določeni osebi ali ozkemu krogu določenih oseb v zvezi z opravljanjem poklica in mora ostati skrito. Dolžnost varovanja poklicne skrivnosti je opredeljena v zakonu in tudi v pravilih poklicne etike.

<sup>15</sup> Poklicna skrivnost je določena v številnih zakonih, npr. v Zakonu o zdravniški službi (51. člen), Zakonu o odvzemu in presaditvi delov človeškega telesa zaradi zdravljenja (5. člen), Zakonu o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo (18. člen), Zakonu o vrtcih (46. člen), Zakonu o osnovni šoli (95. člen), Zakonu o izvrševanju kazenskih sankcij (44.h člen), Zakonu o zadrugah (52. člen) itd.

<sup>16</sup> Glej opombo 1.

<sup>17</sup> Deutsch/Spickhoff, str. 381.

Pri zdravnikovi odklonitvi posredovanja podatkov v pravnem postopku iz razlogov varovanja poklicne skrivnosti, ima sodišče ob subsidiarni uporabi ZPP enako kot pri pričah, ki se sklicujejo na poklicno skrivnost, možnost presoditi, ali ni razkritje določenih dejstev potrebno zaradi javne koristi ali koristi koga drugega, če je ta korist pomembnejša kakor ohranitev skrivnosti (232. člen ZPP).

Na splošno opravičenost razlogov za odklonitev posredovanja podatkov iz evidenc presoja sodišče. Problem je treba rešiti s subsidiarno uporabo 228. člena ZPP o edicijski dolžnosti, ki jo je treba smiselno razširiti tudi na pridobivanje podatkov. Upravljavcu zbirke sme sodišče naložiti, naj predloži listino, le tedaj, če jo mora ta po zakonu pokazati ali predložiti. Za primer odklonitve ZPP določa izdajo sklepa, ki je izvršilni naslov. Izvršiti ga je mogoče predvsem z nenadomestno izvršbo, to je z denarnim kaznovanjem.

ZPacP ne določa absolutne dolžnosti varovanja poklicne skrivnosti, ampak relativno, saj se lahko osebe, ki so zavezane k varovanju poklicne skrivnosti, te njihove dolžnosti razreši. Ker je ZPacP zasnovan na avtonomiji pacienta, je ta tudi osnovna podlaga za razrešitev od varovanja poklicne skrivnosti. Razen pacienta lahko podajo razrešitev od varovanja poklicne dolžnosti zdravstvenemu delavcu oziroma zdravstvenemu sodelavcu in drugim osebam, ki so jim zaradi narave njihovega dela dosegljivi določeni podatki, še:

- a) starši oziroma skrbnik za otroka pred dopolnjenim 15. letom starosti;
- b) starši oziroma skrbnik za otroka po dopolnjenem 15. letom starosti, če so informacije potrebne za izvrševanje roditeljske pravice oziroma skrbništva, otrok pa sporočanja ni prepovedal;
- c) oseba, ki je imela pravico do privolitve v medicinski poseg oziroma zdravstveno oskrbo, če pacient ni sposoben odločanja o sebi, vendar samo glede informacij o zdravstvenem stanju, ki so vezane na medicinski poseg oziroma zdravstveno oskrbo, v katero je privolila;
- č) sodišče;
- d) druga oseba, kadar zakon tako določa (2. odst. 45. člena ZPacP).

Zdravnik lahko sporoči informacijo o zdravstvenem stanju pacienta, če je to nujno potrebno za varovanje življenja ali preprečitve hudega poslabšanja zdravja drugih oseb. Prav tako mora zdravnik naznaniti sum storitve kaznivega dejanja zoper življenje in telo, kaznivega dejanja zoper spolno nedotakljivost ter kaznivega dejanja zoper zakonsko zvezo, družino in mladino, pri katerih je bil kot oškodovanec udeležen otrok (3. odst. 45. člena ZPacP). Pri tem je podana bistvena razlika med 2. in 3. odst. 45. člena ZPacP, saj je krog oseb, ki jih je možno razrešiti od dolžnosti varovanja poklicne skrivnosti v 2. odst. precej širši kot v 3. odst., kjer ima pravico do razkritja informacij samo zdravnik. Nadaljnja razlika je, da je razrešitev iz 2. odst. pogojena s privolitvijo določena kroga oseb ali sodne odločbe, medtem ko po 3. odst. zdravnik, ob nastopu navedenih okoliščin, lahko sporoči informacije o pacientovem zdravstvenem stanju. Pri tem je podana dvotirnost, saj se v primeru nujne potrebe za varovanje življenja ali preprečitve hudega poslabšanja zdravja drugih oseb, daje zdravniku diskrecijska pravica, da sam odloči, ali bo to storil. Na drugi strani pa se v primeru suma navedenih kaznivih dejanj zdravniku nalaga dolžnost naznanitve. Pri tem se postavlja vprašanje, zakaj se je zakonodajalec odločil za takšno dvotirnost.

Sporočanje zdravstvenega stanja nalaga Zakon o nalezljivih boleznih (Uradni list RS, št. 33/2008 – UPB1; ZNB), saj mora zdravnik takoj po postavljeni diagnozi oziroma sumu

nalezljive bolezni prijaviti pristojnemu zavodu za zdravstveno varstvo: vsak v ZNB naštet pojav nalezljive bolezni (npr. šen, vranični prisad, kolera, kuga itd.) ali smrt zaradi nje; vsak sum na davico, gnojni meningitis, virusno hemoragično mrzlico, kolero, kugo, ošpice, otroško paralizo, pljučni antraks in steklino; vsako epidemijo ali sum na epidemijo nalezljive bolezni; vsako izločanje povzročitelja trebušnega tifusa, drugih salmonel, šigel, kampilobaktra, jersinije in lamblije; vsako nosilstvo virusov hepatitisa B in C, povzročiteljev aidsa in povzročiteljev malarije; vsak ugriz in stik s steklo živaljo ali na steklino sumljivo živaljo (14. člen ZNB);

## 9. PACIENTOVA PRAVICA DO VPOGLEDA IN SEZNANITVE

Pacient pa ima tudi pravico ob prisotnosti zdravnika ali drugega zdravstvenega delavca oziroma zdravstvenega sodelavca do neoviranega vpogleda in prepisa zdravstvene dokumentacije, ki se nanaša nanj. Izhajajoč iz 2. odst. 29. člena ZVOP je treba posamezniku dovoliti in omogočiti vpogled in prepis podatkov istega dne, kot je zahteval, oziroma najkasneje v osmih dneh. Po preteku osem dnevnega roka se šteje, da je bila vloga posameznika zavrnjena. Če pacient želi fotokopijo ali drugo reprodukcijo svoje zdravstvene dokumentacije, mu jo izvajalec zdravstvenih storitev mora zagotoviti. To je potrebno pacientu zagotoviti takoj ali najpozneje v petih delovnih dneh. To pravico lahko pacient uveljavlja največkrat dvakrat mesečno (3. odst. 41. člena ZPacP). ZPacP je v nasprotju z ZVOP določil, da se lahko za fotokopiranje in drugo reprodukcijo zdravstvene dokumentacije pacientu zaračunajo materialni stroški (3. odst. 41. člena ZPacP). Ker so lahko materialni stroški izredno visoki (npr. pri reproduciranju raznih rentgenskih posnetkov), je lahko to ovira za pacienta glede uveljavljanja te svoje pravice. ZVOP namreč določa, da stroške krije upravljalec osebnih podatkov (6. odst. 32. člena ZVOP). Direktiva 95/46/ES Evropskega parlamenta in Sveta o zaščiti posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov (v nadaljevanju Direktiva) določa, da posameznik (v našem primeru pacient) ne bi smel imeti pretiranih stroškov.

V nemškem pravu ima pacient pravico do kopiranja oziroma reprodukcije zdravstvene dokumentacije. Ker lahko s tem nastanejo veliki stroški, izvajalci zdravstvenih storitev ne zagotovijo pošiljanje kopij tako dolgo, dokler pacient ne zagotovi plačila nastalih stroškov.<sup>18</sup>

Po ZPacP je ena izmed temeljnih pravic pravica do spoštovanja pacientovega časa. Za ta namen se vodijo čakalni sezname, ki predstavljajo v skladu z ZVOP zbirko osebnih podatkov, kar izhaja tudi iz 4. tč. 2. člena ZPacP, ki definira čakalni seznam kot elektronsko ali ročno vodeno zbirko podatkov o vrstnem redu zaporedoma vpisanih pacientov, ki čakajo na zdravljenje ali uveljavitev pravice do zdravstvene storitve, za katere se pojavi čakalna doba. Pacient ima pravico do vpogleda v čakalni seznam. Pri opredelitvi časovnega okvira, v katerem naj se pacientu omogoči vpogled, pa lahko zaznamo zakonodajalčevo nedoslednost. Izvajalec zdravstvenih storitev je namreč pacientu omogočil seznanitev takoj ali najpozneje tri dni po prejemu zahteve (3. st. 4. odst. 15. člena ZPacP). »Ali« v navedenem stavku logično pomeni, da lahko izvajalec izbira, ali bo svojo dolžnost opravil takoj ali pa najpozneje v treh dneh od vložitve zahteve. Navedeni lapsus zakonodajalca je treba razumeti tako, da mora izvajalec zdravstvenih storitev seznanitev pacientu omogočiti takoj, če pa to iz upravičenih razlogov ni možno, pa najkasneje v treh dneh, (Korošec, priloga IV). Razen tega pa je ZPacP v razmerju do

---

<sup>18</sup> Lutterbeck, V: Wenzel, str. 563.

ZVOP *lex specialis*, kar pomeni, da je ZPacP določil krajši rok treh dni, v katerem je potrebno pacientu omogočiti vpogled na čakalni seznam, medtem ko ZVOP določa osemdnevni skrajni rok, v katerem se naj dovoli in omogoči vpogled in prepis podatkov.

## 10. ANONIMIZACIJA OSEBNIH PODATKOV

Osebnne podatke se lahko, razen za prvotni namen, obdela tudi za zgodovinsko, statistično in znanstveno-raziskovalne namene (1. odst. 16. člena ZVOP). Gre za odstop od prvotnega namena obdelave podatkov, ki je v tem, da se osebne podatke lahko zbira le za določene in zakonite namene. Nadaljnja obdelava podatkov ni dovoljena, če je v neskladju z nameni, za katere so bili prvotno ti podatki zbrani in nato obdelani. Na področju zdravstva je pomembno, da se podatki po primarni obdelavi, posredujejo tudi v nadaljnjo obravnavo za zgodovinsko, statistično in znanstveno-raziskovalne namene. Preden pa pride do posredovanja treba podatke anonimizirati oziroma depersonalizirati. Anonimizacija je takšna sprememba oblike osebnih podatkov, da jih ni več mogoče povezati s posameznikom, ali je to mogoče le z nesorazmerno velikimi naporji, stroški ali porabo časa.

Z anonimizacijo se ukvarja tudi Direktiva, ki določa, da naj se osebni podatki ne hranijo dalj časa v obliki, ki omogoča identifikacijo, kot je potrebno (6/1/e člen Direktive). Cilj te določbe je, da se takoj, ko je mogoče, zagotovi anonimizacija podatkov. Kakor hitro so namreč osebni podatki anonimizirani, ti podatki ne spadajo več v sklop osebnih podatkov.<sup>19</sup>

## 11. MEHANIZMI VARSTVA

Pacient lahko v skladu z načelom avtonomije odloči oziroma dovoli, da so pri izvedbi medicinskega posega ali zdravstvene oskrbe navzoče osebe, ki jih izbere sam. ZPacP te možnosti ne omejuje zgolj na tako imenovane »bližnje osebe«, ampak prepušča pacientu svobodo glede izbire takšne osebe. Edina predpostavka je, da navzočnost osebe ne predstavlja ovire za delo zdravstvenih delavcev ali zdravstvenih sodelavcev. Slabost je tudi, da ZPacP ni določil, koliko oseb je lahko navzočih. Kljub temu, da je v določenih primerih izvedljivo, da je prisotno več oseb, pa se postavlja vprašanje smotrnosti in dejanske koristi za pacienta (npr. pacient želi, da je pri medicinskem posegu prisotno vseh njegovih deset otrok). Privolitev za navzočnost teh oseb mora biti dana v obliki, ki se zahteva za privolitev v konkreten medicinski poseg oziroma zdravstveno oskrbo.

Navzoče so lahko osebe, ki imajo v konkretnem primeru pravico do privolitve v medicinski poseg oziroma zdravstveno oskrbo, če pacient ni sposoben odločanja o sebi in če je to glede na naravo medicinskega posega oziroma zdravstvene oskrbe izvedljivo (npr. pri otrocih, osebah, ki jim je bila odvzeta poslovna sposobnost); druge osebe, če tako določa zakon (npr. policist) (2. odst. 43. člena ZPacP).

---

<sup>19</sup> Hervey/McHale, str. 172.

ZVOP vsebuje vrsto zelo omejevalnih pravil za zbiranje, shranjevanje in uporabo podatkov. Posameznik pa lahko od upravljalca zbirke zahteva vpogled, izpis, pojasnilo, popravek zaradi netočnosti, izbris zaradi zastarelosti itd. Upravljalca zbirke osebnih podatkov mora za vsako posredovanje le-teh zagotoviti, da bo mogoče pozneje ugotoviti, kateri osebni podatki so bili posredovani, komu in na kakšni podlagi in sicer za obdobje, ko je mogoče zakonsko varstvo pravice posameznika zaradi nedopustnega posredovanja osebnih podatkov. Na ta način lahko posamezniki v primeru kršitve njihove individualne pravice do informacijske zasebnosti lažje uveljavljajo varstvo zoper upravljalca zbirke in zoper neupravičenega uporabnika.

Izvajalci zdravstvenih storitev morajo vsak ugotovljen ali sporočen primer nedovoljenega sporočanja ali druge nedovoljene obdelave osebnih podatkov (46. člen ZPacP).

Sodno varstvo lahko posameznik zahteva s tožbo pri upravnem sodišču (34. čl. ZVOP). Predviden je tudi upravni inšpekcijski nadzor, sankcije za kršitve pa so denarne kazni.

Za povzročeno škodo lahko prizadeti v skladu z zakonom uveljavlja odškodnino. Dejstva, da je bil osebni podatek uporabljen za neupravičene namene sicer ni mogoče več spremeniti, mogoče pa je zmanjšati duševno neugodje z odškodnino za nepremoženjsko škodo.

Za zlorabo osebnih podatkov, ki se smejo voditi samo na podlagi zakona ali na podlagi osebne privolitve posameznika, na katerega se osebni podatki nanašajo, je predvidena tudi kazenska odgovornost. Enako velja tudi za vdor v računalniško vodeno zbirko podatkov z namenom pridobiti sebi ali komu drugemu kakšen osebni podatek. Če stori kaznivo dejanje zlorabe osebnih podatkov uradna oseba z zlorabo uradnega položaja ali uradnih pravic, je predvideno strožje kaznovanje (143. čl. KZ-1).

Prav tako je kaznivo neupravičeno izdajanje poklicne skrivnosti. Preganja pa se na zasebno tožbo (142. čl. KZ-1).

Osebnosti podatke je mogoče navajati tudi v obliki žaljivega izražanja o konkretni osebi, s čemer je storjeno kaznivo dejanje razžalitve. Vendar pa storilcu ni mogoče očitati storitve kaznivega dejanja, če je bila navedba podatkov potrebna pri izvrševanju uradne dolžnosti ali pri obrambi kakšne pravice ali pri varstvu upravičenih koristi, če se iz načina izražanja ali iz drugih okoliščin vidi, da ni bilo namena zaničevanja (158. čl. KZ-1).

## **12. SKLEPNE MISLI**

Pravica zasebnosti je danes ena izmed najbolj cenjenih in želenih človekovih pravic. To so spoznali tako na mednarodnopravni ravni, saj je vključena v mnoge pomembne mednarodne in regionalne dokumente, kakor tudi na nacionalni ravni. V Sloveniji je pravica do zasebnosti opredeljena v URS, kjer je zagotovljena nedotakljivost človekove zasebnosti. Ena izmed temeljnih predpostavk, da se lahko zagotovi varstvo osebnosti, je tudi ustrezna ureditev varstva osebnih podatkov, kar prav tako predstavlja ustavno kategorijo. Pomembnost področja varstva osebnih podatkov je v zadnjih letih izredno pridobila na pomenu, kar se kaže skozi sprejetje krovnega zakona za varstvo osebnih podatkov (ZVOP). Za področje zdravstva je bil sprejet ZPacP, ki je v določenih primerih specializiral področje varstva osebnih podatkov, ki

se zbirajo, vodijo, obravnavajo in hranijo za potrebe medicinskih posegov in zdravstvene oskrbe.

#### UPORABLJENA LITERATURA:

- Čebulj, J.: Načela varstva osebnih podatkov na področju medicine, Pravna praksa 19/1998
- Čebulj, J. : Varstvo osebnih podatkov (38. člen Ustave), Nova ustavna ureditev Slovenije, Zbornik razprav, Pravna fakulteta v Ljubljani, Društvo za ustavno pravo Slovenije, ČZ Uradni list RS, Ljubljana, 1992/2.
- Čebulj, J.: Varstvo informacijske zasebnosti v Evropi in v Sloveniji, Inštitut za javno upravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 1992/1
- Deutsch, E., Spickhoff, A.: Medizinrecht, 6. Auflage, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg 2008
- Hervey, T. K., McHale, J., V.: Health Law and the European Union, Cambridge University Press, Cambridge 2004
- Korošec, D.: Zakon o pacientovih pravicah posebej z vidika kazenskega prava, Pravna praksa 10/2008, priloga II – VIII
- Kraljič, S.: Pravice pacientov v luči bodoče ureditve, Zbornik Pravne fakultete UM leto II, št. 1, Maribor 2006
- Lutterbeck, C., V.: Wenzel Frank, Hanbuch des Fachanwalts – Medizinrecht, Luchterhand, Koln 2007
- Pirc Musar, N. V: Pirc Musar Nataša et al., Zakon o varstvu osebnih podatkov (ZVOP-1) s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2006
- Simotta, Daphne-Ariane: Einige Probleme des Datenschutzes im Zivilverfahrensrecht, Österreichische Juristen Zeitung, I. 48, zv. 23, Manz, Dunaj 1993
- Trontelj, J., V: Polajnar-Pavčnik Ada/Wedam-Lukić Dragica, Pravo in medicini, Cankarjeva založba 1998
- Wedam-Lukić, D.: Uporaba zdravstvene dokumentacije v sodnih postopkih, Pravnik 1 – 3/1994
- Evropska konvencija o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah (Uradni list RS-MP, 7/1994)
- Direktiva 95/46/ES Evropskega parlamenta in Sveta o zaščiti posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov, UL L 281, 23.11.1995
- Ustava RS (Uradni list št. 33I/1991, 42/1997, 66/2000, 24/2003, 69/2004, 69/2004, 69/2004, 68/2006)
- Kazenski zakonik (KZ-1; Uradni list RS, 55/2008 (66/2008 popr.), 39/2009, 55/2009 Odl.US: U-I-73/09-19
- Zakona o pacientovih pravicah (ZPacP; Uradni list RS, št. 15/2008)
- Zakon o pravdnem postopku (ZPP; 73/2007-UPB3, 101/2007 Odl.US: Up-679/06-66, U-I-20/07, 102/2007 Odl.US: Up-2089/06-31, U-I-106/07, 45/2008-ZArbit, 45/2008, 62/2008 Skl.US: U-I-275/06-7, Up-811/07-7, 111/2008 Odl.US: U-I-146/07-34, 116/2008 Skl.US: U-I-253/07-6, Up-2118/06-6, 121/2008 Skl.US: U-I-279/08-8, 47/2009 Odl.US: U-I-54/06-32 (48/2009 popr.), 57/2009 Odl.US: U-I-279/08-14, 12/2010 Odl.US: U-I-164/09-13, 49/2010 Odl.US: U-I-8/10-10, 50/2010 Odl.US: U-I-200/09-14)
- Zakonu o varstvu osebnih podatkov -1 (ZVOP-1, Uradni list RS, št. 94/2007 – UPB1)
- Datenschutzgesetz - Österreichisches Datenschutzgesetz ( DSG; novela BGBl 370/1986)
- Judikat Vrhovnega sodišča RS, II IPS 460/97
- Odločba Ustavnega sodišča RS, št. U-I-25/95

## **B. ALTERNATIVNA MEDICINA**





## UREDITEV »ALTERNATIVNE MEDICINE«

### THE REGULATION OF »ALTERNATIVE MEDICINE«

UDK: 615.89

*mag. Viktor PLANINŠEC, univ. dipl. pravnik  
Vrhovni sodnik v pokoju*

#### **POVZETEK**

*Avtor se v prispevku ukvarja z ureditvijo alternativne in komplementarne medicine v Sloveniji. Opredeljuje sam pojem zdravilstva ter analizira pogoje za pridobitev licence. Prikazan je tudi položaj in pravice pacientov ter dolžnosti zdravilcev ter sistem izvajanja nadzora nad delom zdravilcev.*

#### **KLJUČNE BESEDE**

*Zdravilci, licenca, pacientove pravice, zbornica.*

#### **ABSTRACT**

*The author discusses about the regulation of alternative and complementary medicine in Slovenia. He gives special emphasis to the definition of term alternative medicine and analysis the conditions for the license acquisition. He presents also the position and rights of patients, the duties of alternative physicians and the exercising system for the supervision of alternative physicians.*

#### **KEY WORDS**

*Alternative physicians, license, patient's rights, chamber.*

#### **1. UVOD**

Beseda zdravilstvo je uveljavljen izraz za »alternativno in komplementarno medicino« (kratko v svetu uveljavljena kratica KAM) se bo tudi pri nas pravno uredilo s sprejemom Zakona o zdravilstvu (kratko ZoZ), ki ga je pripravilo Ministrstvo za zdravje in z vsebino, ki je bila in še bo deležna pohval in nasprotovanj v različnih strokovnih krogih. Na vsak način pa moramo biti izjemno zadovoljni, da je ministrstvo ugriznilo v to kislno jabolko, ki buri že desetletja duhove predvsem zaradi nastopanja samooklicanih a zavajajočih in dobičkarskih šarlatanov in mazačev (ti. modernih čarovnikov), kar meče slabo luč tudi na zdravilce, ki so strokovno in pošteno pomagajo pacientom pri njihovih težavah z metodami, ki so se v svetu že uveljavile.

Ni odveč omeniti, da je že Zakon o zdravstveni dejavnosti 1992. leta načelno uredil vprašanje dopustnosti zdravilstva in sicer z določbo 58. člena, da se sme uporabiti »preverjene in strokovno neoporečne dopolnilne tradicionalne in alternativne oblike diagnostike zdravljenja in rehabilitacije, ki ne škodujejo zdravju ljudi« in ki jih odobri minister za zdravstvo s soglasjem medicinsko – etične komisije, ministrstvo za zdravstvo pa mora dati dovoljenje za opravljanje posamezne oblike zdravljenja. Nujno potrebni podzakonski akti za realizacijo teh določb niso

bili nikoli sprejeti. Tudi Evropska unija ni sprejela pravno zavezujočih predpisov o KAM, ker je področje zdravstvene dejavnosti v notranji pristojnosti držav članic. Je pa Svet Evrope 1999. leta sprejel Resolucijo 1206 o nekonvencionalni medicini, ki poudarja načelo bolnikove svobodne izbire zdravljenja, in predlaga Evropski uniji, da prične s postopkom priznavanja določenih oblik KAM, med katerimi šteje za najbolj uveljavljene akupunkturo, homeopatijo, osteopatijo in kiropraktiko. Resolucija je tudi priporočala raziskave in strokovno usposobljenost izvajalcev nekonvencionalne medicine – tako zdravnikov kot praktikov. Evropski parlament sicer že deset let obravnava osnutek predpisa o nekonvencionalnih tehnikah zdravljenja. Tudi Svetovna zdravstvena organizacija je že 1976. leta podala podobno priporočilo za uveljavitev posameznih oblik KAM.

Podal bom glavno vsebino in rešitve predloga ZoZ, pri čemer posebej poudarjam, da se kot pravnik seveda v ničemer ne spuščam v vsebinsko ustreznost zakona, kajti to je stvar medicinske stroke.

## 2. OPREDELITEV ZDRAVILSTVA

Pomembna je **opredelitev zdravilstva** (2. člen) kot zdravilske dejavnosti, ki jo lahko izvajajo samo zdravilci, za izboljšanje zdravja in kakovosti življenja na način, ki ne škoduje zdravju (tu se postavlja vprašanje spontane pojave zapletov kljub strokovnemu vestnemu delu). Že ZoZ dovoljuje (4. člen) kot **zdravilske sisteme**: tradicionalno kitajsko zdravilstvo; tradicionalno indijsko zdravilstvo – ajurvedo in homeopatijo, druge sisteme pa bo v bodoče dovoljevala in evidentirala novoustanovljena Zdravilska zbornica ob soglasju Ministrstva za zdravje (5. člen). V okviru navedenih sistemov bodo dovoljene kot **zdravilske metode**: interakcija med umom in telesom (psihoterapija); biološko osnovane metode (aromaterapija, fitoterapija, od junija 2006 velja Pravilnik o tradicionalnih zdravilih rastlinskega izvora, sprejet na podlagi predpisov EU); manipulativne in telesne metode (masaža, kiropraktika, akupresura, osteopatija) in energijske metode (bioterapija).

Kot posebnost omenjam, da smo dobili tudi Pravilnik o homeopatskih zdravilih, izdanega na podlagi Zakona o zdravilih iz marca 2006 in to pod vplivom ureditve v EU, vendar pa homeopatska zdravila ne morejo v promet, ker homeopatija še ni dovoljena kot zdravilska dejavnost. Dovoljujemo pa akupunkturo, čeprav ostaja tradicionalna kitajska metoda kljub temu, da je to šolska medicina.

Resorno ministrstvo tudi za zdravilstvo je seveda Ministrstvo za zdravje, zato je tudi podana njegova pristojnost na nekaterih področjih ureditve zdravilstva, kar je razumljivo, saj je osnovna naloga ministrstva skrb za zdravje ljudi z izvajanjem zdravstvene dejavnosti in bodočega zdravilstva. Medicina ostaja osrednja veda za zdravje ljudi. Ministrstvo za zdravje ima splošni nadzor nad izvajanjem ZoZ in je tudi prekrškovni organ (43. in 44. člen).

## 3. ZDRAVILCI IN LICENCA

Zdravilsko dejavnost bodo izvajali le **zdravilci**, ne pa tudi zdravniki z licenco po Zakonu o zdravstveni dejavnosti. Zdravnik, ki se bo hotel ukvarjati z zdravilstvom, bo moral licenco vrniti Zdravniški zbornici (samo pripominjam, da marsikje po svetu zdravniki nimajo take

prepovedi). Zdravnik lahko na prošnjo bolnika poda le svoje mnenje o primernosti zdravilske metode, če ima za to potrebno znanje. Zdravilci bodo morali imeti kot minimalno zdravstveno izobrazbo znanje (6., 35. in 36. člen), ki jo daje srednja zdravstvene šola, homeopati pa bodo morali imeti končano medicinsko fakulteto, kar bodo dokazovali s spričevalom oz. z ustrezno javno listino. To velja tudi za dodatno dokazilo o strokovni usposobljenosti zdravilca za posamezni zdravilski sistem ali zdravilsko metodo. Zdravilci bodo morali voditi zdravilsko dokumentacijo o izvajanju zdravilstva. **Licenca** se bo podeljevala za sedem let, podaljševala pa se bo na podlagi dokazil o dodatnem strokovnem izpopolnjevanju in izobraževanju o stanju oz. razvoju stroke. Zaradi večje ali manjše napake se bo zdravilcu lahko trajno ali začasno odvzela licenca (37. člen). Po podelitvi licence bo Zdravilska zbornica vpisala zdravilca v register, kjer se bodo vodili podatki o zdravilskih sistemih in metodah, ki se konkretno izvajajo, vanje pa bo imel vsakdo pravico vpogleda (38. in 39. člen).

Zdravilci bodo lahko delovali organizirano kot gospodarska družba ali kot samostojni podjetnik posameznik (9. člen), kar pomeni, da je zdravilstvo pridobitna dejavnost (kar ne velja za zdravstveno dejavnost – vsaj ne v zavodih). Potrebna je registracija na sodišču oz. pri AJPES, pred pričetkom izvajanja dejavnosti pa bo potrebno pridobiti od Zdravilske zbornice dovoljenje za opravljanje zdravilske dejavnosti. Delo zdravilcev bodo plačevali pacienti sami, edino Zdravilska zbornica bo dobila sredstva iz državnega proračuna za izvajanje javnih pooblastil (za strokovni nadzor, izdajanje dovoljenja za zdravilsko dejavnost, za izdajanje licence in vodenje registra).

#### 4. PRAVICE PACIENTOV IN DOLŽNOSTI ZDRAVILCEV

**Pacient – t. im. uporabnik storitve** ima pravice (17., 11., 13., 14., 15., 16. člen):

- do kakovostne in varne zdravilske obravnave v skladu s **standardi zdravilske dejavnosti, in Kodeksom poklicne etike zdravilcev**, oboje sprejme Zdravilska zbornica;
- do varstva zasebnosti (v skladu z Zakonom o varstvu osebnih podatkov);
- do vpogleda in prepisa zdravilske dokumentacije;
- do zdravilčevega **pojasnila** o vrsti in načinu uporabe zdravilskega sistema oz. metode, nakar mora zdravilec pridobiti pacientovo pismeno soglasje;
- da je opozorjen, da morebitna odklonitev že izvajanega medicinskega zdravljenja lahko privede do škodljivih posledic za zdravje;
- da je napoten k zdravniku, če zdravilec posumi na hujšo bolezen ali poslabšanje kronične bolezni in da na noben način ne sme zdravilec pacienta odvrnati od medicinskega zdravljenja, sicer je za vse navedeno odgovoren;
- pravico do pritožbe pri družbi in nato še na Zdravilsko zbornico.

Po ZoZ (11. člen) da pismeno soglasje za zdravilski poseg za otroke do 15. leta zakoniti zastopnik. To se ne ujema z določbo Konvencije OZN o otrokovih pravicah (12. člen), da imajo otroci do 18. leta, se pravi tudi do 15. leta pravico do svobodnega izražanja, mnenja, katerega tehtnost se presoja v skladu z otrokovo starostjo in zrelostjo, se pravi kognitivno sposobnostjo.

Na drugi strani pacientovih pravic so seveda dolžnosti zdravilca, predvsem da deluje s skrbnostjo dobrega strokovnjaka v skladu s strokovnimi standardi in kodeksom poklicne etike.

Posebej je tudi določena njegova obveznost, da se mora pred obravnavo pacienta seznaniti z njegovimi zdravstvenimi težavami (z razgovorom in tudi z vpogledom v medicinsko dokumentacijo). Zdravilec se mora obvezno zavarovati za morebiti povzročeno škodo.

**Nadzor** nad delom zdravilca ima Zdravilska zbornica (41. člen). Zbornica ima pravico nadzora nad zdravitelci in glede na ugotovitve lahko izreče sledeče ukrepe:

- dodatno strokovno izpopolnjevanje;
- odprava sistemskih organizacijskih pomanjkljivosti,;
- odvzem dovoljenja za opravljanje zdravilske dejavnosti;
- odvzem licence.

Pri Zdravilski zbornici bo pomemben odbor za strokovna etična vprašanja.

## **5. STATUS OBSTOJEČIH »ZDRAVILCEV«**

Posebej so pomembne prehodne določbe ZoZ (49. člen), ker se nanašajo na ureditev statusa oseb, ki že opravljajo zdravilsko dejavnost. Te osebe morajo urediti svoje delovanje kot gospodarska družba ali podjetnik v treh mesecih po ustanovitvi Zdravilske zbornice in vložiti predlog za pridobitev dovoljenja za opravljanje zdravilske dejavnosti. To pomeni, da mora zdravilec pridobiti javno listino o potrebni zdravstveni izobrazbi in za usposobitev za določeno zdravilsko metodo. Če teh pogojev ne bo izpolnil, bo lahko dosegel licenco le po rednih pogojih iz 35. člena. Pri vsem tem povzemam iz konteksta ZoZ, da bodo lahko obstoječi »zdravitelci« pridobili licenco le za tiste sisteme in metode, ki jih dovoljuje ta zakon (4. člen). Ne bi bilo prav, da bi lahko »zdravitelci« še dalje delovali z zakonsko nedopustnimi sistemi in metodami.

Kot že povedano, smo z ZoZ napravili najpomembnejši korak za ustrezno strokovno in pravno ureditev občutljivega področja KAM. Gotovo bo treba v teku časa še marsikaj strpno uskladiti tako s strani zdravnikov kot zdravitelcev z upravičenimi družbenimi oz. strokovnimi potrebami, ki se bodo pojavile pri nas in v svetu, predvsem v Evropski uniji in Svetovni zdravstveni organizaciji. Zapirati oči pred KAM oz. zdravilstvom lahko vodi le v nedopustno entropijo, saj mora biti vsaka znanost odprta za poti k napredku in dobrobiti ljudi (predvsem zaradi človekove determiniranosti pred naravnimi danostmi). Predvsem na ta način bo najlažje doseči konec ali vsaj onemogočanje šarlatanstva in mazaštva.

## **LITERATURA**

Zakon o zdravilstvu (ZZdrav; Uradni list RS, št. 94/2007)

Zakon o zdravstveni dejavnosti (ZZDej; 23/2005-UPB2, 15/2008-ZPacP, 23/2008, 58/2008-ZZdrS-E, 77/2008-ZDZdr)

Pravilnik o homeopatskih zdravilih za uporabo v humani medicini (Uradni list RS, št. 94/2008)

# MEDICINSKO LICENZIRANJE KOMPLEMENTARNIH OBLIK ZDRAVLJENJA V SLOVENSKI MEDICINI

## MEDICAL LICENSING OF COMPLEMENTARY HEALING FORMS IN SLOVENIAN MEDICINE

UDK: 615.89(497.4)

*Prim. dr. Zmago TURK, dr. medicine  
Oddelek za fizikalno in rehabilitacijsko medicino  
UKC Maribor*

### POVZETEK

*Avtor izhaja iz stališča, da je sistem zdravstvene oskrbe sestavljen iz treh osnovnih oblik: klasične zahodne medicine, tradicionalnih vzhodnih metod zdravljenja in tradicionalne medicine. Avtor v prispevku posebej razpravlja o možnosti licenciranja komplementarnih oblik zdravljenja v Sloveniji in kateri pogoji bi morali biti postavljeni za pridobitev licence.*

### KLJUČNE BESEDE

*Komplementarna medicina, akupunktura, balneologija, licenca.*

### ABSTRACT

*The author derives from the consideration that the health care system consists of three basic forms: traditional Western medicine, traditional Eastern methods of health and traditional medicine. This paper specifically discusses the possibility of licensing of complementary therapies in Slovenia and what conditions should be placed to obtain a license.*

### KEY WORDS

*Complementary medicine, acupuncture, balneology, license.*

### 1. HIPOTEZA

- a) **Vse, kar je dokazljivo, vedno ne pomaga**
- b) **Vse, kar je nedokazljivo, pogosto pomaga**

Sistemi zdravstvene oskrbe po svetu so sestavljeni iz treh osnovnih oblik:

- klasične zahodne medicine, s katero se zdravi večina prebivalcev na zahodni polobli zemlje;
- tradicionalne vzhodnjaške metode zdravljenja, s katero se zdravi vzhodni del prebivalstva na zemlji;
- tradicionalne medicine - medicina, ki se prenaša iz roda v rod in večinoma temelji na ustnih prenosnih informacijah v vseh časih in prostorih.

Sodobna zahodna šolska medicina, ki jo imenujemo tudi ortodoksna medicina, znanstvena medicina in ki se uči na medicinskih šolah ter je uradno priznana v različnih političnih sistemih.

Na drugi strani se formirala skupina alternativne medicine – dopolnilne medicine, nekonvencionalne medicine, komplementarne medicine, ki združuje vse tiste oblike zdravljenja, ki jih zahodna medicina ne prizna, predvsem zaradi pomanjkanja znanstvenih dokazov o učinkovitosti in neškodljivosti teh metod. Dejstvo pa je, da večina statistik v zahodnem svetu ugotavlja, da se skoraj polovico prebivalstva koristi z eno od teh metod v svojem načinu ohranjanja zdravja. V raziskavi zakaj bolniki koristijo tako imenovane alternativne – nedokazljive metode zdravljenja, najdejo sledeče razlage:

- depersonifikacija osebnosti
- kemikalizacija terapije
- agresivnost sodobnih medicinskih posegov
- visoki stroški sodobne tehnologije v medicini in
- slaba organizacija zdravstvenega sistema (čakalne dobe, slaba komunikacija z bolniki)

S prihodom računalništva, zapisov in administracije, se popolnoma depersonificira osebnost bolnika, ki postaja vedno bolj primer – številka in se popolnoma izgubi njegova intimnost in osebnost. Običajno so vsi njegovi podatki dosegljivi različnim nivojem zdravstvenega sistema, kar bolnika depersonificira.

Kemikalizacija – agresivnost farmacevtske industrije, ki vedno znova ustvarja nove medikamente, ki pa imajo vedno večjo možnost zapletov, komplikacij, kontraindikacij in interakcij. Ko bolniki prebirajo priložena navodila, se podzavestno ali pa zavestno, odrečejo takšnemu načinu zdravljenja.

Sodobne diagnostične metode so pogosto zelo agresivne in posegajo v intimnost človeškega telesa (endoskopija, rektoskopija, gastroskopija, laparatomija, artroskopija itd.). Vse te metode povzročajo bolniku določeno bolečino, nelagodje in jih bolniki pogosto odklanjajo. Večina alternativnih oblik zdravljenja poteka v zasebnih prostorih, v intimnejši atmosferi, brez obilne administracije, vezane zgolj na finančna sredstva in nekritičnost posameznih alternativnih terapevtov.

Tako danes alternativno »medicino« delimo v štiri osnovne oblike:

- a) tradicionalno medicino
- b) nekonvencionalne oblike zdravljenja
- c) šarlatanstvo in mazaštvo.

V tradicionalno medicino, ki se je ohranjala skozi tisočletja in bazira na zapisih in izkušnjah v večini nezdavnikov spadajo:

- akupunktura
- manualna medicina
- homeopatija in
- fitoterapija.

Nekatere oblike so že prestale strogo cenzuro šolske medicine in se uvajajo v zdravljenje tudi v zahodnem svetu (akupunktura, manualna medicina). Slovenski medicinski prostor se že desetletja trudi formirati pravilen odnos do nekonvencionalnih oblik zdravljenja v odnosu na mazaštvo in šarlatanstvo. V Sloveniji imamo dve možnosti:

1. ortodoksno trditev, da slovenska medicina nima alternative in vsakdo, ki jo ima, bo prebit na križ,
2. liberalnejši odnos, sprejemati možnost drugačnosti, vendar zahtevati preverjenost, kontrolo, predvsem pa neškodljivost alternativnih oblik zdravljenja.

V slovenski medicini smo to uspeli realizirati z akupunkturo in manualno medicino, ki smo jo že uvedli v zdravljenje v slovenskem prostoru. Vendar še vedno ni dogovorjena licenca in možnost verifikacije, priznanja na tem področju.

Ortodoksno stališče, da zdravnik z medicinsko diplomom ne more opravljati in proučevati nekatere nekonvencionalne oblike zdravljenja, je po moji oceni v aktualnem trenutku odnosa do alternativne medicine, preoster. Najverjetneje res obstaja dilema v razmišljanju, pristopu in dejanju zdravnika, ki se je izobrazil na podlagi dokazljivih metod zdravljenja na eni strani, na drugi strani pa prebira podatke, ki so večinoma prikazani iz nemedicinskih medijev. Še posebej je v dilemi takrat, ko mora odgovoriti na vprašanje, ki mu ga je zastavil pacient, o uporabi teh metod. V strokovnih sekcijah, posebej v Združenju za fizikalno in rehabilitacijsko medicino in Združenju za zdravljenje bolečine, smo bolniku najbolj izpostavljeni odločitvam o nasvetih pacientom. Še posebej zato, ker metode, ki jih uporabljamo v vsakdanjem zdravljenju v bolnišnicah in zdravstvenih domovih, pogosto ne pomagajo odpraviti težav bolnikov, ki iščejo vse možnosti za odpravo bolečin ali drugih nevšečnosti. Tako smo verificirali akupunkturo v slovenskem prostoru predvsem kot protibolečinsko terapevtsko metodo, čeprav je v osnovi protibolečinsko delovanje zasnovano na tradicijah vzhodnjaškega razmišljanja in je protibolečinsko delovanje, ki je verificirano (Pomerans, 1976) preko enkefalinov in endorfinov sekundarno dejstvo same akupunkture. Znotraj združenja za akupunkturo smo pripravili poseben edukativni projekt izobrazbe posebnega znanja s področja akupunkture in ga predstavili tudi zdravniški zbornici, vendar je ta projekt zastal. Znotraj tega smo predlagali podiplomski študij iz akupunkture v trajanju dveh semestrov (700 ur – 30 ECTS). Edukacija je sestavljena iz treh preverjenih izpitnih področij:

- Prvo področje: osnove akupunkture in tradicionalne kitajske medicine, po katerem se opravi izpit A;
- Klinično delovanje akupunkture z vajami v edukativnem centru v Ljubljani in Mariboru, izpit B;
- In izpit C: tritedenski tečaj zaključka akupunkture v centru WHO v Pekingu z zaključnim izpitom in diplomom WHO centra.

Takšen podiplomski študij bi bil verificiran pri ljudeh, ki bi to opravili, kot posebno znanje in kot taka bi bila dodeljena tudi licenca za opravljanje akupunkture.

## **2. MANUALNA MEDICINA**

To smo v slovenski prostor prenesli v zgodnjih osemdesetih letih preko Oddelka za fizikalno in rehabilitacijsko medicino Splošne bolnišnice v Mariboru in Inštituta za rehabilitacijo. Predvsem smo jo razvijali znotraj fizioterapevtske dejavnosti oz. tako imenovane konzervativne ortopedije. Tudi za manualno medicino obstajajo edukativni programi v svetu in tako smo predlagali povzeti edukativni program iz nemškega združenja za manualno medicino iz Berlina, kjer se zahteva za diplomom s področja manualne medicine zdravniška izobrazba in tudi posamezne specializacije. Glede na specializacijo je prirejen tudi podiplomski tečaj, ki je

nekoliko spremenjen in skrajšan za strokovnjake, ki se ukvarjajo z gibalnim sistemom (ortoped, fiziater, nevrolog, travmatolog). Pred leti smo se navezali na šolo manualne medicine prof. Levita iz Prage, ki jo je vodila doc. dr. Eva Richlicova. Te tečaje smo izvajali v tritedenskem programu, vendar so pozneje izzveneli in jih nismo nadaljevali. Tako tudi za področje manualne medicine predlagamo podiplomsko izobraževanje po projektu v Evropi v trajanju 260 ur za zdravnike specialiste in skoraj 700 ur za zdravnike splošne prakse. Za razliko od nekaterih držav v Evropi smatramo, da je fizioterapevtska izobrazba premalo za edukacijo s področja manualne medicine in enako mislimo za prihajajoče strokovnjake predvsem iz Združenih držav Amerike (doktorji kiropraktike) čeprav je njihova edukacija dokaj dobra, imajo 4 letni fakultetni študij, vendar so pomanjkljivi v področju internističnega znanja. Tečaj iz manualne medicine traja v intenzivnem programu na šestih nivojih in se nadgrajuje za posamezne specialnosti (od 10 – 12 ECTS). Na podlagi teh opravljenih edukacij bi zdravniška zbornica po zaključnih izpitih izdala licenčno potrdilo za izvajanje manualne medicine.

### **Še vedno je odprt problem balneologije in balneoterapije.**

V Sloveniji je kar 70 zdravnikov zaposlenih v slovenskih zdraviliščih, kjer izvajajo program pri uporabi naravnega faktorja. Zato smo v Inštitutu za balneologijo in medicinsko klimatologijo Univerze v Mariboru pripravili poseben tečaj, ki smo ga posneli po evropskem združenju za balneologijo (prof. dr. Bender), kjer bi zainteresirane zdravnike educirali s področja balneologije. Tečaj iz balneologije je nekoliko krajši in zavzema 15 ECTS (ca 260 ur vaj, seminarjev in predavanj). Na koncu se predlaga izpit in na podlagi tega dokumenta predlagamo zdravniški zbornici izdajo licence za balneološko dejavnost v slovenskih zdraviliščih. Takšna izobrazba bi dvignila strokovni nivo zdravniških ekip v slovenskih zdraviliščih, ki so v zadnjih 15 letih izredno nazadovale, tako številčno kot tudi strokovno. Zaradi zmanjšanja pošiljanja bolnikov v zdravilišča preko ZZS se poslovneži v slovenskih zdraviliščih preusmerjajo na rekreativne dejavnosti in se zanemari pravo področje balneologije in medicinske rehabilitacije. Znotraj teh programov bi zdravnike izobrazili tudi za preventivne programe pri posameznih dejavnostih in uporabo balneologije oz. naravnega faktorja v zdravstvene namene.

Zgoraj navedene dejavnosti, ki se danes še vedno prištevajo v nekonvencionalne oblike zdravljenja uvajamo tudi v sistem zdravstvenega zavarovanja v slovenskem prostoru in s tem kredibilnost posameznih postopkov. Zgornje dejavnosti ne podležejo zakonu o zdravilstvu, ki je trenutno v javni razpravi in ki doživlja iz dneva v dan različne spremembe. Stališče slovenskih zdravniških krogov, da je potrebno tudi zdravilcem imeti potrebno medicinsko izobrazbo, ki je osnovna za razumevanje človeškega organizma in bolezninasploh. Brez temeljnega znanja anatomije in delovanja osnovnih človeških funkcij, je nemogoče razmišljati na bilo kateri način o zdravju, pa naj bo to psihičnem, telesnem, energetskem ali terapevtskem smislu. Temu znanju je potrebno dodati posamezno vedenje o zdravilstvu, tako na področju fitoterapije, helioterapije, talasoterapije in slično. Vprašljive so seveda vse energoterapevtske metode, ki jih je težko povezati z osnovnimi znanji človeškega bitja. Tudi glede homeopatije bo slovenska strokovna znanost morala zavzeti stališča, ki bodo podobna stališčem drugih evropskih držav v evropski zvezi. Vendar je potrebno tudi tukaj uporabiti stroga stališča edukacije, povezave, predvsem pa kontrole homeopatov.

Če v zaključku poskušam analizirati postavljene hipoteze, potem lahko zaključimo, da obe hipotezi držita. Pogosto, vse kar je znanstveno dokazano in se danes uporablja v sodobni



medicini, ne pomaga in drugo, pogosto se zgodi, da nedokazljive metode, za katere nimamo znanstvene podlage, pomagajo. Zato si zaslužijo, da jih ne prezremo (saj se z njimi zdravi četrtnina bolnikov), vendar moramo predvsem iskati njihovo neškodljivost, predvsem pa poudariti eventualno škodljivost pri zamujanju za resne medicinske diagnostične in terapevtske postopke. Trdno verjamem, da bo slovenska medicina, ki je priznana v svetu, ohranila svojo strokovnost in ugled kljub temu, da bo poslušala tudi možnosti drugačnosti. Dokaz za to je razvoj medicine skozi stoletja, vendar mora ta drugačnost prenesti vse strokovne in moralne preizkuse, da bi lahko bila verodostojna. Brez tega ni drugačnosti.



## PRAVNI VIDIKI LICENCIRANJA V KOMPLEMENTARNI MEDICINI

### LEGAL VIEWS OF LICENCING IN THE COMPLEMENTARY MEDICINE

UDK: 615.89(497.4)

*Dr. Ludvik TOPLAK, univ. dipl. pravnik  
Redni profesor*

#### **POVZETEK**

*Avtor se v prispevku ukvarja z ureditvijo licenciranja na področju alternativne medicine Sloveniji. Poudarja, da večina držav danes dovoljuje zdravnikom, da uporabljajo komplementarne metode in sodelujejo z zdravilci v dobro bolnika. Avtor se v prispevku ukvarja tudi z licenco, in sicer pogoji za njeno prvo pridobitev, podaljšanjem, prenehanjem in vodenjem registra licenc.*

#### **KLJUČNE BESEDE**

*Alternativna medicina, zdravilci, licenca, register, zbornica.*

#### **ABSTRACT**

*The author discusses about the regulation of licensing on the field of the alternative medicine. He stresses, that most countries allow physicians to use complementary methods and to cooperate with the alternative physician in patient's best interest. Author describes also the questions relating to the license, as the conditions for the first acquisition of the license, prolongation, ending and the how to keep the license register.*

#### **KEY WORDS**

*Alternative medicine, alternative physicians, licence, register, chamber.*

#### **1. UVOD**

Uvodoma je potrebno definirati pojme komplementarna medicina, nekonvencionalna medicina, integrativna medicina in zdravilstvo za razliko od pojma (konvencionalne) medicine. Potrebno bo tudi definirati pojem licenciranje.

Komplementarna medicina v praksi pomeni načine zdravljenja, ki niso vključeni v konvencionalno medicino, v praksi pa obstajajo. Komplementarna medicina se definira, za razliko od znanstveno dokazljive zahodne medicine, kot znanstveno nedokazljiva, empirična, integrativna, vzhodna medicina ali zdravilstvo.

## 2. LICENCIRANJE

Licenca pomeni dovoljenje določeni osebi, da izvršuje določeno pravico ali rabi določeno stvar. Glede na subjekt ločimo javno licenco, ki jo podeljuje država z aktom oblasti za opravljanje določene dejavnosti ali uporabo določene stvari. Zasebno licenco pa podeljuje izvirni nosilec pravice drugi osebi, upravičencu, da uporablja določeno stvar ali opravlja določeno dejavnost, praviloma v mejah pogodbe (pri izumih ali blagovnih znamkah). Javni licenci rečemo tudi koncesija, ki jo da država, ko podeli pravico opravljanja določene dejavnosti iz javne domene.

Licenciranje v komplementarni medicini je posebej sporno, ker pri nas to vprašanje pravno ni urejeno. Ko govorimo o licenciranju, je potrebno pravno eksaktno definirati pojme. V praksi se je definiral pojem medicina ali konvencionalna medicina. Zadnje čase se tudi pri nas v praksi opredeljuje nekonvencionalna medicina, to je tista medicina, ki se sistemsko ne študira, se pa v praksi uporablja in tolerira, kot so akupunktura, manualna medicina, fitoterapija in homeopatija. Številne druge oblike zdravilstva niso pravno definirane, se pa tudi v praksi izvajajo pod splošnimi predpisi za opravljanje gospodarske dejavnosti brez vsakega strokovnega kriterija, institucionaliziranega nadzora, sistemsko predpisanega izobraževanja in s tem tudi pravno sistemskega reda.

Glede na to, da je zdravje v javnem interesu, so evropske in tudi druge države zdravje in vse dejavnosti povezane z zdravjem, v 19. stoletju razglasile za javno službo v javnem interesu in stopnjevale v javni nadzor vse do srede 20. stoletja. Nadzor so izvrševali z licenciranjem ali s poddržavljanjem. Nadzor se izvršuje tako, da je država predpisala različne pogoje:

- institucionalno obliko (neprofitni zavod ali profitno podjetje),
- strokovnost, izobrazbo (medicinsko fakulteto, drugo fakulteto, visoko strokovno šolo, srednjo šolo,...),
- materialno tehnične pogoje (tehnično opremo, potrebno za izvajanje koncesije),
- kadrovsko sestavo (eden ali več strokovno usposobljenih zaposlenih),
- sanitarne predpise za varno opravljanje dejavnosti,
- časovno omejenost licence ter možnosti podaljšanja,
- prioritete kriterije pri podelitvi licence,
- lokalna distribuiranost po regijah oz. po številu prebivalcev,
- finančne pogoje izvajanja dejavnosti (cenik),
- finančni in sanitarni nadzor,
- organizirani strokovni nadzor, ki ga izvaja področna zbornica ali direktno ministrstvo v prehodnem obdobju, do formiranja zbornice ali trajno.

Zgodovinska primerjava kaže, da se je sredi 20. stoletja začel nasproten proces pod različnimi imeni: človekove pravice in parlamentarna demokracija v politiki, tržna ekonomija v gospodarstvu, deregulativa (po Ronaldu Reaganu) na področju javnih služb, reprivatizacija (po Margaret Thatcher), avtonomija univerze v visokem šolstvu. V tem procesu je potrebno najti novo formulo. Med javnim in privatnim sektorjem, ki se mu reče »public private partnership« (PPP), kjer se išče pravo mero med privatno iniciativo, podjetništvom (profitom) na eni strani ter javnim interesom, državo (javno zdravje in blagostanje) na drugi strani. To protislovje se rešuje s podeljevanjem licence, koncesije kot javnega akta ter pogodbo v mejah koncesije, ki jo skleneta država ali od države pooblaščen zbornica ter koncesionar.

### 3. SISTEMSKI PRISTOP

Proces, ki traja od srede 20. stoletja pod različnimi imeni v politiki, gospodarstvu, zdravstvu, visokem šolstvu pomeni tudi sistemsko prestrukturiranje prava med tako imenovanim javnim in zasebnim. V stoletju do srede 20. stoletja se je širila sfera javnega in ožila sfera privatnega, civilnega (imperializacija javnega prava). Nasproten proces, ki se je začel sredi 20. stoletja in širi sfero privatnega, civilnega (imperializacija civilnega prava), terja celoviti pristop tudi na področju zdravstva in upoštevanje številnih vplivov. Tako na primer tudi staranje prebivalstva na severni polobli. Samo za ilustracijo, v ZDA je pred 10 leti primanjkovalo 32 tisoč negovalk, danes 192 tisoč, leta 2014 pa bodo potrebovali 1 milijon 200 tisoč negovalk, če bodo vpričo staranja prebivalstva želeli zadržati sedanji standard nege.

To terja celovit sistemski pristop, ki upošteva ekonomske faktorje (zmanjšuje se sfera državne ekonomije), politične faktorje (povečuje se civilna osveščenost državljanov), kulturološke faktorje (princip enakosti za vse), socialne faktorje (občutek pravičnosti), demografske in druge faktorje. Vse to sili k reformi sistema k večjemu angažiranju privatnega kapitala in stimuliranju privatnega kapitala s tako imenovanimi davčnimi olajšavami, kar v Sloveniji žal ni primer. Razlikovati moramo tudi ameriško in angleško tradicijo, kjer etatizacija univerz in šolstva ni bila tako močna, kot je bila na evropskem kontinentu. Zato so mnoge izkušnje Amerike in Anglije danes zelo koristne tudi za nas. Posebej pomembno pa je, da se ob »ukinjanju« javnega, državnega v procesu tako imenovane deregulacije in privatizacije ne ustvari praznine ali ne ustvari prostor pretirane komercializacije (ali celo korupcije) na škodo bolnika. Spričo vseh teh okoliščin sodobne zakonodaje iščejo rešitev tudi v komplementarni medicini, ki je lahko samo komplementarna, dopolnitev obstoječe.

Ta proces se je dotaknil tudi nas, zlasti po letu 1990, ko se pospešeno uvaja tržna ekonomija, deregulativa, reprivatizacija in avtonomija visokega šolstva.

Osnovna dilema, ki se postavlja je: kako zavarovati javni interes, kvaliteto zdravja in zdravstvene službe na eni strani za kar je odgovorna država ter privatni interes podjetništva, zaslužek in racionalizacijo poslovanja.

V Sloveniji je bilo več iniciativ strokovne, politične, ali podjetniške narave. Tako na primer zlasti ob 6. Mednarodni konferenci kognitivnih znanosti oktobra leta 2003, ki ga je organiziral Inštitut Jožef Štefan, ko so številni "zdravniki, zdravstveni delavci in predstavniki drugih akademskih strok" pozvali zdravniško zbornico Slovenije naj ne pogojuje podaljšanja licence zdravnikom s podpisom posebne izjave, da se zdravniki ne bodo ukvarjali z zdravilstvom oz. mazaštvom. Tu sta posebej poudarjena homeopatija in kiropraktika, podpisniki so izrazili tudi nezadovoljstvo, da se komplementarno medicino šteje kot škodljivo, nepreverjeno, bolnikom nevarno za zdravnike pa nečastno ter karakterizirano kot »mazaštvo«.

Poudarja se tudi, da večina držav danes dovoljuje zdravnikom, da uporabljajo komplementarne metode in sodelujejo z zdravilci v dobro bolnika.

V peticiji so pozvali k dialogu, raziskovanju, izobraževanju in sprejemanju novih dejstev, ki jih prinaša čas.

Primerjalno pravna analiza kaže, da so v večini držav komplementarne metode zdravljenja organizirana služba pod nadzorom države, pravno definirana in pravno urejena ter institucionalno organizirana glede izobraževanja, izvajanja dejavnosti, strokovnega nadzora ter nadaljnjega strokovnega izpopolnjevanja. Tako na primer National Center for Complementary and Alternative Medicine (NCCAM) v ZDA, ki povezuje raziskovalne centre, vključno z »centers of excellence for research« na področju akupunkture, antioksidantov, energetske medicine, herbalne terapije, kitajske medicine in drugo. NCCAM organizira tudi profesionalno izobraževanje, vključno tudi z dodiplomskim, podiplomskim, doktorskim in postdoktorskim študijem. Organizirano je tudi strokovno in kontinuirano strokovno izobraževanje na daljavo ter akreditacija in rangiranje akademskih programov.

Analiza tujih pravnih sistemov kaže, da vprašanje komplementarne medicine na novo urejajo tudi nekatere postsocialistične zakonodaje. Tako je na primer Srbija leta 2005 z zakonom o zdravstveni zaščiti delno uredila vprašanje uporabe postopkov tako imenovane tradicionalne medicine, kar vključuje komplementarne in alternativne metode in postopke, diagnostike zdravljenja in rehabilitacije, ki blažilno vplivajo na človekovo zdravje, ki so dokazani in strokovno nesporni. Predviden je tudi poseben pravilnik, ki podrobneje ureja izvrševanje metod in postopkov tradicionalne medicine v skladu z licenco, ki jo izda ministrstvo za zdravje. Tradicionalno medicino smejo opravljati samo osebe, ki imajo opravljeno medicinsko, stomatološko ali farmacevtsko fakulteto kot tudi drugo šolo zdravstvene stroke, ki dopušča neposredno izvajanje zdravstvene dejavnosti v ustanovi ali privatni praksi.

Tudi ta proces izziva v Sloveniji zdravnike in zdravilce. V ta namen je bil leta 2007 sprejet Zakon o zdravilstvu, ki je uredil zdravilsko dejavnost, vrste, izvajalce, način opravljanja, zbornico in nadzor. V praksi je sporna definicija, ki opredeljuje zdravilstvo kot dejavnost, ki jo opravljajo zdravilci za izboljšanje zdravja in kakovosti življenja in ne temelji na spoznanjih medicinske vede. Posebej obširno ZoZ predstavlja zbornico (namen, naloge, javna pooblastila, zbornični nadzor, statut, organi in organizacija).

Zakon nadalje ureja pogoje za pridobitev, podaljšanje in odvzem licence, register, zbiranje podatkov in javnost registra, notranja pravila zbornice ter strokovni nadzor.

Pogoji za pridobitev prve licence so:

- pridobljena nacionalna poklicna kvalifikacija ali končana najmanj srednja šola zdravstvene smeri z izkazanimi dvoletnimi delovnimi izkušnjami na področju zdravilske dejavnosti ali končana medicinska fakulteta s pridobljenimi znanji iz homeopatije,
- opravljen zbornični preizkus za posamezni zdravilski sistem ali zdravilsko metodo,
- aktivno obvladovanje slovenskega jezika (na dvojezičnih področjih tudi italijanščine in madžarščine),
- potrdilo, da ni pravnomočno obsojen (36. člen).

Zakon nadalje predvideva podaljšanje licence s pogojem, da zdravilec nabere zahtevano število točk, ki dokazujejo njegovo nadaljnje strokovno usposabljanje oz. izpopolnjevanje, v nasprotnem primeru se predvideva poseben zbornični preizkus za poseben zdravilski sistem oz. zdravilsko metodo (37. člen).

Po zakonu se zdravilcu lahko začasno ali trajno odvzame licenca zaradi hujše kršitve kodeksa poklicne etike zdravilcev ali zaradi kršitev standardov zdravilske dejavnosti v primerih, ki so taksativno naštetih v zakonu (38. člen).

Licenca se trajno odvzame, če se ugotovi, da zdravilec ne izpolnjuje pogojev za licenco, če postane trajno nezmožen za delo, če so ugotovljene večje strokovne napake pri delu, če je pravomočno obsojen, če se ugotovijo nepravilnosti v postopku izdaje licence. Prav tako pride do odvzema, če zdravilec ni pridobil dokazil o izpolnjevanju pogojev za pridobitev ali podaljšanje licence na zakonit način oziroma je za pridobitev ali podaljšanje licence navedel lažne podatke.

Začasno se odvzame licenca, če se ugotovi, da zdravilec ogroža zdravje in življenje pacienta, če je zdravilcu izrečen varnostni ukrep prepovedi, če je pravomočno obsojen. Začasna prepoved traja za čas prepovedi oz. najdlje za pet let.

Zakonska ureditev predvideva tudi register o podeljenih licencah, v katerega se vpisujejo podatki osebne strokovne in organizacijske narave (39. člen). Register je javen, kar pomeni, da ima vsakdo pravico pridobiti podatke o zdravilcu oz. njegovi dejavnosti (40. člen).

Zakon tudi določa, da zbornica z avtonomnim aktom podrobneje uredi podelitev, podaljšanje in odvzem licence ter način vpisovanja v register (41. člen).

V prehodnih določbah je urejen tudi nadzor nad izvajanjem zakona, kazenske in končne določbe.

Na podlagi vsega povedanega sklepamo, da je licenciranje v komplementarni medicini ključni pravni instrument države, s katerim neposredno ali posredno preko področne zdravilske zbornice ter v skladu s kodeksom etike zdravilstva nadzira zdravilsko dejavnost in s tem zagotavlja zdravje in blagostanje v državi, komplementarno sistemu konvencionalne medicine.





## **ALTERNATIVNA MEDICINA U SRBIJI\***

### **ALTERNATIVNA MEDICINA V SRBIJI**

### **ALTERNATIVE MEDICIN IN SERBIA**

**UDK: 615.89(497.1)**

*Dr. Vuk STAMBOLOVIĆ, dr. medicine  
Profesor v pokoju  
Medicinska fakulteta Univerze v Beogradu  
Združenje za javno zdravje Srbije  
Član Komisije za tradicionalno medicino Ministrstva za zdravje Srbije*

*Dr. Marija DRAŠKIĆ, univ. dipl. pravica  
Sodnica Ustavnega sodišča Srbije  
Redna profesorica  
Pravna fakulteta Univerze v Beogradu*

#### **POVZETEK**

*Avtorja v prispevku opisujete razvoj alternativne medicine v Srbiji. Izpostavljata, da je danes v Srbiji prisotnih 63 alternativnih pristopov, ki pa se lahko uporabljajo le, če so izpolnjeni z Zakonom o zdravstvenem varstvu predpisani pogoji. Postopke alternativne medicine lahko v Srbiji izvajajo samo osebe, ki imajo končano medicinsko, stomatološko ali farmacevtsko fakulteto ter drugo šolo zdravstvene stroke in ki poklic opravljajo v zdravstveni ustanovi ali zasebni ordinaciji. Pridobiti morajo licenco Ministrstva za zdravje. S tem je onemogočeno, da bi se na zakonit način z alternativno medicino ukvarjale osebe, ki ne izpolnjujejo predpisanih pogojev.*

#### **KLJUČNE BESEDE**

*Alternativna medicina, licenca, inšpekcijska služba.*

#### **ABSTRACT**

*Authors describe the development of alternative medicine in Serbia. They point out that today are present in Serbia 63 alternative approaches that may be used only if they are fulfilled with the health care prescribed conditions. Procedures of alternative medicine in Serbia can be performed only by persons who have completed a medical, dental or pharmacy faculty or other health professionals and if the persons perform their professions in the hospital or private practice. They must obtain a license from the Ministry of Health. By this, it is impossible to lawfully deal with the alternative medicine by people who don't fulfill prescribed conditions.*

#### **KEY WORDS**

*Alternative medicine, licensing, inspection service.*

## 1. POSTMODERNA MEDICINA

Moderna danas ne izgleda više kao konačna istina. Uz sve veće nezadovoljstvo mnogim njenim aspektima, pomalja se osećaj da doba Moderne nije imalo samo svoj početak, nego da može da ima i kraj. Pored toga, uz dekonstruktivne, počeli su da se šire i rekonstruktivni narativni označavajući da je svet, u svojim razvijenijim zajednicama, ušao duboko u tranziciju, u prelaz iz Moderne u Postmodernu.<sup>1</sup>

Tranzicija iz Moderne u Postmodernu, pre svega, znači - odustajanje od totalitarnih narativa. U Postmodernoj, naime, važan postaje mali narativ, a to znači da važna postaje mala priča, priča pojedinca.

U tom smislu dolazi do dve bitne promene i u instituciji medicine.

Prvo, centar medicine prestaje da bude bolest. Danas se već uveliko govori o medicini čiji je centar pacijent.<sup>2</sup>

Drugo, s obzirom da, kao svojevrsni centar medicine, načine lečenja počinju da biraju i (u eri interneta) sve više obavešteni pacijenti - a ne više samo lekari - uspostavlja se medicinski pluralizam.<sup>3</sup>

Medicinski pluralizam, dakako, znači da nema više samo jednog načina, jedne dogme, jedne vrste lečenja. U domenu ljudske patnje, i ljudskog zdravlja, uz zvaničnu medicinu, otvara se prostor i za široko polje alternativne medicine.<sup>4</sup>

Za razliku od zvanične medicine utemeljene u kartezijanskoj paradigmi, i zasnovane na principima objektivizma, redukcionizma i mehaničkog determinizma,<sup>5</sup> alternativna medicina je utemeljena u holografskoj paradigmi, a to znači da je zasnovana na univerzumu sačinjenom od vibracionih ekspresija.<sup>6</sup> Širenjem alternativne medicine nova paradigma je uhvatila korena i u domenu zdravstvene zaštite, ali ne samo zbog svojih elegantnih razjašnjenja po pitanjima bolesti i zdravlja. Preko alternativne medicine ona se utemeljila, paradoksalno, i mudrošću čistog pragmatizma. Naime, premda jedna od osnovnih tekovina Moderne, upravo je pragmatizam alternativnoj medicini široko otvorio vrata institucija moderne medicine. Jer,

---

\* Ovaj članak posvećen je uspomeni na našu zajedničku prijateljicu dr Olgu Popović-Obradović (Maribor, 1954 – Beograd, 2007).

<sup>1</sup> Griffin R.D., (ed.), *The reenchantment of science: postmodern proposals*, State University of New York, Albany, 1988.

<sup>2</sup> Stewart M., Brown J.B., Weston W.W., McWinney I.R., McWilliam C.L., Freeman T.R., *Patient Centred Medicine: Transforming the Clinical Method*, Thousand Oaks, CA, Sage Publications, 1995.

<sup>3</sup> Stambolović V., *Alternativna medicina - pristupi zdravstvene politike, Zdravstvena zaštita*, 1989, 18: 25-28.

<sup>4</sup> Za entitet koji je tema teksta uzet je naziv alternativna medicina, jer jasno iskazuje da se radi o različitom fenomenu u odnosu na zvaničnu (naučnu, zapadnu, alopatsku) medicinu. Druga dva česta naziva za isti entitet - tradicionalna i komplementarna medicina - nisu uzeti jer nisu adekvatni. Termin tradicionalna medicina, naime, pokriva samo jedan deo alternativnih terapija, a komplementarna medicina je (ukoliko se ne zaključuje logikom moći) logička besmislica, jer je u jednoj celini svaki njen deo komplement tako da je, sa stanovišta zdravlja, komplementarna i zvanična medicina.

<sup>5</sup> Stambolović V., *Human Rights and Health Within the Dominant Paradigm*, *Social Science and Medicine*, 1996. 42:301-303.

<sup>6</sup> Dychtwad K., *Comentaries on the holographic theory*, u Wilber K., (ed.), *The holographic paradigm and other paradoxes*, Shambhala, Boulder & London, 1982.

nije mogao da ostane neosetljiv na činjenicu da je, sa alternativnom medicinom, spektar medicinskih intervencija (i onih terapijske, i onih dijagnostičke prirode) obogaćen tehnikama i metodima koji se nisu pokazali samo delotvornim, nego isto tako i jeftinim i neškodljivim.<sup>7</sup>

## 2. RAZVOJ ALTERNATIVNE MEDICINE U SRBIJI

Globalno širenje alternativne medicine nije zaobišao ni Srbiju. Početkom osamdesetih godina prošlog veka, naime, u njenom paralelnom zdravstvenom diskursu, onom koji je sadržavao bogatu tradiciju narodnog lečenja (u okviru koje su dominirali travarstvo i takozvano nameštanje kostiju), došlo je do bitne promene. Poštovanu, ali zanemarenu narodnu medicinu zamenio je fenomen kontroverzne i medijski prodorne alternativne medicine. Ovaj prodor alternativne medicine bio je izraz tri bitne grupe personalnih veza. Prva je bila personalna povezanost za Zagrebom, odakle su dolazili uticaji evropske i američke alternativne medicinske scene, druga je bila povezanost sa Rusijom, odakle su dolazili kako terapeuti (naročito iscelitelji), tako i razni prirodni preparati. Važna je, isto tako, bila i povezanost sa Šri Lankom, a zatim i sa Kinom, i sledstveno širenje akupunkture i nekih drugih istočnjačkih zdravstvenih praksi i veština.

Utemeljivanju alternativne medicine, inače, naročito su doprineli prezentacioni skupovi organizovani najpre u Zagrebu (1985 - 1990), a zatim i u Budvi i Tivatu (1986 - 1990), uz često učešće alternativnih terapeuta iz inostranstva. Periodu ovog ranog procvata u Srbiji je sledilo vreme veoma izražene psiho-socijalne regresije u okviru koga se, u priličnoj meri, kompromitovala i medicinska alternativna scena. Početak njene ponovne ozbiljne javne afirmacije, pak, vezan je za jedan skup - Simpozijumom „Alternativni pristupi unapređenju zdravlja“, održan 2003. godine u Beogradu. Uz preko 40 praktičara alternativne medicine iz Srbije, učesnici Simpozijuma su bili i gosti iz Slovenije, Hrvatske, Makedonije i Crne Gore.<sup>8</sup> Sledeći bitan element u razvoju alternativne medicine u Srbiji bio je skup „Integrativna medicina 06“, održan 2006. godine. Važnost i prelomna uloga ovog skupa, pak, jeste u tome što je na njemu, a i u sledstvenim reagovanjima, među praktičarima alternativne medicine, a i među mnogim lekarima, alternativna medicina konceptualizovana kao komplement integrativne zdravstvene zaštite, uz promociju saradnje terapeuta zvanične i terapeuta alternativne medicine.<sup>9</sup>

## 3. METODI

Tokom istraživanja obavljenog u okviru rada na magistarskoj tezi, dr. Marija Kovandžić je, metodom ključnih informatora, utvrdila da su u Srbiji prisutna 63 alternativna pristupa unapređenju zdravlja.<sup>10</sup> S obzirom da je ova lista formirana na osnovu izjava praktičara svakog metoda pojedinačno, u njoj je bilo dosta preklapanja. Sažimanjem prema principu sličnosti,

---

<sup>7</sup> Peters D., Chaitow L., Harris G., Morrison S., *Integrating Complementary Therapies in Primary Care*, Churchill Livingstone, Edinburgh/New York/ Sidney/Toronto, 2002. Sarnat R.L., Winterstein J., *Clinical and cost outcomes of an integrative medicine IPA*, *Journal of Manipulative and Physiological Therapeutics*, 2004. 27: 336-347.

<sup>8</sup> Simpozijum „Alternativni pristupi unapređenju zdravlja“, Zbornik radova, Alijansa za lokalni održivi razvoj, Beograd, 2003.

<sup>9</sup> Integrativna medicina 06, Zornik rezimea, Ovivio Consulting Services, Beograd, 2006.

<sup>10</sup> Kovandžić M., Alternativni pristupi unapređenju zdravlja i primarna zdravstvena zaštita, magistarska teza u radu.

odnosno istovetnosti, došlo se do 29 različitih pristupa. To su: Ajurveda, Akupunktura, Apiterapija, Aromaterapija, Bach-ova cvetna terapija, Či gong, Detekcija štetnih zračenja, Duhovna (energetska) medicina, Energetska terapija, Feng Šui, Fitoterapija, Homeopatija, Informoterapija, Joga, Primenjena kineziologija, Kvantna medicina, Magnetoterapija, Makrobiotika, Poredak ljubavi, Refleksoterapija, Regresija, Reiki, Segmentna terapija, Strukturalna terapija, Su đok, Svetlosna terapija, Šijacu, Tai či čuan, Tradicionalna (narodna) medicina.

Među ovim metodama može se napraviti uslovna distinkcija. Naime, njih 11 mogu se svrstati u terapijske metode (Ajurveda, Akupunktura, Bachova cvetna terapija, Fitoterapija, Homeopatija, Informoterapija, Kvantna medicina, Makrobiotika, Strukturalna terapija, Su Đok i Šijacu). Ostale se, pak, mogu ubrojati u metode unapređenja zdravlja. Među terapijskim metodama, najrazvijenije su homeopatija i akupunktura.

Homeopatija je organizovana u okviru dve zasebne celine: Homeopatska sekcija u Srpskom lekarskom društvu, i Udruženje za klasičnu homeopatiju Haneman (u Novom Sadu). Članovi homeopatske sekcije su samo lekari, dok su članovi Homeopatskog udruženja i lekari i pripadnici nemedicinskih profesija. I Homeopatska sekcija i Udruženje imaju svoje škole, a nedavno je otvorena i treća homeopatska škola „Similimum“.

Praktičari akupunktore okupljeni su u Sekciji za akupunkтуру srpskog lekarskog društva, kao i u Udruženju akupunkurologa, a edukaciju je, do sada, uglavnom obavljao Evropski centar za mir i razvoj. Akupunkturom se, inače, bave gotovo isključivo lekari.

U novije vreme, sve više alternativnih terapeuta, uglavnom lekara, bavi se i kvantnom medicinom, koja uključuje nekoliko terapijskih pristupa, a u čijoj je osnovi postojanje posebnih uređaja putem kojih je moguće najpre detektovati, a onda i uticati na suptilne energetske promene čovekovog vibracionog polja. Tu spadaju Mikrotalasna rezonantna terapija, Biorezonantna terapija, Informo terapija, Energetska medicina.

Sve značajnije mesto, takođe, poprima i Makrobiotika, specifična dijetetska terapija, značajna ne samo zbog dobrih terapijskih rezultata, nego i zbog velikog potencijala za unapređenje zdravlja i prevenciju raznih patoloških stanja uopšte.

#### **4. PRAVNI STATUS**

Novi srpski Zakon o zdravstvenoj zaštiti po prvi put je dopustio i delimično pravno regulisao upotrebu postupaka tradicionalne medicine.<sup>11</sup> Pri tom, pod tradicionalnom medicinom podrazumevaju se tradicionalni, komplementarni i alternativni metodi i postupci dijagnostike, lečenja i rehabilitacije koji blagotvorno utiču (ili bi mogli blagotvorno uticati) na čovekovo zdravlje, koji su provereni i stručno nesporni, a nisu obuhvaćeni sistemom zdravstvene zaštite koji se zasniva na važećoj medicinskoj doktrini.

Metodi i postupci tradicionalne medicine su, nadalje, dopušteni samo ako:

---

<sup>11</sup> Videti čl. 235 - 237. Zakona o zdravstvenoj zaštiti (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 107/2005).

- ne štete zdravlju;
- pacijenta ne odvrću od „potrebe za njega korisnih zdravstvenih usluga“<sup>12</sup> i;
- izvode se u skladu sa priznatim standardima tradicionalne medicine.<sup>13</sup>

Najzad, metode i postupke tradicionalne medicine mogu u zdravstvenoj ustanovi ili privatnoj praksi obavljati i uvoditi samo zdravstveni radnici koji imaju dozvolu Ministarstva zdravlja, što znači da je legalizacija alternativne medicine i dalje nedostupna za sve terapeute koji nemaju zvanično medicinsko obrazovanje. Naime, prema izričitoj zakonskoj odredbi, zdravstvenim radnicima smatraju se samo lica koja imaju završen medicinski, stomatološki ili farmaceutski fakultet, kao i lica sa završenom drugom školom zdravstvene struke koja neposredno kao profesiju obavljaju zdravstvenu delatnost u zdravstvenoj ustanovi ili privatnoj praksi.<sup>14</sup> Pomenuti Nacrt Pravilnika sadrži i dodatnu odredbu, prema kojoj dozvolu za obavljanje metoda i postupaka tradicionalne medicine Ministarstvo zdravlja izdaje zdravstvenom radniku koji ima licencu i koji je član odgovarajuće komore zdravstvenih radnika, koji ima dokazanu stručnu osposobljenost za obavljanje metoda i postupaka tradicionalne medicine i koji je upisan u registar odgovarajućeg udruženja tradicionalne medicine.<sup>15</sup> Istim nacrtom Pravilnika, nadalje, predviđeno je i to da lice koje nije zdravstveni radnik, a ima dokaz o stručnoj osposobljenosti za bavljenje postupcima i metodama tradicionalne medicine i upisano je u registar odgovarajućeg udruženja, može u zdravstvenoj ustanovi ili privatnoj praksi da učestvuje u izvođenju metoda i postupaka tradicionalne medicine samo pod neposrednim nadzorom registrovanog praktičara koji odgovara za njegov rad.<sup>16</sup>

Nešto stariji srpski Zakon o lekovima i medicinskim sredstvima definiše pojmove tradicionalnog i homeopatskog leka. Tako, tradicionalnim lekom smatra se lek koji „može biti zasnovan na naučnim principima i izraz je tradicije ili drugih tradicionalnih terapijskih pristupa (tradicionalni biljni lekovi i drugi)“, a homeopatskim lekom smatra se „lek izrađen od proizvoda, supstanci ili jedinjenja koja čine homeopatske sirovine u skladu sa homeopatskim postupkom izrade, po metodama evropske farmakopeje ili farmakopeja važećim u nekoj od zemalja Evropske unije.“ I u jednom i u drugom slučaju, međutim, uslove za dobijanje dozvole

---

<sup>12</sup> Misli se očigledno na zdravstvene usluge zvanične medicine. No, sa druge strane, ovakvom nespretnom formulacijom zakonodavac je zapravo pokazao da u korisnost tradicionalnih metoda malo veruje, pa izgleda kao da ih unosi u zakonski tekst gotovo nevoljno i čini se neiskreno.

<sup>13</sup> Šta se, pak, podrazumeva pod „priznatim standardima tradicionalne medicine“ nije utvrđeno zakonom, već je ostavljeno ministru zdravlja da to pitanje uredi podzakonskim aktom. Ni posle više od godinu dana od usvajanja ovog zakona, ministar nije izvršio svoju obavezu. Doduše, postoji Nacrt Pravilnika o bližim uslovima, načinu i postupku obavljanja metoda i postupaka tradicionalne medicine koji je sastavila posebna radna grupa Ministarstva zdravlja, ali nije izvesno kada će on biti i zvanično usvojen.

<sup>14</sup> Videti čl. 165. st. 1. Zakona o zdravstvenoj zaštiti. U sledećem članu se dodatno pojašnjava da je zdravstveni radnik – u zavisnosti od stepena stručne spreme – doktor medicine, doktor stomatologije i diplomirani farmaceut, a da „drugi zdravstveni radnik“ ...(jeste lice)... „sa završenom *odgovarajućom* (podvukla M.D.) visokom, višom, odnosno srednjom školom zdravstvene struke.“ Videti čl. 166. Zakona o zdravstvenoj zaštiti. Možda bi se samo u ekstenzivnom tumačenju ove odredbe moglo naći malo dodatnog prostora za terapeute alternativne medicine, pod uslovom da su završili neku školu alternativne medicine u inostranstvu čiju je diplomu bilo moguće nostrifikovati, ili je odgovarajuća škola alternativne medicine dobila akreditaciju domaćeg Ministarstva prosvete.

<sup>15</sup> Videti čl. 4. Nacrta Pravilnika o bližim uslovima, načinu i postupku obavljanja metoda i postupaka tradicionalne medicine.

<sup>16</sup> Videti čl. 8. Nacrta Pravilnika o bližim uslovima, načinu i postupku obavljanja metoda i postupaka tradicionalne medicine. Odredba je analogna onoj koja reguliše položaj zdravstvenog radnika koji ne dobije, odnosno ne obnovi licencu, pa u međuvremenu radi samo pod nadzorom licenciranog kolege. Uporediti čl. 191. st. 2. Zakona o zdravstvenoj zaštiti.

za stavljanje u promet, proizvodnju, promet, kontrolu, praćenje neželjenih reakcija, oglašavanje i obeležavanje tradicionalnih i homeopatskih lekova treba da propiše ministar zdravlja.<sup>17</sup> Isto kao i kada se radi o uslovima za praktikovanje tradicionalne medicine, ministar zdravlja do sada nije doneo nikakve podzakonske akte na koje ga obavezuju zakonske norme.

Pitanje ko ima pravo da se bavi alternativnom medicinom, odnosno da proizvodi i stavlja u promet tradicionalne i homeopatske lekove, jeste naročito važno, zbog toga što radnju izvršenja krivičnog dela nadrilekarstvo predstavlja upravo bavljenje lečenjem ili pružanjem drugih medicinskih usluga bez odgovarajuće stručne spremlje, a radnju izvršenja krivičnog dela nadriapotekarstvo predstavlja spravljanje ili izdavanje lekova bez odgovarajuće stručne spremlje.<sup>18</sup> Prema stavu pravne teorije, ovo krivično delo postoji čak i kada je pružanje medicinskih usluga obavljeno u skladu sa zahtevima i pravilima medicinske nauke. Drugim rečima, presudno je da je radnje lečenja ili spravljanja i izdavanja lekova obavilo lice koje nema za to potrebnu stručnu spremlju, što znači da nije lekar odnosno farmaceut.<sup>19</sup> Zakonodavac, naime, polazi od neoborive pretpostavke da svi postupci lečenja, kao i spravljanja i izdavanja lekova, od strane lica koja nemaju odgovarajuću stručnu spremlju predstavljaju apstraktnu opasnost za zdravlje ljudi i uopšte ne utvrđuje da li je u konkretnom slučaju lečenje bilo uspešno ili da li je obavljeno u skladu sa medicinskim standardima.<sup>20</sup> Iz toga proizilazi da pod udar ovih odredbi krivičnog zakonodavstva dolaze i sve osobe koje praktikuju alternativnu medicinu, bez obzira što je tradicionalna medicina po prvi put postala dozvoljena delatnost – doduše samo za lekare, stomatologe i farmaceute - prema novom medicinskom zakonodavstvu Srbije.

Sa druge strane, u pogledu kriminalne politike koja se vodi prema praktičarima tradicionalne medicine takođe nema čvrstih pravila. Tako je devedesetih godina prošlog veka Ministarstvo zdravlja povremeno vršilo kontrole lekarskih ordinacija, kako bi se ustanovilo da li se bave nekim od alternativnih metoda. Najčešće su bili na udaru lekari koji su se bavili akupunkturom. Posle oktobra 2000. godine, inspeksijska služba Ministarstva zdravlja je prestala da aktivno traga za terapeutima koji su kršili postojeći zakon baveći se alternativnom medicinom i reagovala je samo na prijave takvog rada. Reagovanje na prijave se, pak, okončavalo na različite načine: privremenim zatvaranjem privatnih lekarskih ordinacija, odustajanjem samih inspektora od dalje procedure, započinjanjem sudskih postupaka protiv nekih iscelitelja ili „nameštača kostiju“ uz proceduralne zastoje, ali i pravosnažnim osudama. Da ova situacija nije samo hipotetički problem, svedoče kako pravosnažne presude domaćih sudova za krivično delo nadrilekarstva,<sup>21</sup> tako i postupci koji se protiv poznatih srpskih bioenergetičara pokreću čak i nakon usvajanja novog Zakona o zdravstvenoj zaštiti.<sup>22</sup>

U pogledu pravnog uređenja prakse alternativne medicine, dakle, potrebno je pozvati na hitnu dodatnu zakonodavnu intervenciju, kako bi se do kraja jasnim i potpunim pravilima o

---

<sup>17</sup> Videti čl. 25. i 26. Zakona o lekovima i medicinskim sredstvima (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 84/2004).

<sup>18</sup> Videti čl. 254. Krivičnog zakonika (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 85/2005).

<sup>19</sup> Videti Stojanović, Z. – O. Perić, Krivično pravo, posebni deo, Beograd, 2006, str. 233.

<sup>20</sup> Lečenje se, pri tom, u pravnoj literaturi krajnje ekstenzivno tumači, kao vršenje svake lekarske delatnosti, odnosno delatnosti drugog medicinskog osoblja. Videti Stojanović, Z., Komentar Krivičnog zakonika, Beograd, 2006. str. 583.

<sup>21</sup> Videti, na primer, presudu Okružnog suda u Beogradu Kž. 608/03 od 20. marta 2003. godine kojom je potvrđena presuda IV opštinskog suda u Beogradu K. 840/02 od 3. decembra 2002. godine. Iz arhive Okružnog suda u Beogradu.

<sup>22</sup> Videti Optužni predlog Prvog opštinskog javnog tužilaštva u Beogradu Kt. Br.512706 od 13. novembra 2006. godine. Iz arhive Prvog opštinskog suda u Beogradu.

tome ko i kako može da se bavi ovakvom delatnošću zaštitili od krivičnog progona praktičari koji su sada još uvek izloženi sukobu pravila i prakse medicinskog i krivičnog zakonodavstva. Uostalom, nije li došlo vreme da se ozbiljno postavi pitanje zakonske dekriminalizacije delatnosti terapeuta alternativne medicine?

## 5. PERSPEKTIVA

Perspektiva razvoja alternativne medicine u Srbiji leži u zvaničnom prihvatanju koncepta integrativne zdravstvene zaštite. Integrativna zdravstvena zaštita, naime, podrazumeva saradnju terapeuta zvanične i terapeuta alternativne medicine. Naime, s obzirom da Srbija izdvaja za zdravstvenu zaštitu samo 157 evra godišnje po stanovniku (Hrvatska oko pet puta više, Slovenija oko deset puta više), a da su - zbog niza godina hroničnog stresa, uzrokovanog najpre ratnim godinama, a onda i šokovima neoliberalne tranzicije - povećane i zdravstvene potrebe i zahtevi stanovništva, zdravorazumski zaključak bi bio da bi, naročito u primarnoj zdravstvenoj zaštiti, alternativna medicina trebalo da se što pre uključi u sistem javne zdravstvene službe. Postoji, međutim, nekoliko faktora koji sprečavaju ovaj, u postojećim okolnostima, optimalan razvoj.

Prvi među tim faktorima je kulturalno-političke prirode, to jest - neutemeljenosti pluralizma. U Srbiji se, naime, još uvek nije utemeljio ni politički pluralizam. Daleko je i kulturalni, a još dalje religijski pluralizam. Drugim rečima, to znači da je do medicinskog pluralizma još dug put.

Drugi ograničavajući faktor je medicinska elita. Pripadnici medicinske elite su, naime, svoj ugled, moć i bogatstvo izgradili na kontroli nad zvaničnom medicinom. Sada se, najednom, pojavljuje potpuno drugačiji medicinski sistem, neuhvatljive šarolikosti, koji oni ne samo ne kontrolišu, nego ga uopšte i ne razumeju. Logično je da su mu oni suprotstavljeni i da teže da ga marginalizuju, pa i da ga kriminalizuju.

Treći bitan faktor koji ograničava prihvatanje alternativne medicine jeste njena neuređenost. Naime, alternativna medicinska scena je razdrobljena, a ima i dosta centrifugalnih tendencija, među kojima dominantan uticaj imaju razne egocentrične manifestacije samih alternativnih terapeuta - od onih koje su zasnovane na naglašenoj pekunijarnoj usmerenosti, pa do onih koje proističu iz specifičnog manira lekara koji se bave alternativnim terapijama. Naime, mnogi lekari koji su se okrenuli alternativnim terapijama ne pristupaju im sa stanovišta njihovog specifičnog značenja i filozofije, odnosno sa generalnog stanovišta holografske paradigme. Umesto toga, uklapaju ih u logiku zvanične medicine i koriste ih kao njene dodatne tehnike, uz sledstveno kartezijansko obogaljivanje.

Dakako, sa ovim, a i drugim preprekama njenog razvoja, najpre, treba da se konfrontira sama alternativna medicinska scena. Osnova te njene konfrontacije, pak, treba da bude njena institucionalizacija. Naime, neophodno je da se praktičari raznih metoda i tehnika alternativne medicine organizuju u posebna strukovna udruženja. Iz ovih strukovnih udruženja, pak, treba da se razviju referentni centri za svaku metodu, odnosno tehniku ponaosob. Mreža ovih referentnih centara - udruženja onda će imati i osnovu, i snagu, i moralno pravo da razgovara sa državom, da pregovara sa osiguravajućim društvima, da se ravnopravno stavi na raspolaganje zainteresovanim građanima.

Ovakvo kretanje je u okvirima alternativne medicinske scene u Srbiji već započelo. Naime, osnivaju se strukovna udruženja uz unutrašnju organizaciju zasnovanu na sledeća četiri elementa: kodeks ponašanja, registar terapeuta određenog metoda, kontinuirana edukacija, supervizija (stručna i personalna).

Proces institucionalizacije koji je otpočela država, odnosno Ministarstvo zdravlja, dobio je, tako, bitnu susretnu socijalnu komponentu. Ovo susretanje, pak, uz učenje na relevantnim iskustvima iz sveta, i uz saradnju sa odgovarajućim udruženjima, kao i grupama i pojedincima iz drugih zemalja, otvara mogućnost za prevladavanje blokirajućih uticaja. Otvara se, zapravo, prostor za „triple win“ soluciju. Naime, sa prihvaćenom alternativnom medicinom, uključenom u integrativnu zdravstvenu zaštitu:

- dobija alternativna medicina, jer se otvaraju mogućnosti za njeno delanje i razvoj,
- dobijaju građani, jer se značajno proširuje spektar intervencija za unapređenje njihovog zdravlja i otklanjanje njihove patnje,
- dobija država, jer se otvara mogućnost da se, uz proširivanje angažmana i šire pokrivanje zdravstvenih zahteva i potreba smanje troškovi za zdravlje.

Pitanje je samo, kao i uvek u Srbiji, da li će i ova šansa biti propuštena?

## LITERATURA

- Dychtwad, K.: Commentaries on the holographic theory, u Wilber K., (ed.), The holographic paradigm and other paradoxes, Shambhala, Boulder & London, 1982
- Griffin, R.D., (ed.): The reenchantment of science: postmodern proposals, State University of New York, Albany, 1988
- Integrativna medicina 06, Zornik rezimea, Oivivio Consulting Services, Beograd, 2006
- Kovandžić, M.: Alternativni pristupi unapređenju zdravlja i primarna zdravstvena zaštita, magistarska teza u radu
- Peters, D., Chaitow, L., Harris, G., Morrison, S.: Integrating Complementary Therapies in Primary Care, Churchill Livingstone, Edinburgh/New York/ Sidney/Toronto, 2002
- Sarnat, R.L., Winterstein, J.: Clinical and cost outcomes of an integrative medicine IPA, Journal of Manipulative and Physiological Therapeutics, 2004, 27
- Simpozijum „Alternativni pristupi unapređenju zdravlja“, Zbornik radova, Alijansa za lokalni održivi razvoj, Beograd, 2003
- Stambolović, V.: Alternativna medicina - pristupi zdravstvene politike, Zdravstvena zaštita, 1989, 18
- Stambolović, V.: Human Rights and Health Within the Dominant Paradigm, Social Science and Medicine, 1996, 42
- Stewart, M., Brown, J.B., Weston, W.W., McWinney, I.R., McWilliam, C.L., Freeman, T.R.: Patient Centred Medicine: Transforming the Clinical Method, Thousand Oaks, CA, Sage Publications, 1995
- Stojanović, Z. – O. Perić, Krivično pravo, posebni deo, Beograd, 2006
- Stojanović, Z., Komentar Krivičnog zakonika, Beograd, 2006
- Pravni viri
- Zakona o zdravstvenoj zaštiti (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 107/2005)



Zakon o lekovima i medicinskim sredstvima (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 84/2004)  
Krivični zakonik (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 85/2005).  
Presudu Okružnog suda u Beogradu Kž. 608/03 od 20. marta 2003.  
Optužni predlog Prvog opštinskog javnog tužilaštva u Beogradu Kt. Br.512706 od 13.  
novembra 2006. godine



# KOMPLEMENTÄRMEDIZIN IN DEUTSCHLAND

## KOMPLEMENTARNA MEDICINA V NEMČIJI

### COMPLEMENTARY MEDICINE IN GERMANY

UDK: 615.89(430)

*Christa JESSEL-HOLST, univ. dipl. pravnica*

*Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, Nemčija*

#### **POVZETEK**

*Avtorica v prispevku predstavi stanje in pravno ureditev komplementarne medicine v Nemčiji. Opredeli tudi sisteme zdravstvenega zavarovanja ter možnosti uveljavljanja metod in zdravil s področja komplementarne medicine v sklopu teh sistemov. Prikaže tudi prisotnost komplementarne medicine v sklopu študija medicine.*

#### **KLJUČNE BESEDE**

*Komplementarna medicina, zdravstveni sistem, zdravila, Nemčija.*

#### **ABSTRACT**

*The paper presents the situation and legal regulation of complementary medicine in Germany. She defines the health insurance systems and the ability to assert methods and medicines in the field of complementary medicine in the context of those systems. She shows the presence of complementary medicine as part of medical studies.*

#### **KEY WORDS**

*Complementary medicine, health system, medicine, Germany.*

#### **1. EINLEITUNG**

Thema meines Vortrages ist die Komplementärmedizin in Deutschland. Dabei soll die rechtliche Regelung im Mittelpunkt stehen, aber natürlich kann man über ein solches Thema nur dann sinnvoll sprechen, wenn auch andere Aspekte mit einbezogen werden. Wie Sie sehen, vermeide ich die Benutzung des Ausdrucks »alternative Medizin«, ebenso wie die Termini: unkonventionelle Heilmethoden, Außenseitermethoden, unorthodoxe Krankenbehandlung usw.

Leider liegt ein Vergleich Deutschland-Slowenien außer Reichweite: Zwar gibt es eine Abhandlung vom Jahre 2005 zur Krankenversicherung in Slowenien in deutscher Sprache, die jedoch nicht den allerneuesten Stand wiedergibt und überdies den hier behandelten Themenbereich ausspart. Auch gab es im vergangenen Jahr gleich zwei diesbezügliche Veröffentlichungen im Deutschen Ärzteblatt (unter dem Motto: »Slowenien – unterfinanziertes Paradies«!? mit einer Richtigstellung: »Nicht ganz so trüb«), die aber sehr

allgemein gehalten sind. Die bereinigte Fassung des slowenischen Gesetzes über Gesundheitsschutz und Gesundheitsversicherung aus dem Internet zu laden ist technisch kein Problem, nützt aber nur dem Sprachkundigen und also nicht mir. Eine deutsch-slowenische rechtsvergleichende Untersuchung scheidet angesichts dieser Tatsachenlage aus; stattdessen wird aus Gründen, die unten noch zu erläutern sein werden, zumindest punktuell auch die Schweiz in die folgenden Ausführungen mit einbezogen.

Das organisierte Gesundheitswesen in Deutschland baut auf der Schulmedizin auf. Auch für den Gesetzgeber steht sie im Mittelpunkt und werden andere Formen der Heilbehandlung an die Peripherie gedrängt. Die Bevölkerung in Deutschland sieht dies durchaus anders. So geht man davon aus, dass fast drei Viertel aller Deutschen Erfahrungen mit Naturheilverfahren haben. Z.B. nutzen über die Hälfte der Krebspatienten in Deutschland (auch) komplementärmedizinische Verfahren, wie überhaupt die Komplementärmedizin überproportional bei schwer und chronisch kranken Patienten Anwendung findet. Dieser Vorliebe der »Verbraucher« tragen auch die medizinischen Beruf Rechnung: Nach der Statistik verfügte in Deutschland im Jahre 2000 ein Zehntel aller Ärzte über eine Zusatzbezeichnung aus dem Bereich der Komplementärmedizin, Tendenz steigend. Seit 1998 besteht ein „Forum universitärer Arbeitsgruppen für Naturheilverfahren und Komplementärmedizin“ als Zusammenschluß der Wissenschaftler an Universitäten, die auf dem Gebiet der Naturheilverfahren und der Komplementärmedizin tätig sind. Die 2003 in Kraft getretene Approbationsordnung für Ärzte hat erstmals die Naturheilverfahren als Pflicht- und Prüfungsfach eingeführt; die Zeitschrift für Allgemeine Medizin veröffentlichte daraufhin einen Aufsatz mit dem Titel: »Naturheilverfahren – ein Publikumsliedling geht an die Uni«! Mit dieser Entwicklung steht Deutschland nicht allein. Typisch ist insbesondere die aktive Rolle der Patienten, die diese Art von Medizin nachfragt.

In diesem Sinne möchte ich Ihnen noch ein weiteres Beispiel geben: In der Schweiz gibt es, an der Universität Bern, einen Lehrstuhl für Komplementärmedizin, der im Sommersemester 1995 die Arbeit aufgenommen hat (Kollegiale Instanz für Komplementärmedizin KIKOM). Bezeichnenderweise geht die Einrichtung dieses Lehrstuhls zurück auf eine Volksinitiative, d.h. an der Basis wurden genügend Wählerstimmen gesammelt, um die Schaffung eines solchen Lehrstuhls durchzusetzen. Den Lehrstuhl in Bern teilen sich übrigens vier Dozenten, die jeweils die folgenden Gebiete vertreten: a) traditionelle chinesische Medizin und Akupunktur; b) Neuraltherapie; c) anthroposophische Medizin (dazu später) sowie d) Homöopathie. Diese vier, sowie die schwerpunktmäßig an der Universität Zürich bearbeitete Phytotherapie dürften auch aus deutscher Sicht die wichtigsten Bereiche der Komplementärmedizin sein.

Die Vielfalt der medizinischen Versorgung sicherzustellen ist auch ein Auftrag der Verfassung, also des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, das namentlich das Selbstbestimmungsrecht des Patienten als Ausdruck des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, aber auch die Therapiefreiheit des Arztes schützt.

Angemerkt sei, dass der deutsche Gesetzgeber eine grundlegende Reform des Gesundheitswesens auf den Weg gebracht hat, die am 1. April 2007 in Kraft treten wird. Das neue Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-WSG) bringt zahlreiche Änderungen in einer Vielzahl von Gesetzen, deren Auswirkungen im einzelnen schwer abzuschätzen sind.

## 2. SYSTEME DER GESUNDHEITLICHEN VERSORGUNG IN DEUTSCHLAND

Soweit mir bekannt ist, gibt es in Slowenien keine private Krankenversicherung, sondern nur die staatliche Krankenversicherung, die aus einer Basis- und einer Zusatzversicherung besteht. In Deutschland ist die Situation eine ganz andere. Hier existieren drei große Systeme der Gesundheitsversorgung nebeneinander, und zwar:

- a) die gesetzliche Krankenversicherung, geregelt im Fünften Buch des Sozialgesetzbuchs (SGB V) von 1988;
- b) die private Krankenversicherung, vgl. dazu die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) für die Krankheitskosten- und Krankenhaustagegeldversicherung (Stand 1.7.2005), sowie
- c) die Beihilfe für Angehörige des öffentlichen Dienstes.

Nicht nur sind die rechtlichen Grundlagen dieser Systems verschieden; es gibt auch drei verschiedene Rechtswege: Die gesetzliche Krankenversicherung fällt in die Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit, mit dem Bundessozialgericht an der Spitze. Dagegen sind für die private Krankenversicherung die ordentlichen Gerichte zuständig, und in oberster Instanz der Bundesgerichtshof. Für die Beihilfe wiederum sind die Verwaltungsgerichte verantwortlich, so dass insoweit das Bundesverwaltungsgericht das letzte Wort hat. Eine einheitliche Oberinstanz für die verschiedenen Sicherungssysteme ist damit nicht vorhanden.

Für die Zwecke dieses Vortrags steht die gesetzliche Krankenversicherung im Mittelpunkt des Interesses. Als Träger der gesetzlichen Krankenversicherung kommen verschiedene Krankenkassenarten in Betracht: die Allgemeinen Ortskrankenkassen für bestimmte örtliche Bezirke, die Betriebskrankenkassen, Ersatzkassen, Angestelltenkrankenkassen, Innungskrankenkassen usw., wobei für die Versicherten seit der Liberalisierung im Jahre 1996 eine weitgehende Wahlfreiheiten unter den verschiedenen Kassen besteht. Wir haben es also innerhalb des Systems der gesetzlichen Krankenkassen mit einer Vielzahl von Trägern zu tun, die unterschiedliche Leistungen zu unterschiedlichen Tarifen anbieten und dabei die gesetzlichen Vorgaben, insbesondere des SGB V einhalten müssen. Welches sind nun die gesetzlichen Grundlagen für die Komplementärmedizin im System der gesetzlichen Krankenversicherung?

## 3. DIE »BESONDEREN THERAPIEEINRICHTUNGEN« IM SYSTEM DER GESETZLICHEN KRANKENVERSICHERUNG

### 3.1. Allgemeines

Für die gesetzliche Krankenversicherung hat das Sozialgesetzbuch V erstmals neben der der Schulmedizin auch die Leistungen der »besonderen Therapieeinrichtungen« gesetzlich geregelt. Die Rechtssprechung des Bundessozialgerichts hat die besondere Therapieeinrichtung definiert als »das umfassende, zur Behandlung verschiedenster Erkrankungen bestimmte therapeutische Konzept, das auf der Grundlage eines von der naturwissenschaftlich geprägten »Schulmedizin« sich abgrenzenden, weltanschaulichen Denkansatzes größere Teile der Ärzeschaft und weite Bevölkerungskreise für sich eingenommen hat«. Hierzu gehören in jedem Fall die homöopathische, die

phytotherapeutische und die anthroposophische Medizin, die im Gesetz besonders hervorgehoben werden, aber auch andere Konzepte.

Die gesetzlichen Bestimmungen zu den besonderen Therapieeinrichtungen sind kompliziert und erschließen sich nicht ohne weiteres. Aus der Regelung lässt sich eindeutig entnehmen, daß der Gesetzgeber die Leistungen dieser besonderen Therapieeinrichtungen anerkennt; weniger eindeutig hat sich der Gesetzgeber zu den Folgen dieser Anerkennung geäußert. So heißt es zur Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenkassen gegenüber ihren Versicherten eher vage: „Behandlungsmethoden, Arznei- und Heilmittel der besonderen Therapieeinrichtungen sind nicht ausgeschlossen“ (§ 2 I 1 SGB V). Dies ist in unserem Kontext der Schlüsselsatz. Nach dem Gesetz haben Qualität und Wirksamkeit der Leistungen dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse zu entsprechen und den medizinischen Fortschritt zu berücksichtigen. Die Behandlung soll den Regeln der ärztlichen Kunst folgen. Ferner heißt es dort: »Bei der Auswahl der Leistungserbringer ist ihre Vielfalt zu beachten«. Auch die therapeutische Vielfalt ist gesetzlich geschützt (§ 34 I 3 SGB V).

### **3.2. Arzneimittel der Komplementärmedizin**

Für Arzneimittel der Komplementärmedizin gibt es eine gesetzliche Grundlage ebenfalls im SGB V. Eindeutig geregelt ist zunächst, dass verschreibungspflichtige Arzneimittel Bestandteil der Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung sind, unabhängig davon, ob sie der Schulmedizin oder der Komplementärmedizin zuzuordnen sind (vgl. §§ 31 I 1, 34 I 1 SGB V). Zwar gibt es eine Ausnahmeliste, die aber für Arzneimittel der Schulmedizin und Phytotherapeutika sowie für anthroposophische Medizin und Homöopathie gleichermaßen gilt. Z.B. können Kassenärzte in Deutschland im Falle von Krebserkrankungen ihren Patienten auch die Mistelpräparate der anthroposophischen Medizin auf Kassenrezept verordnen.

Durch Rechtsverordnung können auch solche Arzneimittel von der Versorgung ausgenommen werden, die üblicherweise bei geringfügigen Gesundheitsstörungen verordnet werden. In solchem Fall werden die Kosten nur unter besonderen medizinischen Voraussetzungen übernommen, wobei es im Gesetz ausdrücklich heißt: „Bei der Beurteilung von Arzneimitteln der besonderen Therapieeinrichtungen wie homöopathischen, phytotherapeutischen und anthroposophischen Arzneimitteln ist der besonderen Wirkungsweise dieser Arzneimittel Rechnung zu tragen“ (§ 34 II SGB V).

Für Arzneimittel dieser besonderen Therapieeinrichtungen wird auch eine Ausnahme von der allgemeinen Regel gemacht, derzufolge Arzneimittel mit mehr als drei arzneilich wirksamen Bestandteilen als „unwirtschaftlich“ und damit nicht erstattungsfähig gelten.

Für die nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel gelten relativ komplizierte Sonderregelungen, die ebenfalls der therapeutischen Vielfalt Rechnung tragen. Die Verordnung derartiger Arzneimittel ist zulässig für Kinder und unter bestimmten Voraussetzungen auch Jugendliche (§ 34 I 4 Nr. 1 und 2 SGB V); im übrigen können nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel nur dann auf Kassenrezept verordnet werden, wenn sie gemäß einer Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses bei der Behandlung schwerwiegender Erkrankungen als Therapiestandard gelten (im einzelnen § 34 I 2 SGB V). In dieser Richtlinie sind Arzneimittel der Schul-, aber auch der Komplementärmedizin enthalten

Als Fazit wird man feststellen müssen, dass der Gesetzgeber zwar nicht sämtliche Wünsche der Vertreter der Komplementärmedizin erfüllt hat. Man kann aber doch sagen, dass er mit den zitierten Regelungen ein hohes Maß an Aufgeschlossenheit in Bezug auf die Arzneimittel der Komplementärmedizin beweist.

Im folgenden soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit Behandlungen der besonderen Therapieeinrichtungen in die gesetzliche Krankenversicherung integriert sind. Dabei wird man auch nach den verschiedenen Richtungen der Komplementärmedizin zu differenzieren haben. Eine umfassende Darstellung würde den verfügbaren zeitlichen Rahmen sprengen, deshalb beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen auf ein konkretes Beispiel, und zwar die anthroposophische Medizin.

#### **4. EINZELHEITEN AM BEISPIEL DER ANTHROPOSOPHISCHEN MEDIZIN**

##### **4.1. Einführung**

Der Begründer der Anthroposophie, Rudolf Steiner, wurde im Jahre 1861 in Kraljevec im heutigen Kroatien geboren, verstorben ist er 1925 in Dornach bei Basel. Das Goetheanum in Dornach ist auch das Zentrum der Anthroposophischen Gesellschaft, die heute weltweit tätig ist. Bei der Anthroposophie handelt es sich um eine Geisteswissenschaft, wobei sich mit der Person Rudolf Steiners Initiativen in zahlreichen Bereichen verbinden: So war er der Begründer der biologisch-dynamischen Landwirtschaft und damit ein Pionier der ökologischen Landwirtschaft - heute ist der Demeter Verband die weltweit größte Anbieter-Gemeinschaft ökologischer Waren. Auf Rudolf Steiner geht unter anderem auch die Waldorfpädagogik zurück, die zur Schaffung von fast eintausend Walddorf- und Steinerschulen in aller Welt geführt hat (einschließlich einer in Slowenien und zweier Schulen in Kroatien). Einen Waldorf-Kindergarten gibt es offenbar auch in Maribor.

Auch die anthroposophische Medizin, deren Anfänge um 1920 zu datieren sind, geht auf Rudolf Steiner zurück, der sie zusammen mit der Ärztin Ita Wegman entwickelt hat; diese Medizin beruht auf einem ganzheitlichen Konzept im Sinne einer Verbindung von Naturwissenschaft und Geisteswissenschaft. Es geht also um keine alternative, sondern um eine erweiterte naturwissenschaftliche Medizin. Die zugehörigen Arzneimittel werden in eigenen Unternehmen hergestellt. Die auf anthroposophischer Grundlage arbeitende Weleda – eine Schweizer Aktiengesellschaft mit einer deutschen Niederlassung in Schwäbisch Gmünd - begann im Jahre 1921 und hat sich seither zum weltweit führenden Hersteller von Arzneimitteln der Komplementärmedizin und ganzheitlicher Körperpflege entwickelt. In diesem Zusammenhang zu nennen ist ferner auch die deutsche WALA Heilmittel GmbH. Anthroposophische Medizin wird heute weltweit praktiziert, der deutsche Gesetzgeber hat sie erstmals 1976 ausdrücklich als besondere Therapierichtung, neben Phytotherapie und Homöopathie anerkannt. Anthroposophische Kliniken finden wir vor allem im deutschsprachigen Raum, aber auch in Italien, Spanien, Schweden und Großbritannien. Allein in der Schweiz arbeiten vier Kliniken nach diesem Prinzip, die Lukas-Klinik für Onkologie in Arlesheim habe ich besuchen können.

Anthroposophische Ärzte haben eine volle Ausbildung in Schulmedizin, die durch eine Zusatzausbildung ergänzt wird. Auf den Lehrstuhl für Komplementärmedizin in Bern wurde bereits hingewiesen. In Österreich gibt es seit 2000 das Diplom „Komplementäre Medizin/Anthroposophische Medizin“ der dortigen Ärztekammer; in der Schweiz ist die anthroposophische Medizin Teil der offiziellen Weiterbildungsordnung („Fähigkeitsnachweis Arzt für anthroposophisch erweiterte Medizin“).

In Deutschland bietet die Universität Witten/Herdecke seit 2004 für Medizinstudenten ein in das medizinische Studium integriertes, mehrjähriges Begleitstudium anthroposophischer Medizin an. Im September 2006 startete in Herdecke überdies das Berufsbegleitende Ärzteseminar für Anthroposophische Medizin. An anderen Universitäten werden entsprechende Lehraufträge von medizinischen Fakultäten vergeben (z.B. wird von der Universität Hamburg eine Ringvorlesung Naturheilverfahren angeboten, mit auch einem Lehrbeauftragten für anthroposophische Medizin).

#### **4.2. Aufnahme von spezifischen Therapien in den Leistungskatalog der Krankenkasse**

In unserem Kontext interessiert vor allem auch die Erstattungsfähigkeit von Aufwendungen für Leistungen der anthroposophischen Medizin durch die gesetzlichen Krankenkassen. Die in den anthroposophischen Kliniken bzw. Abteilungen und die von anthroposophischen Ärzten in der Arztpraxis getätigten allgemeinen medizinischen Behandlungen (Untersuchungen, Operationen, Verschreibungen von Medikamenten usw.) werden nach allgemeinen Regeln vergütet. Wie aber steht es mit den spezifischen Behandlungen? Im konkreten Fall hat sich die Diskussion in Deutschland besonders an den typisch anthroposophischen Therapien Heileurythmie, künstlerische Therapien (Malerei, Musik, Plastik, Sprachgestaltung) und rhythmische Massage entzündet.

Dabei ging es zunächst um die Frage, welche Leistungen von den gesetzlichen Krankenkassen überhaupt übernommen werden *dürfen*. Für das SGB V ist insoweit auf den eingangs erwähnten Art. 2 hinzuweisen. Grundsätzlich hängt es auch von der jeweiligen Krankenkasse ab, welche Leistungen der Komplementärmedizin im einzelnen übernommen werden. Die Zahl der gesetzlichen Krankenkassen ist zwar insgesamt rückläufig, aber nach wie vor recht hoch, z.B. gab es Anfang 2006 allein 199 Betriebskrankenkassen, von denen sich 144 Kassen der allgemeinen Nutzung geöffnet haben, hinzu kommen noch die anderen Krankenkassenarten. Am Markt profilieren sich die gesetzlichen Krankenkassen, neben unterschiedlich hohen Beitragssätzen, auch über unterschiedliche Leistungskataloge.

Eine dieser gesetzlichen Krankenkassen, nämlich die Betriebskrankenkasse Securvita hatte schon frühzeitig besonders auch anthroposophische Therapien in ihren Leistungskatalog aufgenommen und im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung erstattet – neben ärztlicher Behandlung und spezifischen Arzneimitteln auch die bereits erwähnte Heileurythmie, künstlerische Therapien (Malerei, Musik, Plastik, Sprachgestaltung) und rhythmische Massagen. Das Bundesversicherungsamt wollte Securvita dazu verpflichten, diese besonderen Therapien aus ihrem Leistungskatalog zu entfernen, was zu einem Musterprozeß vor dem Bundessozialgerichten geführt hat. Für den Standort der Komplementärmedizin in Deutschland ist das Urteil, das das Bundessozialgericht am 22.3.2005 in diesem Verfahren erlassen hat, von grundsätzlicher Bedeutung (Az.: B 1 A 1/03



R). Es handelt sich um eine sehr ausführliche und sorgfältig begründete Entscheidung, die auch die bisherige Rechtsprechung und das umfangreiche Schrifttum in dem Bereich zusammenfasst. Das Bundessozialgericht hat zugunsten von Securvita entschieden und damit den Weg frei gemacht für die Erstattung der genannten Leistungen durch die Krankenkasse, vorausgesetzt die Therapie wird von einem zugelassenen Arzt verordnet und von einem Arzt oder qualifizierten Therapeuten durchgeführt. Auch einige andere Krankenkassen übernehmen solche Kosten zumindest de facto, mag auch kein Rechtsanspruch bestehen.

#### **4.3. Integrationsverträge gemäß § 140a ff. SGB V**

Im Jahre 2000 haben die gesetzlichen Krankenkassen das Recht erhalten, mit bestimmten Partnern so genannte Verträge über integrierte Versorgung abzuschließen (§§ 140 a ff. SGB V). Als solche Partner kommen auch die Gesellschaft Anthroposophischer Ärzte in Deutschland e.V. sowie die Berufsverbände Heileurythmie, Anthroposophische Kunsttherapie und Rhythmische Massage in Betracht. Insgesamt sechs Krankenkassen nehmen gegenwärtig auf dieser Grundlage an einem Rahmenvertrag integrierte Versorgung anthroposophische Medizin teil; dies schließt auch eine Vereinbarung über die Versorgung mit Heilmitteln der Anthroposophischen Medizin auf Kosten der Krankenkasse mit ein. In solchen Verträgen wird auch genau festgelegt, in welcher Höhe die einzelnen Leistungen erstattet werden. Ein aktuelles Beispiel ist die Innungskrankenkasse Hamburg, die zunächst ein achtjähriges Modellprojekt zur anthroposophischen Medizin durchgeführt hat, deren wissenschaftliche Abschlussbilanz als außerordentlich positiv bewertet wurde. Mit Wirkung zum 1. Januar 2006 hat die IKK Hamburg deshalb Verträge mit den Fachorganisationen der anthroposophischen Ärzte und Therapeuten abgeschlossen, die eine Abrechnung als normale Kassenleistungen vorsehen. Als erste bundesweit geöffnete Betriebskrankenkasse hat die BKK BVM einen Vertrag über integrierte Versorgung mit anthroposophischer Medizin abgeschlossen, und zwar mit Wirkung zum 1.7.2006. Zu den vier weiteren Betriebskrankenkassen mit entsprechenden Verträgen gehört auch die BKK Ernst & Young.

#### **4.4. Zusatzversicherungen**

Einige gesetzliche Krankenkassen, wie namentlich die Securvita oder auch die sechs Kassen mit Integrationsverträgen, haben demnach die Therapien der anthroposophischen Medizin in ihren Leistungskatalog aufgenommen und kommen für die Kosten auf, während andere dies nicht tun. Für den Versicherten ist es also wichtig, die für den individuellen Fall richtige Krankenkasse auszuwählen. Wer einer Kasse angehört, die die betreffenden Leistungen der Komplementärmedizin nicht anbietet, und seine Kasse auch nicht wechseln möchte, etwa weil ihm das Angebot seiner Kasse im übrigen zusagt, hat die Möglichkeit zum Abschluß einer Zusatzversicherung.

Gegenwärtig bieten drei private Krankenkassen (Barmenia, HanseMerkur und Signal Iduna) entsprechende Zusatzversicherungen für ambulante Versorgung an. Es gibt aber auch gesetzliche Ersatzkassen, die entsprechende Angebote in Kooperation mit privaten Versicherern vorhalten.

## 5. AUSBLICK: DIALOG SCHULMEDIZIN – KOMPLEMENTÄRMEDIZIN

In Deutschland hat im Jahre 2000 der Präsident der Bundesärztekammer ein „Dialogforum Pluralismus in der Medizin“ initiiert, der regelmäßige Treffen durchführt und dem führende Vertreter der Schul- und auch der Komplementärmedizin angehören ([www.dialogforum-pluralismusindermedizin.de](http://www.dialogforum-pluralismusindermedizin.de)). Erklärtes Ziel dieses Dialogforums ist ein Brückenschlag zwischen diesen beiden genannten Richtungen. Dieser Dialog geht mittlerweile in das siebente Jahr, und die erzielten Fortschritte lassen sich anhand der Berichterstattung im Deutschen Ärzteblatt verfolgen. Der letzte Bericht vom 25. Dezember 2006 trägt die Überschrift: »Annäherung statt Verteidigung des eigenen Terrains«. Eine Schwierigkeit in dem Zusammenhang ist der Wirksamkeitsnachweis von Therapien, für den es bekanntlich verschiedene Methoden gibt. Nachweise mit randomisierten kontrollierten Studien (RCT) sind in der Komplementärmedizin eher selten, andere Methoden wie klinische Studien werden jedoch sehr wohl verwendet.

In diesem Zusammenhang möchte ich abschließend noch einmal auf die Krankenversicherung in der Schweiz zurückkommen. Dort gibt es eine obligatorische Grundversicherung für alle, darüber hinausgehende Leistungen müssen durch private Zusatzversicherungen abgedeckt werden. Für eine begrenzte Zeitspanne (1.7.1999-30.6.2005) hat man fünf komplementäre Verfahren (anthroposophische Medizin, Homöopathie, Neuraltherapie, Phytotherapie und traditionelle chinesische Medizin) in das System der Grundversicherung aufgenommen, unter gleichzeitiger Durchführung eines Programms zur Evaluation in der Komplementärmedizin (PEK). Im Ergebnis hat man die erwähnten Verfahren dann doch wieder aus der Grundversorgung herausgenommen, allerdings handelte es sich um eine ganz knappe Entscheidung, denn in der ersten Fassung des Schlußberichts war empfohlen worden, die anthroposophische Medizin, Homöopathie und Phytotherapie in der Grundversorgung zu belassen. Die Ergebnisse von PEK für die Anthroposophische Medizin liegen übrigens auch in Buchform vor.

Im Ergebnis bedarf es also nach dem derzeitigen Stand für Therapien der Komplementärmedizin in der Schweiz einer Zusatzversicherung zur Grundversicherung, wogegen in Deutschland einige gesetzliche Krankenkassen derartige Therapien im Rahmen ihres allgemeinen Leistungskatalogs erstatten, während bei anderen eine Zusatzversicherung erforderlich ist.

# **C. IZVORNE CELICE IN ČLOVEŠKI GENOM**



## PРАВNA UREDITEV RAZISKAV MATIČNIH CELIC

## LEGAL REGULATION OF STEM CELL RESEARCHES

UDK: 612.64:34

*Dr. Viktorija ŽNIDARŠIČ SKUBIC, univ. dipl. pravnica  
Izredna profesorica  
Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani*

### **POVZETEK**

*Raziskave matičnih celic potencialno, v prihodnosti, obljublajo zelo velike premike pri uspešnosti zdravljenja mnogih, doslej neozdravljivih bolezni. Omogočile naj bi, med drugim, transplantacije lastnih tkiv oziroma organov brez bojazni pred zavrnitveno reakcijo. Tovrstnih novih, revolucionarnih odkritij pa ne bo brez nadaljnjih intenzivnih raziskav na tem področju. Raziskave na ljudeh, še posebej na zgodnjih zarodkih oziroma iz njih pridobljenih embrionalnih matičnih celicah so z moralno-etičnega, posledično tudi pravnega vidika, izrazito problematične. Zgodnji zarodek, kateremu so izolirali njegove matične celice, je namreč zapisan propadu. V prispevku je predstavljena pravna ureditev predstavljene problematike v mednarodnopравnih aktih, v primerjalnem pravu, v EU in v Republiki Sloveniji. Zdi se, da je prevladujoče stališče princip dovoljevanja raziskav oziroma pridobivanja matičnih celic iz t. i. odvečnih zarodkov, čeprav so rešitve v posameznih državah tudi povsem drugačne: bistveno bolj permisivne ali pa tudi restriktivne.*

### **KLJUČNE BESEDE**

*Biomedicinske raziskave, zgodnji zarodek, pravni status zarodka, odvečni zarodki, matične celice.*

### **SUMMARY**

*The researches of stem cells are potentially, in the future, very promising in the scope of successfulness in healing of many until now incurable diseases. They should enable, among others, transplantation of our own tissues and organs without the anxiety of reaction of refusal. This kind of new, revolutionary discoveries will not occur without further intensive researches in this field. Researches on humans, especially on pre-embryos or on embryonic stem cells gained out of them, are morally, ethically and in consequence also legally very controversial. The pre-embryo, to whom we isolated his stem cells, is namely going to die. In the article the legal regulation of these problems in international and comparative law, EU law and the law of the Republic of Slovenia is discussed. It seems like the prevailing opinion is the principle of allowing the researches and gaining the stem cells out of the s. c. spare embryos, though the solutions in certain states are also completely different: much more permissive or much more restrictive.*

### **KEY WORDS**

*Biomedical researches, pre-embryo, legal status of an embryo, spare embryos, stem cells.*

## 1. SPLOŠNO

Matične celice so celice posebne vrste in v medicini so deležne izjemne pozornosti oziroma so zelo cenjene zato, ker imajo posebno sposobnost, da se pod določenimi pogoji razvijejo v mnoge različne tipe celic oziroma tkiv v organizmu. To pomeni, da lahko s pomočjo matičnih celic, v prihodnosti, računamo na uspešno zdravljenje mnogih, doslej neozdravljivih bolezni oziroma na morebitne transplantacije lastnih tkiv oziroma organov brez bojzani pred zavrnitveno reakcijo. Novih, revolucionarnih odkritij, ki se obetajo na tem področju medicine in biomedicine, pa gotovo ne bo brez nadaljnjih intenzivnih raziskav na tem področju.

Z etičnega in s tem tudi s pravnega vidika obravnave raziskav na matičnih celicah je odločilnega pomena podatek, ali gre za matične celice, pridobljene iz človeških zarodkov in torej govorimo o t. i. embrionalnih matičnih celicah, ali gre za matične celice iz tkiv odraslih oseb. Matične celice se namreč ne nahajajo le v zarodkih ampak tudi v odraslem organizmu, torej jih lahko dobimo iz tkiv že rojenih človeških bitij, na primer iz kostnega mozga, prav tako pa tudi iz popkovnične krvi. Zadnje raziskave kažejo na to, da so znanstveniki sposobni pridobiti matične celice tudi iz človeške kože. V literaturi lahko najdemo podatke, da so se doslej kot najučinkovitejše pokazale embrionalne matične celice, vendar je tu sporno predvsem dejstvo, da na takšen način pride do uničenja zarodka. Spet drugi viri takšna spoznanja zanikajo in navajajo, da se v primerih zdravljenja določenih boleznih bolje izkazale matične celice odraslih ljudi.

Raziskave matičnih celic, ki jih znanstveniki pridobijo od (živečih) ljudi (odraslih ali otrok), niso moralno-etično posebej sporne oziroma so sprejemljive pod enakimi pogoji kot vse preostale, podobne raziskave na področju biomedicine. Raziskovalno delo na tem področju tudi obvladujejo enaka pravna pravila (domača in mednarodnopravna), ki v celoti ščitijo osebo na kateri se raziskava izvaja, njeno telesno in duševno integriteto, zdravje in ostale človekove pravice.

V primeru raziskav na matičnih celicah zarodkov pa je stanje povsem drugačno. Tu gre za človeške zarodke, ki so pridobljeni *in vitro*, katerim se, po preteku nekaj dni, to je še pred diferenciacijo v specifične celice, odvzame določeno gradivo. Iz tega gradiva, torej matičnih celic zarodka, se potencialno lahko razvijejo posamezna tkiva v človekovem telesu, vendarle pa takšno ravnanje vodi v to, da takšen zarodek ne preživi. Tu pa se zaostrijo tako moralno-etični, posledično pa tudi pravni vidiki obravnave takšnih raziskav. Čeprav gre za eno najbolj obetavnih biomedicinskih tehnik, ki kaže na to, da bi se lahko zdravljenje določenih bolezni korenito spremenilo na bolje, vendarle tovrstne raziskave ne sprožajo le odobravanja in upanja, ampak tudi izrazito zaskrbljenost in nasprotovanje. Temeljni problem je v soočenju svobode znanstvenega raziskovanja ter željo in potrebo po spoštovanju človeškega življenja in dostojanstva. Z vso izrazitostjo se na tem mestu zopet (kot na primer pri abortusu ali pri postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo) odpirajo sporna in nikoli dorečena vprašanja pravnega in moralno-etičnega statusa zarodka.

Na eni strani se soočamo s tendencami po popolni zaščiti zarodka in priznavanju vseh pravic, ki jih imamo živeči ljudje tudi slednjim, torej tudi pravico do življenja.<sup>1</sup> Na drugi strani so

---

<sup>1</sup> Države kot je Italija, Nemčija, Avstrija, Irska, Malta.

težnje po čim večji liberalizaciji področja raziskav na zarodkih, ki bodo potencialno za človeštvo zelo koristne in jih zato ne bi smeli omejevati s prepovedjo uničevanja slednjih. Zagovorniki drugega skrajnega stališča menijo, da ni etično sporno niti ustvarjanje zarodkov v namen raziskovanja.<sup>2</sup> Kot neke vrste sredinsko stališče pa bi lahko označili stališče držav, ki raziskav na zgodnjih zarodki, torej tudi na matičnih celicah, ki jih pridobimo iz slednjih, ne prepovedujejo, pač pa jih vežejo na določene specifične zahteve in omejitve. Pristaši t. i. sredinske politike na tem področju tudi ne dovoljujejo ustvarjanja zarodkov za namen raziskovanja.<sup>3</sup> Za takšno usmeritev glede politike raziskovanja na tem področju se je odločila tudi EU, a se je zavzela za raziskovanje na t. i. odvečnih zarodkih, ne pa tudi za ustvarjanje zarodkov v raziskovalne namene. Podobno pristopa k tovrstnim vprašanjem tudi Svet Evrope (Oviedska konvencija)<sup>4</sup> ter slovenska nacionalna zakonodaja.<sup>5</sup>

## 2. EVROPSKA UNIJA

Posebnih predpisov EU na področju raziskav matičnih celic, v smislu dovoljevanja ali prepovedovanja slednjih ali določanja pogojev pod katerimi naj bodo slednje dovoljene, nima. To pomeni, da je urejanje teh vprašanj v celoti v pristojnosti držav članic EU. Kljub temu pa ne bi mogli trditi, da EU do razvoja področja raziskav matičnih celic ni opredeljena oziroma zanj ni zainteresirana. Njena stališča se odražajo v več pomembnih, četudi ne direktno pravno zavezujočih dokumentih. EU tako v 7. okvirnem programu za raziskave in tehnološki razvoj od leta 2007 – 2013, ki je bil sprejet 18. decembra 2006,<sup>6</sup> izpostavlja etična načela, v katerih eksplicitno navaja, katerih raziskovalnih dejavnosti okvirni program ne bo financiral. Med njimi navaja, poleg ostalih, ki so prav tako etično sporne, tudi raziskovalne dejavnosti z namenom ustvarjanja človeških zarodkov izključno za raziskovalne namene ali za namen pridobivanja izvornih celic, vključno s prenosom jedra somatske celice. Okvirni program tudi določa, da se raziskave človeških matičnih celic, tako odraslih oseb, kot zarodkov, lahko financirajo le v povezavi vsebine znanstvenega predloga z okvirom pravno dopustnega raziskovanja v posamezni državi članici EU. To velja tudi za vsa potrebna mnenja, privolitve etičnih komisij in morebitnih ostalih organov in institucij.<sup>7</sup> Na tem področju je torej treba upoštevati nacionalno pravo vsakokratne države članice EU.

Z vidika normativnih aktov EU morda ni odveč opozoriti na Direktivo 2004/23/EU o določitvi standardov kakovosti in varnosti, darovanja, pridobivanja, testiranja, predelave, konzerviranja, shranjevanja in razdeljevanja človeških tkiv in celic ter dveh dodatnih direktiv za njeno izvajanje (Direktiva Komisije 2006/17/ES, Direktiva Komisije 2006/86/EU).<sup>8</sup> Namen teh direktiv je predvsem v tem, da se s poenotenimi pravili doseže, da vse države članice EU zagotovijo pogoje v katerih bodo človeška tkiva in celice, ne glede na namen njihove uporabe, po kakovosti in varnosti primerljive. Vzpostavitev visokih standardov kakovosti in varnosti za

---

<sup>2</sup> Države kot je Velika Britanija, Belgija.

<sup>3</sup> Države kot je Slovenija, Francija in Španija.

<sup>4</sup> Glej Konvencija o človekovih pravicah v zvezi z biomedicino, Ur. l. RS, MP, št. 17/98.

<sup>5</sup> Glej zlasti Zakon o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo, Ur. l. RS, št. 70/2000.

<sup>6</sup> Glej URL: [http://cordis.europa.eu/home\\_en.html](http://cordis.europa.eu/home_en.html), (28. 9. 2008).

<sup>7</sup> Proti takšni rešitvi so, zaradi moralnih in etičnih razlogov, glasovale Poljska, Malta, Avstrija, Slovaška in Litva. Z nepodporo programa financiranja raziskav sta, iz podobnih razlogov, grozili tudi Italija in Nemčija, ki pa sta se v zadnjem trenutku premislili in predlog vendarle podprli.

<sup>8</sup> Glej Uradni list L 102, 7. 4. 2004, str. 0048 – 0058.

človeška tkiva in celice v celotni EU naj bi pomagala pri prepričevanju javnosti, da imajo človeška tkiva in celice, pridobljene v drugi državi članici, vendarle enake garancije kakor tiste v lastni državi. Temeljna direktiva se, med drugim, uporablja tudi za krvotvorne celice iz periferne krvi, iz krvi placente in matične celice iz kostnega mozga, reproduktivne celice (jajčeca, sperma), tkiva in celice zarodka ter matične celice zarodka in odraslih oseb.<sup>9</sup> Direktiva se uporablja za raziskave pri katerih se človeška tkiva in celice uporabljajo z namenom zdravljenja ljudi. V preambuli le-te je tudi izrecno opredeljeno dejstvo, da slednja nima moči, da bi vplivala na odločitev nacionalnega zakonodajalca o tem, ali bo sploh dopustil uporabo določene vrste človeških celic, vključno z zarodnimi celicami ali embrionalnimi matičnimi celicami. Direktiva pa se mora upoštevati v primeru, da je v posamezni državi to dovoljeno. To pa je potrebno zaradi zavarovanja javnega zdravja ter zagotavljanja spoštovanja temeljnih pravic. Prav tako direktiva nima nikakršnega vpliva na opredelitev pravnih pojmov »oseba« ali »posameznik« znotraj posamezne države članice EU. Kot načela pa se vendarle izpostavljajo naslednje predpostavke: programi uporabe tkiv in celic naj bi temeljili na načelu prostovoljnega in brezplačnega darovanja,<sup>10</sup> anonimnosti darovalca in prejemnika,<sup>11</sup> altruizmu darovalca ter solidarnosti med darovalcem in prejemnikom. Države članice naj bi si prizadevale zagotoviti, da preskrba tkiv in celic poteka na nepridobitni podlagi. Prostovoljno in brezplačno darovanje tkiv in celic naj bi bil tudi dejavnik, ki prispeva k visokim standardom za tkiva in celice, s tem pa tudi k varovanju zdravja ljudi. Pomembno je izpostaviti dejstvo, da se direktiva sklicuje, med drugim, tudi na spoštovanje načel, ki jih izraža Konvencija o človekovih pravicah v zvezi z biomedicino. Pomemben cilj, ki si ga zadaja direktiva in naj ga zagotavljajo tudi države članice, je sledljivost tkiv in celic od darovalca do prejemnika in nasprotno. Uvesti je treba poseben sistem za identifikacijo darovalcev ter vsakemu darovanju oziroma vsakemu od izdelkov, povezanih z darovanjem, dodeliti enotno oznako.

Direktiva Komisije 2006/17 EU z dne 8. februarja 2006 o izvajanju direktive 2004/23/EU o nekaterih tehničnih zahtevah za darovanje, pridobivanje in testiranje človeških tkiv in celic<sup>12</sup> se posebej nanaša na reproduktivne celice, ki naj bodo, zaradi njihove posebne narave, deležne posebne obravnave. Tako direktiva navaja, da je pri darovanju reproduktivnih celic med partnerjema, ki imata intimen fizičen odnos, upravičeno, da se zahteva manj bioloških testov, glede na to, da je v tem primeru tveganje za prejemnika načeloma manjše, kot pri darovanju tretjih oseb. Za zmanjšanje tveganj za navzkrižno kontaminacijo je biološko testiranje darovalca potrebno le, če so darovane celice predelane, gojene ali shranjene. Sledijo tudi natančnejša navodila v prilogah k direktivi, npr. priloga III vsebuje posebna merila za izbor in potrebno laboratorijsko testiranje darovalcev reproduktivnih celic (na kar napotujejo določbe iz direktive).

---

<sup>9</sup> Iz Direktive so izvzeti kri in krvni pripravki (te ureja Direktiva 2002/98/ES), razen krvotvornih matičnih celic, ter človeški organi, kot tudi organi, tkiva ali celice živalskega izvora ter tkiva in celice, ki se uporabljajo kot avtologni presadki med enim samim kirurškim posegom. Glej člen 2, tč. 2. Direktive 2004/23/ES, Uradni list L 102, 7. 4. 2004, str. 0048 – 0058.

<sup>10</sup> Darovalci lahko prejmejo nadomestilo, vendar izključno le za stroške in težave v zvezi z darovanjem.

<sup>11</sup> Direktiva navaja takšno rešitev kot temeljno pravilo, seveda pa, upoštevajoč dejstvo, da nekatere države v primeru darovanja spolnih celic anonimnosti darovalcev ne zagotavljajo oziroma ne v celoti, določa, da nacionalne zakonodaje, v izjemnih primerih (predvsem pri darovanju spolnih celic), dovoljujejo prekinitve darovalčeve anonimnosti.

<sup>12</sup> Glej Uradni list L 038, 9. 2. 2006, str. 0040 – 0052.



Direktiva Komisije 2006/86/EU z dne 24. oktobra 2006 o izvajanju Direktive 2004/23/EU o zahtevah po sledljivosti, obveščanju o hudih nezaželenih reakcijah in pojavih ter nekaterih tehničnih zadevah za kodiranje, predelavo, konzerviranje, shranjevanje in razdeljevanje človeških tkiv in celic<sup>13</sup> pa precizira določene tehnične zahteve. Takšen primer je standard kakovosti zraka v času predelave tkiv in celic, ki je lahko ključni dejavnik, ki lahko vpliva na tveganje kontaminacije tkiv in celic. Prav tako precizira način postopanja v smislu hudih neželenih reakcij ali pojavov.<sup>14</sup>

### 3. REPUBLIKA SLOVENIJA

V Republiki Sloveniji je, glede raziskav na zarodkih zunaj materinega telesa, torej tudi glede raziskav na embrionalnih matičnih celicah, treba upoštevati določbe Ovidske konvencije. Slednja se namreč eksplicitno loteva raziskav na zarodkih, do katerih pride s postopkom zunajtelesne oploditve ali t. i. "in vitro fertilizacije". Zaradi velikih in nepremagljivih razhajanj v stališčih posameznih držav glede tega vprašanja v času sprejemanja konvencije, je določba ostala relativno splošna in pristojnost za ureditev tega vprašanja prenaša na nacionalno raven. Države se namreč lahko, v skladu z določilom konvencije, same odločijo, ali bodo opravljanje raziskav na zgodnjih zarodkih dovolile ali pa jih bodo prepovedale. Tistim državam, ki se bodo odločile, da raziskave na zgodnjih zarodkih dovolijo, konvencija nalaga dolžnost vzpostavitve ustreznega pravnega varstva takšnih zarodkov. Vendarle pa konvencija na to področje prinaša tudi pomembno in, lahko bi rekli kategorično prepoved: ustvarjanje človeških zarodkov (zgolj) v raziskovalne namene je prepovedano.

Republika Slovenija je tako svojo zakonodajo na tem področju, ki jo je sprejela leta 2000, prilagodila konvencijski zahtevi. Gre za že omenjen zakon z naslovom Zakon o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo, kjer je posebno poglavje namenjeno znanstveno raziskovalnemu delu. Zakonodajalec je želel vzpostaviti ravnovesje med težnjami po liberalizaciji področja raziskovanja in s tem izboljšanja znanja o postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo, ter težnjami po zaščiti človeškega genetskega materiala, ki ima sposobnost razvoja v človeško bitje.

Raziskave so tako dovoljene na spolnih celicah ter zgodnjih zarodkih, pridobljenih za namen izvajanja postopkov oploditve z biomedicinsko pomočjo, izključno v namene varovanja in izboljšanja človekovega zdravja. Vse raziskave na tem področju morajo imeti določen zdravstveni namen, ne smejo se vršiti v komercialne in druge namene. Za raziskave na zarodkih, ki so pridobljeni v postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo, zakon predvideva nekoliko strožje pogoje. To je, glede na nedvomno večjo etično problematičnost takšnih postopkov, tudi povsem utemeljeno in razumljivo. Prvi pogoj za to, da se bodo dopustile raziskave na zgodnjih zarodkih, je dejstvo, da takšnih raziskav s primerljivo učinkovitostjo ni mogoče opraviti na živalskih zarodkih ali na druge načine. Nadalje velja, da se raziskave lahko izvedejo samo na zgodnjih zarodkih, ki po dognanjih in izkušnjah biomedicinske znanosti niso

---

<sup>13</sup> Glej Uradni list L 294, 25. 10. 2006, str. 0032 – 0050.

<sup>14</sup> Na primer za asistirano reprodukcijo se v 6. členu, 2. točka, posebej navaja, da se vsaka napačna identifikacija ali zamenjava gamete ali zarodka šteje za resen neželen pojav. V tem primeru morajo osebe, organizacije za pridobivanje slednjih ali organizacije, ki izvajajo asistirano reprodukcijo, obvestiti oskrbovalno banko tkiv o takšnih pojavih za potrebe preiskave in obveščanja pristojnega organa.

primerni za vnos v telo ženske ali shranjevanje ter na tistih shranjenih zarodkih, ki bi jih sicer morali pustiti umreti, potem, ko je pretekel z zakonom določen skrajni rok njihovega shranjevanja (to je rok petih let). Pri tem velja, da morata v raziskave na zgodnjih zarodkih pismeno privoliti zakonca ali zunajzakonska partnerja, katerima se s postopkom oploditve z biomedicinsko pomočjo pomaga. Dovoljenje za takšno raziskavo mora podati Državna komisija za oploditve z biomedicinsko pomočjo, odobriti pa jo mora tudi Komisija Republike Slovenije za medicinsko etiko. Zakon na tem mestu še določa, da je pri raziskovanju zgodnjih zarodkov potrebno upoštevati sodobna dognanja medicinske znanosti, izkušnje in uveljavljeno prakso v svetu ter pravila obče medicinske etike. Prav tako zakon izrecno določa, da je odobritev in nadzor obeh komisij, to je Komisije Republike Slovenije za medicinsko etiko ter Državne komisije za oploditve z biomedicinsko pomočjo, potrebna tudi pri uvajanju in uporabi vseh novih metod oploditve z biomedicinsko pomočjo, dokler zanje velja, da so v poskusni fazi.

Na podlagi posebne določbe v zakonu so pri opravljanju postopkov oploditve z biomedicinsko pomočjo izrecno prepovedana naslednja ravnanja: omogočanje zunajtelesnega razvoja zarodka, ki je star več kot 14 dni (oziroma potem, ko se je že razvila t.i. primitivna progga); omogočanje nastanka zarodka zgolj v raziskovalne namene; omogočanje nastanka človeških zarodkov iz spolnih celic z izzvano spremembo dedne zasnove in prenos takšnih zarodkov v telo človeka ali živali; uporaba delov zarodka, pridobljenega v postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo, razen v primerih, ki jih zakon izrecno določa; omogočanje nastanka zarodkov z isto dedno zasnovo ali zarodkov, ki so po dedni zasnovi istovetni z drugo živo ali mrtvo osebo (kloniranje); oplojevanje človeške jajčne celice s semensko celico živali ali živalske jajčne celice s semensko celico človeka ali pa spreminjanje zarodka s presajanjem delov drugih človeških ali živalskih zarodkov, to je omogočanje nastanka t. i. hibridov in himer; vnašanje zarodka, ki je nastal z navedenimi spornimi postopki v telo človeka ali živali; vnašanje človeške spolne celice ali človeškega zarodka v žival; vnašanje živalske spolne celice ali živalskega zarodka v človeka; namerno spreminjanje dedne zasnove celic, ki so del zarodka.

Odvečni zarodki, ki niso uporabljeni za reproduktivne namene in tudi ne za (dovoljene) raziskave, se hranijo določeno časovno obdobje. Zakon določa, da je to obdobje dolgo pet let. Po tem času se, po izrecni določbi zakona, zarodki pustijo umreti.<sup>15</sup>

Zakon o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo vsebuje tudi kazenske, to je prekrškovne določbe. Z denarno kaznijo od približno dva tisoč do dvajset tisoč evrov se kaznuje za prekršek pravna oseba, ki v nasprotju z določbami zakona omogoči poseg v dedno zasnovo zarodka, gensko preiskavo zarodka ali opravi izbor otrokovega spola. Enaka kazen velja tudi za pravno osebo, ki ne bi shranjevala zarodkov v skladu z zakonskimi zahtevami ali pa bi na primer z njimi trgovala. Za tovrsten prekršek se kaznuje, z globo od približno dvesto evrov do deset tisoč evrov tudi odgovorna oseba pravne osebe. Med prekrški ne najdemo nekaterih najhujših prepovedanih dejanj, ki smo jih omenili zgoraj (kloniranje, ustvarjanje hibridov in himer na primer), saj je ob sprejemu zakona (in tudi večkrat kasneje) bila podana zahteva po vnosu le-teh v Kazenski zakonik Republike Slovenije.<sup>16</sup> To je bilo storjeno šele v letu 2008, z novelo Kazenskega zakonika.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Dikcija je sicer lahko, z vidika pravnega statusa zarodka nekoliko sporna, saj implicira, da je zarodek »živel«.

<sup>16</sup> Ur. l. RS, št. 63/1994, 23/1999, 60/1999, 40/2004, 95/2004, 37/2005, 17/2006, 55/2008, 89/2008.

<sup>17</sup> Glej Ur. l. RS, št. 55/2008.

Kazenski zakonik sedaj, v 114. členu, ki nosi naslov »Prepovedana tvorba živih bitij«, določa, da kdor izdeluje ali sodeluje pri izdelovanju ali poskusih izdelovanja ali križanja človeka ali drugih vrst, kar je za človeštvo škodljivo in prepovedano po predpisih in po mednarodnem pravu, se kaznuje z zapornom od petih do petnajstih let. Če gre pri teh dejanjih za ustvaritev človeškega bitja, ki je genetsko istovetno z drugim živim ali mrtvim človeškim bitjem, za ustvarjanje človeških zarodkov v raziskovalne, industrijske ali komercialne namene ali za zamenjevanje pomembnih človeških delov telesa ali organov, kar po predpisih in po mednarodnem pravu ni dovoljeno, se storilec kaznuje z zapornom od desetih do petnajstih let. Kazensko se preganja tudi tisti, ki omogoča opravljanje navedenih ravnanj s financiranjem, s tem, da daje na razpolago objekte, pripomočke ali tvarine za izdelavo živih bitij ali njihovo križanje, s pridobivanjem sodelavcev ali z drugačnim organiziranjem izdelave. Ta oseba se kaznuje z zapornom od treh do desetih let.

Kazenski zakonik določa, da je za kaznivo dejanje odgovoren tudi tisti, ki opravlja genetske preiskave, ki lahko napovejo dedne bolezni ali omogočajo določitev nosilstva gena, odgovornega za bolezen, ali odkrijejo genetsko nagnjenost ali dovzetnost za bolezen, ki teh preiskav ne opravlja izključno v zdravstvene namene ali kot zdravstvene raziskave v zdravstvene namene. Prav tako je kazensko odgovoren tisti, ki pri opravljanju preiskav opusti ustrezno genetsko svetovanje ali s kršitvijo predpisov izvaja znanstvene preiskave na področju biologije in medicine, ki so prepovedane po predpisih in po mednarodnem pravu. Zagrožena kazen za vsa navedena dejanja je denarna kazen ali zapor do treh let. Enako se kaznuje tudi oseba, ki pri raziskovanju na človeških zarodkih ogrozi integriteto ali življenje človeškega zarodka.

Naslednja relevantna določba Kazenskega zakonika je njegov 181. člen, ki nosi naslov »Nedovoljena presaditev delov človeškega telesa in sprememba človeškega genoma«. Z novelo iz leta 2008 je bila členu, ki je prvenstveno urejal le vprašanje nedovoljene presaditve delov človeškega telesa, dodana še naslednja vsebina: kaznivost protipravnega odvzema spolnih celic, nedovoljenega ravnanja s slednjimi ter kršitev z zakonom zagotovljene anonimnosti darovalca spolnih celic. Za navedena ravnanja je predvidena kazen zopora od šestih mesecev do petih let. Po novem se kaznuje tudi oseba, ki poskuša izvesti ali pa izvede poseg, katerega namen je spremeniti človeški genom, pri čemer se ta poseg ne opravlja za preventivne, diagnostične ali terapevtske namene, ali pa je njegov cilj uvesti spremembe v genom potomcev. Zagrožena je zaporna kazen v trajanju do petih let.

Na podlagi zgoraj predstavljenih direktiv EU je Republika Slovenija sprejela Zakon o kakovosti in varnosti človeških tkiv in celic, namenjenih za zdravljenje (ZKVČTC),<sup>18</sup> ki ureja vsa vprašanja, ki jih odpirajo direktive, v skladu z vodili, ki so izražena v slednjih. Zakon se uporablja tudi za matične celice, to je tako krvotvorne matične celice iz kostnega mozga, iz periferne krvi ter popkovnice, kot tudi za reproduktivne celice ter odrasle in embrionalne matične celice. Zakon se sklicuje na to, da področje darovanja, odvzema in shranjevanja ter uporabe reproduktivnih celic ureja Zakon o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo. Zakon je tudi vzpostavil, v okviru Javne Agencije Republike Slovenije za zdravila in medicinske pripomočke, posebno organizacijsko enoto za delovanje ustanov za tkiva in celice, ki je

---

<sup>18</sup> Ur. l. RS, št. 61/2007.

zadolžena za izvajanje določb tega zakona. Ta agencija, med drugim, izdaja tudi dovoljenja ustanovam za tkiva in celice za opravljanje katerekoli od dejavnosti pridobivanja, testiranja, obdelave, konzerviranja, shranjevanja, dodeljevanja in razdeljevanja tkiv in celic, namenjenih za zdravljenje ljudi. Agencija ima za nalogo poskrbeti za to, da se vsa opisana dejavnost izvaja kot javna služba v javnih zdravstvenih zavodih, ki jim Agencija izda dovoljenje. Glede varstva podatkov in zaupnosti postopka se zakon pri darovanju spolnih celic sklicuje na ureditev v matičnem zakonu, to je Zakonu o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo, ki ima določeno posebno ureditev tega vprašanja, ki pa je skladna z navodili iz direktive.

## 4. PRIMERJALNO PRAVO

### 4.1. Nemčija

Nemčija ni podpisnica Oviedske konvencije. V Nemčiji je potrebno glede raziskav na embrionalnih matičnih celicah upoštevati dva zakona, prvi je v letu 1992 sprejet Zakon o zaščiti zarodkov (Gesetz zum Schutz von Embryonen (ESchG)),<sup>19</sup> drugi pa leta 2002 sprejet Zakon o matičnih celicah (Stammzellgesetz (StZG)).<sup>20</sup> Prvi podaja definicijo zarodka kot oplojeno človeško jajčece, ki se je sposobno razvijati, od zlitja nukleotidov naprej. Za zarodek šteje zakon tudi vsako totipotentno celico, ki je izdvojena iz zarodka in se je sposobna deliti in, ob ustreznih pogojih, razviti v posamezni človeški osebek. Podobno definicijo zarodka podaja tudi drugi zakon, po katerem je zarodek vsaka človeška totipotentna celica, ki ima potencial, da se v ustreznih pogojih razvije v človeško bitje.

Prvi zakon ne dovoljuje pridobivanja in uporabe zarodka v nasprotju z njegovo ohranitvijo, kar pomeni, da je prepovedano ustvarjanje zarodkov v raziskovalne namene. Prav tako so načeloma prepovedane tudi raziskave na (domačih) embrionalnih matičnih celicah. V Nemčiji je namreč zarodek varovan z ustavnopravno zahtevo po varovanju človeškega dostojanstva, kar pomeni, da njegova uporaba za raziskave ni dovoljena, tudi v primeru, da bi bil zarodek žrtvovan v korist človeškega življenja. Na ta način bi bil namreč spremenjen iz subjekta v objekt, kar v nemški pravni ureditvi pomeni nedvomno kršitev človeškega dostojanstva.<sup>21</sup>

Vendarle pa navedeno v Nemčiji še ne pomeni popolne prepovedi izvajanja raziskav na embrionalnih matičnih celicah. Zakon o matičnih celicah (StZG) sicer ne dovoljuje domačega pridobivanja embrionalnih matičnih celic, dovoljuje pa uvoz in opravljanje raziskav na slednjih, če so bile pridobljene pred 1. januarjem 2002, to je pred datumom, ko je bil sprejet nemški zakon. S tem naj bi se preprečilo pridobivanje embrionalnih matičnih celic izključno zaradi potreb nemških raziskav. Embrionalne matične celice, katerih uvoz omenjeni zakon dovoljuje, morajo biti pridobljene v skladu z zakonodajo, ki velja v državi izvora le-teh. Zarodki, iz katerih so izolirali embrionalne matične celice so morali biti nadštevilni (t. i. spare embryos), kar pomeni, da so bili inicialno ustvarjeni s pomočjo postopkov oploditve z biomedicinsko

---

<sup>19</sup> Zakon je pričel veljati 1. 1. 1991, glej BGBl I 1990, URL: <http://www.gesetze-im-internet.de>, (8. 9. 2008).

<sup>20</sup> Zakon je začel veljati 1. julija 2002, glej BGBl. I S. 2277, URL: <http://www.gesetze-im-internet.de>, (8. 9. 2008).

<sup>21</sup> Glej Simon J., Human Dignity as a Regulative Instrument for Human Genome Research, v: Mazzoni C. M., Ethics and Law in Biological Research, Kluwer Law International, 2002, str. 37.

pomočjo, z namenom vnosa v telo ženske in povzročitvijo njene nosečnosti ter poroda. V zameno za darovani zarodek ni smelo biti dano nobeno finančno nadomestilo ali spodbuda.<sup>22</sup>

Zakon o matičnih celicah (Stammzellgesetz) je doživel veliko kritik na svoj račun, tako v Nemčiji, kot tudi v mednarodnem merilu, največkrat se Nemčiji v povezavi z njim očita hipokrizija na področju raziskovanja zgodnjih zarodkov: želeli bi participirati na znanstvenih dognanjih, ki obetajo velik napredek pri zdravljenju najrazličnejših bolezni človeštva, na drugi strani pa niso pripravljeni za to žrtvovati nekaterih lastnih principov, zlasti načela neomejenega varstva zgodnjega zarodka.

Nemčija je aprila 2008 sprejela spremembo navedenega zakona, ki predvideva enkratno prestavitev mejnega roka za pridobitev oziroma uvoz embrionalnih matičnih celic s 1. januarja 2002 na 1. maj 2007 ter ukinja kaznivost sodelovanja nemških znanstvenikov pri raziskavah na embrionalnih matičnih celicah v tujini, četudi se odvijajo v nasprotju z nemško zakonodajo.<sup>23</sup>

Raziskave na embrionalnih matičnih celicah v Nemčiji potekajo na naslednji način.<sup>24</sup> Poseben organ, to je Centralni etični komite za raziskave na matičnih celicah pri Inštitutu Robert Koch, mora najprej podati soglasje k predlogu za uvoz embrionalnih matičnih celic ter uporabo slednjih v konkretni raziskavi. Predlog za to mora biti slednjemu podan v pisni obliki, vsebovati pa mora naslednje: ime in naslov osebe, ki je odgovorna za predlagani raziskovalni projekt; opis raziskovalnega projekta, vključno z znanstvenimi razlogi, ki kažejo, da projekt izpolnjuje predpisane zahteve; dokumentacijo, ki se nanaša na uvožene embrionalne matične celice in dokazuje, da so izpolnjene vse zakonske zahteve za njihov uvoz. Kljub pozitivni odločitvi omenjenega komiteja oziroma podanemu soglasju za uporabo in uvoz embrionalnih matičnih celic, se raziskave dejansko izvedejo le, če so podani znanstveni razlogi za njihovo izvedbo. To pomeni, da morajo raziskave služiti pomembnim znanstvenim ciljem, kot je povečanje medicinskega znanja, ki lahko privede do novih diagnostičnih, preventivnih in terapevtskih metod. Prav tako mora biti izpolnjen pogoj, da brez raziskav na embrionalnih matičnih celicah ni mogoče dokončno pojasniti vprašanja, ki ga želijo razjasniti, kar pomeni predvsem to, da je bilo konkretno vprašanje že v največji možni meri raziskovano oziroma so ga poskusili pojasniti z uporabo živalskih celic in si zato, iz uporabe slednjih, ne obetamo novih odkritij.

Nemčija ima od leta 2005 tudi zakon, s katerim ureja področje patentiranja linij embrionalnih matičnih celic, to je Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen (BioPatG).<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Glej tudi Brolih M., Pravni in etični vidiki raziskovanja na matičnih celicah človeka, Diplomsko delo, Pravna fakulteta v Ljubljani, oktober, 2008, str. 41.

<sup>23</sup> Glej Herrmann I., Woopen C., Brüstle O., German parliament passes amendment to Stem Cell Act, 26. 6. 2008, URL: <http://www.eurostemcell.org/>, (25.9.2008).

<sup>24</sup> Brolih M., Pravni in etični vidiki raziskovanja na matičnih celicah človeka, Diplomsko delo, Pravna fakulteta v Ljubljani, oktober, 2008, str. 42.

<sup>25</sup> Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen (BioPatG), BgBl., Teil I/2005, s. 146, <http://www.gesetze-im-internet.de/>, 25. 9. 2008.

## 4.2. Anglija

Anglija je ena vodilnih držav v svetu, tako glede vprašanja izvajanja samih biomedicinskih raziskav na zarodkih, kot tudi glede zakonodajnih iniciativ oziroma pravne ureditve na tem področju. Vse to je mogoče, ker ji družbena klima v državi omogoča ohranjanje enega najbolj liberalnih stališč glede biomedicinskih raziskav na svetu nasploh.

Anglija, tako kot Nemčija, a iz povsem drugačnih razlogov, ni podpisnica Oviedske konvencije. Svoj temeljni zakon z obravnavanega področja, ki nosi naslov »Zakon o človeškem oplojevanju in embriologiji« (Human Fertilisation and Embryology Act),<sup>26</sup> je sprejela že leta 1990. Zakon, med drugim, ureja raziskave na zgodnjih zarodkih, shranjevanje spolnih celic in zarodkov, postopke oploditve z biomedicinsko pomočjo, pridobivanje dovoljenj za opravljanje tovrstnih dejavnosti, vzpostavlja nadzorni in konzultativni organ, ki odloča o vseh spornih vprašanjih v povezavi z zakonom (in ima tudi sicer zelo veliko vlogo na tem področju), to je Human Fertilisation and Embryology Authority.<sup>27</sup>

Zakon je v letu 2000 in 2001 doživel spremembe in dopolnitve, ki dovoljujejo posthumno oploditev z biomedicinsko pomočjo ter ustvarjanje zarodkov v raziskovalne namene, pri čemer se dovoljuje razvoj zarodka zunaj materinega telesa le do štirinajstega dne po oploditvi. Anglija je takrat dovolila tudi opravljanje postopkov terapevtskega kloniranja. Omenjeno noveliranje je prineslo možnost pridobivanja velikega števila embrionalnih matičnih celic in njihovo raziskovanje. Vse to so dosegli na ta način, da so razširili razloge, zaradi katerih se lahko zarodki ustvarjajo. To ni torej več le razlog reprodukcije oziroma človekovega razmnoževanja ampak tudi naslednji razlogi: povečanje znanja o razvoju zarodka, povečanje znanja o nevarnih boleznih ter pridobivanje novih znanj, ki bodo uporabljena za razvoj novih načinov zdravljenja nevarnih bolezni. Do tedaj so bili določeni le naslednji razlogi: raziskava naj bi izboljšala znanje na področju zdravljenja neplodnosti, spontanih splavov, bolezni zarodka, omogočila naj bi razvoj naprednih tehnik kontracepcije, razvila na bi metode za odkrivanje genskih ali kromosomskih anomalij zarodkov pred vnosom v telo ženske ter zadostila ciljem, ki so lahko posebej določeni v pravilih Human Fertilisation and Embryology Authority. Human Fertilisation and Embryology Authority je z obravnavanim noveliranjem temeljnega zakona dobila dodatna pooblastila oziroma naloge, predvsem v smislu izdajanja ustreznih dovoljenj za pridobivanje embrionalnih matičnih celic ter dovoljenj za izvajanje terapevtskega kloniranja.

Posebni Komite za izdajo raziskovalnih dovoljenj (Research Licence Committee), ki ga je, na podlagi pooblastila v zakonu, ustanovila Human Fertilisation and Embryology Authority, je pooblaščen za izdajo ali obnovitev dovoljenj za pridobivanje embrionalnih matičnih celic. Preden se bo odločil, ali bo dovoljenje izdal ali ne, mu morajo biti posredovani naslednji dokumenti: s strani odgovorne osebe za raziskavo podpisan prijavni obrazec in njegovo pooblastilo; curriculum vitae poglavitnih udeležencev v predlagani raziskavi; soglasje primerno oblikovane lokalne etične komisije; poročilo o pregledu konkretnega raziskovalnega centra, komentar dveh revizorjev poročila; popis že podeljenih dovoljenj centru; kopije pomembnejših publikacij centra; obrazec o informiranju pacienta ter obrazec, ki se uporablja

---

<sup>26</sup> Human Fertilisation and Embryology Act, 1990, URL: <http://www.opsi.gov.uk/>, (25. 9. 2008).

<sup>27</sup> Več o tem Shenfield F., Le rôle de la Human Fertilisation Embryology Authority en Grande-Bretagne, v: Feuillet – Le Mintier B., (ed.), Normativité et biomédecine, Economica, Paris, 2003, str. 139 – 145.

za njegovo privolitev. Še preden pride do vsebinske presoje komiteja, ali je izdaja (ali obnovitev) dovoljenja za raziskavo primerna, se mora komite prepričati, da so predlagane dejavnosti oziroma raziskave potrebne in zaželeno za doseg vsaj enega ali več namenov, ki jih eksplicitno navaja zakon. Komite se mora tudi prepričati, da je predlagana uporaba zarodka v resnici potrebna ter da ima odgovorni nosilec projekta potrebne izkušnje, znanje, izobrazbo ter značaj, ki mu bo omogočal nadzor vseh predlaganih aktivnosti. Komite presoja tudi to, ali je ima predlagatelj ustrezne prostorske razmere.

V tem času je v Angliji v fazi sprejemanja oziroma v razpravi novi Zakon o človeških tkivih in zarodkih (Human Tissue and Embryos Draft Bill), ki bo temeljito posodobil in prenovil zakon iz leta 1990 ter Human Tissue Act iz leta 2004.<sup>28</sup> V primeru, da bo predlog omenjenega zakona sprejet, bo v prihodnje vzpostavljen nov organ z nazivom »Regulatory Authority for Tissue and Embryos«, ki bo prevzel naloge Human Fertilisation and Embryology Authority ter Human Tissue Authority. Po novem naj bi bilo dovoljeno ustvarjanje hibridnih zarodkov do starosti štirinajstih dni, podaljšal pa naj bi se tudi čas shranjevanja zarodkov s petih na deset let. Znanstveniki naj bi po novem lahko spreminjali gensko strukturo zarodkov v raziskovalne namene, prav tako pa naj bi se lahko pregledovalo zarodke in izbralo tistega, ki bo lahko daroval tkivo bolnemu bratu ali sestri. Novosti je še veliko, vendar na tem mestu podrobnosti ne navajam, saj se vse ne nanašajo neposredno na raziskave zgodnjih zarodkov, pa tudi končna usoda novele v tem trenutku še ni povsem gotova.

## 5. ZAKLJUČEK

V svojih zaključnih mislih, bi se želela opredeliti predvsem do vprašanja etičnosti opravljanja raziskav na človeških zarodkih oziroma zgodnjih zarodkih ter na embrionalnih matičnih celicah. Biomedicinske raziskave na odraslih osebah ali otrocih (torej živorojenih subjektih) kot takšne, ob izpolnjevanju vseh zahtev, ki jih demokratične družbe predpisujejo za izvajanje le-teh in se bolj ali manj navezujejo na informirano soglasje ter princip neškodovanja zdravju osebe, ki je raziskavi podvržena, niso v tolikšni meri problematične. V veliki meri soglašam z načeli, ki jih na tem področju sprejema zakonodaja Republike Slovenije in so hkrati tudi načela EU, Sveta Evrope, lahko pa bi rekli tudi, da so doslej predstavljala večinsko stališče oziroma prevladujoče gledanje veliko evropskih držav. Gre torej za princip dovoljevanja raziskav oziroma pridobivanja matičnih celic iz t. i. odvečnih zarodkov, ki so tako ali tako zapisani propadu. S temi standardi raziskav soglašam tudi zato, ker menim, da uporaba tovrstnih zarodkov v raziskavah še ne pomeni nujno nespoštljivega ravnanja z njimi, kot zatrjujejo nekateri. Ne morem se namreč strinjati s tistimi, ki trdijo, da je bolj spoštljivo do zarodka oziroma bolj v skladu varovanjem njegove pravice do dostojanstva, da ga pustimo umreti (ker je potekel rok shranjevanja, ker sta se mu »starša« odpovedala, ker ni ustrezne kvalitete za vnos v telo matere ipd.), kot da ga uporabimo za raziskavo, ki lahko koristi celotnemu človeštvu. Potrditev lahko najdemo tudi v primerjavi z obravnavo človeških trupel. Tudi z njimi smo dolžni ravnati spoštljivo in varovati njihovo dostojanstvo, a je povsem razumljivo, da jih študenti medicine kljub temu lahko obducirajo. Menim, da naj se spoštljiv odnos do zarodkov, med drugim, kaže tudi v tem, da jih bomo uporabljali le za resnično pomembne, znanstveno utemeljene raziskave, ki bodo v prihodnosti lahko prispevale k izboljšanju kakovosti življenja

---

<sup>28</sup> Glej URL: <http://www.dh.gov.uk/en/>, (28. 9. 2008).

in niso usmerjene v goli napredek znanosti. S tega vidika se mi zdi potrebno kot zelo pomembno okoliščino izpostaviti potrebo po tesnem in učinkovitem internacionalnem sodelovanju znanstvenikov, ki se s takšnimi raziskavami na področju biomedicine ukvarjajo. K spoštljivemu ravnanju z zarodki naj bi, v končni fazi, pripomogla tudi evropska težnja po preprečevanju komercializacije na tem področju. Ne gre le za to, da so znanstveniki v skladu s starim načelom »več glav več ve« na nek način zavezani k medsebojnemu sodelovanju, saj zato obstaja tudi večja možnost za hitrejše doseganje raziskovalnih uspehov. Sodelovanje je pomembno tudi zato, ker bi na ta način lahko pripomogli k racionalnejši uporabi zarodkov in njihovem končnemu uničenju v čim manjšem številu.

## LITERATURA

- Brolih, M.: Pravni in etični vidiki raziskovanja na matičnih celicah človeka, Diplomsko delo, Pravna fakulteta v Ljubljani, oktober, 2008
- Brolih, M.: Pravni in etični vidiki raziskovanja na matičnih celicah človeka, Diplomsko delo, Pravna fakulteta v Ljubljani, oktober, 2008
- Herrmann, I., Woopen, C., Brüstle, O.: German parliament passes amendment to Stem Cell Act, 26. 6. 2008, URL: <http://www.eurostemcell.org/>, (25.9.2008)
- Shenfield, F.: Le rôle de la Human Fertilisation Embryology Authority en Grande-Bretagne, v: Feuillet – Le Mintier B., (ed.), Normativité et biomédecine, Economica, Paris, 2003
- Simon, J.: Human Dignity as a Regulative Instrument for Human Genome Research, v: Mazzoni C. M., Ethics and Law in Biological Research, Kluwer Law International, 2002
- Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine. 1997. European Treaty Series - No. 164. Council of Europe (Directorate of Legal Affairs), Oviedo
- Direktiva 2004/23/EU o določitvi standardov kakovosti in varnosti, darovanja, pridobivanja, testiranja, predelave, konzerviranja, shranjevanja in razdeljevanja človeških tkiv in celic ter dveh dodatnih direktiv za njeno izvajanje (Direktiva Komisije 2006/17ES, Direktiva Komisije 2006/86/EU), Uradni list L 102, 7. 4. 2004, str. 0048 – 0058
- Direktiva Komisije 2006/17 EU z dne 8. februarja 2006 o izvajanju direktive 2004/23/EU o nekaterih tehničnih zahtevah za darovanje, pridobivanje in testiranje človeških tkiv in celic, Uradni list L 038, 9. 2. 2006, str. 0040 – 0052
- Direktiva Komisije 2006/86/EU z dne 24. oktobra 2006 o izvajanju Direktive 2004/23/EU o zahtevah po sledljivosti, obveščanju o hudih nezaželenih reakcijah in pojavih ter nekaterih tehničnih zadevah za kodiranje, predelavo, konzerviranje, shranjevanje in razdeljevanje človeških tkiv in celic, Uradni list L 294, 25. 10. 2006, str. 0032 – 0050
- Gesetz zum Schutz von Embryonen (ESchG; BGBl I 1990, URL: <http://www.gesetze-im-internet.de>, (8. 9. 2008)
- Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen (BioPatG), BgBl., Teil I/2005, s. 146, <http://www.gesetze-im-internet.de/>, 25. 9. 2008
- Human Tissue Act iz leta 2004: <http://www.dh.gov.uk/en/>, (28. 9. 2008)
- Human Fertilisation and Embryology Act: 1990, URL: <http://www.opsi.gov.uk/>, (25. 9. 2008)
- Kazenski zakonik Republike Slovenije, Ur. l. RS, št. 63/1994, 23/1999, 60/1999, 40/2004, 95/2004, 37/2005, 17/2006, 55/2008, 89/2008
- Konvencija o človekovih pravicah v zvezi z biomedicino, Ur. l. RS, MP, št. 17/98



Stammzellgesetz (StZG- BGBl. I S. 2277, URL: <http://www.gesetze-im-internet.de>, (8. 9. 2008)  
Zakon o kakovosti in varnosti človeških tkiv in celic, namenjenih za zdravljenje (ZKVČTC;  
Uradni list RS, št. 61/2007)  
Zakon o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo, Ur. l. RS, št.  
70/2000  
7. okvirni program za raziskave in tehnološki razvoj od leta 2007 – 2013, sprejet 18. decembra  
2006: [http://cordis.europa.eu/home\\_en.html](http://cordis.europa.eu/home_en.html), (28. 9. 2008)



# BOG JE GOSPODAR ŽIVLJENJA

## GOD IS MASTER OF LIFE

UDK: 612.67:179

*Dr. Janez JUHANT, univ. dipl. teolog  
Redni profesor  
Teološka fakulteta Univerze v Ljubljani*

### **POVZETEK**

*Življenje je do nedavna imel v posesti edinole Bog. Zdaj je gospostvo nad življenjem prevzel sam človek, saj lahko na podlagi današnjih iznajdb znanosti posega v samo življenje, ga preoblikuje, ukinja. Človek pa je omejeno bitje in si ne more in ne sme prilaščati absolutne presoje. Na področju življenja je treba biti še posebej moder, iznajdljiv, skrben, preudaren: treba je zagotoviti spoštovanje človeškemu življenju in pretehtati odločitve v skrbnem dialogu z vsemi vpletenimi – pri čemer je treba še posebej upoštevati nemočnega dialoškega partnerja (spočeti, prizadeti, star, onemogel človek). Dialog je nujen tudi zaradi dolgoročnosti vpliva inovacij na prihodnost človeštva, saj mora človeštvo prevzeti odgovornost za posledice delovanja na tem občutljivem področju. Teologija nas danes v tem smislu spodbuja k distanci do grabežljivosti in k uravnoveženemu ravnanju s človeškimi telesnimi, duševnimi in duhovnimi sposobnostmi in s tem s celotno človeško in ostalo naravo.*

### **KLJUČNE BESEDE**

*Ženska, moški, življenje, embrio, splav, evtanazija, odgovornost, Bog, teologija.*

### **ABSTRACT**

*Life was until recent time only in God's hands. Now the sovereignty over the life took man himself. On the basis of scientific inventions he is nowadays able to intervene in life itself, he could transform and end it. But man is a limited being. He cannot and he may not usurp the absolute judgment. In the area of life we have to be especially wise, innovative, careful and deliberate: we have to provide for the respect of (human) life. The decisions in these areas should be made on the basis of a careful dialogue between all involved, and especially the weak dialogical partners (conceived, inflicted, older, debilitated (wo)man) should be respected. Dialogue is necessary also because of the long-term influence of innovations on the future of humankind. The humanity has to accept responsibility for the consequences of its acting in this delicate area. The theology encourages us to keep our distance at greed and stimulate us to act deliberately with the human bodily, psychical and spiritual capacities and thus with the whole human and other nature.*

### **KEY WORDS**

*Woman, man, life, embryo, abortion, euthanasia, responsibility, God, theology.*

## 1. ČLOVEK OMEJENO BITJE

Karl Josef Kuschel pripoveduje, kako se mu je vtisnilo v spomin, ko je kot abiturient odgovoril pred razredom, da želi iti študirat teologijo, pa mu je učitelj nemščine odgovoril iz Goethejevega Fausta: »Kar zadeva to znanost/ se je težko izogniti napačni poti/v njej je toliko skritega strupa/ in ga je komaj mogoče razlikovati od zdravila.« Kljub tem besedam, ki so mu segle v srce, se je odločil za študij teologije, saj je pil religijo z materinim mlekom, kot je zapisal in slišal še kake drugačne razloge. Končno je leta 1970 prebral misel nemškega levičarskega kritičnega filozofa Maxa Horkheimerja: »Teologija pomeni zavest, da je svet pojav, da ni absolutna resnica, ni tisto zadnje. Teologija je – izražam se zavestno previdno – upanje, da kljub tolikim krivicam, ki prevevajo ta svet, ne ostane pri tem, da ni nepravilnost zadnja beseda (...) je izraz hrepenenja, hrepenenja po tem, da naj bi morilec ne slavil zmage nad nedolžno žrtvijo.«<sup>1</sup>

Teologija nas torej opozarja na to, da smo ljudje omejena bitja. Človek je pravičen in grešnik obenem, pravi teološko izročilo, ki sta ga v tem smislu posebno izpostavila dva duhova krščanstva, Avguštin in Martin Luter. To sporočilo je navzoče v vseh religijah in duhovnih izročilih odkar seže človekov spomin in govori o omejenosti človekovega početja. Sicer se sliši kar brutalno, kar je zapisal v Svetem pismu prerok Jeremija: »Tako govori Gospod: Preklet, kdor zaupa v človeka, se opira na bitje iz mesa, njegovo srce pa se odmika od Gospoda... Blagoslovljen mož, ki zaupa v Gospoda in je Gospod njegovo upanje.« (Jer, 17, 5-10) Misel pa ima globoko antropološko, se pravi človeško podlago. Vsakdanje življenje nam potrjuje, da se na človeka ni mogoče nikoli povsem zanesti. Le Bog je lahko temelj našega popolnega zaupanja in človeka je treba obravnavati kot krhko bitje, na katerega nikoli ne moremo vse staviti. Človekova krhkost je nevarna predvsem za človeka samega. Zgodovina nam dovolj zgovorno potrjuje, kako je človek uničeval samega sebe in to je problem tudi danes.

Človek se po duhu razlikuje od drugih bitij in se po njem dobesedno upira telesnemu. Duh pa mu daje možnost, da po svoje oblikuje življenje<sup>2</sup>, a ima zato probleme s seboj. To prepričanje je lastno človeštvu, od Indije, Kitajske, indijanskih in drugih kultur do evropskega izročila. Indijska izročila tako spoštujejo vse vrste življenju ne le človekovo. Džainisti (Mahavira) zahtevajo, da se človek omeji na najmanjše, da bi čim manj škodoval življenju drugih bitij. Pravilo njihovih menihov je le 32 ust (rastlinske) hrane na dan, da bi človek čimmanj oškodoval živo. Spricho razvoja tehnike (gr. *téhne*=človekova spretnost), ki prinaša velike izboljšave kvalitete življenja, a žal odpira tudi večje možnosti zlorab (spreminjanje okolja, življenjskih osnov itd.), razumemo nujnost modrosti in preudarnosti ter zmernosti, kot pravijo etiki. Tako Hans Jonas in drugi zahtevajo odgovornost, da spremenimo način življenja, če hočemo preživeti.<sup>3</sup> Problem se zaostuje in pogloblja z razkrivanjem genskega zapisa in posegov v skrivnosti življenja v vseh njegovih obdobjih, ki odpirajo tudi vrata manipuliranja s človekom. Razpolaganju s človekom se upira človeški religiozno-etični spomin. Celó v primeru, da žival ubijamo in uporabljamo za hrano, pozna izročilo omejitve in človek se je moral za to nekako odkupiti in darovati bogovom, da je lahko vzel iz narave to, kar je zaklenjeno v njene nedri. Na poseben način pa to velja za življenje človeka. Nove razsežnosti je ubijanje dobilo z

---

<sup>1</sup> Kuschel, Karl Josef, *Sterben in Gott hinein*, in: *Publik-Forum* 22.2. 2008, št..4, (oba navedka) 52.

<sup>2</sup> Prim. Scheler, Max, *Položaj človeka v kozmosu*, *Nova revija* Ljubljana, 1998, 35 in sl.

<sup>3</sup> Prim. Jonas, Hans, *Das Prinzip der Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Suhrkamp, Frankfurt na Maini, 1979, 27sl.

moderno in tehničnimi pridobitvami, ki jih je človek žal uporabljal tudi za množično ubijanje v vojnah, taboriščih itd. Zato način življenja v dobi moderne ne prinaša le napredka, pač pa odpira tudi nove probleme kot množično uničevanje in iztrebljanje ljudi, vrst živali, npr. tudi množični zakol (govedine ali piščancev), izginjanje rastlinskih vrst zaradi človeških enostranskih in nepremišljenih posegov v naravo. Ti odkloni (zahodne) civilizacije potrjujejo razsežnosti človekovih zagat v družbi moderne in odpirajo probleme spoštovanja človekovega dostojanstva od začetkov do smrti. To dostojanstvo ni izolirana razsežnost, pač pa je sestavni del naših civilizacijskih in kulturnih okvirov. Vpeta je v človekovo simbolno pojmovanje resničnosti, katero sestavljajo izročila, posredovana prek govornice in torej zgodovinskega in družbenega okvira, v katerem se nahaja človek.

## **2. BIOETIKA IN TEOLOGIJA**

O bioetiki se danes ne govori le v znanstvenih krogih, pač pa o tem razpravljajo politiki in temu posvečajo pozornost mediji. Tako problem prodira v vsakdanjo zavest in se z njim nujno ukvarjajo tudi širše množice. Razlog je v življenjski aktualnosti problema, saj ta posega v izvore in temelje življenja od spočetja do smrti, gre torej za vprašanja življenja in preživetja človeka in v širšem smislu za ohranjanje in vzdrževanje življenja sploh. Dovolj razlogov je torej, da se s tem ukvarjajo vse panoge, ki jih pozna človek in ki posegajo v srčiko življenja. Ne gre le za opazen preskok v tehniki rokovanja z življenjem, pač pa delovanje na teh področjih posega v psihološke, filozofske in teološke osnove človekovega samorazumevanja in razumevanja sveta. Problemi bioetike pa so zaradi izjemne aktualnosti lahko predmet finančno-gospodarskih, političnih in idejnih manipulacij. Ker gre za občutljiva vprašanja človeka, je razumljiva skrb in pozornost vseh, da probleme rešujemo vestno in skladno z razumevanjem človekovega dostojanstva.

Teološko se ta problem kaže kot korenita sprememba pristopu človeku, kakršnih ne pozna dosedanje človeško izročilo. Če je imel doslej le Bog pristojnost nad človekovim življenjem, si odslej to pristojnost lasti kar človek sam. Le Bog je nezmotljiv, človek pa je zmotljivo in omejeno bitje, zaradi česar je v svoji omejenosti zagrešil sebi in soljudem tudi hude zločine ter pustil dolgotrajna razdejanja in rane na civilizacijskem in duhovnem področju. O tem priča zgodovina totalitarizmov moderne, ki je spomin in opomin, da ljudje ne bi pozabili, da smo omejena bitja in naj bi si nikoli ne delali utvar, da bomo ustvarili raj na zemlji. Človek ne bi smel pozabiti, da je človek: bitje, ki neskončno presega samega sebe, a je obenem omejeno bitje, »...da je kakor izgubljen v tem zavrženem kotu narave...«,<sup>4</sup> je skratka nemočno bitje, kaj šele da bi bil sam svoj gospodar. Zato na vse svoje gleda z omejenega zornega kota, vsake dejavnosti, ki se je loteva, se drži patina omejenosti in nepopolnosti, kar naj bi usmerjalo k treznosti in premišljenosti pri delovanju.

## **3. SVETOVNONAZORSKOST**

Podoba človeka ni empirična, je filozofsko-etična. Kot pravi Trstenjak psihologija pri podobi človeka prehaja v filozofijo, ker zgolj empirično ni mogoče doreči človeka. »Da, človek ostaja

---

<sup>4</sup> Pascal, Blaise, Misli, Mohorjeva družba Celje, 1999, 50.

ob vsi napovedovalni znanosti in življenjski modrosti še vedno nepreračunljivo bitje.«<sup>5</sup> Ni ga torej mogoče popolnoma razčleniti, raziskati in torej tudi ne popolnoma poznati, ostaja vedno skrivnost. Človeku kot celoti lahko pristopamo le nad-eksperimentalno, približajo se mu lahko le religijski oziroma svetovno-nazorski pogledi. Ni pa mogoča popolna analitična, brezpredpostavčna podoba človeka, zato je vsak pristop človeku, pogojen z glediščem, iz katerega mu pristopamo. To ne velja le za filozofije ali religije, pač pa prav tako za vse znanosti. Znanosti niso nič na boljšem pri preučevanju človeka. Vsako raziskovanje človeka je torej povezano s to neznanostjo in nihče ne more trditi, da obstoja zgolj biološka, oziroma bolj splošno: zgolj pozitivna podoba človeka. Celo pri raziskavi določenega dela človeka nujno posegamo v njegovo intimno, duhovno področje, ki ga razodeva tudi ta (pozitivno) raziskovani del človeka.

Petra Gelhaus, profesorica za etiko na münsterski medicinski fakulteti v svoji knjigi *Genska terapija in svetovni nazor* utemeljeno zastopa stališče, da gre tudi pri vsakem raziskovanju za določen pogled na svet oziroma na človeka. Taki pogledi so se oblikovali pod vplivom novoveškega subjektivega pristopa resničnosti, ki po Kantu določa tudi način gledanja na stvari. Po Gelhausovi Wilhelm Dilthey pozna: naturalizem, objektivni idealizem, religiozni in poetični pogled na svet. Ernst Topitsch jih razdeli v empirično-pragmatični, vrednostno-emocionalni in kontemplativno-estetični pogled na svet. Maksa Scheler pa razdeli človeka glede na več vidikov, kar določa tudi poglede na človeka: človek kot padli Adam (svetopisemsko), človek kot *homo sapiens*-(humanizem), človek kot *homo faber* (pozitivizem), človek »kot v svojem duhu bolna žival in kot 'nadčlovek' (postulatorični ateizem), ki lahko misli svobodo in odgovorno le v odsotnosti Boga«. Gelhausova se odloči za delitev, ki temelji na podlagi raziskovanja problemov bioetike zadnjih 50 let in se delno pokriva z delitvami omenjenih in nadaljuje: »Krščanstvo in humanizem še vedno dajeta zahteve, pozitivizem se kaže v obleki scientizma ali (včasih) biologizma. V določenem smislu lahko primerjamo Schopenhauerjev pesimizem z ekološko etiko, čeprav je pri zadnji lahko tudi podoba človeka pozitivno motivirana.«<sup>6</sup> Glede na to imamo opravka s tremi temeljnimi pogledi: Prvi je krščanski oz. humanistični pogled, oba zagovarjata celostno podobo človeka. Drugi scientistični oz. biologistični zagovarja stališče, da smemo (poljubno?) eksperimentirati s človekom. Tretji, ekološki pa je lahko tudi pozitiven do človeka, ker zagovarja stališče, da je treba na vseh področjih spoštovati življenje, predpostavljaj naj bi torej tudi spoštovanje človekovega življenja.

Gelhausova opozarja, da so torej tudi znanstveni pogledi vedno pogojeni s filozofskimi oziroma svetovnonazorskimi usmeritvami znanstvenikov. Pri raziskovanju človeka imamo namreč o njem vedno določene predstave, ki so plod naših filozofsko-etičnih oziroma svetovno-nazorskih pogledov na svet in človeka. Tudi konkretne aplikacije niso le sad znanstvenega preverjanja, pač pa naših odločitev, ki temeljijo na naših pogledih. Problem je, da se ti pogledi praviloma na izražajo oziroma jih znanstveniki izrecno ne omenjajo oziroma se obnašajo, kakor, da gre tu le za »čisto znanost«. Težava je torej pri neupoštevanju, da imamo povsod pri pristopu človeku opravka z svetovnonazorskim gledanjem, ki določa tudi znanstveno delovanje na človeku in vpliva tudi na aplikativne posledice raziskav.

---

<sup>5</sup> Trstenjak, Anton, Problemi psihologije, Slovenska Matica Ljubljana, 1976, 411, prim. tudi 487.

<sup>6</sup> Gelhaus, Petra, *Gentherapie und Weltanschauung: Ein Überblick über gen-ethische Diskussion*, Wissenschaftliche Buchhandlung Darmstadt, 2005, 17/18.

Pomembno sporočilo evropske kulturne dediščine, ki ima sicer več faz, je krščanski pogled na človeka, ki je bistveno vplival tudi na različne humanistične poglede na človeka. Krščanski pogled vključuje vsakega človeka, še posebej pa prizadetega, omejenega, kratka nemočnega, ki ga je treba obravnavati še posebej skrbno in s strahospoštovanjem. Ta pogled je sovplival tudi na pojmovanje človekovih pravic, čeprav ima njihov pravni okvir še druge socialno-politične razloge. Eden od razlogov za pravno uveljavitev človekovih pravic je zamenjava in izrinjenje krščanske podobe človeka, po kateri je človek ustvarjen po božji podobi in je Bog referenčna točka, z novoveškim subjektivnim, se pravi v sebi samem utemeljenem človeku. Bog, ki je ščitil človeka, da si ga ne bi kdo prisvajal (ga uzurpiral), je izgubil svojo moč nad človekom in kot je že davno zapisal Marjan Rožanc, je »zmaterializirani človek slednjič spregledal (vprašanje ostaja seveda, če je res že spregledal, op. J.Ju.), da ne more postati Človek, kaj šele Nadčlovek, ko Bog ni več Bog.«<sup>7</sup> Prišlo je do pobožanstvenja človeka, ki se je sam povzdignil nad druge, kar se je pokazalo kot nadčlovek, rasni človek, Evropejec itd. Takšna nevarnost se odpira tudi z možnostmi, da človek s tehničnimi sredstvi upravlja s človekom. Ker tudi pravna razsežnost človekovih pravic temelji na prepričanju oziroma na veri v nedotakljivost človekovega dostojanstva, je vprašanje, kakšno je to prepričanje oziroma ta vera oziroma na kakšni svetovnonazorski podlagi temelji le-ta. Kot poudarjajo številni poznavalci, pa je danes treba ta pogled celo razširiti tudi na prenatali pogled na človeka, ki ga stari filozofi še niso poznali.

#### 4. JUDOVSKO-KRŠČANSKO IZROČILO

Na vrednoto človekovega dostojanstva v sodobnem svetu je odločilno vplivalo judovsko-krščansko izročilo. Na začetku Svetega pisma beremo, da je Bog ustvaril človeka po svoji podobi in sličnosti (1 Mz, 1, 27) kot vrhunec stvarstva. Krščanstvo je oblikovalo pojem človeka kot osebe in dalo temelje enakopravnosti vseh ljudi, ne le grških polisnih pripadnikov ali svobodnih državljanov rimske države. Krščanstvo je za razliko od judovstva, kjer je bil odločilen pojem ljudstva, uveljavilo pojem človeka kot (posamezne) osebe, pomen njegovega dostojanstva in njegovih pravic. Odločilno vlogo v teh procesih imajo razprave na prvih krščanskih cerkvenih zborih, ki razpravljajo o Jezusovi naravi in osebi. To je pogojevalo tudi opredelitev človeka kot osebe, ki jo je napravil Boetij: Oseba je »umne narave individualna podstat«.<sup>8</sup>

Na osnovi tega krščanskega izročila je Kant v novem veku opredelil nujnost spoštovanja človeškega dostojanstva oziroma svoj *kategorični imperativ*: »Delaj tako, da ti bo človeškost v tvoji osebi in v osebi vsakogar drugega vselej glavni namen, nikoli sredstvo.«<sup>9</sup> Tudi ostala njegova filozofija potrjuje, da mu gre pri tem za celotnega človeka, saj je zanj antropologija krovna znanost, ker se vsa vprašanja stekajo v vprašanje o človeku. Iz krščanskega izročila v okviru strogega nemškega puritanizma, iz katerega izhaja Kant kot pastorjev sin, je razumljivo, da je zasledoval polno spoštovanje dostojanstva človeka, kar potrjuje tudi njegov stavek na koncu *Kritike praktičnega uma*: »Dve stvari izpolnjujeta srce z rastočim občudovanjem in

---

<sup>7</sup> Rožanc, Marjan, Iz krvi in mesa, Mladinska knjiga Ljubljana, 1981, 47

<sup>8</sup> Boetij, Anij M.T. S, Filozofsko-teološki traktati (o Sveti Trojici) V/II,III, ZRC Ljubljana, 1999, 85.

<sup>9</sup> Kant, Immanuel, Grundlegung der Metaphysik der Sitten, v: Weischedel, Wilhelm (ur.) Kant, Immanuel, Werke in zwölf Bänden VII, Suhrkamp Frankfurt, 1956, 61 (BA67).

spoštovanjem, kolikor bolj pogosto in bolj vztrajno se ukvarja z njima: *zvezdnato nebo nad nami in moralni zakon v meni.*<sup>10</sup>

Tako Kant tudi v spisu *Zum ewigen Frieden (K večnemu miru)* izpostavlja, da se mora vladar zavedati, »da je prevzel službo, ki je za človeka previsoka, da upravlja z najsvetejšim, kar ima Bog na zemlji, tj. s *pravico ljudi* in mora (zato) stalno skrbeti, da ne bi stopil preblizu tej punčici božjega očesa«. <sup>11</sup> Vladajoči naj bi se zavedal človeške omejenosti in naj bi si ne utvarjal, da si lahko prilasti božje (absolutno) gledanje in razpolaganje s človekom.

Čeprav so na pravno oblikovanje pojma človekovih pravic vplivali politični in socialni dejavniki kot pojav novih slojev, ki so si izborili svoj politični prostor, slabitev vere v Boga kot zadnjega utemeljitelja človekovih pravic, je na osnovi tega krščanskega izročila o človeku, ki se je vedno bolj osvobajalo Boga, nastajal pojem človekovih pravic kot ga je dokončno potrdila Generalna skupščina združenih narodov 12. decembra 1948 v Parizu in po kateri gredo vsakemu človeku vse temeljne pravice in je treba spoštovati njegovo dostojanstvo. Pravni pojem je torej nastajal tudi kot politični protest zoper oblast in iskanje pravic posameznih (novih) stanov, vendar so človekove pravice v bistvu nadomestilo za človekovo dostojanstvo, ki ga je imel človek doslej pred Bogom. Seveda je pojem človekovih pravic tudi podrobneje opredelil pravice, ki jih je v srednjeveški družbi zagotavljal fevdalni sistem, ki je sicer ohranjal razliko med gospodarjem in tlačanom, a je bil gospodar dolžan spoštovati tlačanovo človeško dostojanstvo. Še do danes je ostala enakopravnost novih slojev posebno žena in otrok zaradi kapitalističnih razmer nerešen problem.

Danes se glede na nove razsežnosti človekovega delovanja na bioetičnem področju na novo odpira problem pravic nerojenih in starih. Če se strinjamo glede človekovega dostojanstva, potem težko postavimo mejo človekovega dostojanstva na določen termin po spočetju ali pred človekovo smrtjo. Če ne bi bil to problem, potem ne bi bilo številnih razprav, ki se pojavljajo okrog teh problemov. Krščanstvo je vero v človeka ustvarjenega po božji podobi vneslo tudi v evropske in svetovne idejne in pravne standarde ter pripomoglo k utrjevanju človekovega dostojanstva in njegovih pravic, kar danes sprejemajo tudi druga religiozna in filozofska izročila po svetu, npr. tudi muslimani.

S tem okviru je krščanstvo dalo temelj tudi novoveški (humanistični in drugi) znanosti v njenem pristopu človeku in pripomoglo k utrjevanju spoštovanja vsakega človeka, posebej prizadetega in nemočnega, na kar je treba biti še bolj pozoren pri biotehnoloških posegih v življenje človeka. Krščanstvo zato ne nasprotuje raziskovanju človeka, saj je pospeševalo razvoj medicine in sprejemalo (četudi včasih s težavo) tudi novejša spoznanja biologije in psihologije. Razvoj sodobne znanosti je dobil zagon že v srednjem veku s tesno povezavo študija teologije ter Aristotela in islamskih oziroma judovskih filozofov in znanstvenikov v visoke sholastike 13. stol. Glede na današnje možnosti raziskovanja pa je tudi v znanosti dobro upoštevati meje človeka in ravnati pri znanstvenem raziskovanju skladno s tem.

---

<sup>10</sup> Kant, Immanuel, *Kritik der reinen Vernunft*, v: prav tam, 300 (A 289).

<sup>11</sup> Kant, Immanuel, *Zum Ewigen Frieden*, (BA 27, opomba), v: Weischedel, Wilhelm, n.d., XI., 207 (Slov. izdaja Kant, Immanuel, *Zgodovinsko politični spisi*, ZRC SAZU Ljubljana, 2006, str. 99).



## 5. DETERMINIZEM IN ČLOVEK

Na podlagi ugotovitve o svetovnonazorski pogojenosti znanstvenega delovanja je pomembno presojati tudi sodobne pristope bioetičnemu področju. Na podlagi razvoja znanstveno-pozitivističnih usedlin ostaja vidna značilnost sodobnih znanstvenih pristopov določen scientizem, ki so ga v 19. stoletju utrjevali pozitivizem, materializem, dialektični materializem in evolucionizem. Evolucija je sicer odprla pota človekovemu razvoju, njene ideološke različice pa so pod vplivom omenjenih gibanj ideološko zmanjševale dostojanstvo človeka, s tem da so ga uvrščale na listo bitij, ki se poljubno »proizvajajo«, se pravi človeka je mogoče razlagati biološko. V tem smislu razume Noam Chomsky s svojo tvorbeno-pretvorbena slovnico v delu *Znanje jezika* (MK Ljubljana 1989) človeka kot samo-proizvod. Danes sicer biologi zagovarjajo bolj odprto evolucijsko pot, ki jo je prepričljivo in celostno predstavil vidnejši biolog 20. stoletja Ernst Mayr (1904-2005) v svojem delu *Kaj je evolucija?*<sup>12</sup> Pod vplivom ideoloških usedlin materializma, pozitivizma in posebno dialektičnega marksizma je evolucija dobila deterministične očala, ki so zapirala pot odprtemu duhovnemu gledanju na človeka. Karl Rahner pravi, da je tak razvoj znanosti in tehnike človeka uvedel v skušnjava, da je pozabil na svojega duha. Ideološka znanost moderne je v tem smislu ustvarila prepad med telesnim in duhovnim med tem, kar je sebi pripisala kot pozitivno in med duhovnim, kar je predmet vere. Holokavst in z njim povezane manipulacije s človekom, kot sta jih izvajala nacizem in komunizem, so bili po prepričanju Zygumnda Baumanna<sup>13</sup> in Hannah Arendt<sup>14</sup> mogoči s pridobitvami oziroma sredstvi znanosti in tehnike v moderni, ki so jih ti sistemi brezvestno zlorabili. Kakor je zapisal Hans Jonas, skuša *homo techonologicus* odslej vse urediti s neprestano dinamično procesov, zaradi česar pa bi morala rasti tudi moralna odgovornost, a je človek vedno manj sposoben delovati kot moralno bitje, zato je po njegovem moderna tehnika (in seveda tudi biotehnika) predmet etike.<sup>15</sup> Po besedah Paula Virilioja nas procesi prehitvajo,<sup>16</sup> zato potrebujemo »moralno-praktične presojevalne zmožnosti: modrosti v smislu grške *frónesis* (praktične preudarnosti)«<sup>17</sup> Zato se Höffe zavzema za vsestransko inovativnost, ne le na tehničnem pač pa tudi na etičnem področju, skratka za bolj usklajeno dejavnost, ki je bila značilna za človekovo iznajdljivost v kulturno širši oziroma celostni preteklosti. Ker je človek simbolno bitje in si z govorico vedno gradi svoj svet ne glede na področje, s katerim se ukvarja, imamo različne nivoje govornice, vendar ne matematik ne izkustveni znanstvenik nimata direktnega dostopa do stvari, pač pa se jima svet posreduje preko njune simbolne sposobnosti. Še bolj kot ostala narava je človek kot oseba in svobodno bitje skrivnost, ki je nikoli ne moremo dojeti. Takšen dialog je zato danes potreben posebej med pozitivnimi znanstveniki in etiki, filozofi in teologi, da bi našli ravnotežje med »pozitivno« in »znanstveno simboliko in ne bi spregledali tega kar Jonas imenuje skrivnost človeka. Zato je potreben stalen dialog z drugim in drugačnim človekom. Posebej to velja spričo sodobnega stanja človeštva. Brez dialoga na začetku življenja človek ne preživi - dojenček bi sam umrl, brez dialoga pa človek tudi v nadaljnjem življenju zakrni in se odtuji sebi in drugim. Le v pristnem srečanju različnosti se vračamo na človeške izvore in temelje in zato je danes dialog toliko bolj nujen, ko gre za tako občutljiva vprašanja človeka. Le tako bomo lahko (skupaj)

---

<sup>12</sup> Prim. Mayr, Ernst (idr.), *Filozofija evolucije*, Fakulteta za družbene vede Ljubljana, 2008.

<sup>13</sup> Prim. Bauman, Zygmund, *Moderna in holokavst*, ŠZ Claritas Ljubljana, 2006, 20sl.

<sup>14</sup> Prim. Arendt, Hannah, *Izvori totalitarizma*, ŠZ Claritas Ljubljana, 2003, 287 sl.

<sup>15</sup> Prim. Jonas, Hans, *Technik, Medizin und Ethik*, Suhrkamp Frankfurt, 1985, 42 sl.

<sup>16</sup> Prim. Virilio, Paul, *Revolution der Geschwindigkeit* Merve Verlag Berlin, 1993.

<sup>17</sup> Höffe, Otfried, *Medizin ohne Ethik?*, Suhrkamp Frankfurt, 2002, 210.

ohranili preudarnost, ki jo potrebujemo za izzive, v katerih se nahajamo. Kot poudarja A. MacIntyre, lahko zadeve rešuje le tak dialog ali interdisciplinarnost, ali kot jo imenuje Norbert Hintersteiner, bilingvalnost.<sup>18</sup> Gre za usklajevanje dveh govoric, ki imata vsaka svoje zakonitost, ki pa se morata med seboj usklajevati (razumeti), kar ni mogoče brez bilingvalnosti, torej brez izmenjave obeh jezikov obeh področij, saj sicer zaidemo bodisi v (enostransko) poduhovljenost ali pozitivistično skrajnost in spregledamo človeško bistvo in težko pridemo do temeljnega izhodišča, ki je lahko le integralno človekovo dostojanstvo. Posebno je to problem pri še nerazvitem človeku.

## 6. ČLOVEKOVO DOSTOJANSTVO

Ker je človek od začetka zasnovan kot človek, to zgolj biološko postavlja probleme, zato je treba najti globlje, filozofsko-etične razloge za utemeljitev človekovega dostojanstva že spočetega človeškega bitja oz. zarodka, čeprav ni dvoma, da je človek posebno bitje na svetu že od začetka, tj. od spočetja. Značilnost »tradicijsko bogatih etičnih teorij, kakršna je Aristotelova etika vrline, Hobbes-Humova pogodbeno teorija, Millov utilitarizem in Kantova etika dolžnosti je, da jemljejo svojo prepričevalno moč iz dobro premišljenega celovitega modela človekove eksistence, vključno z najbolj splošnimi kakor tudi s konkretnimi lastnostmi človeka.«<sup>19</sup> Omenjeni misleci še niso poznali problemov, ki se danes zastavljajo znanstvenikom pri pristopu spočetemu človeku in ravnanjem z izvornimi celicami. Spočeto človeško bitje je torej izziv religij, etik, socialnih in pravnih teorij. Pravno-politično se vprašanje postavlja kot iskanje družbenega soglasja za to, kaj je temeljni pogoj človeka, in ali ta temeljni pogoj imajo vsi človeški osebki od spočetja dalje oziroma se tam lahko pojavijo še dodatni razlogi, ki bi to stališče stavili pod vprašaj. Kot rečeno, pa ni mogoče utemeljiti človekovega dostojanstva zgolj na podlagi biološke zasnove. Vse lastnosti človeške vrste pa od spočetja dalje pripadajo enako vsakemu osebkju kakor že razvitim. Gre za tako imenovano „minimalno soglasje“ in Renihard Merkel<sup>20</sup> razlikuje dva „groba“ tipa razlogov za človekovo dostojanstvo:

Prvi tip gleda na to področje predvsem posledično in tehta le (prevelike) posledice poskusov na tem področju. Zarodek je lahko predmet raziskovanja, če to ne prinaša vsaj bližnjih hujših posledic. Človekovo dostojanstvo v tem smislu ne bi bilo okrnjeno, če bi poseg v zarodek – podobno kakor medicinski poseg pri odraslem človeku - ne prinašal hujših (?) posledic, pri čemer je odprto, kaj imamo za »hujše« posledice. Tako bi bilo dopustno raziskovanje.

Drugi tip razlogov pa vnaprej pripisuje človeško dostojanstvo človeku od začetka, tj. od spočetja, zaradi česar je absolutno prepovedano izvajati poskuse nad človekom.

V obeh primerih Merkel izhaja iz družbenega položaja in družbenega soglasja. Sprašuje se, kaj prinaša ena ali druga rešitev in predvsem kako je mogoče eno ali drugo razumno utemeljiti. Poudarja, da je utemeljevanje danes vsaj v politiki pa tudi v strokah izrazito površinsko, malo

---

<sup>18</sup> Prim. Hintersteiner, Norbert, The comparative Theology project, v: Hintersteiner, Norbert (ur.), Naming and thinking. God in Europe today, Rodopi B.v. Amsterdam (ect.), 2007, 490

<sup>19</sup> Leist, Anton, Angewandte Ethik und öffentlicher Vernunftgebrauch, v: Schmücker, Reinhold/Steinvorth, Ulrich, Gerechtigkeit und Politik, Philosophische Perspektiven Akademie V. Berlin, 2002, 143.

<sup>20</sup> Merkel, Reinhard, Verbrauchende Embryonenforschung? Grundlagen einer Ethik der Präimplantationsdiagnostik und der Forschung an embryonalen Stammzellen, v: Schmücker, Reinhold/ Steinvorth, Ulrich (ur.), n.d., 151-168.

kje se išče globlje razloge. Zato seveda prihaja v znanstvenih krogih do odklonov, posebno v iskanju razlogov za znanstvene poskuse na zarodkih. Pri odločitvi za zadnje bi absolutno morali upoštevati priznanje dostojanstva pri spočetemu zarodku, torej graditi na etičnih razlogih.

## 7. ZNANSTVENO RAZISKOVANJE IN ETIKA

Francis Joseph Fletcher meni, da se etična načela danes niso spremenila in so jasna kakor so bila v preteklosti, problem je njihova aplikabilnost, se pravi, etika se uporablja na veliko bolj zapletenih področjih. Pri pregledu zgodovine različnih „poskusov“ Fletcher ugotavlja, da je prihajalo že večkrat do zlorab oz. do uveljavljanja neetičnih praks, ker niso dovolj pretehtali posegov v človekovo življenje. Najbolj znan je primer, ko okuženim vojakom s sifilisom niso dali penicilina, ki so ga medtem iznašli, ker so hoteli preskusiti njihovo sposobnost, da se zdravijo z dosedanjimi zdravili. Na vojakih je bilo v zgodovini še več drugih podobnih poskusov. Fletcher zato poudarja, da je „srce etike obligacija“<sup>21</sup>, se pravi kot etični ljudje imamo odgovornost do drugega oziroma smo zavezani drugemu. To še posebej velja pri raziskovanju človeka, kjer bi se morali držati sledečih splošnih in potem še posebnih etičnih načel:

1. Imeti je treba soglasje udeleženega za posege na medicinskem področju, odprto ostaja vprašanje posegov pri opravljenih nesposobnih: mladoletnikih, prizadetih in zarodkih.
2. Upoštevati moramo privatnost in zaupnost, kar pomeni postavljanje osebnih interesov raziskovanega subjekta nad raziskovalnimi.
3. Splošno pravilo človeškega delovanja še posebej na tem področju je čim manj škodovati življenju.
4. Izključiti je treba vsako sleparstvo in končno: 5. Upoštevati je treba trajanja posega, saj ima lahko predolgo trajanje posega neugodne posledice za subjekt posega.

Poleg teh glavnih je dobro upoštevati še podrobnejša pravila, ki določajo, ali raziskovalec pozna 1. relevantna dejstva, ki so pomembna pri raziskovanju. 2. Se zna vživeti v človeška občutja, 3. je nevtralen pri raziskovanju – kar smo videli, da je problem, saj ima vsak raziskovalec svoj (zelo zapleten) interesni pogled na svet. 4. Ali raziskovalec dela brez emocij, se pravi analitično, kar je glede na prejšnje prav tako problem in 5. Upoštevati mora celostne vidike človeškega bitja ter omejenost in končnost človeškega bitja in pri posegu ravnati skladno s tem<sup>22</sup>. Kako je sploh mogoče tako delovati? Znanstvenik »mora to, kar je etično ali neetično presoditi vnaprej - pravi Marshall Walker«<sup>23</sup>, ker mora predvideti posledice. Zato mora uporabljati znana moralna pravila religij, učenje cerkva, vlad, zdravniških združenj ali drugih vodilnih etičnih ustanov in združenj. Po Joelu Feinbergu je vsako kazensko-zakonsko

---

<sup>21</sup> Fletcher, Joseph Francis, *Humanhood: Essays in Biomedical Ethics*, Doubleday and Company New York, 1979, 183.

<sup>22</sup> Fletcher, 178/179.

<sup>23</sup> Fletcher, 185.

sankcioniranje raziskovanja zarodka opustitev načel in pravil liberalne države, vendar je pa po Birnbachu tako sankcioniranje utemeljeno, čeprav pušča odprte probleme.<sup>24</sup>

Okoliščina, da z raziskovanjem na zarodkih lahko pridobimo pomembne rezultate v korist človeštva, otežuje pristop in je povezana s številnimi problemi in dilemami. Vprašljivo je tudi, če se rezultati takih raziskav (drugod) uporabljajo, ni pa dovoljeno raziskovanje na tem področju. Tako je v nekaterih v državah raziskovanje sicer nedopustno (npr. v Nemčiji), znanstveniki in posredno gospodarstveniki in politiki pa potem uporabljajo rezultate raziskav iz drugih držav za lastno terapevtsko (in drugo) delovanje.

Predsednica britanske komisije Mary Warnock, ki je spremljala potek nadzora nad raziskovanjem, ki so ga opravljali britanski znanstveniki in vodila razprave o raziskovanju, meni, da bi morali rezultate teh raziskav bolj ceniti. Zdi se ji, da je potrebno pretehtati dobrine, kar naj pomeni, da bi vrednost rezultatov odtehtala znanstvene posege v zarodek. Warnockovi se zdi, da so nasprotovanja na tem področju odraz usedlin na "emocionalnem dnu" in da ne gre za "moralno pač pa za kulturno normo".<sup>25</sup>

Kljub takim stališčem, ki so v Veliki Britaniji odprla pot poskusom pod določenimi pogoji (med drugim omejitvijo do 14 dni po spočetju) na zarodku, pa tu ne moremo mimo temeljne moralne norme – popolnega spoštovanja človeka. Odločilno ostaja seveda, kaj (menimo, da) je zarodek. Če sprejemamo, da je človeški osebek samostojen, potem je vsak (znanstveni) poseg v njegovo avtonomijo poseg v zaupno področje človeka, torej se gremo paternalizem. Te dileme lahko razrešujejo le filozofija oz. etika, teologija itd., torej normativne ne pa pozitivne vede.

Že omenjeni Reinhard Merkel ugotavlja, da ni mogoče norme za dostojanstvo zarodka izpeljati preprosto iz dejstva, da je človek v osnovi po svoji mikrostrukturi enak rojenemu bitju, pač pa je treba najti normativne razloge, se pravi razlog je v tem, da je zarodek že individuum in mu pripadajo enake pravice kakor vsakemu odraslemu človeškemu bitju. Težko je zavračati individualnost zgolj nekemu, ki je nekoliko mlajši kot drugi, zato ne more biti razlike med zarodkom teden prej in kasneje. Mary Anne Warren se strinja, da v primeru splava normativno težko ločujemo različna obdobja, čeprav je razvidno, da se zavest pri zarodku razvije šele ob koncu drugega trimestra zarodkovega razvoja. Navaja tri razloge za spoštovanje in ohranitev živega. Prvi (1.) razlog je »spoštovanje do vsega življenja, kakor to zahteva Albert Schweitzer.« Razlog je preprosto v volji do življenja vseh živih bitij. Ubijanje živih bitij je glede na to mogoče le zaradi težkih razlogov. Drugi (2.) razlog pravi, da »je ubijanje zarodka treba še posebej zavreči zaradi tega, ker gre za človeško življenje in je zarodek zavestno bitje, čeprav se zavest pojavi šele na koncu drugega trimesečja zarodkovega življenja.« Najbolj utemeljen razlog se avtorici zdi, da »imamo (3.) opravka z osebnim bitjem in je treba zato človeško življenje še posebej spoštovati.«<sup>26</sup> Glede splava ista avtorica opozarja tudi, da gre za pravico do življenja dveh ljudi, ženske in otroka in da v določenih primerih zato

---

<sup>24</sup> Prim. Birnbacher, Dieter, Politik zwischen nationaler ethischer Kultur und internationalen Freizügigkeit: Das Beispiel des Menschenrechtsübereinkommens zur Biomedizin, v: Schmücker, Reinhold/Steinvorth, Ulrich (ur), n.d., 191.

<sup>25</sup> Warnock, Mary Ann, Question of Life. The Warnock Report on Human Fertilisation and Embriology, Oxford UP Oxford, 1985, 61 sl.

<sup>26</sup> Warren, Mary Anne Abortion, v: Singer, Peter (ur.), A Companion to Ethics, Blackwell Publishing Malden/Oxford, 2003, 307-313.

pride do zapletenega konflikta interesov. »Takah konfliktov ni mogoče praviloma rešiti zgolj z zanikanjem enakih moralnih pravic ene od strank.«<sup>27</sup> Zavzema se tudi za to, da se ženskam omogoči, da bodo čimbolj zavestno lahko sprejele življenje in ga ohranjale. "Vendar če ima zarodek enake pravice živeti kot oseba, je splav vendar tragičen dogodek, težko opravičljiv, razen morda v izjemnih primerih. Tako si morajo biti tisti, ki zagovarjajo pravice žensk, svesti moralnega statusa zarodkov." Prav tako pa meni, da nosečih žena ni mogoče obravnavati kot manjvrednih, če se jim zgodi nosečnost. To je tisto, zaradi česar naj ne bi bil splav prepovedan in zakaj naj bi bilo rojstvo, bolj kakor pa kak prejšnji trenutek zaznamovalo začetek moralnega statusa."<sup>28</sup> Merkel pa zagovarja pravico zarodka do življenja iz normativnih razlogov, vendar je ta solidarnostna. Po njegovem ne more biti razlika dostojanstva v tem, ali je človek večji ali manjši, pač pa to pripada vsakemu posamezniku od spočetja. Vendar pa se zaveda, da obstoja konflikt interesov. Če imamo npr. deset ali sto zarodkov v banki, zraven pa nezavestnega dojenčka in smo postavljeni pred dilemo ali rešiti ene ali druge, bo imel prednost nezavesten dojenček.

Merkel pa podobno kot Warrenova zaključuje, da je zaključek normativnega iskanja skromen: "Glede na zaščitne namene zarodka ni mogoče najti razloga, ki bi utemeljeval subjektivno pravico na življenje in človeško dostojanstvo. Kar ostane je, da je subjektivna solidarnostna zaščita (varstvo) relativno majhne teže. Ne dvomim, da čisto gotovo etično priznana želja v prihodnost obrnjenih staršev po zdravem otroku jasno prevlada našo obvezo odgovornosti do zgodnjih zarodkov. Za prepoved predimpatacijske diagnostike ni nobenega normativnega temelja. To velja tako za diagnostični postopek celične biopsije, kakor za izločanje genetično bolnega zarodka, ki temelji na tem."<sup>29</sup> Tudi Dieter Birnbacher kritizira preveč ozko splošno določbo o prepovedi medicinskih posegov v zarodek. Zavzema se za to, da se človekove pravice priznajo kot osnova nacionalne in internacionalne morale in poudarja, da je to v biomedicini problem, ker ni soglasja glede zarodka.<sup>30</sup>

Dobro nakaže problem J.E. Thomas, ko navaja Konfucija, ki pravi: "Če se ne uporablja prav jezika, potem to kar se reče ni to, kar se misli. Če to, kar se reče ni to, kar se misli, potem to, kar bi se moralo storiti ostane neopravljeno. Če to ostane neopravljeno, se morala in spretnosti pokvarijo. Če pa se morala in spretnosti pokvarijo, bo šla po zlu pravičnost. Če pa gre po zlu pravičnost, bodo ljudje ostali v brezupni zmedi."<sup>31</sup> Zaključuje, da tako *Nürnberška zakonik* (1947) kakor tudi *Helsinška deklaracija* (1964) nista dobro opredelili, kaj je terapevtsko in kaj neterapevtsko raziskovanje. Zdi se mu pomembno, da so ljudje dovolj informirani o rizikih. Opozarja pa na to, da ni dorečeno raziskovanje na otrocih in psihično prizadetih.

Vsi navedeni avtorji odpirajo torej razmeroma široko paleto problemov človeškega dostojanstva, ki se zaostrijo pri zarodku, otrocih, prizadetih in ostarelih.

---

<sup>27</sup> Warren, 312

<sup>28</sup> Warren, 313.

<sup>29</sup> Merkel, Reinhard, Verbrauchende Embryonenforschung? Grundlagen einer Ethik der Präimplantationsdiagnostik und der Forschung an embryonalen Stammzellen, v: Schmücker, Reinhold/ Steinworth, Ulrich (ur), n.d., 168.

<sup>30</sup> Birnbacher, Dieter, n.d., 189

<sup>31</sup> Thomas, J. E., Medical Ethics and Human Life: Doctor, Patient and Family in the New Technology, Veatch RM Boston/MA, 1983, 206.

Ob koncu je treba omeniti še *Konvencijo o človekovih pravicah v biomedicini* (1997) Sveta Evrope, ki jo nekateri omenjeni avtorji kritizirajo, ki pa v svojem bistvu ne dopušča poskusov na zarodkih. Njen problem pa je, da jo je doslej ratificiralo šele nekaj držav.

## 8. KLJUB TEMU: ČLOVEKOVO DOSTOJANSTVO

Glede na ta današnja vsaj bistveno tukaj prikazana stališča, je razumljivo, kako pomembna je danes za opredelitev človekovega dostojanstva filozofska oziroma teološka utemeljitev tega dostojanstva, da bi lahko zagotovili spoštovanje človeka kot osebe od njegovih začetkov pri spočetju do konca življenja. Pri tem je vedno bolj pomembna soodvisnost in tako tudi soodgovornost vseh ljudi, na katero opozarjamo avtorji v knjigi *Surviving globalisation. The uneasy gift of interdependence*.<sup>32</sup> Glede na to utemeljitev človeka kot osebe presega zgolj biološke okvire, saj moramo upoštevati, da je človek kulturno oz. simbolno bitje in zaradi tega je zadeva njegovega uma, da utemelji svoje bivanje in ga utemelji tudi v svojem izvoru. Krščanstvo vztraja na dostojanstvu človeka od spočetja do konca življenja zaradi religioznega razloga, ker je Bog njegov stvarnik in ima po podobi Jezusa Kristusa človek enako dostojanstvo, utemeljeno v Bogu. Ne glede na to pozna zgodovina pred Kristusom in po Kristusu odklone od tega stališča.

Tudi filozofsko-etično je razlog za zagovor krščanskega stališča o osebni individualnosti človeka kot razumskega bitja, ki pa je že utrjeno z tem krščanskim izročilom samim, saj je naše sedanje razumevanje le-tega hermenevitično pogojeno s to zgodovino. Zato si tudi težko predstavljamo zgolj neke le filozofske (humanistične) razloge, saj smo že prepojeni s to krščansko idejo, ki sega tudi v moderno in današnji demokratični pravni red in je torej sestavni del sodobne kulture. Temelj le-te so človekove pravice in z njimi nedotakljivost človeškega življenja. Čeprav, kakor ugotavljamo, soglasje o tem v družbi slabi, to še ni razlog, da se ne bi toliko bolj zavzemali za utemeljitev teh stališč.<sup>33</sup>

Po mnenju Günterja Pöltnerja se človeka lahko tudi filozofsko opredeli, vendar tudi ta opredelitev nikoli ne more biti vrednostno nevtralna. Pojem »človek« nima zgolj biološke, pač pa ima antropološko tj. vrednostno opredelitev, skratka ni mogoče deliti človeka zgolj na instrumentalno bitje na eni in na drugi strani na osebno-vrednostno bitje, pač pa je vedno oboje skupaj.<sup>34</sup> Da je res tako, potrjujejo številne razprave o problemih splava, evtanazije, poskusov z zarodki, izvornimi celicami, skratka vsi se zavedamo, da gre za človeka, ne glede na to, kako se odločamo. Dietmar Mieth predlaga, da danes glede tega filozofskega pojmovanja človeka izhajamo iz temeljne postavke, da je človek svobodno bitje. Ta svobodnost je razvidna že od začetka človekovega življenja in je na njej mogoče utemeljevati enkratnost in posebnost človekovega dostojanstva na spočetem bitju.<sup>35</sup> V svoji *Etiki* tudi sam zagovarjam stališče, da je

---

<sup>32</sup> Juhant, Janez/Žalec, Bojan (ur.), *Surviving globalisation. The uneasy gift of interdependence*, LIT Münster, 2008.

<sup>33</sup> Virth, Günter, *Institutionalising of bioethics in European Institutions as challenge for theological ethics*, v: Juhant, Janez/Žalec, Bojan (ur.), n.d., 163.

<sup>34</sup> Prim. Pöltner, Gerhard, *Werneutrale Diskription oder semantische Politik. Zum Sprachproblem der Embryologie*, v: Esterbauer, Reinhold /Pernkopf, Ernst/Ruckenbauer, Hans Walter(ur.), *WortWechsel. Sprachprobleme in den Wissenschaften interdisziplinär auf den Begriff gebracht*. Königshausen&Neumann Würzburg, 2008, 203.

<sup>35</sup> Mieth, Dietmar, *The role and backgrounds of religious, ethical, legal and social issues in the progress of science*, Juhant, Janez/Žalec, Bojan (ur.), n.d., 150 in 153 sl..

človeškost temelj našega pristopa človeku, svetu in zato tudi pogoj ustreznih človekovih ravnanj.<sup>36</sup>

V etiki se sicer ne moremo izogniti tehtanju dobrin, kar v vsakdanjem življenju neprestano počnemo. Problem pa je, ko gre za tehtanje življenja, saj naj bi si bili edini, da je življenje absolutna vrednota. Zdi se, da deli sodobne družbe skušajo v nekaterih pogledih pri tej vrednoti »zamižati«, še posebej ko gre za slabotne: zarodek, starec, invalid itd. To pa kaže ravno na problem te družbe, ki si ne zagotavlja vrednot, iz katerih izhaja, zaradi česar se ji postavlja vprašanje bivanja v prihodnosti. Kakor pravi Alaisdair MacIntyre, je namreč (družbeno) življenje odvisnost in torej prejetje in dajanje in le tako lahko preživimo.

Ker je v (liberalistični) družbi bolj poudarek na jemanju, pa v tudi primeru zarodka danes govorimo o slabem soglasju za njegovo absolutno spoštovanje, ki zahteva včasih veliko dajanje (potrpljenje). Res sicer medicina preko določenih raziskav lahko pride do preprečevanja raznih bolezni zarodka in uspešnejšemu zdravljenju človeka. Vendar pa je zato tukaj tehtanje dobrin zelo zapleteno in prefinjeno in ga ni mogoče odpraviti tako, da zarodku enostavno damo nižji status oz. ga do določenega trenutka »odvežemo« človeškosti, kakor se je odločila Warnockova. Res je, da se v primeru tragedije ladje ali v podobnih primerih družba predvideva najprej rešitev matere, nato reševanje otroka. Še manj relevantno se zdi sodobni družbi razmišljati o nerojenem otroku. Vendar povsod si vsakdo lahko postavi vprašanje, kaj bi bilo, če bi bil to on sam oziroma splošno rečeno, ali ne gre tukaj vedno za človeka. Seveda ne gre zato, kakor bi utegnil kdo ugovarjati, da tako razmišljanje namerava kogarkoli travmatizirati. Podobno kot se je treba boriti za odpravljanje ubijanja v vojnah in drugih izrednih razmerah, kjer naj bi bilo »normalno« ubijanje človeka, je treba tako razmišljati in delovati tudi v primerih začetkov človekovega življenja, »kjer nekdo prihaja iz skritosti svojega sebstva k sebi, prihaja iz sebe k sebi«, kot pravi že omenjeni Gerhard Pöltner, gre za to, da s poimenovanjem stvari s pravi imeni, kakor zahteva Konfucij postavljamo okvire vrednot, ki terjajo ustrezne norme. Ali bomo te postavljali in jih tudi spoštovali, je seveda odvisno od nas. Takšna etična drža pa zahteva zelo tankočuten posluš za človekovo dostojanstvo in pripravljenost vseh to dostojanstvo braniti za vsako ceno. Zdi se, da ta čut (in soglasje) sodobna družba iz različnih razlogov marsikje izgublja, kar nenazadnje potrjujejo tudi številne razprave (in polemike) na tem področju, ki po drugi strani ostrijo čut za etično soglasje.

Krščansko stališče v odnosu do raziskovanja zarodka, do splava in evtanazije nasprotuje skratka vsakemu nasilju nad človekom. Katoliška Cerkev evtanazijo opredeljuje kot "dejavnost ali opustitev, ki sama v sebi ali glede na namen povzroči smrt."<sup>37</sup> V svoji obširni razpravi o teh vprašanjih Tadej Strehovec ugotavlja, da je »pojmem osebe v biotehnologiji izrazito šibek pojem...in je danes nujno, da se pojem osebe poglobi in posodobi.« To gre po njegovem zaradi nesoglasij celo tako daleč, da se postavlja vprašanje, »če je pojem osebe sploh primeren za celovit prikaz problematike.«<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Prim. Juhant, Janez, *Etika I. Na poti k vzajemni človeškosti*, ŠZ Claritas Ljubljana 2009.

<sup>37</sup> Sacred Congregation for the Doctrine of the Faith, *Declaration on Euthanasia*, Edition Vaticana Vatican, 1980, 6.

<sup>38</sup> Strehovec, Tadej, OFM, *Človek med zarodnimi in izvornimi celicami*, Znanstvena knjižnica TEOF 12/Brat Frančišek Ljubljana 2007,15/16.

## 9. MNOŠTVO PROBLEMOV V LUČI POLITIK RAZISKOVANJA (SVET EVROPE IN EZ)

Glede na poročila etičnih komisij in strokovnjakov, ki se ukvarjajo z etičnimi vprašanji, se danes postavlja vedno več vprašanj, ki zahtevajo tehten etični premislek in vedno bolj posegajo (z različnih vidikov na problem človeškega dostojanstva oziroma ga ogrožajo. Ta vprašanja kažejo tudi vedno bolj na zapletenost in prepletenost etičnega v sodobnem svetu in terjajo tudi celosten (npr. tudi ekološki itd.) pristop k tem vprašanjem.

Leta 1997 je Svet Evrope kot obvezno sprejel *Konvencijo o človekovih pravicah v biomedicini*, ki je prvi - ne le deklarativni kot pri OZN, pač pa obvezni dokument za zaščito človeka pred zlorabo novih medicinskih in bioloških tehnik. Dunajski moralni teolog Günther Virth je v Svetu Evrope s svojim vztrajanjem in zavzetostjo ter stvarnimi posegi v pristojnih političnih krogih dosegel s svojim nasprotovanjem zoper patentiranje soglasja za tako imenovani *Edinburški patent* pri delu na izvornih celicah, da je Evropski patentni urad sprejel razlago, da je treba pridobitve človeških embrionalnih celic iz etičnih razlogov izključiti iz patentiranja. Tako je zaenkrat to patentiranje prepovedano. To stališče je zavzela tudi skupina etikov EGE (*European Group on Ethics*) pri EZ, ki preučuje kočljiva vprašanja na ravni EZ Pri *Mnenju* št. 22 je skupina zavzela stališče, da zarodnih celic ni moč raziskovati. Kljub temu je prišlo do političnega – ne etičnega kompromisa v odločitvi glede *7. okvirnega raziskovalnega programa*, po katerem naj bi bile možne tudi raziskave, pri katerih pride do uničenja človeških zarodkov. Tako *Mnenje* št. 22, v katerem se skupina etikov zavzema za dosledno spoštovanje zarodka ne odpravlja vseh moralnih, ontoloških in pravnih dilem na tem področju, kljub temu, pa dosledno postavlja moralno-etično zahtevo po spoštovanju zarodka. Günther Virt opozarja, da določila Sveta Evrope še vedno veljajo in postajajo tudi vedno bolj vodila EU. Seveda se postavlja problem etičnega pluralizma. V ta namen je komisar Jacques Delors ustanovil proporcionalno skupino etikov, GAEIB (Group of Advisers on the ethical implications of Biotechnology), ki naj bi neodvisno (niso predstavniki dežel), multidisciplinarno (biologi, medicinci, filozofi, teologi, genetiki, juristi in pluralistično (različnih svetovnonazorskih prepričanj) dajali predloge Komisiji o etičnih temah. Skupina naj bi Komisiji pomagala pri pravnih rešitvah zapletenih vprašanj in Komisija se je doslej teh stališč brez izjem držala.

Od začetka delovanja skupine GAEIB od leta 1993 so bile to zelo prepletene in večstranske teme:

- »1. Uporaba tehnološko-tehničnih izboljšav v kmetijstvu in ribištvu
2. Človeški krvni proizvodi
3. Urejevanje bio-patentov
4. Genska terapija
5. Značilnosti gensko-tehnično spremenjenih živil
6. Prenatalna diagnostika
7. Genske spremembe na živalih
8. Patenti na prvinah , ki izvirajo iz človeškega telesa
9. Klonske tehnike
10. Spodbude za raziskovanje v 5. okvirnem programu (GAEIB 1992-97)
11. Banke človeških tkiv
12. Raziskovanje človeških zarodkov
13. Zdravstvo v informacijski družbi
14. Doping v športu
15. Raziskovanje in uporaba človeških izvornih celic (EGE 1997-2000)



16. Patentiranost najdb na podlagi človeških izvornih celic
17. Klinične raziskave na ljudeh v deželah v razvoju
18. Genski testi na delovnem mestu
19. Komercialne banke in popkovna kri
20. (Na pobudo skupine EGE) Vstavljanje ICT (informacijskih in komunikacijskih čipov) v človeško telo (EGE 2001-2005)
21. Nanomedicina (2007)
22. Kriteriji za etično presojo raziskovalnih projektov z zarodkovimi izvornimi celicami v 7. okvirnem raziskovalnem programu (2007)
23. Kloniranje živali za proizvodnjo sredstev za prehrano (2008)
24. Uporaba novih tehnik v kmetijstvu (na začetku).«<sup>39</sup>

## 10. TEOLOŠKO-ETIČNE SMERNICE RAZISKOVANJA

Na koncu postavljamo teološko-etične smernice za raziskovanje nasploh - kakor jih navaja nemški moralni teolog Otfried Höffe, iz njih sledijo vodila tudi za bioetično področje. Lahko pa jih razumemo tudi kot filozofsko - z določenim svetovnonazorskim (npr. humanističnim) pristopom:

1. »Inovativnost oz. raziskovanje je temeljna človekova potreba od pradavnine.
2. Človek je bitje, ki si hoče etično urediti posrečeno življenje, ne pa si škodovati.
3. Človekova inovativna dejavnost ima vedno etične posledice.
4. Že za časa Grkov se je zgodilo raz-božanstvenje narave – človek si jo je vzel v zakup.
5. Teologija in filozofija pričakujeta pripravljenost za sodelovanje (modna beseda za to je danes dialog) v raziskovanju pri drugih znanostih in v družbi nasploh.
6. Izročilo nas poučuje, da naj bo modrost najvišje vodilo in človek naj ohrani, kot pravi Avguštin, pri dem določeno Božje spoštovanje.
7. Namesto maščevanja (vojn in nasilnih sporov) je človeštvo uveljavilo pota pravnih urejevanj in poravnave problemov.
8. (Kazensko) pravo, pravo in demokracija sledijo moralnim vodilom oziroma temeljijo na njih.
9. Presoja delovanja v sodobni civilizaciji zahteva več kriterijev kot sledi:
  - a. Dvigati je treba raven človeške občutljivosti.
  - b. Poglobiti moramo kriterije raziskovanja.
  - c. Gojiti je dobro skromnost tudi v raziskovanju in vedeti za meje.
  - d. V vsem človeškem delovanju je dobro gojiti ljubezen do bližnjega.
  - e. Krepite je treba moralno občutljivost.«<sup>40</sup>

V tem smislu je predlog treh pomembnih zaključkov za človekovo delovanje na vseh področjih, posebno seveda na področju bioetike:

---

<sup>39</sup> [http://ec.europa.eu/european\\_group\\_ethics/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/european_group_ethics/index_en.htm), 10. 10. 2008. Kolegu Günterju Virthu se zahvaljujem za pobude na tem področju, saj ima kot član etične komisije pri Komisiji EZ (EGE - *European Group on Ethics* pri EZ) natančen vpogled v praktični potek razprav na tem področju, razen tega je poleg našega akademika dr. Jožeta Trontlja bistveno pripomogel k celostni, torej za življenje vsakega človeka občutljivi razpravi na tem področju. Prim. tudi Virth, n.d., 163-176.

<sup>40</sup> Höffe, n.d. 242-251.

1. Vsi naši pristopi k resničnosti niso eksperimentalni, surovi, objektivni in neudeleženi, pač pa vključujejo naše vrednotenje sveta. Naš pristop resničnosti je posredovan z našimi vrednotenji, ocenami, posledično pa z izbirami in omejenimi pogledi.
2. Iz tega izvira nujnost najširšega dialoga in usklajevanja različnih pogledov in stališč in pripravljenost na dogovor na teh področjih. **Nujnost dialoga** med različnimi panogami je danes toliko bolj potrebna zaradi usmerjenosti raziskovanja na posamezna področja in omejenosti vsakokratnega gledanja in delovanja na teh področjih. Na to opozarjamo avtorji omenjenega zbornika *Surviving globalisation*.
3. Spričo tega, da si je človek privzel božje pristojnosti, terja delovanje na področjih življenja spoštljiv pristop podobno, kot ga srečamo pri prvotnih narodih, ki so pristopili vsakemu delu z zavestjo, da posegajo v Božjo pristojnost, zaradi česar so prej opravljali določene obrede, ki naj bi jih osvobodili zaradi te predrznosti. Takšen odnos pomeni predvsem vse spoštovanje pred skrivnostjo življenja in njenih izvorov, da se nad tem ne bi pregrešili. Kot pravi A. MacIntyre<sup>41</sup>, je danes življenje človeka odvisno od kreposti, se pravi od drž, ki jih mora imeti človek, da bi ohranil svoje dostojanstvo oz. dostojanstvo drugega, še posebej posebno potrebnega (prizadetega, nemočnega) človeka. Ne glede na vse to je mogoče samo od take drž pričakovati tudi človeške rešitve za mejne primere, kjer mora danes prevzeti človek tudi božjo vlogo. Ta vloga ni v tem, da bi bil človek kakor Bog, kar je bila skušnjava prvega človeka (glej Sveto pismo 1 Mz 1), pač pa, da bi imel 'božansko' občutljivost in empatijo (sposobnost vživljanja v zapletenost življenja in delovanj na tem področju), ki se je lahko učimo pri ravnanju Boga-Človeka Jezusa Kristusa. Potrebna nam je potrpežljivost oziroma mirnost, s katero bomo znali pristopati občutljivim stvarim z ustreznim strokovnim pristopom ne le kot »fah-idioti«, pač pa z razgledanostjo, ki je obenem plod vsestranskega poznavanja človekovega dostojanstva in tudi priznavanja človekovih mej in omejenosti pri ravnanju s samim seboj (človekom). Spričo naglice, medijsko-političnih poenostavljanj in zato nevarnih prenačlenosti, je kar težko verjeti, da bo človek vse to zmož. Kljub temu je treba verjeti v njegovo etično dostojanstvo in v možnost, da v tem duhu ljudje tudi danes lahko rešujemo kočljiva vprašanja življenja in s tem človeško odločamo in ravnamo s človekom.

## LITERATURA

- Arendt, H.: Izvori totalitarizma, Ljubljana: Claritas, 2003  
 Bauman, Z.: Moderna in holokavst, Ljubljana Claritas, 2006  
 Birnbacher, D.: Politik zwischen nationaler ethischer Kultur und internationalen Freizügigkeit: Das Beispiel des Menschenrechtsübereinkommens zur Biomedizin, v: Schmücker, R./Steinvorth, U. Gerechtigkeit und Politik (Philosophische Perspektiven), Berlin, 2002  
 Boetijj, A. M.T.S: Flozofsko-teološki traktati (o Sveti Trojici) V/II,III, Ljubljana, ZRC, 1999  
 Chomsky, N.: Znanje jezika, Ljubljana, MK, 1989  
 Dohr, G.: Was ist Embryo?, v: Esterbauer, R. (Hg.)/Pernkopf,E. (Hg.)/Ruckenbauer,H.-W.(Hg.), WortWechsel.Sprachprobleme in den Wissenschaften interdisziplinär auf den Begriff gebracht. Würzburg: Königshausen&Neumann, 2008  
 Fletcher, J. F.: Humanhood, : Essays in Biomedical Ethics, New York, 1979  
 Fukuyama, Fr.: Konec človeštva, Ljubljana, MK, 2003

---

<sup>41</sup> MacIntyre, Alasdair, After Virtue, University press Notre Dame, 2002, 256 sl.

Höffe, O.: Medizin ohne Ethik? Frankfurt :Suhrkamp, 2002

Jonas, H.: Das Prinzip der Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1979

Kant, E.: Grundlegung der Metaphysik der Sitten v: Kant Werke in zwölf Bänden,VII , 1788/1956

Kant, I.: Logik Königsberg, Uvod (Einleitung), v: Kant Werke in zwölf Bänden, Wiesbaden, II: Suhrkamp, (1800; 1956)

Kant, I.: Grundlegung der Metaphysik der Sitten,v: Kant Werke in zwölf Bänden, Wiesbaden, VII: Suhrkamp, 1956

Kuschel, K.-J.: Sterben in Gott hinein, in: Publik-Forum 22.2. 2008, Nr.4

Leist, A.: Angewandte Ethik und öffentlicher Vernunftgebrauch, v: Schmücker, R./ Steinvorth, U. Gerechtigkeit und Politik (Philosophische Perspektiven), Berlin, 2002

MacIntyre, A.: After Virtue, Notre Dame:UP, 2002

Merkel,R: Verbrauchende Embryonenforschung? Grundlagen einer Ethik der Präimplantationsdiagnostik und der Forschung an embryonalen Stammzellen, v: Schmücker, R./ Steinvorth, U., Gerechtigkeit und Politik (Philosophische Perspektiven), Berlin, 2002

Pascal, B.: Misli, Celje: MD, 1999

Pöltner, G.: Werneutrale Diskription oder semantische Politik. Zum Sprachproblem der Embryologie, v: Esterbauer, R. (Hg.)/Pernkopf,E.(Hg.)/Ruckenbauer,H-W(Hg.),WortWechsel.Sprachprobleme in den Wissenschaften interdisziplinär auf den Begriff gebracht.Würzburg:Königshausen&Neumann, 2008

Sacred Congregation for the Doctrine of the Faith, (1980) Declaration on Euthanasia, Vatican: Edition Vaticana.

Scheler, M.: Položaj človeka v kozmosu, Ljubljana:Nova revija, 1998

Siedentop, L.: Demokracija v Evropi, Ljubljana: Claritas, 2003

Strehovec, T.: Človek med zarodnimi in izvornimi celicami, Ljubljana: Brat Frančišek in TEOF, 2007

Thomas, J.E.: Medical Ethics and Human Life: Doctor, Patient and Family in the New Technology, Boston/MA. Veatch, RM, 1983

Trstenjak ,A.: Problemi psihologije, Ljubljana: SM, 1976

Warnock, M.: A Question of Life. The Warnock Report on Human Fertilisation and Embriology, Oxford, 1985

Warren, M.: A Abortion, v: P. Singer, A Companion to Ethics, Malden/Oxford: Blackwell Publishing, 2003: [http://ec.europa.eu/european\\_group\\_ethics/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/european_group_ethics/index_en.htm)



**BIOMEDICINSKO ZAČEĆE:  
UPOTREBA I ČUVANJE PREKOBROJNIH EMBRIONA**

**BIOMEDICINSKO ZAČETJE:  
UPORABA IN HRANJENJE ODVEČNIH EMBRIJEV<sup>1</sup>**

**BIOMEDICAL INSEMINATION:  
USE AND PROTECTION OF REDUDANT EMBRYOS**

**UDK: 618.177-089.888.11**

*Dr. Gordana KOVAČEK-STANIĆ, univ. dipl. pravnica  
Redna profesorica  
Pravna fakulteta Univerze v Novem Sadu*

*Dr. Marija DRAŠKIĆ, univ. dipl. pravnica  
Sodnica Ustavnega sodišča Srbije  
Redna profesorica  
Pravna fakulteta Univerze v Beogradu*

**POVZETEK**

*Avtorica prikažeta pravno ureditev v Srbiji glede uporabe in hranjenja embrijev. Poseben poudarek je dan tudi primerjalnopravnemu prikazu te ureditve ter prikazu primerov iz sodne prakse različnih sodišč (npr. Evropsko sodišče za človekove pravice).*

**KLJUČNE BESEDE**

*Embriji, zarodne celice, umetna oploditev, post mortem oploditev.*

**ABSTRACT**

*The author show a regulation in Serbia regarding the use and storage of embryos. Special emphasis is also on comparative law view, these rules and display cases from the case of the various courts (eg. the European Court of Human Rights).*

**KEY WORDS**

*Embryos, stem cells, artificial insemination, post mortem insemination.*

**1. UVOD**

Postupak oplodnje uz biomedicinsku pomoć često uključuje stvaranje prekobrojnih (suvišnih) embriona, tako da je potrebno doneti odluku o sudbini embriona koji su ostali nakon prvog

---

<sup>1</sup> Rad je posvećen projektu *Pravo Srbije u evropskoj perspektivi* br. 149042 koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

postupka oplodnje. Prekobrojni embrioni se mogu čuvati u određenom periodu. Mogu biti upotrebljeni za naknadnu oplodnju para iz početnog postupka, kada se postavlja pitanje saglasnosti na naknadni postupak, odnosno mogućnost odustajanja od naknadne oplodnje, dozvoljenost oplodnje posle smrti supruga ili vanbračnog partnera – oplodnja *post mortem*. Prekobrojni embrioni mogu biti donirani drugim parovima, te donirani za istraživanja. Embrionalna istraživanja pokreću pitanje dopuštenosti genetskih promena. U engleskoj pravnoj teoriji postavljeno je pitanje kakav je pravni status embriona. U Zakonu o humanoj fertilizaciji i embriologiji iz 1990. godine, a na bazi poznatog Warnock-ovog izveštaja, određeno je da embrion „zaslužuje poštovanje“. U teoriji prava se ukazuje da je način na koji se ovakva formulacija interpretira još uvek otvoreno pitanje.<sup>2</sup>

## 2. SAGLASNOST NA ČUVANJE I PERIOD ČUVANJA

U uporednom pravu se ograničava vreme čuvanja embriona. Period čuvanja je uglavnom do pet godina (Ujedinjeno Kraljevstvo, Francuska, Grčka, Slovenija), dok je u Austriji maksimalni period čuvanja deset godina. U nekim zemljama se period čuvanja izuzetno može i produžiti. O periodu čuvanja odlučuju lica od kojih potiču gameti korišćeni za stvaranje embriona, odnosno bračni ili vanbračni par koji se nalazi u postupku *in vitro* oplodnje.

U Ujedinjenom Kraljevstvu suvišni embrioni mogu biti zamrznuti za upotrebu u kasnijem ciklusu. Pacijenti koji daju saglasnost na čuvanje gameta ili embriona moraju precizirati dužinu perioda čuvanja. Licencom se dozvoljava zamrzavanje i čuvanje gameta do deset godina, a embriona do pet godina, a posle toga se mora dozvoliti da propadnu. Embrion koji je nastao od gameta koji su prethodno već čuvani može biti čuvan u punoj dužini perioda čuvanja. Tako, ako je embrion nastao od gameta koji su prethodno već čuvani, na primer, osam ili devet godina, ili čak do limita od deset godina, može posle toga biti zamrznut i čuvan maksimalni period dozvoljen za čuvanje embriona. Tako, embrion može biti korišćen za svrhu oplodnje ili za svrhu istraživanja u maksimalnom periodu od petnaest godina od doniranja jajne ćelije ili sperme. Da bi se embrion nastao *in vitro*, ili embrion nastao *by lavage* mogli čuvati, potrebno je da postoji važeća saglasnost sledećih lica: lica od kojih potiču gameti korišćeni za stvaranje embriona ili žene od koje je dobijen embrion. Zakonom je određeno da se mogu doneti pravila o kraćem periodu čuvanja, te se mogu odrediti slučajevi u kojima može biti odgovarajući duži period čuvanja. Duži period čuvanja se može odrediti kada mlađe lice, obično muškarac, prolazi kroz tretman bolesti koji može izazvati njegovu sterilnost i kada on (i njegova partnerka) žele da se sperma sačuva za korišćenje za oplodnju u kasnijem momentu. Ovakav slučaj može nastati kada se radi o tretmanima Hočkinsove bolesti ili raka testisa.<sup>3</sup>

Prema francuskom pravu embrion može biti začet *in vitro* samo u okviru i samo u svrhu obavljanja jedne medicinski asistirane prokreacije. On ne može biti začet a da ne vodi poreklo od gameta barem jednog od supružnika. Imajući u vidu nivo medicinskih tehnika, oba supružnika mogu doneti odluku u pisanoj formi o oplodnji jednog broja jajnih ćelija koja povlači sa sobom i neophodnost čuvanja embriona u cilju realizacije njihovog roditeljskog

---

<sup>2</sup> Ruth Deech, Anna Smajdor, *From IVF to Immortality*, Oxford University Press, 2007, str. 188.

<sup>3</sup> Derek Morgan, Robert G. Lee, *Blackstone's Guide to the Human Fertilisation and Embriology Act 1990, 1991*, str. 115.

zahteva u roku od pet godina. Oba supružnika se konsultuju svake godine tokom narednih pet, o tome da li ostaju pri svom zahtevu roditeljstva.<sup>4</sup>

Prema austrijskom pravu semene, jajne ćelije, kao i tkivo testisa i ovarijuma smeju se uzimati i čuvati do opoziva ili smrti osobe od koje potiču, u licenciranoj zdravstvenoj ustanovi. Ćelije sposobne za razvoj smeju se čuvati do opoziva žene od koje potiču jajne ćelije ili do smrti supružnika ili vanbračnog partnera, najduže deset godina i to u licenciranoj zdravstvenoj ustanovi. Čuvanje mora odgovarati trenutnom stanovištu nauke i tehnike.<sup>5</sup>

U Italiji, ukoliko se transfer embriona u uterus ne pokaže kao moguć, zbog teškog i dokumentovanog razloga više sile koja se odnosi na zdravstveno stanje žene, a koji se nije mogao predvideti u trenutku oplodnje, dozvoljava se kriokonzervacija embriona sve do datuma transfera, koji treba da se obavi čim to bude moguće.<sup>6</sup>

U Sloveniji se postupak oplodnje uz biomedicinsku pomoć (u daljem tekstu OBMP) može obaviti samo na osnovu pismene saglasnosti supružnika ili vanbračnih partnera. Lekar mora supružnicima ili vanbračnim partnerima objasniti pravila o čuvanju polnih ćelija i zametaka i pitati ih o njihovim željama u pogledu trajanja čuvanja i odlučivanja o eventualno neupotrebljenim zamecima.<sup>7</sup> Semene ćelije, neoplođene jajne ćelije i neupotrebljeni rani zameci se čuvaju toliko vremena, koliko žele žena i muškarac, kojima se pomaže s postupcima OBMP, ali ne duže od 5 godina. Ako se supružnici ili vanbračni partneri o vremenu čuvanja ne slažu, o tome odlučuje Državna komisija OBMP. Iz zdravstveno osnovanih razloga može se uz dozvolu Državne komisije za OBMP vreme čuvanja semenih i neoplođenih jajnih ćelija produžiti za najviše 5 godina. Produženje može zahtevati lice od koga polne ćelije potiču. Po proteku rokova iz prethodnih stavova potrebno je semene ćelije i neoplođene jajne ćelije uništiti, a rane zametke ostaviti da (iz)umru.<sup>8</sup>

U Grčkoj je predviđeno da u slučaju da ne postoji zajednička izjava lica o kojima se radi, krioprezervacija može da traje najduže pet godina.<sup>9</sup>

U Srbiji je u okviru projekta „Pravno uređenje biomedicinski asistiranog začeća u domaćem pravnom sistemu i u evropskoj perspektivi“ sačinjen tekst Modela Zakona o ljudskoj reprodukciji uz biomedicinsku pomoć.<sup>10</sup> U Modelu je predloženo da se polne ćelije i rani

---

<sup>4</sup> Zakon br. 94-654 od 29. jula 1994. koji se odnosi na donaciju i upotrebu delova i produkata ljudskog tela, na medicinski asistiranu prokreaciju i prenatalnu dijagnostiku Francuske (1) NOR:SPS9400032 L, čl. L. 152-3.

<sup>5</sup> Savezni zakon, kojim se menjanju pravila o medicinski potpomognutoj oplodnji (Zakon o medicinskoj oplodnji – FMedG) kao i Opšti građanski zakonik, Zakon o braku i norme o nadležnostima Austrije, (Br.: GP XVIII RV 216 AB 490 str. 69. BR: AB 4255 str. 553.) StF: BGBl. br. 275/1992. Izmene BGBl. I br. 98/2001 (Br. GP XXI RV 621 AB 704 str. 75. BR: 6389 AB 6424 str. 679.) BGBl. I br. 163/2004 (Br. GP XXII RV 678 AB 741 sr. 90BR: AB 7167 str. 717.), čl 17.

<sup>6</sup> Zakon od 19. februara 2004, br.40, Norme o medicinski asistiranom rađanju Italije, objavljen u *Službenom listu* br. 45, od 24. februara 2004, čl. 3.

<sup>7</sup> Zakon o lečenju neplodnosti i postupcima oplodnje uz biomedicinsku pomoć Slovenije, 2000, Uradni list br. 70/2000, čl. 22/1,4.

<sup>8</sup> Zakon Slovenije op. cit. čl. 35.

<sup>9</sup> Zakon Grčke 3089 Medicinski asistirana humana reprodukcija, Službeni list 327/2002, čl. 1459.

<sup>10</sup> Nosilac Projekta je Pravni fakultet u Novom Sadu, a rukovodilac prof. dr Gordana Kovaček-Stanić, redovni profesor Porodičnog prava i Naslednog prava. Na Projektu su učestvovali stručnjaci iz različitih oblasti prava sa Pravnog fakulteta u Novom Sadu: prof. dr Marijana Pajvančić, redovni profesor Ustavnog prava, prof. dr Stanko Pihler, redovni profesor Krivičnog prava; prof. dr Olga Cvejić-Jančić, redovni profesor Porodičnog prava i Naslednog prava; prof. dr Bernadet Bordaš, redovni profesor Međunarodnog privatnog prava i mr Jelena Vidić, asistent na Naslednom pravu.

embrioni čuvaju na način propisan pravilnikom koji donosi ministar, a na predlog Nacionalnog saveta. Najduži period čuvanja polnih ćelija je deset godina, a ranih embriona pet godina. Ovaj period čuvanja se izuzetno može produžiti, u situacijama koje se propisuju pravilnikom. Na čuvanje polnih ćelija i ranih embriona, supružnici ili vanbračni partneri treba da daju svoj pismeni pristanak i da odrede period čuvanja u okviru najdužeg perioda čuvanja (član 28).

### 3. UPOTREBA PREKOBROJNIH EMBRIONA

Suvišni embrioni se mogu koristiti na nekoliko načina. Svi konsultovani zakoni dozvoljavaju naknadnu oplodnju para iz početnog postupka, a samo neki oplodnju *post mortem* (Ujedinjeno Kraljevstvo), oplodnju drugog para (Ujedinjeno Kraljevstvo, Francuska, Grčka), te korišćenje za embrionalna istraživanja (Ujedinjeno Kraljevstvo, Grčka, Švajcarska, Slovenija, Francuska).

#### 3.1. Naknadna oplodnja para iz početnog postupka

Prekobrojni embrioni se prvenstveno čuvaju radi naknadne oplodnje para iz početnog postupka, ako prva oplodnja nije bila uspešna. Iako na prvi pogled ova situacija izgleda jednostavna i ovde mogu nastati različiti pravni i životni problemi. Naime, može se desiti da par odustane od naknadne oplodnje, ili da odustane samo jedan od njih. U engleskoj teoriji je postavljeno pitanje koja saglasnost je validna odnosno u kom momentu saglasnost treba da bude izjavljena. Prema Zakonu o humanoj fertilizaciji i embriologiji iz 1990. godine traži se tekuća saglasnost, nije dovoljna saglasnost data u vreme kada je postupak izvršen ili embrioni ostavljeni na čuvanje, jer se saglasnost vezuje za vreme. Pacijenti takođe moraju dati izjavu o tome šta žele da se uradi sa gametima ili embrionima ako jedan partner umre ili postane nesposoban za rasuđivanje. Teškoće vezane za validnost saglasnosti mogu nastati kada se brak ili vanbračna veza okonča. Pravna i moralna diskusija nastaje kada bivši partneri preispituju svoje reproduktivne mogućnosti. Kada se par razdvoji, svaka stranka može da povuče svoju saglasnost o čuvanju ili upotrebi embriona koji su nastali dok je veza trajala. To može izazvati veliku duševnu bol onim licima kojima je to jedina šansa da dobiju dete, a koju može osujetiti bivši partner povlačenjem saglasnosti.<sup>11</sup>

U Sloveniji se eventualni preostali rani zameci čuvaju i kasnije se mogu uneti u telo žene iz početnog postupka. Unos se može obaviti samo na zajednički pismeni zahtev supružnika ili vanbračnih partnera, koji su dali saglasnost za početak postupka OBMP.<sup>12</sup> I druge zemlje dopuštaju da se saglasnost povuče u bilo kom trenutku do implantacije embriona u telo žene (na primer, zakonodavstvo Danske, Francuske, Grčke i Švajcarske, Ujedinjenog Kraljevstva;

---

Učesnici na Projektu bili su Pravni fakultet u Beogradu i Medicinski fakultet u Novom Sadu. Sa Pravnog fakulteta u Beogradu saradnik je bila prof. dr Marija Draškić, redovni profesor Porodičnog prava i sudija Ustavnog suda Srbije. Sa Medicinskog fakulteta u Novom Sadu saradnik je bila doc. dr Vesna Kopitović, rukovodilac tima za sprovođenje biomedicinski potpomognutog začeća. Strani partner bio je Pravni fakultet u Mariboru, a učesnici sa ovog fakulteta su bili prof. dr Vesna Rijavec, redovni profesor Građanskog prava i dr Suzana Kraljić, asistent na Porodičnom pravu. Projekt je sproveden pod pokroviteljstvom Sekretarijata za nauku i tehnološki razvoj Izvršnog veća Vojvodine u periodu od 2006. do 2008. godine.

<sup>11</sup> Deech, Smajdor op. cit. str. 20.

<sup>12</sup> Zakon Slovenije op. cit. čl. 32/2.



podzakonski akti Holandije; klinička praksa u Belgiji, Nemačkoj i Finskoj itd.). Međutim, u Mađarskoj žena može nastaviti sa tretmanom neplodnosti i nakon smrti njenog muža ili razvoda braka, osim ako suprotno nije bilo navedeno u ranije datoj saglasnosti; u Austriji, Estoniji i Italiji, takođe, muškarac može povući saglasnost samo do trenutka fertilizacije, a nakon toga žena sama odlučuje da li će i kada nastaviti postupak; u Španiji muškarac može povući saglasnost samo ako živi u braku sa ženom koja se podvrgava tretmanu. Odlukom izraelskog Vrhovnog suda u slučaju *Nachmani* zabrana povlačenja saglasnosti muškarca nakon fertilizacije jajne ćelije opravdana je analogijom sa prirodnim seksualnim odnosom itd.).

Evropski sud za ljudska prava odlučivao je o slučaju u kojem je partner povukao saglasnost na oplodnju. Podnosilac predstavke je gospođica Evans, britanska državljanica koja je u oktobru 2000. godine obavještena da boluje od obostranog pre-kancerogenog tumora jajnika, zbog čega joj je bilo savetovano da se podvrgne hirurškoj intervenciji radi njihovog odstranjivanja. Ubrzo potom, ona i njen vanbračni partner su potpisali pismenu saglasnost za preduzimanje *in vitro* fertilizacije (IVF), koja je podrazumevala ekstrakciju jajnih ćelija gospođice Evans pre predložene operacije odstranjivanja jajnika, oplodjenje jajnih ćelija u epruveti spermom njenog vanbračnog partnera i zamrzavanje tako dobijenih embriona. Cilj ove intervencije bio je da se gospođici Evans i njenom partneru omogući da dobiju dete koje će biti njihov biološki potomak, i to tako što bi se embrioni nakon dve godine implantirali u njenu matericu u nadi da će takav postupak, eventualno, dovesti do željene trudnoće. Početkom novembra 2001. godine nastalo je šest embriona u postupku IVF, koji su potom zamrznuti, a krajem novembra 2001. godine gospođica Evans podvrgla se operaciji odstranjivanja jajnika. Međutim, u maju 2003. godine odnos između partnera je okončan. Jula 2003. godine vanbračni partner gospođice Evans obavestio je kliniku na kojoj su bili pohranjeni zamrznuti embrioni da povlači svoju ranije datu saglasnost za postupak IVF te da, shodno tome, zahteva da svi embrioni budu uništeni. Klinika je obavestila o tome gospođicu Evans, nakon čega je ona pokrenula sudski postupak kako bi se utvrdilo da njen partner nije imao pravo da povuče jednom datu saglasnost za postupak veštačkog oplodjenja. Britanski sudovi odbili su njen zahtev sa obrazloženjem da je smisao britanskog Zakona o humanoj fertilizaciji i embriologiji u tome da se osigura kontinuirana saglasnost oba partnera, od samog početka tretmana do trenutka implantacije embriona u telo žene. Gospođica Evans potom je pokrenula postupak pred Evropskim sudom za ljudska prava, smatrajući da je relevantnim odredbama britanskog zakonodavstva povređeno njeno pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života (član 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima). Ona je, naime, istakla da primena odredbi koje dopuštaju da njen bivši vanbračni partner povuče svoju ranije datu saglasnost, nakon što je došlo do fertilizacije njene jajne ćelije njegovom spermom, nju sprečava da iskoristi jedini način da dobije dete koje bi bilo njen biološki potomak i time je lišava poslednje mogućnosti ostvarenja njenog najvažnijeg cilja u životu. Evropski sud za ljudska prava je, najpre, nedvosmisleno potvrdio da pojam privatnog života svakako obuhvata i pravo na ličnu autonomiju, koja se manifestuje u pravu svake osobe da uspostavi i razvija odnose sa drugim ljudskim bićima, te da to pravo inkorporira u sebi kako pravo na to da se bude roditelj, tako i pravo svake osobe da se liši roditeljstva. Sud je, nadalje, utvrdio da ne postoji međunarodni konsenzus u pogledu regulacije postupaka IVF, što znači da su neke države usvojile specijalno zakonodavstvo u ovoj oblasti, dok druge uopšte nemaju nikakve zakone koji bi regulisali potpomognutu oplodnju. Takođe, nema saglasnosti ni među državama koje su zakonski regulisale ovakve postupke, budući da neke države dopuštaju povlačenje saglasnosti samo do trenutka fertilizacije, dok druge dopuštaju da se saglasnost povuče u bilo kom trenutku do implantacije embriona u telo žene. Uzimajući, dakle, u obzir da IVF postupci otvaraju osetljive

etičke dileme brzog napretka u medicini i nauci uopšte, kao i da pitanje u ovom sporu dodiruje delikatnu oblast u kojoj među državama članicama ne postoji jasno zajedničko gledište, Evropski sud je zaključio da svakoj državi mora biti ostavljeno široko polje slobodne procene. Zakonodavstvo Ujedinjenog Kraljevstva u ovoj oblasti Sud je ocenio kao rezultat izuzetno detaljnog ispitivanja socijalnih, etičkih i pravnih posledica u oblasti humane fertilizacije i embriologije, iz koga je proizašla nedvosmislena pravna obaveza za svaku medicinsku ustanovu koja sprovodi IVF postupke da svakom davaocu gameta predoči da postupak može slobodno okončati u svakom trenutku pre implantacije embriona u telo žene. Najzad, Evropski sud za ljudska prava nije prihvatio da je pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života muškarca u kontekstu IVF postupaka manje vredno zaštite od istog takvog prava žene, zaključujući da stoga u ovom slučaju nije bilo povređeno pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života podnosioca predstavke.<sup>13</sup>

Prema Modelu Zakona o ljudskoj reprodukciji uz biomedicinsku pomoć za sprovođenje postupka biomedicinski potpomognutog začeća (BMPO) potreban je pismeni pristanak supružnika ili vanbračnih partnera koji mu se podvrgavaju. Poseban pismeni pristanak je potreban u slučaju upotrebe doniranih polnih ćelija ili prekobrojnih ranih embriona. Pristanak se daje posebno za svako sprovođenje BMPO. Pristanak se može opozvati u pismenoj formi sve dok se polne ćelije ili rani embrioni ne unesu u telo žene. Opozivom pristanka prekida se postupak BMPO. Pre svakog unošenja polnih ćelija ili ranih embriona lekar se mora uveriti da pristanak postoji, odnosno da nije opozvan (čl. 24).

### **3.2. Oplodnja *post mortem***

Postavlja se pitanje dozvoljenosti oplodnje posle smrti supruga ili vanbračnog partnera žene – oplodnja *post mortem*. Većina zemalja ne dozvoljava implantaciju embriona posle smrti supruga ili vanbračnog partnera, niti inseminaciju semenom lica koje više nije živo.

Tako je u francuskom zakonu izričito predviđeno da muškarac i žena koji čine supružnički ili vanbračni par moraju biti živi u trenutku implantacije. Osim toga, predviđeno je da treba da budu u godinama kada su sposobni za rađanje, moraju se prethodno saglasiti za transfer embriona ili inseminaciju, i biti venčani ili u stanju da dokažu svoj zajednički život u trajanju od najmanje dve godine.<sup>14</sup>

Poznat je francuski slučaj *Parpalaix v. CECOS*. Radi se o slučaju u kom je suprug čije su semene ćelije bile zamrznute umro. Njegova supruga g-đa *Parpalaix* je želela da se oplodnja semenim ćelijama njenog muža izvrši posle njegove smrti. Pošto *post mortem* inseminacija u Francuskoj nije dozvoljena, ona je pokrenula sudski postupak u kome je od ustanove CECOS u kojoj su semene ćelije čuvane tražila da joj predaju semene ćelije njenog preminulog supruga. Centar je takav zahtev odbio. Viši sud u Kretjeu doneo je odluku 1. avgusta 1984. godine u kojoj je stao na stanovište da se u ovom slučaju radi o jednom posebnom ugovoru, prema kome se Centar obavezao da, sa jedne strane, konzervira sperm, a sa druge strane, da je preda na zahtev donora ili bilo koje druge osobe koju on odredi. Stoga je naredio tuženom Centru da na zahtev udovice preda sperm lekaru koga ona izabere. Ukoliko takav zahtev ne bude

---

<sup>13</sup> *Case of Evans v. The United Kingdom*, No. 6339/05 od 7. marta 2006.

<sup>14</sup> Zakon Francuske, op. cit.

postavljen u roku od šest meseci, Centar je ovlašćen da uništi spermu.<sup>15</sup> Mediji su izvestili da je oplodnja g-đe Parpalaix ovim semenim ćelijama izvršena u inostranstvu, ali da nije bila uspešna.

U Švajcarskoj, takođe, nije dozvoljena inseminacija, niti embrio transfer *post mortem*. Zakonom je izričito predviđeno da se ćelije zametka ili impregnirane jajne ćelije ne smeju upotrebljavati nakon smrti osobe od koje potiču.<sup>16</sup>

U Italiji je jedan od subjektivnih preduslova da bi lica mogla pristupiti tehnikama medicinski asistiranog rađanja to da su oboje živi, tako da ni prema italijanskom pravu nije dozvoljena *post mortem* inseminacija, niti embrio transfer.<sup>17</sup>

U Ujedinjenom Kraljevstvu posthumna inseminacija nije zabranjena, ali je zakonom predviđeno da se u tom slučaju muškarac posle čije smrti je izvršena inseminacija njegovim semenim ćelijama ili ako je implantiran embrion nastao iz njegove sperme, neće smatrati ocem deteta. Dete u ovom slučaju pravno ostaje bez oca. Pravilo se odnosi kako na situaciju kada se koristi sperma umrlog supruga, kada je izvesno da je muž majke otac deteta, tako i kada se radi o spermi donora. Odredba je uneta po preporuci Warnock-ovog izveštaja iz dva osnovna razloga. Jedan je da bi se osiguralo raspoređivanje imovine sa izvesnom dozom konačnosti, a drugi da se destimulišu fertilizacije posle smrti partnera, zbog mogućih dubokih psiholoških problema deteta i majke.<sup>18</sup>

Prema Modelu Zakona o ljudskoj reprodukciji uz biomedicinsku pomoć predloženo je osnovno rešenje po kome je zabranjeno koristiti embrion za postupak biomedicinski potpomognutog začeća posle smrti lica od kojih potiče (čl. 29/3).<sup>19</sup>

### 3.3. Oplodnja drugog para

U nekim zemljama je dozvoljeno doniranje embriona za oplodnju drugog para. Potrebna je saglasnost lica od kojih embrion potiče (Ujedinjeno Kraljevstvo, Francuska, Grčka). U drugoj grupi su zemlje koje ne dozvoljavaju donaciju embriona (Slovenija, Austrija, Italija).

---

<sup>15</sup> Marija Draškić, Porodičnopravni aspekti artifičijelne inseminacije, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 4/1992, str. 240, cit. E. Deutsch, Parpalaix et al. v. C.E.C.O.S., *Medicine and Law*, br. 47/1985, str. 299. David Jones, Artificial Procreation, Societal Reconceptions: Legal Insight from France, *The American Journal of Comparative Law* 3/1988.

<sup>16</sup> 810.11 Savezni zakon o medicinski potpomognutoj oplodnji (Zakon o medicinskoj oplodnji – FMedG) od 18. decembra 1998. godine (stanje na dan 14. oktobra 2003. godine) Švajcarske, čl. 3.

<sup>17</sup> Zakon Italije op. cit. čl. 5.

U članu 12/2 je propisana kazna: Ko god u bilo koju svrhu, kršeći član 5, primenjuje tehnike medicinski asistiranog rađanja na parove čiji članovi nisu oboje živi ili čiji je jedan član maloletan, odnosno koji su sastavljeni od osoba istog pola, nisu venčani niti žive u vanbračnoj zajednici, kažnjava se administrativnom novčanom kaznom od 200 000 do 400 000 evra.

<sup>18</sup> Morgan, Lee op. cit. 28.6.b.

<sup>19</sup> Predloženo je i alternativno rešenje po kome bi bilo dozvoljeno korišćenje embriona za postupak biomedicinski potpomognutog začeća posle smrti lica od kojih potiče ukoliko je umrlo lice za života dalo pismeni pristanak da postupak bude nastavljen i posle njegove/njene smrti. Ako bi se prihvatila alternativa, bilo bi potrebno precizirati pravni roditeljski odnos između deteta i lica od kojih embrion potiče, nasledna prava, vreme u kome se embrion može posthumno upotrebiti, te zamenu nedostajuće saglasnosti sudskom odlukom.

U Ujedinjenom Kraljevstvu, druge opcije za prekobrojne embrione, osim čuvanja za kasniju upotrebu para od kojih potiče embrion, uključuju doniranje za embrionalna istraživanja ili doniranje za postupke oplodnje na drugim ljudima.<sup>20</sup> U teoriji se ističe da ljudi često menjaju svoja shvatanja o vrednostima kada postanu roditelji, tako da saglasnost data o postupanju sa embrionima ili gametima pre sprovedenog tretmana, posle toga se više ne mora smatrati validnom. Za odrasla lica u toj situaciji, ostavljanje embriona u klinici može biti bolje rešenje od ideje da „njihovo“ dete odlazi u svet bez njihove kontrole, ako su donirani drugom paru. Doniranje embriona za istraživanja je takođe teška odluka, tako da potencijalni donori koji se osećaju uhvaćeni između dve neprivlačne opcije, ponekad nestaju iz kliničkih dosijea, ostavljajući nepotrebne embrione bez vlasnika. Taj problem se pojavio 1996. godine, jer je veliki broj embriona stvoren u 1991. godini došao do kraja petogodišnjeg perioda čuvanja o kome su se saglasili njihovi tvorci. Mnogi tadašnji IVF pacijenti se nisu mogli pronaći, tako da su embrioni ostali u pravnom vakuumu. Nastavak čuvanja je bio nelegalan jer nije bilo saglasnosti, takođe i doniranje za istraživanja ili za doniranje drugim parovima. Embrioni koji su na ovaj način napušteni su nestali. U teoriji se postavlja pitanje da li stav da u ovakvim slučajevima, kao i u većini postupaka oplodnje, saglasnost roditelja ima prevagu nad drugim moralnim interesom za koji bi se moglo smatrati da bi ima embrion (npr. da bude „usvojen“ od strane drugog para) ili interesa koji bi naučnici ili društvo mogli imati.<sup>21</sup>

U Francuskoj se u izuzetnom slučaju, supružnici mogu saglasiti u pisanoj formi da čuvane embrione ustupe drugom supružničkom paru. U slučaju smrti jednog supružnika, preživeli supružnik se konsultuje u pisanoj formi o tome da li se slaže da se čuvani embrioni ustupe drugom supružničkom paru.<sup>22</sup> Ustupljeni embrion, u izuzetnom slučaju, može prihvatiti onaj supružnički par koji ispunjava zakonske uslove i pod uslovom da medicinski asistirana prokreacija, osim one preko trećeg donatora, u njihovom slučaju ne bi mogla uspešno da se završi. Prihvatanje ustupljenih embriona podleže odluci suda koji prethodno prima prvobitnu pisanu saglasnost supružničkog para koja je data za začeće. Sudija utvrđuje da li je supružnički par koji traži prihvatanje embriona ispunio predviđene uslove i pristupa istrazi koja mu omogućava da utvrdi uslove prihvatanja koje je ovaj par u stanju da ponudi ovako rođenom detetu na porodičnom, obrazovnom i psihološkom planu. Supružnički par koji prihvata embrion i onaj koji ga se odrekao se ne mogu međusobno poznavati. Ipak, u slučaju potrebe lečenja, lekar će moći da pristupi medicinskim podacima koji se tiču supružničkog para koji je ustupio embrion ali ne i podacima putem kojih bi se mogla izvršiti njihova identifikacija. Nikakva plaćanja, bez obzira na njihov oblik, ne mogu biti izvršena prema paru koji je ustupio embrion. Prihvatanje embriona podleže pravilima sanitarne sigurnosti. Ova pravila podrazumevaju pre svega testove otkrivanja zaraznih bolesti.<sup>23</sup>

U Grčkoj je dozvoljeno doniranje embriona drugom paru, te doniranje za naučna istraživanja, u zavisnosti od toga kakva je želja para od kojeg reproduktivni materijal potiče. Predviđeno je da lica koja ulaze u postupak asistirane reprodukcije treba zajednički da odluče i svoju volju izraze u pisanoj formi i upute nadležnom lekaru klinike za fertilitet, pre započinjanja relevantnog tretmana, da li reproduktivni materijal koji je čuvan krioprezervacijom a koji neće biti upotrebljen za njihov tretman (suvišan materijal):

---

<sup>20</sup> Deech, Smajdor op. cit. str. 20.

<sup>21</sup> Deech, Smajdor op. cit. str.

<sup>22</sup> Zakon Francuske op. cit. čl. L. 152-4.

<sup>23</sup> Zakon Francuske op. cit. čl. L. 152-5.

- a. treba da bude doniran za postupak oplodnje drugih lica po odluci lekara ili klinike
- b. treba da bude upotrebljen za istraživanja u terapeutske svrhe
- c. treba da bude uništen.

Posle perioda čuvanja od 5 godina, materijal se ili može upotrebiti za istraživanja i terapeutske svrhe ili može biti uništen.<sup>24</sup>

U Sloveniji je doniranje prekobrojnih embriona zabranjeno. Semenim ćelijama, neoplođenim jajnim ćelijama i ranim zamecima nisu ovlašćeni raspolagati niti lica od kojih potiču, niti druga lica. Centar ih ne sme nikome predati.<sup>25</sup> Takođe, u Austriji i Italiji nije dozvoljeno korišćenje embriona za oplodnju drugog para.

Prema Modelu Zakona o ljudskoj reprodukciji uz biomedicinsku pomoć predloženo je rešenje po kome je dozvoljeno doniranje prekobrojnih embriona drugom paru, a na osnovu pismenog pristanka supružnika ili vanbračnih partnera (čl. 29/6,7).

### 3.4. Eksperiment na embrionu

#### 3.4.1. Pojam eksperimenta

Pojam eksperimenta na embrionu u pravu najčešće nije određen. Retki su zakoni koji – poput Zakona o infertilitetu australijske provincije Viktorija – definišu eksperiment kao proceduru koja se izvodi na embrionu i koja je takvog karaktera da može naneti štetu embrionu, učiniti embrion nepodesnim za implantaciju ili umanjiti šanse za trudnoću nakon implantacije embriona.<sup>26</sup> Eksperiment je, dakle, procedura koja nema terapeutski karakter za konkretni embrion, ali to ne znači da bi upotreba embriona u eksperimentu bila nužno neetička sa gledišta nekog budućeg ili opštijeg cilja, koji se uslovno može označiti kao terapeutski za drugu osobu ili ljudsku populaciju u celini (na primer, upotreba embriona u istraživanjima kontraceptivnih metoda). No, sa druge strane, budući da pojam eksperimenta uobičajeno podrazumeva i tzv. destruktivni eksperiment, kojim se u manjoj ili većoj meri menja ljudska struktura embriona, uvek je moguće da se medicinskim eksperimentom na embrionu, pored legitimnih i etičkih ciljeva, zadovoljavaju i neki apsolutno neprihvatljivi (eugenički) ciljevi (na primer, genetske intervencije u polne ćelije radi „popravljanja rase“ ili uvođenje posebnog svojstva koje se prenosi na buduće generacije). Upravo takvi eksperimenti, koji imaju za cilj ne samo izmenu ljudske genetske strukture na pojedinačnom embrionu, već i u odnosu na ljudsku vrstu uopšte, privlači najveću pozornost prava i maksimalnu restriktivnost u zakonskim rešenjima.<sup>27</sup> Najzad, ne treba nikako smetnuti sa uma da ni granica između terapeutskih i neterapeutskih intervencija (eksperimenta) takođe može biti nejasna, jer i neke terapeutske intervencije takođe mogu voditi promeni genetske strukture embriona (na primer, prenatalna

---

<sup>24</sup> Zakon Grčke op. cit. čl. 1459.

<sup>25</sup> Zakon Slovenije op. cit. čl. 36.

<sup>26</sup> *Inferility (Medical Procedures) Act, 1984 (Victoria), sec. 6 (4).*

<sup>27</sup> Videti opširnije Radoslav Ninković – Zorica Kandić-Popović, *Medicinsko-pravni aspekti vantelesnog oplodjenja*, Beograd, 1995, str. 117.

genska terapija mikroinjekcijama u stadijumu pronukleusa, nehirusko korišćenje kloniranih gena itd.).<sup>28</sup>

### 3.4.2. Dopustivost eksperimenta

U pogledu dopustivosti eksperimenata na embrionu u uporednom pravu razlikuju se dva osnova pristupa: bezuslovna zabrana i uslovna dopuštenost.

Bezuslovna zabrana znači da je nedopušteno ne samo stvaranje embriona u cilju istraživanja, već i korišćenje prekobrojnih embriona, koji inicijalno nisu bili namenjeni istraživačkom cilju (npr. Austrija, Italija).

Uslovna dopuštenost znači da su eksperimenti na embrionima u načelu dopušteni, ali uz poštovanje određenih uslova (Ujedinjeno Kraljevstvo, Francuska, Švajcarska, Grčka, Slovenija). Jedan od uslova je saglasnost lica od kojih embion potiče.

U Ujedinjenom Kraljevstvu, jedna od opcija za korišćenje suvišnih embriona je doniranje za embrionalna istraživanja.<sup>29</sup> Legalan je naučni rad na matičnim ćelijama koje potiču od embriona koji su preostali nakon postupka oplodnje, ako su embrioni donirani za istraživačke svrhe sa informisanim pristankom oba roditelja. Takođe je legalno stvaranje embriona isključivo za istraživanja kada se to smatra neophodnim. Istraživanja koja uključuju embrione moraju biti odobrena od strane naučnih tela i etičkih odbora. Prilikom izdavanja licence koju izdaje HUFEA uzima se u obzir kvalitet odobrenja, opravdanost, pravna usklađenost, saglasnost i godišnje stanje. Istraživanja se ne mogu sprovoditi iz čiste radoznalosti, moraju biti neophodna ili potrebna za postupak oplodnje ili ozbiljne bolesti. Ozbiljnost, kako navode autori, je fluidan koncept, koji se menja u skladu sa kulturom i kontekstom. Prema pravilima, uzorak svake linije matične ćelije bez obzira da li potiče od ćelije uzete iz embriona ili odrasle osobe mora biti deponovan u banci matičnih ćelija koja je osnovana u 2004. godini od strane Medicinskog i biotehnološkog veća za istraživanja i Veća za istraživanja bioloških nauka. Istraživači mogu dobiti licencu za svoj projekt samo ako se njihov projekt ne može sprovesti bez korišćenja postojeće linije matične ćelije koja se nalazi u banci. Na taj način se osigurava da broj embriona koji se koristi za istraživanja bude minimalan i da se istraživanja ne dupliraju.<sup>30</sup>

U Francuskoj je začće *in vitro* ljudskih embriona u svrhe studija, istraživanja ili eksperimenata zabranjeno, a takođe i sprovođenje eksperimenata nad embrionima. Ipak, u izuzetnom slučaju, muškarac i žena koji čine supružnički par mogu prihvatiti da se nad njihovim embrionima izvode studije, koje moraju imati medicinski karakter i ne smeju ugrožavati sam embrion. Odobrenje mora biti dato u pisanoj formi. Studije se mogu preduzeti samo nakon povoljnog mišljenja komisije, a prema uslovima koji su definisani odlukom Državnog Saveta. Komisija je dužna da svake godine objavi listu ustanova u kojima je moguće izvođenje ovih studija, kao i njihov predmet.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> Videti Sreten Bila – Ivan Tulić – Nebojša Radunović, *Osnove vantelesnog oplodjenja*, Beograd, 1994, str. 36.

<sup>29</sup> Deech, Smajdor op. cit. str. 20.

<sup>30</sup> Deech, Smajdor op. cit. str. 202-204.

<sup>31</sup> Zakon Francuske op. cit., čl. 152-8.

U Švajcarskoj je dozvoljeno istraživanje na prekobrojnim embrionima. Par od kojeg embrion potiče, može zahtevati da pre upotrebe embriona za svrhe istraživanja dobije mogućnost da se saglasi sa tim. Embrioni se smeju uz pismenu saglasnost para za svrhe istraživanja čuvati do 31. decembra 2008. godine.<sup>32</sup>

U Grčkoj je dozvoljeno doniranje embriona za naučna istraživanja. Sudbina embriona zavisi od toga kakva je želja para od kojeg reproduktivni materijal potiče. Posle perioda od pet godina čuvanja, materijal se ili može upotrebiti za istraživanja i terapijske svrhe ili može biti uništen.<sup>33</sup>

U Sloveniji je posebno regulisan naučnoistraživački rad. Propisano je da je naučno-istraživački rad na polnim ćelijama i ranim zamecima, dobijenim za namene izvođenja OBMP dozvoljen isključivo u namene zaštite i poboljšanja čovekovog zdravlja. Na ranim zamecima su dozvoljena istraživanja samo onda, kada ih sa odgovarajućom efikasnošću nije moguće obaviti na životinjskim zamecima ili na druge načine. Rani zameci se mogu istraživati samo uz pismenu saglasnost supružnika ili vanbračnih partnera kojima se pomaže s postupkom OBMP, uz dozvolu Državne komisije za OBMP, te uz odobrenje i pod nadzorom Medicinsko-etičke komisije. Na osnovu dozvole iz prethodnog stava dozvoljeno je istraživanje ranih zametaka, koji po znanjima i iskustvima biomedicinske nauke nisu podesni za unos u telo žene ili čuvanje, te onih čuvanih zametaka, koje bi inače morali ostaviti da izumiru. Pri istraživanju ranih zametaka potrebno je voditi računa o savremenim znanjima medicinske nauke, iskustvu i važećoj praksi u svetu, te o pravilima opšte medicinske etike. Odobrenje i nadzor komisije su potrebni i pri uvođenju svih novih metoda OBMP, dok su u eksperimentalnoj fazi.<sup>34</sup>

Prema Modelu Zakona o ljudskoj reprodukciji uz biomedicinsku pomoć predloženo je rešenje po kome je dozvoljeno genetsko istraživanje prekobrojnog ranog embriona, ali samo u slučaju ako postoji opasnost od prenošenja teške nasledne bolesti ili ako je to potrebno radi uspešnosti postupaka biomedicinski potpomognutog začeća (čl. 29/4). Modelom se reguliše naučnoistraživački rad, koji je dozvoljen isključivo radi očuvanja, zaštite i poboljšanja čovekovog zdravlja i samo sa pismenim pristankom lica na kojima se sprovodi postupak biomedicinski potpomognutog začeća. Na ranim embrionima istraživanje je dozvoljeno:

- kada se istraživanjem na životinjama ili na neki drugi način ne bi postigli traženi rezultati;
- kada u skladu sa savremenim standardima biomedicinske nauke i prakse rani embrioni nisu odgovarajući za prenošenje u telo žene ili za čuvanje, kao i na onim embrionima koji bi se morali pustiti da umru.

Na predlog istraživača Nacionalni savet daje dozvolu za istraživanja na ranim embrionima. Prilikom istraživanja na ranim embrionima moraju se poštovati savremeni standardi biomedicinske nauke i prakse, kao i biomedicinske etike. Istraživanje na embrionalnim matičnim ćelijama je dozvoljeno uz dozvolu ministra, a na predlog Nacionalnog saveta, te uz pismeni pristanak lica od kojih potiče embrion (čl. 30).

---

<sup>32</sup> Stanje shodno cifri I BG od 3. oktobra 2003. godine, na snazi do 31. decembra 2008. godine (AS 2003 3681; BBl 2003 1162), čl. 42.

<sup>33</sup> Zakon Grčke op. cit. čl. 1459.

<sup>34</sup> Zakon Slovenije op. cit. čl. 38.

### 3.4.3. Zašto su eksperimenti na embrionu toliko važni?

U poslednjih tridesetak godina razvoj molekularne biologije, a posebno tehnologije rekombinantne DNK (genetičkog inženjerstva) značajno je uticao na istraživanja, ne samo u biologiji, već i u drugim oblastima u kojima se ove tehnike mogu primeniti. Genetičko inženjerstvo je otpočelo svoj razvoj početkom sedamdesetih godina prošlog veka, kada su *Stanley Cohen* i *Herbert Boyer* sa saradnicima pokazali da je moguće jednu naslednu jedinicu (gen) premestiti iz jednog organizma u drugi, odnosno da je moguće kloniranje gena.

U teoriji su izraženi različiti stavovi o genetskom inženjeringu. Tako, *Gregory Stock* je mišljenja da je genetski inženjering poželjna tehnologija koja može da usavrši naša tela i um. Drugi, kao *Francis Fukuyama* and *Bill McKibben* snažno govore protiv moralnosti genetskog inženjeringa i naše „postljudske“ budućnosti. Drugi, kao *Steven Pinker*, smatraju da je debata prevremena jer je primena genetskog inženjeringa riskantnija i teža nego što ljudi misle.

U izveštaju Predsedničkog Veća za bioetiku SAD iz 2004. godine se kaže:

„Danas ne postoje sigurni i efikasni metodi genetske modifikacije ranih embriona. Efekti direktnog transfera gena u embrion su nepredvidivi – ne postoji pouzdan način kontrole ubacivanja, funkcionisanja i nasleđivanja nove genetske informacije. Ne postoji pouzdan način koji bi garantovao da će se gen izraziti na očekivani način ili da se spreči da se gen izrazi (ili da pokrene druge genetske izraze) na obrnut način. Buduća genetska modifikacija potomstva *germ-line* transferom gena u gonade roditelja (ili u izolovanu jajnu ili semenu ćeliju) je jednako, ako ne još problematičnije, jer su efekti umetanja gena još slabiji (načinom polne rekombinacije) i tako se mogu manje kontrolisati.“<sup>35</sup>

Pored kloniranja embriona<sup>36</sup> i reproduktivnog kloniranja<sup>37</sup>, postoji i terapeutsko (biomedicinsko) kloniranje, kod koga se embrion koristi za izolovanje matičnih ćelija (eng. *stem cells*) sa namerom da se od ovih ćelija dalje razvijaju tkiva ili celi organi za transplantaciju osobi koja je bila donor genetskog materijala. Matične ćelije imaju dve važne karakteristike koje ih čine različitim od ostalih ćelijskih tipova. Prvo, to su nespecijalizovane ćelije koje mogu da se obnavljaju u dužem vremenskom periodu kroz ćelijsku deobu. Drugo, pod određenim fiziološkim ili eksperimentalnim uslovima mogu biti indukovane tako da se razviju u specijalizovane ćelije, na primer, u ćelije srčanog mišića ili ćelije pankreasa koje proizvode insulin. Pretpostavka je da zbog takvih osobina matične ćelije u budućnosti mogu da postanu osnova za lečenje bolesti kao što su dijabetes, Parkinsonova bolest, povrede kičmene moždine, Dišenova mišićna distrofija ili različita srčana oboljenja.

Istraživanja se mogu vršiti na dva tipa matičnih ćelija: embrionalnim i adultnim. Embrionalne matične ćelije, koje se u istraživanjima izoluju iz humanih embriona dobijenih u postupcima *in vitro* fertilizacije uz odobrenje donora, mogu da se dalje razmnožavaju u laboratorijskim

---

<sup>35</sup> Kerry Lynn Macintosh, *Illegal Beings, Human Clones and the Law*, Cambridge University Press, 2005, str. 42.

<sup>36</sup> Ovo je medicinska tehnika kojom se izoluju jedna ili više ćelija iz embriona nastalog fertilizacijom, koje se zatim stimulišu tako da se razviju jedan ili više identičnih embriona. Videti opširnije B. Vasiljević, Izveštaj o reproduktivnom i terapeutskom kloniranju kod ljudi, projekat *Reforma zdravstvenog zakonodavstva Srbije u oblasti biomedicine u skladu sa međunarodnim standardima (II deo)*, Fond za otvoreno društvo, Beograd, 2004, str. 2.

<sup>37</sup> Ovo je tehnika koja ima za cilj da se napravi kopija (klon) postojeće jedinke. Ibid.



uslovima tako da daju sve tipove ćelija pošto su one pluripotentne. Tako, u embrionu starom tri do pet dana, koji se naziva blastocist, oko tridesetak ćelija čine malu grupu unutrašnje ćelijske mase koje će dati na stotine visoko specijalizovanih ćelija neophodnih da bi se izgradio odrasli organizam. U daljem procesu presejavanja ćelija moguće je od originalnih tridesetak dobiti milione embrionalnih matičnih ćelija koje nisu diferencirane, ostale su pluripotentne i normalne sa genetičke tačke gledišta. Najzad, kada se jednom uspostavi ovakva ćelijska linija, ćelije mogu biti i zamrznute i sačuvane za buduću upotrebu. Adultne matične ćelije (ili somatske matične ćelije, ako se poslužimo analogijom sa embrionalnim matične ćelijama) su nediferencirane ćelije koje se nalaze među diferenciranim ćelijama u određenom tkivu ili organu, koje mogu da se obnavljaju i mogu da se diferenciraju u specijalizovane ćelije tkiva ili organa. No, za razliku od embrionalnih matičnih ćelija, koje mogu da daju sve tipove ćelija, adultne matične ćelije su uglavnom limitirane što se tiče diferencijacije, a u pogledu njihovog broja naučne metode još uvek nisu dovoljno razrađene kako bi se taj broj znatnije povećao. Zbog toga su embrionalne matične ćelije znatno važnije, jer je za terapiju potreban veoma veliki broj ćelija.<sup>38</sup>

#### 4. USTANOVE KOJE MOGU ČUVATI PREKOBROJNE EMBRIONE

Još jedno značajno pitanje odnosi se na to koje ustanove imaju mogućnost da čuvaju prekobrojne embrione. S obzirom na važnost ovog postupka, suvišni embrioni se mogu čuvati u ustanovama koje ispunjavaju određene uslove, uglavnom uz dobijanje posebnog odobrenja.

Prema francuskom pravu, aktivnosti pribavljanja, tretiranja, čuvanja i ustupanja gameta mogu biti praktikovane samo u javnim i privatnim zdravstvenim ustanovama i organizacijama u nekomercijalne svrhe, ako su one za to ovlašćene od strane upravne vlasti. Nikakva novčana nadoknada za ove aktivnosti ne može biti primljena od strane lekara koji ih je obavio. Da bi bile ovlašćene za obavljanje ovih aktivnosti, organizacije i ustanove moraju ispunjavati uslove predviđene odredbama zakona. To se odnosi i na obaveze koje moraju poštovati organizacije i ustanove u pogledu čuvanja gameta, pre svega u slučaju prekida njihovih aktivnosti. Odobrenje se odnosi na jednu ili više aktivnosti, a izdaje se na pet godina. Odobrenje daje Nacionalna komisija za medicinu, reproduktivnu biologiju i prenatalnu dijagnostiku. Svaka organizacija ili ustanova ovlašćena za obavljanje ovih aktivnosti je dužna da ministru zdravlja podnese godišnji izveštaj o aktivnostima.<sup>39</sup>

U Austriji je predviđeno da se semene, jajne ćelije, kao i tkivo testisa i ovarijuma i ćelije sposobne za razvoj smeju čuvati samo u licenciranoj zdravstvenoj ustanovi. Čuvanje mora da odgovara trenutnom stanovištu nauke i tehnike.<sup>40</sup> Medicinski potpomognutu oplodnju smeju obavljati samo lekari specijalisti za ginekologiju i pomoć pri rađanju. Medicinski potpomognuta oplodnja se sme obavljati samo u ovlašćenim zdravstvenim ustanovama. Upravnik zdravstvene ustanove i specijalista, koji u zdravstvenoj ustanovi nameravaju da primenjuju metode korišćenjem semena supružnika ili vanbračnog partnera, moraju o tome obavestiti predsednika Republike. Ako se namerava vršiti izvođenje drugih metoda medicinski potpomognute oplodnje, tada se od predsednika Republike mora zatražiti odobrenje.

---

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> Zakon Francuske op. cit. čl.L. 673-5.

<sup>40</sup> Zakon Austrije op. cit. čl. 17.

Odobrenje se izdaje ako je na osnovu kadrovske i materijalne osposobljenosti obezbeđeno izvođenje odgovarajućeg metoda medicinski potpomognute oplodnje prema trenutnom stanovištu i iskustvu medicinske nauke. Takođe, mora postojati mogućnost adekvatnog psihološkog savetovanja i psihoterapeutskog tretmana.<sup>41</sup>

Slovenačkim zakonom je predviđeno da semene ćelije, neoplođene jajne ćelije i rane zametke čuvaju posebno ovlašćeni centri. Pritom se mora voditi računa o savremenim znanjima medicinske nauke i važećoj medicinskoj praksi.<sup>42</sup>

U Ujedinjenom Kraljevstvu, licenca za čuvanje može biti izdata kao posebna ili zajedno sa licencom za istraživanja ili postupke oplodnje. Licencu izdaje telo koje se naziva HUFEA. Licenca za čuvanje kojom se dozvoljava čuvanje embriona i čuvanje gameta, može biti izdata za period koji ne može biti duži od pet godina.<sup>43</sup>

U Švajcarskoj se za čuvanje ćelija zametka ili impregniranih jajnih ćelija, ako se ne vrši samostalno postupak oplodnje, traži savezna, ili priznata inostrana, lekarska diploma postdiplomskih studija, te odobrenje kantona za samostalno vršenje delatnosti.<sup>44</sup> Osobe koje poseduju odobrenje, dužne su da podnose godišnji izveštaj o svom radu organu koji je izdao odobrenje, ali koji ne sme sadržavati podatke koji upućuju na konkretne osobe. Organ koji izdaje odobrenje prosleđuje podatke Saveznom zavodu za statistiku na vrednovanje i objavljivanje.<sup>45</sup>

## LITERATURA

- Deech, R., Smajdor, A.: From IVF to Immortality, Oxford University Press, 2007
- Draškić, M.: Porodičnopravni aspekti artificijelne inseminacije, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 4/1992
- Deutsch, E.: Parpalaix et al. v. C.E.C.O.S., Medicine and Law, br. 47/1985
- Jones, D.: Artificial Procreation, Societal Reconceptions: Legal Insight from France, The American Journal of Comparative Law 3/1988
- Macintosh, K. L.: Illegal Beings, Human Clones and the Law, Cambridge University Press, 2005
- Morgan, D., Lee, R. G.: Blackstone's Guide to the Human Fertilisation and Embriology Act 1990, 1991
- Ninković, R., Kandić-Popović, Z.: Medicinsko-pravni aspekti vantelesnog oplođenja, Beograd, 1995
- Sreten, B., Tulić, I., Radunović, N.: Osnove vantelesnog oplođenja, Beograd, 1994
- Inferility (Medical Procedures) Act, 1984 (Victoria)
- Obči državljanski zakonik, Avstrija - Allgemeines Buergerliches Gesetzbuch (ABGB; 1811)

---

<sup>41</sup> Zakon Austrije op. cit. čl. 4, 5.

<sup>42</sup> Zakon Slovenije op. cit. čl. 34.

<sup>43</sup> Morgan, Lee op. cit. str. 115.

<sup>44</sup> Uredba o medicinski potpomognutoj oplodnji 810.112.2 (FMedV), Švajcarske od 4. decembra 2000. godine (stanje na dan 28. decembra 2000. godine) i Zakon Švajcarske op. cit. čl. 8. Čl. 3. Dokaz o osposobljenosti za čuvanje i posredovanje ćelijama zametka.

<sup>45</sup> Zakon Švajcarske op. cit. čl. 11.

Uredba o oploditvi z medicinsko pomočjo, Švica - Fortpflanzungsmedizinverordnung (FMedV; 810.112.2, 2000)

Zakon 3089 o človeške reprodukciji z biomedicinsko pomočjo, Uradni list, št 327/2002

Zakon 40/2004, št. 40, o oplojevanju z medicinsko pomočjo, Gazzetta Ufficiale št. 452004

Zakon o oploditvi z medicinsko pomočjo - Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG; BGBl.Nr. 275/1992 idF, BGBl. I Nr. 98/2001(NR: GP XXI RV 621 AB 704 S. 75. BR: 6398 AB 6424 S. 679.), BGBl. I Nr. 163/2004 (NR: GP XXII RV 678 AB 741 S. 90. BR: AB 7167 S. 717.), BGBl. I Nr. 49/2008 (NR: GP XXIII RV 261 AB 343 S. 40. BR: AB 7823 S. 751.), BGBl. I Nr. 135/2009 (NR: GP XXIV RV 485 AB 558 S. 49. BR: 8217 AB 8228 S. 780.))

Zakon o oploditvi z medicinsko pomočjo, Švica - Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG-Bundesgesetz 1998)

Zakon o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo (ZZNPOB; Uradni list RS, št. 70/2000)

Zakon št. 94-654, 1994 o darovanju in uporabi delov in produktov človeškega telesa, oplojevanju z medicinsko pomočjo in prenatalni diagnostiki, Francija (1) NOR:SPS9400032 L, čl. L. 152-3

Evans v. The United Kingdom, No. 6339/05, 7. marec 2006



## PRAVO NA ZDRAVLJE U ODNOSU NA NOVE TEHNOLOGIJE

### PRAVICA DO ZDRAVJA V RAZMERJU DO NOVE TEHNOLOGIJE

#### THE RIGHT TO HEALTH IN RELATION TO NEW TECHNOLOGIES

UDK: 342.7:614

*Blanka IVANČIĆ-KAČER, univ. dipl. pravica*

*Študentka Podiplomskega doktorskega študija iz civilnopravnih in družinskopravnih znanosti na Pravni fakulteti Univerze v Zagrebu, Hrvaška*

#### **POVZETEK**

*Delo obravnava kritična razmišljanja. Pri tem postavlja v ospredje razmerja prednosti in pomanjkljivosti, ki jih človeštvu prinašajo nove tehnologije in pravica do zdravja pacienta. Novi dosežki v tehnologiji in znanosti postavljajo številne etično-moralna in pravna vprašanja, o katerih je govor v tem delu. Gre za vprašanja o začetku človeškega življenja in zdravja, kontracepciji, splavu, umetni oploditvi in oploditvi z umetno spermo, o novih zdravilih, o transplantaciji, kloniranju in genetskemu inženiringu, poskusih na ljudeh, o medicinskih napravah – kamor spada tudi vprašanje smrti in mehanizma o določanju smrti, evtanazije in umiranja s človeškim dostojanstvom. Vse to se obravnava skozi prizmo, po eni strani z vidika svobode izražanja, po drugi strani pa z vidika pacientovih prava (novi dosežki v tehnologiji in znanosti kot ogrožanje pravice do zdravja). Pacientove pravice so pomembnejše od svobode izražanja. Toda če globlje opredelimo problem, uvidimo, da gre za raziskovanja, ki naj bi pravzaprav služila pacientu v prihodnosti, da se mu zagotovi boljša oskrba in da bi se lahko v boljših pogojih uresničevale njegove pravice. Poskušamo odgovoriti na vprašanje, kako pomiriti te dve sili in najti način, da se raziskovanje izvede tako, da bo znanost šla naprej, ampak na način, da bo znanost v službi pacienta, ne pa v njihovo škodo. Poudarjeno je tudi pogosto nerazumevanje ključnih pojmov, kot so kloniranje, celo v znanstvenih krogih in v priznanih znanstvenih časopisih – kar se poskuša pojasniti. Biotehnologija je lahko zelo nevarna za prihodnost človeštva, še posebej problematika genetskega inženiringa in manipuliranja človeškega genoma. Zakonodajalci mnogokrat ne vidijo nevarnosti, saj negativne posledice sploh ne rabijo nastopiti in mnogokrat niso vidne takoj. Novi postopki v medicini so pripeljali do napredka kvalitete življenja in možnosti zdravljenja posameznih bolezni, za katerimi se je prej umiralo. Vendar pa so pripeljali tudi do mnogih dilem n vprašanj. Kje naj se ustavi, da se ne bo prekoračila meja tistega, kar je za človeka dobro ter da se ne vstopi na področje tistega, kar bi lahko pripeljalo celo do propada človeštva.*

#### **KLJUČNE BESEDE**

*Zdravje, kontracepcija, splav, umetna oploditev, oploditev z umetno spermo, nova zdravila, transplantacije, kloniranje, medicinske naprave, klonika, evtanazija, dostojanstvena smrt.*

## **ABSTRACT**

*A work contains the critical considerations by putting into the relationship the advantages and disadvantages that mankind new technologies bring and the right to the health of the patients. New achievements in technology and sciences setting numerous ethical-moral and legal questions on which this article answers, it is about questions of the beginning of human life and health, contraception, abortion, artificial insemination, and insemination with the artificial sperm, the new medicines, the transplants, cloning and genetic engineering, experiments on humans, about the medical devices - what includes the question of death and mechanism that determines death, euthanasia and dying with the human dignity, and all through the prism from one side of freedom of research, and on the other hand patient's rights (new achievements in technology and science as a threat to the rights of health) - Patient's rights are more important than the freedom of research, but when we consider the problem deeper, we can note that it is about the researches that just tend to provide patients in the future better care and to realize in better conditions their rights. We try to answer the question how to reconcile these two forces and how to find a way to carry out researches, so that science advances, but in a way that science is at the service of patients, not to their detriment. It is often accentuated a lack of comprehension of the key concepts, such as cloning, even in academic circles and in a recognized and popular journals, which we tried to explain in the work. Biotechnology can be very dangerous for the future of the humanity, especially the problems of genetic engineering, and manipulation with human genes. Legislators often do not see the proportions of the danger, because the negative consequences may not be and usually are not notable right now. New procedures in medicine have led to progress in the quality of life and the possibility of being cured of some diseases of which one had died before, but they have led to many doubts and questions where to stop in order not to cross the borders of what is good for man and not to enter into area of what could lead to the fall of humanity.*

## **KEY WORDS**

*Health, contraception, abortion, artificial insemination, insemination with artificial sperm, new medicines, transplantation, cloning, medical devices, cryonics, euthanasia, dignified death.*

## **1. UVOD**

Medicina i znanost općenito su jako napredovale i dogodilo se da njihov tako brz napredak nisu mogli pratiti zakonodavstvo i pravo te je nastala situacija koja nužno traži kristalizaciju, odnosno detaljno pravno reguliranje jer je riječ o potrebi da se zaštite najviše vrijednosti u društvu – da se zaštiti sam čovjek, odnosno njegovo pravo na život i zdravlje.

Kako detaljne pravne regulacije nema, pojavljuju se različita razmišljanja o tim pitanjima, a često se događa da se neke stvari koje su ključne ne vide ili da ih se ne želi vidjeti.

U radu ćemo pokušati definirati niz pojmova koji nisu dovoljno jasni, ili koji na različite načine izazivaju nedoumicu i probleme u teoriji i praksi, navest ćemo neke dileme oko novih postignuća u tehnologiji i znanosti i staviti ih u kontekst prava na zdravlje, pokušavajući otkriti kako osigurati slobodu istraživanja, koja je nužna za ljudski napredak i na korist je čovjeku, ali i postaviti granicu dokle se može ići da se time ne ugrožava čovjeka, njegovo zdravlje i

dostojanstvo, a sve uz nastojanje da se pridonese ujednačenosti zakonodavnih rješenja na globalnom planu i po ovim pitanjima<sup>1</sup>.

## 2. DEFINICIJE NEKIH POJMOVA

### 2.1. Zdravlje

**Zdravlje** je pojam kojeg je vrlo teško definirati. Prema definiciji iz Ustava<sup>2</sup> Svjetske zdravstvene organizacije<sup>3</sup> zdravlje je stanje potpunog fizičkog, duševnog i socijalnog blagostanja, a ne samo odsutstvo bolesti ili nemoći (*»Health is a state of complete physical, mental and social well – being and not merely the absence of disease or infirmity«*). Smatramo da je ta definicija preširoka. Prvo, postavlja se pitanje što je to socijalno blagostanje? Da li socijalno blagostanje znači da pojedinac ima dovoljno novaca za svakodnevne potrebe, ili da ima dovoljno da, u skladu s ambicijama može ulagati u sebe, u svoje obrazovanje, u putovanja i sl.? Drugo, smatramo da je u stvarnosti vrlo teško, ako ne i nemoguće, smatrati socijalno blagostanje jednom od odrednica zdravlja jer je pitanje kako bi se onda medicinski moglo ustvrditi tko je zdrav, a tko je bolestan. Zdravlje bi se tada prosuđivalo prema subjektivnom kriteriju «pacijenta» i prema slobodnoj procjeni liječnika.<sup>4</sup>

Definicija zdravlja u užem smislu je puno prihvatljivija. Prema njoj je zdravlje stanje u kojem svaki dio tijela obavlja svoju funkciju<sup>5</sup>, odnosno čovjek se smatra zdravim temeljem odsutnosti fenomena koji su značajke za »bolesnog čovjeka«<sup>6</sup>. Dakle, zdravlje je odsutstvo bolesti, a bolest je prema definiciji Saveznog vrhovnog suda Njemačke: »svaki, pa i neznatan ili prolazan poremećaj normalnih stanja ili normalnih djelatnosti tijela, koji je izlječiv ili se barem može ublažiti.«<sup>7</sup> Ne slažemo se u potpunosti s ovom definicijom u njenom drugom dijelu, odnosno smatramo da nije nužno da je bolest izlječiva ili da se može ublažiti jer je sasvim sigurno da postoje i neizlječive bolesti i one koje se ne mogu ublažiti, kod kojih je moguće samo umanjiti patnju bolesnika dajući mu sredstva za smanjenje bolova (a tako se ne ublažava bolest, kako stoji u definiciji, nego se bolesniku olakšava da bolest izdrži).

---

<sup>1</sup> Nužno je spomenuti Helsinšku deklaraciju Svjetskog saveza liječnika o etičkim načelima za medicinsko istraživanje na ljudima, usvojenu u listopadu 2000. godine u Edinburghu, koja bi trebala biti vodilja nacionalnim zakonodavstvima prilikom reguliranja ovih pitanja.

<sup>2</sup> Ustav Svjetske zdravstvene organizacije ili Constitution of the World Health Organization vidjeti na [http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_en.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf). Prihvaćen je na Međunarodnoj zdravstvenoj konferenciji koja je održana 29. lipnja - 22. srpnja 1946., potpisali su je 22. srpnja predstavnici 61 države članice i stupio je na snagu 07. travnja 1948. Naknadno su inkorporirani u tekst Ustava i amandmani prihvaćeni 1977., 1984., 1994. i 2005. (WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 i WHA51.23).

<sup>3</sup> Svjetska zdravstvena organizacija ili WHO – World Health Organization je specijalna organizacija Ujedinjenih Naroda sa sjedištem u Ženevi (Švicarska). Osnovana je 07. travnja 1948. godine i trenutno broji 192 države članice. Uloga joj je koordiniranje internacionalnih zdravstvenih službi. – vidjeti tako na:

[http://bs.wikipedia.org/wiki/Svjetska\\_zdravstvena\\_organizacija](http://bs.wikipedia.org/wiki/Svjetska_zdravstvena_organizacija). Detaljnije na: <http://www.who.int/about>.

<sup>4</sup> Vidjeti tako u: Blanka Ivančić-Kačer, Odgovornost za štetu u estetskom pravu, Hrvatska pravna revija br. 2., 2008. godina, str. 76.

<sup>5</sup> Vidjeti tako u: Petar Klarić, Odštetno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2003., str. 380.

<sup>6</sup> Vidjeti tako u: Anita Kurtović, Pretpostavke kažnjavanja liječnika u Zborniku radova skupine autora, Liječnička pogreška - medicinski i pravni aspekti, Split, 2007., str. 99.

<sup>7</sup> Laufs, Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage, München, 2002., str. 26.

Rezolucija Svjetske zdravstvene organizacije, usvojena na njenoj 23. skupštini 1970. godine proklamira da je »**pravo na zdravlje osnovno ljudsko pravo**«.<sup>8</sup>

## 2.2. Bioetika

**Bioetika** je interdisciplinarna (bavi se i medicinom, biologijom, pravom, filozofijom...) grana znanosti nastala prije više od tri desetljeća (termin je stvorio američki znanstvenik Van Rensselaer Potter II 1970. godine),<sup>9</sup> kao reakcija na zaoštrene moralne dileme do kojih je doveo znanstveno-tehnološki napredak na području medicine. Medicinska etika više ne uspijeva pokriti sva područja problematike na području zdravlja, bolesti i smrti i odgovore na ta područja pokušava dati bioetika.<sup>10</sup>

Definicija bioetike ima mnogo. Jedna od njih je definicija Darryla R. J. Macera, jednog od najistaknutijih japanskih bioetičara: »Bioetika je ljubav prema životu.«. Definicija tvorca termina »bioetika«, onkologa Van Rensselaera Pottera II, je: „Bioetika je most prema budućnosti – most između humanističkih i prirodnih znanosti, jasnije rečeno, između biološke znanosti i etike«. Termin bioetika čine dvije riječi grčkog podrijetla: »*bios*«, što znači »život« i »*ethos*«, što znači »običaj« – etimološki bi značenje bilo: etika života. Jedna od definicija je: »Bioetika je znanost koja ravna ljudskim ponašanjem na području života i zdravlja u svjetlu moralnih racionalnih vrijednosti i načela«.<sup>11</sup>

Prvobitna teorija bioetike promišljala je dugoročni opstanak ljudske vrste u moralnoj i prihvatljivoj civilizaciji kojoj je potrebno razvijanje i održavanje etičkog sustava, a taj sustav je globalna bioetika.<sup>12</sup> Glavne teme i problemi bioetike su povezane s ljudskom prokreacijom (ljudska spolnost, prirodna prokreacija, umjetna oplodnja, prirodno reguliranje plodnosti, kontacepcija, sterilizacija), ljudskom genetikom (ljudski genom, biotehnologija i genska terapija, kloniranje i matične stanice), embrijem (ljudski embrij, pobačaj, prenatalna dijagnostika, zahvati na ljudskim embrijima) i životom u terminalnoj fazi (bol, eutanazija, terapijska upornost, palijativno liječenje, cerebralna smrt i presađivanje organa).<sup>13</sup>

## 2.3. Biotehnologija

**Biotehnologija** je u moderno vrijeme dosta uzela maha. Do sada je svoju primjenu našla najviše u poljoprivredi, za dobivanje stanica s poželjnim svojstvima (najčešće je riječ o većem

---

<sup>8</sup> Vidjeti tako u: Jakov Radišić, Medicinsko pravo, Beograd, 2008., str. 58.

<sup>9</sup> Pitanja kojima se bavi bioetika su od starih vremena predmet interesa ljudi (naravno da se znanstvenim napretkom mijenja i povećava njihov sadržaj), ali bitno je spomenuti da su pitanja poput incesta, preljuba, pobačaja, ubojstva, fizičkog ozljeđivanja itd. smatrani negativnima i kažnjivima od davnina – vidjeti više o tome u: Nikola Visković, Bioetika i biomedicinsko pravo, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 32/39-40, 1995., str. 67-83.

<sup>10</sup> Vidjeti tako i više o tome na: [www.psihijatrija.com/psihijatrija/ETIKA](http://www.psihijatrija.com/psihijatrija/ETIKA) (podatak od: 15.03.2008.)

<sup>11</sup> Vidjeti tako u : Ramon L. Lucas, Bioetika za svakoga, Verbum, Split, 2007., str. 5.

<sup>12</sup> Vidjeti tako i više o tome u: Ivan Šegota, Kako definirati bioetiku? iz knjige skupine autora: Audy-Kolarić, Krešimir Pavelić i dr., Bioetika u teoriji i praksi, Zagreb, 2001., str. 80. i 81.

<sup>13</sup> Vidjeti tako u : Ramon L. Lucas, Bioetika za svakoga, Verbum, Split, 2007., str. 6. O načelima bioetike vidjeti ibid., str. 25-29 (ljudski život ima apsolutnu vrijednost i nepovrjediv je; postoji neraskidiva veza između života, slobode i istine; upoznati da bi se liječilo, a ne da bi se manipuliralo; sve ono što je tehnički moguće nije i moralno dopustivo; zakoni moraju štiti dobro osobe; načelo djelovanja s dvostrukim učinkom).



prinosu) - riječ je o metodi r - DNK (rekombinantne DNK - deoksiribonukleinske kiseline)<sup>14</sup> kojom se unosi gen iz nekog drugog organizma kako bi se dobilo željena svojstva (genetički inženjering).<sup>15</sup> Osim genetičkog inženjeringa, nova postignuća u tehnologiji i znanosti postavljaju mnogobrojna etičko - moralna pitanja, od kojih su najvažnija pitanja o početku ljudskog života, kontracepciji, pobačaju, presađivanju organa, pokusima na ljudima, pitanja patnje, smrti, održavanja života, eutanazije ili umiranja s ljudskim dostojanstvom, definicija i kriteriji ljudske smrti.<sup>16</sup>

## 2.4. Gen i genom

**Gen** je najmanja funkcionalna jedinica DNK - molekule, koja uvijek kodira određeni proteinski lanac.<sup>17</sup>

**Genom** je zbroj gena koji određuju strukturu i funkcije određenog organizma. Kod viših organizama genom se nalazi u jezgri svake stanice. Istraživanje genoma počelo je kasnih 1980-ih.<sup>18</sup> Središnji cilj ljudske kliničke genetike je prevencija i liječenje bolesti (osobito bolesti uzrokovanih oštećenjima gena), a ne usavršavanje genoma.<sup>19</sup>

Analiza ljudskih gena radi medicinskih ciljeva pravno je dopuštena u određenim slučajevima i u određenim okolnostima. Primjer detaljno pravno reguliranih **pretpostavki pravne dopustivosti analize gena** su one iz austrijskog Saveznog zakona o genskoj tehnologiji<sup>20</sup>, prema kojima se analiza gena može vršiti u nekoliko slučajeva: radi utvrđivanja predispozicije za neku bolest ili radi utvrđivanja da netko ima status prenositelja neke nasljedne bolesti na potomstvo (takvu analizu može zahtijevati samo liječnik koji ima specijalizaciju iz humane genetike ili liječnik specijalist za dotičnu indiciranu bolest); radi dijagnosticiranja manifestiranog oboljenja ili eventualnog budućeg oboljenja, a koje je povezano s manifestiranim; radi pripreme terapije i kontroliranja toka terapije; u slučaju kada radi ocjene rezultata analize gena određene osobe treba obaviti ispitivanje gena i njegovih srodnika (takvu analizu može zahtijevati ordinirajući liječnik ili liječnik koji želi postaviti dijagnozu); u slučaju prenatalne analize gena djeteta u majčinoj maternici, ako je ona medicinski indicirana i ukoliko je trudnica s tim suglasna.<sup>21</sup>

---

<sup>14</sup> Tom se tehnologijom proizvode i humani inzulin, hormon rasta, interferoni, interleukini.

<sup>15</sup> Vidjeti tako i više o tome u: Branimir Zamola, *Intelektualno vlasništvo i etika u biotehnologiji*, Hrvatski glasnik intelektualnog vlasništva 8., 2001., 2., 823-839.

<sup>16</sup> Vidjeti više o tome na: [www.psihijatrija.com/psihijatrija/ETIKA](http://www.psihijatrija.com/psihijatrija/ETIKA) (podatak od: 15.03.2008.)

<sup>17</sup> Vidjeti tako i više o tome u: Branimir Zamola, *Intelektualno vlasništvo i etika u biotehnologiji*, Hrvatski glasnik intelektualnog vlasništva 8., 2001., 2., str. 825.

<sup>18</sup> Ibid., str. 826.

<sup>19</sup> Ibid., str. 833.

<sup>20</sup> *Bundesgesetzblatt*, 510/1994., izmijenjen 2001. - 98/2001.

<sup>21</sup> Vidjeti tako u: Jakov Radišić, *Medicinsko pravo*, Beograd, 2008., str. 263.

### 3. NOVA POSTIGNUĆA U TEHNOLOGIJI I ZNANOSTI KAO UGROŽAVANJE PRAVA NA ZDRAVLJE

#### 3.1. Općenito

Biotehnologija može biti jako opasna za budućnost čovječanstva, a osobito problematika genetskog inženjeringa i manipuliranje genima čovjeka. Zakonodavci često ne vide razmjere opasnosti jer negativne posljedice ne moraju biti i najčešće nisu uočljive odmah, a poneki ih možda radi „viših“ ciljeva i ne žele vidjeti.

Novi postupci u medicini su doveli do napretka kvalitete života i mogućnosti izlječenja nekih bolesti od kojih se prije umiralo, ali su doveli i do mnogih dilema i pitanja gdje treba stati da se ne prijeđe granica onoga što je za čovjeka dobro i da se ne uđe u područje onoga što može dovesti do propasti čovječanstva.

Važno pitanje – da li ljudski zametak koji se nalazi izvan majčinog tijela podliježe pravilima o ispitivanju na čovjeku. Prema jednom starom, ali vrlo poznatom i priznatom načelu (*nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius agitur*<sup>22</sup> – *Nasciturus* se smatra rođenim ako se radi o njegovoj dobrobiti) smatra se da je zametak pod određenim uvjetima (ako se radi o zametkovim probicima) ljudsko biće (dakle, pravni subjekt). Sigurno je da se radi o dobrobiti *nasciturusa* – začetog, još nerođenog djeteta, kada se radi o zabrani ispitivanja i pokusima na njemu (uključujući i njegova prava da bude rođen onako kako je začet, da mu se ne mijenja boja očiju i kose<sup>23</sup> itd.). Smatramo da se isto odnosi na ljudski zametak koji je izvan majčinog tijela.<sup>24</sup> Mišljenja smo da se ovo načelo može ekstenzivno tumačiti na način da se odnosi i na zaštitu ljudskog zametka (dakle, ne samo na dijete koje je rođeno živo). Dogodio se izniman napredak znanosti i pojavila se potreba ekstenzivnog tumačenja starih načela na način da se štiti čovjekov interes puno ranije, nego je to trebalo činiti u prošlosti. Naime, prije je sudbina začetog i nerođenog djeteta (na ovom mjestu ne ulazimo u pitanje pobačaja, koji se vršio od ranih vremena na zakoniti ili nezakoniti način) bila u »Božjim rukama«, dakle pitanja manipulacije s embrijima su bila *science fiction*, dok je danas to realnost. Sada je potrebno stvoriti uvjete da se spriječe zahvati na ljudskom zametku, ako nisu u njegovu korist, kako bi mu se omogućilo pravo da se rodi onakvo kako je začeto (pritom, naravno, ne mislimo na zahvate koji bi bili nerođenom djetetu isključivo na korist).

---

<sup>22</sup> Vidjeti izreku u: Dragimir Stojčević, Ante Romac, *Dicta et regulae iuris*, Suvremena administracija, Beograd, 1984., str. 295., izreka br. 15.

<sup>23</sup> Vidjeti u listu 24 sata, broj 1130., od 15. svibnja 2008., članak „Moći ćemo birati boju očiju djece“, str. 14., u kojemu piše o uspjehu zagrebačkog biologa Nikice Zaninovića, koji je sa svojim timom u New Yorku stvorio prvi genetski modificirani ljudski embrij i mnogi smatraju kako je to korak prema svijetu u kojem će se rađati bebe dizajnirane po želji roditelja. Nikica Zaninović i njegov tim upotrijebili su virus kako bi dodali gen embriju koji je preostao kao višak u postupku umjetne oplodnje. Da se embrij razvio, imao bi trajne modifikacije u svim stanicama, koje bi mogao prenositi na potomke. Smatraju da bi se tako moglo spriječiti prenošenje nasljednih bolesti. Tim na čelu s biologom Zaninovićem je uništio GM embrij čovjeka pet dana nakon što su ga stvorili jer nisu imali dopuštenje za njegov razvoj.

<sup>24</sup> Niz zemalja je donio propise kojima regulira pitanje istraživanja na ljudskom zametku: Francuska, Njemačka, Austrija, Švicarska, Norveška, Irska, Poljska, Brazil, Velika Britanija (1990. *Human Fertilization and Embryo Act* – Zakon o oplodnji i čovječjem embriju) – vidjeti tako i više o tome u: Đurđica Krstić, *Biotehnologija i pravo u XXI vijeku - Čovječanstvo bez ljudskosti?*, Pravni život br. 9./2002., str. 668.

### 3.2. Kontracepcija, pobačaj, umjetna oplodnja i oplodnja umjetnom spermom (novi postupci u medicini)

Jedno od delikatnih pitanja je i pitanje **kontracepcije**. Riječ je sukobu prava žene na vlastito tijelo i njenog prava na izbor s jedne strane i s druge strane pitanja tko ima pravo odlučivati o potencijalnom životu, koji možda može nastati (ali još nije nastao). Kod ovog pitanja, prema našem mišljenju, moguće je obraniti stav da je ipak riječ o životu koji još nije nastao, za kojega se ne zna da li bi uopće i nastati, čak ni ako smatramo da je život počeo samom oplodnjom jajne stanice te da je pravo žene<sup>25</sup> na izbor i na planiranje obitelji iznad eventualnog »prava jajne stanice ili sperme da budu oplodeni«.

Kod pitanja **pobačaja** situacija je drugačija nego kod kontracepcije jer se više ne radi o sukobu prava majke i neoplođene jajne stanice i sperme, već je do oplodnje došlo i sada je riječ o ljudskom zametku i o njegovom pravu da bude rođen.

Razvojem tehnologije postalo je moguće napraviti namjerni, inducirani pobačaj koji je gotovo<sup>26</sup> neopasan za majku (u fizičkom smislu, jer utjecaj pobačaja na psihu žena koje su ga imale je posebna tema - najčešće se žene s tim kasnije teško nose). U zemljama u kojima je pobačaj dozvoljen određuje se granica do kojeg mjeseca gravidnosti žena pobačaj smije izvršiti. To se obrazlaže na način da je pobačaj nedozvoljen onda kada „*nasciturus* oživi“. Pitanje je – kada je ono „oživjelo“? Kako odrediti, ako se već dozvoli pobačaj, od kojeg mjeseca gravidnosti bi to bilo dozvoljeno? U Hrvatskoj je namjerni pobačaj dozvoljen do dvanesestog tjedna od početka posljednje menstruacije i legalan je i onda kada se radi isključivo o želji žene<sup>27</sup> da ne rodi dijete, no tada trošak snosi isključivo žena (ako su se otkrile anomalije ploda ili je zdravlje majke ugroženo, trošak snosi zdravstveno osiguranje). Da bi mogli odgovoriti na pitanje da li dozvoliti pobačaj, potrebno je iznijeti neke podatke.

Tijekom prvog tromjesečja gravidnosti oblikuju se sve važne strukture i organski sustavi ploda (oblikovali su se spolni organi, premda se još ne mogu vidjeti tako dobro da bi se utvrdio spol ploda, stvaraju se prve koštane stanice, postoje prsti na rukama i nogama sa zamecima noktiju, rade krvotok i dišni sustav, jetra stvara žuč, bubrezi luče mokraću u mjehur, a srce počinje kucati, prosječno, od 26. dana.<sup>28</sup>). Da li ima pravo biti rođen plod kojemu srce kuca, kojemu radi krvotok, kojemu bubrezi luče mokraću...? Smatramo da je ipak ovdje riječ o pravu na život nekoga tko je već nastao, tko se razvija velikom brzinom, kako bi bio spreman na porod i život izvan maternice.

Kod ***in vitro* oplodnje** temeljno je pitanje statusa ljudskog embrija – što je s oplodjenim jajnim stanicama koje su „višak“ (primjerice, oplodene su dvije, a vraća se u maternicu jedna), dakle mogu li se prekobrojni embriji proizvedeni za umjetnu oplodnju (medicinski potpomognutu prokreaciju) upotrebljavati za eksperimente, mogu li se zamrzavati i ako da, kakve bi to posljedice na njih moglo ostaviti, te da li itko ima pravo, i ako ima, tko ima pravo raspolaganja

---

<sup>25</sup> Naravno da je pravo na planiranje obitelji i pravo muškarca, ali ovdje je riječ o ženinom tijelu, stoga se naglašava pravo žene na izbor.

<sup>26</sup> Rizik od mogućih komplikacija uvijek postoji, ali u odnosu na prošlost, sada je bitno smanjen.

<sup>27</sup> Posebno pitanje je pravo oca djeteta da sudjeluje u odlučivanju o sudbini nerođenog djeteta. Kako je riječ o tijelu majke, nju nitko neće pitati o ocu i njegovoj želji, a ako bi i rekla da je to protivno želji oca (što je teško zamisliti da će reći ako joj je nakana pobačaj), to ne obvezuje liječnika na kontaktiranje s ocem, kao ni na neizvršavanje pobačaja.

<sup>28</sup> Vidjeti tako u: Sve o trudnoći i prvoj godini života djeteta, Klinika Mayo, Split, 2001., str. 135.

embrijima? Potrebno je zaštititi i detaljno pravno regulirati zaštitu ljudskog zametka koji se nalazi izvan maternice. Zabrinjavajući je primjer britanskog zakona koji dozvoljava da se u znanstvene svrhe koriste neoplođene jajne stanice preostale nakon umjetne oplodnje (koje su se do tada uništavale). Dakle, bez dozvole žene kojoj su jajne stanice uzete za umjetnu oplodnju, višak se smije koristiti za znanstvena istraživanja. Teško je zamisliti da se neće namjerno uzimati veća količina od one koja je potrebna kako bi bilo više »materijala« za znanstveni rad.

Pri oplodnji jezgra spermija se stapa s jezgrom jajne stanice. Svaka od njih sadrži polovični ili haploidni broj kromosoma, pa zigota i sve kasnije stanice embrija i odrasle osobe u sebi nose jednaki broj kromosoma od oca i od majke.<sup>29</sup> Nedavno je u medijima objavljeno da je miš oplođen **umjetnom spermom**. Američki znanstvenici Jerry Hall i Yan-Ling Feng s Instituta za reproduktivnu medicinu i genetiku u Los Angelesu otkrili su kemijski spoj pomoću kojega su uspjeli postići da jajna stanica udvostruči broj kromosoma s 23 na 46 tako da započne dioba stanice<sup>30</sup>. Nedostatak koji se pokazao je da su svi potomci koji su na ovakav način nastali bili ženskog roda, što bi značilo da se na ovaj način ne može produžavati ljudska vrsta.

Postavlja se pitanje što se događa kada se životinja (a u budućnosti postoji opasnost da se to pokuša i na čovjeku) oplodi s umjetnom spermom, dakle pola njegovih kromosoma nisu od oca, već su umjetno stvoreni. Tada ne bi nastao čovjek već „polučovjek“. Ovo nas dovodi do pitanja same biti postojanja i pitanja tko je ili što je, ili što bi trebao biti čovjek?

### 3.3. Novi lijekovi

**Lijek** je svaka tvar ili mješavina tvari namijenjena liječenju ili sprječavanju bolesti kod ljudi te svaka tvar ili mješavina tvari koja se može primijeniti na ljudima u svrhu obnavljanja, ispravljanja ili prilagodbe fizioloških funkcija farmakološkim, imunološkim ili metaboličkim djelovanjem ili postavljanjem medicinske dijagnoze.<sup>31</sup>

Mnogo je novih lijekova koji utječu na prirodni tok života. Primjerice, danas postoje hormoni koji usporavaju starenje, lijekovi za poticanje rasta kod djece sa nižim indeksom rasta, lijekovi koji vraćaju samopouzdanje, lijekovi za poboljšanje koncentracije, lijekovi za umjetnu oplodnju, lijekovi za mršavljenje... Oni poboljšavaju kvalitetu života i omogućuju ispravljanje nedostataka (primjerice, lijekovi za poticanje rasta kod djece sa nižim indeksom rasta), ali pitamo se da li ti lijekovi imaju i negativan učinak i da li je komercijalizacija tih lijekova produkt milijuna koji su uloženi u farmaceutsku industriju? Svjedoci smo da je, osobito što se lijekova tiče, prejak utjecaj farmaceutske industrije i da se nekada pojedini lijek ne nabavlja kako bi se prodala zaliha i zamjenskog lijeka. Teško je to spriječiti jer je farmaceutska industrija postala »div« o kojem svi ovisimo (od cijepiva do lijekova, vitamina i dr.)

---

<sup>29</sup> Vidjeti tako u: Anton Švajger, Kloniranje: pojmovi, zablude, obmana i strah, na: <http://www.mefst.hr> (podatak od 19.03.2008.)

<sup>30</sup> Vidjeti o tome na: <http://plivazdravlje.hr> (Otkrivena umjetna sperma) i na: <http://www.peppermintnews.com> (podatak od 19.03.2008.)

<sup>31</sup> Zakon o lijekovima, NN 71/07 - dalje: ZOLJ, čl. 2, toč. 1.

Kliničko ispitivanje lijeka ne bi se smjelo obavljati bez **informiranog pristanka**<sup>32</sup> osobe na kojoj se ispitivanje obavlja.<sup>33</sup> Zasebno pitanje je smije li se dopustiti kliničko ispitivanje na djeci i poslovno nesposobnima? Kliničko ispitivanje lijeka na djeci može se obavljati samo ako ispitivanje kod odraslih ne može pružiti odgovarajuće rezultate. U iznimnim slučajevima, za osobu koja nije pri svijesti, s težom duševnom smetnjom, za poslovno nesposobnu osobu ili maloljetnu osobu, informirani pristanak morao bi dati zakonski zastupnik, odnosno skrbnik osobe.<sup>34</sup>

Posebno je važno naglasiti da je zabranjeno vršiti znanstvena istraživanja bez pristanka nad bilo kim, a to naravno uključuje i osobe koje su lišene slobode - zatvorenike. Riječ je o osobama koje su pod državnom zaštitom i njihova prava su ograničena, ali se to nikako ne odnosi na ograničenje prava na zdravlje, što uključuje i načelo informiranog pristanka na sudjelovanje u znanstvenim istraživanjima.

Što se tiče osoba s duševnim smetnjama, biomedicinska istraživanja nad njima mogu se poduzeti samo ako nema druge odgovarajuće mogućnosti istraživanja nad ljudima, ako je zakonski zastupnik osobe koja sudjeluje u istraživanju dao svoj pisani pristanak, ako opasnost od istraživanja za osobu s duševnim smetnjama nije nesrazmjerna koristi od istraživanja, ako je istraživački projekt odobrilo Državno povjerenstvo nakon nezavisnog preispitivanja znanstvenog značaja, važnosti cilja i etičnosti samog istraživanja, ako su osobe koje sudjeluju u istraživanju obaviještene o svojim pravima i pravnoj zaštiti koju uživaju. Biomedicinska istraživanja nad osobom s duševnim smetnjama koja nije u stanju dati svoj pristanak može se poduzeti samo ukoliko su ispunjene sve navedene pretpostavke te ako se očekuje da će rezultati istraživanja biti od stvarne ili izravne koristi za zdravlje te osobe i uz suglasnost etičkog povjerenstva za zaštitu osoba s duševnim smetnjama pri psihijatrijskoj ustanovi za svaki pojedini slučaj ako istraživanje ima cilj doprinijeti kroz povećanje zdravstvenog razumijevanja određene bolesti ili stanja, stvaranju koristi za samu osobu koja sudjeluje u istraživanju, ili osobe iste dobi, ili s istim poremećajem, ako istraživanje predstavlja najmanju moguću opasnost i opterećenje za tu osobu.<sup>35</sup>

### 3.4. Transplantacija

Transplantacija je premještanje tkiva ili organa na drugo mjesto istog organizma ili na drugi organizam<sup>36</sup>. To je postupak kojim se prenosi jedan organ ili dio organa iz jedne osobe u drugu, ili unutar jedne osobe<sup>37</sup>. Transplantacija organa je metoda liječenja kojom se teškim

---

<sup>32</sup> **Informirani pristanak** je suglasnost za sudjelovanje u kliničkom ispitivanju dana na temelju primljenih i pravilno dokumentiranih obavijesti o prirodi i važnosti, posljedicama i rizicima ispitivanja, u pisanom obliku, potpisana od ispitanika i s navedenim datumom. Ako je osoba nesposobna za davanje takve suglasnosti ili je maloljetna, suglasnost potpisuje zakonski zastupnik ili skrbnik – Čl. 2. toč. 49. ZOLJ

<sup>33</sup> Bitno je spomenuti postojanje Nürnberškog kodeksa (1947.) po kojem je ispitivanje novih lijekova na ljudima uvjetovano pristankom sudionika u eksperimentu (vidjeti detaljnije o njemu u: Anton Švajger, Nürnberški kodeks, Glasnik Hrvatskog katoličkog liječničkog društva (1330-657X)9(1999),3;23-26) te Helsinške deklaracije (1964.) u kojoj je usvojeno načelo nužnosti pristanka sudionika pokusa (prihvaćena je od Svjetskog medicinskog udruženja).

<sup>34</sup> Čl. 8. ZOLJ.

<sup>35</sup> Vidjeti Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, NN 111/97, 27/98, 128/99, 79/02 – dalje: ZZODŠ, čl. 16.

<sup>36</sup> Vidjeti tako u: Bratoljub Klaić: Rječnik stranih riječi, Nakladni zavod MH, Zagreb 1987, str. 1366. i 1368.

<sup>37</sup> Definicija s internetske stranice Kliničke bolnice Dubrava, Rječnik pojmova:

<http://www.kbd.hr/index.php?id=645>, podatak od: 24. 01. 2008.

bolesnicima omogućavaju bolji uvjeti života ili nada u život. Mogu se presaditi: bubrezi, jetra, srce, pluća i tkiva, rožnice, koža, kosti, krvne žile...

Čovjek, odnosno ljudsko tijelo i dijelovi ljudskog tijela ne spadaju u stvari.<sup>38</sup> Međutim, postavlja se pitanje što je sa dijelovima ljudskog tijela kada se oni od njega odvoje? Dijelovi ljudskog tijela, nakon što se od njega odvoje, postaju stvari, ali stvari izvan prometa (*res extra commercium*). Dakle, oni ne mogu biti objekti imovinskih prava ili pravnih poslova. Međutim, to nije tako jednostavno. U današnje vrijeme jako su popularne ekstenzije i kosa (ekstenzije) se prodaje i kupuje u frizerskim salonima. Krv se u Hrvatskoj ne prodaje, ali se daruje (ali u nekim zemljama se i za darivanje krvi dobiva naknada). Isto je i s koštanom srži. Neki organi se za života također mogu darovati. Pitanje je jesmo li mi vlasnici svojeg tijela i, ako jesmo, možemo li za života raspolagati svojim organima (misli se na organe koji se mogu darovati za života - jedan od parnih organa, dio jetre...)? Ako je čovječje truplo u pravnom smislu stvar, uz postupanje prema njemu po načelu pijeteta (poštovanja),<sup>39</sup> uz postojanje zakonske odredbe o pretpostavljenom pristanku na darivanje organa,<sup>40</sup> smatramo da su njegovi organi, koji su pogodni i potrebni za doniranje, stvari koje nisu u prometu (naknada je nedopuštena), ali postoji zakonska osnova za njihovo eksplantiranje iz tijela bez posebne dozvole obitelji umrloga. Ali, ako se eksplantiraju organi umrle osobe, zbog čega onda troškove pokopa mora snositi obitelj umrloga (oni nemaju prava na odlučivanje o organima, a truplo je „njihov problem“) i zar se ovo ne protivi načelu pijeteta prema kojemu se treba ponašati prema čovječjem truplu?

Važno pitanje je i smiju li se organi, nakon smrti<sup>41</sup>, eksplantirati kako bi se na njima vršila istraživanja (dakle, ne u svrhu implantacije u tijelo pacijenta kojem je ta implantacija potrebna)? Smatramo da to ne spada pod „pretpostavljeni pristanak“ koji postoji u zakonodavstvima mnogih zemalja (uključujući Hrvatsku), već da je za tu svrhu potreban izričit pristanak obitelji.

Posebno je pitanje utvrđenja smrti – što je smrt i u kojem trenutku je čovjek stvarno mrtav - to je povezano i s pitanjem kada je moguće čovjeku eksplantirati organe za transplantaciju – riječ je o satima i minutama u kojima je sve to potrebno izvršiti – na liječnicima je velik teret da oni budu ti koji trebaju odlučiti da je netko mrtav, čak ako pacijentu srce još kuca. U hrvatskom pravu odgovor na to pitanje nam daje čl. 10. Pravilnika o načinu, postupku i medicinskim kriterijima za utvrđivanje smrti osobe čiji se dijelovi tijela mogu uzimati radi presađivanja<sup>42</sup>, prema kojemu se kao vrijeme smrti osobe uzima vrijeme utvrđivanja smrti mozga, odnosno potpisivanja obrasca “Zapisnik o utvrđivanju smrti”<sup>43</sup>, koji čini njegov sastavni

---

<sup>38</sup> Objekti građanskopravnog odnosa su stvari, činidbe, imovina i osobna neimovinska dobra povodom kojih pravni subjekti stupaju u te odnose. Stvari u građanskopravnom smislu su materijalni dijelovi prirode, koji se mogu osjetilima primijetiti, koji su prostorno ograničeni i koji postoje u sadašnjosti, ili za njih postoje pretpostavke da će doista nastati u budućnosti. - vidjeti tako u: Petar Klarić, Martin Vedriš, Građansko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 71.

<sup>39</sup> A ne po načelu korisnosti (*utiliteta*) - vidjeti o tome u: Petar Klarić, Martin Vedriš, op. cit., str. 73.

<sup>40</sup> Prema načelu pretpostavljenog pristanka (kakav je prihvaćen u hrvatskom pravu) kadaverični donator može biti svaka umrla osoba koja se za života nije izričito protivila donaciji organa.

<sup>41</sup> Naglašavamo nakon smrti jer smatramo da je suvišno naglašavati da je nedopustivo eksplantirati organe iz živog čovjeka, kako bi se na tom organu vršila istraživanja.

<sup>42</sup> Pravilnik o načinu, postupku i medicinskim kriterijima za utvrđivanje smrti osobe čiji se dijelovi tijela mogu uzimati radi presađivanja, NN 03/06. – dalje: Pravilnik o utvrđivanju smrti.

<sup>43</sup> Taj obrazac je tiskan u Prilogu IV. Pravilnika o utvrđivanju smrti i može ga se vidjeti u ovom poglavlju disertacije.

dio. Taj zapisnik potpisuju liječnici specijalisti koji su izvodili klinički pregled te liječnik specijalist koji je izvršio parakliničke potvrđne testove kojima je utvrđena smrt mozga.

Smatramo da je ovdje potrebno dotaknuti još dva pitanja – pitanje ksenotransplantacije i kako povećati ponudu kadaveričnih organa. Ksenotransplantacija je presađivanje organa iz životinja u ljude. Prvi rezultati ksenotransplantacije su ohrabrujući i to je jedan od mogućih načina rješavanja problema velikog nedostatka organa za transplantaciju, ali time se otvaraju i brojna pitanja etičke i druge naravi. Postavlja se pitanje da li se implantiranjem životinjskih organa narušava dostojanstvo čovjeka koji ga dobiva. Mišljenja smo da ne bi trebalo na to gledati na taj način jer je, gledajući važnost dobra koje se treba zaštititi, važnije zaštititi nečiji život (koji bi bez transplantacije bilo nemoguće ili jako teško spasiti) nego nečije dostojanstvo. Pri tom naglašavamo da je moguće prihvatiti i stav da je ljudsko dostojanstvo toliko važno da bismo ga gotovo mogli staviti u rang i s pravom na život, ali i tada smo istog stajališta da organ životinje nije nešto što bi trebalo ugroziti dostojanstvo čovjeka koji ga prima<sup>44</sup>. Pitanje koje nam se nemeće je i način na koji bi se taj organ dobio, odnosno nužno je spriječiti uzgajanje i ubijanje životinja samo radi toga da budu izvor organa (to bi bilo ravno uzgoju životinja radi krzna). Osim toga, problem je i opasnost od mogućih bolesti koje bi mogle prijeći sa životinje na čovjeka. Naime, nalazi li se u presatku neki virus, on se u genomu čovjeka može »prerediti« i tako postati opasan i za čovjeka<sup>45</sup>. **Kao jedino rješenje za sada bila bi zabrana ksenotransplantacije, dok se ne riješe ova važna pitanja i dok se ne utvrdi kolika je realna opasnost za zdravlje čovjeka od presađivanja organa iz životinja u ljude.**

### 3.5. Kloniranje

Kada pišemo i govorimo o kloniranju, zalažemo se za ili protiv, jako je bitno dobro razlikovati što je to uopće kloniranje.

**Klon** je skup genetički identičnih „entiteta“ (gena, stanica, jedinki) koji potječu od jednog jedinog ishodišnoga. **Kloniranje** je postupak dobivanja klona identičnom replikacijom jednog jedinog ishodišnjog „entiteta“ (gena, stanica, jedinki).<sup>46</sup>

Ovca Dolly klonirana je 1997. godine.<sup>47</sup> Ta vijest je imala veliki odjek u medijima, te je šokirala i zabrinula javnost. Međutim, postoje razmišljanja da je pogrešno tvrditi da je ovca Dolly klonirana. Klon mora biti replikacija, dakle imati identične gene i stanice kao »original«. Kod ovce Dolly to nije bio slučaj. Kod ovce Dolly riječ je o stapanju (fuziji) stanica. Definiciji kloniranja odgovara ono što se događa kod jednostaničnih životinja (bakterija i praživa-protista) kod nespornog razmnožavanja kada diobom tjelesnih stanica izrastaju izbojci koji se odvajaju i postaju nove jedinke. Kod ovce Dolly radilo se o fuziji stanica iz tri različita izvora:

---

<sup>44</sup> I životinja je Božje stvorenje i ne vidimo zašto bi bilo ispod časti nekome primiti organ od životinje, čime mu ona spašava život.

<sup>45</sup> Vidjeti tako u: Krešimir Pavelić, Čuda moderne medicine, Zagreb, 2004., str. 89.

<sup>46</sup> Vidjeti tako u: Anton Švajger, Kloniranje: pojmovi, zablude, obmana i strah, na: <http://www.mefst.hr> (podatak od 19.03.2008.)

<sup>47</sup> Originalno znanstveno priopćenje o kloniranju ovce objavljeno je u engleskom znanstvenom časopisu Nature 27. veljače 1997.

1. embrio u ranom stadiju razvitka (usitnjen i kultiviran *in vitro* i koji je raznim postupcima doveden u stanje prestanka diobene aktivnosti, kako bi ga se moglo reprogramirati i nastaviti diobu nakon premiještanja u citoplazmu jajne stanice<sup>48</sup>),
2. fetus star 26 dana (kultivirana suspenzija stanica usitnjenog fetusa,
3. vime šestogodišnje ovce u određenom stadiju hormonske stimulacije.

Premda je izgledom bila istovjetna, Dolly nije bila identična s ovcom iz čijeg vimena potječu jezgre njenih stanica, već svaka stanica u njenom tijelu sadržava tri kompleta gena: jedan jezgrin i dva različita mitohondrijska, dakle primijenjeni postupak uopće nije kloniranje<sup>49</sup>.

Veliko bi značenje za pronalaženje lijekova bila mogućnost reproduciranja (kloniranja) bolesnog organa i ispitivanja lijekova na njemu, ali kada bi se kloniralo čovjeka - da li bi se kloniralo samo tijelo ili i nečiji um? Kada bi umrla neka osoba i kloniraju je – je li klon ta ista osoba, hoće li isto osjećati kao umrli »original«, hoće li emotivno i umno biti identični? Mislimo da neće jer se svaka osoba, unatoč sličnosti ili eventualno identičnosti, razvija u osobu kakva postane vezano za okruženje u kojem živi, vezano za odnose s ljudima s kojima živi i susreće se. Emocije i um su nešto što se ne može klonirati, što nastaje i razvija se življenjem u konkretnim okolnostima u određenim trenucima. Kvocijent inteligencije se nasljeđuje, ali ljubav, kao i ostale emocije, nastaju kroz život, isto kao i znanje i iskustvo.

Potrebno je razlikovati i vrste kloniranja:

1. Terapeutsko kloniranje – kloniranje kojemu je svrha reproduciranje organa radi ispitivanja i transplantacije organa (odnosno, implantacije tih uzgojenih organa). To je izdvajanje matičnih stanica i njihovo kloniranje kako bi poslužile kao lijek.
2. Reprodukcijsko kloniranje – kloniranje kojemu je cilj stvaranje novog bića, nove jedinke.

U Velikoj Britaniji, u Londonu, 1. veljače 2008. godine objavljeno je da su britanski znanstvenici (sa sveučilišta u Newcastleu) *in vitro* stvorili ljudski embrij od DNK jednog muškarca i dviju žena. Dozvoljeno je njegovo korištenje samo za reprodukcijsko kloniranje, dakle zabranjeno ga je usađivati u maternicu (to bi moglo dovesti do spontanog pobačaja, malformacija na plodu, čak i do smrti žene u čiju je maternicu stavljen). Ovako zvuči kao nešto dobro pravno regulirano, ali nameće nam se pitanje – odakle se uzima DNK na kojem se rade pokusi. Odgovor na njega je zabrinjavajući – ovdje bismo ponovno spomenuli britanski zakon koji dozvoljava da se, bez dozvole žene kojoj su jajne stanice uzete za umjetnu oplodnju, u znanstvene svrhe koriste neoplođene jajne stanice preostale nakon umjetne oplodnje (koje su se do tada uništavale) i pitanje je kako spriječiti da se namjerno potiče stvaranje viška jajnih stanica, kako bi se mogle koristiti za znanstveni rad.

Bitno je spomenuti postojanje smjernice<sup>50</sup> Europske unije o kontroliranom korištenju genetički modificiranih mikroorganizama (EEC 90/219) koja određuje kontrolu

---

<sup>48</sup> Detaljnije o načinu na koji se postupak provodio vidjeti u: Anton Švajger, Kloniranje: pojmovi, zablude, obmana i strah, na: <http://www.mefst.hr> (podatak od 19.03.2008.).

<sup>49</sup> O kloniranju ovce Dolly vidjeti tako i više o tome u: Anton Švajger, Kloniranje: pojmovi, zablude, obmana i strah, na: <http://www.mefst.hr> (podatak od 19.03.2008.).

<sup>50</sup> O direktivama Europske Unije vidjeti u Tanja Zafirović, Milutin Pantović, Biotehnologija - korak ispred pravne regulative, Pravni život br. 9/1998., str. 425-430., također vidjeti i u: Branimir Zamola, Inteliktualno vlasništvo i etika u biotehnologiji, Hrvatski glasnik intelektualnog vlasništva 8., 2001., 2., str. 836.



eksperimentiranja i razvoja biotehnologija zasnovanih na genetičkom inženjeringu.<sup>51</sup> Smjernica Europske unije o kontroliranom puštanju genetički modificiranih organizama u životnu sredinu (EEC 90/220) određuje da se GMO (genetski modificirani organizam) smije pustiti u okoliš samo uz pristanak nadležne institucije koja za to mora dati pristanak ili ga odbiti u roku od 90 dana, kako ne bi bilo štetnog utjecaja na život i zdravlje ljudi. Na sastanku predstavnika 138 zemalja u Montrealu, održanom od 24. do 28. siječnja 2000. godine usvojen je Protokol o biosigurnosti kojim su definirana pravila koja daju okvir za međunarodnu trgovinu GMO proizvodima.<sup>52</sup>

### 3.6. Medicinski uređaji

Današnjoj medicini je svojstveno da je sve više oslonjena na različite **medicinske uređaje** bez kojih je velika većina onoga što se obično naziva medicinskim uslugama gotovo nezamislivo, bilo da je riječ o dijagnostici, bilo da je riječ o liječenju. To ne znači da je uloga čovjeka stručnjaka postala nebitna, nego samo stvara jedan drukčiji kontekst od onoga koji je postojao prije ne tako dugo vremena. U prošlosti su se medicinski uređaji svodili na jednostavne uređaje čiju je ispravnost liječnik koji njime radi mogao lako kontrolirati, dok je danas često riječ o vrlo kompliciranim uređajima koji se moraju redovito servisirati (za što medicinske ustanove često nemaju dovoljno sredstava<sup>53</sup>) i za kojeg liječnik koji na njemu radi ne može sa sigurnošću reći da je ispravan. Primjer za to bi bilo da je serviser u bolnici na stroju za anesteziju greškom zamijenio cijevi od kisika i dušika od čega je pacijentica koja je bila prva na programu za operaciju i umrla.<sup>54</sup> Sličnih primjera, nažalost, ima dosta.

Standard današnje medicine je da se prije konačne dijagnoze izvede čitav niz pretraga (npr. röntgen, CT, MR) i to je samo dijelom rezultat toga da liječnici ne žele sebe staviti u situaciju da im se sutra prigovori da nisu baš sve poduzeli što su mogli i da su za to odgovorni, a drugim dijelom rezultat činjenice što su današnje opasnosti u smislu bolesti jednostavno neusporedive s nekadašnjim i gotovo svakog dana se u svijetu pojavi nešto novo što zahtijeva pronalazak protulijeka i sl.

Nova tehnologija je omogućila da se sada može pratiti razvoj ploda od samog začeca. Postoje nove intrauterine dijagnostičke metode i uređaji (3D i 4D ultrazvuk itd.) koji omogućuju rano dijagnosticiranje fetalnih poremećaja. Majka i fetus su dvije<sup>55</sup> zasebne jedinice i svaka od njih ima pravo na život i zdravlje, pa tako fetus treba imati pravo da ga se, ukoliko postoji mogućnost, liječi i dok je još u majčinoj utrobi. Međutim, što bi trebalo učiniti u situaciji kada se ugrožava život majke da bi se liječio fetus (a najčešće se ishod tog liječenja ne može garantirati)? Što ukoliko majka odbija da se preko njenog tijela ulazi do fetusa i liječi ga se (neovisno o njenim razlozima i našem mišljenju o takvom njenom postupku) – da li ona ima i tada pravo spriječiti zahvate na svome tijelu ili začecem svoje pravo nad vlastitim tijelom dijelom gubi i to pravo dobiva fetus, za kojega liječnik (kao nekakav vid „patrona ili skrbnika“

---

<sup>51</sup> Tekst direktive EEC 90/219 vidjeti na:

[ec.europa.eu/enterprise/pharmaceuticals/eudralex/vol-1/dir\\_1990\\_219](http://ec.europa.eu/enterprise/pharmaceuticals/eudralex/vol-1/dir_1990_219)

<sup>52</sup> Tekst direktive EEC 90/220 vidjeti na: [www.biosafety.be/GB/Dir.Eur.GB/Del.Rel./90.220./TC.html](http://www.biosafety.be/GB/Dir.Eur.GB/Del.Rel./90.220./TC.html).

<sup>53</sup> Zato se često i događaju kvarovi.

<sup>54</sup> Nažalost, ovo je stvarni primjer iz KBC Firule od prije nekoliko godina.

<sup>55</sup> Kod blizanačkih trudnoća tri jedinice (majka i dva ploda) itd.

odlučuje kada se radi o njegovoj dobrobiti? Odgovor na to pokušava dati sljedeća teorija: Vrijeme trudnoće bismo mogli podijeliti na dva dijela – vrijeme kada je fetus »neodrživ« – kada ne bi mogao preživjeti ni uz pomoć vrhunske tehnologije da se tada rodi, i na vrijeme kada je fetus »održiv« – kada postoji mogućnost da uz pomoć vrhunske tehnologije preživi izvan majčinog tijela. S obzirom na različiti stupanj razvijenosti zemalja, nema općenito prihvaćene gestacijske dobi koja bi određivala kada »održivost« nastupa<sup>56</sup>, ali za razvijenije zemlje prihvaćena je dob od 24. tjedna trudnoće. Što se »neodrživog« fetusa tiče, postoji stav da on nema status pacijenta i da na njega trudna žena može, ako želi, prenijeti svoj status pacijenta (i povući ga kad god hoće), a »održiv« fetus bi imao samostalan status pacijenta i on bi imao svoje autonomno pravo da ga se liječi.<sup>57</sup> Međutim, prema ovoj teoriji majka u 25. tjednu trudnoće ne bi imala pravo odlučivati o svom tijelu, već bi se radilo o koliziji njenog i fetusovog prava o kojima odlučuje liječnik. Zar ne bi bilo neetički prisiljavati majku na zahvat na njenom tijelu? Smatramo da bi bilo puno produktivnije i pozitivnije da se s majkom<sup>58</sup> obavi detaljan razgovor, da je se o svemu informira, da joj se izlože sve koristi i opasnosti potrebnog zahvata, pa ako ona i nakon toga ne želi pristati na zahvat, ne bi ju se smjelo prisiljavati, već joj dozvoliti da odluka bude njena (a da ona poslije živi sa svojom savješću).<sup>59</sup>

Sigurno je da će liječnici učiniti sve da spase i majku i dijete, ali ukoliko su ugroženi životi oboje i liječnici moraju birati, vjerojatnije je da će se odlučiti za spašavanje majke. Ali, što ako majka odluči i traži od liječnika da spase dijete, a ne nju? Ima li ona pravo o tome odlučiti? I, da li liječnik smije, protivno njenoj volji djelovati? Ovdje bismo se mogli usuditi reći da smo dodirnuli točku koja nas približava pitanju **eutanazije** – da li majka koja bira smrt da bi se spasio drugi život ima pravo na to, kao i da li pacijent koji umire, a trpi groznu muku i bol ima pravo tražiti da mu se skrate muke i omogući dostojanstvena smrt? Premda su to dva slučaja u kojima netko odabire smrt i traži od liječnika da joj on »presudi«, **definitivno nije riječ o istoj stvari**. U slučaju majke koja spašava život svog djeteta, riječ je o borbi za novi život, o jakoj ljubavi u kojoj se netko žrtvuje da bi se spasio život voljene osobe (koji se ne bi mogao drugačije spasiti) i u tom slučaju bi liječnik morao poštovati majčinu volju<sup>60</sup>. U slučaju eutanazije nije riječ o spašavanju tuđeg života, već o traženju da netko izvrši samoubojstvo umjesto njega, pod izlikom dostojanstvene smrti. Što je to dostojanstvena smrt? Zar to nije umrijeti izdržavši sve što život, pa tako i kraj života donosi? Mišljenja smo da eutanazija nije sredstvo da netko umre dostojanstveno, već da mu se omogući bijeg.

Liječnici imaju dužnost da pokušaju spasiti svaki život, dakle ukoliko dođe do zastoja rada srca, oni će tu osobu pokušati reanimirati. Međutim, da li se treba poštovati odluka pacijenata koji su teško bolesni i koji izraze želju da ih se u takvom slučaju ne reanimira? Kada postoji opravdani razlog da se osobu reanimira, primjerice kod srčanog udara i sl., dakle kada je za očekivati da reanimacija može dovesti do nastavka života (ne do produžavanja agonije do sigurne skorašnje smrti neizlječivo bolesnog pacijenta), onda je reanimacija dužnost liječnika. U slučaju da je riječ o **reanimiranju umirućeg, neizlječivog bolesnika kojemu je skora smrt**

---

<sup>56</sup> Naravno da to ovisi i o svakom pojedinom fetusu. Postoje primjeri prerano rođene djece za koju su liječnici bili gotovo sigurni da su šanse za preživljavanje nikakve, pa se dogodi da ipak prežive – iznenađenja su uvijek moguća.

<sup>57</sup> Vidjeti o tome u: Asim Kurjak i Sanja Kupešić: Bioetika prenatalne dijagnostike i terapije, iz knjige skupine autora: Audy-Kolarić, Krešimir Pavelić i dr., Bioetika u teoriji i praksi, Zagreb, 2001., str. 36-45.

<sup>58</sup> I ocem, ali sada ne ulazimo u pitanja iz obiteljskog prava jer bi to bitno proširilo temu.

<sup>59</sup> Ovdje govorimo o ženama koje imaju potpunu poslovnu sposobnost i koje su u stanju odlučivati o sebi i o svom tijelu te su sposobne shvatiti posljedice svojih postupaka.

<sup>60</sup> Obrazloženja poput: „imat ćete još djece“ su besmisleni majci koja izgubi dijete.

**neizbježna**, reanimacija bi bila oduzimanje prava na dostojanstvenu smrt. Papa Ivan Pavao II je rekao: »Nastavljanje intenzivnog liječenja terminalnog bolesnika nije samo medicinski neopravdano nego poništava pravo čovjeka na dostojanstvenu smrt.«<sup>61</sup> Dakle, treba spasiti svaki život, ali ako je neizbježna vrlo skora smrt za tog pacijenta i spašavanje znači produžetak agonije, tada reanimacija gubi smisao.

Kada govorimo o novim medicinskim uređajima i postupcima, moramo spomenuti i uređaje za **zamrzavanje ljudi i krioniku**. Krionika je grana znanosti koja se bavi zamrzavanjem ljudi (i kućnih ljubimaca) kako bi ih se jednog dana, kada znanost dosegne dovoljan stadij napretka, moglo vratiti među žive. Neki vjeruju da će medicina u budućnosti osigurati popravak stanica i njihovu regeneraciju na molekularnom nivou, a što će dovesti do reverzibilnosti pojave starenja i obolijevanja. Temelji se na pojavi da se organi i tkiva mnogo duže održavaju bez trajnijih oštećenja na niskoj temperaturi (i organi za transplantaciju se prilikom prijevoza prenose u hladnjacima s ledom da se propadanje anoksičnog tkiva i potrošnja kisika svedu na najmanju moguću mjeru. U SAD postoje dvije kompanije koje su se specijalizirale za krioniku: Alcor Life Extension i Cryonics Institute.<sup>62</sup> Zagovornici krionike smatraju da smrt nije trenutak, već proces i kada nekoga proglašavaju klinički mrtvim, on još uvijek nije biološki mrtav i nad njim se može provesti postupak »produžavanja života« (dakle, prema njima to nije »buđenje iz mrtvih«). Ako se odmah takva osoba stavi u »proces«, prema mišljenju tih znanstvenika, zaustavlja se njegov biološki sat (to uspoređuju sa zamrzavanjem embrija) i omogućuje da se tu osobu u budućnosti probudi i izliječi od onoga što je dovelo do njegove »smrti«, te da će on moći nastaviti normalan život. Postupak je vrlo kompliciran i sastoji se od 3 koraka:

1. stabilizacija
2. uvođenje krioničkih lijekova koji će tijelo zaštititi
3. postupno stavljanje tijela na vrlo nisku temperaturu na kojoj će biti uz 24-satnu kompjutersku kontrolu.

Niz je etičkih pitanja koji se pojavljuju u krionici, od kojih ćemo u ovom radu dotaknuti najvažnije, a to je pitanje smrti. Što je **smrt** i kada ona nastupa, odnosno kako odrediti da li je netko stvarno mrtav? To je pitanje koje je važno i s aspekta transplantacije organa, jer je kratko vrijeme od proglašenja smrti do eksplantacije organa.

Danas, kada je krionika postala stvarnost, bitno je imati striktnu pravnu regulaciju kada smrt nastupa. Prema definiciji smrti kakva je prihvaćena u našem pravu, u kojem je smrt ireverzibilni prekid funkcija velikog, malog mozga i moždanog debla<sup>63</sup>, kao vrijeme smrti osobe uzima se vrijeme utvrđivanja smrti mozga, odnosno potpisivanja obrasca »Zapisnik o utvrđivanju smrti«, kojeg potpisuju liječnici specijalisti koji su izvodili klinički pregled te liječnik specijalist koji je izvršio parakliničke potvrdne testove kojima je utvrđena smrt mozga.<sup>64</sup> Prema tome, kada liječnici potpišu »Zapisnik o utvrđivanju smrti«, osoba se pravno smatra mrtvom i bilo kakav krionički ili slični postupak ne može dovesti do toga da se tu osobu ne bi

---

<sup>61</sup>Vidjeti citat u: Zvonimir Bošković, Kodeks medicinske etike i deontologije, Informator, br. 5046-5047, 17. i 20. srpnja 2002., str. 3.

<sup>62</sup> Vidjeti tako u: Ognjen Ožegić, Vrijeme za hlađenje, Medicinar 45., na: [medicinar.mef.hr/pdf/krionika.pdf](http://medicinar.mef.hr/pdf/krionika.pdf) (podatak od 23.03.2008.)

<sup>63</sup> Čl. 3. Pravilnika o utvrđivanju smrti.

<sup>64</sup> Čl. 10. Pravilnik o utvrđivanju smrti.

smatralo mrtvom. Ta osoba bi bila pravno mrtva i nastale bi sve pravne posljedice koje se vežu uz činjenicu smrti.

#### 4. ZAKLJUČAK

Bilo bi nemoguće zabraniti sva istraživanja što se ovog područja tiče jer je pandorina kutija već otvorena i gotovo je nemoguće postići zabranu za cijeli svijet (sjetimo se samo atomske bombe – one se i dalje proizvode) i zabrana u nekim ili gotovo svim državama svijeta neće donijeti dovoljno, već bi se dogodilo samo to da se znanstvenici sele raditi tamo gdje je njihov rad dopušten.

Čak kada bi se uspjelo zabraniti rad na ovom području u svim državama svijeta (što je utopija), to ne bi ni bilo dobro jer potpuno zabraniti nešto što može donijeti i mnogo pozitivnoga, u što je uloženo mnogo vremena i novca ne bi bilo pametno. Nove tehnologije mogu donijeti mnogo pozitivnoga čovječanstvu, ako ih se ne zlorabi.

S jedne strane postoji sloboda istraživanja, a s druge strane pacijentova prava - ona su značajnija od slobode istraživanja, ali kada dublje razmotrimo problem, uočavamo da je riječ o istraživanjima koja upravo i služe kako bi se pacijentu mogla u budućnosti pružiti bolja skrb i kako bi se u boljim uvjetima mogla ostvarivati njegova prava.

Dakle, ono što treba učiniti je detaljno i kvalitetno pravno regulirati ovo područje, kako na državnim razinama, tako i na globalnoj razini, kako bi zakonodavstva država bila što ujednačenija i kako bi se u najvećoj mogućoj mjeri spriječile zlouporabe da znanost bude u korist pacijenata i čovjeka uopće, a ne na njegovu štetu.

#### LITERATURA

- Ivančić-Kačer, B.: Odgovornost za štetu u estetskom pravu, Hrvatska pravna revija br. 2., 2008  
Klaić, B.: Rječnik stranih riječi, Nakladni zavod MH, Zagreb 1987  
Klarić, P.: Odštetno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2003  
Krstić, Đ.: Biotehnologija i pravo u XXI vijeku - Čovječanstvo bez ljudskosti?, Pravni život br. 9./2002  
Kurjak, A., Kupešić, S.: Bioetika prenatalne dijagnostike i terapije, V: Audy-Kolarić, Krešimir Pavelić i dr., Bioetika u teoriji i praksi, Zagreb, 2001  
Kurtović, A.: Pretpostavke kažnjavanja liječnika u Zborniku radova skupine autora, Liječnička pogreška - medicinski i pravni aspekti, Split, 2007  
Laufs, Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage, München, 2002  
Lucas, R. L.: Bioetika za svakoga, Verbum, Split, 2007  
Pavelić, K.: Čuda moderne medicine, Zagreb, 2004  
Radišić, J.: Medicinsko pravo, Beograd, 2008  
Stojčević, D., Romac, A.: Dicta et regulae iuris, Suvremena administracija, Beograd, 1984  
Sve o trudnoći i prvoj godini života djeteta, Klinika Mayo, Split, 2001  
Šegota, I.: Kako definirati bioetiku? v Audy-Kolarić, Krešimir Pavelić et al.: Bioetika u teoriji i praksi, Zagreb, 2001

Švajger, A.: Nürnberški kodeks, Glasnik Hrvatskog katoličkog liječničkog društva (1330-657X)9(1999),3

Visković, N.: Bioetika i biomedicinsko pravo, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 32/39-40, 1995

Zafirović, T., Pantović, M.: Biotehnologija - korak ispred pravne regulative, Pravni život br. 9/1998

Zamola, B.: Intelektualno vlasništvo i etika u biotehnologiji, Hrvatski glasnik intelektualnog vlasništva 8., 2001., 2

Bundesgesetzblatt, 510/1994., sprememba 2001 – 98/2001

Direktiva Sveta dne 23. aprila 1990 o uporabi gensko spremenjenih mikroorganizmov (90/219/EGS), Uradni list Evropskih skupnosti, L 117 / 1

Direktive Sveta 90/220/EGS z dne 23. aprila 1990 o namernem sproščanju gensko spremenjenih organizmov v okolje, Uradni list Evropskih skupnosti, L 117

Helsinška deklaracija Svetovne zdravniške organizacije o biomedicinskem preskušanju na ljudeh

Pravilnik o načinu, postupku i medicinskim kriterijima za utvrđivanje smrti osobe čiji se dijelovi tijela mogu uzimati radi presađivanja (Pravilnik o utvrđivanju smrti; NN 03/06)

Ustava Svetovne zdravstvene organizacije: Constitution of the World Health Organization, dostopno na: [http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_en.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf)

Zakon o lijekovima (ZOLJ; NN 71/07)

Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama (ZZODŠ; NN 111/97, 27/98, 128/99, 79/02)

[www.psihijatrija.com/psihijatrija/ETIKA](http://www.psihijatrija.com/psihijatrija/ETIKA) (vpogled: 15.03.2008.)

Švajger, A.: Kloniranje: pojmovi, zablude, obmana i strah, na: <http://www.mefst.hr> (vpogled: 19.03.2008.)

<http://plivazdravlje.hr> (Otkrivena umjetna sperma)

<http://www.peppermintnews.com> (vpogled: 19.03.2008.)

Klinična bolnica Dubrava, Slovar pojmova: <http://www.kbd.hr/index.php?id=645> (vpogled: 24. 01. 2008)

Klarić, P., Vedriš, M.: Građansko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2006

Ožegić, O.: Vrijeme za hlađenje, Medicinar 45.,: [medicinar.mefst.hr/pdf/krionika.pdf](http://medicinar.mefst.hr/pdf/krionika.pdf) (vpogled: 23.03.2008.)



# MORALNI STATUS ČLOVEŠKIH ZIGOT IN ZGODNIH EMBRIJEV V LUČI POLEMİK O RAZISKAVAH NA EMCah

## THE MORAL STATUS OF HUMAN ZYGOTES AND EARLY EMBRYOS IN THE LIGHT OF DISCUSSIONS ABOUT EMBRYONIC STEM CELL RESEARCHES

UDK: 612.646:17

*Dr. Friderik KLAMPFER, prof. filozofije in socialne kulture  
Redni profesor  
Filozofska fakulteta Univerze v Mariboru*

### POVZETEK

*Razvozljanje človeškega genoma in odkritje totipotentnosti EMC sta vzbudila novo upanje milijonom bolnikov po vsem svetu, hkrati pa dala nov zagon že malce upehani razpravi o moralnem statusu človeških zigot in zgodnjih embrijev. Samoooklicane moralne avtoritete so pohitele z opozorili, da bi že s samo uporabo 'odvečnih', kaj šele z ustvarjanjem novih embrijev izključno v namene raziskav nedopustno okrnili njihovo človeško dostojanstvo, predstavniki oblasti pa so slednje nemudoma vzeli v bran in tovrstnim raziskavam nadeli (pre)tesen zakonodajni jopič. Moralna obsodba raziskav na EMCah pa sloni na vrsto po premisleku spornih, a le redko problematiziranih metafizičnih in etičnih podmen. V svojem prispevku se kritično obregnem ob tri take domneve: (a) da so zgodnji embriji dejanske ali vsaj potencialne človeške osebe, (b) da jim ta dragoceni potencial sam po sebi zagotavlja polnovreden moralni status ter (c) da jih zato ne bi smeli obravnavati izključno kot sredstvo za druge, še tako plemenite cilje in smotre. Kolikor lahko vidim, za uporabo (bodisi nadštevilnih ali pa v te namene ustvarjenih) embrijev kot vira EMC za raziskave ni nobenih moralnih ovir.*

### KLJUČNE BESEDE

*Raziskave na EMCah, embrij, oseba, potencial, dostojanstvo, pravica do življenja, moralni status.*

### ABSTRACT

*The solution to the riddle of the human genome, together with the discovery of the totipotentiality of stem cells, has not only raised the hopes of millions of patients around the world, it has also reanimated a somewhat deadlocked discussion on the moral status of human zygotes and early embryos. Self-declared moral authorities were quick to dismiss the prospects for new, stem cell-based therapies as a violation of the human dignity of (thereby destroyed) early embryos, while politicians took immediate steps to protect the latter by imposing (too) strict legal boundaries on both the creation and use of embryonic stem cells for research. Such blank moral condemnation of embryonic stem cell research is unwarranted, however. It relies on a host of controversial, but seldom questioned premises. This paper critically examines, and ultimately rejects, three such ideas: (i) that early human embryo is an actual, or at least a potential, human person; (ii) that in virtue of this fact, it must enjoy at least some, if not full moral protection; and (iii) that for that reason it should never be treated*

*as a mere means to some further ends of ours, however noble and commendable these may be. The moral and legal obstacles erected to prevent or at least considerably confine the use of human embryos for stem cell research should therefore be removed.*

#### **KEY WORDS**

*Embryonic stem cell research, embryo, person, potential, dignity, right to life, moral status.*

*»Raziskave na človeških zarodkih so etično nesprejemljive, kadarkoli gre za ustvarjanje in žrtvovanje zarodka v te namene. Predmet razprave o financiranju raziskav na EMCah naj bi bila uporaba nadštevilnih zarodkov iz postopkov oploditve z biomedicinsko pomočjo, ki so tako in tako namenjeni uničenju. Ustvarjanje zarodkov za namene raziskav je namreč skoraj povsod z zakonom prepovedano. Komisija za medicinsko etiko sodi, da odvečni zarodki iz postopkov oploditve z biomedicinsko pomočjo niso etično nevtralen vir, kajti njihova uporaba lahko vpliva na našo predstavo o moralnem statusu človeškega zarodka in na naše poglede na sprejemljivost instrumentalizacije, popredmetenja človeškega življenja.« (Vugrinec; moj poudarek, glej tudi Trontelj, str. 44)*

*»Katoliška Cerkev odločno nasprotuje vsakemu ustvarjanju in uničevanju človeških zarodkov v raziskovalne namene. Takšne raziskave so namreč vedno v nasprotju tako z dostojanstvom slehernega človeškega bitja kot tudi z Listino o temeljnih pravicah Evropske unije. Ta v svojem prvem členu govori, da ima vsako človeško bitje nedotakljivo dostojanstvo, ki mora biti vedno spoštovano in varovano. Obstaja nevarnost, da se bo pospeševalo mnenje, da je človeško življenje zgolj biološki material, ki nima moralne vrednosti in se ga sme uničevati.« (Čokl, moj poudarek)*

## **1. UVOD**

Nedavno razvozlanje človeškega genoma in odkritje izjemne plastičnosti matičnih celic, še zlasti totipotentnih embrionalnih matičnih celic (EMC), ter s temi spoznanji povezan napredek na področju regenerativne medicine so vzbudili novo upanje milijonom hudih, kroničnih bolnikov po vsem svetu, hkrati pa ponovno obudili že malce izzvenelo razpravo o moralnem statusu človeških zigot in zgodnjih embrijev.

Matične celice lahko osamimo iz zarodka na stopnji morule in blastociste, najdemo pa jih tudi v popkovnični krvi novorojenca oziroma posteljice in v kostnem mozgu odraslega človeka. Šele v zadnjem desetletju so jih odkrili tudi v vrsti drugih tkiv odraslega človeka. Matične celice se lahko razvijejo v različne vrste celic. Po sposobnosti diferenciacije jih delimo na toti-, pluri-, multi- in unipotentne. Totipotentne celice se lahko diferencirajo v več kot 200 različnih celičnih vrst, vključno s spermiji in jajčeci. Pluripotentne celice so se sposobne diferencirati v vse tri celične plasti (mezoderm, ektoderm in endoderm), ne pa tudi v trofektoderm, del blastociste, ki se vgnezdijo v steno maternice in iz katerega se kasneje razvije posteljica. Multipotentne celice lahko tvorijo le omejeno število celičnih vrst, medtem ko so se unipotentne matične celice sposobne diferencirati le v eno celično vrsto.

Iz EMC bi lahko torej vsaj načeloma vzgajali: živčne celice, ki bi pozdravile poškodbe hrbtenice in vrnile okretnost zdaj negibnim okončinam; nadomestne celice srčne mišice za bolnike, ki so doživeli srčni infarkt; možganske celice, ki bodo izločale dopamin, ključno učinkovino za



zdravljenje in nadzor nad Parkinsonovo boleznijo; celice, ki bi v telesu sladkornih bolnikov proizvajale insulin; kostni mozeg kot nadomestek za tiste krvne organe, ki sta jih zdelala bolezen ali sevanje; gensko spremenjene krvne celice, ki bodo sposobne premagati virus HIV; nadomestek za obolele krvne celice, in še in še. Potencial za nekatere od omenjenih čudodelnih učinkov posamezni strokovnjaki resda pripisujejo tudi odraslim matičnim celicam, a ker so te zaradi svoje specializacije ohranile zgolj multipotentnost (ali celo samo unipotentnost), bi znala biti njihova zmožnost, da popravijo poškodovano tkivo in organe, omejena. Za vsaj nekatere od zgoraj naštetih medicinskih čudežev, se zdi, bomo potrebovali EMC.<sup>1</sup>

EMC trenutno pridobivajo po naslednjem postopku. Vse do nekje petega dne po oploditvi (do faze morule, ki jo sestavlja od petindvajset do trideset celic) ostane vsaka celica embrija totipotentna, se pravi, da lahko, če jo izločimo in vzgajamo, vsaj v načelu iz nje nastane novo, samostojno človeško bitje. Okrog petega dne po oploditvi se oblikuje blastocista (število celic se zdaj povzpne že na sedemdeset do sto), embrij pa se prične diferencirati. Celice na zunanem obodu tvorijo trofektoderm, ki skrbi za namestitev v maternici in iz katerega se razvijejo zunajembrionične membrane, kot so posteljica, popkovina in plodovnica, medtem ko se iz celic notranje celične mase oblikuje embrij v pravem pomenu besede ('embryo proper'). Celice notranje celične mase so pluripotentne in služijo kot poglobljen vir EMC. Do njih pridemo tako, da najprej odstranimo celice trofektoderma, ki jih ne potrebujemo, ločimo celice notranje celične mase, s pomočjo hranilnih celic spodbudimo njihovo rast, nato pa posamezne celice oddvojimo in gojimo samostojno. Uspešno vzgojene celice odlikuje visoka stopnja encima telomeraze, ki skrbi za normalno dolžino kromosoma in ga najdemo samo v celicah z neomejenim potencialom za deljenje.

## 2. GLAVNI MORALNI IZZIV RAZISKAVAM NA EMC

Kritiki vidijo dve najbolj moralno sporni značilnosti trenutno prevladujočega načina pridobivanja EMC v tem, da

(i) pri tem človeški embrij ubijemo oz. uničimo in da

(ii) ga s tem, ko ga ubijemo oz. uničimo v točno določen namen (zaradi raziskav, namenjenih reševanju in izboljšanju življenj drugih ljudi), obravnavamo izključno kot sredstvo za svoje cilje, s tem pa nedopustno instrumentaliziramo.

Torej ne le da človeške embrije namerno in zavestno ubijamo (kar je po mnenju kritikov že samo po sebi dovolj narobe), pobijamo jih s točno določenim namenom, zaradi splošnih koristi, s tem pa jih, tako kritiki, nedopustno instrumentaliziramo. Samooklicane moralne avtoritete so zato nemudoma pohitele z opozorili, da bi že s samo uporabo 'odvečnih', kaj šele z ustvarjanjem novih embrijev izključno v namene raziskovanja nedopustno okrnili njihovo človeško dostojanstvo, predstavniki oblasti pa so slednje nemudoma vzeli v bran in tovrstnim raziskavam nadeli (pre)tesen zakonodajni jopič.

---

<sup>1</sup> Glej Hyun idr. Tudi Kovačič in Vlajsavljevič vidita pomembno prednost EMC pred odraslimi ali tkivnimi matičnimi celicami v njihovi sposobnosti razmnoževanja in vitro.

Glavni moralni izziv, na katerega morajo odgovoriti zagovorniki raziskav na EMC, med katere sodim tudi sam, je potemtakem v naslednjem: Kako, če sploh, bi lahko upravičili uničenje zgodnjih embrijev zaradi koristi, ki jih to prinaša (ali pa bo domnevno prineslo) drugim ljudem? V članku se bom zagovora raziskav na EMC, naj so te pridobljene za ceno uničenja odvečnih embrijev ali pa iz embrijev, ustvarjenih izključno v raziskovalne namene, lotil po ovinku. Opozoril bom na vrsto po razmisleku spornih, a le redko problematiziranih metafizičnih in etičnih podmen, na katere svojo moralno obsodbo opirajo nasprotniki tovrstnih raziskav. V članku se bom kritično spoprijel zlasti s tremi takimi domnevmi: (i) da so zgodnji embriji dejanske ali vsaj potencialne človeške osebe, (ii) da jim ta dragoceni potencial sam po sebi zagotavlja polnovreden moralni status ter (iii) da jih zato ne bi smeli obravnavati izključno kot sredstvo za druge, še tako plemenite cilje ali smotre.

## 2.1. Dve preliminarni pojasnili

Preden se lotim seciranja ugovorov proti raziskavam na EMC, sem bralcem dolžan dve uvodni pojasnili. Prvo je terminološko. Trije osrednji pojmi pričujočega članka, 'zgodnji embrij', 'oseba' in 'potencial', so brezupno ohlapni in večsmiselni. Sam jih bom v izogib nesporazumom uporabljal v naslednjem pomenu. Z izrazom 'zgodnji embrij' bom označeval predimplantacijsko obdobje (tj. nekje do štirinajst dni po oploditvi), torej fazo v razvoju od oplojenega jajčeca (zigote) do vgnezdenja gmote celic v maternici, celične diferenciacije in nastanka embrija v pravem pomenu besede; izraz 'oseba' bom uporabljal v zdaj že ustaljenem lockeovskem pomenu, za bitje z bogato paleto psiholoških lastnosti in sposobnosti (za čutenje, doživljanje, samozavedanje, samoupravljanje, razumno in avtonomno presojo in delovanje), ki narekujejo spoštovanje in/ali utemeljujejo pravico tega bitja do življenja; in končno, z besedno zvezo 'A-jev potencial za B' ne bom označeval gole možnosti, da iz A dobimo B, temveč, bolj specifično, 'A-jevo (obstoječo) vzročno moč, vkoreninjeno v njegovi zgradbi ali naravi, da se razvije v določeni smeri (da, denimo, postane B) oz. da proizvede določene prihodnje izide (da, denimo, ustvari B)'.<sup>2</sup>

Drugo pojasnilo zadeva odnos med pravnimi in moralnimi vidiki raziskav na (bodisi 'odvečnih' ali v ta namen ustvarjenih) EMC. V članku me bo bolj zanimala moralna in manj (če sploh) pravna plat problema. Ustvarjanje embrijev za raziskave je skoraj povsod po svetu zakonsko prepovedano. Namesto tega me zato zanima, prvič, ali je mogoče za embrije uničujočo rabo v tovrstnih raziskavah *moralno* opravičiti, in drugič, če se to da in če so zakonodajalca pri zakonski prepovedi vodili primarno ali izključno zgrešeni moralni pomisleki, ali bi bilo treba v luči teh spoznanj čim prej ustrezno odpraviti omejitve, ki jih tovrstnim raziskavam trenutno nalaga obstoječa zakonodaja.

---

<sup>2</sup> Strokovno terminologijo sem za potrebe članka nekoliko prikrojil – tako bom namesto ustaljenega členjenja embrionalnega razvoja na fazo zigote (od oploditve do diferenciacije celic v embrionalne klične plasti), fazo embrija ali zarodka (od namestitve do približno osmega tedna po oploditvi) in fazo fetusa ali plodu (od osmega tedna do rojstva) razlikoval le med embrijem ali zarodkom in fetusom ali plodom.

### **3. ARGUMENT ZA NEDOTAKLJIVOST ZGODNIH ČLOVEŠKIH EMBRIJEV IZ PODOBNOSTI MED PRISILNIM ODVZEMOM ŽIVLJENJSKO POMEMBNIH ORGANOV ODRASLIM LJUDEM IN ODVZEMOM EMC ZGODNJIM EMBRIJEM**

Najbolj prepričljiv argument proti uporabi embrijev kot vira EMC za raziskave gradi na primerjavi z neprosto voljnimi (in smrtonosnim) odvzemom telesnih organov odraslemu človeku. Ker se večini ljudi upira že sama misel, da bi odvzeli organe enemu človeku in jih presadili petim drugim, življenjsko ogroženim bolnikom, je naloga nasprotnikov raziskav navidez enostavna – prepričati nas morajo le, da je odvzem EMC iz blastociste embrija po moralni plati takemu posegu dovolj podoben in da zato terja enako odločno moralno obsodbo.

Do omenjenega sklepa vodita dve poti. Dokazujemo lahko, da embriji to, kar zagotavlja odlikovan moralni status odraslim ljudem, dejansko že imajo ali pa da imajo to vsaj potencialno.

Tukaj je argument v bolj pregledni obliki.

(1) Uboj nedolžne osebe zaradi tuje koristi je nedopusten, vsaj v običajnih okoliščinah (ker bi jo v takem primeru uporabili izključno kot sredstvo za uresničenje lastnih smotrov, oseb pa se, kot nas je opozoril že Kant, ne sme obravnavati izključno kot sredstev).

(2) Če bi bili zgodnji embriji osebe, bi bilo njihovo uničenje zaradi pridobitve matičnih celic za raziskave moralno enakovredno uboju nedolžne odrasle osebe zaradi pridobitve njenih zdravih organov za presaditev (in nedopustno iz istega razloga, namreč kot primer prepovedane instrumentalizacije človeških oseb).

(3) Embriji so dejanske ali vsaj potencialne nedolžne osebe.

(4) Potencial za značilnost, ki je moralno pomembna sama po sebi, je sam po sebi moralno pomemben.

(5) Biti oseba (osebstvo) je moralno pomembna značilnost.  
Torej (iz 3,4 and 5)

(6) Potencial za osebstvo je sam po sebi moralno pomemben.  
Torej

(7) je tudi zgodnje človeške embrije nedopustno uničevati zaradi tuje koristi.  
In potemtakem

(8) se uničevalnih ne-terapevtskih raziskav in/ali poskusov na človeških EMC ne da moralno opravičiti, tudi če bi se izkazale za izjemno poučne oz. bi z njimi rešili življenje tisočim ljudi (in je zato edino prav, da ostanejo še naprej nezakonite).

Kako prepričljiv je zgornji argument? Po premisleku se bo izkazalo, da so kar štiri od njegovih premis, (3), (4), (6) in (7), hudo sporne, končni sklep pa zato na majavih nogah.

V članku bom dokazoval naslednje:

(i) Nobena kolikor toliko sprejemljiva metafizična in moralna teorija osebstva ne bo v zgotah in zgodnjih embrijih videla dejanskih oseb.

(ii) Pravzaprav bi v skladu z določenimi pojmovanji o osebni identiteti in njeni obstojnosti zgodnje embrije težko šteli celo za potencialne osebe.

(iii) Tudi če zgodnjim embrijem priznamo potencial za dragoceno osebstvo, jim to ne bo nujno zagotovilo niti delnega, kaj šele poln moralni status.

- (iv) Tudi če bi jim njihov potencial za dragoceno osebnost uspelo zagotoviti vsaj osnovno moralno varstvo, jih s tem še ne bo nujno zaščiten pred instrumentalizacijo, tj. pred zanje usodno rabo v raziskavah in poskusih. Kajti
- (v) ta potencial v skladu z načelom dejanske prihodnosti zagotavlja moralno varstvo samo embrijem z dejansko prihodnostjo, te pa embriji, namenjeni za raziskave nimajo;
- (vi) zgodnji embriji ne premorejo dostojanstva, ki bi jim ga lahko okrnili z rabo v poskusih in raziskavah, in
- (vii) njihova premišljena in preračunljiva uporaba v raziskavah in poskusih je morda celo edini način, da se primerno poklonimo vrednosti njihovega že in še ne uresničenega človeškega potenciala.

#### 4. KRITIKA ARGUMENTA IZ PODOBNOSTI

Pa pojdimo lepo po vrsti.

##### 4.1. Embriji niso dejanske osebe

Če bi bili zgodnji embriji dejanske in ne zgolj potencialne osebe, bi bilo mogoče sklep (8), ki pravi, da jih je nedopustno uničevati zaradi tuje koristi, izpeljati neposredno iz premise (1).

Taka utemeljitev posebnega moralnega statusa zgodnjih embrijev pa ni posebej priljubljena. Razlog za to je na dlani. Tako kot želod še ni hrast in njegovega konca (v primeru, da, denimo, z njim svojo lakoto poteši veverica) ne objokujemo v enaki meri kot padca mogočnega hrasta pod drvarjevo sekiro (Sandel), in podobno kot jajce ni kokoš (in bomo zato kuhanju žive kokoši v kropu ugovarjali bolj vneto kot kuhanju jajca) (Singer), tudi embriji niso dejanske osebe in zato vsaj prima facie ne morejo biti upravičeni do enake moralne in zakonske zaščite, kot jo uživajo odrasle človeške osebe.

Ta očitek bi lahko poskusili zavrnila na dva načina:

(a) že zgodnji embrij je oseba v smislu, da je po svojem bistvu, po svoji notranji naravi programiran, naravnano, da se bo razvil v polnovredno, polnokrvno osebo; oseba, katera postopoma postaja, je torej vseskozi latentno, imanentno, skoraj okultno že prisotna v njem; najustrezneje bi ga zato opisali kot nedovršeno osebo, osebo v procesu nastajanja.

(b) zgodnji embrij je iste vrste bitje (človek oz. po svoji naravi razumno bitje) kot otrok ali odrasel človek – od njiju se razlikuje kvečjemu po stopnji razvoja, ne pa tudi po svojem bistvu ali intrinzični naravi.

Začnimo z manj obetavno strategijo (a). To stališče lepo ponazarja, nehote pa tudi karikira naslednja Tertulijanova misel: "Preprečiti rojstvo nekoga je premišljen umor; malo pomembno je, ali ubijemo dušo po tem, ko se je že rodila, ali pa jo usmrtimo ob rojstvu. *Kdor bo nekega dne postal človek, ta že (vseskozi) je človek.*"

Tertulijanovo stališče je v sebi prav očitno protislovno in se tega sploh ne trudi prikriti. Če embrij vseskozi že je človek, zakaj mora potem to šele postati? In kako je sploh mogoče postati nekaj, kar že si? 'Postajanje' in njegov trpni korelat, 'nastajanje' implicirata

spremembo skozi čas, ta pa neidentiteto, v količini ali vrsti stvari ali lastnosti, med začetnim in končnim stanjem.

Zgornja misel pa dopušča tudi bolj dobronamerno tolmačenje. V skladu z njim nobena stvar ne more postati nič drugega kot to, kar po svojem bistvu (že) vseskozi je. Enako velja za ljudi – to, kar po svojem bistvu smo, smo nujno ves čas, in če je za nas, ljudi naša človeška narava (kot je verjel že Aristotel) bistvena, potem smo v nekem smislu že vseskozi bili to, kar postopoma šele postajamo, namreč ljudje. Predpostavka o človeškosti kot našem bistvenem določilu odpravi nekaj dvomov glede koherentnosti strategije (a), jo pa hkrati skrči na strategijo (b).

Strategija (b) vsaj na prvi pogled obeta več. Je dedič častitljive metafizične tradicije, ki razume človeška bitja v tradicionalnih metafizičnih kategorijah, kot razumne individualne substance. Sodobni pristaši tega pojmovanja so te danes nepriljubljene kategorije opustili in tako smo iz 'razumnih individualnih substanc' dobili 'bitja z razumno naravo'.

Argument proti ubijanju embrijev, ki gradi na ideji človeškega bistva ali intrinzične narave, je enostaven in po svoje genialen: če se strinjate, da pripadata dostojanstvo in pravica do življenja *dejanskim človeškim bitjem*, vas je treba le še prepričati, da so tudi zgodnji embriji taka bitja, pa bo poseben moralni status zagotovljen tudi njim.<sup>3</sup> Za odmero moralnega statusa po tem predlogu ni odločilno, kakšen potencial premoreš, temveč kaj (po svoji naravi ali bistvu) si. Ker se embriji po svoji intrinzični naravi, po tem, kakšne vrste bitja so, ne razlikujejo od odraslih ljudi, moralni status pa je vezan na intrinzično naravo stvari, bodo – ali pa bi vsaj morali biti – deležni enakega moralnega varstva kot odrasli ljudje.

Da bi lahko ocenili navedeno sklepanje, ga je treba najprej razdeliti na dva argumenta – prvi metafizični, podpira trditev, da je embrij isto človeško bitje kot odrasel človek, le nekaj stopenj razvoja ju loči; drugi, moralni, pa iz tega izpelje sklep, da je uboj embrija zato moralno enakovreden (ali skoraj enakovreden) uboju odraslega človeka.

Metafizični argument:

- (1) Vsak embrij je tudi v najzgodnejši fazi razvoja natančno isti človeški posameznik, ista posamična substanca ali bitnost, ki bo pozneje lezla, nato hodila, nato govorila, potem razmišljala, se odločala in delovala na način, značilen za zrelo človeško bitje.
- (2) Človeški embrij (ali zarodek ali otrok) in zrelo, odraslo človeško bitje nista dve različni vrsti stvari/bitij (podobno kot so ljudje in korenje ali aligatorji dve različni vrsti stvari), temveč dve različni fazi ali stopnji v razvoju enega in istega bitja.
- (3) Po svoji intrinzični naravi ali bistvu smo odrasli ljudje človeška bitja, tj. bitja z razumno naravo.
- (4) To, kar po svoji naravi oz. bistvu smo, smo (nujno) v vseh fazah svojega življenja: kot zarodek, plod, novorojenec, otrok, najstnik, odrasla oseba in starostnik.  
Torej
- (5) so tudi zgodnji embriji (tako kot odrasli ljudje) človeška bitja, tj. bitja z razumno naravo.

Moralni argument:

---

<sup>3</sup> Za različne verzije tega argumenta glej Lee & George ter Tollefsen.

(6) Svoje dostojanstvo in pravico do življenja dolgujemo ljudje preprosto dejstvu, da smo po svoji naravi ali bistvu razumna bitja ('bitja z razumno naravo').

(7) Torej ni res, da odraslega človeka ne bi smeli ubiti zato, ker je dosegel določeno stopnjo razvoja; njegov uboj je, nasprotno, nedopusten zaradi tega, kar po svoji naravi je, namreč človeško bitje oz. bitje z razumno naravo.

(8) Vsa človeška bitja torej posedujejo notranje dostojanstvo in pravico do življenja.

(9) Za vsako človeško bitje velja, da mu enako dostojanstvo in pravica do življenja pripadata v vseh fazah oz. na vseh stopnjah njegovega razvoja, od zigote do trupla.

(9\*) Dostojanstvo in pravica do življenja nam torej pripadata v vsakem trenutku našega obstoja, se pravi od trenutka, ko nastanemo oz. pričnemo obstajati, pa vse do trenutka, ko preminemo oz. prenehamo obstajati.

(10) Človeško bitje nastane, prične obstajati z oploditvijo jajčeca (v primeru spolne reprodukcije) oz. z uspešnim prenosom jedra odrasle celice v jajčno celico (v primeru kloniranja).

Torej

(11) tudi zgodnjim embrijem pripadata (v enaki meri kot odraslim ljudem) na njihovi razumni naravi temelječe dostojanstvo in pravica do življenja.

Kaj reči o tem nedvomno zanimivem poskusu zagovora embrijevega moralnega statusa in pravic? Moje mnenje je, da predlagana strategija kljub navidezni privlačnosti nazadnje spodleti. Končni sklep dolguje nekaj svoje prepričljivosti dvoumnosti ključnega pojma, 'človeškega bitja', problematičnim premisam in enemu ali dvema neveljavnima korakoma.

Začnimo na začetku. V skladu s prvo premiso sta embrij in odrasel človek "natančno isti človeški posameznik, ista posamična substanca ali bitnost", ki je nastala z oploditvijo. Druga premisa to misel dopolnjuje rekoč, da so razlike med embrijem in odraslim človekom razlike v stopnji razvoja enega in istega posamičnega bitja, ne pa morda razlike med dvema različnima bitjema. Obe premisi potihem predpostavljata, da je zgodnji embrij posamično človeško bitje, substanca oz. bitnost. Vrsta embrioloških spoznanj pa vzbuja dvom o tem, ali je zgodnji embrij res prepoznavno enovita (oz. v primeru, da je sestavljen iz neodvisnih delov, vsaj organizacijsko poenotena) bitnost, ki se ohranja skozi vrsto razmeroma drastičnih sprememb. Trije pojavi v razvoju embrija imajo neposredne implikacije za metafizično razpravo o embrijevi identiteti: možnost cepitve embrija in nastanka enojajčnih dvojčkov, možnost odvzema embrionalnih celic in njihovega razvoja v samostojne, genetsko istovetne embrije, ter naposled diferenciacija celic blastociste v embrij in trofektoderm.

Oglejmo si najprej možnost cepitve embrija in nastanka enojajčnih dvojčkov, ki je navzoča vse do nekje štirinajstega dne po oploditvi. Ta možnost metafizično zgodbo o nastanku človeškega bitja še dodatno zaplete. Dva medsebojno izključujoča opisa dogajanja sta nam na voljo, vsaka s svojim naborom protiintuitivnih implikacij: (a) da pred vgnezditev embrija in preobrazbo totipotentnih celic v pluripotentne embrij kot posamično, samostojno, prepoznavno bitje ne obstaja (Eberl, Ford, Buckle), in pa (b) da je zgodnji embrij od trenutka oploditve dalje tako bitje in da se v primeru njegove cepitve zgodi naslednje – zgodnji embrij povzroči nastanek dveh novih bitij, dveh novih embrijev, pri tem pa sam preneha obstajati (Oderberg, Deckers).

Iz prvega stališča izhaja, da nihče ni nastal z oploditvijo, temveč nedoločljivo število dni kasneje. Da, skratka, spočetje nikoli ne sovпада z oploditvijo. Drugo stališče se glede tega nekoliko bolje ujema z našimi intuicijami. V skladu z njim nas je velika večina nastala ob

oploditvi, le enojajčni dvojčki so nastali nekoliko kasneje, ob delitvi izvirnega embrija na dva nova embrija – takrat je namreč eno posamično bitje, izvorni embrij, prenehalo obstajati, iz njega pa sta nastali dve novi posamični bitji, dva genetsko istovetna nova embrija. A tudi to stališče je po svoje protiintuitivno, saj ob sprejemljivi predpostavki, da nobeden od novih dveh embrijev ni istoveten z izvirnim (tj. da izvorni embrij ne biva dalje *kot eden* od njiju), sledi, da izvorni embrij ni istoveten z nobenim obstoječim bitjem in je moral torej ob delitvi sam prenehati obstajati. Toda le kam neki je potem izginilo njegovo truplo?

Preidimo zdaj k drugemu metafizično zagatnemu pojavu, načelni možnosti, da embriju odvzete totipotentne celice razvijemo v pet, šest ali celo osem samostojnih človeških bitij. Kako najbolje opisati razmerja med izvirnim embrijem in embriji, nastalimi v takem postopku? Pristaš stališča, da se obstoj novega posamičnega bitja prične z oploditvijo, se znajde tu v podobni zadregi kot pri delitvi embrija in nastanku enojajčnih dvojčkov – ker ni izvorni embrij istoveten z nobenim od načrtno razvitih, bo prisiljen priznati, da je v tem primeru izvorni embrij ali postal vsako od teh osmih novih bitij, ali da je postal samo eno od njih (katero le?) ali pa da je vseh teh osem bitij (naenkrat, po vrsti?) proizvedel (se pravi povzročil njihov nastanek), ob tem pa sam prenehal obstajati. Nobena od teh možnosti, se bojim, ni bistveno bolj privlačna od drugih, vse skupaj pa ne obetajo veliko.

Posvetimo se za konec še diferenciaciji celic blastociste v embrij in trofektoderm in implikacijam tega pojava za tezo, da je embrij prepoznavno, samostojno, posamično človeško bitje od trenutka oploditve dalje. Pred vgnezditev v maternici in oblikovanjem t.i. embrija v pravem pomenu besede, bitja, ki se prične oblikovati okrog štirinajstega dne po oploditvi in katerega vzdrževanje postopoma prevzame maternica in posteljica, bi bila najustreznejša oznaka za embrij »brezoblična gmota celic«, nastalih z vrsto delitev enoceličnega oplojenega jajčeca. Tak embrij je del organskega sistema, ki se je sicer razvil iz oplojenega jajčeca in torej iz njega izvira, ni pa z njim istoveten (ni iste vrste bitje kot oplojeno jajcece). Dotlej brezoblična gmota celic se začne notranje diferencirati šele ob vstopu v maternico, tik pred vgnezditev v steno maternice. Iz celic notranje celične mase se prične tako oblikovati 'pravi embrij', zasnova telesa novega bitja, medtem ko se celice na zunanem obodu oblikujejo trofektoderm, ki v nadaljevanju poskrbi za namestitve v maternici in iz katerega se razvijejo posteljica, popkovina in plodovnica.

O tem, ali ima opisana faza embrionalnega razvoja kake neposredne metafizične implikacije, so mnenja deljena. Vsaj na prvi pogled se tudi to dogajanje slabo ujema s hipotezo o zigoti kot prepoznavnem posamičnem, samostojnem bitju. Najprej, temu, čemur pravimo zgodnji ali proto-embrij, očitno manjkata notranja razčlenjenost in celovita, holistična funkcionalna organiziranost, po kateri se odlikujejo samostojni organizmi. Dalje, embrijevo telo se oblikuje šele ob vgnezdenju – pred to fazo se izraz 'embrij' nanaša kar poprek na celotno gmoto celic, od katerih morda niti ena ne bo tvorila 'pravega' embrija. To ni, kot bi se lahko zdelo, zgolj besedni spor o tem, ali je prav, da z enim in istim izrazom, 'embrij', v fazi morule označujemo celotno tvar, nastalo z delitvijo oplojenega jajčeca, kasneje, po embrijevem vgnezdenju in notranji diferenciaciji pa zgolj en njen del, namreč »pravi« embrij, ali pa bi bilo nemara bolje ta izraz prihraniti za embrij v pravem pomenu, za poprejšnjo nerazločeno gmoto celic pa najti kak drug, ustrežnejši izraz. (Podobno kot z izrazom »fetus« oz. »plod« označujemo zgolj telo v maternici razvijajočega se bitja, brez njegovega podpornega okolja, posteljice, popkovine in plodovnice, bi bilo tudi izraz 'embrij' bolje prihraniti zgolj za oblikujoče se telo samega embrija, kot pa z njim poleg embrija označevati tudi trofektoderm, njegovo neposredno

podporno okolje.) Tudi ni pametno iz jezikovnih intuicij izpeljevati preveč daljnosežne metafizične sklepe. Pa vendar, kdo ima prav? Ti, ki vidijo v dejstvu, da lahko šele po notranji diferenciaciji razlikujemo med 'pravim' embrijem in trofektodermom, potrditev svoje teze, da embrija pred to fazo sploh ni, da z njim izgine tudi privid posamičnega, samostojnega bitja in da se zato izraz »embrij«, ko ga uporabljamo za označevanje nerazločene gmote celic, nanaša na nekaj kvalitativno drugačnega, na drugačno bitnost (zbirko oz. agregat celic)? Ali oni, ki vztrajajo, da to še ne dokazuje, da embrij pred notranjo diferenciacijo in nastankom »pravega« embrija, v fazi morule, denimo, še ne obstaja, in zato ne vidijo nič pregrešnega v tem, da uporabljamo izraz 'embrij' za označevanje stvari (morule), ki se notranje sploh še ni razčlenila?

Izid pričujoče razprave bodo, tak je vsaj moj laični vtis, v končni fazi krojile znanstvene podrobnosti, zato je zaenkrat še negotov. Najmanj, kar lahko rečemo, je, da vzbujajo metafizični problemi in uganke, ki nam jih zastavljajo zgoraj opisani pojavi, resne dvome o bolj ali manj samoumevni predpostavki, da je že zgodnji embrij prepoznavna posamična bitnost. Z rahljanjem tega temelja pa se bodo pričeli kot hiša iz kart podirati še drugi sklepi, na katerih temelji teza o nedotakljivosti embrijev: da smo z oploditvijo nastali, da od takrat obstajamo kot posamično človeško bitje in da nam zato od vsega začetka dalje pripadata dostojanstvo in pravica do življenja.

Druga premisa je problematična še iz enega razloga. Trdi namreč, da embrij in odrasel človek nista dve različni bitji, temveč eno in isto posamično bitje na različnih stopnjah razvoja. Ta razlaga se nedvomno lepo ujema z našimi pred-filozofskimi intuicijami. Ali imamo še kak drug dober razlog, da jo sprejmemo? Kako prepričljiva je tovrstna karakterizacija odnosa med embrijem in odraslim človekom, bo v veliki meri odvisno od ocene, kako tehtna je njegova primerjava s transformacijo, ki jo, denimo, od prehodu v zrelo obdobje doživi najstnik. Da bi se račun izšel, bi moralo biti res naslednje – tako kot velja za najstnika, da je po prehodu v zrelo obdobje *postal* odrasel človek, ne pa da je, denimo, *proizvedel* odraslega človeka in ob tem sam *prenehal obstajati*, bi moralo tudi za embrij veljati, da *postane* najprej plod in nato otrok (in še kasneje najstnik in tako dalje), ne pa morda, da vsa ta različna bitja po vrsti *proizvede*.

Težava z omenjenim predlogom je, da je nosilec t.i. razvojnega potenciala (potenciala, da postanemo nekdo ali nekaj), ki je nedvomno značilen za najstnike v razmerju do odraslih oseb, lahko spet samo samostojno, posamično bitje, ki se v razvoju spreminja (v nekaj drugega). Zgodnji embrij pa taka prepoznavna posamična, samostojna bitnost ni. Kot skupek nediferenciranih celic (resda opremljenih z enotnim razvojnim programom) je zato opremljen kvečjemu z bolj primitivnim in manj dragocenim produktivnim potencialom (tj. potencialom, da nekaj proizvede), ki ga postavlja ob bok gametam in jedrom odraslih celic. (Buckle)

Kakšen neki je potemtakem odnos med zgodnjim embrijem in odraslim človekom, če ti besedi ne označujeta preprosto dveh faz v razvoju, dveh vrst premen enega in istega posamičnega človeškega bitja? Zagovornik raziskav na embrijih ima na voljo več ne prav idealnih, a dovolj solidnih možnosti. Vztraja lahko, da zgodnji embrij oseba ne *postane*, temveč da osebo *proizvede*. (Buckle) Ali pa dogajanje v prvih dveh tednih po oploditvi jajčeca opiše kot celično množenje in diferenciacijo, v katerem se oblikujeta človeški posameznik in posteljica, in ne kot razvoj že oblikovanega človeškega posameznika. (Ford) In končno, prizna lahko, da embrij v tem procesu sicer nekaj *postane*, vendar pa ne odrasla oseba, temveč odrasel človeški



organizem – medtem ko človeško osebo, ki ni ista (vrsta) stvar(i) kot človeški organizem (čeprav si z njim deli isto tvarno snov), embrij zgolj proizvede. (McMahan, Killing...) Ti na pogled zapleteni scenariji delajo po svoje silo običajnemu govoru in razmišljanju o odnosih med posameznimi fazami človeškega razvoja. Prvi dve premisi argumenta se z naivnim predfilozofskim pojmovanjem brez dvoma lepše ujemata. Revizija, ki jo v naši pojmovni shemi zahtevajo predlagani metafizični opisi, pa vseeno ni pretirano radikalna. Še vedno bo veljalo, da je vsak od nas iz embrija nastal, opustiti bomo morali le idejo, da so embriji postali mi (in da smo bili torej nekoč mi sami embriji).

#### 4.2. Velika večina embrijev ni človeška oseba niti potencialno

Lotimo se zdaj potencialne različice argumenta iz analogije. Njegov osrednji in, kot bomo videli, obenem najšibkejši člen je t.i. argument iz potencialnosti oz. sklepanje oblike »A ima potencial za pridobitev intrinzično moralno pomembne značilnosti, torej je A sam po sebi moralno pomemben«. Temu argumentu bi lahko že v izhodišču pristigli krila, če bi nam uspelo zavrnilo premiso, ki zgodnjim embrijem (vsem brez razlike ali pa vsaj večini le-teh) sploh pripisuje potencial za osebstvo.

Zanikanje tovrstnega potenciala je vsaj na prvi pogled nedvomno protiintuitivno. Večina razpravljalcev zato embrijev potencial za osebstvo preprosto predpostavi. Ker jim je domneva tako samorazvidna, za njeno dokazovanje ne najdejo ne časa ne volje. Tak vtis pa je v danem primeru zavajajoč, kot razkrijejo bežen vpogled v prakso zunajtelesnega oplojevanja in nekatera ključna embriološka spoznanja. Prvič, ni res, da bi dobili vsi v postopku oploditve z biomedicinsko pomočjo ustvarjeni embriji enako priložnost za življenje osebe. V postopku oploditve z biomedicinsko pomočjo se sicer sme oploditi vsa pridobljena jajčeca, vendar pa zakon dovoljuje vnos največ treh embrijev v enem ciklusu. Pravilo je celo, da se zaradi tveganj, povezanih z mnogoplodno nosečnostjo, v enem ciklusu v maternico vnese največ dva embrija. Tudi če odmislimo te in podobne zunanje, bolj ali manj naključne ovire na poti do njegovega uresničenja (poleg veljavnih pravnih norm in predpisov še uveljavljeno prakso in običaje, medicinske in socialne indikacije, kulturne in vrednostne dejavnike, ipd.), se podoba embrijevega potenciala pretirano ne izboljša. Kar polovica spočetih embrijev namreč propade še pred petim dnevom starosti, 65 odstotkov v maternico prenesenih embrijev pa v naslednjih nekaj dneh. (Kovačič & Vlaisavljević, str. 46) Pri takšni stopnji uspešnosti prenosa (ta seveda precej niha v odvisnosti od števila prenesenih blastocist, njihovih morfoloških značilnosti, starosti bolnice, in vrste drugih dejavnikov) se v povprečju uresniči potencial komaj vsakega petega do šestega ustvarjenega embrija. Preostale klinično uporabne embrije<sup>4</sup> zamrznejo za obdobje največ petih let (z možnostjo enkratnega podaljšanja za dodatnih pet let – po preteku tega obdobja je treba embrije pustiti umreti ali darovati v raziskovalne namene). Če temu dodamo, da je stopnja uspešnih namestitev pri odmrznjenih embrijih še občutno nižja kot med svežimi,<sup>5</sup> se verjetnost, da bo poljuben embrij ustvarjen v postopkih OBP, deležen življenja osebe, skrči na skromnih 15 odstotkov. Nobeno pretiravanje torej ni, če v nasprotju s premiso zgornjega argumenta zaključimo, da velika večina embrijev, ustvarjenih v

---

<sup>4</sup> Po podatkih za leto 2005 jih je bilo v mariborskem IVF centru za malenkost več kot petino (1096 od skupaj 5140).

<sup>5</sup> Statistični podatki o t.i. stopnji uspešnosti prenosa odmrznjenih embrijev kažejo, da se z zamrznitvijo verjetnost, da se bo embrij po odmrznitvi uspešno ugnezdil v maternici, prepolovi (Connor). Podatek, ki ga navaja Perloe, o 20-odstotni uspešnosti pri hkratnem prenosu treh odmrznjenih embrijev, podpira to oceno.

reproduktivne namene, potenciala za življenje osebe ali sploh ne premore ali pa ga vsaj zanesljivo nikoli ne bo uresničila.

Verjetnost, da bo poljuben embrij dočkal življenje osebe ne glede na to, za kakšne namene je bil ustvarjen, je torej razmeroma majhna. Ali lahko iz tega kaj sklepamo o njegovem potencialu za osebstvo? Neposredno gotovo ne. Naivno bi bilo trditi, da kjer ni realizacije, tudi potenciala ni (bilo), ali pa videti v neuresničenju zadosten dokaz, da je bil potencial vseskozi odsoten. Odnos med A-jevim potencialom ali zmožnostjo, da postane B, in pa verjetnostjo, da bo A postal B, je nedvomno bolj zapleten. Če 'potential za B' označuje A-jevo vzročno moč z ozirom na nekaj (da v točno določenih okoliščinah postane ali proizvede B), ideja o neuresničenem potencialu v sebi seveda ni protislovná.<sup>6</sup> To pa še ne pomeni, da sta potencial in verjetnost med seboj povsem neodvisni količini in da je pripis potenciala smiselno ne glede na to, kako majhna je verjetnost, da se bo v dejanskem svetu tudi uresničil. Če potencial ni le neoprijemljiv in preživet metafizični pojem iz nekih drugih, predznanstvenih časov, ga mora biti mogoče napolniti s kolikor toliko oprijemljivo empirično vsebino. Vzemimo obetavno formulacijo, ki jo predlaga McMahan (*The Ethics...*): embrij potencial za osebstvo premore, če in samo če je fizično mogoče, da razvije kognitivne in druge psihološke zmožnosti, ki so za osebstvo konstitutivne, ne da bi pri tem prenehal biti točno določen posamični človeški organizem. Toda potem bo vsaj za anencefalike (anencephalics), otroke z delujočim možganskim stebлом, a hudo okvarjenimi zgornjimi možgani, acefalike (acephalics), tj. otroke brez glav, ponavadi pripete na telo dvojčka, ki jih vzdržuje, brezglave klone, psevdembrije, človeške torze, partenote, psevdoklone, fragmentirane in nevitalne embrije, embrije s poškodovanimi ali večjedrnimi blastomerami, človeško-živalske mešance ali himere, nastale z združitvijo živalske in človeške spolne celice, in podobna bitja veljalo, da bomo potencial za človeško osebo v njih zaman iskali, tudi če jih je morda smiselno, kot trdijo nekateri, opredeliti kot »človeške organizme« ali »življenjske oblike človeka«. Metafizični pojem osebe, ki je tako zelo izpraznjen sleherne empirične vsebine, da zaobsega taka in podobna bitja, ni le povsem neprimeren kot osnova za morebitno zakonsko regulacijo ravnanja s človeškimi embriji, s svojo vsebinsko neoprijemljivostjo za povrh onemogoča tudi sleherno moralno sodbo o njem.

#### **4.3. Določen potencial za osebstvo je v zgodnjih embrijih sicer navzoč, ni pa čisto pravšnji**

Če sprejmemo potencialistovo premiso in zgodnjemu embriju določen potencial za človeško osebo priznamo, nam, če se bomo želeli izogniti podelitvi polnega ali delnega moralnega statusa zgodnjim embrijem, preostane le dokazovanje, da tovrsten potencial zgodnjim embrijem sam po sebi ne more zagotoviti niti delnega, kaj šele polnovreden moralni status. Pristaši omenjene strategije tipično dokazujejo, da potencial zgodnjih embrijev ni bistveno/pomembno drugačen od potenciala gamet ali jeder odraslih celic; da zato nasprotnikom poskusov na zgodnjih embrijih ne omogoča, da bi zigotam in zgodnjim embrijem pripisali bistveno drugačen, se pravi neprimerno višji moralni status od tega, ki s(m)o ga pripravljene priznati neoplojenim jajčcem in spermijem; ter da se bo treba zaradi tega po moralno pomembnem potencialu, z njim pa po točki, ko novo nastalemu bitju pripade osnovni moralni status in varstvo, ozreti na kasnejše faze razvoja novo nastalega človeškega bitja, na prehod iz zgodnjega embrija v t.i. pravi embrij, denimo, ali na oblikovanje prvih

---

<sup>6</sup> Kar pa ne velja tudi za idejo o (v dejanskem svetu) neuresničljivem potencialu, ki jo, če ga prav razumem, zagovarja Oderberg.

živčnih celic (okrog petnajsetega dne po oploditvi), ki bodo sčasoma prevzele telesne funkcije in sprožile prvo iskrico zavesti. S sklicevanjem na njegov potencial bomo, skratka, le težko utemeljili ločnico med domnevno moralno relevantnim, dragocenim potencialom zgodnjega embrija in menda moralno brezvrednim potencialom neoplojenega jajčeca, spermijev in jeder odraslih celic.

Poskusov, da bi v zgodnjem embriju odkrili po kakovosti ali bistvu svojevrsten, enkraten potencial, tak, ki ga bomo v drugem za reproduktivne namene uporabnem biološkem 'materialu' zaman iskali, v literaturi kar mrgoli. Poglavitna težava z omenjeno strategijo je, da mora embrijev potencial istočasno zadostiti štirim razmeroma zahtevnim merilom: biti mora (a) edinstven, tak torej, da ga ne najdemo nikjer drugje; (b) tak, da ga je embriju smiselno pripisati glede na to, kakšne vrste bitnost le-ta je; (c) tak, da ga najdemo v vseh (in samo) človeških embrijih; in končno (d) moralno pomemben, tak torej, da njegovo uresničenje ni samo moralno zaželeno, ampak tudi zapovedano. Za posamezne kandidate (denimo embrijevo totipotentnost) se po premisleku izkaže, da niso edinstveni, za druge (denimo Bucklov razvojni potencial ali McMahanov istovetnost-ohranjajoči potencial), da zahtevajo kot nosilca drugačno vrsto bitnosti, za tretje (npr. aktivni in naravno verjetni potencial), da tovrstnega potenciala nimajo vsi embriji, ki bi jim želeli zagotoviti moralno varstvo, in za četrte (denimo t.i. realistični potencial), da razlika med njimi in potencialom drugih bitnosti preprosto ni dovolj občutna, da bi utemeljila radikalno različen odnos do enih in drugih.

#### **4.4. Tudi če je določen potencial za osebstvo značilen samo za zigote in zgodnje embrije in za nič oz. nikogar drugega, jim sam po sebi ne more zagotoviti polnega moralnega statusa oz. varstva pred uničujočo uporabo v (za druge ljudi) koristnih raziskavah**

A-jev potencial za B bi bil lahko (dovolj) moralno pomemben (da utemelji vrsto absolutnih ali vsaj prioritarnih moralnih dolžnosti do A-ja ali v zvezi z njim) iz treh razlogov. Ker (a) bi bilo dobro za A oz. v njegovem interesu, da je oz. postane B; (b) bi bil svet boljši, če bi (A) obstajal (kot) B ali če bi bilo na svetu več B-jev, kot jih trenutno je; (c) bi (preobrazba v) B A-ju izboljšal(a) moralni status.

Toda prvi in tretji razlog prideta v poštev samo za potencial, ki pri svojem uresničenju ohrani identiteto nosilca. V najboljšem primeru bi lahko torej zagotovila določen (najverjetneje ne poln) moralni status samo razvitim, ne pa tudi zgodnjim embrijem. Če namreč embrij z uresničitvijo svojega potenciala za osebstvo preneha obstajati (tj. če ne obstaja naprej kot oseba), mu le-ta ne bo mogla izboljšati moralnega statusa (boljši moralni status bi lahko imel le, če bi še naprej obstajal *kot B*), pa tudi koristi od take spremembe ne bo imel, saj je vendar z njo prenehal obstajati.

Omenjeni pomislek dodatno okrepi še cela vrsta načelnih dvomov o prepričljivosti in dometu argumentov iz potencialnosti:

(a) Njihova težko prikrita paradoksnost – vsi potencialisti se trudijo dokazati, da nekaj, za kar so v izhodišču sami priznali, da samo po sebi ni moralno pomembno, kljub vsemu je takšno.

(b) Njihova neveljavnost – nobeno veljavno sklepanje nas ne pripelje od »A je potencialno B« do »A je enako dragocen kot B«, »A-jevi interesi imajo enako moralno težo kot B-jevi«, »A ima enake moralne pravice ali status kot B« oz. »Z A-jem bi morali vseskozi ravnati kakor da je (že) B«; še več, kup dobro znanih proti-primerov daje slutiti, da je res ravno obratno:

»Princ Charles je legitimni britanski prestolonaslednik, se pravi potencialni britanski kralj, pa ga zato (še) ne obravnavamo enako kot dejanskega kralja. Čemu neki bi potem priznali pravice polnokrvne osebe zgodnjemu embriju zgolj na podlagi njegovega potenciala, da postane ali proizvede polnokrvno osebo?« (Singer)

»vsi smo potencialna trupla, pa iz tega še ne izhaja, da bi morali drug z drugim ravnati kot s trupli«. (Harris)

”Vsi smo potencialno predsedniki/-ce Slovenije (Hrvaške itd.), pa nam to samo po sebi še ne daje pravice, da imenujemo veleposlanike, podpisujemo mednarodne sporazume in poveljujemo slovenski vojski.” (prosto po Feinberg)

Na zagovornikih embrijevega dostojanstva in pravice do življenja je, skratka, da nas s kopico primerov prepričajo, da je pripisovanje pravic določenemu bitju zgolj na podlagi njegovega potenciala za bitje, ki mu take pravice brez zadržkov priznavamo, nekaj običajnega in da zato tudi potenciala in/ali vitalnih interesov človeškega embrija ne gre kar tako zaobiti. Dokler v tem ne bodo uspešnejši, bomo za moralno izenačenje embrija in odrasle osebe še naprej upravičeno zahtevali bolj utemeljene razloge.

(c) tudi če potencialu za osebstvo priznamo nesporno moralno vrednost, bomo lahko s sklicevanjem nanj utemeljili kvečjemu prima facie upravičeno zahtevo (claim) zgodnjih embrijev po življenju, nekaj torej, kar je razmeroma daleč od polnokrvne pravice do življenja, ki jo sicer brez zadržkov priznavamo dejanskim osebam. Da bo potencial za osebstvo zgodnjim embrijem le težko zagotovil močan/visok moralni status, postane jasno, brž ko se spomnimo, da je uresničevanje takega potenciala postopen in razmeroma dolgotrajen proces. Razumno je zato domnevati, da se bo tudi moralno varstvo, ki so ga deležne potencialne osebe, krepilo postopno, pač v odvisnosti od tega, kolikšen del potenciala je embriju že uspelo uresničiti, vse dokler ne bo ta dosegel točke v razvoju, ko bo njegov potencial v celoti uresničen v podobi polnokrvne osebe s pripadajočo prtljago moralnih pravic. S stopnjo razvoja se, skratka, v skladu s tem pojmovanjem krepi upravičenost embrijevih zahtev po različnih dobrinah (prima facie zahteve počasi preraščajo v utemeljene zahteve oz. pravice), hkrati pa narašča obseg njegovih pravic. Ker pa so zgodnji embriji v nekem smislu »ves potencial in nič realizacije«, bo, če je seveda omenjena analogija med postopno pridobitvijo moralnega statusa (»moralnim razvojem«) in zarodkovim postopnim telesnim in duševnim razvojem vodotesna, njihov moralni status ustrezno nizek, njihova zahteva po življenju pa razmeroma šibka – vsekakor prešibka, da bi odtehtala pravice do življenja na smrt bolnih, ki bi jih lahko rešila presaditev kompatibilnih tkiv in organov, vzgojenih iz embrionalnih ali somatskih matičnih celic.

(d) Tudi če je potencial za osebstvo sam po sebi moralno pomemben, to še vedno ne bo samodejno priskrbelo dovolj imenitnega statusa prav vsem zgodnjim embrijem. Vsi embriji namreč takega potenciala ne premorejo. Še več, če imata »potencial« in »oseba« kako empirično vsebino in ne gre le za pomensko izmuzljiva metafizična pojma, bomo na tovrsten potencial, kot sem dokazoval v empiričnem argumentu, naleteli pri le redkih embrijih.

(e) Mnogi od moralnih razlogov, zaradi katerih določenemu bitju določene stvari smemo storiti, drugih pa ne, slonijo na intrinzični naravi tega bitja. Tudi če sem sam nekoč bil zgodnji

embrij, je morala biti moja intrinzična narava takrat bistveno drugačna od sedanje. Zato ni povsem nesmiselna domneva, da je bil po vsej verjetnosti tudi moj takratni moralni status precej drugačen od tega, ki mi pripada zdaj, morda celo tako drugačen, da je bilo takrat dopustno z menoj početi reči, ob katerih bi se zdaj upravičeno zgražali. Konec koncev, čemu neki bi verjeli, da radikalne spremembe v intrinzični naravi posameznega bitja v ničemer ne vplivajo na njegov intrinzični moralni status?

(f) Naše bolj ali manj samoumevno ravnanje in odnos do zgodnjih embrijev je lep dokaz, da jim, kljub temu da njihov potencial za osebstvo deklarativno cenimo, zaradi tega še nismo pripravljene priznati polnokrvnega moralnega statusa. Nihče (razen morda Vatikana) se ne razburja pretirano zaradi ustvarjanja odvečnih zarodkov v postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo, čeravno jih bodo večino uničili ali zamrznili brez ali z malo obeti, da bodo kdaj ponovno oživel. Skromni vložki v raziskave o vzrokih za visoko stopnjo spontanih splavov (približno dva od treh po naravni poti spočetih embrijev umreta naravne smrti v času nosečnosti, in velika večina teh smrti, med dvema tretjinama in tremi četrtinami, nastopi še pred vgnezdenjem blastociste v maternični steni, med petim in osmim dnevom po oploditvi torej, kar se ujema s stopnjo razvoja EMC, ki jih odvezamo zaradi raziskav in poskusov)<sup>7</sup> in razmeroma majhno zanimanje zanje kažeta, da v tem ne vidimo kake posebne moralne katastrofe. (Ord) Če bi zares cenili življenje zgodnjih embrijev, bi si prizadevali njihovo smrt preprečiti ali s spremembo zakonodaje, ki zdaj dovoljuje ustvarjanje precej večjega števila embrijev, kot pa se jih prenese v maternico, ali pa z bolj radodarnim financiranjem raziskav o tipičnih vzrokih za spontane splave ter njihovem učinkovitem preprečevanju.

#### **4.5. Z ustvarjanjem in uničevanjem zgodnjih embrijev v raziskovalne namene ne krnimo njihovega človeškega dostojanstva**

Ta argument je najbrž od vseh najbolj premočrten. Tudi če predpostavimo, da dragocen potencial za osebstvo zgodnjim embrijem priskrbi vsaj delni moralni status, bi bilo na podlagi tega prenačljeno sklepati, da se bomo pregrešili zoper njihovo človeško dostojanstvo, če se jih odločimo žrtvovati zaradi splošnih koristi. Kantova Formula človeškosti-kot-smotra-po-sebi, filozofska podstat poljudnega načela, ki prepoveduje ljudi obravnavati izključno kot sredstva za svoje cilje ali smotre, namreč ne prepoveduje uporabe človeških bitij v te ali one namene, ampak zgolj uporabo njihove človeškosti (tj. njihove sposobnosti za razumno presojo in delovanje) izključno kot sredstva za poljuben, bolj ali manj naključen in zato (s stališča razumnosti in moralnosti) neobvezujoč cilj ali smoter. Ker pa zgodnji embriji niso sposobni ne razumne presoje in še manj razumnega delovanja, bo moralno pregrinjalo zanje nujno prekratko. Ko omenjena prepoved instrumentalizacije enkrat odpade, pa se je težko domisliti kakega drugega moralnega zadržka do take njihove uporabe, ki obeta končati ali vsaj omiliti trpljenje ogromnega števila ljudi.

---

<sup>7</sup> Omenjene ocene so zgolj približne. McMahan (Killing...), denimo, navaja podatek, da se približno štiri od petih spočetih nikoli ne razvijejo v nosečnost. Podobne številke omenja Boonin (str. 85-90), ki opozarja, da so za embrije, ustvarjene v postopkih zdravljenja z biomedicinsko pomočjo, obeti za življenje osebe še slabši kot pri naravni loteriji. Za koristno lokalno statistiko glej Kovačič & Vlaisavljević. Tollefsen navaja nekoliko bolj optimistično oceno, okrog polovično verjetnost, ni pa povsem jasno, od kod črpa svoj optimizem.

#### **4.6. Uničevanje zgodnjih embrijev v poskusih in raziskavah ni nujno nespoštljivo do njih in njihove vrednosti**

Zgodnji embriji po vsej verjetnosti nimajo vrednosti ali statusa, ki bi nam zapovedovala njihovo brezpogojno spoštovanje. Pa tudi če bi jim določeno spoštovanje dolgovali, njihovo uničevanje zaradi splošnih koristi ne bo nujno nespoštljivo. Kar kritiki raziskav na EMC radi spregledajo, je, da uboj osebe včasih ni le povsem združljiv z njenim spoštovanjem, temveč je lahko v danih okoliščinah celo njegov edini ustrezen izraz. Če na primer ubijem na smrt bolno osebo v neznosnih bolečinah, ker se je po tehtnem razmisleku odločila umreti, potem sem jo ubil iz spoštovanja do njene razumne volje in moje dejanje ne more biti nespoštljivo, čeravno je v nekem smislu res, da sem s svojim dejanjem uničil tudi sam predmet spoštovanja.

Nekateri uboji so torej povsem združljivi s spoštovanjem vrednosti tega, kar uničimo. Imenujmo jih 'spoštljivi uboji'. Ali sodi mednje tudi ubijanje zgodnjih embrijev zaradi zdravstvenih koristi drugih ljudi? Po mnenju dr. Trontlja je vsako instrumentalno ubijanje, najsi imamo zanj soglasje žrtve ali ne, nespoštljivo do vrednosti njenega osebstva in/ali življenja, ker njena smrt v tem primeru služi nekemu (čeravno še tako plemenitemu) nadaljnemu namenu. Toda če bi bil ta očitek utemeljen, bi moralo biti nesmiselno, brezciljno pobijanje, ubijanje, od katerega ni prav nikakršne koristi, manj napačno od ubijanja v službi plemenitih namenov, kar ni le skrajno protiintuitivno, temveč tudi teoretsko nemotivirano. Če dodamo, da (vsaj nekateri) embriji sicer premorejo dragocen potencial za osebstvo, ne pa tudi dostojanstva, ki pred tovrstno instrumentalizacijo varuje dejanske (odrasle) osebe, postane jasno, da bomo spoštovanje do njihovega dragocenega potenciala primerneje izrazili z njegovo uporabo v splošno koristne namene, kot pa če bi ga (kot se z odvečnimi zarodki dogaja zdaj) preprosto zavrgli.

#### **5. SKLEP**

V članku sem se osredotočil na vprašanje, kakšen moralni status in varstvo lahko človeškim zigotam in zgodnjim embrijem zagotovi njihovo dejansko oz. potencialno osebstvo. To je, priznam, le eden od vidikov zapletene moralne razprave o raziskavah na EMC in eden od (resda najpomembnejših) elementov, ki bi morali krojiti končno moralno sodbo o njih. Moj zagovor raziskav na EMC je torej po svojem dometu nujno omejen. V prvi vrsti sem skušal pokazati, da izvira očitek o nedopustni instrumentalizaciji iz napačnega razumevanja in uporabe Kantovega načela, da je treba človeškost v sebi in drugih vedno obravnavati tudi kot smoter po sebi, nikoli izključno kot sredstvo za uresničenje drugih smotrov. Na človeške zigote in zgodnje embrije se prepoved instrumentalizacije ne nanaša, ker niso dejanske, ampak kvečjemu potencialne osebe, in ker potencial za osebstvo, ki bi jim ga bilo glede na spoznanja sodobne embriologije smiselno pripisati, ne zadošča za utemeljitev zahteve po enaki ali podobni moralni zaščiti, kakršne so samoumevno deležne polnokrvne, odrasle človeške osebe. Zgodnjim človeškim embrijem zato ne bomo storili krivice ali okrnili dostojanstva, če jih uporabimo kot vir EMC za raziskave (in pri tem uničimo). Samooklicani zagovorniki nedotakljivosti embrijev bodo morali zato za svojo kategorično obsodbo tovrstnih raziskav poiskati drugo, precej trdnejšo moralno podlago.

## LITERATURA:

- Boonin, David, *A Defense of Abortion*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- Buckle, Stephen, *Arguing from potential*, v: Singer, Peter idr. (ur.), *Embryo Experimentation. Ethical, Legal and Social Issues*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, str. 90-108.
- Connor, Steve, *Frozen embryos: the future for IVF*, *The Independent*, 3.1.2009.
- Čokl, Vanessa, *Človek ni potrošni material*, *Večer*, 2.8.2006, str. 3.
- Deckers, Jan, *Why Eberl is wrong? Reflections on the beginning of personhood*, *Bioethics* 21/5 (2007), str. 270-282.
- Eberl, Jason T., *The beginning of personhood. A Thomistic biological Analysis*, *Bioethics* 14/2 (2000), str. 134-157.
- Feinberg, Joel, *Abortion, v: Freedom & Fulfillment. Philosophical Essays*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 1992, str. 37-75.
- Harris, John, *Vrednost življenja. Uvod v medicinsko etiko*, Krtina, Ljubljana, 2002.
- Hyun, Insoo idr., *New advances in iPS cell research do not obviate the need for human embryonic stem cells*, *Cell Stem Cell*, 1 (2007), str. 367-68.
- Kovačič, Borut & Vlasisavljevič, Veljko, *Embrionalne izvorne celice: za kakšne namene in od kod?*, *ISIS* 16/4 (2007), str. 45-48.
- Lee, Patrick & George, Robert L., *Reason, science and stem cells. Why killing embryonic human beings is wrong*. *National Review* (2001), URL: <http://www.nationalreview.com/comment/comment-george072001.html>.
- Lee, Patrick & George, Robert L., *Human embryo liberation. A reply to Peter Singer*, *National Review* (2006), URL: [http://www.nationalreview.com/comment/lee\\_george200601250829.asp](http://www.nationalreview.com/comment/lee_george200601250829.asp)
- Manninen Alvarez, Bertha, *Respecting human embryos within stem cell research: seeking harmony*, v: Gruen, Lori idr. (ur.), *Stem Cell Research. The Ethical Issues*, Blackwell, Oxford, 2007, str. 86-104.
- McMahan, Jeff, *The Ethics of Killing. Problems at the Margins of Life*, Oxford University Press, Oxford & New York, 2002.
- McMahan, Jeff, *Killing embryos for stem cell research*, v: Gruen, Lori idr. (ur.), *Stem Cell Research. The Ethical Issues*, Blackwell, Oxford, 2007, str. 32-50.
- Oderberg, David S., *Applied Ethics: a Non-Consequentialist Approach*, Blackwell, Oxford, 2000.
- Oderberg, David S., *Moral Theory: a Non-Consequentialist Approach*, Blackwell, Oxford, 2000.
- Oderberg, David S., *The metaphysical status of the embryo: some arguments revisited*, *Journal of Applied Philosophy*, 25/4 (2008), str. 263-276.
- Ord, Thomas, *The Scourge: moral implications of natural embryo loss*, *American Journal of Bioethics*, 8/7 (2008), str. 12-19.
- Perloe, Mark, *Frozen vs. fresh embryos*, URL <http://yourtotalhealth.ivillage.com/frozen-vs-fresh-embryos.html> (12.2.2009).
- Rožman, Primož, Strbad, Marko & Knežević, Miomir, *Uporaba matičnih celic v medicini*, v: *Zbornik predavanj: Pridobivanje krvotvornih matičnih celic - zdravljenje in zdravstvena nega bolnika ob presaditvi KMC, Zreče*, 2007, str. 1-11.
- Singer, Peter, *Praktična etika*, Krtina, Ljubljana, 2008.
- Tollefsen, Christopher, *What we should do about natural embryo loss?*, *Public Discourse: ethics, law, and the common good*; 16.12.2008; URL: <http://www.thepublicdiscourse.com/viewarticle.php?selectedarticle=2008.12.16.001.pdart>
- Trontelj, Jože, *O etičnih težavah raziskav na človeških zarodkih*, *ISIS*, 16/4 (2007), str. 44-45.
- Vugrinec, Miša, *Stališče iz Bruslja ne zveni dobro*, *Večer*, 2.8.2006, str. 3.

Watt, Helen, Embryos and pseudoembryos: parthenotes, reprogrammed oocytes and headless clones, *Journal of Medical Ethics*, 33 (2007), str. 554-556.



## **D. AVTONOMIJA PACIENTA**



# NEKATERI Poudarki iz Zakona o pacientovih pravicah

## PATIENT'S RIGHTS ACT FROM DIFFERENT POINTS OF VIEW

UDK: 342.72/.73-056.24

*Dr. Barbara NOVAK, univ. dipl. pravnica  
Redna profesorica  
Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani*

### POVZETEK

*Slovenija se je s 26.2.2008, ko je stopil v veljavo Zakon o pacientovih pravicah, uvrstila med države, ki temeljne človekove pravice na področju zdravstva, konkretizira s posebnim zakonom. Zakon o pacientovih pravicah pri urejanju pacientovih pravic izhaja iz pacientove svobode odločanja o sebi. Ta je z novim zakonom postala vrhovni postulat medicinskega prava.*

### KLJUČNE BESEDE

*Temeljne človekove pravice, pacientove pravice, svoboda odločanja o sebi.*

### ABSTRACT

*Since 26 February 2008, when the Patient Rights Act entered into force, the Republic of Slovenia has been one of the states where fundamental human rights of patients have been regulated in a special legal act. The Patient Rights Act is guided by a freedom of choice which has actually become a fundamental principle of Slovene medicine law.*

### KEY WORDS

*Fundamental human rights, patient's rights, freedom of choice.*

## 1. UVOD

Slovenija se je s 26.2.2008, ko je stopil v veljavo Zakon o pacientovih pravicah (v nadaljevanju ZPacP)<sup>1</sup>, uvrstila med države, ki temeljne človekove pravice na področju zdravstva, konkretizira s posebnim zakonom. Zakon, ki se je začel uporabljati 28. 6. 2008,<sup>2</sup> pri urejanju pacientovih pravic izhaja iz pacientove svobode odločanja o sebi. Ta je z novim zakonom postala vrhovni postulat medicinskega prava.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Uradni list RS, št. 15/08.

<sup>2</sup> Izjema je predvidena za 16. in 17. člen ZPacP (člena urejata izmenjavo podatkov znotraj mreže izvajalcev javne zdravstvene službe in nacionalni čakalni seznam), ki se bosta pričela uporabljati šele eno leto po uveljavitvi ZPacP.

<sup>3</sup> O posameznih problemih tega prispevka glej tudi v: Korošec D. (ur.), Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP s komentarjem), GV Založba, Ljubljana, 2009.

## 2. NEKATERI Poudarki iz splošnih določb

Vsebina posameznih pravic pacienta je po naravi stvari odprta in odvisna od razlage v normi uporabljenih pojmov. Nekateri od njih so se zakonodajalcu zdeli tako pomembni, da je v splošnih določbah podrobneje opredelil njihov pomen. Med njimi sta še posebej zanimiva pojem ožjih družinskih članov in pojem bližnje osebe.

Odločitev zakonodajalca o tem, komu prizna lastnost ožjega družinskega člana in bližnje osebe ni zanemarljivega pomena niti za pacienta niti za osebe, ki so mu blizu, saj zakon na omenjeni lastnosti veže posamezne pravice. S temi lahko imetnik bodisi dodatno varuje pacientovo osebnost bodisi posega vanjo.

**Ožjim družinskim članom** gredo npr. pravica privoliti v uporabo in drugo obdelavo zdravstvenih in drugih osebnih podatkov o umrlem pacientu (četrti odstavek 44. člena ZPacP), pravica do informacij o zdravstvenem stanju pacienta (peti odstavek 45. člena ZPacP), pravica zahtevati uvedbo postopka za varstvo pacientovih pravic (tretji odstavek 48. člena ZPacP).

Ožji družinski člani so za potrebe ZPacP samo osebe, ki so v 15. točki 2. člena ZPacP izrecno našteje. Mednje šteje ZPacP zakonskega, zunajzakonskega in istospolnega **partnerja pacienta**. Pojem pacientovega zakonca praviloma ni sporen. To je oseba, ki je s pacientom v skladu s pravili Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (Uradni list RS, št. 69/2004, 101/2007 – v nadaljevanju ZZZDR) sklenila zakonsko zvezo. Podobno kot zakonca lahko tudi zunajzakonskega partnerja pacienta opredelimo kot osebo, ki je s pacientom zasnovala zunajzakonsko skupnost. Kašne pogoje mora izpolnjevati skupnost, da jo lahko štejem za zunajzakonsko skupnost, ZPacP ne pove. Izčrpen odgovor na to vprašanje najdemo v družinskem pravu. V skladu z 12. členom ZZZDR je zunajzakonska skupnost dalj časa trajajoča življenjska skupnost moškega in ženske, ki nista sklenila zakonske zveze in med katerima ne obstajajo razlogi, zaradi katerih bi bila zakonska zveza neveljavna (npr. bližnje sorodstvo med partnerjema, že sklenjena zakonska zveza z drugim partnerjem, trajna nerazsodnost partnerja zaradi hude duševne bolezni). Točnega časa, kolikor mora trajati življenjska skupnost, da bo štela za dalj časa trajajočo in s tem za pravno priznano skupnost (tj. da bo ustvarjala pravne posledice), ZZZDR ne določa. V sodni praksi se vprašanje, ali je življenjska skupnost dalj časa trajajoča, presoja po številnih okoliščinah primera, predvsem pa po intenzivnosti razmerja med partnerjema (npr. ali sta partnerja nepretrgano živela skupaj, vodila skupno gospodinjstvo, ali se jima je v skupnosti rodil otrok). Določeno življenjsko skupnost bo zato mogoče šteti za zunajzakonsko skupnost že po osmih mesecih, drugo morda po dveh in tretjo, manj intenzivno, šele po treh letih. Družinskopravna definicija zunajzakonske skupnosti kaže, da je ugotavljanje pojma zunajzakonske skupnosti in s tem lastnosti zunajzakonskega partnerja lahko zapleteno in dolgotrajno delo. Vprašanje je, ali je od zdravnika smiselno pričakovati, da bo npr. pred obvestilom ožjega družinskega člana o zdravstvenem stanju njegovega svojca vsakič ugotavljal vse pogoje, ki jih za pravno priznanje zunajzakonske skupnosti zahteva ZZZDR. Menim, da se moramo za potrebe ZPacP v povprečnem primeru zadovoljiti s posplošeno definicijo zunajzakonske skupnosti kot dejanske življenjske skupnosti partnerjev različnega spola in lastnost zunajzakonskega partnerja priznati osebi, ki zatrjuje, da je partner v življenjski skupnosti s pacientom (kar pomeni, da s pacientom tudi živi). Taka razlaga zunajzakonskega partnerja je za potrebe medicine sprejeta tudi v Zakonu o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo (Uradni list RS, št. 70/2000 - ZZNPOB), kjer lahko za postopek oploditve z biomedicinsko pomočjo poleg zakoncev zaprosita

tudi osebi različnih spolov, ki zatrjujeta, da sta partnerja v življenjski skupnosti (kar pomeni, da tudi živita skupaj).<sup>4</sup> Tako zadostuje, da zdravnik osebo, ki npr. želi podatke o pacientu, vpraša: »V kakšni življenjski skupnosti živite s pacientom? Kaj ste mu vi in kaj vam je on?«. Preverjanje dokumentov v takem primeru načeloma ni potrebno.

Če se zgodi, da se pred zdravnikom pojavita dve osebi, od katerih ena zatrjuje, da je zakonec, druga pa zunajzakonski partner, ima lastnost ožjega družinskega člana in s tem npr. pravico do določenih osebnih podatkov o pacientu, samo oseba, ki zatrjuje lastnost zakonca. Če je mogoče, naj zdravnik v reševanje tega vprašanja vključi tudi pacienta. Lastnost zakonca lahko oseba zelo enostavno dokaže z izpiskom iz matičnega registra. Zunajzakonska skupnost v takem primeru ne velja, saj zaradi obstoja zakonske zveze ni izpolnjen pogoj, da med partnerjema ne obstajajo razlogi zaradi katerih bi bila zakonska zveza neveljavna.

Če se pred zdravnikom pojavi več oseb, ki trdijo, da so zunajzakonski partnerji pacienta, potem bo moral zdravnik ugotavljati, katera od oseb je s pacientom v življenjski skupnosti, ki izpolnjuje pogoje iz 12. člena ZZZDR. Praviloma bo to oseba, ki je s pacientom najdlje in najbolj intenzivno v življenjski skupnosti (npr. največ časa na teden, pri njej ima največ stvari, z njo ima skupnega otroka). Če je mogoče, naj zdravnik v reševanje tega vprašanja vključi tudi pacienta. Oseba, ki se z odločitvijo zdravnika (oziroma izvajalca zdravstvenih storitev) o tem, da njene življenjske skupnosti s pacientom ne šteje za zunajzakonsko skupnost in ji zato npr. ne da možnosti seznanitve z zdravstvenimi podatki o pacientu, ne strinja, ima pravico vložiti pritožbo pri informacijskem pooblaščenca (npr. sedmi odstavek 45. člena ZPacP in peti odstavek 42. člena ZPacP).

ZPacP lastnost ožjega družinskega člana priznava tudi pacientovemu partnerju iz istospolne skupnosti. ZPacP za priznanje lastnosti ožjega družinskega člana ne zahteva, da bi morala biti partnerja v registrirani skupnosti, zato pripadajo po mojem mnenju pravice ožjega družinskega člana tako partnerju iz skupnosti, ki jo je s pacientom registriral pred matičarjem po Zakonu o registraciji istospolne partnerske skupnosti (ZRIPS), kot tudi partnerju, ki zatrjuje, da je pacientov partner v življenjski skupnosti (kar pomeni, da s pacientom tudi skupaj živita). Zdravnik mora tudi v tem primeru osebo, ki npr. želi podatke o pacientu, vprašati: »V kakšni življenjski skupnosti živite s pacientom? Kaj ste mu vi in kaj vam je on?«. Če je mogoče, naj zdravnik v reševanje tega vprašanja vključi tudi pacienta. Če se zgodi, da se pred zdravnikom pojavita dve osebi, od katerih ena zatrjuje, da je registrirani partner pacienta, druga pa je zgolj (neregistrirani) življenjski partner, ima prednost registrirani partner. Ta lahko lastnost registriranega partnerja (enako kot zakonec) po potrebi dokaže z izpiskom iz matičnega registra. Tudi v reševanje teh vprašanj bo seveda koristno vključiti pacienta.

Med več osebami, ki vse trdijo, da so partnerji pacienta in da z njim živijo v dejanski (neregistrirani) partnerski skupnosti, ni jasno, po kakšnih kriterijih mora zdravnik določiti osebo, ki bo veljala za ožjega družinskega člana, saj družinska zakonodaja ne ureja dejanskih življenjskih skupnosti istospolnih parov in zato instituta, ki bi bil podoben zunajzakonski skupnosti parov različnega spola pri istospolnih parih, ne pozna. Dokler ZPacP ali kašen drug zakon na to vprašanje ne bo ponudil ustreznega odgovora, je po mojem mnenju najbolje, da si

---

<sup>4</sup> Zupančič K., Predpisi o zakonski zvezi in družinskih razmerjih z uvodom (6. spremenjena in dopolnjena izdaja), Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 2001, str. 57.

zdravnik pomaga z analogijo zunajzakonske skupnosti iz 12. člena ZZZDR, vključno s pritegnitvijo pacienta k reševanju tega vprašanja.

Postavlja se še vprašanje, kako reševati konkurenco med partnerskimi skupnostmi istega spola na eni in partnerskimi skupnostmi različnega spola na drugi strani. Zakonska zveza in registrirana istospolna partnerska skupnost si praviloma ne moreta konkurirati, ker sklenjena zakonska zveza ovira registracijo, in obratno: registrirana istospolna partnerska skupnost ovira sklenitev zakonske zveze. Če prideta v konkurenco na formalen način ustanovljena življenjska skupnost (zakonska zveza ali registrirana partnerska skupnost) in dejanska življenjska skupnost partnerjev istega ali različnih spolov, ima vedno prednost življenjska skupnost, ki je bila ustanovljena na formalen način. Če pa si konkurirata zunajzakonska skupnost in dejanska življenjska skupnost istospolnih partnerjev, zakonodaja ne daje nobenih meril, katera ima prednost. V tem primeru je, dokler zakonodajalec ne najde ustrezne rešitve, najbolje, da zdravnik lastnost ožjega družinskega člana in pravice, vezane na to lastnost, prizna obema. V nasprotnem primeru utegne kaj hitro zagrešiti diskriminacijo na podlagi spolne usmerjenosti. Seveda pa tudi v takih primerih ne more biti narobe, če k odločitvi pritegne pacienta.

Med ožje družinske člane zakon prišteva tudi osebe, ki so **bližnji sorodniki pacienta**: starše, stare starše, otroke, vnuke, brate in sestre pacienta. S posvojitvijo, ki sicer ne ustvarja sorodstva, se med posvojiteljem in njegovimi sorodniki na eni strani ter posvojencem in njegovimi potomci na drugi strani ustvarijo enaka pravna razmerja kot s sorodstvom. Zakon zato med ožjimi družinskimi člani izrecno našteva tudi posvojitelja in posvojenca. Preseneča pa, da ZPacP lastnosti ožjega družinskega člana ne priznava v razmerju med posvojiteljem in potomci posvojenca (kar bi npr. ustrezalo sorodstvenemu razmerju med starimi starši in vnuki) ter v razmerju med posvojencem in naravnimi otroki posvojitelja (kar bi ustrezalo sorodstvenemu razmerju med brati in sestrami). Zdi se, da je omenjena zakonska ureditev bolj odraz zakonodajalčevega pomanjkljivega poznavanja družinskih razmerij kot pa resnične želje, da bi zgoraj navedene osebe izključil iz kroga ožjih družinskih članov. Prav tako je ZPacP pozabil na pojem polsorodstva (tj. na primere, ko potomca nimata skupnih obeh prednikov) in zato med ožje družinske člane pacienta ne prišteva pacientovih polbratov in polsester. Omenjena nedoslednost terja spremembo pri naslednji noveli ZPacP. Do tedaj pa je v skladu z namenom 2. člena ZPacP pojem ožjega družinskega člana primerneje razlagati v zgoraj opisanem širšem pomenu kot pa v dobesednem pomenu zakonskega besedila, za katerega vse kaže, da ga zakonodajalec v taki ozki obliki sploh ni hotel.

Prilagojeno namenu pojma ožjega družinskega člana je treba razlagati tudi izraz otrok pacienta. Kot pacientovega otroka je treba razumeti osebo, ki je s pacientom v sorodstvenem razmerju prvega kolena ravne črte, ne glede na to, ali ta oseba hkrati izpolnjuje tudi lastnosti pojma otrok iz 14. točke 2. člena ZPacP (tj. ali je hkrati oseba v nizki starosti, ki zaradi svoje nerazvitosti potrebuje posebno varstvo v postopku medicinske obravnave<sup>5</sup>). Zaradi narave pravic, ki jih ZPacP daje ožjemu družinskemu članu, bo pod pojmom otrok iz 15. točke 2. člena ZPacP celo praviloma nastopal polnoletni otrok pacienta (tj. oseba, ki nima lastnosti otroka iz 14. točke 2. člena ZPacP).

---

<sup>5</sup> V skladu z ZPacP je otrok oseba, ki še ni dopolnila 18 let, razen če je že prej pridobila popolno poslovno sposobnost s sklenitvijo zakonske zveze ali z odločbo sodišča, ker je postala roditelj.

S pojmom ožji družinski član je tesno povezan tudi pojem **bližnje osebe** iz 1. točke 2. člena ZPacP. Osebam z lastnostjo bližnje osebe pacienta pripadajo nekatere od pravic, ki jih ZPacP priznava ožjim družinskim članom pacienta, npr. pravica do informacij o zdravstvenem stanju pacienta v skladu s petim odstavkom 45. člena ZPacP.

Kot bližnje osebe šteje zakon osebe, ki niso ožji družinski člani, vendar so s pacientom v zaupnem razmerju. Te osebe so lahko npr. oddaljeni sorodniki, ki jih pojem ožji družinski član ni zajel (npr. teta, stric pacienta), osebe, ki so s pacientom v svaštvu (tast, tašča, svak, svakinja, očim, mačeha, pastorek, pastorka). Bližnji osebi sta lahko tudi zunajzakonski in istospolni partner v razmerju do otroka svojega partnerja in obratno (otrok nasproti zunajzakonskemu oziroma istospolnemu partnerju katerega od svojih staršev). Lastnost bližnje osebe pacienta je mogoče priznati tudi osebi, ki s pacientom živi zaradi nege in pomoči v gospodinjstvu in osebi, s katero je pacient sicer v tesnem in zaupnem prijateljskem razmerju.

ZPacP zahteva, da bližnje osebe zaupnost s pacientom izkažejo za verjetno. To se bo v praksi praviloma zgodilo med razgovorom z zdravniškim osebjem, iz katerega bodo izhajale informacije o pacientu, ki jih oseba ne bi vedela, če ne bi pacienta dobro poznala oziroma bila z njim v zaupnem razmerju.

### 3. NEKATERE PACIENTOVE PRAVICE

Temeljni postulat svobodnega odločanja o sebi in s tem tudi o svojem zdravljenju ZPacP uresničuje predvsem z načelom, da je za vsak zdravnikov poseg oziroma zdravljenje potrebna privolitve. To lahko pacient da le na podlagi predhodne in **celovite informacije zdravnika** o njegovi diagnozi, poteku oziroma o posledicah opustitve zdravljenja ter o tveganjih zdravljenja. S pojasnilom tveganj posega je tesno povezano tudi pojasnilo o različnih alternativah zdravljenja (20. in 21. člen ZPacP). Če te obstajajo (npr. zdravljenje pacienta z rakom na operativni, medikamentozni način, z obsevanjem), jih mora zdravnik pojasniti pacientu. Pojasniti mu mora tudi učinke zdravil, ki jih pacient prejme pri njem, kot tudi zdravil, ki jih zdravnik pacientu zgolj predpiše, čeprav so tem zdravilom priložena navodila proizvajalca z ustreznimi opozorili.<sup>6</sup>

Pojasnilo pacientu je dolžan dati zdravnik (pri posegih povezanih z večjim tveganjem praviloma zdravnik, ki bo poseg tudi opravil) in ne drugo pomožno bolnišnično osebje (npr. medicinska sestra, drugi odstavek 21. člena ZPacP). Obseg pojasnilne dolžnosti se ravna po naravi posega. Pri posegih, ki so pomembni za ohranjanje življenja in zdravja, mora zdravnik pacienta praviloma obvestiti zgolj o pogostejših zapletih. Čim manj pomemben je posamezni medicinski poseg za ohranjanje življenja in zdravja, tem širša je zdravnikova pojasnilna dolžnost.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Pri škodi na zdravju zaradi sočasnega jemanja pomirjeval in metadona (sodba in sklep Vrhovnega sodišča RS, št. II Ips 660/2003 z dne 10.2.2005 – računalniška baza Ius-Info) ter zaradi sočasnega jemanja zdravil proti tuberkulozi in kontracepcijskih tablet (sklep Vrhovnega sodišča RS, št. II Ips 415/2002 z dne 15.5.2003 – računalniška baza Ius-Info).

<sup>7</sup> Polajnar Pavčnik A. in: Polajnar Pačnik A., Wedam-Lukić D. (ur.), Pravo in Medicina, Cankarjeva založba (Zbirka Pravna obzorja 9), 1988, str. 108.

Pacient lahko veljavno privoli samo v varen poseg. Ta mora biti izveden po standardih, ki so v medicini v času posega uveljavljeni za izvedbo tovrstnih posegov.<sup>8</sup> Zdravnik mu mora pred tem pojasniti tudi stopnjo kvalitete zdravstvene storitve, ki je sicer v skladu z medicinskimi standardi. Pacienta je zato dolžan opozoriti na postopke in načine zdravljenja, ki v Sloveniji niso dostopni in na postopke ter načine zdravljenja, ki so v Sloveniji sicer na razpolago, vendar samoplačniško, ker jih ne krije obvezno zdravstveno zavarovanje (5. alineja prvega odstavka 20. člena ZPacP). Poleg tega je zdravnik pacienta dolžan vedno vnaprej opozoriti, če bo moral plačati zdravstveno storitev in mu po potrebi tudi svetovati, npr. finančno ugodnejšo, a enako medicinsko indicirano alternativno zdravljenje (25. člen ZPacP, finančno pojasnilo šteje za t.i. nepravno pojasnilo, ki ni del pojasnilne dolžnosti v ožjem pomenu).

ZPacP zahteva, da je pojasnilo pacientu dano v neposrednem stiku in na njemu razumljiv način (drugi odstavek 20. člena ZPacP). To od zdravnika terjaja, da pacientu neposredno in ustno pojasni zdravljenje, čeprav mu morda kasneje da v podpis še privolitveni obrazec s pojasnili o zdravljenju. Zdravnik mora dati pojasnilo pacientu ustrezen čas pred posegom, da lahko pacient svojo odločitev še premisli in si po potrebi pridobi **mnenje drugega zdravnika** (10. alineja 5. člena ZPacP), a hkrati ne prezgodaj, ker bo pacient do posega pomembne informacije že pozabil. Čas, ki mora pacientu ostati do posega, je odvisen od obsežnosti in nujnosti posega. Čim bolj je poseg lahko usoden za pacienta, tem več časa mora imeti na razpolago, da svojo odločitev v miru premisli. Pri tem je treba upoštevati tudi možnost odlaganja posega. Čim bolj se s posegom mudi, tem manj časa bo preteklo med pojasnilom in privolitvijo. Tako pri posegih, ki jih ni mogoče prav dolgo odlagati brez škode za pacientovo življenje in zdravje, zadostuje, da med pojasnilom in posegom preteče nekaj dni oziroma nekaj ur. Če se s posegom zelo mudi, vendar ne gre za nujno medicinsko pomoč, kjer je pacient v nezavesti in zdravnik rešuje življenje pacienta v skrajni sili in brez njegove privolitve (28. člen ZPacP), mu je pojasnilo izjemoma lahko dano na poti v operacijsko dvorano oziroma v njej. Pojasnilo je v takem primeru upravičeno skrčeno na zgolj najnujnejše informacije o posegu.

Pacientovo privolitev je treba pri posegih, povezanih z večjim tveganjem ali večjo obremenitvijo, **dokumentirati na posebnem privolitvenem obrazcu** (peti odstavek 26. člena ZPacP). Po svoji presoji pa lahko zdravnik to stori tudi pri drugih posegih. Dokumentiranje privolitve je namenjeno le lažjemu dokazovanju obstoja privolitve in njenega obsega, ni pa pogoj za njeno veljavnost (izjema velja za vnaprej izraženo voljo – 34. člen ZPacP, glej spodaj), saj ZPacP v primeru, da pacient v zdravljenje privoli ustno, noče pa dati pisne privolitve, privolitev šteje za veljavno, zavrnitev podpisa privolitvenega obrazca pa se v tem primeru le označi na njem.

S posredovanjem informacij, ki so bile pacientu potrebne za privolitev v začetek posega, zdravnikova pojasnila dolžnost še ni končana. Zdravnik mora pacienta tudi med zdravljenjem obveščati o njegovem zdravstvenem stanju (npr. o vsakem izboljšanju ali poslabšanju zdravstvenega stanja). Prav tako mora, če med zdravljenjem ugotovi, da je bilo pojasnilo netočno ali da je postavil napačno diagnozo, o tem obvestiti pacienta in mu zagotoviti prave informacije (t.i. dolžnost poprave pojasnila in preklica napačne diagnoze). Tudi po koncu zdravljenja, je zdravnik pacienta še dolžan informirati in sicer o uspehu oziroma zapletih, do katerih je prišlo pri zdravljenju. Na zaplete, do katerih je prišlo pri zdravljenju, je zdravnik

---

<sup>8</sup> Finžgar A., Osebnostne pravice. Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Ljubljana, 1985, str. 68.



dolžan opozoriti pacienta ne glede na to, ali so zapleti nastali po krivdi zdravnika (npr. malomarni zdravnik pusti šivalno iglo v pacientovem telesu,<sup>9</sup> malomarni zobozdravnik pusti, da mu zobna prevleka spolzi po sapniku pacienta in mu pade v pljuča) ali brez nje (npr. nastopi zaplet, na katerega je zdravnik pacienta opozoril, a je pacient s privolitvijo v poseg vanj privolil) in mu predlagati ukrepe za izboljšanje zdravstvenega stanja (postterapevtsko pojasnilo, tretji odstavek 20. člena ZPacP).

**Izjemo od pravice do obveščeniosti** pacienta predstavlja 22. člen ZPacP, po katerem sme zdravnik zamolčati podatke o zdravstvenem stanju pacienta, če bi obvestilo pacientu povzročilo resno zdravstveno škodo.

Pacient, ki je privolitveno sposoben, je sposoben **poseg tudi zavrniti**. Prepoved prisilnega zdravljenja zahteva, da zdravnik to odločitev privolitveno sposobnega pacienta spoštuje in se zadovolji s tem, da pacienta seznaniti s posledicami njegove odločitve (te mu mora zdravnik pojasniti že v okviru pojasnilne dolžnosti, ki je nato podlaga za privolitev oziroma zavrnitev – 3. alineja prvega odstavka 20. člena ZPacP), mu predlaga pridobitev mnenja drugega zdravnika ter da izvede tiste ukrepe, ki jih pacient še dopušča.

Če pacient zavrača medicinski poseg, sme zdravnik v postopek pridobivanja privolitve po potrebi vključiti tudi ožje družinske člane in jih prositi, da se pogovorijo s pacientom oziroma da ga poskusijo prepričati v poseg. Pri vključevanju ožjih družinskih članov mora zdravnik upoštevati morebitno izjavo pacienta o izključitvi oseb, ki bi bile sicer po zakonu upravičene do odločanja o zdravstveni oskrbi (33. člen ZPacP, glej spodaj). Nerazumljivo pa je, zakaj ZPacP zdravniku ne dovoljuje, da bi v postopek po potrebi vključil osebo, ki jo je pacient izbral za **zdravstvenega pooblaščenca**. Tega sme določiti pacient, ki je dopolnil 18 let v pisni in notarsko overjeni listini (32. člen ZPacP). Pooblaščenec bo v primeru pacientove nesposobnosti odločanja o sebi, odločal o njegovi zdravstveni oskrbi in drugih pravicah iz ZPacP. Na ta način lahko pacient prepreči, da bi v primeru njegove nesposobnosti za odločanje, o njem odločal skrbnik, ki bi ga določil center za socialno delo. Zaradi osebnega in zaupnega razmerja med pooblaščenecem in pacientom ni dopustno, da bi pooblaščenec pooblastilo prenesel na koga drugega.

Zdravstveni pooblaščenec je lahko samo oseba, ki je polnoletna in sposobna odločati o sebi. Upravičenje za zastopanje črpa iz overjenega pooblastila, pri čemer ni pomembno, koliko časa je preteklo od pooblastitve, saj ZPacP veljavnosti pooblastila ne omejuje. Za odločanje pooblaščenec potrebuje ustrezne zdravstvene podatke o pacientu, zato mu ZPacP daje pravico do seznanitve s pacientovo zdravstveno dokumentacijo, njegovim zdravstvenim stanjem ter pravico do zdravnikovih pojasnil v zvezi z zdravjem pacienta, ki so pomembna za odločanje o pacientu. Te zakonske pravice pooblaščenca lahko pacient v pooblastilu omeji (ne pa v celoti odvzame, saj odločanje brez kakršnihkoli informacij o pacientu ni več mogoče) in mu določi navodila ter usmeritve glede svoje zdravstvene oskrbe. Ta navodila so lahko tudi taka, da mora pooblaščenec določeno zdravstveno oskrbo zavrniti; npr. zdravstveno oskrbo na smrt bolnega pacienta ali zdravstveno oskrbo za podaljševanje življenja pri dokončno izgubljeni sposobnosti pacienta, da skrbi zase (1. in 2. alineja prvega odstavka 34. člena ZPacP)

---

<sup>9</sup> Primerjaj sklep Vrhovnega sodišča RS, št. II Ips 494/2002 z dne 25.9.2003 – baza lus-Info.

- v tem primeru pisno pooblastilo z overjenim podpisom pooblastitelja ne bi smelo biti starejše od petih let (analogno šestemu odstavku 34. člena 6 ZPacP).

ZPacP uporablja pojem zdravstvenega pooblaščenca v edninski obliki, kar vzbuja vprašanje, ali ima pacient lahko največ enega pooblaščenca. Vsekakor ni videti zadržkov za več pooblaščenec, ki bi o pacientu odločali sukcesivno (drug za drugim) po vrstnem redu, ki bi ga določil pacient (npr. če bo pooblaščenec A zadržan, bolan ali mrtev, naj o pacientu odloča pooblaščenec B). Zadržkov tudi ni, če bi pacient za različna medicinska področja pooblastil različne pooblaščenca. Ti bi imeli vsak svoje pristojnosti, zato med njimi praviloma ne bi prihajalo do sporov. Problem bi lahko nastal samo, kadar bi bolezen pacienta zadevala več medicinskih področij. V takem primeru bi morali soodločiti vsi pooblaščenca, ki so pristojni za odločanje o posameznih medicinskih področjih. Za primer spora med njimi pa bi morali poseči po analogiji s sedmim odstavkom 35. člena ZPacP, po katerem v primeru spora med starši glede medicinske odločitve na otroku odloči konzilij ali v zdravljenje nevpleteni zdravnik (uporaba pravila petega odstavka 37. člena, po katerem v primeru spora med pacientovimi svojci odloča kar zdravnik, ki pacienta zdravi, se mi ne zdi najbolj primerna). Prav tako se mi ne zdi primerno, da bi dopustili pooblastitev več pooblaščenec, ki bi na posameznem medicinskem področju lahko delovali hkrati, saj bi neusklajeno delovanje pooblaščenec v praksi povzročalo zmedo pri zdravstveni oskrbi pacienta in v določenih primerih celo botrovalo zdravniškim napakam. V prihodnje je treba navedena vprašanja tudi izrecno rešiti z ZPacP.

Pacient, ki je še sposoben odločanja o sebi, lahko pooblastilo kadarkoli prekliche s pisno izjavo (njena overovitev ni potrebna). ZPacP pa ne ureja vprašanja, kaj v primeru, če zdravstveni pooblaščenec ne upošteva pacientovih navodil ali kako drugače ogroža pacientovo korist, pacient pa ni več sposoben odločati o sebi in zato tudi ne preklicati pooblastila. Z namenom preprečiti tovrstne zlorabe pooblastil bi morali v prihodnje po vzoru tujih zakonodaj določiti, da potrebuje pooblaščenec za privolitev v posege, ki lahko nepopravljivo in huje okvarijo zdravje pacienta ali ogrozijo njegovo življenje, privolitev organa, pristojnega za skrbništvo nad polnoletnimi (tj. pri nas center za socialno delo).<sup>10</sup>

S pisno izjavo lahko pooblaščenec kadarkoli odpove pooblastilo (overovitev odpovedi pooblastila ni potrebna). Ne sme pa ga odpovedati ob neprimernem času, ko bi z odpovedjo pacientu povzročil resno zdravstveno škodo.

Enako kot sme polnoletni pacient, ki je sposoben odločanja o sebi, določiti osebo, ki bo v primeru njegove nesposobnosti za odločanje odločala o njegovi zdravstveni oskrbi in drugih pravicah iz ZPacP, sme polnoletni pacient, ki je sposoben odločanja o sebi, **od odločanja** za primer svoje nesposobnosti za samoodločbo, **izključiti posamezne osebe, ki bi bile sicer upravičene odločati o njem**. Za tako izjavo ZPacP zahteva zgolj pisno obliko in ne tudi overovitve, ki je potrebna pri pooblastilu za odločanje. Tako razlikovanje je razumljivo, saj pooblastilo pooblaščenca daje pravice, ki lahko bolj usodno vplivajo na zdravstveni položaj pacienta kot pa izključitev posamezne osebe od odločanja o pacientu.

---

<sup>10</sup> Tako Deutsch E., Spickoff A., Medizinrecht. 6. nova in razširjena izdaja, Springer, Berlin, Heidelberg, 2008, str. 437.

Izraz svobode odločanja o samem sebi in s tem tudi svobode zavrnitve medicinskega posega, se kaže tudi v pravici polnoletnega pacienta, da izrazi svojo voljo o tem, katere oskrbe ne bo dovolil, ko ne bo več sposoben odločati o sebi (34. člen ZPacP). S to izjavo **vnaprej izražene volje** (*living will, Patiententestament* kot (pod)vrsta *Patientenverfügung*<sup>11</sup>) sme polnoletni pacient, ki je še sposoben za samostojno odločanje o sebi, zavrniti zdravstveno oskrbo, ki bi mu v času, ko ne bo več sposoben odločati o sebi: 1. podaljševala preživetje, če bi bil na smrt bolan (1. alineja prvega odstavka 34. člena ZPacP) ali 2. podaljševala življenje v položaju, ko bi zaradi bolezni ali poškodbe izgubil sposobnost sam skrbeti zase (2. alineja prvega odstavka 34. člena ZPacP). V prvem primeru je volja za zdravnika zavezujoča, v drugem primeru pa služi le kot smernica zdravniku za zdravljenje pacienta.

Za izjavo vnaprej izražene volje pacienta ni potrebno, da je pacient, ko izjavo daje, že na smrt bolan ali tako invaliden, da bi mu v kratkem grozila izguba sposobnosti skrbeti zase. Tako razlago zahtevata pacientova pravica do samoodločbe in tudi prvi odstavek 34. člena ZPacP, ki z uporabo pogojnika nakazuje, da ni treba, da se pacient že nahaja v stanju smrtne bolezni ali težke invalidnosti.<sup>12</sup>

Vnaprej izraženo voljo je treba podati v pisni obliki na privolitvenem obrazcu (o privolitvenem obrazcu, glej zgoraj). Preden pacient poda izjavo o vnaprej izraženi volji, mu mora izbrani osebni zdravnik ob prisotnosti zastopnika pacientovih pravic pojasniti pomen in posledice njegove odločitve. To pojasnilo je treba v glavnih črtah zapisati tudi na privolitveni obrazec. Pravilo, da se izjava vnaprej izražene volje poda na privolitvenem obrazcu (četrti in peti odstavek 34. člena ZPacP), je treba v tem primeru razumeti kot pogoj za veljavnost izjave (drugače kot pri dokumentiranju običajne privolitve oziroma zavrnitve oskrbe, glej zgoraj). Poleg tega morajo biti za veljavnost izjave izpolnjene še druge obličnostne predpostavke kot npr. podpis izbranega osebnega zdravnika in zastopnika pacientovih pravic, zapis o obstoju pogojev za vnaprej izraženo voljo (polnoletnost in sposobnost odločanja o sebi, ne pa tudi obstoj bolezni, saj ta ni pogoj za vnaprej izraženo voljo).

Zaradi življenjske usodnosti instituta vnaprej izražene volje kot tudi zaradi zahtev po notranji skladnosti zakona pa bi moral ZPacP tudi za vnaprej izraženo voljo zahtevati pisno obliko z overjenim podpisom kot to zahteva za podelitev pooblastila zdravstvenemu pooblaščenču. Ni namreč konsistentno, da zakon za pooblastilo za odločanje, ko pacient ne bo več sposoben odločati o sebi, zahteva pisno obliko z overjenim podpisom pooblastitelja, za vnaprej izraženo voljo pacienta o zavrnitvi zdravljenja za primer, ko ne bo več sposoben odločati o sebi, pa ne. Na to, da bi bila v tem primeru primernejša pisna oblika izjave z overovitvijo podpisa (oziroma morda celo notarskega zapisa), kaže tudi določba petega odstavka 34. člena ZPacP, ki z napotki o ugotavljanju identitete, prisotnosti zastopnika pacientovih pravic in podpisih spominja na postopek overjanja podpisov (oziroma sestavljanja notarskih zapisov).

Izjava vnaprej izražene volje velja 5 let. Omejitev veljavnosti izjave je določena z namenom v čim večji meri izključiti dvome o pravi volji izjavitelja. Toda v praksi se kaj lahko zgodi, da pacient izgubi sposobnost odločanja nekaj dni pred iztekom veljavnosti izjave, kar pomeni, da zdravnik po preteku petih let ni več upravičen upoštevati vnaprej izražene in nedvomne volje

---

<sup>11</sup> Deutsch E., Spickoff A., Medizinrecht. 6. nova in razširjena izdaja, Springer, Berlin, Heidelberg, 2008, str. 429.

<sup>12</sup> Pogojniki je uporabljen tudi v obeh alinejah prvega odstavka 34. člena ZPacP: če bi pacient trpel oziroma če bi mu medicinski poseg oziroma zdravstvena oskrba podaljšala življenje.

pacienta, ker ta ni več veljavna, pa čeprav je nesposobnost za odločanje nastopila še v času veljavnosti izjave. Pravilo s tem doseže ravno nasprotni namen kot ga zasleduje - potepta voljo pacienta. V skladu z namenom zakonodajalca je treba določbo razlagati, da izjava vnaprej izražene volje izgubi veljavnost po petih letih samo, če pacient do tega roka ne postane nesposoben odločati o sebi. V nasprotnem primeru je treba šteti, da vnaprej izražena volja velja do smrti pacienta. Z vidika pravne varnosti, pa bi bilo koristno, da bi pomanjkljivo pravilo dopolnili ob noveli ZPacP.

## LITERATURA

- Deutsch E., Spickoff A., Medizinrecht. 6. nova in razširjena izdaja, Springer, Berlin, Heidelberg, 2008
- Finžgar, A., Osebnostne pravice. Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Ljubljana, 1985
- Korošec, D. (ur.), Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP s komentarjem), GV Založba, Ljubljana, 2009
- Polajnar Pavčnik A. in: Polajnar Pačnik A., Wedam-Lukić D. (ur.), Pravo in Medicina, Cankarjeva založba (Zbirka Pravna obzorja 9), 1988
- Zupančič K., Predpisi o zakonski zvezi in družinskih razmerjih z uvodom (6. spremenjena in dopolnjena izdaja), Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 2001
- Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP; Uradni list RS, št. 15/08)
- Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR; Uradni list RS, št. 69/2004, 101/2007)
- Zakonu o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo (ZZNPOB; Uradni list RS, št. 70/2000)
- Zakon o registraciji istospolne partnerske skupnosti (ZRIPS; Uradni list RS, št. 65/2005, 55/2009 Odl.US: U-I-425/06-10)
- Sodba in sklep Vrhovnega sodišča RS, št. II Ips 660/2003 z dne 10.2.2005
- Sklep Vrhovnega sodišča RS, št. II Ips 415/2002 z dne 15.5.2003
- Sklep Vrhovnega sodišča RS, št. II Ips 494/2002 z dne 25.9.2003

# ODGOVORNOST IN ZAVAROVANJE ODGOVORNOSTI ZDRAVNIKA

## RESPONSIBILITY AND RESPONSIBILITY INSURANCE OF THE DOCTOR

UDK: 614.25:347.56(497.4)

*Dr. Šime IVANJKO, univ. dipl. pravnik  
Redni profesor  
Pravna fakulteta Univerze v Mariboru*

### **POVZETEK**

*Pri opravljanju zdravnikovega dela se pojavljajo številna vprašanja njegove odgovornosti za povzročeno škodo pacientom. V prispevku se obravnavajo vprašanja pravnih temeljev za odškodninsko odgovornost zlasti vprašanje ali zdravnik odgovarja po načelu subjektivne ali objektivne odgovornosti. Ker je z odgovornostjo zdravnika povezano obvezno zavarovanje, je nujno, da delodajalec za zdravnika sklene zavarovanje pred odgovornostjo. Pri zavarovanju pred odgovornostjo srečamo tri razmerja: odgovornostno ali odškodninsko, zavarovalno in kritno. Klavzule o izključitvi rizika, ki so zajete v zavarovalnih pogojih, določajo primere, kdaj ni podano zavarovalno kritje odškodninske odgovornosti zdravnika.*

### **KLJUČNE BESEDE**

*Zdravnik, odgovornost, odškodnina, zavarovanje, izključitev rizika.*

### **ABSTRACT**

*In the performance of physician's work have appeared a number of issues of its responsibility for damage caused to patients. The paper deals with questions of legal foundations for civil responsibility, in particular the question of whether the doctor responds to the principle of subjective or objective responsibility. Because, the doctor's responsibility is related to compulsory insurance, it is essential, that employers take out insurance for the physician from liability. In the case of insurance against liability encountered three relationships: liability or tort, insurance and hedge insurance. The clauses of Risk exclusion, which are covered by the policy conditions, provide examples of when not given liability insurance cover the tort responsibility of the doctor.*

### **KEY WORDS**

*Physician, responsibility, compensation, insurance, risk exclusion.*

## **1. UVOD**

Stari Rimljani so vedno poudarjali, da je pri vsakem človeškem dejanju mogoče storiti napako (*errare humanum est*). Posledice napak pri delovanju ljudi so lahko različne. Nekatere napake nimajo nobenih posledic, druge napake pa imajo hude posledice na različnih področjih. Pri nekaterih napakah so škodljive posledice konstantni pojav, pri nekaterih pa škoda nastopi le v določenih okoliščinah.

Kadar govorimo o zdravniških napakah, potem praviloma razmišljamo o hudih napakah pri poklicnem delu zdravnika, ki ima za posledico odškodninsko, v določenih primerih pa tudi kazensko in disciplinsko odgovornost. Razumljivo je da je z napako zdravnika povezana tudi moralna in etična odgovornost.

Glede na to, da se bomo tukaj zadržali na odškodninski odgovornosti, je treba poudariti, da je odškodninska odgovornost zdravnika oziroma zdravstvenih delavcev eden od vidikov profesionalne odgovornosti, ki jo poznamo tudi pri odvetnikih, inženirjih, posrednikih in podobno. Tisto, kar je značilno pri obravnavanju zdravniških napak, je velikost rizika, ki je povezan z opravljanjem tega poklica. Z ene strani je opravljanje zdravstvenih storitev plemenita in zelo humana dejavnost, z druge strani pa praviloma vsaka napaka ogroža največje vrednote človeka, to je njegovo zdravje in življenje. Da bi se preprečile morebitne napake pri opravljanju zdravniškega poklica, je poskrbel zakonodajalec, ki je predpisal postopek in način, kako usposobiti zdravnika, da opravlja tako pomembno in odgovorno poklicno dejavnost. To pa pomeni, da je pri tem poklicu še posebej poudarjeno načelo strokovnega vestnega dela ob uporabi strokovnega znanja in izkušenj. Odgovornost zdravnika v sodobni družbi je urejena med mejami, grozovito strogega Hamurabijevega talionskega načela in Platonovega načela laksizma.

Z vidika ugotavljanja, ali obstoja odškodninska ali druga odgovornost zdravnika za njegovo ravnanje v konkretni situaciji, je to eden od najtežjih dokaznih pravnih postopkov.

Glede na vrsto ter vsebino odnosa zdravnika do napake in obseg škodljivih posledic za pacienta, imamo na področju prava opravljanja z različno obliko odgovornosti, od kazenske kot najtežje odgovornosti, kjer je zdravnik kaznovan z zaporno ali drugo kaznijo zaradi povzročene napake, do morebitne moralne odgovornosti, ki je sankcionirana z moralnimi sankcijami strokovnih združenj, kot so npr. častno sodišče ipd.

Danes je v sodobnem svetu najbolj izpostavljeno vprašanje odškodninske odgovornosti, to je odgovornosti zdravnika, da povrne škode, ki jo je povzročil svojemu pacientu zaradi nestrokovnega zdravljenja ali pa zaradi opustitve dejanj, ki bi jih po strokovni plati in glede na okoliščine moral ali pa mogel podvzeti.

## **2. PRAVNI TEMELJ ZDRAVNIKOVE ODGOVORNOSTI**

Pravna teorija, pa tudi zakonodaja v posameznih državah, različno sistematizirajo, in kvalificirajo odgovornost zdravnika za povzročeno škodo. Praviloma pravna teorija zastopa stališče, da je zdravnik odgovoren za škodo zaradi 1) nudenja neprimerne zdravstvene storitve, pri čemer se omenjeno nudenje neprimerne zdravstvene storitve pojavlja v praksi kot napaka v tretmanu (*Behandlungsfehler*) in 2) napake pri obveščanju pacienta (*Aufklärungsfehler*). Pri tem teorija razvršča škodljiva dejanja in opustitve pri nujenju zdravstvenih storitev v štiri skupine:

1. kršitev pravil zdravstvene stroke, (zdravniška napaka),
2. kršitev osebne pravice na telesni integriteti (zdravljenje brez pristanka pacienta),
3. kršitev obveznosti nudenja nujne medicinske pomoči,
4. kršitev obveznosti sklenitve pogodbe o zdravstveni storitvi.

Najbolj pogosto se pojavlja odškodninska odgovornost zdravnika zaradi zdravniške napake (*malpractice*). To je kršitev pravil zdravstvene stroke. Pojem zdravniške napake je praktično oblikoval patolog Rudolf Virchow v drugi polovici 19. st., ki jo opredeljuje kot strokovna napaka zdravnika (*Kunstfehler der Ärzte*) in jo je definiral kot kršitev splošno priznanih pravil zdravniške stroke zaradi pomanjkanja nujne in dolžne skrbnosti. Skratka, postopanje pri zdravljenju *contra legem artis*.

To stališče je danes delno opuščeno, zlasti v nemški pravni teoriji in se zamenjuje s pojmom napake v tretmanu (*Behandlungsfehler*). Tukaj je treba poudariti, da odškodninska odgovornost zdravnika na tem področju temelji na širšem pojmu, kot je pojem strokovna napaka, ker zajema tudi napake pri zdravljenju, ne samo napake v diagnozi (profilaksi) in naknadnem nujenju zdravstvenih storitev.

Nekateri avtorji definirajo zdravniško odgovornost kot zanemarjanje ali odstopanje od medicinskega standarda oziroma standarda medicinske znanosti, drugi pa opredeljujejo kot napako tudi ukrepanje ki ga medicinska znanost pozna, vendar pa zdravnik pri tem nastopa brez potrebne skrbnosti. Razlika v zgodovinskem razvoju pri postopku ugotavljanja zdravniške napake je zanemarjanje, v začetku poudarjene objektivne sestavine definicije zdravniške napake, to je odstopanje od standardov medicinske znanosti, medtem ko modernejši pristopi poudarjajo subjektivni element, to je opustitev dolžne skrbnosti zdravnika (*ein Verstoß gegen die ärztliche Sorgfaltspflicht*).

Pri odgovornosti zdravnika se zastavlja temeljno vprašanje, ali pojem zdravniške napake vsebuje tudi krivico zdravnika. V teoriji se zastopa stališče, da mora biti prisotna tudi določena stopnja krivde. V postopku praktičnega ugotavljanja, ali obstaja odgovornost zdravnika, se danes praviloma ugotavlja na podlagi kriterija, ali je zdravnik v konkretni situaciji postopal tako, kot se od njega pričakuje v okviru zdravniške stroke. Poudarja se standard razumnega in strokovnega postopanja, pri čemer je medicinski kriterij manj rigorozen in nudi večji maneverski prostor pri ugotavljanju odgovornosti zdravnika. Kot merijo se upoštevajo splošno priznane metode zdravljenja. V nemški praksi se šteje, da so splošno priznane metode, če se uporabljajo vsaj v nekaterih univerzitetnih klinikah. Pomembno je tudi merodajno stanje medicinske znanosti v času ukrepanja zdravnika. Krivda zdravnika pa se vedno ocenjuje *ex ante* ne pa *ex post*. Poznejša odkritja medicine imajo vpliv pri ugotavljanju odgovornosti samo, če potrjujejo pravilnost medicinskega ukrepanja, torej, če gre v korist zdravniku. Ob takšnem relativno nedoločenem pristopu ugotavljanja odškodninske odgovornosti zdravnika je težko odgovoriti na vprašanje, ali zdravnik odgovarja po načelu objektivne ali subjektivne odgovornosti.<sup>1</sup>

V preteklosti se je vedno zastopalo stališče, da zdravnik odgovarja vedno samo za veliko malomarnost, ne pa tudi majhno malomarnost, vendar pa sodobna sodna praksa in pravo zastopa stališče, da zdravnik odgovarja za škodo tudi zaradi majhne malomarnosti. Pri tem je

---

<sup>1</sup> Objektivna odgovornost pomeni, da odgovarja zdravnik vedno, kadar škodna posledica nastopi, če ni vzrok škode v okoliščinah, ki ni bila predvidljiva in je zdravnik ni mogel preprečiti (višja sila), ali pa da gre za dejanje tretje osebe oziroma samega pacienta.

Pri krivdni ali subjektivni odgovornosti pa je v slovenskem pravu povzročitelj kriv in odgovoren za nastalo škodo, ne glede na stopnjo krivde (namen, velika malomarnost ali majhna malomarnost), če povzročitelj ne more dokazati, da ni kriv (predpostavljena krivda).

treba opozoriti, da se na področju odškodninske odgovornosti zdravnika upošteva objektivno merilo za ugotavljanje poklicne skrbnosti oziroma neskrbnosti. Merilo, ali je zdravnik nastopal s potrebno poklicno skrbnostjo, se ugotavlja glede na konkretne okoliščine, ali je zdravnik postopal tako skrbno, kot je to mogoče pričakovati od izkušenega in vestnega zdravnika istega ranga v stroki. Tako je treba postopek zdravnika splošne prakse primerjati z izkušenim zdravnikom splošne prakse, ravnanje specialista pa s specialistom. V naši pravni terminologiji se to obravnava kot standard dobrega strokovnjaka, vendar v okviru profesionalne graducije konkretnega poklica. Omenjene kriterije je mogoče obravnavati glede na okoliščine primera, strožje in manj strožje (*Die Situation ist Meister der Sorgfalt*). Razumljivo je, da se nižji standard skrbnosti ne more opravičevati s prakso, ki je običajna v določenem zavodu ali na določenem območju.

Kršitev pravic glede telesne integritete, to je zdravljenje brez pristanka pacienta ali samovoljno zdravljenje, je poseg v osebne pravice človeka (*voluntas aegroti suprema lex*). Zdravnik pred posegom mora dobiti pristanek pacienta za zdravljenje. Zakon določa v katerih primerih je mogoče zdravljenje mogoče brez pristanka pacienta. V skladu z načelom *volenti non fit iniuria* pristanek pacienta izključuje protipravnost medicinske intervencije, pod pogojem, da je pristanek pravno veljaven in da so izvedeni tisti postopki, za katere je pacient dal pristanek. S svojim pristankom na določeno medicinsko postopanje prevzema na sebe rizik za posledice, vendar to ne pomeni, da pristaja na posledice, ki so v vzročni zvezi z zdravniško napako. Pristanek mora biti svoboden in pacient mora razumeti, kaj pomeni dajanje takšnega pristanka. Pacient mora imeti sposobnost razsojanja. Rzsodnost je priznana osebam, ki so starejše od 14 let, v nemški sodni praksi pa tudi tistim, ki so mlajši od 14. let pod določenimi pogoji. Za mlajše osebe dajo pristanek njihovi zakoniti zastopniki ali skrbniki. Pristanek se lahko vsak čas prekliče; to velja tudi za preklic pristanka v teku samega medicinskega postopka. Če bi prekinitev intervencije imela hude posledice za pacienta, je zdravnik dolžan nadaljevati s postopkom zdravljenja. Pristanek pa nikakor ne more biti pravno veljaven, če se nanaša na nedovoljene protipravne postopke, npr. pristanek za nedopustni splav. Veljavnost pristanka, ki bi bil splošen, ne zadošča; pacient mora dati pristanek na konkretni poseg in mora biti seznanjen z morebitnimi posledicami takšnega posega. Breme dokazovanja, da je pristanek bil pravno veljaven, leži na zdravniku.

Obveznost zdravnika v postopku pridobivanja pristanka na zdravljenje je obveznost obveščanja in pouka zdravnika (*Aufklärungspflicht, informed consent, cosentement eclairs*) je utemeljena ne samo v pravici občana, da je obveščen o vseh vprašanih, ki zadevajo njegovo zdravje, tudi v samem zakonu in je razumljivo to tudi sestavina etično moralnega odnosa med zdravnikom in pacientom. Pri tem je vrsta odprtih vprašanj, o katerih ni enotnega stališča, kot na primer obseg obveščanja in možnost razumevanja pacienta problematike diagnoze ipd.<sup>2</sup>

V zvezi z vprašanjem pristanka in pravnega obveščanja zdravnika se zastavlja vprašanje, ali zdravnik odgovarja tudi, če ni dobil pristanka pacienta na poseg oziroma ga ni pravilno obvestil, pa je zdravljenje bilo uspešno, kar pomeni, da pri tem ni bilo nobene zdravniške napake. V tem primeru tudi zdravnik lahko odgovarja, vendar za škodo, ki bi nastala kot posledica posega v osebne pravice človeka na telesno integriteto, torej za nematerialno

---

<sup>2</sup> Glejte podrobneje, Rok Lampe, "Informend consent" razmerje bolnik –zdravnik v luči zavestne privolitve v ZDA, Medicina in pravo, Maribor, 2004, str. 163 in Barbara Novak, Pravni vidiki pojasnilne dolžnosti, ibidem str. 175.



škodo. V pravni teoriji se poudarja, da ne bi bilo potrebno priznati tudi takšne materialne škode, če je s samovoljnim zdravljenjem rešeno življenje pacienta. Pri tem gre za ocenjevanje znanega načela sorazmernosti pri varstvu posameznih osebnostnih pravic.

Če pa poseg ni uspešen, pa zdravnik odgovarja za vso škodo, četudi je poseg izveden de lege artis v skladu s starim rimskim načelom *versari in re illicita* (*Versanti in re illicita imputantur omnia, quae ex delicto sequuntur*), kar lahko prevedemo: tisti, ki se udeleži nedovoljenega dejanja, odgovarja za vse škodljivo, kar je s tem povezano.

Kot tretji temelj odškodninske odgovornosti na področju nudenja medicinskih storitev je kršitev dolžnosti nudenja nujne medicinske pomoči, ki se konkretizira kot obveznost nudenja nujne medicinske pomoči in obveznost nudenja prve pomoči. Dolžnost je predpisana z zakonom. Po določbah Obligacijskega zakonika zdravnik odgovarja za škodo tudi, če ni sklenil s pacientom ustreznega pogodbenega razmerja. V določenih primerih je sklenitev pogodbe o nujenju zdravstvene storitve obvezna s strani zdravstvene ustanove oziroma s strani zdravnika. Tudi takšna situacija je lahko temelj za odškodninsko odgovornost zdravnika.

### 3. SPLOŠNE PREDPOSTAVKE ZA ODŠKODNINSKO ODGOVORNOST ZDRAVNIKA

Pogoj za nastanek odškodninske obveznosti zdravnika je nastop nedopustnega ravnanje ki je v nasprotju s stroko, pravom ali pa moralo. Govorimo o nedopustnem ravnanju. To je zlasti nudenje zdravstvenih storitev v nasprotju s pravili medicinske stroke. Med omenjenim dejanjem in škodno posledico (smrt, poslabšanje zdravja ali poseg v integriteto človeka), mora obstajati vzročna zveza. O vzročni zvezi obstaja vrsta teorij, na podlagi katerih je mogoče ugotavljati, ali obstaja vzročna zveza med ravnanjem in škodo. Praviloma se na področju medicine uporablja teorija adekvatne vzročnosti, kar pomeni, da obstaja vzročna zveza, če je posledica primerna in adekvatna ravnanju povzročitelja in jo je, če gledamo s subjektivne strani, zdravnik mogel ali moral pričakovati.

Nastanek škode je splošna predpostavka. Škoda je lahko premoženjska ali nepremoženjska. Višino škode dokazuje oškodovanec, pri čemer po našem pravu povzročitelj odgovarja za premoženjsko ali nepremoženjsko škodo enako.

Razen omenjenih treh predpostavk mora obstajati tudi odgovornost zdravnika za povzročeno škodo, to je odgovornost zdravnika za protipravno ravnanje. Odgovornost zdravnika za škodo ugotavljamo na podlagi subjektivnih in objektivnih meril, tako da imamo v pravni teoriji tri vrste odgovornosti. Prva najstarejša pravna odgovornost je krivdna odgovornost (subjektivna krivda), ki je utemeljena v odnosu zdravnika do škodne posledice. Krivda se lahko izkaže kot namerno povzročena škoda, (zdravnik je vedel in se zavedal možnosti nastanka škode in je želel, da škoda tudi nastopi (*dolus*).

Krivda je podana tudi takrat, kadar se je zdravnik sicer zavedal, da škoda lahko nastopi, vendar je ni želel, je pa dopuščal možnost nastanka škodne posledice. Govorimo o veliki

malomarnosti (*culpa gravis*). Pri tem gre za odnos zdravnika do škodnega dogodka, ki ga ni mogoče pričakovati pri ravnanju drugih zdravnikov v enakih ali podobnih situacijah.<sup>3</sup>

Krivda v obliki majhne malomarnosti (*culpa levis*) je podana, kadar povzročitelj ravna v nasprotju s pričakovanji, ki jih je mogoče pričakovati od posebej skrbnih ljudi.

V slovenskem pravu na področju odškodninske odgovornosti velja načeloma pravilo, da odgovarja povzročitelj za vsako stopnjo krivde, če to s posebnim zakonom ni določeno drugače. Tako je npr. odgovornost delavca za škodo, ki jo povzroči s svojim delom tretji osebi, omejena le na namerno povzročeno škodo in škodo povzročeno z veliko malomarnostjo. Delavec ne odgovarja za škodo povzročeno z majhno malomarnostjo.

V nekaterih pravnih sistemih je pri poslovnih pogodbenih odnosih mogoče izključiti odgovornost za majhno malomarnost, kar pa je z vidika sodobnega prava sporno. Pri krivdni odgovornosti je bistveno, da krivdo povzročitelju mora dokazovati oškodovanec. Če ne uspe dokazati krivde, povzročitelj ni dolžan povrniti škode.

Odgovornost zdravnika je podana, če so podane splošne predpostavke za nastanek odškodninske obveznosti; 1) obstoj protipravnega ravnanja, 2) nastanek škode, 3) vzročna zveza med nedopustnim ravnanjem in škodo ter 4) obstoj subjektivne krivde ali objektivne odgovornosti.

#### **4. ZAVAROVANJE ODGOVORNOSTI ZDRAVNIKA**

Po določbah 61. člena Zakona o zdravniški službi (ZZdrS) mora zdravnik, ki dela neposredno z bolniki, biti zavarovan za odgovornost za škodo, ki bi lahko nastala pri njegovem delu. Zaposlenega zdravnika zavaruje delodajalec. Cilj zavarovanja zdravnika je zagotovitev plačila škode. Samo zagotavljanje odškodnine pa je predvsem ekonomski problem: kako zagotoviti prenos premoženja iz lastnine zdravnika oškodovancu, to je bolniku, oziroma njegovim svojcem?

##### **4.1. Pojem zavarovanja odgovornosti**

S problemom zagotavljanja odškodnine se ukvarja zavarovalništvo kot specifična gospodarska dejavnost, ki skrbi za varstvo pred ekonomskimi posledicami škodnih dogodkov. Bistvo škodnih posledic, če že nastanejo in jih ni mogoče popolnoma preprečiti, se najlažje odpravi, če se jih odpravlja skupno, vzajemno in če odprava škode leži na solidarnosti vseh tistih, ki so zaradi škode prizadeti ali so neposredno udeleženi pri škodi s svojim premoženjem. Vzajemnost, solidarnost, zakon velikih števil, disperzija rizika pa so temeljna načela institucije premoženjskega in osebnega zavarovanja! Zavarovanje je pomembna institucija v družbenem in gospodarskem življenju, ki zagotavlja ekonomsko varnost, s tem da se z njegovo pomočjo

---

<sup>3</sup> Pri tem opozarjamo, da ugotavljanje velike malomarnosti v kazenskem pravu ni enako, kot v civilnem pravu. V kazenskem pravu se ugotavlja, ali obstaja velika malomarnost z vidika subjektivnega odnosa samega storilca do ravnanja ki ima znake kaznivega dejanja, medtem ko v civilnem pravu se primerja ravnanje povzročitelja konkretne situacije z ravnanjem drugih, ki bi se znašli v taki situaciji.

oblikuje skupen sklad sredstev, s katerim se ohranja vrednost lastninskega premoženja posameznega subjekta v primeru nepredvidenih škodnih dogodkov. Posebna oblika zavarovanja je zavarovanje pred odgovornostjo oziroma zavarovanje odgovornosti, ki ima splošne značilnosti premoženjskega zavarovanja. Zavarovanje odgovornosti je predvsem namenjeno zaščiti oškodovanca z zagotavljanjem materialne osnove za plačilo odškodnine in zaščiti povzročitelja pred odškodninskimi zahtevki tretjih oseb.

Pri zavarovanju odgovornosti srečujemo troje pravnih razmerij:

- **prvo** je tako imenovano odgovornostno ali odškodninsko razmerje, ki nastane zaradi povzročene škode med **povzročiteljem (zdravnikom) in oškodovancem (bolnikom)**;
- drugo je zavarovalno razmerje, ki je urejeno z zavarovalno pogodbo med povzročiteljem (zavarovancem - zdravnikom) in zavarovalnico. Pravice in obveznosti pogodbenih strank so določene v Obligacijskem zakoniku (OZ) in zavarovalni pogodbi (polici in v pogojih zavarovanja), ki pa morajo biti v skladu z zakonom, ki vsebuje pretežno »*ius cogens*« (prisilne) norme;
- **tretje** je kritno razmerje, ki se oblikuje med oškodovancem (bolnikom) in zavarovalnico na podlagi zavarovanja odgovornosti, ki ga ureja zakon v okviru institucije neposredne pravice oškodovanca, da terjaja plačilo odškodnine od zavarovalnice in pravico do neposredne tožbe (*actio directa*).

#### **4.2. Predmet zavarovanja odgovornosti zdravnika**

Omenjeno zavarovanje odgovornosti zdravnika zajema praviloma le zakonsko in poklicno odgovornost zavarovanega zdravnika za premoženjsko in nepremoženjsko škodo, za katero zdravnik odgovarja na podlagi kršitev strokovnih pravil zdravljenja in pri izvrševanju obveznosti iz pogodbe o nudenju zdravstvenih storitev.

Zavarovanje krije vso odškodnino in stroške postopka, ki jih mora plačati zdravnik oziroma njegov delodajalec za škodo, povzročeno bolniku oziroma njegovim svojcem, razen če gre za določene primere odškodninske odgovornosti, ki so v zavarovalnih pogojih izključeni. Med stroške, ki jih mora plačati zavarovalnica zavarovalni pogoji običajno prištevajo sodne stroške, stroške odvetnikov, ekspertiz, ugotavljanja višine in vzroka škode ipd.

V teoriji zavarovalnega prava je še vedno sporno, kaj se šteje za zavarovalni primer pri zavarovanju odgovornosti. Zavarovalni primer v premoženjskem zavarovanju je vedno nastanek škode, pri določenih zavarovanjih pa se kot zavarovalni primer šteje nastanek vzroka škode. Pri zavarovanju odgovornosti je možno upoštevati kot zavarovalni primer vzrok za nastanek škode, nastanek škode in uveljavljanje odškodnine. Nastanek škode, ki je praviloma zavarovalni primer pri ostalih oblikah premoženjskega zavarovanja, se pri zavarovanju odgovornosti zdravnika v tujini ne uporablja. Kot zavarovalni primer se pri zavarovanju odgovornosti, praviloma zdravnika, šteje uveljavljanje odškodninskega zahtevka, izjemoma pa tudi nastanek vzroka za povzročitev škode.

### 4.3. Izključitve iz zavarovanja odgovornosti

Najpomembnejša vprašanja, ki so predmet številnih sporov pri zavarovanju odgovornosti zdravnika, so tako imenovane izključitvene klavzule, ki izključujejo posamezne odškodninske zahteve. Če je zahtevek iz zavarovanja izključen, je zavarovalnica oproščena vseh svojih obveznosti. Vse izključitve izrecno naštevajo pogoji zavarovanja, poznamo pa jih kot »klavzule o izključitvi rizika«. Sam sistem klavzul je v pogojih različen. Skupno za vse izključitvene klavzule je vprašanje dokazovanje tistega dejstva, ki zavarovalnico oprošča njenih obveznosti. O tem srečujemo mnogo razprav v tuji literaturi pa tudi sodnih odločb.

V večini primerov se pravilno ugotavlja, da mora zavarovalnica dokazati okoliščine, ki izključujejo njeno obveznost poravnave škode. V nemškem pravu nosi breme tega dokaza zavarovalnica, ki mora dokazati okoliščine, ki imajo za posledico izključitev zavarovalnega jamstva. To pravilo velja za vse izključitvene klavzule, pa tudi za tiste, ki imajo samo pojasnjevalni značaj, kot npr. »klavzula o pomenu določenega pojma v zavarovalnih pogojih«. Pri večini izključitvenih klavzul ni pomembno ravnanje zavarovanca - zdravnika, temveč obstoj določenega stanja. Zadostuje dokaz, da je škoda nastala iz določenega vzroka ali na določen način, ki je po zavarovalnih pogojih izključen iz zavarovanja. Praksa pa dovoljuje izrecni dogovor, da nosi pri posameznih izključitvah breme dokazovanja oškodovanec.

Iz omenjenega zavarovanja se praviloma izključujejo zahtevki, ki so naperjeni zoper zdravnika zaradi dejanj, ki niso povezana z zdravljenjem bolnika. Zavarovalnice izključujejo tovrstne odškodninske zahteve zaradi tega, ker gre za dejanja, ki so lahko predmet drugih vrst zavarovanja pred odgovornostjo.

Zavarovalnica krije škodo, ki bi jo moral plačati zdravnik ali njegov delodajalec do višine zavarovalne vsote, pri čemer so vedno izključeni vsi zahtevki v zvezi s pogodbeno kaznijo, denarno kaznijo in zahtevki, ki imajo kakršenkoli značaj kazenske sankcije. Zavarovanje krije tudi stroške, ki so storjeni po načelu vestnosti in poštenosti v zvezi z uveljavljanjem plačila škode od odgovornega zdravnika. V izjemnih primerih lahko zavarovanje krije tudi stroške, ki niso povezani z uveljavljanjem odškodnine neposredno, imajo pa z njo določeno vzročno zvezo, npr. stroški kazenskega postopka, v katerem se ugotavlja, ali je pri zdravljenju bolnika bilo storjeno kaznivo dejanje. Plačilo odškodnine in stroški ne smejo praviloma preseči zavarovalne vsote.

Pri prostovoljnem zavarovanju odgovornosti zdravnika se zavarovatelji praviloma dogovarjajo z zavarovanci o franšizi (*samopridržaj*). Franšiza, pomeni oprostitev zavarovalnice od plačila škode do določenega zneska, ali pravico, da od odškodnine odbije določen odstotek. Pri obveznem zavarovanju zdravnika po cit. 61. členu ZZdrS pa franšiza ni predvidena in se v praksi ne dogovarja.

Iz zavarovanja odgovornosti zdravnika so izključeni vsi odškodninski zahtevki zaradi namerno povzročene škode. Ker pa gre v tem primeru za obvezno zavarovanje, zavarovalnica plača odškodnino oškodovancu, zoper zdravnika pa ima pravico regresa tj. pravico zahtevati vrnitev izplačane odškodnine.

Iz zavarovanja so izključeni vsi odškodninski zahtevki v zvezi s plačilom denarne kazni ali pa odškodnine, ki ima značaj kaznovanja, kot so različne oblike penalov, ki jih določa sodišče ali

pa so določene v zakonu. Gre za zahtevke, ki nimajo naravo nadomestila škode, temveč plačila kazni, ne glede na to, ali so kazni določene z zakonom ali pa z odločbo pristojnega organa. Tukaj gre za klasično izključitev, ki jo poznamo kot univerzalno izključitev na področju zavarovanja nasploh. Izključeni so tudi zahtevki, ki jih zaradi nepravilnosti v poslovanju uveljavlja državni nadzorni organ .

V zvezi z denarnimi kaznimi zavarovalni pogoji izključujejo tudi plačilo denarnih zneskov, ki bi bili povezani z različnimi oblikami prevar, odškodnin zaradi obrekovanja, žalitev in s kršitvijo dobrih poslovnih običajev oziroma poslovne morale. Sem štejemo tudi zlorabo položaja oziroma pravic zdravnika, ki niso neposredno v zvezi z zdravljenjem, npr. razkritje medicinske skrivnosti.

Zavarovalnica tudi ne krije odškodninskih zahtevkov, ki bi bili naslovljeni na zdravnika zaradi kršitve poklicnih dolžnosti, ki pa niso povezane z zdravljenjem. To so praviloma odškodninski zahtevki, za katere odgovarja zdravnik npr. kot član poslovodstva zdravstvene organizacije. Sporno je, ali so kriti zahtevki bolnika zaradi zdravljenja, ki ga je zdravnik opravil zasebno in zdravljenje ni evidentirano pri zdravnikovem delodajalcu. Iz zavarovanja poklicne odgovornosti so praviloma izključena ravnanja, ki jih zavarovanci (v našem primeru zdravniki) opravijo za tretjo osebo v svojem imenu in za svoj račun oziroma v imenu in za račun tretje osebe, ki pa ni zavarovalec oziroma zavarovanec. Tovrstni odškodninski zahtevki se lahko zavarujejo v okviru poklicne odgovornosti pri posameznem poklicu s posebno zasebno polico.

Prav tako so v zvezi z zavarovanjem izključene vse škode, ki bi nastale zaradi tega, ker zdravnik določene stvari ni zavaroval kljub zakonski dolžnosti zavarovanja, npr. zdravnik je opustil zavarovanje avtomobilske odgovornosti motornega vozila, ki je povzročilo škodo bolniku, ki ga je zdravil, npr. pri prevozu bolnika v bolnišnico.

Iz zavarovanja odgovornosti so izključene vse škode, ki bi bile povezane z nelojalno konkurenco na področju izvajanja bolniške službe. Zasebni zdravnik lahko krši predpise o varstvu konkurence ali varstvu potrošnikov; vse posledice kršitve zakona o varstvu konkurence in tržnega prava so izključene iz zavarovanja. Iz omenjenega zavarovanja so izključene vse škode, ki so v kakršni koli povezavi z zdravljenjem z uporabo nepreizkušenih metod zdravljenja, če to ni posebej dogovorjeno v pogodbi.

Pri zavarovanju odgovornosti zdravnika se v praksi pogosto pojavlja tudi situacija, ko zdravnik posredno ali neposredno spodbuja bolnika, da uveljavlja odškodnino pri zavarovalnici na podlagi omenjenega zavarovanja. Pri splošnih vrstah zavarovanja pred odgovornostjo takšna iniciativa ali pa vzpodbuda, ki jo daje povzročitelj, to je zavarovanec oškodovancu, praviloma nima nobenih posledic, če ne pomeni tudi priznanja utemeljenosti odškodninskega zahtevka. V tuji praksi pa je mogoče zaslediti zavarovalnice, ki izključujejo odškodninske zahtevke, ki bi jih vzpodbudil ali iniciral zdravnik na ta način, da bi oškodovancu predlagal uveljavljanje odškodninskega zahtevka. Vzodbujanje pomeni tudi dajanje podatkov oziroma vplivanje na oškodovanca, da vloži odškodninski zahtevke. Pri tem zavarovalnice odklanjajo tudi odškodninski zahtevke, če zdravnik sicer sam ne vzodbuja oškodovanca, da uveljavlja odškodnino, temveč so to storili drugi v njegovem imenu, npr. strokovne službe zdravstvene organizacije.

#### 4.4. Obveznosti v primeru zavarovalnega primera

Zavarovalec (bolnišnica, zdravstveni zavod) oziroma zavarovanec (zdravnik) mora v najkrajšem času sporočiti zavarovalnici uveljavljanje odškodninskega zahtevka bolnika oziroma oškodovanca. V konkretnem primeru je to odškodninski zahtevak, ki ga naslovi oškodovanec na zdravnika ali na njegovega delodajalca. Zavarovalni pogoji določajo praviloma kratke roke za prijavo škodnega dogodka.

V tujini, npr. v ZRN, se opustitev takojšnje prijave zavarovalnega primera šteje kot kršitev pogodbene obveznosti, ki ima za posledico oprostitev zavarovalnice, da plača odškodnino. V slovenskem pravu ne poznamo takšne rigorozne sankcije za opustitev prijave zavarovalnega primera. Zavarovalnica ne sme zavrniti odškodninskega zahtevka zaradi opustitve takojšnje prijave, ima pa pravico do kritja stroškov zaradi zamude pri prijavi. Enako rešitev najdemo v zavarovalnih pogojih slovenskih zavarovalnic.

V zavarovalnih pogojih zavarovalnice praviloma zahtevajo, da zdravnik ne sme zavrniti odškodninskega zahtevka in prav tako ga ne sme priznati ali pa celo plačati. Klavzula o prepovedi zavrnitve odškodninskega zahtevka pravi, da zavarovanec ne sme zavrniti po svoji presoji odškodninskega zahtevka, temveč mora o postavljenem odškodninskem zahtevku obvestiti zavarovalnico, sam pa se mora vzdržati kakršnih koli izjav. Njegova je obveznost, da sodeluje z zavarovalnico, pri tem pa pazi, da ne bi s kakšnim konkludentnim dejanjem zavarovalnici onemogočil izven sodno poravnavo. Če bi namreč postavljeni zahtevak sam zavrnil, bi zavarovalnici lahko povzročil škodo zaradi nepotrebno nastalih pravnih stroškov.

Prav tako zavarovanec, to je zdravnik, ne sme priznati ali plačati v celoti oziroma delno odškodninskega zahtevka (prepoved poravnave).

#### 5. SKLEPNO

Glede na to, da gre za specifično vrsto zavarovanja, katerega predmet je večplastna odgovornost nosilcev zdravstvene službe, se pri obravnavanju odškodninske odgovornosti in sklepanju zavarovanja zahteva posebna pozornost. Zavarovanje naj bi krilo predvsem samo premoženjsko škodo, ne pa različnih oblik osebne škode, npr. kadar bi člani posloводства bili odgovorni za telesno poškodbo ali smrt, za katero bi morala družba plačati odškodnino. V teoriji in praksi se zastavljajo vprašanja, katera stopnja krivde bi naj bila krita z omenjenim zavarovanjem, Z vidika zavarovalnega prava je možno, da so vse stopnje krivde krite z zavarovanjem, vendar se v teoriji zastopa stališče, da zavarovanje naj ne bi prevzelo kritja za ravnanja, ki so v nasprotju s stroko ali pa če gre za očitno težjo kršitev dolžnosti posloводства.

# NEKATERI VIDIKI PACIENTOVE AVTONOMIJE

## SOME VIEWS OF PATIENT'S AUTONOMY

UDK: 342.72/.73-56.24

*Dr. Suzana KRALJIĆ, univ. dipl. pravnica  
Docentka  
Pravna fakulteta Univerze v Mariboru*

### **POVZETEK**

*Avtorica v prispevku opisuje pomen avtonomije pacienta glede medicinskih posegov in zdravstvene oskrbe. Praviloma ni dovoljeno opraviti medicinskega posega ali zdravstvene oskrbe brez soglasja pacienta. Da pa se bo pacient lahko pravilno odločil, mora zdravnik najprej opraviti pojasnilno dolžnost. Na podlagi pridobljenih informacij se bo nato pacient lahko ustrezno odločil. Pacient ima tudi pravico, da zavrne medicinski poseg ali zdravstveno oskrbo. Pacient lahko poda tudi vnaprejšnjo izjavo volje za primere, ko ne bo sposoben odločati sam o sebi. Za veljavnost vnaprejšnje izjave morajo biti kumulativno izpolnjeni vsi z zakonom predpisani pogoji. Avtorica predstavi tudi izbor primerov avtonomije volje iz domače in tuje sodne prakse.*

### **KLJUČNE BESEDE**

*Pravice pacienta, avtonomija pacienta, vnaprej izražena volja, pojasnilna dolžnost.*

### **ABSTRACT**

*The author describes the importance of the self-determination right of the patient regarding the medical treatment and nursing care. As a rule, it is not allowed to perform the medical treatment or nursing care without the patient's consent. But that the patient should make the rights decision, the doctor should give to the patient informed consent. On the acquired information the patient will be able to make the right decision. The patient has also the rights to refuse the medical treatment or nursing care. The patient can also form the anticipated will for the case, when he/she won't be able to make own decisions. For the validity of the anticipated will must be fulfilled cumulate all with the act prescribed conditions. The author presents also the selection of the cases of patient's autonomy from domestic and foreign court decisions.*

### **KEY WORDS**

*Patient's Rights, Patient's Self-determination, Advance Decision to Refuse Treatment, informed consent.*

### **1. UVOD**

Glavno vodilo pri medicinskih posegih in zdravstveni negi v preteklosti je bilo načelo *salus aegroti suprema lex* (zdravje je najvišji zakon). Kljub temu, da je zdravje danes zelo cenjeno, je omenjeno načelo zamenjalo načelo *voluntas aegroti suprema lex* (pacientova volja je najvišji

zakon). Avtonomija ali samoodločba pacienta (*patient's autonomy, Patientenautonomie*) omogoča pacientu aktivno vključevanje in odločanje o medicinskih posegih in zdravstveni oskrbi, ki se nanašajo na njegovo zdravje. Pacient se je iz pasivnega udeleženca spremenil v aktivnega ter postal soodgovoren za svoje zdravje. Avtonomija pacientu omogoča sprejemanje odločitev, s katerimi pozitivno ali pa tudi negativno vpliva na svoje zdravje ali celo življenje. Da pa bo pacient lahko svojo pravico do avtonomije ustrezno uporabil ter se pravilno odločil, mora biti seznanjen z vsemi relevantnimi okoliščinami medicinskega posega oziroma zdravstvene oskrbe (npr. potekom, riziki, posledicami...).

Pravica do samoodločanja na področju pacientovih pravic je vsekakor del splošne pravice do samoodločanja. Samoodločanje je torej pravna dobrina in osnovni element človeškega dostojanstva in osebnosti, ki je prisotna v mednarodnih in nacionalnih pravnih virih, ki s svojo vsebino posegajo na področje varstva človekovih pravic. Samoodločanje se je razširilo in postalo razpoznavno v medicini in zdravstveni negi šele v zadnjih letih. V preteklosti je bilo samoodločanje močno pod verskim in posvetnim vplivom. To je še posebej prišlo do izraza pri samomoru, ki je bil prepovedan celo s kazenskopravnimi predpisi. Človek torej ni smel razpolagati niti z lastnim življenjem.<sup>1</sup>

## 2. OSNOVNE ZNAČILNOSTI PRAVICE SAMOODLOČANJA PACIENTA

V 1. odst. 26. člena Zakona o pacientovih pravicah (ZPacP)<sup>2</sup> je določeno, ima pacient **pravico do samostojnega odločanja o zdravljenju**. Načeloma pacientu, ki je sposoben odločanja o sebi, brez njegove privolitve ni dovoljeno opraviti medicinskega posega<sup>3</sup> oziroma zdravstvene oskrbe.<sup>4</sup> Vendar pa že sam omenjeni 1. odst. 26. člena ZPacP določa možnost omejitve te pacientove pravice. Omejitev je namreč močno podati, če tako določa zakon in to je podano v:

- a) Zakonu o nalezljivih boleznih (ZNB)<sup>5</sup> – po 20. členu ZNB se morajo osebe, ki zbolijo ali za katere se sumi, da so zbolele za nalezljivo boleznijo zdraviti, če bi opustitev zdravljenja ogrozila zdravje drugih ljudi ali povzročila širjenje nalezljive bolezni.
- b) Zakonu o duševnem zdravju (ZDZdr)<sup>6</sup> - iz 39. člena ZDZdr izrecno izhaja, da je zdravljenje osebe v oddelku pod posebnim nadzorom brez privolitve dopustno, vendar morajo biti pri tem kumulativno izpolnjeni vsi taksativno naštetih pogoji, in sicer:
  - i) če oseba ogroža svoje življenje ali življenje drugih ali če huje ogroža svoje zdravje ali zdravje drugih ali povzroča hudo premoženjsko škodo sebi ali drugim;
  - ii) če je ogrožanje iz tč. i posledica duševne motnje, zaradi katere ima oseba hudo moteno presojo realnosti in sposobnost obvladovati svoje ravnanje;

---

<sup>1</sup> Holzhauser, str. 518.

<sup>2</sup> Obj. v Ur. l. RS, št. 15/2008 (v nadaljevanju ZPacP).

<sup>3</sup> Po 2. tč. 2. člena ZPacP je medicinski poseg vsako ravnanje, ki ima preventivni, diagnostični, terapevtski ali rehabilitacijski namen in ki ga opravi zdravnik, drug zdravstveni delavec ali zdravstveni sodelavec

<sup>4</sup> Po 22. tč. 2. člena ZPacP so zdravstvena oskrba medicinski in drugi posegi za preprečevanje bolezni in krepitev zdravja, diagnostiko, terapijo, rehabilitacijo in zdravstveno nego ter druge storitve oziroma postopki, ki jih izvajalci zdravstvenih storitev opravijo pri obravnavi pacienta.

<sup>5</sup> Ur. l. RS, 33/2006 – UPB3 (v nadaljevanju ZNB).

<sup>6</sup> Obj. v Ur. l. RS, št. 77/2008 (v nadaljevanju ZDZdr).



iii) če navedenih vzrokov in ogrožanja v tč. i in ii ni mogoče odvrniti z drugimi oblikami pomoči (z zdravljenjem v psihiatrični bolnišnici izven oddelka pod posebnim nadzorom, z ambulantnim zdravljenjem ali z nadzorovano obravnavo);

iv) sprejem na zdravljenje brez privolitve se lahko opravi:

\* samo na podlagi sklepa sodišča, ki se izda po predlogu za sprejem v oddelek pod posebnim nadzorom;

\* v nujnih primerih pa pred izdajo sklepa sodišča, če je to zaradi duševne motnje osebe nujno potrebno, da se osebi omeji svoboda gibanja oziroma preprečijo stiki z okolico (53. člen v povezavi z 38. členom ZPacP).

Takšno stališče pa ni bilo vedno prisotno, saj je v preteklosti prevladovalo stališče, da je treba dati prednost pacientovi integriteti namesto zaščiti pacientove pravice do samoodločanja, kar je nazorno vidno iz sledečega primera sodne prakse.

*Pacientu je bil izveden poseg laporotomije. Pri opravljanju posega je kirurg ugotovil in bil mnenja, da je želodec pretegnjen. Četudi zdravstvena pogodba ni vključevala zmanjšanje želodca, je toženec medicinsko pravilno izvršil dvetretjinsko resekcijo po Bilrothu II. To je bilo medicinsko gledano potrebno in ustrezno zato, ker v visoko atoničnem želodcu, ki se nikoli popolnoma ne izprazni, nastanejo postopki vrenja, ki vodijo k dodatnim obolenjem celotnega prebavnega trakta. Po mnenju OGH se od zdravnika »v smislu odgovornega zdravljenja« ne more zahtevati, da prekine operacijo zgolj zato, da bi od pacienta dobil privoljenje za objektivno potreben nov ali dodaten poseg in da bi ga nato v danem primeru ponovno izvedel. Vrhovno sodišče je dalje presojalo, da ni bistvenega pomena, ali je ob operaciji ugotovljeno stanje življenjsko nevarno ali ne.<sup>7</sup>*

V nasprotju z navedenim primerom mora biti danes izvedba medicinskega posega in/ali zdravstvene oskrbe, ki sta povezana s poškodovanjem telesne integritete ali osebnih pravic pacienta, torej popolnoma krita s pacientovo privolitvijo, da sta zakonita.<sup>8</sup> Takšno stališče jasno izhaja tudi iz mnogih nacionalnih zakonov, ki urejajo danes področje pacientovih pravic.<sup>9</sup>

Preden se pacient odloči, bi ga moral zdravnik seznaniti s predvidenimi diagnostičnimi postopki in s predlaganim zdravljenjem (1. odst. 47. člena ZZdrS). Da bi se lahko pacient pravilno odločil, je treba opraviti **pojasnilno dolžnost** določen čas pred posegom. To naj pacientu omogoči, da bi na razumen način premisli o medicinskem posegu oziroma zdravstveni oskrbi in njenih posledicah (pozitivnih in morebitnih negativnih).

*Mlada ženska se je z zdravnikom za kožne bolezni dogovorila, da ji bo s pomočjo laserskega depilatorja odstranil dlake na rokah in nogah, za katere je ona menila, da motijo njen estetski videz. Na prvem terminu je zdravnik najprej*

---

<sup>7</sup> Bernat, str. 108.

<sup>8</sup> Keilbach, str. 972.

<sup>9</sup> Medicinska oskrba se ne sme opraviti brez predhodne pojasnilne dolžnosti in pacientove privolitve po: 13. in 14. členu izraelskega *Patient's Rights Act* iz leta 1996; 6. členu hrvaškega *Zakona o zaščiti prava pacijenata* iz leta 2004; 6. sekciji finskega *Act on the Status and Rights of Patients* iz leta 1992; 15. sekciji madžarskega *Rights and Obligations of Patients* iz leta 1997; 8. členu litvanskega *Law on the Rights of Patients and Compensation of the Damage to their Health* iz leta 1998; 20.-23. členu latvijskega *The Law of Medicine* idr.

odstranil dlake na desni roki, za kar mu je ženska plačala 250 evrov. Kmalu je prišlo do oblikovanja več sto majhnih brazgotin na desni roki ter do delne pigmentacije kože v obliki temnih lis. Ženska je tožila zdravnika zaradi neustreznega obveščanja ter od njega zahtevala 2.500 evrov iz naslova nematerialne škode ter da ji vrne plačan honorar v višini 250 evrov. Deželno sodišče v Kölnu je priznalo njen celotni tožbeni zahtevek. Opravljeno obravnavo z laserskim depilatorjem pa je označilo kot protipravno telesno poškodbo, ker ni bila predhodno pridobljena popolnoma veljavna privolitev. Sodišče je menilo, da je bilo informiranje o obravnavi pomanjkljivo. Zdravnik je obvestil tožnico samo o možnosti nastopa rdečila kože ter glede nevarnosti sončnih žarkov. Pri tem pa ni omenil rizika glede nastajanja brazgotin in na možnost spremembe barve kože. Omenjena pojasnitev je bila opravljena na dan obravnave z laserskim depilatorjem. Pri tem je sodišče poudarilo, da ta pojasnitev ni veljavna, saj je bila prepozna. Sodišče meni, da je morala biti podana obsežna pojasnitev najkasneje en dan pred intervencijo, da bi tožnica imela dovolj časa, da razmisli o svoji odločitvi. Sodišče je posebej izpostavilo dejstvo, da se velikokrat laserska obravnava označuje kot »moderna«. S tem se pri ljudeh ustvarja napačna predstava, da so te obravnave nerizične in neboleče, kar je bilo potrjeno tudi v tem primeru. Brazgotine in pigmentacija kože na roki mlade ženske ji povzročajo znatno obremenitev. Spremembe na roki, ki jih je utrpela, bodo ostale verjetno celotno življenje, saj tudi obtoženi zdravnik ni nakazal verjetnosti, da se brazgotine odstranijo.<sup>10</sup>

Danes je ravno pri estetskih operacijah, ki niso nujno potrebne z medicinskega vidika, ampak mnogokrat služijo zgolj zadovoljitvi lepotnim nazorom pacientov, zavzeto stališče, da mora biti pojasnilna dolžnost izredno skrbno in natančno izvedena. Ker operacija ni medicinsko potrebna, je potrebno opozoriti na vsako morebitno nevarnost za pacienta. Iz mnogih primerov, v katerih je pacientom nastala škoda, je namreč vidno, da se pacienti sklicujejo ravno na podani obseg pojasnilne dolžnosti: »če bi to vedel, se za operacijo ne bi odločil...«. Strokovnost izvedenega posega namreč mnogokrat sploh ni vprašljiva, ampak ker pacient ni bil opozorjen na morebitno posledico, ki je nastopila, je s tem bila kršena njegova pravica do popolne informiranosti in s tem tudi okrnjena pravica do samoodločanja. Samo pacient, ki je popolnoma informiran, se namreč lahko ustrezno in pravilno odloči in samo v tem primeru je njegova privolitev veljavna.

Postavlja pa se vprašanje, koliko časa pred medicinskim posegom naj pacient poda privolitev? Pacient, ki je pridobil ustrezne in pravočasne informacije, se namreč lahko nato na podlagi pridobljenih informacij odločil za (*informed consent*) ali proti (*informed refusal*) medicinskemu posegu ali zdravstveni oskrbi. Niti ZPacP niti ZZdrS pa ne določata minimalnega časa, kdaj naj bi zdravnik opravil pojasnilno dolžnost. V obrazložitvi Evropski listini o pacientovih pravicah (v nadaljevanju ELPP) se glede pojasnilne dolžnosti navaja, da naj bi se slednja opravila vsaj 24 ur pred medicinskim posegom oziroma zdravstveno oskrbo.<sup>11</sup> Iz nemške sodne prakse izhaja sledeče stališče:

*Načeloma je treba pacienta pred načrtovanim operativnim posegom pravočasno seznaniti, da ima dovolj časa, da lahko pretehta ustrezne razloge za*

<sup>10</sup> Primer povzet po Radišić, str. 136.

<sup>11</sup> European Charter of Patient's Rights, Basic Document, Rome, November 2002, str. 5.

in proti operativnemu posegu, ki mu morajo biti posredovani v osebnem pogovoru z zdravnikom. Le tako lahko pacient uresničuje svojo svobodo do odločitve in s tem pravico do samoodločanja. Pri tem nemška praksa loči med ambulantno in bolnišnično obravnavo. Pri bolnišnični obravnavi je mora zdravnik opraviti pri operativnem posegu pojasnilno dolžnost vsaj en dan pred posegom, medtem ko se pri ambulantni obravnavi lahko popravi pojasnilna dolžnost tudi na sam dan obravnave. To razlikovanje je sodišče utemeljilo s tem, da dejstvo, da ima lahko pacient že samo zaradi dejstva, da je sprejet na bolnišnični oddelek, določene zavore, ki lahko končno vplivajo, da se odloči zoper operacijski poseg. V primeru ambulantne obravnave pa je sodišče izhajalo, med drugim tudi iz organizacijskih možnosti bolnišnice ali ordinacije. Mejo dovoljenega pri ambulantni obravnavi pa predstavlja dajanje pojasnilne dolžnosti »pred vrati operacijske sobe«. Pacient lahko namreč že med podajanjem pojasnilne dolžnosti pričakuje, da se mu bo operativni poseg izvedel. S tem se lahko nanj ustvari pritisk, da pacient misli, da se več ne more odločiti v nasprotju z že začetim postopkom. Kadar pa je pacient bil že večkrat enako operiran in je seznanjen že zelo dobro s celotnim posegom, pa je dovolj, da se mu v primeru ponovne operacije opravi pojasnilne dolžnost tudi tri ure pred posegom.<sup>12</sup>

Ameriško sodišče kot pomanjkljivo opravljeno pojasnilno dolžnost šteje tudi, če zdravnik ne seznanja pacienta, da ima malo izkušenj z uporabo določene tehnike.<sup>13</sup> V Angliji pa je primer *Bolam v Friern Hospital Management Committee* oblikoval danes t. i. **Bolamov test**.

*Elektrokovulzivna terapija (EKT) se uporablja pretežno za obravnavo težkih depresivnih bolezni. Izvaja se pod splošno anestezijo z uporabo mišičnega sproščevalca. Sproščevalec mišic je pomemben, ker EKT povzroča močno krčenje skeletnih mišic. Brez njegove uporabe lahko pride do raztrganja mišic in preloma kosti. V petdesetih letih prejšnjega stoletja so sproščevalec mišic manj poznali kot danes. Večina zdravnikov je uporabljala sproščevalec mišic med EKT, vendar njegova uporaba ni bila brez potencialnih nevarnosti. Zdravnik Bolam je uporabljal na pacientu EKT brez sproščevalca mišic in brez utrjevalca udov, zaradi česar je prišlo do zloma kolka. Postavilo se je vprašanje, ali je zdravnik ravnal malomarno. Dokazi pred sodiščem so pokazali, da bi večina zdravnikov, ki imajo izkušnje, pri uporabi EKT uporabila sproščevalec mišic ali utrjevalec udov. Podporo pa je dobila tudi Bolamova metoda. Iz navedenega primera izhaja, da zdravnik ne ravna malomarno, če ravna v skladu z mnenjem odgovornega telesa, ki poda medicinsko mnenje, četudi je to mnenje manjšinsko. In to je znano danes pod imenom Bolamov test.*<sup>14</sup>

Privolitev pacienta je potrebna tudi v primeru:

- a) sodelovanja v učnem procesu, zlasti ob prisotnosti drugih oseb med izvajanjem zdravstvene oskrbe zaradi zdravstvenega izobraževanja;
- b) uporabe zdravstvenih podatkov za namene, ki ne predstavljajo zdravljenja;
- c) seznanjanja tretjih oseb z zdravstveno dokumentacijo;

---

<sup>12</sup> Povzeto po Hüwe, [www.scoop-aerzteberatung.de/bericht/aktuelles/1300\\_1\\_337](http://www.scoop-aerzteberatung.de/bericht/aktuelles/1300_1_337) (19.3.2009).

<sup>13</sup> *Miles v. Judges* (1997) 37 C.C.L.T. (2d) 160 (Ont. Ct. Gen Div.).

<sup>14</sup> Hope/Savulesco/Hendrick, str. 43-44.

- d) sporočanja informacij o zdravstvenem stanju tretjim osebam;
- e) sodelovanja v medicinskih raziskavah;
- f) preiskav na njemu odvzetem biološkem materialu, pri čemer se te lahko opravijo samo za potrebe njegovega zdravljenja, razen če morebitno drugo rabo biološkega materiala ureja poseben zakon;
- g) razpolaganje s telesom ali deli telesa po njegovi smrti za potrebe medicinskega izobraževanja in znanstvenih raziskav v primeru odvzemu in presaditve delov človeškega telesa zaradi zdravljenja;
- h) darovanje organov, tkiv ali celic v času življenja in po smrti (3. odst. 26. člena ZPacP).

Pacient lahko poda privolitev ustno, z dejanjem oziroma ravnanjem, iz katerega je mogoče zanesljivo sklepati, da pomeni privolitev, ali pisno, kadar to izrecno določa zakon. Privolitev se lahko da tudi za več medicinskih posegov skupaj, če predstavljajo funkcionalno celoto v okviru postopka zdravljenja (4. odst. 26. člen ZPacP). Kot privolitev se šteje torej tudi ravnanje pacienta, iz katerega je mogoče zanesljivo sklepati, da pomeni privolitev. Iz navedenega sklepamo, da je v razmerju do pacienta zelo pomembna tudi neverbalna komunikacija (molk, pogled, stisk roke, poslušanje..). Ti neverbalni načini komuniciranja omogočajo, da se pacient počuti bolje. Pacient namreč spremlja, gleda in posluša zdravnika ali medicinsko sestro, in mimika, gestika in ton glasu marsikdaj pacientu povedo več kakor besede.<sup>15</sup>

Za operativni ali drug medicinski poseg, ki je povezan z večjim tveganjem ali večjo obremenitvijo, mora biti pacientova privolitev dokumentirana na posebnem **privolitvenem obrazcu** (5. odst. 26. člena v povezavi s 27. členom ZPacP). Fotokopijo izpolnjenega in podpisanega privolitvenega obrazca se izroči tudi pacientu (3. odst. 27. člena ZPacP). Iz navedenega sledi, da ZPacP v določenih primerih narekuje obligatornost dokumentiranja pacientove privolitve. Ker pa so določeni posegi povezani z manjšim tveganjem ali obremenitvijo (npr. odvzem krvi iz prsta), ZPacP predvideva obvezno dokumentiranje privolitve zgolj za operativne in druge medicinske posege, ki so povezani z večjim tveganjem ali obremenitvijo. Vendar pri tem ne določa, kdaj je takšen primer podan – ali to pomeni, da bo zdravnik tisti, ki bo odločal, ali gre za poseg z večjim tveganjem ali obremenitvijo?

*Zdravnik, vodja oddelka za ginekologijo, je izvedel pacientki plastično operacijo zategovanja kože na trebuhu. Razen navedenega je bilo pacientki iz telesa v predelu kolka in zunanje strani stegna pacientke odstranjeno 1400 g maščobnega tkiva. Prvi dan po operaciji je pacientka kratkotrajno izgubila zavest. Nato so hitro nastopili krči in nemoč. Zaradi suma embolije, kar je bilo tudi potrjeno, je bila premeščena na oddelek intenzivne nege. Na oddelku ji je bila zaradi zastoja srca izvršena intubacija in reanimacija. Kljub temu je zaradi pomanjkanja kisika utrpela hipoksično poškodbo možganov. Pacientka je tožila zdravnika, ki jo je operiral in bolnišnico, ter zahtevala nadomestilo nematerialne škode zaradi pretrpljenih bolečin v višini 200.000 evrov. V tožbi je navajala, da je zdravnik ni ustrezno informiral pred operacijo. Če pa bi to storil, ne bi pristala na operacijo, ki je bila potrebna samo iz estetskih razlogov. Prvostopenjsko sodišče je ugodilo tožbenemu zahtevku tožnice, ki ga je potrdilo tudi Vrhovno deželno sodišče v Oldenburgu. V obrazložitvi je pisalo, da so se zdravniki tožene*

---

<sup>15</sup> Mohar, str. 111.

*bolnišnice v nasprotju s svojimi dolžnostmi prekršili, saj tožnice niso dovolj obvestili o rizikih operacije ter da je zaradi tega njena privolitve neveljavna, ker je šlo za poseg, ki je tudi po besedah zdravnika, služil predvsem estetskim in kozmetičnim ciljem. Zaradi tega bi morala biti tožnica, po mnenju sodišča, obširno obveščena o rizikih in o možnih komplikacijah. Tožnica je bila visoka 162 cm in je imela 87,6 kg, kar pomeni, da je imela 22 kg preveč. Zaradi tega, je po mnenju sodnega izvedenca, za njeno operacijo obstajal večji rizik glede tromboze. Ker je imela operacija pretežno kozmetični in estetski vidik, je obstajala absolutna dolžnost zdravnikov, da izrecno opozorijo na ta rizik. Sodišče je menilo, da ni dovolj, da je ta nevarnost dovolj opisana v formularju, ki ga bolnišnica uporablja ter da tudi v slednjem ni bila nevarnost dovolj opredeljena, saj je v njem pisalo: »Redka komplikacija je tromboza z eventualno naknadno embolijo. Ta nevarnost se lahko prepreči z dajanjem sredstva, ki preprečujejo strjevanje, ter gibalnimi vajami.« Pacientka je med operacijo dobila samo eno ampula tega sredstva. Sodišče je še izpostavilo, da je pacientka stara samo 26 let ter da je utrpela težko fizično in psihično škodo, ki ji bo trajno kvarila kvaliteto življenja.<sup>16</sup>*

Če pacient ni sposoben odločanja o sebi ali ni zmožen izraziti svoje volje, se lahko opravi nujna medicinska pomoč brez njegove privolitve (28. člen ZPacP). Medicinski poseg oziroma zdravstvena oskrba, ki ne pomeni nujne medicinske pomoči in ki ni povezan z večjim tveganjem ali večjo obremenitvijo, se lahko pacientu opravi brez njegove privolitve pod naslednjimi pogoji:

- a) pacient ni sposoben odločanja o sebi;
- b) zdravnik ni vedel ali ni mogel vedeti, da je pacient, pacientov zdravstveni pooblaščenec, pacientov zakoniti zastopnik ali druga oseba, ki lahko poda privolitve, posegu nasprotoval;
- c) da privolitve iz prejšnje točke ni bilo možno pridobiti v razumnem času;
- d) ter da je medicinski poseg oziroma zdravstvena oskrba pacientu v največjo zdravstveno korist (29. člen ZPacP).

Pacient, ki je sposoben odločanja o sebi, ima pravico zavrniti predlagani medicinski poseg oziroma zdravstveno oskrbo. Zavrnitev pacienta pa se ne upošteva, če bi zaradi njegove zavrnitve bilo ogroženo življenje ali zdravje drugih (1. odst. 30. člena ZPacP), kar je podano, kot že omenjeno v ZNB in ZDZdr. Če zdravnik, ki pacienta zdravi, oceni, da je pacientova odločitev v nasprotju z njegovo najboljšo zdravstveno koristjo in bi zavrnitev lahko ogrozila njegovo življenje ali povzročila nepopravljivo in hudo poslabšanje njegovega zdravstvenega stanja, mora poskusiti pacienta o tem prepričati, po potrebi pa za pomoč zaprositi pacientove ožje družinske člane oziroma predlagati pacientu pridobitev drugega mnenja (2. odst. 30. člena ZPacP). Osnovna pacientova pravica je torej, da lahko poda zavrnitev tudi v primeru, če bi medicinski poseg oziroma zdravstvena oskrba lahko rešila ali podaljšala pacientovo življenje. Če pacient izrazi zavrnitev, mu mora zdravnik pojasniti, kako bo to vplivalo na njegovo zdravstveno stanje. Zavrnitev medicinskega posega ali zdravstvene oskrbe, ki je pacientu nesprejemljiva zaradi verskih prepričanj, kulturne tradicije ali drugih osebnih razlogov, je potrebno ustrezno spoštovati. Pacientova zavrnitev pa ne sme imeti posledic v

---

<sup>16</sup> Primer povzet po Radišič, str. 132-133.

odnosu zdravstvenih delavcev oziroma zdravstvenih sodelavcev do pacienta (3. odst. 30. člen ZPacP).

Glede na vse navedeno, je podana privolitev veljavna, če je pacient:

- a) sposoben odločanja o sebi;
- b) podal privolitev osebno ali po osebi, ki po ZPacP lahko sprejme takšno odločitev namesto njega (npr. zdravstveni pooblaščenec);
- c) dal privolitev po opravljeni pojasnilni dolžnosti;
- d) podano privolitev dal kot rezultat svoje svobodne volje;
- e) privolitev dal pred medicinskim posegom ali zdravstveno oskrbo;
- f) v primerih, ki jih zakon zahteval podal pisno privolitev (npr. 5. odst. 9. člena ZDZdr; 4. odst. 34. člena ZPacP).

Danes velja torej načelo *voluntas aegroti suprema lex*. Postavlja se vprašanje, ali je možno to načelo uporabiti tudi na področju psihoterapije, kjer se namreč ne uporabljajo invazivni, medikamentozni ali celo »krvavi« posegi. Namesto omenjenih se namreč uporabljajo samo besedni »posegi«, ki vplivajo na pacienta. Namen zdravniške pojasnilne dolžnosti je, da se varuje pacientova pravica do samoodločanja. Ta zaščitena dobrina se ne nanaša zgolj na pravico samoodločanja glede lastnega telesa, ampak tudi na pravico do samoodločanja glede lastne identitete, v katero se vsekakor poseže s pogovorom, ki naj bi spremenil pacientovo psihično stanje. Poudarja se, da ni podana razlika, ali zdravnik opravi telesni poseg s skalpelom ali če psihoterapevt opravi psihični poseg s psihoterapevtsko intervencijo. Psihoterapevtski ukrep ima namreč samo smisel, če se z njegovo uporabo vpliva na psiho pacienta. Prizadevanja so usmerjena v spremembo duševne kvalitete z ozdravitvijo ali vsaj zmanjšanjem motenj. Izhajajoč iz navedenega, je potrebno za vse ukrepe pridobiti privolitev pacienta.<sup>17</sup>

### 3. PRAVICA PACIENTA DO VNAPREJ IZRAŽENE VOLJE

Pacientova avtonomija omogoča pacientu tudi, da odloča o sebi vnaprej, ko več ne bo sposoben odločanja o sebi (nem. *Patientenverfügung*; ang. *Advance Decision to Refuse Treatment*). Vnaprej izražena volja pacienta se mnogokrat imenuje tudi pacientova oporoka (nem. *Patiententestament*, *Patient's last will*). Uporaba izraza oporoka je neprimerna, saj se z oporoko označuje pravni posel za primer smrti (*mortis causa*). Pravne posledice nastopijo šele s smrtjo oporočitelja. Vnaprej izražena volja pacienta pa se oblikuje za primer, ko bo pacient še živ, a ne bo sposoben odločanja o samem sebi.

V nemškem pravu zasledimo sledečo definicijo: »*Patientenverfügung* je anticipirana, pisna ali ustna izjava volje pacienta o obliki in obsegu medicinskih in oskrbovalnih dejanj ali nedejanj za primer, da ne bo mogel sam veljavno odločati o sebi.«<sup>18</sup> Iz navedene definicije izhaja, da je lahko vnaprej izražena volja pozitivne ali negativne narave v razmerju do njegovega življenja. S **pozitivno vnaprej izraženo voljo** pacient oblikuje svojo željo po ohranitvi življenja. Tako lahko določi, da naj se izvedejo oziroma naj se ne prekinejo dejanja, s katerimi se ga bo ohranjalo pri življenju. Ta dejanja naj se izvajajo tako dolgo, dokler ne nastopi smrt sama po sebi.

---

<sup>17</sup> Gründel, str. 2988.

<sup>18</sup> Geilen, V: Wenzel, Handbuch des Fachanwalts, str. 380.

Nasprotje navedenemu pa pomeni ti. **negativno vnaprej izražena volja**, saj pri slednji pacient izrazi svojo željo za primer nastopa nepopravljivega teka bolezni ali poškodbe. Pacient lahko natančno določi, katera dejanja ne želi, da se izvajajo, če nastopi takšen trenutek. Pacient se v takšnem primeru odloči za pravico do dostojanstvene smrti.

Po ZPacP ima pacient prav tako pravico do vnaprej izražene volje, ki pa se lahko nanaša na postavitve pacientovega zdravstvenega pooblaščenca, na izključitev ali omejitev določenih oseb ter na zavrnitev bodoče zdravstvene oskrbe.

### **3.1. Pacientov zdravstveni pooblaščenec**

Pacient, ki je sposoben odločanja o sebi in je dopolnil 18 let starosti, lahko vnaprej določi pacientovega zdravstvenega pooblaščenca, ki bo v primeru in za čas pacientove nesposobnosti odločanja o sebi odločal o pacientovi zdravstveni oskrbi in drugih pravicah (1. odst. 32. člena ZPacP). Ta oseba mora biti sposobna odločanja o sebi in mora biti starejša od 18 let. Pacientov zdravstveni pooblaščenec ima pravico do seznanitve s pacientovo zdravstveno dokumentacijo in njegovim zdravstvenim stanjem ter pojasniti, ki so pomembna za odločanje o zdravstveni oskrbi. Pacient postavi svojega zdravstvenega pooblaščenca s pisnim pooblastilom, na katerem mora biti pacientov podpis overjen. V pooblastilu lahko pacient določi navodila in usmeritve glede zdravstvene oskrbe ter morebitne omejitve pravice do seznanitve z zdravstveno dokumentacijo in njegovim zdravstvenim stanjem (3. odst. 32. člena ZPacP). Dano pooblastilo lahko pacient kadar koli prekliče s pisno izjavo, pri čemer ZPacP za odpoved ne zahteva overitve. Pooblastilo lahko v vsakem trenutku s pisno izjavo odpove tudi pooblaščenec, razen če bi odpoved lahko povzročila resno zdravstveno škodo za pacienta (4. odst. 32. člena ZPacP). Podatki o pacientovem zdravstvenem pooblaščenca so izvajalcu zdravstvenih storitev dostopni prek informacijskega sistema kartice zdravstvenega zavarovanja ali centralne evidence zdravstvene dokumentacije (5. odst. 32. člen ZPacP);

### **3.2. Izključitev ali omejitev določenih oseb**

Pacient, ki je sposoben odločanja o sebi in je dopolnil 18 let starosti, lahko s pisno izjavo izključi ali omeji osebe, ki so upravičenci do odločanja o njegovi zdravstveni oskrbi po ZPacP, za primer ko ni sposoben odločanja o sebi. Ta podatek izvajalec zdravstvenih storitev dobi prek informacijskega sistema kartice zdravstvenega zavarovanja ali centralne evidence zdravstvene dokumentacije (33. člen ZPacP).

### **3.3. Zavrnitev bodoče zdravstvene oskrbe**

Ubijanje predstavlja kaznivo dejanje tako v nacionalnih kakor tudi mednarodnih pravnih predpisih. Življenje je ena izmed najbolj cenjenih vrednot. Pravica do življenja pa ni absolutna pravica, saj se življenje lahko odzame le v določenih primerih (npr. pri obrambi katerekoli osebe pred nezakonitim nasiljem). Če to apliciramo na področje medicine in zdravstvene nege, velja, da ni dovoljeno nikomur odvzeti življenja, saj bi s tem bilo storjeno kaznivo

dejanje. Evtanazije ZPacP tako ne pozna, prav tako pa je prepovedana tudi pomoč pri samomoru.

Pacient, ki je sposoben odločanja o sebi in je dopolnil 18 let starosti, ima pravico, da se upošteva njegova volja o tem, kakšne zdravstvene oskrbe ne dovoljuje, če bi se znašel v položaju, ko ne bi bil sposoben dati veljavne privolitve, če:

- a) bi trpel za hudo boleznijo, ki bi glede na dosežke medicinske znanosti v kratkem času vodila v smrt tudi ob ustreznem medicinskem posegu oziroma zdravstveni oskrbi in tako zdravljene ne daje upanja na ozdravitev oziroma izboljšanje zdravja ali lajšanje trpljenja, ampak samo podaljšuje življenje;
- b) bi mu medicinski poseg oziroma zdravstvena oskrba podaljšala življenje v položaju, ko bo bolezen ali poškodba povzročila tako hudo invalidnost, da bo pacient dokončno izgubil telesno ali duševno sposobnost, da bi skrbel zase (1. odst. 34. člena ZPacP).

Omenjeno vnaprej izraženo voljo pacienta iz točke a) je za zdravnika zavezujoča, volja iz točke b) pa mora biti upoštevana kot smernica pri odločanju o zdravljenju (2. odst. 34. člena ZPacP). Za oba primera pa je značilno, da nastopijo okoliščine, ki ne morejo več pripeljati do izboljšanja zdravstvenega stanja pacienta. Vnaprej izraženo voljo je treba upoštevati, ko nastopi položaj, ki ga predvideva navedena opredelitev, in če hkrati ne obstoji utemeljen dvom, da bi pacient voljo v teh okoliščinah preklical (3. odst. 34. člen ZPacP). Nemška Nacionalni etični svet (*National Ethikrat*) je glede navedenega zavzel zanimivo stališče. Vnaprej izražena volja sedaj dementnega pacienta glede zavračanja določenih medicinskih posegov ali zdravstvene oskrbe se ne bo upoštevala, neglede na to da pacient ni sposoben odločanja o sebi, če pacient kaže naravno voljo do življenja. Nemški Nacionalni etični svet je zavzel stališče, da je takšnemu vedenju pacienta potrebno dati prednost pred dano anticipirano izjavo volje.<sup>19</sup> V tem primeru gre za odločanje po načelu *in dubio pro vita* (v dvomu za življenje).<sup>20</sup> Kadar pa je podano stanje, ki nikakor ne bo več pripeljalo do izboljšanja zdravstvenega stanja pacienta in če je pacient podal veljavno vnaprej izraženo voljo za nastop takšnega primera, pa je treba upoštevati, da se danes ne temelji več k absolutni ohranitvi takšnega življenja in da ima pacient pravico do dostojanstvene smrti. Pri tem prevlada načelo *in dubio pro dignitate*.<sup>21</sup> Nejasno pa je, kdaj nastopi »nepovratni smrtni tok osnovnega trpljenja«. Kljub temu da je zdravnik zelo izkušen in velik strokovnjak, bo v posameznih primerih težko opredelil brezupnost zdravljenja. Vedno namreč ostaja dvom, ali vseeno še ne obstaja upanje. Zaradi tega je v vsakem primeru domneva nepovratnosti obremenjena z določeno mero negotovosti.<sup>22</sup> Tudi pri pacientih s ti. apaličnim sindromom (*nem. appalische Syndrom*) gre za »živeče ljudi«, ki imajo prav tako pravico do oskrbe s tekočino in prehrano.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> Angleško sodišče *High Court* se je v zadevi *HE v. a Hospital NHS Trust* ukvarjalo s preklicem vnaprej izražene volje Jehovove priče. Slednja je imela prirojeno napako srce in je izrazila v pisni izjavi vnaprej izražene volje (*ang. Advance decision to Refuse Treatment*, da odklanja transfuzijo krvi. Ko je prišla v bolnišnico z akutnim problemom srca, je izjavila, da ne želi umreti. Opravljena je bila operacija in tudi transfuzija krvi. Sodišče je v tem primeru odločilo, da je pacient podal veljaven preklic predhodno dane vnaprejšnje izjave volje, s tem da je izrazila, da ne želi umreti. Povzeto po Röthel/Heßeler, str. 530.

<sup>20</sup> Holzauer, str. 521.

<sup>21</sup> Holzauer, str. 525.

<sup>22</sup> Deutsch/Spickhoff, str. 439.

<sup>23</sup> Laufs, str. 1616.



V nemški praksi se je oblikovalo stališče, da ni nujno, da se vsebina vnaprej izražene volje nanaša samo na navodila glede postopanja v smrtnem primeru, ko nastopi ti i. nepovratni tek bolezni ali poškodbe. Vsebina vnaprej izražene volje lahko vsebuje tudi napotila o izbiri enega ali več zdravnikov, načina zdravniškega obravnavanja, transplantaciji tujih organov, izbiri nastanitve in nege, odklonitvi določenih zdravil (npr. antibiotikov ali psihofarmakov) itd.<sup>24</sup>

Vnaprej izražena volja mora biti dokumentirana na predpisanem obrazcu (4. odst. 34. člena ZPacP). Izbrani zdravnik in zastopnik pacientovih pravic pacienta pred izjavljanjem vnaprej izražene volje natančno poučita o pomenu in posledicah njegove odločitve. Pisna izjava vnaprej izražene volje pacienta velja pet let.<sup>25</sup> Pacient lahko dano izjavo prekliče s pisno izjavo (6. odst. 34. člena ZPacP).

Da bo pacientova vnaprejšnja izjava volje veljavna, morajo biti torej kumulativno izpolnjene sledeče predpostavke:

- a) starost 18 let (pomeni odstop o splošne starostne meje 15 let po ZPacP);
- b) sposobnost odločanja o sebi;
- c) pisnost in overitev podpisa pacienta;
- d) le v primeru z zakonom taksativno določenih okoliščin;
- e) izrecna poučitev izbranega zdravnika;
- f) petletna časovna omejitev - medicina pomeni danes izredno dinamično področje znanosti. Nova zdravila, nove metode zdravljenja in nove naprave lahko pacientu prinesejo novo upanje. Pet let je dolga doba, v kateri lahko pride do bistvena napredka pri zdravljenju določene bolezni. To je objektivna komponenta. Razen tega pa je treba upoštevati tudi subjektivno komponento. Tudi pacienti pogledi in pričakovanja se lahko v petih letih spremenijo. Npr. pacient je napisal še preden je zbolel, da naj se njegovo zdravljenje nadaljuje v vsakem primeru. Toda, ko nastopi bolezen, se njegovo gledanje na trpljenje, ki ga prestaja, spremeni. To vpliva tudi na to, da spremeni svojo vnaprej izraženo voljo.

Pri tem je potrebno razmejiti med pacientovo pravico do vnaprej izražene volje in pacientovo pravico do zavrnitve posega:

- a) zavrnitev medicinskega posega in zdravstvene oskrbe praviloma lahko praviloma poda oseba, ki je starejša od petnajst let, medtem ko lahko pacient vnaprej izrazi svojo voljo že, ko je star osemnajst let;
- b) pacient o zavrnitvi medicinskega posega ali zdravstvene oskrbe odloča neposredno pred ali med medicinskim posegom ali zdravstveno oskrbo, medtem ko se vnaprej izražena volja nanaša na bodoči in negotovi dogodek;
- c) pri zavrnitvi odloča pacient o zavrnitvi konkretnega medicinskega posega ali zdravstvene oskrbe, medtem ko se pri vnaprej izraženi volji ne odloča nujno o konkretnem medicinskem posegu ali zdravstveni oskrbi;
- d) zavrnitev se poda v primeru dejanske bolezni ali poškodbe, medtem ko pri vnaprej izraženi volji sploh ni nujno, da bo prišlo do nastopa dejanske bolezni ali poškodbe;

---

<sup>24</sup> Keilbach, str. 970.

<sup>25</sup> Tudi v avstrijskem pravu je veljavnost vnaprej izražene volje omejena na 5 let in jo je po preteku tega roka potrebno obnoviti (§ 7 *Patientenverfügungs-Gesetz (PatVG)*).

- e) pri zavrnitvi pacient izraža svojo voljo v stanju, ko je sposoben odločati o sebi, medtem ko pacient pri vnaprej izraženi volji le-to izraža v trenutku, ko je še sposoben odločati o samem sebi, a za primer, ko ne bo več sposoben odločati o sebi;
- f) pri zavrnitvi ni nikakršnih posebnih omejitev in posebnih postopkovnih zahtev za uveljavljanje te pacientove pravice, medtem ko so za vnaprej izraženo voljo določene vsebinske omejitve in posebne procesne zahteve za njeno uveljavljanje.<sup>26</sup>

Po ZPacP mora biti torej vnaprej izražena volja v pisni obliki. V ZDA je primer Terri Shiavo je ameriško javnost razdelil na dvoje.

*Terri Shiavo je bila že 15 let in 34 dni v »budni komi«. Njeno življenje so ohranjali s hranjenjem po cevki. Terri ni zapustila nikakršnih izrecnih navodil glede njene zdravstvene oskrbe. Njen mož Michael je trdil, da je iz pogovorov med Terri in njim izhajalo, da ne bi želela živeti v vegetativnem stanju. Temu je gospa Shiavo, Terrijina mati, ostro nasprotovala. Njegov predlog, da se umakne cevka za hranjenje, je naletel na veliko nasprotovanje Terrijinih staršev. Stališče Terrijinih staršev so podprli tudi drugi, ki odstranitve cevke niso označili kot prekinitev zdravljenja, ki ohranja življenje, ampak kot dejanje evtanazije (evtanazija je v ZDA dovoljena in lahko temelji na pacientovi volji ali na podlagi odločitve sodišča). Odstranitev cevke bi prinesla smrt zaradi dehidracije ali stradanja. To se je tudi zgodilo, saj je po večih letih boja na sodišču zmagal Terrijin mož (več 30 tožb). Terri je umrla dva tedna po odstranitvi prehranjevalne cevke.<sup>27</sup>*

#### 4. ZAKLJUČEK

Samoodločanje pacienta je danes osnovno vodilo pri vseh medicinskih posegih in/ali zdravstveni negi. Pravica do samoodločanja je v bistvo triptih, saj zajema pravico pacienta, da se ga seznanj z vsemi relevantnimi informacijami, pravico, da sprejme oziroma zavrne konkreten medicinski poseg ali zdravstveno oskrbo, ter pravico, da vnaprej izrazi voljo za primere, ko ne bo več sposoben odločati o samem sebi. Gre za osrednjo pravico oziroma tri pravice, ki so v zadnjih 20 letih izredno pridobile na pomenu. Tudi slovenski Zakon o pacientovih pravicah je zajel te pravice. Prvi dve sta bili že prisotni v slovenski ustavni in zakonodaji ureditvi, medtem ko je tretja pravica nova. Dejstvo je, da so tudi pacienti v zadnjih letih postali bolj ozaveščeni glede svojih pravic ter se iz svoje pasivnosti vedno bolj premikajo v smeri aktivnosti oziroma aktivnega sodelovanja v svojem procesu zdravljenja. Težava pa je, da mnogokrat današnji »aktivni pacient« pozablja, da ima tudi dolžnosti.

---

<sup>26</sup> Brulc/Pirc Musar, str. 54.

<sup>27</sup> Primer *Shiavo ex rel. Schindler v. Shiavo* (2005) povzet po Betts/Keepnews/Gentry, V: Mason/Leavitt/Chaffe, Policy & Politics, str. 827.

## UPORABLJENA LITERATURA

- BERNAT** Erwin, Zdravnikova pojasnilna dolžnost – prikaz avstrijskega prava, V: **FLIS** Vojko/**GORIŠEK** Jelka (ur.), *Medicina in pravo III, Pojasnilna dolžnost*, Slovensko zdravniško in pravniško društvo v Mariboru, Maribor 1995 (cit. Bernat).
- BRULC** Urban/**PIRC MUSAR** Nataša, *Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP)*, GV Založba, Ljubljana 2008 (cit. Brulc/Pirc Musar).
- DEUTSCH** Erwin/**SPICKHOFF** Andreas, *Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht*, 6. Auflage, Springer, Heidelberg 2008 (cit. Deutsch/Spickhoff).
- GRÜNDEL** Mirko, Einwilligung und Aufklärung bei psychotherapeutischen Behandlungsmaßnahmen, *NJW 41/2002*, str. 2987-2992 (cit. Gründel).
- HOLZHAUER** Heinz, Patientenautonomie, Patientenverfügung und Sterbehilfe, *FamRZ 8/2006*, str. 518 – 528 (cit. Holzahauer).
- HOPE** Tony/**SAVULESCO** Julian/**HENDRICK** Judith, *Medical Ethics and Law, The Core Curriculum*, Churchill Livingstone, Toronto 2003 (cit. Hope/Savulesco/Hendrick).
- HÜWE** Dirk, Patientenaufklärung drei Stunden vor dem Eingriff kann genügen, [www.scoop-aerzteberatung.de/bericht/aktuelles/1300\\_1\\_337](http://www.scoop-aerzteberatung.de/bericht/aktuelles/1300_1_337) (19.3.2009) (cit. Hüwe).
- KEILBACH** Heinz, Vorsorgeregulungen zur Wahrung der Selbstbestimmung bei Krankheit, im Alter und am Lebensende, *FamRZ 14/2003*, str. 969-982.
- LAUFS** Adolfs, Entwicklungslinien des Medizinrechts, *NJW 24/1997*, str. 1609-1618 (cit. Laufs)
- MASON** Diana J./**LEAVITT** Judith K./**CHAFFE** Mary W. (ur.), *Policy & Politics in Nursing and Health Care*, Fifth edition, Saunders Elsevier, St. Louis 2007 (cit. Avtor, V: Mason/Leavitt/Chaffe, Policy & Politics).
- MOHAR** Pjerina, *Temelji medicinske etike in deontologije*, Zavod RS za šolstvo, Ljubljana 1997 (cit. Mohar).
- RADIŠIĆ** Jakov, *Odgovornost zbog štete izazvane lekarskom greškom u lečenju i u obaveštenju pacijenata*, Nomos, Beograd 2007 (cit. Radišić).
- RÖTHEL** Anne/**HEßELER** Benjamin, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung im englischen Erwachsenenschutzrecht: Mental Capacity Act 2005, *FamRZ 8/2006*, str. 529 – 531 (cit. Röthel/Heßeler)
- WENZEL** Frank (ur.), *Handbuch des Fachanwalts –Medizinrecht*, Luchterhand, Köln 2007 (avtor, V: Wenzel, Handbuch des Fachanwalts).



**INFORMED CONSENT ILI INFORMIRANI PRISTANAK PACIJENTA NA LIJEČENJE U  
HRVATSKOM PRAVU – S NAGLASKOM NA ZAŠTITI PRAVA LIJEČNIKA**

**INFORMED CONSENT ALI INFORMIRANA PRIVOLITEV PACIENTA V  
HRVAŠKEM PRAVU – S POUČKOM NA ZAŠČITI PRAVIC ZDRAVNIKA**

**PATIENT'S INFORMED CONSENT TO HEALING IN CROATIAN LAW – WITH THE  
EMPHASIS ON THE PROTECTION OF THE DOCTOR'S RIGHTS**

UDK: 342.72/.73-056.24(497.5)

*Blanka IVANČIĆ-KAČER, univ. dipl. pravica*

*Študentka Podiplomskega doktorskega študija iz civilnopravnih in družinskopravnih znanosti  
na Pravni fakulteti Univerze v Zagrebu, Hrvatska*

**POVZETEK**

*Avtorica v prispevku opredeljuje problematiko informirane privolitve pacienta na zdravljenje v hrvaškem pravu. Govora je o tem, da gre za vrednote, ki so zaščitene že s samo Ustavo, in sicer gre za življenje in zdravje človeka, natančneje pacienta. Medicina je izredno napredovala in danes se izvajajo mnogi postopki, ki so bili še pred kratkim nepredstavljeni, a se je z njimi položaj pacienta v tem smislu izboljšal. Na eni strani so danes torej večje možnosti za ozdravitev od raznih bolezni, za katerimi se je prej umiralo, po drugi strani pa je pacientom vedno težje razumeti postopke, ki se nad njimi izvajajo z namenom ozdravitve. Mnogokrat se poudarja, da je potrebno paciente zaščititi, redko pa se pojavlja potreba, da se zaščiti tudi zdravnike. Oni so prav tako v izjemno težki situaciji, ker še nimajo samim mnogokrat, zaradi nedorečenosti predpisov, ni jasno, kaj bi morali nuditi pacientu v smislu informiranja. Še večja težava je, da je situacija v zdravstvu (tukaj ne mislimo samo na zdravnike v zasebni praksi) takšna, da imajo zdravniki vsakodnevno na desetine pacientov, gneče so prevelike ter da bi uspeli "obdelati" vse paciente, ki so predvideni, zdravniki nimajo časa za obširno informiranje in eventualno tudi navodila o vsemu, kar se od njih zahteva. Avtorica je v delu poskušala dati odgovor na vprašanje, kako zadovoljiti pravice pacientov in kako zaščititi zdravnike, da bi se lahko pravice enih in drugih čim bolj popolno uresničile.*

**KLJUČNE BESEDE**

*Pacient, zdravnik, informirana privolitev, informiranost, pojasnilo in navodila, odgovornost zdravnika za zdravljenje brez privolitve.*

**ABSTRACT**

*The paper defines the issues of informed consent of patients to treatment in Croatian law. The subject under discussion is values that are protected solely by the Constitution, namely the life and health of humans, particularly patients. Medicine has made considerable progress and many procedures are carried out today that were unimaginable not so long ago, however the patient's position in this sense has improved. On the one hand, nowadays the chances for cure from various illnesses, which had previously been deadly, are higher; on the other hand it is*

*increasingly difficult for patients to understand the procedures that are performed on them with the intention to cure them. Often the emphasis to protect the patients is made, but rarely there is a need to protect the doctors too. They are also in an extremely difficult situation, because many times even to themselves, due to a lack of the regulations, it is not clear what they would need to offer the patients in terms of information. A bigger problem is the situation in health care (and here we think not only about physicians in private practice) where physicians check dozens of patients every day, the crowds are too large and in managing to »treat« all patients provided, physicians do not have time for extensive informing and possible instructions on everything that is requested. The author attempted to answer the question how to meet patients' rights and how to protect physicians, so that rights of both of them would come true as completely as possible.*

#### **KEY WORDS**

*Patient, physician, informed consent, informing, explanation and instructions, physician's responsibility for treatment without consent.*

## **1. UVOD**

Medicinsko pravo je relativno mlada, ali već vrlo složena i po opsegu široka grana prava. Ključni subjekti u ovoj grani prava su liječnici i pacijenti<sup>1</sup>. Liječnici postoje radi pacijenata, kako bi pomogli onima kojima je pomoć potrebna. Međutim, često se, s najboljom namjerom, štiteći prava pacijenata, zaboravlja na prava i obveze liječnika i vrlo ekstenzivno tumačeći prava pacijenata onemogućava ili prilično otežava rad liječnicima. Jedan od najizrazitijih primjera ove pojave je baš kod prava pacijenata na informirani pristanak na liječenje i/ili zahvat. Nažalost, pravne norme koje uređuju medicinsko pravo, pa tako i ovaj dio, su često nepotpune i nedorečene pa stavljaju u nedoumicu i liječnike i pacijente te ni jedni ni drugi precizno ne znaju koja su njihova prava i obveze. Ono što je ključno je da je jedno od temeljnih načela liječničke profesije obvezatno pružanje pomoći potrebitima (a da ovdje ne napominjemo i da postoji kazneno djelo nepružanja pomoći), a to temeljno liječničko načelo je kod informiranog pristanka ponekad u sukobu s ustavnim pravima pacijenata.

U radu se detaljno analizira što jest, a što bi to trebao biti informirani pristanak, uz detaljni pregled pravnih vrela iz kojih pravo na informirani pristanak izvire, uočavaju se kolizije i nedorečenosti u zakonskim tekstovima, ali i u radovima različitih pravnih teoretičara te se nude rješenja kojima bi se prava pacijenata, ali i prava i obveze liječnika mogla u najboljoj i najvećoj mjeri ostvarivati.

## **2. PRAVNA VRELA**

Osnovno pravno vrelo i za ono čime se bavi ovaj tekst kao i za bilo što drugo je Ustav Republike Hrvatske<sup>2</sup>. Iako Ustav sadrži odredbu o pravu svakog ljudskog bića na život i iako je praksa jako proširila tu odredbu, ipak je jasno da Ustav sadrži samo načelne odredbe, a da bi

---

<sup>1</sup> Naravno da postoji cijeli niz subjekata medicinskog prava, veliki broj medicinskih uposlenika, ali sada je riječ o odnosu liječnik – pacijent, za kojega smatramo da je temeljni odnos u medicinskom pravu.

<sup>2</sup> Ustav Republike Hrvatske, NN 56/90., 135/97., 8/98. - pročišćeni tekst, 113/00., 124/00. - pročišćeni tekst, 28/01., 41/01. - pročišćeni tekst, 55/01. - dalje: Ustav.

načelna odredba bila učinkovita, mora biti razrađena zakonskim i podzakonskim aktima. Navest ćemo odredbe Ustava RH, koji su bili temelj za donošenje zakona, koji su onda ta načela razradili da bi nešto od deklaracije prešlo u fazu nečeg što je operacionalizirano i učinkovito, kako bi te ustavne načelne odredbe mogle biti primjenjive u svakodnevnom životu:

### III. ZAŠTITA LJUDSKIH PRAVA I TEMELJNIH SLOBODA

#### 1. ZAJEDNIČKE ODREDBE

##### Članak 16.

Slobode i prava mogu se ograničiti samo zakonom da bi se zaštitila sloboda i prava drugih ljudi te pravni poredak, javni moral i zdravlje.

Svako ograničenje slobode ili prava mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju.

##### Članak 17., stavak 3.

Niti u slučaju neposredne opasnosti za opstanak države ne može se ograničiti primjena odredbi Ustava o pravu na život, zabrani mučenja, surovog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, o pravnoj određenosti kažnjivih djela i kazni, te o slobodi misli, savjesti i vjeroispovijedi.

Za razliku od drugih prava, koja se temeljem čl. 16. Ustava mogu ograničiti samo zakonom<sup>3</sup> da bi se zaštitila sloboda i prava drugih ljudi te pravni poredak, javni moral i zdravlje, pravo na život je ograničeno samo prirodnim zakonom. Pravo na život ne može biti ograničeno "niti u slučaju neposredne opasnosti za opstanak države" (čl. 17. Ustava), a to je potvrđeno odredbom koja zabranjuje smrtnu kaznu (čl. 21., st. 2. Ustava).<sup>4</sup> Neupitnost nekih prava ustavotvorac naglašava stavom da se ni u slučaju neposredne opasnosti za opstanak države ne može ograničiti<sup>5</sup> primjena odredbi o pravu na život.<sup>6</sup>

#### 1. OSOBNE I POLITIČKE SLOBODE I PRAVA

##### Članak 21., stavak 1.

Svako ljudsko biće ima pravo na život.

Pravo na život je najznačajnije ljudsko pravo, najviša vrednota. Svi značajniji međunarodni dokumenti govore o pravu na život. **Opća deklaracija o pravima čovjeka**<sup>7</sup> u čl. 3. određuje:

---

<sup>3</sup> Načelo *sub lege libertas* – slobode i prava se u cilju zaštite sloboda i prava drugih ljudi te pravni poredak, javni moral i zdravlje mogu ograničiti samo zakonom, a ne i drugim pravnim aktima.

<sup>4</sup> Vidjeti tako i više o tome u: Arsen Bačić, Leksikon Ustava Republike Hrvatske, Pravni fakultet u Splitu, Split, 2000., str. 281.

<sup>5</sup> Isto se odnosi i na: zabranu mučenja, surovog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja (prava *habeas corpusa*), na pravnu određenost kaznenih djela i kazni, te na slobodu misli, savjesti i vjeroispovijesti.

<sup>6</sup> Vidjeti tako u: Arsen Bačić, op. cit., str. 254.

<sup>7</sup> Usvojena i proklamirana rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih naroda 217 A (III) od 10. prosinca 1948. Ratificirana Sl. l. Br. 7/1971. – tekst Deklaracije vidjeti na:

[www.pravnadatoteka.hr/pdf/aktualno/hrv/20030425/Opca\\_deklaracija\\_o\\_pravima\\_covjeka.pdf](http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/aktualno/hrv/20030425/Opca_deklaracija_o_pravima_covjeka.pdf)

**Opća deklaracija o pravima čovjeka** (u nekim hrvatskim prijevodima naziva se **Opća deklaracija o ljudskim pravima** ili **Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima** - do danas ne ostoji službeni hrvatski prijevod) je prvi sveobuhvatni instrument zaštite ljudskih prava, proglašen od strane jedne opće međunarodne organizacije, Ujedinjenih naroda. Iako nije donesena kao ugovor, nego samo kao rezolucija koja nema nikakvu pravnu snagu, s ciljem da osigura

„Svatko ima pravo na život, slobodu i sigurnost“, **Europska konvencija o ljudskim pravima**<sup>8</sup> u čl. 2. navodi: “Pravo na život svakoga je zaštićeno zakonom...”, **Konvencija o građanskim i političkim pravima UN-a** u čl. 6. propisuje: “Svako ljudsko biće ima inherentno pravo na život...”.<sup>9</sup> Pravo na život nalazimo u ustavnim dokumentima mnogih zemalja. U nekima je ono konstitucionalizirano na izričit način (kao u Ustavu RH u čl. 21.), a negdje na neizravan način – zabranom smrtne kazne (Ustav Republike Italije u čl. 27., st. 4.). Kako god da bilo određeno pravo na život, ono je vrlo složeno pravo kojeg čine brojna pitanja, poput pitanja statusa ljudskog bića, prava već rođene osobe, značenje prava na tjelesni integritet i na zdravlje, sve do prava na dostojan život itd.<sup>10</sup>

### Članak 35.

*Svakom se jamči štovanje i pravna zaštita njegovu osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti.*

Kazneni zakon<sup>11</sup> sadrži posebnu glavu koja određuje kaznena djela protiv časti i ugleda (gl. 15., čl. 199. – 205.) Zakon o javnom priopćavanju<sup>12</sup> određuje da svaka osoba ima pravo na zaštitu privatnosti, dostojanstva, ugleda i časti. Zakonodavac definira privatnost u čl. 2. st. 10. ZJP kao osobni i obiteljski život. Prema zakonodavcu pravo na poštivanje privatnosti odnosi se na privatni, obiteljski i kućni život, **fizički i moralni integritet, čast i ugled, na neobjavlivanje nepotrebnih i neugodnih podataka** i neovlašteno objavljivanje privatnih fotografija, na zaštitu od špijunaže i neopravdanih i neprihvatljivih indiskrecija, na zaštitu od zlonamjernog korištenja privatnih razgovora, na zaštitu od širenja informacija priopćenih ili primljenih od pojedinaca u povjerenju.<sup>13</sup>

---

"zajedničko razumijevanje" ljudskih prava i sloboda koja se spominju u Povelji UN, tijekom sljedećih desetljeća doživjela je dramatičnu transformaciju u pravni akt koji je obavezan i koji je postao poput pravne abecede za države koje su ga ratificirale. – vidjeti tako na:

[hr.wikipedia.org/wiki/Opća\\_deklaracija\\_o\\_pravima\\_čovjeka](http://hr.wikipedia.org/wiki/Opća_deklaracija_o_pravima_čovjeka).

Iako je Opća deklaracija o ljudskim pravima nadahnuće za većinu međunarodnih zakona o ljudskim pravima, ona sama nije dokument koji zakonski obavezuje države. Međutim, kao opća izjava o načelima, ona ima moć u svijetu javnog mnijenja. Njezina su načela ozakonjena u obliku „Međunarodnog ugovora o građanskim i političkim pravima“ i u „Međunarodnom ugovoru o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima“. Zemlje koje su ratificirale ove sporazume obvezale su se napraviti nacionalne zakone kojima će se štiti ljudska prava. Međutim, više od polovice zemalja svijeta nisu ratificirale „Međunarodni ugovor o građanskim i političkim pravima“ ili „Međunarodni ugovor o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima“. Postoje i regionalni instrumenti za ljudska prava koji su nadahnuti Općom deklaracijom o ljudskim pravima kao što su „Afrička povelja o ljudskim pravima i pravima naroda“, „Europska konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama“ i „Američka konvencija o ljudskim pravima“. Mnogi nacionalni zakoni također jamče ljudska prava. – vidjeti tako na: [www.amnesty.hr/stranica.php?sifra\\_str=opca\\_deklaracija](http://www.amnesty.hr/stranica.php?sifra_str=opca_deklaracija).

<sup>8</sup> Europska konvencija o ljudskim pravima donesena je 22. studenoga 1984. u Strasbourgu, sačinjena na engleskom i francuskom jeziku, a u njoj je izričito navedeno da je donesena u cilju razrade Opće deklaracije o pravima čovjeka – tekst vidjeti na:

[www.hjpc.ba/dc/pdf/Europska%20konvencija%20o%20ljudskim%20pravima.pdf](http://www.hjpc.ba/dc/pdf/Europska%20konvencija%20o%20ljudskim%20pravima.pdf) – dalje: EKLJP.

<sup>9</sup> Vidjeti tako i više o tome u: Arsen Bačić, op. cit., 279. - 281.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> Kazneni zakon, NN 110/97., 27/98., 129/00., 51/01., 105/04., 84/05., 71/06., 110/07., 152/08. – dalje: KZ.

<sup>12</sup> Zakon o javnom priopćavanju, NN 83/96., dalje: ZJP.

<sup>13</sup> Vidjeti tako u: Arsen Bačić, op. cit., str. 374. i 375.



## 1. GOSPODARSKA, SOCIJALNA I KULTURNA PRAVA

### Članak 58.

Svakom se jamči pravo na zdravstvenu zaštitu u skladu sa zakonom.

### Članak 69.

Svatko ima pravo na zdrav život.

Država osigurava uvjete za zdrav okoliš.

Svatko je dužan, u sklopu svojih ovlasti i djelatnosti, osobitu skrb posvećivati zaštiti zdravlja ljudi, prirode i ljudskog okoliša.

Čl. 69. Ustava RH „na prvu“ možemo prepoznati kao ustavnu odredbu kojom se jamči svakome pravo na zdravlje<sup>14</sup>, međutim smatramo da se čl. 69. Ustava RH odnosi na pravo na život u zdravom okolišu, a da se čl. 58. Ustava RH odnosi na pravo na zdravlje u smislu prava na zdravstvenu zaštitu.<sup>15</sup> Doseg čl. 58. Ustava Ustavni sud je proširio odlukom i rješenjem U-I-4892/2004. i U-I-3490/2006. od 12. ožujka 2008.<sup>16</sup> kojom je ukinuo čl. 35. Zakona o zaštiti prava pacijenata<sup>17</sup>. U toj odluci sud je postavio i dodatne standarde glede kvalitete koje moraju ispunjavati propisi s područja zdravstvene zaštite. Osporenom odredbom bilo je propisano pravno sredstvo koje pripada pacijentu za zaštitu njegovih prava: pritužba odgovornoj osobi zdravstvene ustanove. Ocjenjujući pritužbu pacijenta odgovornoj osobi u zdravstvenoj ustanovi, kao sredstvo za zaštitu njegovih prava na obaviještenost i na prihvaćanje ili odbijanje pojedinog zdravstvenog tretmana, Ustavni sud je ocijenio da pritužba nije pravno sredstvo kojim bi se na djelotvoran način moglo ostvariti Ustavom zajamčeno pravo. Razlog takvoj odluci je što ne postoji obveza odgovorne osobe u zdravstvenoj ustanovi da u povodu pritužbe donese pojedinačni akt koji bi nakon toga mogao biti podvrgnut sudskoj kontroli zakonitosti (čl. 19., st. 2. Ustava), već je odlučivanje i pritužbi u cijelosti prepušteno neograničenoj diskrecijskoj ocjeni odgovorne osobe u zdravstvenoj ustanovi.<sup>18</sup>

Pravni osnov pristanka pacijenta na liječenje leži u ustavnom pravu čovjeka na samoodređenje.<sup>19</sup> Pravo na samoodređenje bismo definirali kao pravo čovjeka da sam odluči kakav život želi voditi. Općom deklaracijom o pravima čovjeka ljudima su zajamčena civilna i politička prava, zatim ekonomska, socijalna i kulturna prava pojedinaca i manjina, pravo na mir, na razoružanje, na **samoodređenje** naroda, na zdrav okoliš i pravo na razvoj.<sup>20</sup>

<sup>14</sup> Pojam „pravo na zdravlje“ se prvi put koristi u deklaraciji Svjetske zdravstvene organizacije (WHO) iz 1946. godine: „Uživanje najviše ostvarljivog standarda zdravlja je jedno od temeljnih prava svakog ljudskog bića bez obzira na razliku rase, vjere, političkog uvjerenja, ekonomskog ili socijalnog blagostanja“.- ibid, str. 284.

<sup>15</sup> Vidjeti takav stav i u knjizi: Arsen Bačić, op. cit., str. 283. i 284.

<sup>16</sup> Objavljeno u NN 37/08.

<sup>17</sup> Zakon o zaštiti prava pacijenata, NN 169/04., 37/08. (odluka i rješenje Ustavnog suda) - dalje: ZZPP.

<sup>18</sup> Vidjeti tako u: Željko Potočnjak i Sanja Trgovac, Prava iz socijalnog osiguranja i socijalne skrbi u postupcima apstraktne kontrole ustavnosti zakona, rad za knjigu LIBER AMICORUM IN MEMORIAM JADRANKO CRNIĆ, koja je u pripremi za izdavanje.

<sup>19</sup> Koliko je značajno pravo samoodređenja, govori i to da je pravo na samoodređenje jako naglašeno i u vjeri, i to toliko da se na vjerskoj, katoličkoj internetskoj stranici piše o samoodređenju, na način da se piše o “Anđelu samoodređenja”: „Svaki čovjek ima svog anđela. A s anđelom ima i sebi prirodni glas. Anđeo samoodređenja hoće nas najprije poučiti da svatko ima svoj glas. U glasu se može čuti srce čovjeka. Glas nije moguće iskriviti. On otkriva što je u nama. Mnogi se svojim glasom žele prilagoditi drugima. Boje se pustiti svoj glas da zaori. Želim ti da te anđeo samoodređenja ohrabri da podigneš svoj glas i povjeruješ svom glasu i njegovu jedinstvenu zvuku.“ - vidjeti tako na: [http://www.katolici.org/duhovnost.php?action=c\\_vidi&id=604](http://www.katolici.org/duhovnost.php?action=c_vidi&id=604).

<sup>20</sup> Vidjeti o tome na:

[http://split.hbk.hr/katehetski/kateheze/osmi/suodgovornost\\_za\\_pravedan\\_zivot\\_u\\_drustvu.html](http://split.hbk.hr/katehetski/kateheze/osmi/suodgovornost_za_pravedan_zivot_u_drustvu.html)

S obzirom da je ovo materija medicinskog prava, u pravna vrela spadaju i Zakon o zdravstvenoj zaštiti<sup>21</sup>, ZZPP, Zakon o zdravstvenoj zaštiti stranaca u Republici Hrvatskoj<sup>22</sup>, Zakon o zdravstvenom osiguranju<sup>23</sup>, Zakon o obveznom zdravstvenom osiguranju<sup>24</sup>, Zakon o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju<sup>25</sup>, Zakon o liječništvu<sup>26</sup>, Zakon o sestriinstvu<sup>27</sup>, Zakon o ljekarništvu<sup>28</sup>, Zakon o stomatološkoj djelatnosti<sup>29</sup>, Zakon o medicinsko-biokemijskoj djelatnosti<sup>30</sup>, Zakon o lijekovima i medicinskim proizvodima<sup>31</sup>, Zakon o krvi i krvnim pripravcima<sup>32</sup>. Također je vrelo prava za ovu materiju i Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama<sup>33</sup>.

Postoji niz zakona koji se ne tiču direktno ove materije, međutim daju odgovore na brojna pitanja koja se u svezi s ovom materijom otvaraju. U tu grupu zakona spadaju Zakon o obveznim odnosima<sup>34</sup> i Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima<sup>35</sup>, a glede postupka Zakon o parničnom postupku<sup>36</sup>. U KZ ovo područje obuhvaća glavu petnaestu - kaznena djela protiv časti i ugleda (čl. 199. – 205.) i glavu osamnaestu - kaznena djela protiv zdravlja ljudi (čl. 238. - 249.).

Isto vrijedi i za niz općih akata koji nisu zakoni, ali ipak obvezuju, među kojima je niz etičkih kodeksa: Kodeks medicinske etike i deontologije<sup>37</sup> i Etički kodeks medicinskih sestara<sup>38</sup>, kao i Kodeks etike Društva inženjera medicinske radiologije<sup>39</sup>. Pravno vrelo je i Pravilnik o disciplinskom postupku Hrvatske liječničke komore<sup>40</sup>, koji uređuje stegovnu odgovornost liječnika, kao i Pravilnik o pravima i odgovornosti članova Hrvatske liječničke komore. Postoji i

---

<sup>21</sup> Zakon o zdravstvenoj zaštiti, NN 121/03., 48/05., 85/06., 117/08. – dalje: ZZZ.

<sup>22</sup> Zakon o zdravstvenoj zaštiti stranaca u Republici Hrvatskoj, NN 114/97. – dalje: ZZSRH.

<sup>23</sup> Zakon o zdravstvenom osiguranju, NN 94/01., 88/02., 149/02., 117/03., 30/04., 117/04., 90/05. – dalje: ZZO.

<sup>24</sup> Zakon o obveznom zdravstvenom osiguranju, NN 85/06., 105/06., 118/06., 77/07., 111/07., 35/08. – dalje: ZOZO.

<sup>25</sup> Zakon o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju, NN 85/06., 150/08. – dalje: ZDZO.

<sup>26</sup> Zakon o liječništvu, NN 121/03., 117/08. - dalje: ZOL.

<sup>27</sup> Zakon o sestriinstvu, NN 121/03., 117/08.- dalje: ZOS.

<sup>28</sup> Zakon o ljekarništvu, NN 121/03., 142/06., 35/08., 117/08. - dalje: ZOLJ.

<sup>29</sup> Zakon o stomatološkoj djelatnosti, NN 121/03., 117/08. - dalje: ZOSD.

<sup>30</sup> Zakon o medicinsko - biokemijskoj djelatnosti, NN 121/03, 117/08. - dalje: ZBKD.

<sup>31</sup> Zakon o lijekovima i medicinskim proizvodima, NN 121/03., 177/04. - dalje: ZOLIMP.

<sup>32</sup> Zakon o krvi i krvnim pripravcima, NN 79/06. – dalje: ZKKP.

<sup>33</sup> Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, NN 111/97., 27/98., 128/99., 79/02. – dalje: ZZODŠ.

<sup>34</sup> Zakon o obveznim odnosima, NN 35/05., 41/08. – dalje: ZOO.

<sup>35</sup> Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN 91/96., 73/00., 114/01., 79/06., 141/06., 146/08. – dalje: ZV

<sup>36</sup> Zakon o parničnom postupku, Sl. l. 4/77., 36/77., 36/80., 69/82., 58/84., 74/87., 57/89., 20/90., 27/90., 35/91., NN 53/91., 91/92., 112/99., 117/03., 84/08., 123/08. - dalje: ZPP.

<sup>37</sup> Kodeks medicinske etike i deontologije, NN 55/08. - dalje: KMED. Postoji i Međunarodni Kodeks medicinske etike iz davne 1945. god. - vidjeti o tome detaljnije u: Vjekoslav Miličić, Deontologija profesije liječnik, Zagreb, 1996. god., prilog XXIV.

<sup>38</sup> Donesen 22. prosinca 2005. godine.

<sup>39</sup> Donesen 24. svibnja 2003. godine.

<sup>40</sup> Donesen je 29. listopada 2003. god, objavljen je na oglasnoj ploči Komore dana 04. studenoga 2003., a stupio na snagu 13. studenoga 2003. Tekst Pravilnika je objavljen i u Liječničkim novinama br. 29/04, a 12. svibnja 2007. donesene su njegove izmjene i dopune, koje su stupile na snagu 27. svibnja 2007. god., a na Skupštini održanoj dana 14. lipnja 2008. godine Komora je donijela nove izmjene i dopune Pravilnika i utvrdila pročišćeni tekst, koji se može vidjeti na: [www.hlk.hr](http://www.hlk.hr). Pročišćeni tekst ovog Pravilnika objavljen je na oglasnoj ploči Komore 16. lipnja 2008. godine, a stupio je na snagu 24. lipnja 2008. godine.

Međunarodni Kodeks medicinske etike iz davne 1945. god<sup>41</sup>. Najstarija kodifikacija liječničke etike je, ili se barem smatra da je najstarija, Hipokratova zakletva iz V. stoljeća prije nove ere<sup>42</sup>.

Također, iako Republika Hrvatska nije članica EU, iznimno veliku ulogu imaju smjernice EU i uopće različiti akti koji čine ono što se obično naziva europska pravna stečevina ili *acquis communautaire*. Posebno pravno značenje imaju propisi (uključujući posebno međunarodne ugovore - koji temeljem čl. 140. Ustava imaju nadzakonsku snagu pod uvjetom ratificiranja i objave) međunarodnog značenja, a tu treba posebno spomenuti **Konvenciju o ljudskim pravima i biomedicini**<sup>43</sup> koja, pored ostaloga, pacijentima jamči i pravo na naknadu štete prouzročene medicinskom intervencijom. Kao što smo kroz ovaj dio rada već naglasili, značajni su brojni međunarodni akti, od kojih bismo ovdje izdvojili: Opću deklaraciju o pravima čovjeka, **Europsku konvenciju o ljudskim pravima**, **Konvenciju o građanskim i političkim pravima UN-a**, **UN Deklaraciju o HIV/AIDS-u**, **Konvenciju o pravima djeteta iz 1989.**, **Deklaraciju o pravima djeteta na zdravstvenu zaštitu iz 1998.**

Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini u čl. 10. st. 2. i 3. govori o privatnom životu i pravu na informaciju o njegovom/njezinom zdravlju, uz poštivanje prava onoga tko ne želi dobiti informaciju o zdravlju (st. 2.), uz mogućnost određenih ograničenja tog prava onda kada je to određeno zakonom (st. 3.). **Deklaracija o promicanju prava pacijenata u Europi**<sup>44</sup> usvojena na europskom savjetovanju Svjetske zdravstvene organizacije o pravima pacijenata u Amsterdamu 1994., koja predviđa pacijentovo pravo na obaviještenost kao jedno od najznačajnijih prava pacijenata. Čl. 2., st. 1. - st. 9. sadrže pravo pacijenata na informaciju o dostupnim zdravstvenim uslugama, o osobnom zdravstvenom stanju, namjeranim medicinskim intervencijama i njihovim potencijalnim rizicima i koristima koje donose, alternativama predloženim postupcima liječenja, dijagnozi, prognozi i tijeku medicinskog tretmana, pravo pacijenta da bude informiran o svom zdravstvenom stanju i sl.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> Više o tome vidjeti u: Vjekoslav Miličić, *Deontologija profesije liječnik*, Zagreb, 1996. god., prilog XXIV. Usvojen je na 3. generalnoj skupštini Svjetskog medicinskog udruženja u Londonu 1949. godine., a nadopunjavao je 1968. u Sydneyu i 1983. u Italiji.

<sup>42</sup> Vidjeti tekst u: Vjekoslav Miličić, op. cit., prilog XXIII.

<sup>43</sup> Vidjeti Zakon o potvrđivanju Konvencije o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine: Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini (Oviedo 1997.), NN MU 13/03., s pripadajućim: Dodatnim protokolom uz Konvenciju o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine o zabrani kloniranja ljudskih bića (Pariz, 1998.), Dodatnim protokolom uz Konvenciju o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine u svezi presađivanja organa i tkiva ljudskog porijekla (Strasbourg, 2002.), na snazi je od 1. ožujka 2004. - tekst Konvencije vidjeti na: Međunarodni ugovori/Zakonska regulativa/Naslovnica-Gmo.hr, [http://www.gmo.hr/zakonska\\_regulativa/medunarodni\\_ugovori](http://www.gmo.hr/zakonska_regulativa/medunarodni_ugovori).

<sup>44</sup> Deklaracije o promicanju prava pacijenata u Europi (Declaration on the Promotion of Patients Rights in Europe) Svjetske zdravstvene organizacije („Amsterdamska deklaracija“) iz 1994. godine. Na temelju prihvaćanja te Deklaracije devet europskih zemalja donijelo je zakone koji reguliraju prava pacijenata: Finska, Norveška, Litva, Francuska, Danska, Island, Ukrajina, Norveška i Izrael dok su Austrija, Grčka, Mađarska, Bjelorusija, Slovačka, Slovenija i Švedska uvela ta prava u postojeću legislativu. U Hrvatskoj su temelji te Deklaracije uneseni u ZZPP, kojeg je je Hrvatski sabor donio 19. studenoga 2004. godine. - vidjeti o tome na: HČJZ – Hrvatski časopis za javno zdravstvo, na: <http://www.hczjz.hr/pr.php?id=12457&rnd>.

<sup>45</sup> Vidjeti tako u Jozo Čizmić, *Pravo pacijenata na obaviještenost*, s posebnim osvrtom na zaštitu tajnosti podataka o zdravstvenom stanju pacijenta, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* (1991), v. 29., br. 1. (2008), str. 5., vidjeti na: [hrcak.srce.hr/file/39993](http://hrcak.srce.hr/file/39993).

Ono što je vrlo značajno naglasiti je i uloga pravne znanosti kao neformalnog izvora prava *sui generis*, poglavito u slučaju pitanja kao što je tumačenje u pravu. Potrebno je naglasiti i ulogu sudske prakse kao izvora prava *sui generis*. Pri tome treba naglasiti da sudska praksa djeluje snagom argumenta, ali i argumentom snage, s obzirom na to da viši sudovi imaju ovlast nametnuti svoje pravne stavove nižima.

### 3. POJAM I SADRŽAJ INFORMIRANOG PRISTANKA PACIJENTA NA LIJEČENJE

Informirani pristanak se još naziva i svjesni ili obaviješteni pristanak ili suglasnost.<sup>46</sup> Postoji niz definicija pojma informiranog pristanka, među kojima je i ona da koncept informiranog pristanka<sup>47</sup> znači da liječnik ne smije liječiti bolesnika prije nego što mu da **osnovne podatke o tretmanu koji predlaže i alternativnom postupku, a smatramo da bi pacijentu trebao iznijeti i ako postoje suprotstavljena mišljenja o postupku koji predlaže i dati argument za i protiv svih stavova koji nisu usuglašeni** (primjerice, neki liječnici smatraju da je cjepivo protiv gripe dobro i potrebno za mlade ljude i djecu, a neki smatraju da je štetno za njih) i tek tada pacijent treba odlučiti koji tretman želi da se na njega primijeni, odnosno želi li uopće primjenu bilo kakvog tretmana.<sup>48</sup> Koncept informiranog pristanka temelji na dvije premise: da bolesnik ima pravo na količinu informacija potrebnu kako bi mogao donijeti informiranu odluku o preporučenom medicinskom tretmanu, i druga – da bolesnik ima pravo prihvatiti ili odbiti prijedlog, odnosno preporuku liječnika.<sup>49</sup> Činjenica je da praktično svi sustavi na svijetu<sup>50</sup> zauzimaju jedinstven stav da liječenje zahtijeva privolu ili suglasnost pacijenta – *voluntas aegroti suprema lex (volja pacijenata je iznad zakona)*<sup>51</sup>. Osobe sposobne dati pristanak imaju pravo prihvatiti i odbiti pojedini liječnički tretman (čl. 16., st. 1., čl. 17. ZZPP).

ZZZ ne definira pojam “informirani pristanak”, ali u pravnoj teoriji i sudskoj praksi (posebice američkoj), navodi se da informirani pristanak u sebi uključuje pravo pacijenta da bude

---

<sup>46</sup> Vidjeti tako u: Aleksandra Frković, Sanja Katalinić, Renata Dobi - Babić, Informirani pristanak i program probira na HIV u trudnoći, *Gynaecol Perinatol*, 2004; 13(2); str. 74.

<sup>47</sup> Angloamerički pravници za pristanak pacijenta na liječenje koriste termin “*informed consent*” - vidjeti tako u: Moritz Linzbach, *Informed Consent – Die Aufklärungspflicht des Arztes im amerikanischen und deutschen Recht*, Frankfurt am Main, 1980., str. 15.; Allen Linden, *Canadian Tort Law*, third Edition, Toronto, 1982., str. 64.-68.

U ožujku 1997. osnovana je u SAD *Advisory Commission on Consumer Protection and Quality in the Health Care Industry*, koja je 1998. izdala dokument u kojem je sadržan niz standarda za zaštitu prava pacijenata, među kojima je određeno da pacijent ima pravo na točnu i brzu informaciju o svom zdravstvenom stanju, planu liječenja, o medicinskoj tehnologiji i tehnici. U njemu je sadržano i pravo pacijenata koji ne razumiju jezik, imaju fizičke ili mentalne mane, imaju pravo na usluge stručnjaka koji im trebaju pomoći da razumiju planirani postupak i uvjete liječenja. Bolnica treba osigurati pisane brošure o različitim bolestima i pravima pacijenata, odrediti vrijeme u kojemu pacijentu mora dati informaciju kao i osoblje koje mu je dužno dati informaciju te način na koji pacijent može s njima stupiti u kontakt - vidjeti tako u: Nasić M., Kako od zakona do prakse, *Pacijent danas*, 2004. godine, br. 11.12., str. 4., prema: Jozo Čizmić, op. cit., str. 5.

<sup>48</sup> Usp. Ksenija Turković, Pravo na odbijanje medicinskog tretmana u Republici Hrvatskoj, *Medicina* 2008., Vol. 44, No. 2, str. 159., vidjeti rad i na: <http://hrcak.srce.hr/medicina>.

<sup>49</sup> Vidjeti tako u: *ibid*.

<sup>50</sup> Ima i iznimki, u prvom redu Kina sa svojim, za europske i uopće zapadne kriterije, vrlo čudnim shvaćanjem prava na osobni izbor koji se posebno očituje u spriječavanju prava na rađanje drugog djeteta, uzimanju dijelova ljudskog tijela od osuđenika na smrt (ovo su samo dva poznata i priznata ekstrema, a pitanje je jesu li samo vrh ledene sante ili svarno iznimke).

<sup>51</sup> Za englesko pravo: „*Any medical treatment involving physical contact with the patient's body is prima facie a battery unless the patient has expressly or implicitly consented to that contact.*” - vidjeti u: *Clerk & Lindsell, on Torts, Eighteen edition, General editor: Antony M. Dugdale, Sweet & Maxwell, London, 2000., p. 430.*

upućen i informiran o karakteru i ozbiljnosti njegove bolesti, općoj prirodi, rizicima i ozbiljnosti predloženog tipa liječenja ili zahvata, mogućnostima uspješnog liječenja, dostupnosti i rizicima alternativnih metoda liječenja te eventualno o eksperimentalnoj prirodi predloženog zahvata ili liječenja.<sup>52</sup>

ZZZ u čl. 21. st. 5. predviđa da svaka osoba u ostvarivanju zdravstvene zaštite ima pravo na **slobodan izbor** između više mogućih oblika medicinskih intervencija koje mu ponudi doktor medicine, odnosno doktor stomatologije, osim u slučaju neodgodive intervencije čije bi nepoduzimanje ugrozilo život i zdravlje osobe ili izazvalo trajna oštećenja. Ako osoba (pacijent) nije sposobna donijeti ovakvu odluku ili je maloljetna, za donošenje odluke ovlašteni su: bračni drug, roditelji, punoljetna djeca te punoljetna braća i sestre i skrbnik, odnosno zakonski zastupnik te osobe.<sup>53</sup> Traženje te suglasnosti nije obvezno ako bi zbog njezinog pribavljanja proteklo vrijeme zbog čega bi život osobe bio ugrožen, a ona u tom trenutku nije u stanju donijeti takvu odluku.<sup>54</sup>

ZZZ u čl. 21. st. 6. određuje da u ostvarivanju zdravstvene zaštite svaka osoba ima pravo na točno informiranje i pouku o svim pitanjima koja se tiču njezina zdravlja.

Kod nekih autora<sup>55</sup> nalazimo na objašnjenje pojma "informirani pristanak" na način da to znači da liječnik ne smije liječiti pacijenta dok ga točno ne **informira** i dade mu pouku **o svim pitanjima koja se tiču njegova zdravlja i tretmana koji predlaže, kao i alternativnih tretmana** koji predlaže te dok pacijent ne odluči koji tretman želi da se na njega primijeni, odnosno želi li uopće primjenu bilo kakvog tretmana. Potrebno je precizirati na što bi se odnosili objašnjenje i upute, jer postoji velika opasnost od preširokog tumačenja ove definicije, osobito je potrebno precizno definirati što znači davanje uputa – o čemu i koliko opsežne upute. Ako se misli na davanje uputa o ponašanju prije i poslije zahvata i/ili terapije, onda je to prihvatljivo i potrebno, ali ako se misli na detaljno davanje uputa o cijelom zahvatu i sl., smatramo da je nemoguće očekivati od liječnika da može izdvojiti toliko vremena samo na obavještanje i upućivanje pacijenta.

Na ovom mjestu potrebno je razjasniti i razliku između pojmova obavještanje, objašnjenje i upute.<sup>56</sup> Naime, postoji mišljenje da ZZPP i ZZZ nisu u potpunosti usklađeni u dijelu u kojem reguliraju obavješćivanje pacijenta, jer ZZZ u čl. 21. st. 6. propisuje da svaka osoba ima pravo na točno **informiranje i pouku** o svim pitanjima koja se tiču njezina zdravlja, a ZZPP u čl. 8. propisuje da svaki pacijent ima pravo na **potpunu obaviještenost**, a da ne spominje pravo na pouku (uz napomenu da objašnjenje obuhvaća pojam obavijesti).<sup>57</sup> Ne bismo se s tim složili jer smatramo da pojam "potpuna obaviještenost" uključuje i pojam "informiranje", ali i pojam

---

<sup>52</sup> Vidjeti tako u: Josip Mađarić, Informirani pristanak – pravo svakog pacijenta, na: Udruga Pacijent danas – Rijeka, <http://www.pacijenti.hr/news.aspx?NewsID=83&PageID=30>.

<sup>53</sup> Vidjeti tako u: čl. 21., st. 5. ZZZ.

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> Vidjeti tako u: Jozo Čizmić, op. cit., str. 4., usp. Ksenija Turković, Prava pacijenta na suodlučivanje prema Zakonu o zaštiti prava pacijenata, Zbornik "Medicina i pravo – sodobne dileme", Maribor, 2006., str. 101.

<sup>56</sup> Čl. 6. i 7. ZZPP uređuju pravo pacijenta na suodlučivanje, koje prema čl. 6. obuhvaća pravo pacijenta na obaviještenost i pravo na prihvaćanje ili odbijanje pojedinoga dijagnostičkog, odnosno terapijskog postupka. Čl. 7. navodi iznimke od prava na suodlučivanje: „može se iznimno ograničiti samo kada je to opravdano njegovim zdravstvenim stanjem u slučajevima i na način posebno određenim ovim Zakonom.“

<sup>57</sup> Vidjeti tako u: Jozo Čizmić, op. cit., str. 3.

“uputa”. Uz to, ukoliko bi se čak i pronašla neka razlika između normi ZZZ i ZZPP, potrebno je naglasiti da je ZZZ donesen 2003. godine, a ZZPP je donesen 2004. godine i prema pravilu *lex posterior derogat legi priori* (kasniji zakon derogira, stavlja van snage raniji zakon – to se odnosi i na pojedinačne odredbe nekog ranijeg zakona koje su drugačije uređene odredbama novijeg zakona) bi prednost imao ZZPP.

#### 4. NAČINI DAVANJA INFORMACIJA – FORMA, VRIJEME, NAČIN, KOLIČINA INFORMACIJA

Prema čl. 21. ZZZ se pravo prihvaćanja, odnosno odbijanja pojedinih dijagnostičkih ili terapijskih postupaka osoba izražava **potpisivanjem** suglasnosti, osim ako je za to nesposobna ili maloljetna. Suglasnost za nesposobnu ili maloljetnu osobu **potpisuje** bračni drug, roditelj, punoljetno dijete, punoljetni brat i sestra, zakonski zastupnik ili skrbnik. Međutim, iz toga proizlazi kod je to potrebno i kod manjih zahvata ili jednostavnijih terapijskih postupaka, što smatramo da je nepotrebno i suvišno.

Znači li to da bi pacijent trebao dati pisani pristanak i za pregled grla ili pregled pluća stetoskopom? Smatramo da bi kod takvih manjih, neinvazivnih zahvata i terapijskih postupaka (kao što je terapija antibioticima ili inhalacija kod liječnika) nije potreban izričiti, pisani pristanak, jer je logično da su to postupci koji su svima jasni i da pacijent i konkludentnim radnjama (odlazak u sobu za inhalaciju, uzimanje antibiotika u ljekarni...) može pristati na takav rutinski zahvat ili terapiju. Pitanje je što je to rutinski, odnosno koji zahvati i terapijski postupci spadaju u “rutinske”. **Odgovor na to bi, prema našem mišljenju, bio da su to svi oni postupci koji se ponavljaju kroz život svake osobe (ukoliko netko nikada kroz život, što smatramo da je gotovo nemoguće, nije bio niti prehladen pa zbog toga nije imao potrebu ići i na najjednostavnije liječničke preglede, opet je morao ići kod liječnika na takve “rutinske” preglede jer postoje i obvezatni sistematski pregledi na kojima se pregledaju grlo, pluća, vid...), a ukoliko se za neki od njih pojavi pitanje spada li ili ne u postupke kod kojih se pristanak može dati konkludentnim radnjama, prema tim zahvatima ili terapijama se mora ponašati kao da u “rutinske” ne spadaju i za njih je potrebno tražiti pisani pristanak (primjerice, za rutinski zahvat skidanja madeža).**

Informacija mora biti jasna, izrečena jezikom i na način koji pacijent s obzirom na dob, obrazovanje i mentalne sposobnosti, može razumjeti (čl. 8. ZZPP). To je odredba koju je vrlo teško primijeniti u većini slučajeva. Naime, često liječnici pacijenta ne poznaju dovoljno dobro kako bi znali precizno procijeniti mentalne sposobnosti pacijenta, jer često pacijenti radi nelagode, respekta ili straha ne razvijaju neku bogatiju konverzaciju s liječnikom, a često za to i nema vremena pa je vrlo problematično od liječnika tražiti da procijeni mentalne sposobnosti pacijenta da li razumije sve date mu informacije. Sporani dio ove odredbe je i traženje da liječnik procijeni razumije li pacijent sve informacije s obzirom na obrazovanje. Znači li to da liječnik treba prije pregleda pitati pacijenta koju je školu završio i čime se bavi? Kada pacijent s uputnicom dođe kod liječnika specijalista koji mu treba obaviti neku operaciju ili ga liječiti na drugi način, liječniku specijalisti nisu dostupni podaci o obrazovanju pacijenta kojega pregledaje. Na koncu, podatak o obrazovanju može biti od značaja za procjenu mogućnosti razumijevanja, ali često, nažalost, to i nije pokazatelj jer ima primjera u kojima je načitanija i inteligentnija neka neobrazovana starica, nego neki visoko obrazovani čovjek. Onda je lako moguća situacija u kojoj liječnik pred sobom ima visoko obrazovanog čovjeka, srednje životne dobi i on sluša liječnika ili pročita pisana obavještenja i upute i kaže da je sve

razumio (ili potpiše), a nije razumio ništa. **U tom slučaju liječniku u eventualnom postupku pomaže pisani trag, odnosno potpis, onoga koji ga "sutra" može tužiti da mu nije na razumljiv način dana obavijest.** Ali, sukladno čl. 8. st. 2. ZZPP ("Pacijent ima pravo dobiti obavijesti na način koji mu je razumljiv s obzirom na dob, obrazovanje i mentalne sposobnosti."), tužitelj ima pravni osnov za tužbu ukoliko smatra da ta odredba nije ispoštovana. Prema njoj, liječnik unatoč postojanju pisanog obrasca o obavještenjima i uputama mora izvršiti **osobnu procjenu svakog pojedinačnog pacijenta**<sup>58</sup> (za što smatramo da je često nemoguće, osim u najekstremnijim slučajevima, kada primjerice pacijent na pregled dođe vidno pod utjecajem alkohola) i uz pisane upute još dodatna obavještenja i eventualne upute dati nekima. Prema tome, pisani dio bi trebao biti rađen za "prosječno" pacijenta, prosječne inteligencije. Međutim, tko je kompetentan za procjenu na kojoj razini će biti pisano obavještenje?

Sudska praksa većine europskih zemalja usvojila je glede obavješćivanja pacijenta tzv. "razumni liječnički standard", s time da je sud, u slučaju spora, ovlašten i dužan utvrditi je li u konkretnom slučaju liječnik dosegao standard koji se po zakonu traži.<sup>59</sup> Sudska praksa u Austriji odbila je priznati pravovaljanost informiranog pristanka koji je u naravi bio brošura na čak 10 stranica, a kojega su pacijenti potpisivali na kraju teksta prije liječenja. Takav pristanak je ocijenjen preopširnim i nedovoljno razumljivim pacijentu, a time je izgubio svoju osnovnu funkciju – biti **kratka**, jasna i razumljiva informacija pacijentu o svemu što je bitno za njegovu bolest i moguće liječenje. Nevažeci je pristanak u kojem je u tekst obrasca informiranog pristanka ubačen dio kojim se ograničava ili umanjuje pravo pacijentana zahtjev za naknadu štete (npr. klauzule o odricanju od tužbenog zahtjeva i sl.)<sup>60</sup>. Pitanje je treba li obavijest i eventualno uputa biti **kratka ili detaljna? Smatramo da bi bilo najbolje rješenje da liječnik pripremi tekst na 1-2 stanice, na kojima se nalaze osnovne informacije, s uputom na kraju da se u prilogu, za one kojima je to potrebno, nalazi još 15-ak stranica za one koji to žele pročitati (ili koliko je god potrebno) s detaljnim informacijama o zahvatu ili tretmanu o kojemu se u konkretnom slučaju radi, naprimjer uz uputu na bolničku biblioteku i na točno određenu literaturu, kao i na točno određene internetske stranice (u slučaju da je riječ o pacijentu kojemu je to lakši način) i sl. Jasno je da se ne može "pokriti" na taj način baš sve zahvate i terapije koje je moguće provoditi, ali se tako može riješiti problem velike većine tretmana i zahvata. Ukoliko je riječ o nekom zahvatu koji se rijetko provodi i do tada nisu napisane informacije, liječnik baš tada treba detaljno usmeno informirati pacijenta, upućujući ga na literaturu koja je o tome dostupna u bolničkoj biblioteci i na internetskim stranicama o tome. Naravno da ovime nije liječnik oslobođen obveze komuniciranja s pacijentom i usmenim putem, ali ovako se sprječava da liječnik propusti reći neku od važnih informacija, a pacijent uvijek može pitati liječnika pojašnjenje za bilo što u pisanim informacijama, a potpis na pripremljenoj sažetoj brošuri (u kojoj stoji i pisano upozorenje da se ne potpisuje dok nije sve pacijentu jasno, jer potpisom jamči da je sve razumio i da je potpuno obaviješten). Ono što smatramo također dobrim rješenjem je i da, uz sve prethodno napisano, pacijent treba na pregledu na kojemu liječnik utvrdi da mu treba neki**

---

<sup>58</sup> Sve je jasno samo kada bi pacijent kojim slučajem bio specijalist liječnik baš iz područja toga zahvata. Ni prosječna, a još manje ispodprosječno obrazovana osoba (i to glede medicine) ne zna (ali i ne mora znati) kvalitetno razlikovati generični od negeneričnog lijeka, operativni zahvat kod operacije uz pomoć tzv. „kukica“ i bez njih, čak se i liječnici ne slažu u nizu pitanja, pa čak i glede rizika od zračenja za pojedine kategorije bolesnika (posebno trudnice).

<sup>59</sup> Vidjeti tako u: Jozo Čizmić, op. cit., str. 2., usp. Klajn – Tatić, Pristanak obaviještenog pacijenta na medicinsku intervenciju, Bilten Jugoslavenskog udruženja za medicinsko pravo, 2001., br. 9. – 12., str. 17.

<sup>60</sup> Vidjeti tako u: Josip Mađarić, op. cit., <http://www.pacijenti.hr/news.aspx?NewsID=83&PageID=30>.

**zahvat ili drugi tretman, odmah dobiti sažete informacije (ta 1-2 lista papira), uz prilog - detaljnu brošuru, zajedno s informacijama o dostupnoj literaturi i internetskim stranicama koje su za preporuku, a govore o tome, i da pacijent to u miru prouči kod kuće i da na sljedećem zakazanom pregledu ima obvezu donijeti te papire, pitati liječnika ukoliko ima neka pitanja ili bilo što sporno i onda, kada smatra da mu je sve jasno, pacijent treba pred liječnikom (ukoliko se odluči da pristaje) potpisati pristanak.<sup>61</sup>**

Prema čl. 8. ZZPP pacijent ima pravo na potpunu obaviještenost o:

- svome zdravstvenom stanju, uključujući medicinsku procjenu rezultata i ishoda određenoga dijagnostičkog ili terapijskog postupka,
- preporučenim pregledima i zahvatima te planiranim datumima za njihovo obavljanje,
- mogućim prednostima i rizicima obavljanja ili neobavljanja preporučenih pregleda i zahvata,
- svome pravu na odlučivanje o preporučenim pregledima ili zahvatima,
- mogućim zamjenama za preporučene postupke,
- tijeku postupaka prilikom pružanja zdravstvene zaštite,
- daljnjem tijeku pružanja zdravstvene zaštite,
- preporučenom načinu života,
- pravima iz zdravstvenoga osiguranja i postupcima za ostvarivanje tih prava.

Temeljem čl. 11. ZZPP tijekom pružanja zdravstvene zaštite, nakon svakog pregleda i zahvata, pacijent ima pravo na obaviještenost o uspjehu, odnosno, neuspjehu i rezultatu pregleda ili zahvata kao i o razlozima za eventualnu različitost tih rezultata od očekivanih. Također prema čl. 12. ZZPP pacijent ima pravo biti upoznat s imenima te specijalizacijom osoba koje mu izravno pružaju zdravstvenu zaštitu.

Pacijentu treba ukazati i na rizik kojemu se izlaže ako odbije preporučenu medicinsku intervenciju jer u protivnom zdravstveni djelatnik čini liječničku grešku i može biti odgovoran za štetu.<sup>62</sup> U medicinskopravnoj teoriji se smatra da liječnik nije dužan obavještavati pacijenta o općepoznatim rizicima koji se poznati i medicinskom laiku, poput mogućnosti da se rana nakon operativnog zahvata inficira, da ostane ožiljak i sl.<sup>63</sup>

## **5. PRETPOSTAVKE PRAVNE VALJANOSTI PRISTANKA PACIJENTA NA LIJEČENJE**

Da bi pristanak pacijenta na liječenje bio pravno valjan, nužno je da ispunjava određene pretpostavke propisane zakonom, i to su:

---

<sup>61</sup> Najekstremnije rješenje, koje bi najviše zaštitilo liječnike, bi bilo da se liječniku dozvoli da radi audio-vizualni zapis trenutka kada pruža sve informacije i upute, dakle da ne snima pregled, već samo dio razgovora u kojemu pruža potrebna obavještenja pacijentu i to bi ga zaštitilo od bilo kojeg pacijenta koji ga može i lažno optužiti, jer kako se braniti kada je riječ o liječnikovoj riječi protiv pacijentove, i obratno (kada pacijent eventualno lažno svjedoči da nije dobio sve potrebne informacije i upute). Problem je tu što bi stvaranje audio-vizualnog zapisa, ukoliko pacijent ne pristaje na snimanje, značilo povredu prava osobnosti pacijenta.

<sup>62</sup> Vidjeti tako u: Zvonimir Bošković, op. cit., str. 17. i Jakov Radišić, Profesionalna odgovornost medicinskih poslenika, Beograd, 1986., str. 194.; prema: Jozo Čizmić, op. cit., str. 7.

<sup>63</sup> Vidjeti tako u: Ulsenheimer K, *Aufklärungspflicht und Einverständniserklärung zur Behandlung*, *Der Chirurg*, 1996., br. 3., str. 76., prema: Jozo Čizmić, op. cit., str. 8.



1. pristanak mora biti dan od osobe koja je sposobna dati pristanak – čl. 17., st. 1. ZZPP – u njemu se navodi tko nije sposoban dati suglasnost (za njih suglasnost daje zakonski zastupnik ili skrbnik) i prema njemu su to:

- osobe koje nisu pri svijesti
- pacijenti s težim duševnim smetnjama
- poslovno nesposobni (vidi i čl. 21. ZZZ)
- maloljetni pacijenti (vidi i čl. 21. ZZZ)

2. mora biti dan u pisanoj formi (čl. 21. ZZZ)

3. mora biti dan bez mana volje<sup>64</sup> (ovo je opća pretpostavka za svaku izjavu volje prema odredbama čl. 279. – 285. ZOO)

4. mora biti dan od osobe koja je informirana (čl. 8. – 18. ZZPP, čl. 21. st. 6. ZZZ ...)

5. mora biti dan najkasnije u trenutku poduzimanja zahvata ili početka provođenja terapije - međutim, u slučajevima kada pribavljanje potrebne suglasnosti nije moguće, bilo da je riječ o hitnoj intervenciji, bilo da bolesnik ne može iz objektivnih ili subjektivnih razloga iskazati pristanak, pribjegava se „**pretpostavljenom pristanku**“<sup>65</sup>. Između nužnosti i težine zahvata mora postojati izvjestan srazmjern odnos. „Pretpostavljeni pristanak“ ima sve karakteristike pravne osnove za oslobađanje od odgovornosti, ali vrijedi samo u onim slučajevima u kojima bi i stvarni pristanak pravno valjano djelovao i to samo kod hitnih zahvata i drugih hitnih tretmana.<sup>66</sup> Tu je riječ o žrtvovanju manjeg dobra (tjelesnog integriteta) da bi se spasilo veće dobro (ljudsko zdravlje ili čak i život). Međutim, nužno je da se ne radi o slučaju u kojem je pacijent liječniku prethodno za istu stvar uskratio pristanak.<sup>67</sup> Ozbiljni problemi za liječnika nastaju kod neuspjelog pokušaja samoubojstva. Kada samoubojica nije pri svijesti, smatramo da liječnik MORA poduzeti intervenciju, jer se volja za životom podrazumijeva čak i u tom slučaju (u protivnom bi odgovarao prema čl. 104. KZ za kazneno djelo nepružanja pomoći), ali ako je samoubojica pri svijesti i ne dozvoljava da ga se spasi, liječnik, prema nekim autorima<sup>68</sup>, ne smije učiniti ništa. **Međutim, ne bismo se složili s tom tvrdnjom, jer smatramo da to spada u slučajeve u kojima pristanak nije potreban, jer se tu može primijeniti pravilo o pružanju pomoći duševno bolesnim osobama. Osoba u trenutku počinjenja samoubojstva (ili pokušaja počinjenja) nema sposobnost rasuđivanja i odlučivanja jer je u stanju depresije ili u stanju prejakih emocija koje dovode do nemogućnosti rasuđivanja. Može biti riječ o osobi koja je duševno zdrava, koja doživi jako razočaranje ili situaciju iz koje ne vidi izlaza, a nije riječ o jakoj (u smislu duha) osobi, i koja počini nepromišljeno samoubojstvo, ali srećom ono ne uspije (ostane u pokušaju) i tu osobu liječnici u nesvjesnom, ali i u svjesnom stanju spase, a nakon toga je vrlo lako moguće da ta osoba dobije jaku volju za životom i da na pokušaj samoubojstva gleda kao na veliku grješku, iz koje je puno toga pozitivnoga naučila. Ono što smatramo još jednim argumentom za to da je bolje da liječnici imaju dužnost spašavanja osobe koja je pokušala počiniti samoubojstvo i u svjesnom je stanju je i taj što je možda ta osoba shvatila svoju grješku (možda baš radi neodlučnosti samoubojstvo nije uspjelo), ali u trenutku kada su liječnici (i bilo tko drugi) pored te osobe i vide je u takvom stanju, možda zbog velikog srama ta osoba neće dati da joj se pomogne, a kasnije bi na**

---

<sup>64</sup> O manama volje vidjeti više u: Petar Klarić – Martin Vedriš, Građansko pravo, Narodne novine, 2008. god., str. 140. – 143.

<sup>65</sup> Vidjeti tako u: Manfred Proske, *Aerztliche Aufklärungspflicht und Einwilligung des Patienten aus strafrechtlicher Sicht, u: Haftung des Arztes in zivil- und strafrechtlicher Sicht unter Einschluss des Arzneimittelrechts*, Graz, 1983., str. 111., prema: Nenad Đurđević, op. cit., str. 86. – 90.

<sup>66</sup> Ibid., str. 87.

<sup>67</sup> Ibid.

<sup>68</sup> Ibid., str. 90.

tome bila zahvalna. Rješenje bi bilo da joj se prisilno pomogne i nakon toga joj se pruži stručna psihijatrijska pomoć da se nauči nositi sa svojim problemima, pa tako i sa eventualnim sramom koji bi mogla osjećati radi pokazane slabosti. Ono što može zvučati ispočetka pomalo okrutno, u biti je samo poštivanje prava čovjeka – smatramo da osoba koja pokuša počiniti samoubojstvo mora imati šansu da još jednom razmisli. Ukoliko ju se bez pristanka spasi (i u svjesnom stanju, što za sada nije dozvoljeno), ona i nakon toga može ostvariti svoj naum, ako je njena volja i izbor i dalje da svoj život skonča samoubojstvom.

Pristanak se može svakodobno opozvati, čak i ako je zahvat počeo, osim ako bi se time ugrozio život pacijenta. Pristanak nije valjan ako se odnosi na protupravnu radnju (npr. nedozvoljeni prekid trudnoće) ili ako zahvat medicinski nije opravdan. Iz njemačke sudske prakse nalazimo primjer starije pacijentice koja je za svoju glavobolju okrivila plombirane zube i tražila od svojeg stomatologa da ih sve izvadi. Stomatolog je to i učinio, uz potpisani informirani pristanak. Nakon nekog vremena pacijentica je shvatila da izvađeni zubi nisu izazivali glavobolju jer se glavobolja nastavila i tužila je stomatologa. Njemački sud je potpisani informirani pristanak proglasio nevažećim jer vađenje njenih zubiju nije bilo medicinski opravdano – bilo je protiv pravila struke. **Dakle, medicinski neopravdani zahvat i postupanje protiv pravila struke imaju kao posljedicu da pristanak pacijenta postaje nevažeći.**<sup>69</sup>

## 6. PRISTANAK NA LIJEČENJE KOD DJECE, OSOBA S DUŠEVNIM SMETNJAMA I INVALIDA

### 6.1. Pristanak na liječenje kod djece

**Djetetom**<sup>70</sup> se smatra “ljudsko biće mlađe od 18 godina, osim ako se po zakonima primjenjivim na dijete punoljetnost ne stječe ranije.”<sup>71</sup>

Prema čl. 17. st. 1. ZZPP maloljetni pacijenti **ne mogu dati valjani pristanak**<sup>72</sup> na liječenje bilo kakve vrste bez dozvole zakonskog zastupnika ili skrbnika<sup>73</sup>, osim u slučaju neodgodive medicinske intervencije<sup>74</sup>. Prema čl. 2. st. 5. Kodeksa medicinske etike i deontologije pregled i pružanje liječničke pomoći djeci i maloljetnim osobama liječnik će učiniti uz suglasnost roditelja ili skrbnika, odnosno starijih najbližih punoljetnih članova obitelji, osim u hitnim slučajevima. On će primijeniti najprikladniji postupak, a otkloniti zahtjeve laika koji bi mogli ugroziti zdravlje ili život djeteta i maloljetne osobe. Međutim, znači li to da liječnik ne smije

---

<sup>69</sup> Vidjeti tako u: Josip Mađarić, op. cit., <http://www.pacijenti.hr/news.aspx?NewsID=83&PageID=30>.

<sup>70</sup> Vidjeti čl. 1. Konvencije o pravima djeteta, detaljnije o tome vidjeti u: Dijana Jakovac-Lozić, Prava djeteta kao pacijenta, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br. 3., Mostar, 2005., str. 148.

<sup>71</sup> Dakle, pojam dijete je ovdje izjednačen s pojmom maloljetnika.

<sup>72</sup> To je u koliziji i s čl. 18. st. 1. nacrtom Zakona o zdravstvenim i zdravstveno-odgojnim metodama u planiranju obitelji, prema kojemu maloljetna trudnica koja je naavršila 16 godina i koja želi izvršiti prekid trudnoće ima to pravo. – vidjeti tako u: Dijana Jakovac - Lozić, op. cit., str. 163. Vidjeti o toj temi u: Dubravka Hrabar, Planiranje obitelji – od pobačaja do zdravstvene edukacije, Revija za socijalnu politiku, svezak 5., br. 1 (1998), na: <http://www.rsp.hr/ojs2/index.php/rsp/article/view/353/357>.

<sup>73</sup> Čl. 17, st. 3. ZZPP određuje da ukoliko su interesi maloljetnog pacijenta i njegovih zakonskih zastupnika suprotstavljeni, zdravstveni radnik je dužan odmah o tome obavijestiti nadležni centar za socijalnu skrb.

<sup>74</sup> Prema čl. 18. ZZPP ukoliko su interesi maloljetnog pacijenta i njegovih zakonskih zastupnika suprotstavljeni, zdravstveni radnik je dužan odmah o tome obavijestiti nadležni centar za socijalnu skrb.

pregledati osobu od 17 godina koja dođe bez pratnje roditelja i ne smije joj, primjerice prepisati antibiotik. Svjedoci smo da je danas vrlo rijetko da roditelji idu u liječnika, osobito liječnika opće prakse, s djecom koja imaju 16, 17 godina, osobito ako liječnik radi kada su i roditelji na poslu. Teško je zamisliti situaciju u kojoj će liječnik odbiti pregledati, izvaditi krv i dati lijek mladoj osobi koja nije u pratnji roditelja. Na koncu, ta odredba se dijelom kosi s Kodeksom liječničke etike i deontologije i Hipokratovom zakletvom prema kojima je liječnik dužan pružiti pomoć onome tko pomoć traži. Također je u koliziji s Deklaracijom o pravima djeteta na zdravstvenu zaštitu, prema kojoj je dijete, koje je prema prosudbi liječnika zrelo, ovlašteno donositi vlastite odluke o zdravstvenoj zaštiti. Osim kada je posrijedi hitnost<sup>75</sup>, informirani pristanak treba priskrbiti prije bilo kojeg dijagnostičkog ili terapijskog zahvata na djetetu, osobito kada je riječ o invazivnom postupku. U većini slučajeva suglasnost će dati roditelji, odnosno zakonski zastupnici, ali prije odluke o suglasnosti treba razmotriti bilo koju želju koju bi izrazilo samo dijete. Ako je dijete dovoljno zrelo i razumije o čemu je riječ, informiranu suglasnost (pristanak) mora dati ono samo.<sup>76</sup> Također, dijete koje je dovoljno zrelo da bez pratnje roditelja, odnosno zakonskih zastupnika pristupi liječničkom savjetovanju ima pravo na povjerljivost u primanju zdravstvenih usluga i ukoliko traži povjerljivost, podatke liječnik ne smije otkriti roditeljima, odnosno zakonskim zastupnicima, osim ukoliko liječnik procijeni da bi to dovelo do opasnog i nepovratnog oštećenja djetetovog zdravlja, ili ukoliko liječnik procijeni da, unatoč samostalnom nastupu, dijete nije zrelo samostalno donijeti informiranu odluku o liječenju<sup>77</sup>.

Posebno pitanje je što je s roditeljima koji zbog svojih vjerskih ili drugih uvjerenja ne žele dati pristanak na liječenje djeteta. Svjedoci smo slučajeva u kojima roditelji koji pripadaju Jehovinim svjedocima ne daju da se izvrši transfuzija krvi djetetu, čak i kada je ono smrtno ugroženo. Tada su liječnici stavljeni u vrlo težak položaj jer bez dozvole zakonskog zastupnika ili skrbnika ne mogu izvršiti postupak, osobito jer je ovdje riječ o invazivnom postupku. Rješenje bismo ovdje mogli pronaći u dvije solucije: da primijenimo izuzeće od potrebe da se da pristanak jer je riječ o hitnoj intervenciji, ili da se u hitnom postupku odredi privremeni skrbnik djetetu koji će dati pristanak na liječenje. Prigovor ovom posljednjem rješenju bi mogao biti da je riječ o kršenju roditeljskog prava i prava na poštivanje vjerskih uvjerenja, ali smatramo da je od toga jače pravo djeteta na zdravlje i život i da u koliziji tih dvaju prava moramo prednost dati pravu djeteta na zdravlje i život.

## 6.2. Pristanak na liječenje kod osoba s duševnim smetnjama

Prema čl. 2. st. 4. Kodeksa medicinske etike i deontologije liječnik treba poštovati pravo duševno sposobnog i svjesnog pacijenta da dobro obaviješten slobodno prihvati ili odbije pojedinog liječnika, odnosno preporučenu liječničku pomoć. **Kad pacijent nije sposoban o tome odlučivati, o tome odlučuje njegov zastupnik. Ako zastupnik nije nazočan, liječnik će, ako se s odlukom ne može pričekati, primijeniti, po svom znanju, najbolji način liječenja.** Prema čl. 13. ZZPP pravo na obaviještenost ima i pacijent s umanjenom sposobnošću rasuđivanja, u skladu s dobi, odnosno s fizičkim, mentalnim i psihičkim stanjem. Prema čl. 17. ZZPP za pacijenta koji nije pri svijesti, za pacijenta s težom duševnom smetnjom te za

---

<sup>75</sup> Vidjeti čl. 12. Deklaracije o pravu djeteta na zdravstvenu zaštitu.

<sup>76</sup> Vidjeti tako u: Dijana Jakovac - Lozić, op. cit., str. 142. i 143.

<sup>77</sup> Ibid, str. 143.

poslovno nesposobnog ili maloljetnog pacijenta, osim u slučaju neodgodive medicinske intervencije, suglasnost iz članka 16. stavka 2. ovoga Zakona potpisuje zakonski zastupnik, odnosno skrbnik pacijenta. Ukoliko su interesi pacijenata i njihovih zakonskih zastupnika, odnosno skrbnika suprotstavljeni, zdravstveni radnik je dužan odmah o tome obavijestiti nadležni centar za socijalnu skrb. Prema čl. 18 ZZPP ako se zbog hitne situacije ne može dobiti suglasnost zakonskog zastupnika, odnosno skrbnika, pacijent će se podvrci dijagnostičkom, odnosno terapijskom postupku samo u slučaju kada bi zbog nepoduzimanja postupka bio neposredno ugrožen njegov život ili bi mu prijetila ozbiljna i neposredna opasnost od težeg oštećenja njegovoga zdravlja. Postupak se može provoditi bez pristanka zakonskog zastupnika, odnosno skrbnika pacijenta samo dok traje navedena opasnost.

Čl. 3., st. 12. ZZODS određuje da je **pristanak** slobodno dana suglasnost osobe s duševnim smetnjama za provođenje određenoga liječničkog postupka, koja se zasniva na odgovarajućem poznavanju svrhe, prirode, posljedica, koristi i opasnosti toga liječničkog postupka i drugih mogućnosti liječenja. Prema čl. 8. ZZODS punoljetnu osobu s duševnim smetnjama koja može razumjeti prirodu, posljedice i opasnost predloženoga liječničkog postupka i koja na osnovi toga može donijeti odluku i izraziti svoju volju može se pregledati ili podvrgnuti liječničkom postupku samo uz **njezin** pisani pristanak. Sposobnost osobe dati pristanak utvrđuje doktor medicine ili psihijatar u vrijeme kad ta osoba donosi odluku i u tu svrhu izdaje pisanu potvrdu - ova se potvrda prilaže u liječničku dokumentaciju, a pacijent koji je duševno bolestan, a za kojega se utvrdilo da može dati valjan pristanak može zahtijevati da postupku davanja pristanka bude nazočna osoba od njenog povjerenja.<sup>78</sup> Osoba s duševnim smetnjama koja nije sposobna dati pristanak, bilo zbog toga što u određenom trenutku ne može razumjeti prirodu, posljedice ili opasnost predloženog liječničkog postupka ili zbog toga što u tom trenutku ne može donijeti odluku ili izraziti svoju slobodnu volju, može se podvrgnuti samo onom liječničkom postupku koji je u njenom najboljem interesu.<sup>79</sup>

Dijete ili maloljetna osoba s duševnim smetnjama, koja nije sposobna dati pristanak, može se podvrgnuti pregledu ili drugom liječničkom postupku samo uz pristanak njegovoga zakonskog zastupnika. Mišljenje djeteta se pri tome treba uzimati u obzir sukladno njegovoj dobi i stupnju zrelosti.<sup>80</sup> Punoljetna osoba s duševnim smetnjama, koja nije sposobna dati pristanak, može se podvrgnuti pregledu ili drugom liječničkom postupku samo uz pristanak njenoga zakonskog zastupnika, a ako ga nema onda uz suglasnost etičkog povjerenstva u psihijatrijskoj ustanovi.<sup>81</sup> Pristanak koji je valjan može se povući u bilo kojem trenutku. Osobi koja povlači pristanak moraju se objasniti posljedice prestanka primjenjivanja određenog liječničkog postupka.<sup>82</sup> Bitno je naglasiti da odricanje osobe s duševnim smetnjama od prava na davanje pristanka ne proizvodi pravne učinke.<sup>83</sup>

Prema čl. 9. ZZODS traženje pristanka nije obvezno ako bi zbog njegovoga pribavljanja bio neposredno ugrožen život osobe s duševnim smetnjama ili bi prijetila ozbiljna i neposredna opasnost od težeg narušenja njenog zdravlja. Liječnički postupak može se primjenjivati bez

---

<sup>78</sup> Vidjeti čl. 8., st. 2., ZZODS.

<sup>79</sup> Vidjeti čl. 8., st. 3., ZZODS.

<sup>80</sup> Vidjeti čl. 8., st. 4., ZZODS.

<sup>81</sup> Vidjeti čl. 8., st. 5., ZZODS.

<sup>82</sup> Vidjeti čl. 8., st. 7., ZZODS.

<sup>83</sup> Vidjeti čl. 8., st. 8., ZZODS.

pristanka samo dok traje navedena opasnost.<sup>84</sup> Predstojnik odjela, ili psihijatar kojeg je predstojnik odjela za to ovlastio treba odlučiti o nužnosti i žurnosti određenoga liječničkog postupka. O tom postupku treba se bez odgađanja obavijestiti zakonskog zastupnika osobe s duševnim smetnjama, ako ga ova ima.<sup>85</sup> Prema čl. 19. ZZODS svaki liječnički postupak mora se upisati u liječničku dokumentaciju s naznakom je li bio poduzet s ili bez pristanka.

### 6.3. Pristanak na liječenje kod invalida

Prema čl. 8. ZZPP pacijenti s invaliditetom imaju pravo dobiti obavijesti u njima pristupačnom obliku, što znači da ukoliko je pacijent gluhi i poveo je sa sobom tumača, liječnik sve informacije mora dati tumaču, koji onda sve znakovnim jezikom prevodi pacijentu; ukoliko je pacijent slijep ili gluhoslijep vrijedit će isto, ali u tom slučaju tumač<sup>86</sup> koristi znakovni jezik koji je njima prilagođen, dakle znakovni jezik za gluhoslijepce<sup>87</sup> (u dlan mu, laički rečeno, „crtu“ svojom rukom znakove).

Čl. 16., st. 4. ZZPP određuje da slijepa osoba, gluha osoba koja ne zna čitati, nijema osoba koja ne zna pisati i gluhoslijepa osoba, prihvaća pojedini dijagnostički, odnosno terapijski postupak izjavom u obliku javnobilježničkog akta ili pred dva svjedoka iskazanom izjavom o imenovanju poslovno sposobne osobe koja će u njeno ime prihvaćati ili odbijati pojedini takav postupak. Smatramo da je ovo dobro rješenje samo ako bi se provodilo na način da osoba s invaliditetom odabere osobu u koju ima veliko povjerenje da će joj prenijeti sve informacije točno kako ih liječnik iznese, a sam pacijent s invaliditetom odlučuje i svoju odluku prenosi osobi koju je ovlastio da to iznese liječniku. Ukoliko pacijent s invaliditetom želi ovlastiti drugu osobu, smatramo da je potrebno samo da to potvrdi izjavom u obliku javnobilježničkog akta, ili pred dva svjedoka. Smatramo da se nikako ne smije dogoditi da neka ovlaštena osoba sama odlučuje u ime pacijenta s invaliditetom, jer on je osoba koja ja poslovno sposobna i sama mora donositi svoje odluke, ali upravo zbog invaliditeta joj treba netko tko će biti “karika u lancu komunikacije s liječnikom”.

## 7. SLUČAJEVI U KOJIMA JE OGRANIČENA OBVEZA LIJEČNIKA U ODNOSU NA INFORMIRANJE PACIJENTA<sup>88</sup>

Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini u svom čl. 10., st. 2. i 3. daje pravo svakome da se odrekne prava na informiranje i u tom slučaju liječnik nema obvezu informiranja pacijenta, štoviše informiranje bi bilo kršenje njegovog prava.

---

<sup>84</sup> Vidjeti čl. 9., st. 1., ZZODS.

<sup>85</sup> Vidjeti čl. 9., st. 2., ZZODS.

<sup>86</sup> U tijeku je projekt „osobnog asistenta“ Ministarstva obitelji, branitelja i međugeneracijske koji bi trebao osigurati pomoć osobnog asistenta za osobe s najtežom vrstom i stupnjem invaliditeta. Vidjeti o tome na: [www.mali-princ.hr/projekti\\_i\\_aktivnosti/vijesti/projekti\\_i\\_aktivnosti/projekt\\_osobnog\\_asistenta.html](http://www.mali-princ.hr/projekti_i_aktivnosti/vijesti/projekti_i_aktivnosti/projekt_osobnog_asistenta.html).

<sup>87</sup> Vidjeti o znakovnom jeziku na internetskoj stranici Hrvatske udruge gluhoslijepih osoba „Dodir“, na: [www.kud.hr/index.php?option=com\\_content&task=view&id=15&Itemid](http://www.kud.hr/index.php?option=com_content&task=view&id=15&Itemid).

<sup>88</sup> Kako ne bi došlo do zabune zbog sličnosti podnaslova 7. i 8. dijela rada, naglašavamo da ovaj dio govori o pravu pacijenta da se odrekne od prava na informiranje, uslijed čega ne postoji više obveza liječnika da informira pacijenta, za razliku od dijela 8. ovoga rada, u kojemu se obrađuju slučajevi kada se pacijenta ne pita za pristanak, već je liječnik dužan provesti liječenje bez pacijentova pristanka, čak i protiv njegove volje.

Odricanja prava na obaviještenost oblik je korištenja prava na samoodređenje i sadržan je u institutu *volenti non fit iniuria* (ne biva nepravda onome koji je želi)<sup>89</sup>. Njime pacijent odustaje od potraživanja koja bi u svezi s tim pravom inače imao, dakle to je lišavanje pojedinca zaštite koju mu pravni poredak jamči, a odricanje od prava na obaviještenost pravovaljano je samo u slučaju kada postoji nedvojbeno izjava volje pacijenta u tom smislu<sup>90</sup>. Riječ je o institutu poznatom još u starom rimskom pravu, koji je služio isključenju protupravnosti oštećujuće radnje. Tu se događa sukob vrijednosti s jedne strane života i tjelesnog integriteta pacijenta zaštićenih pravnim poretom, a s druge strane slobode čovjekovog samoodređenja. Pitanje je kako odrediti čemu se treba dati prednost, jer pristanak na povrijeđu zaštićenog pravnog dobra ne mijenja činjenicu da je određeno pravno dobro povrijeđeno. Rimsko pravo je dalo odgovor na to pitanje u načelu: "*Nulla iniuria est, quae in volentem fiat*" (Nije nepravda ono što bi se nekom učinilo s njegovim pristankom). Pravo samoodređenja nalaže da se svakom pojedincu dopusti da u konkretnom slučaju postupi i protiv svojih interesa<sup>91</sup>.

Postoje stavovi da liječnici ne bi smjeli ignorirati bolesnikovo odbijanje tretmana u slučajevima u kojima bi uslijed odbijanja došlo do ugrožavanja, odnosno trajnog oštećenja zdravlja bolesnika i da ignoriranje bolesnikova odbijanja predstavlja samovoljno liječenje i ima za posljedicu i kaznenu, stegovnu i građansku odgovornost liječnika. Pitamo se može li se povući paralela između tog prava i prava na eutanaziju? Razmišljamo li na taj način, postavlja se pitanje ne bi li pravo na eutanaziju bilo pravo na autonomiju i pravo na samostalno odlučivanje. Ukoliko je pacijent smrtno bolestan i umire u velikim mukama, bi li mu se trebalo dati pravo da sebi (makar uz pomoć nekog drugoga, ako ne može sam) skрати muke? Mišljenja smo da eutanaziju ne bi trebalo dozvoliti, ali i da liječnike veže Hipokratova zakletva da će pružiti pomoć i da ne bismo smjeli od njih tražiti da rade u obratnom smjeru u odnosu na ono što su temelji njihove struke. U SAD-u i većem broju zapadnih demokracija pravo na odbijanje liječničkog tretmana smatra se ustavnim pravom koje se izvodi iz prava na samoodređenje (prava da se odredi kakav se život želi voditi) te prava na tjelesni integritet. U Europi<sup>92</sup> se pravo na samoodređenje i tjelesni integritet izvodi iz prava na život, sadržanog u čl. 8. st. 1. EKLP.<sup>93</sup>

---

<sup>89</sup> Dragimir Stojčević, Ante Romac, *Dicta et regulae iuris*, Suvremena administracija, Beograd, 1984., str. 295., izreka br. 166.

<sup>90</sup> Vidjeti tako u: Jozo Čizmić, op. cit., str. 16., usp. Zvonimir Bošković, Prava pacijenata na primjerenu obaviještenost i odlučivanje, Informator, br. 5343, od 21. svibnja 2005., str. 17. - 18.

<sup>91</sup> Vidjeti tako u Nenad Đurđević, op. cit., str. 9. i 10.

<sup>92</sup> U slučaju *Pretty vs. United Kingdom* (& 61.) ESLP je naglasio dakoncept "privatni život" vrlo širok pojam koji nije moguće u potpunosti odrediti pa se zato granice privatnog života određuju od slučaja do slučaja.

<sup>93</sup> Vidjeti tako u: Ksenija Turković, Pravo na odbijanje medicinskog tretmana u Republici Hrvatskoj, *Medicina* 2008., Vol. 44, No. 2, str. 160., vidjeti rad i na: <http://hrcak.srce.hr/medicina>.

## 8. SLUČAJEVI U KOJIMA PRISTANAK NIJE POTREBAN

### 8.1. Sigurnosne mjere izrečene počinitelju kaznenog djela:

#### 8.1.1. Obvezno psihijatrijsko liječenje

Čl. 75. KZ određuje da se sigurnosna mjera obveznog psihijatrijskog liječenja može se primijeniti samo prema počinitelju koji je kazneno djelo počinio u stanju smanjene ubrojivosti ako postoji opasnost da razlozi za takvo stanje mogu i u budućnosti poticajno djelovati za počinjenje novog kaznenog djela<sup>94</sup>. Prema čl. 75., st. 3. obvezno psihijatrijsko liječenje traje do prestanka razloga zbog kojih je primijenjeno, ali u svakom slučaju do prestanka izvršenja kazne zatvora, protoka roka provjeravanja primjenom uvjetne osude i izvršenja obveza zamjene kazne zatvora radom za opće dobro. U svim slučajevima obvezno psihijatrijsko liječenje ne može trajati dulje od tri godine. Puštanjem osuđene osobe na uvjetni otpust obvezno psihijatrijsko liječenje može se nastaviti na slobodi. Osuđenoj osobi koja ne nastavi liječenje opozvat će se uvjetni otpust.<sup>95</sup> Počinitelj kaznenog djela koji se ne podvrgne psihijatrijskom liječenju na slobodi uz uvjetnu osudu, ne izvršava obveze uz tu mjeru upozorenja, može mu se opozvati uvjetna osuda i odrediti izvršenje izrečene kazne.<sup>96</sup>

#### 8.1.2. Obvezno liječenje od ovisnosti

Prema čl. 76. KZ sigurnosna mjera obveznog liječenja od ovisnosti može se primijeniti prema počinitelju koji je kazneno djelo počinio pod odlučujućim djelovanjem ovisnosti od alkohola ili opojnih droga kad postoji opasnost da će zbog te ovisnosti ponovno počiniti neko kazneno djelo. Počinitelju kaznenog djela koji se ne podvrgne obveznom liječenju od ovisnosti uz uvjetnu osudu, ne izvršava obveze uz tu mjeru upozorenja, može se opozvati uvjetna osuda i odrediti izvršenje izrečene kazne.<sup>97</sup> Sigurnosna mjera obveznog liječenja od ovisnosti može se primijeniti uz iste kaznenopravne sankcije, u jednakom trajanju i na isti način kako KZ-om uređeno za sigurnosnu mjeru obveznog psihijatrijskog liječenja.<sup>98</sup> Podupiremo taj stav jer smatramo da je tu riječ o slučaju kada se moraju štititi interesi koji su širi i značajniji od pojedinačnog interesa, a na kraju je upravo i riječ o zaštiti i pojedinačnog interesa, jer su ovisnici osobe koje zbog konzumiranja narkotika ili alkohola (i sl.) nisu u stanju razumno donositi odluke koje su u njihovom najboljem interesu, posebno što se tiče njihovog zdravlja.

---

<sup>94</sup> Sigurnosna mjera obveznog psihijatrijskog liječenja može se (uz ispunjenje svih prethodno navedenih uvjeta) primijeniti za vrijeme izvršenja kazne zatvora ili uz zamjenu za kaznu zatvora ili uz uvjetnu osudu - čl. 75., st. 2. KZ.

<sup>95</sup> Vidjeti čl. 75., st. 4. KZ.

<sup>96</sup> Vidjeti čl. 75., st. 5. KZ i čl. 69., st. 5 KZ.

<sup>97</sup> Vidjeti čl. 76. st. 3. KZ i čl. 69., st. 5 KZ.

<sup>98</sup> Vidjeti čl. 76. st. 2. KZ.

## 8.2. Mjere za zaštitu od zaraznih bolesti

Dilemu izaziva pitanje treba li uvesti kao obvezatnu pretragu testiranje na HIV (AIDS) u trudnoći i što učiniti s informacijom da je netko HIV-pozitivan, a on ne želi da se ta informacija sazna? Gledajući s aspekta informed consenta, pacijent ima pravo (pa makar bila riječ o trudnoj ženi) odbiti bilo koju pretragu i odlučiti da rezultati njegovih nalaza ostanu tajni. Međutim, to je u koliziji s mjerama za sprječavanje širenja bolesti (kod trudne žene je to naglašeno jer se, osim velike mogućnosti da se bolest prenese na partnera, bolest lako prenosi i na plod<sup>99</sup>, a i na zdravstveno osoblje, posebice ono koje sudjeluje u porodu, a oni koji su prošli porod često su svjedoci da u porodu, koji često traje satima, sudjeluje cijeli niz zdravstvenih djelatnika, tijekom poroda prati nekoliko "babica", odnosno medicinskih sestara, a da ne spominjemo i specijalizante koji često budu prisutni na porodima, kao i svakodnevno mijenjanje liječnika i medicinskih sestara u "vizitama" u bolnicama, kao i ostale roditelje i njihove bebe<sup>100</sup> – dakle, jako mnogo ljudi se može zaraziti ukoliko je trudnica HIV pozitivna i to ostane tajnim podatkom).

Zakonske regulative mnogih zemalja štite privatnost svakog ljudskog bića. Prvi je takav zakon bio Zakon o zaštiti podataka, kojeg je donijela Švedska 1973. godine, u SAD su 1974. godine donijeli Privacy Act, a 1977. godine u SR Njemačkoj donesen je Zakon o zaštiti protiv zloupotrebe podataka.<sup>101</sup>

Članak 37. Ustava RH o tome kaže sljedeće:

**Svakom se jamči sigurnost i tajnost osobnih podataka. Bez privole ispitanika, osobni se podaci mogu prikupljati, obrađivati i koristiti samo uz uvjete određene zakonom.**

**Zakonom se uređuje zaštita podataka te nadzor nad djelovanjem informatičkih sustava u državi.**

**Zabranjena je uporaba osobnih podataka suprotna utvrđenoj svrsi njihovoga prikupljanja.**

U Kodeksu medicinske etike i deontologije o infekciji na HIV se posebno ne govori. Odgovor na postavljena pitanja daje nam "Program zdravstvene zaštite od AIDS-a za Republiku Hrvatsku" Ministarstva zdravstva RH koji obvezuje prijavu oboljenja od HIV-a. Sukladno "Pravilniku o prijavljivanju zaraznih bolesti", liječnik na svim razinama zdravstvene zaštite koji je utvrdio dijagnozu, prijavljuje oboljenog Higijensko-epidemiološkoj službi po mjestu stanovanja, a ona dalje Hrvatskom zavodu za javno zdravstvo.<sup>102</sup> Također čl. 238. st. 1. KZ<sup>103</sup> određuje da onaj tko ne postupi po propisima ili naredbama kojima nadležno državno tijelo

---

<sup>99</sup> Postavlja se pitanje što je s pravima ploda. Ima li plod pravo da bude liječen i prije poroda, a sve je veća mogućnost takvog liječenja od sve većeg broja bolesti. Smatramo da bi se ovdje moralo primijeniti načelo "Nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius agitur" (Dragimir Stojčević, Ante Romac, *Dicta et regulae iuris*, Suvremena administracija, Beograd, 1984., str. 295., izreka br. 15), dakle da se nerođeno dijete može smatrati rođenim ukoliko se radi o njegovim probicima, što bi ovdje svakako bio slučaj, jer ne da se radi samo o njegovim probicima, već se radi o njegovom zdravlju i životu. Ova tvrdnja ima još jači argument ukoliko je riječ o liječenju nerođenog djeteta koji više nije u razdoblju u kojem bi bio dozvoljen legalan pobačaj (do dvanaestog tjedna od posljednje menstruacije je u Hrvatskoj pobačaj legalan).

<sup>100</sup> Suvišno je napominjati da su to situacije u kojima ima i krvi i otvorenih rana (uključujući i bebe, kojima je nakon poroda često ispucana koža i svaki kontakt s HIV pozitivnom osobom je vrlo riskantan – tu naglašavamo HIV pozitivne, ali isto se odnosi i na ostale bolesti, poput hepatitisa).

<sup>101</sup> Vidjeti tako u: Arsen Bačić, op. cit., str. 261.

<sup>102</sup> Vidjeti tako i više o tome u: Aleksandra Frković, Sanja Katalinić, Renata Dobi-Babić, op. cit., str. 74.- 78.

<sup>103</sup> Glava 18. KZ, Kaznena djela protiv zdravlja ljudi.



**naređuje preglede, dezinfekciju, odvajanje bolesnika ili drugu mjeru za suzbijanje ili sprječavanje zarazne bolesti**, pa zbog toga dođe do opasnosti od širenja zarazne bolesti, kaznit će se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do jedne godine. Prema čl. 239. st. 1. KZ propisuje da onaj tko znajući da je zaražen spolnom bolešću spolnim odnošajem, s njim izjednačenom spolnom radnjom ili na drugi način drugoga spolno zarazi, ako time nije počinjeno kazneno djelo teške tjelesne ozljede, kaznit će se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do jedne godine.

### **8.3. Prisilna hospitalizacija duševnih bolesnika**

Osobu s težim duševnim smetnjama, koja je prisilno smještena u psihijatrijsku ustanovu, može se i bez njenog pristanka podvrgnuti pregledu ili drugom liječničkom postupku koji služi liječenju duševnih smetnji zbog kojih je prisilno smještena u psihijatrijskoj ustanovi samo ako bi bez provođenja tog postupka nastupilo teško oštećenje zdravlja te osobe, ali se i tada, u mjeri u kojoj je to moguće, treba toj osobi objasniti moguće postupke njenog liječenja i uključiti je, koliko je to moguće, u planiranje njenog liječenja.<sup>104</sup>

Prema čl. 241., st. 3. KZ nema kaznenog djela samovoljnog liječenja kad je zakonom propisano prisilno liječenje ili je liječenje, kirurški ili drugi medicinski zahvat poduzet prema osobi koja nije pri svijesti ili je nesposobna za rasuđivanje, a nije dostupan član uže obitelji ili zakonski zastupnik, a odgodom liječenja ili zahvata bio bi ugrožen njezin život ili bi došlo do znatnog pogoršanja njenog zdravlja.

## **9. ODGOVORNOST LIJEČNIKA ZA LIJEČENJE BEZ PRISTANKA**

### **9.1. Kaznena, prekršajna i stegovna odgovornost**

Prema čl. 104. KZ onaj tko ne pruži pomoć osobi koja se nalazi u izravnoj životnoj opasnosti iako je to mogao učiniti bez veće opasnosti za sebe ili drugoga, kaznit će se novčanom kaznom do 150 dnevnih dohodaka ili kaznom zatvora do 6 mjeseci. Ukoliko je on (onaj tko ne pruža pomoć) prouzročio tu životnu opasnost, kaznit će se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do 1 godine, a ukoliko je time još prouzročena smrt ili teška tjelesna ozljeda, ili joj je zdravlje teško narušeno, počinitelj će se kazniti kaznom zatvora od 3 mjeseca do 3 godine.

Prema načelu *volenti non fit iniuria* pristanak pacijenta isključuje protupravnost medicinske intervencije pod uvjetom da je pravno valjan i da su izvedeni oni zahvati za koje je, nakon obavijesti o njima, dan pristanak. Čak i ako je sve proteklo u redu, a nije bilo valjanog pristanka, zahvat je protupravan jer se njime krši pravo na tjelesni integritet<sup>105</sup>. Liječenje bez pristanka pacijenta je protupravna radnja koja je u KZ inkriminirana kao kazneno djelo samovoljnog liječenja u čl. 241., prema kojemu će se onaj tko drugoga liječi bez njegova pristanka, kaznit će se novčanom kaznom od 150 dnevnih dohodaka ili kaznom zatvora od 6

---

<sup>104</sup> Vidjeti čl. 9., st. 3. i st. 4., ZZODS.

<sup>105</sup> Vidjeti više u. Nikola Gavella, *Osobna prava*, I dio, Pravni fakultet Zagreb, Zagreb, 2000., posebno str. 65. i dalje.

mjeseci<sup>106</sup>. Doktor medicine ili doktor stomatologije koji poduzme kirurški ili drugi medicinski zahvat na tijelu drugoga bez njegova izričitog i valjanog pisanog pristanka, kaznit će se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do jedne godine.

Liječnikovi protupravni postupci, uslijed nedovoljnog informiranja pacijenta, obuhvaćaju čitavi zahvat, uključujući sve pojedinačne radnje<sup>107</sup>. Liječenje bez pristanka pacijenta se može izvršiti i bez zadiranja u tjelesni integritet pacijenta, primjerice kod samovoljnog liječenja hipnozom.<sup>108</sup>

Austrijski Kazneni zakonik u paragrafu 110. samovoljno liječenje inkriminira kao zasebno kazneno djelo protiv slobode<sup>109</sup>.

Prema čl. 41., st. 3. i 4. ZZPP novčanom kaznom u iznosu od 10.000,00 do 50.000,00 kn kaznit će se **za prekršaj** znanstvena ustanova ako uskrati pacijentu pravo na obaviještenost, uključujući i pravo na podatak o imenu i specijalizaciji osobe koja mu izravno pruža zdravstvenu zaštitu, kao i ako uskrati pacijentu pravo na prihvaćanje ili odbijanje pojedinog dijagnostičkog, odnosno terapijskog postupka. Prema čl. 42., st. 1. i 2. ZZPP novčanom kaznom u iznosu od 5.000,00 do 10.000,00 kuna kaznit će **za prekršaj** zdravstveni radnik ako na zahtjev pacijenta uskrati obavijest ili na zahtjev pacijenta uskrati pravo na drugo stručno mišljenje.

## 9.2. Imovinskopravna odgovornost

Ovaj problem je jako opsežan pa ćemo se koncentrirati samo na ono najvažnije, ostavljajući detaljnu razradu eventualno za neki budući rad.<sup>110</sup> Ovdje bismo naveli da liječnik kod liječenja bez pristanka ne odgovara za počinjenu grešku, već za samovoljno liječenje i zbog toga je dužan oštećeniku naknaditi nanesenu štetu. Naravno da je moguće da u isto vrijeme, tijekom samovoljnog liječenja, bude učinjena i grješka, ali liječnik tada odgovara po dva osnova. Oštećenik (pacijent) pravnu osnovu za samovoljno liječenje može pronaći u kršenju ugovorne obveze, ali i u povrijedi načelne zabrane nanošenja drugome štete. On može birati pravnu osnovu tužbe koja je za njega povoljnija, ako bude oštećen po jednoj osnovi, gubi pravo na obeštećenje po drugoj, osim ako bi po njoj mogao dobiti više nego po prvoj.<sup>111</sup>

---

<sup>106</sup> Više u komentaru ovog zakonskog članka u: Ana Garačić, Kazneni zakon u sudskoj praksi - posebni dio, PRAVO 55, Organizator, Zagreb, 2006., str. 390.- 391.

<sup>107</sup> Vidjeti presudu švicarskog Saveznog suda od 12.01.1982. godine, prema Dieter Giesen, *Arzthaftungsrecht*, 3. Auflage, Tuebingen, 1990., str. 155., kao i u: Nenad Đurđević, op. cit., str. 35.

<sup>108</sup> Vidjeti tako u: Jakov Radišić, Profesionalna odgovornost medicinskih poslenika, Beograd, 1986., str. 208.

<sup>109</sup> Vidjeti tako u: *Manfred Proske, Aertzliche Aufklarungspflicht und Einwilligung des Patienten aus strafrechtlicher Sicht*, u: *Die Haftung des Arztes in zivil- und strafrechtlicher Sicht unter Einschluss des Arzneimittelrechts*, Graz, 1983. str. 102. -103., prema: Nenad Đurđević, op. cit., str. 127.

<sup>110</sup> O ovoj temi vidjeti više u: Petar Klarić, Odgovornost zdravstvene ustanove i zdravstvenih djelatnika za štetu (prvi dio i drugi dio), Hrvatska pravna revija, kolovoz 2001. i rujan 2001. (str. 31. – 40).

<sup>111</sup> Vidjeti tako u: Hans Putzo, *Die Arzthaftung. Grundlagen und Folgen*, Berlin, 1979., str. 25., prema: Nenad Đurđević, op. cit., str. 131.

Prema članku 1046. ZOO šteta je umanjeње nečije imovine (obična šteta), spriječavanje njezina povećanja (izmakla korist) i povrijeda prava osobnosti (neimovinska šteta<sup>112</sup>). Subjekti obveznog odnosa odgovornosti za štetu su odgovorna osoba za štetu - štetnik i onaj tko je pretrpio štetu – oštećenik.<sup>113</sup> Od ovog općeg pravila ZOO predviđa izuzetke u kojima osoba koja je uzrokovala štetu (štetnik) ne odgovara za štetu koju je prouzrokovala, već za štetu odgovara osoba na koju ZOO upućuje.<sup>114</sup> Pretpostavke odgovornosti (moraju kumulativno postajati) za štetu (pored subjekata) su: 1/ štetna radnja štetnika, 2/ šteta, 3/ uzročna veza između štetne radnje i štete (kauzalni neksus) i 4/ protupravnost.<sup>115</sup>

Svaka stranka dužna je iznijeti činjenice i predložiti dokaze na kojima temelji svoj zahtjev ili kojim pobija navode i dokaze protivnika (čl. 219. st. 1. ZPP) – tužitelj je dužan dokazivati istinitost svojih tvrdnji, a tuženik mora dokazivati istinitost svojih navoda, odnosno prigovora.<sup>116</sup> Ono što želimo ovdje naglasiti je da ovdje nema posebnih pravila glede tereta dokazivanja pa tako vrijede opća pravila. Teret dokazivanja uzročne veze je na tužitelju<sup>117</sup>, što znači da je teret dokaza uzročne veze između štetnog događaja i nastale štete na pacijentu (naravno da može postojati situacija u kojoj je tužitelj netko tko je po profesiji liječnik, ali ovdje govorimo o imovinskopravnoj odgovornosti zbog kršenja prava na informirani pristanak). Najčešće je pacijent osoba koja po profesiji nije liječnik, ili zdravstveni djelatnik, već je najčešće riječ o osobama koje o medicini znaju vrlo malo i, koliko god tražimo način da se olakša pozicija liječnicima preciznom pravnom regulacijom toga što se od njih očekuje i kako ih zaštititi od eventualno lažnih optužbi, smatramo da je potrebno naglasiti kako položaj pacijenta – medicinskog laika u sudskom postupku u kojem on mora dokazivati uzročnu vezu, nije nimalo lagan.

Postoje različiti pristupi odgovornosti liječnika za samovoljno liječenje. Interesantno je spomenuti presudu francuskog Kasacijskog suda od 28. 12. 1954. God. u kojoj je pacijentu priznato pravo na „naknadu pretrpljenih znatnih šteta“ unatoč tome što mu je samovoljni zahvat liječnika spasio život. Pacijentu je priznato pravo na naknadu imovinske i neimovinske štete. Liječnik je prijevarom pacijentu obavio biopsiju i time potvrdio svoju sumnju u postojanje raka, radi čega je pacijentu prepisao rentgen terapiju i nakon toga kirurški zahvat. Pacijentu je život spašen, a liječnik je bio obavezan na naknadu štete.<sup>118</sup>

---

<sup>112</sup> Ovu štetu, prema prihvaćenoj objektivnoj koncepciji, čini već sama povrijeda prava osobnosti (povrijeda časti, ugleda, gubitak dijela tijela itd.), a pretrpljeni bolovi i strah, izazvani štetnom radnjom, samo su mjerilo težine povrede prava osobnosti i uzimaju se u obzir, pored drugih relevantnih okolnosti, pri utvrđivanju visine pravične novčane naknade - vidjeti tako i više o toj temi u: Hrvoje Kačer – Blanka Ivančić-Kačer, Građanskopravna odgovornost za štetu nastale zbog liječničke greške (I.) i (II.), Pravo i porezi br. 7. i 8., str. 12. - 19. (br. 7.), str. 14. – 25. (br. 8.).

<sup>113</sup> Vidjeti tako u: Hrvoje Kačer - Ante Perkušić, u: Vilim Gorenc i dr., Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRIF, Zagreb, listopad 2005., str. 1606.

<sup>114</sup> Tako su kod naravnih ili fizičkih osoba u ZOO pretpostavke odgovornosti posebno određene obzirom na njihovu ubrojivost (sposobnost za rasuđivanje – članak 1050., članak 1055.) i poslovnu sposobnost (članak 1051., članak 1056. – 1060.). Pravnoj osobi priznaje se pravna (članak 17.) i poslovna (članak 18.) sposobnost. Pravna osoba je, dakle, deliktno sposobna i odgovara za štetu koju njezino tijelo prouzroči trećoj osobi u obavljanju ili u vezi s obavljanjem svojih funkcija (članak 1062.). Za štetu koju zaposlenik u radu ili u svezi s radom prouzroči trećoj osobi odgovara poslodavac u uvjetima odredbe članka 1061. ZOO (osim ako dokaže da su postojali razlozi koji isključuju odgovornost zaposlenika). Oštećenik je svaka fizička ili naravna i pravna osoba koja trpi štetu – ibid.

<sup>115</sup> Vidjeti o toj temi u: Petar Klarić – Martin Vedriš, op. cit., str. 583. i dalje.

<sup>116</sup> Vidjeti tako u: Ivica Crnić, Odštetna odgovornost, Zgombić & Partneri, Zagreb, 2008., str. 824.

<sup>117</sup> Ibid., str. 825.

<sup>118</sup> Vidjeti tako u: Nenad Đurđević, op. cit., str. 132.

Problem je složeniji u slučaju kada je samovoljni medicinski zahvat bio medicinski indiciran, obavljen *lege artis* i dao uspješne rezultate.<sup>119</sup> Među pravnicima postoje različita mišljenja. Prema vladajućem stavu u njemačkom pravu i u tom slučaju se smatra da ne postoji pristanak pacijenta i to predstavlja protupravnu povredu tijela, koja ga čini odgovornim za sve nastale štete (imovinske i neimovinske, neizbježne i one koje su se mogle izbjeći) koje uslijed toga nastanu. U posljednje vrijeme sve veći broj njemačkih pravnih teoretičara smatra da to ne bi predstavljalo tjelesnu povrijetu, već isključivo predstavlja neovlašteno zadiranje u pravo osobnosti pacijenta, kao zaštićenog pravnog dobra - slobodu odlučivanja, odnosno samoodređenja u odnosu na tijelo i zdravlje.<sup>120</sup>

Smatramo da u slučaju medicinskog zahvata koji je obavljen bez pristanka pacijenta, ali je bio medicinski indiciran, obavljen je *lege artis* i dao je uspješne rezultate, ne može biti riječ o tjelesnoj povrijeti ili oštećenju zdravlja pacijenta, već se može govoriti jedino o naknadi neimovinske štete nastale zbog povrijetu prava osobnosti pacijenta – slobode odlučivanja, odnosno prava samoodređenja u odnosu na tijelo i zdravlje.

## 10. ZAKLJUČAK

Sigurno je da su ustavna prava na život, zdravlje, pravo na slobodu odlučivanja i pravo samoodređenja prava koja treba u najvećoj mogućoj mjeri zaštititi, ali u slučaju kada su ta prava u koliziji s liječnikovom obvezom da pruži pomoć onome kome je pomoć potrebna smatramo da treba pronaći rješenje kako bi se mogla ostvariti prava i obveze i liječnika i pacijenta. Rješenje nalazimo u tome da liječnik kod samovoljnog liječenja odgovara i kazneno i prekršajno i disciplinski, a imovinsko - pravno za imovinsku i neimovinsku štetu koja je pacijentu nanešena. Međutim, ukoliko je riječ o samovoljnom liječenju koje je bilo medicinski indicirano, koje je obavljeno *lege artis* (osim pristanka), te koje je donijelo uspješne rezultate, liječnik ne bi smio odgovarati za tjelesnu povrijetu ili oštećenje zdravlja pacijenta, već jedino eventualnu za neimovinsku štetu nastalu zbog povrijetu prava osobnosti pacijenta, preciznije slobode odlučivanja, odnosno prava samoodređenja pacijenta.

Generalno, treba zaključiti da je pozitivna hrvatska regulativa postavljena na način koji položaj liječnika čini jako teškim i nužne su određene intervencije koje bi omogućile liječnicima da mirno, slobodno i stručno obavljaju svoj posao, a da se prava pacijenata ostvaruju u što većoj mjeri i da sustav profunkcionira na bolji način. To samo na prvi pogled znači pogoršanje položaja pacijenta, a stvarno to znači korist i pacijentu koji objektivno ima interes omogućiti liječniku što kvalitetniji rad, a taj je moguć samo ako liječnik može mirno i slobodno raditi, bez nepotrebnih opterećenja, posebno i od kaznenog progona.

## LITERATURA

Bačić, A.: Leksikon Ustava Republike Hrvatske, Pravni fakultet u Splitu, Split, 2000  
Bošković, Z.: Prava pacijenata na primjerenu obaviještenost i odlučivanje, Informator, br. 5343, od 21. svibnja 2005

---

<sup>119</sup> Vidjeti tako i više o tome u: Nenad Đurđević, op. cit., str. 132.

<sup>120</sup> Ibid, str. 132. i 133.

Clerk & Lindsell, on Torts, Eighteen edition, General editor: Antony M. Dugdale, Sweet & Maxwell, London, 2000

Crnić, I.: Odštetna odgovornost, Zgombić & Partneri, Zagreb, 2008

Čizmić, J.: Pravo pacijenata na obaviještenost, s posebnim osvrtom na zaštitu tajnosti podataka o zdravstvenom stanju pacijenta, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991), v. 29., br. 1. (2008): [hrcak.srce.hr/file/39993](http://hrcak.srce.hr/file/39993).

Frković, A, Katalinić, S., Dobi-Babić: Informirani pristanak i program probira na HIV u trudnoći, Gynaecol Perinatol, 2004; 13(2)

Garačić, A.: Kazneni zakon u sudskoj praksi - posebni dio, PRAVO 55, Organizator, Zagreb, 2006

Gavella, N.: Osobna prava, I dio, Pravni fakultet Zagreb, Zagreb, 2000

Giesen, D.: Arzthafungsrecht, 3. Auflage, Tuebingen, 1990

Gorenc, V. i dr., Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRIF, Zagreb, listopad 2005

Hrabar, D.: Planiranje obitelji – od pobačaja do zdravstvene edukacije, Revija za socijalnu politiku, svezak 5., br. 1 (1998): <http://www.rsp.hr/ojs2/index.php/rsp/article/view/353/357>

Jakovac-Lozić, D.: Prava djeteta kao pacijenta, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br. 3., Mostar, 2005

Klajn – Tatić, Pristanak obaviještenog pacijenta na medicinsku intervenciju, Bilten Jugoslavenskog udruženja za medicinsko pravo, 2001., br. 9. – 12

Klarić, P., Vedriš, M.: Građansko pravo, Narodne novine, 2008

Klarić, P.: Odgovornost zdravstvene ustanove i zdravstvenih djelatnika za štetu (prvi dio i drugi dio), Hrvatska pravna revija, kolovoz 2001. i rujan 2001

Linden, A.: Canadian Tort Law, third Edition, Toronto, 1982

Linzbach, M.: Informed Consent – Die Aufklarungspflicht des Arztes im amerikanischen und deutschen Recht, Frankfurt am Main, 1980

Mađarić, J.: Informirani pristanak – pravo svakog pacijenta, na: Udruga Pacijent danas – Rijeka, <http://www.pacijenti.hr/news.aspx?NewsID=83&PageID=30>

Manfred Proske, Aertzliche Aufklarungspflicht und Einwilligung des Patienten aus strafrechtlicher Sicht, u: Die Haftung des Arztes in zivil- und strafrechtlicher Sicht unter Einschluss des Arzneimittelrechts, Graz, 1983

Miličić, V.: Deontologija profesije liječnik, Zagreb, 1996. god., prilog XXIV

Nasić, M.: Kako od zakona do prakse, Pacijent danas, 2004. godine, br. 11.12

Potočnjak, Ž, Trgovac, S.: Prava iz socijalnog osiguranja i socijalne skrbi u postupcima apstraktne kontrole ustavnosti zakona, rad za knjigu LIBER AMICORUM IN MEMORIAM JADRANKO CRNIĆ, koja je u pripremi za izdavanje

Proske, M.: Aertzliche Aufklarungspflicht und Einwilligung des Patienten aus strafrechtlicher Sicht, V: Haftung des Arztes in zivil - und strafrechtlicher Sicht unter Einschluss des Arzneimittelrechts, Graz, 1983

Putzo, H.: Die Arzthftung. Grundlagen und Folgen, Berlin, 1979

Radišić, J.: Profesionalna odgovornost medicinskih poslenika, Beograd, 1986

Stojčević, D.: Ante Romac, Dicta et regulae iuris, Suvremena administracija, Beograd, 1984., str. 295., izreka br. 166

Turković, K.: Pravo na odbijanje medicinskog tretmana u Republici Hrvatskoj, Medicina 2008., Vol. 44, No. 2: <http://hrcak.srce.hr/medicina>.

Turković, K.: Pravo na odbijanje medicinskog tretmana u Republici Hrvatskoj, Medicina 2008., Vol. 44, No. 2: <http://hrcak.srce.hr/medicina>

Ulsenheimer, K, Aufklarungspflicht und Einverständniserklärung zur Behandlung, Der Chirurg, 1996., br. 3

Deklaracija o promicanju prava pacijenata u Europi, Declaration on the Promotion of Patients Rights in Europe) Svjetske zdravstvene organizacije („Amsterdamska deklaracija“), 1994:

<http://www.hczj.hr/pr.php?id=12457&rnd>

Kazneni zakon (KZ; Kazneni zakon, NN 110/97., 27/98., 129/00., 51/01., 105/04., 84/05., 71/06., 110/07., 152/08)

Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini ((Oviedo 1997) (NN – 13/03)

Opća deklaracija o pravima čovjeka: Ratificirana Sl. l. Br. 7/1971

U-I-4892/2004, U-I-3490/2006 (NN 37/08)

Ustav Republike Hrvatske, NN 56/90., 135/97., 8/98. - pročišćeni tekst, 113/00., 124/00. - pročišćeni tekst, 28/01., 41/01. - pročišćeni tekst, 55/01

[www.hjpc.ba/dc/pdf/Europska%20konvencija%20o%20ljudskim%20pravima.pdf](http://www.hjpc.ba/dc/pdf/Europska%20konvencija%20o%20ljudskim%20pravima.pdf)

Zakon o javnom priopćavanju (ZJP; NN 83/96)

Zakon o obveznim odnosima, (ZOO; NN 35/05., 41/08)

Zakon o parničnom postupku, (ZPP; Sl. l. 4/77., 36/77., 36/80., 69/82., 58/84., 74/87., 57/89., 20/90., 27/90., 35/91., NN 53/91., 91/92., 112/99., 117/03., 84/08., 123/08)

Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama (ZZODS; Narodne novine, št. 111 z dne 22.10.1997, promene 26.11.1999 in 27.07.2002)

Zakon o zaštiti prava pacijenata (ZZPP; NN 169/04., 37/08)

Zakon o zaštiti prava pacijenata, (ZZPP; NN 169/04., 37/08; odluka i rješenje Ustavnog suda)

Zakon o zdravstvenoj zaštiti (ZZZ; NN 121/03., 48/05., 85/06., 117/08)

[hr.wikipedia.org/wiki/Opca\\_deklaracija\\_o\\_pravima\\_covjeka](http://hr.wikipedia.org/wiki/Opca_deklaracija_o_pravima_covjeka)

[http://www.katolici.org/duhovnost.php?action=c\\_vidi&id=604](http://www.katolici.org/duhovnost.php?action=c_vidi&id=604).

[http://split.hbk.hr/katehetski/kateheze/osmi/suodgovornost\\_za\\_pravedan\\_zivot\\_u\\_drustvu.html](http://split.hbk.hr/katehetski/kateheze/osmi/suodgovornost_za_pravedan_zivot_u_drustvu.html)

[www.hlk.hr](http://www.hlk.hr)

[www.mali-](http://www.mali-princ.hr/projekti_i_aktivnosti/vijesti/projekti_i_aktivnosti/projekt_osobnog_asistenta.html)

[princ.hr/projekti\\_i\\_aktivnosti/vijesti/projekti\\_i\\_aktivnosti/projekt\\_osobnog\\_asistenta.html](http://www.mali-princ.hr/projekti_i_aktivnosti/vijesti/projekti_i_aktivnosti/projekt_osobnog_asistenta.html)

[www.kud.hr/index.php?option=com\\_content&task=view&id=15&Itemid](http://www.kud.hr/index.php?option=com_content&task=view&id=15&Itemid).

# ZUR AKTUELLEN DISKUSSION UM EINE GESETZLICHE REGELUNG DER PATIENTENVERFÜGUNG IN DEUTSCHLAND

## K AKTUALNIM DISKUSIJAM O ZAKONSKI UREDITVI PACIETOVEGA RAZPOLAGANJA V NEMČIJI

### TO ACTUAL DISCUSSION FOR LEGAL REGULATION OF PATIENT'S DISPOSAL IN GERMANY

UDK: 342.72/.73-056.24(430)

*Dr. Christa JESSEL-HOLST, univ. dipl. pravnica*

*Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg, Nemčija*

#### **POVZETEK**

*Prispevek prikazuje ureditev vnaprej izražene volje v Nemčiji. Avtorica pri tem poudarja, da Nemčija sicer še nima izrecne pravne ureditve, a da to ne pomeni, da ni podana možnost, da bi pacient uveljavil svojo pravico do samoodločanja v primeru vnaprej izražene volje pacienta. Predstavljeni so trije zakonski predlogi za ureditev tega področja, in sicer predlog Bosbach, Stünker in Zöller.*

#### **KLJUČNE BESEDE**

*Patient, zdravnik, vnaprej izražena volja pacienta, pravica do samoodločanja.*

#### **ZUSAMMENFASSUNG**

*Der Beitrag stellt die Patientenverfügungen in Deutschland dar. Die Autorin hebt dabei hervor, dass Deutschland bisher keine ausdrücklichen rechtlichen Regelungen besitzt, aber dass dies nicht bedeute, es gäbe keine Möglichkeit für den Patienten, sein Recht auf Selbstbestimmung im Fall der Patientenverfügungen geltend zu machen. Es werden drei Gesetzesvorlagen zur Regelung dieses Bereichs dargestellt, und zwar die Vorlagen von Bosbach, Stünker und Zöller.*

#### **SCHLUSSELWORTER**

*Patient, Arzt, Patientenverfügung, Selbstbestimmungsrecht.*

#### **1. ZUR TERMINOLOGIE**

Durch Patientenverfügung (auch Patiententestament genannt) kann im Voraus bestimmen werden, wie man nach eigenem Willen als Patient ärztlich behandelt werden möchte, wenn man schon nicht mehr in der Lage ist, selber Entscheidungen zu treffen. Adressat ist der behandelnde Arzt, darüber hinaus aber auch eine Person, deren Aufgabe es sein soll, die Wünsche und Entscheidungen des Patienten gegenüber dem Arzt durchzusetzen.

Die Betreuungsverfügung dient dem Zweck, eine Person des eigenen Vertrauens zu benennen, die für den Fall, dass eine Betreuung notwendig werden sollte, vom

Vormundschaftsgericht bestellt werden soll (namentlich §§ 1897 IV, 1896, 1901, 1901a, 1906, 1907 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB)) .

Davon zu unterscheiden ist die Vorsorgevollmacht (§ 1901a BGB), mittels derer eine andere (Vertrauens-)Person dazu bevollmächtigt wird, im Namen und mit Wirkung für den Vollmachtgeber Erklärungen abzugeben, zu denen der Betreffende selbst wegen einer möglicherweise künftig eintretenden Geschäftsunfähigkeit außerstande sein wird.<sup>1</sup>

## 2. DAS GELTENDE RECHT DER PATIENTENVERFÜGUNG

Eine gesetzliche Regelung der Patientenverfügung ist in Deutschland gegenwärtig nicht vorhanden, was jedoch nicht bedeutet, dass es keine Möglichkeit zur Sicherung der Selbstbestimmung für den Fall der eigenen Einwilligungsunfähigkeit in eine medizinische Behandlung gäbe. So kann man vorformulierte (Muster-)Patientenverfügungen, die sich an die Bedürfnisse des Einzelnen anpassen lassen, bei Rechtsanwälten käuflich erwerben, sie werden aber zum Beispiel auch von Ärztekammern kostenlos angeboten.<sup>2</sup> Die Verfügung sollte in Schriftform getroffen werden und ist jederzeit formlos widerruflich. Notarielle Form ist möglich, aber nicht vorgeschrieben. (Empfohlen wird im übrigen eine Kombination von Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht). Schätzungen zufolge sollen etwa sieben bis acht Millionen Bundesbürger eine Patientenverfügung erstellt haben.

Die Rechtsunsicherheit ist allerdings trotz vorhandener höchstrichterlicher Rechtsprechung (vgl. insbesondere die Beschlüsse des Bundesgerichtshofs vom 17.3.2003<sup>3</sup> und vom 8.6.2005<sup>4</sup>) und Richtlinien der Ärztekammern beträchtlich. Insbesondere ist eine Patientenverfügung de lege lata nur dann absolut verbindlich, wenn keine Therapiemöglichkeit mehr besteht. Wenn also der Arzt meint, den tödlichen Ausgang der Erkrankung vielleicht verhindern zu können, kann beim Vormundschaftsgericht unter Umständen eine Erlaubnis zur Behandlung gegen den erklärten Willen des Patienten eingeholt werden.

## 3. DIE DREI GESETZESENTWÜRFE

De lege ferenda liegen drei verschiedene Vorschläge vor, und zwar die Entwürfe *Bosbach* u.a.,<sup>5</sup> *Stünker* u.a.<sup>6</sup> sowie *Zöller* u.a.<sup>7</sup> (es gibt aber noch eine vierte Gruppe, die gegen jede gesetzliche Regelung ist). Die drei Vorschläge wurden fraktionsübergreifend entwickelt und sind an keine bestimmten Parteien gebunden. Unterschiede gibt es besonders bei der rechtlichen Verbindlichkeit der Patientenverfügung.

Der Entwurf *Stünker* wurde von 206 Abgeordneten in den Bundestag eingebracht. Er will die Patientenverfügung als verbindliche Willenserklärung normieren, an die Ärzte, rechtliche

---

<sup>1</sup> Zur Muster-Vollmacht des Bundesjustizministeriums vgl. [www.bmj.de/media/archive/533.pdf](http://www.bmj.de/media/archive/533.pdf).

<sup>2</sup> <http://www.aerztekammer-hamburg.de/patienten/patientenverfueg.htm>

<sup>3</sup> BGHZ 154, 205.

<sup>4</sup> BGHZ 163, 195.

<sup>5</sup> <http://www.bmj.de/files/-/3378/08-10%20GE%20MdB%20Bosbach%20u%20a%20-%20neu.pdf> (20.11.2008).

<sup>6</sup> [http://www.bmj.de/files/-/3053/Patientenverfuegung\\_Entwurf\\_Stuenker.pdf](http://www.bmj.de/files/-/3053/Patientenverfuegung_Entwurf_Stuenker.pdf) (6.3.2008).

<sup>7</sup> [http://www.bmj.de/files/-/3377/Gesetzentwurf\\_zur\\_Patientenverfuegung\\_Zoeller\\_Faust.pdf](http://www.bmj.de/files/-/3377/Gesetzentwurf_zur_Patientenverfuegung_Zoeller_Faust.pdf) (20.11.2008).



Stellvertreter und Vormundschaftsgerichte auch dann gebunden sind, wenn sie das Wohl des Patienten durch die Verfügung gefährdet sehen. Die Patientenverfügung soll der Schriftform bedürfen.

Dagegen will der Entwurf *Bosbach* die private Verfügungsmacht drastischen Beschränkungen unterwerfen. Kerngedanke ist hier ein schonender Ausgleich zwischen den Verfassungsgütern „Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen“ und „Lebensschutzpflicht des Staates“. Die Initiatoren befürchten Missbrauch- und Irrtumsgefahren und unterscheiden deshalb zwischen Patientenverfügungen *mit* bzw. *ohne* ärztliche Beratung. Im erstgenannten Fall kann der Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung verbindlich angeordnet werden, wenn eine „umfassende ärztliche und rechtliche Aufklärung vorausgegangen, dokumentiert und mit der Patientenverfügung vom Notar beurkundet ist und diese nicht älter als fünf Jahre ist oder mit neuer ärztliche Beratung bestätigt wurde“. Dagegen wird bei der einfachen Patientenverfügung (ohne Beratung) zwischen unheilbaren und heilbaren Krankheiten unterschieden. Verbindlich soll die Verfügung nur bei unheilbaren Erkrankungen sein, wogegen bei einer heilbaren Erkrankung die ohne ärztliche Beratung erstellte Verfügung den Arzt nicht dazu verpflichten soll, „entgegen dem Patientenwohl“ eine Rettung abzubrechen.

Der u.a. von der Bundesärztekammer unterstützte Entwurf *Zöller* weist dem behandelnden Arzt erhebliche Mitwirkungsrechte zu (etwa wenn Arzt und Betreuer bei der Ermittlung des Patientenwillens keine Einigkeit erzielen) und würde zu einer verstärkten Einbeziehung der Vormundschaftsgerichte führen. Anliegen der Unterstützer ist es u.a., „ein Klima zu vermeiden, in dem die Gesellschaft auf schwerstkranken und sterbende Menschen Druck dahingehend ausübt, die Behandlung am Lebensende mithilfe einer Patientenverfügung zu beenden“.

#### **4. KÜNFTIGE SYSTEMATISCHER STANDORT DER PATIENTENVERFÜGUNG**

Alle drei Entwürfe sehen eine Regelung der Patientenverfügung im BGB vor, und zwar im vierten Buch (Familienrecht), Abschnitt 3 (Vormundschaft), Titel 2 (Rechtliche Betreuung). Dort sind de lege lata bereits Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung normiert (vgl. oben I.). Außerdem werden Ergänzungen des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit (FGG), also zum Außerstreitverfahren vorgeschlagen (§ 67, Verfahrenspflegerbestellung; § 69a ff. FGG)

#### **5. AUSBLICK**

Die öffentliche Diskussion um eine gesetzliche Regelung läuft schon fünf Jahre, jetzt wird die Zeit knapp. Am 27. September 2009 findet nämlich die Wahl zum 17. Deutschen Bundestag statt. Ob es bis dahin noch zu einer rechtlichen Regelung der Patientenverfügung kommen wird, hat die Bundesjustizministerin Zypries in einer Stellungnahme vom 4. März öffentlich bezweifelt. Bisher haben sich erst ca 350 der insgesamt 612 Abgeordneten auf einen der vorliegenden Gesetzesentwürfe festgelegt, so dass gegenwärtig kein Entwurf über eine ausreichende parlamentarische Mehrheit verfügt. Bei einer unlängst durchgeführten Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages zeigten sich die Fachleuten einig über die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung, jedoch wurde über Inhalte recht

kontrovers diskutiert. Zumindest für eine Übergangszeit bis nach der Wahl könnte es daher bei der aktuellen Rechtslage bleiben.

## PRAVNA ETIKA U PSIHIJATRIJI

## PRAVNA ETIKA V PSIHIATRIJI

## LEGAL ASPECTS IN PSYCHIATRY

UDK: 174:34:616.89

*Dr. Miloš MARJANOVIĆ, univ. dipl. pravnik  
Redni profesor  
Pravna fakulteta Univerze v Novem Sadu, Srbija*

*mag. Dragana ĆORIĆ, univ. dipl. pravnica  
Asistentka  
Pravna fakulteta Univerze v Novem Sadu, Srbija*

### **POVZETEK**

*Govoriti o etiki in duševnem zdravju, a pri tem izhajati iz pomena etike, pomeni, da govorimo o različnosti etičnih pristopov v psihiatriji, tudi nasproti duševnemu bolniku. Govorimo tudi o etičnosti družbe nasproti duševnim bolnikom, o povezanosti etike in duševnega zdravja, kakor tudi o psihiatrim kot profesiji. V tem delu avtorji obravnavajo težave, s katerimi se soočajo tako psihiatrija kakor tudi psihiatrična etika, kot specifične veje medicine in prava. Enostavno reševanje teh težav ni možno. K počasnemu reševanju sporov teh težav prispeva tudi interes za to oblast, kakor tudi svojevrstna stigmatizacija in družbeno nesprejemanje samih duševnih bolnikov in zdravnikov psihiatrov.*

### **KLJUČNE BESEDE**

*Etika, psihiatrija, duševno zdravje, stigmatizacija.*

### **ABSTRACT**

*When we speak about ethics and mental health, and especially having in mind meaning and definitions of ethics, we also speak about different ethical approaches in psychiatry and to psychiatric patients, and finally we speak about liasons between ethics in general and mental health, and about psychiatrists as professionals. In this article authors tried to map the problems that are frequent in psychiatry itself and in psychiatric ethics, as specific parts of law and medicine. Resolving of these problems is rather slow, an we see it as a consequence of little interest for this area, but also because of the stigmatization and social denial of psychiatric patients and psychiatrists as proffesionals.*

### **KEY WORDS**

*Ethic, psychiatry, mental health, stigmatization.*

Autori naglašavaju specifičnost i složenost psihijatrije zbog kojih je ona mnogo tešnje povezana sa problemima etike nego što su to druge grane medicine. Psihijatrijska etika počiva na osnovnim načelima medicinske etike ali sa brojnim osobenostima u kodeksima ponašanja i pravnoj regulativi. Ukazuje se na etički relativizam ali i na moralne konstante – čovek kao vrednost u klasičnoj antropocentričnoj i život kao život u modernoj biocentričnoj ili ekocentričnoj etici. Po antipsihijatrijskoj problematizaciji, etički problem postoje u svim etapama i oblastima psihijatrijskog rada. Oni se pojavljuju u obliku dilema sa alternativnim rešenjima. U bioetičkoj problematizaciji se poentira upotreba racionalnog dijaloga i tolerancija u kojima demokratske institucije, poput etičkih komiteta, donose etički održive odluke. Ova druga elaboracija je zasnovana na paradigmi nove političke kulture u kojoj se naglašavaju participativna demokratija i princip autonomne ličnosti. Razmatraju se dve etičke tradicije – deontološka i teleološka i dva na njima zasnovana pristupa kodifikaciji – meka i tvrda pravna regulacija. Posle dugog zanemarivanja došlo je do porasta interesovanja za primenjenu, pa i psihijatrijsku etiku od sredine 1970-ih godina a već sredinom 1990-ih došlo je i do već pomenute promene paradigme. Pomenuti su i etički principi u međunarodnim deklaracijama, sa posebnim osvrtom na Havajsku deklaraciju iz 1977. i Madridsku deklaraciju iz 1996. godine, u kojoj se afirmiše pravo pacijenta da bude partner u terapijskom procesu, u skladu sa načelima informisanosti i informisanog pristanka pacijenta. Analizirani su i neki problemi u praksi kao što su: prinudna hospitalizacija, poverljivost informacija, pokušaji samoubistva, pacijentovo odbijanje terapije koje dovodi obavezu lekara da pomogne u koliziju sa načelom autonomnog odlučivanja pacijenta o nastavku tretmana, psihijatrijska evaluacija i/ili praćenje stanja zatvorenika, veštačenje u krivičnom postupku.

Čini se da nijedna druga naučna ili praktična disciplina nema toliko posebna pravila, niti osetljivija pitanja za svoju regulaciju od psihijatrijske etike. Iako bazirana na osnovnim načelima medicinske etike, iz koje i sama, kao disciplina medicine proističe, nužno je uspostavljanje i specifičnosti u pravnoj regulativi, kodeksima ponašanja i, čak, drugačije posmatrati, sa aspekta judikature, ponašanje ove grupe medicinskih radnika. Etika, s druge strane, kao disciplina koja se bavi proučavanjem smisla i ciljeva moralnih zahteva, te načina ljudskog ponašanja kao skupa navika gledanih s moralnog stanovišta, u kom smislu se govori o dobrom i lošem, poštenom i nepoštenom, dopuštenom i nedopuštenom ponašanju, jeste dovoljno zahtevna disciplina. Njeno upuštanje u rešavanja problema u psihijatriji i pokušaj uspostavljanja pravila u ovoj osetljivoj oblasti još više su opterećeni brojnim, nimalo lakim zahtevima psihijatrije (B. Wootton, 1980: 525).

Moral je jedna od konstanti ljudske prirode a njena promenljivost je diktirana promenama u društvenom i, ne retko u poslednje vreme, političkom životu (B. Wootton, 1980: 530). Kulturni kodovi su od svih obeležja društvenog života najviše podložni promenama, pa se stoga i moralna načela, koja se baziraju na tim kulturnim kodovima, menjaju. Međutim, u psihijatriji ne možemo govoriti o bilo kakvim promenama u gornjem smislu, već jedino u smislu pomeranja granice senzibilnosti prema takvim bolesnicima.

Teško da se može pronaći neka oblast psihijatrijske delatnosti koja nije obuhvaćena kritikom sa etičkog stanovišta, naročito pod uticajem antipsihijatrijskog pokreta. Ta lista etički spornih oblasti psihijatrije obuhvata sledeće probleme: postavljanje dijagnoze, određivanje terapije, prevenciju i prognozu mentalnih poremećaja. Etičkim preispitivanjem su obuhvaćene i psihohirurgija, seksualne devijacije, prinudno lečenje, prisilna hospitalizacija, sudska psihijatrija, psihijatrijska istraživanja, društvena odgovornost psihijatra kao sudskog eksperta i

lekara-terapeuta, uticaj teorijskog opredeljenja, savremenih političkih ideologija i kulturnih obrazaca življenja na psihijatrijsku profesiju i praksu, moguće zloupotrebe psihijatrije, diskriminacija psihijatrijskih bolesnika i njihov nejasan društveni status (D. Milovanović, 1987: 94-95; P. Opalić, 2008: 191-192). Tome bismo mogli dodati kršenje ljudskih prava duševnih bolesnika i najnovije izazove, koji dolaze iz snažnog razvoja bioetike poslednjih godina. Neki kao etički osetljiva pitanja posmatraju krivičnu odgovornost duševnih bolesnika, eventualno delimično ili potpuno lišavanje poslovne sposobnosti, utvrđivanje njihove sposobnosti za brak i zaključivanje ugovora, kao i specifičan problem tzv" uslužnog dijagnosticiranja", tačnije nedavanje tačne dijagnoze iz razloga zaštite zaposlenog (V. Jukić, 1996: 469).

Kada je reč o kršenju ljudskih prava, treba reći da je osnovana Građanska komisija za ljudska prava i istragu kršenja ljudskih prava od strane psihijatrije (CCHR) koja "istražuje nedjela psihijatrije širom svijeta", uključujući i bivše jugoslovenske prostore (2007 DISSEMINATION FOUNDATION).

Osim antipsihijatrijske, izuzetno je važna i sve uticajnija bioetička problematizacija etičke problematike u psihijatriji. Fernando Lolas (2006: 185) definiše bioetiku u psihijatriji kao "racionalnu upotrebu dijaloga u formulisanju, opravdavanju i primeni etičkih principa, sa ciljem da se generišu dobre prakse u istraživanju, kliničkoj praksi i advokaturi" a u bioetičkim raspravama koje su relevantne za psihijatriju. Novi bioetički talas se koncentriše na ustanovljavanje društvenih institucija dijaloškog karaktera kojima se rešavaju dileme i donose "etički održive" odluke u interdisciplinarnim raspravama i konfrontacijama ali na jedan tolerantan i demokratičan način. Među formama za osiguravanje etički održivih odluka, u kojima se respektuje ljudsko dostojanstvo, ističu se etički komiteti, etičke konsultacije i kazuističke rasprave kompetentnih stručnjaka. On posebno naglašava autonomnost, dobrobit, neškodljivost i pravičnost kao bioetičke principe u psihijatrijskim etičkim kodifikacijama. Nikola Visković (1995: 80) smatra da su temeljna načela bioetike i biomedicinskog prava: dostojanstvo pojedinca, autonomija subjekta, neprinudnost i nekomercijalizacija, poverljivost podataka, pravednost i solidarnost u biomedicinskim postupcima.

Ako bismo ovakva bioetička gledišta situirali u jedan širi socio-kulturni kontekst onda bismo mogli reći da su ona rezultat participativne demokratije kao paradigmatične, nove političke kulture. Mi smatramo da je demokratija, pre svega, dijalog i tolerancija u donošenju odluka a politička kultura je vrednosno i normativno okruženje u procesu odlučivanja. Ova nova paradigma, kao izuzetno plodna ideja koja na nov način strukturise našu sliku sveta, široko je zahvatila kako bioetiku, tako i ekološku, pravnu, medicinsku, psihijatrijsku kulturu. Pravo na informacije, na učešće javnosti u odlučivanju i na pravdu (sudsko-upravnu zaštitu u slučaju njihove povrede) su glavni stubovi Arhuske konvencije iz 1998. godine, koju su partnerski formulisale vladine i nevladine organizacije, i koja je kodifikovana u nekoliko evropskih direktiva koje regulišu proces odlučivanja u oblasti ekologije (M. Marjanović, 2004: 119-144 i 2003: 227-232). Ta nova, demokratska politička kultura zasniva se na delovanju principa autonomne ličnosti (J. Habermas, 2002).

Poseban status ili specifičnost psihijatrije ogleda se i u tome što je ona etički izrazito rizično područje, te je neophodno stalno propitivanje (ali bismo dodali i redefinisavanje) etičkih problema u savremenoj psihijatriji, koji se često u njenoj praksi pojavljuju u obliku dilema sa alternativnim rešenjima (P. Filaković - I. Požgain, 2008).

Izdvajaju se dva glavna toka etičkih tradicija u zapadnoj psihijatrijskoj misli. Prvi predstavlja deontološku tradiciju, koja se bazira na etički shvaćenim obavezama, etici uverenja ili kako je Maks Veber to bolje nazvao, *Gesinnungsethik*. Ovo stanovište se uglavnom povezuje sa kantovskom filozofijom. Mi smatramo da se ova tradicija, zasnovana na moralu iz uverenja ili ubeđenja kao pretpostavci unutrašnje moralne sankcije, može nazvati i tradicijom autonomnog morala. Drugi tok psihijatrijske misli se naziva teleološkim, budući da se akcenat stavlja na posledice delovanja i pretpostavljenu odgovornost svih učesnika, što Veber naziva *Verantwortungsethik*, a mi bismo dodali da je to tradicija heteronomnog morala, sa spoljašnjim sankcijama. Iako praksa govori da su i teoretičari i praktičari u ovoj oblasti, prilikom donošenja etičkih odluka, češće usmereni na primenu druge koncepcije, poželjno je konsultovati obe ove tradicije (F. Lollas, 2006: 185). Dobra etička odluka mora da poštuje i jednu i drugu tradiciju, ali su etička dvoumljenja veoma česta (P. Filaković-I. Požgajin, 2008: 26). Smatra se da su medicinska etika i medicinsko pravo obuhvaćeni zajedničkim pojmom medicinska deontologija (J. Bukelić, 2002: 176).

Savremena etika u pristupu mentalnim bolesnicima svoje korene nalazi još u V veku p.n.e. kada su Hipokrat i drugi preporučivali blago postupanje prema njima. U srednjovekovnom hrišćanstvu, pak, prema njima je ispoljavan oštar i neprijateljski stav. Već u VIII veku Arapi su prvi izgradili skloništa za duševne bolesnike, od XII-XV veka takvi azili su građeni i u Evropi (u manastiru Studenica 1208. godine). U Francuskoj su 1838. godine doneti zakonski propisi u kojima dominira težnja da se obezbedi sigurnost i javni mir zdravih građana, ali se neke odredbe odnose i na pomoć duševno obolelima. To je bio pionirski pokušaj i začetak kasnije zakonske regulative kojom se definiše društveni status mentalno obolelog lica. Suprotno unošenju elementa etičnosti u tretman mentalno obolelih, najupadljiviji primer neetičnog ali ozakonjenog likvidiranja duševnih bolesnika nalazimo u nacizmu, gde je, prema eutanazijskom programu iz 1935. godine, u periodu od 1939-1944. godine, širom okupirane Evrope pobijeno oko 275.000 ljudi. (V. Hudolin, 1981: 17; D. Milovanović, 1987: 93-94).

Kao što se vidi, da li će neko ponašanje biti okarakterisano kao normalno ili bolesno, u velikoj meri zavisi od vrednosnih i normativnih sistema određenog društva. Stoga, ono što je normalno u jednom društvu može biti nenormalno u drugom, i obrnuto. Psihijatrija, kao naučna disciplina nije ni postojala sve do kraja XVIII veka. A ako ona ne postoji, onda ludilo nije bolest, već poremećaj i odstupanje od društvenih normi (D. Drakić, 2004: 519, 524). Danas se smatra da su i tako ključni pojmovi kao što su "normalnost", "zdravlje" i "bolest" otvorena bioetička pitanja (N. Visković, 1995: 70, napomena 13). Međutim, uprkos svekolikog relativizma, postoje i neke moralne konstante. U klasičnoj, antropocentričnoj etici takva konstanta svakog moralnog suđenja je čovek kao vrednost, dok u modernoj, biocentričnoj ili ekocentričnoj etici to postaje život kao život.

Uloga etičkih kategorija dobra i zla je da odluče da li neki postupak ugrožava ljudsku društvenost, što duševni poremećaj svakako čini, budući da uništava sposobnost simboličke komunikacije svojstvene ljudima. Etika je ovde onda veoma kompleksna, kontroverzna i dvosmislena, jer psihijatri u kliničku praksu i istraživanja unose osobine i socijalne vrednosti, što je posebno izraženo u situacijama potencijalnog ili aktuelnog vrednosnog konflikta (Jukić: 1996: 700).

Psihijatrija je, u poređenju sa drugim granama medicine naročito kompleksna (J. García-Huidobro, 1997: 1). Ona je izrazito interdisciplinarna, istovremeno biološka, psihološka i

društvena. Možemo se složiti sa mišljenjem da je psihijatrija mnogo čvršće povezana sa problemima etike nego što je to medicina uopšte (T. Szasz, 2007). Naše su pretpostavke bile da se u istorijskom razvoju psihijatrije i odnosa pacijent-psihijatar-društvo jasno vidi etički relativizam, da su etički problemi prisutni u svim oblastima i etapama rada psihijatra, ali da su se već uobličile pojedine etičke tradicije. Porast interesovanja za etičke probleme i dileme psihijatrije u poslednje tri decenije iskristalisao je neke etičke principe i standarde, koji su već formulisani u međunarodnim deklaracijama. Naročito su, sa stanovišta pravne etike, značajne mogućnosti i načini njihove kodifikacije.

U psihijatrijskoj praksi ali i teoriji dugo je postojala tendencija minimiziranja, odbijanja čak i negiranja etičkih aspekata. Primetno je precenjivanje naučnih i zapostavljanje etičkih aspekata psihijatrije koji su suštinski, kako za resintetičku sliku bolesnika tako i za globalni psihijatrijski pristup mentalnoj bolesti (D. Milovanović, 1987: 95).

Međutim, od sredine 1970-ih godina, dolazi do vidnog porasta interesovanja za probleme psihijatrijske etike (D. Damir-E. Toader, 2007: 1). Neki to objašnjavaju klimom neraspoloženja prema autoritetima, koja je porasla poslednjih decenija, budući da su psihijatri sami po sebi veliki autoriteti, čiji se rad stalno preispituje. Naime, svaki previše specijaliziran sistem čije je znanje prilagođeno i razumljivo samo pripadnicima te profesije dozvoljava bojazan ljudi izvan tog kruga, a sa druge strane daje mogućnost za manipulisanje poslenicima čak i u političke svrhe.

Zapravo, tokom 1970-ih godina, u svetu se pojavljuje širok duhovni pokret koji se okreće problemima primenjene i normativne etike svakodnevnog života, što je naročito izraženo u ekološkoj etici i bioetici (N. Visković, 1995: 68). Od sredine 1980-ih godina naglo je povećan broj studija o moralnim pitanjima u psihijatriji, o kojima se često diskutovalo i polemicalo (J. García-Huidobro, 1997: 1). Iako su od 1950-ih godina u psihijatriji načinjeni spektakularni koraci, kao što su upotreba insulina, elektrošokova, lobotomije i psihofarmaka itd. a povećao se i broj i lekara i pacijenata, radikalne promene u etičkim propisima su vrlo sporo uvođene. U mnogim klasičnim i modernim udžbenicima psihijatrije na raznim jezicima termin "etika" ne postoji čak ni u predmetnom ili pojmovnom indeksu (D. Milovanović, 1987: 92-93). Ni u drugom, dopunjenom i prerađenom izdanju udžbenika Srboljuba Stojiljkovića *Psihijatrija sa medicinskom psihologijom*, Beograd-Zagreb, iz 1965. godine nijedno poglavlje nije posvećeno etičkim pitanjima, a etika se ne pominje ni u prilično obimnom predmetno imenskom registru na kraju knjige. Takvo poglavlje nije zastupljeno ni u udžbeniku Petra Opalića *Psihijatrijska sociologija*, Beograd, iz 2008 godine, ali se termin "etičko" pominje u pojmovnom registru. Tek u udžbeniku Marka Munjize *Uvod u socijalnu psihijatriju (psihosocijalni pristup duševno obolelom čoveku)*, Beograd, iz 2009. godine postoji poglavlje "Osnovna načela etike u psihijatriji i izazov za psihijatrijsku profesiju" (ali je jedino ostalo sadržajno nerazrađeno poglavlje u knjizi), kao i poglavlje "Zakonski aspekti transformacije psihijatrije". Takođe, jedan od najpoznatijih svetskih udžbenika psihijatrije Harolda Kaplana, od 2200 stranica etici i etičkim pitanjima posvećuje samo 7 stranica, a Kecmanović to čini na 14 stranica, takođe u odnosu na 2200 stranica svog udžbenika.

Specifičnosti proizlaze iz samog područja kojim se bavi psihijatrija (R. M. Wettstein, 2001: 65). Neki psihijatrijski bolesnici zbog bolesti nemaju dovoljan misaoni kapacitet i mogućnost da shvate da su bolesni pa tako ni da im je potrebno lečenje, kao i da je neophodno redovno uzimanje terapije. Iz istog razloga nisu u mogućnosti realno procenjivati situacije, upravljati

svojim postupcima, preuzimati odgovornost za sopstveno lečenje, jer je njihova procena sopstvenog zdravstvenog i mentalnog stanja pod uticajem sumanutih doživljaja koja za njih predstavljaju stvarnost i istinu. S takvim bolesnikom nije moguće uspostaviti odnos dogovaranja i zajedničkog odlučivanja, već treba istupiti odlučnije, u interesu bolesnika. Bezuslovna briga za pacijenta jeste jedan od osnovnih postulata psihijatrijske etike, ali se u gore navedenoj situaciji često sukobljava sa drugim podjednako vrednim postulatom a to je dobijanje saglasnosti pacijenta za primenu određenih dijagnostičko-terapijskih procedura.

Slučajevi prisilne hospitalizacije, pokušaji samoubistva, teški hronični psihijatrijski pacijenti koji nemaju porodicu ili ih je porodica odbacila, zatim pacijenti koji su eventualno u pravnom sporu sa psihijatrijskom ustanovom ili nekim od stručnjaka zaposlenih u njoj, a bez odlaganja slučajevi fizičkog obračuna pacijenata sa osobljem ustanove ili slučajevi međusobnog fizičkog napada pacijenata, samo su neke od uobičajenih situacija u kojima se moraju propitivati pravni, etički i drugi stavovi i norme (P. Opalić, 2007a: 117).

Erich Fromm (1980: 9) ističe da ga je njegovo iskustvo psihoanalitičara-praktičara uverilo da se problemi etike, ni teorijski, ni terapijski ne mogu zaobići u proučavanju ličnosti. S jedne strane, on razmatra probleme etike, normi i vrednosti "koje vode ostvarenju čovjekova ja i njegovih mogućnosti". S druge strane, u poslednjoj instanci, pokazuje se da je i sama neuroza "simptom moralnog neuspaha U mnogim slučajevima neurotički je simptom specifični izraz moralnog sukoba, i uspjeh terapijskog nastojanja ovisi o razumijevanju i rješavanju moralnog problema ličnosti". Po P. Opaliću (2007: 2) "svaki psihički poremećaj na neki način ugrožava strukturu društvenih komunikacija". Međutim, iako sociogeneza duševnog poremećaja dobro objašnjava društveni kontekst njegovog nastanka (izvitoperena komunikacija, društvena dezorganizacija i sl.), ona ne objašnjava duševnu bolest kao takvu, niti pravi dovoljnu razliku između reaktivnih psihičkih stanja i endogenih ili organskih psihoza (s. 13). U svakom slučaju, između moralnih kriza društvenih kolektiviteta i ličnosti postoji nesumnjiva veza, ali je ona, kako pokazuju neka istraživanja umnogome nijansirana.

Ali ni tzv. "potencijalna opasnost" koja se vezuje za osobe sa psihičkim poremećajima nije, po pravilu, apsolutna indikacija, sama po sebi, za prinudnu hospitalizaciju, koja je redovno i zakonski, i medicinski, i etički posebno problematična. Zakoni različitih zemalja najčešće propisuju da odluku o prinudnoj hospitalizaciji treba da potpišu najmanje dva psihijatra, da ta odluka treba biti detaljno obrazložena i da je ustanova dužna u zakonski predviđenom roku (obično 48-72 sata) obavestiti nadležni sud koji daje saglasnost da se hospitalizacija nastavi ili donosi odluku da se prekine. Treba, međutim, odmah reći da su u zemljama, koje već duži niz godina sprovode ovu zakonsku i administrativnu proceduru, uočeni i njeni nedostaci. Samom procedurom nepotrebno se, u mnogim slučajevima, nanosi šteta bolesnicima i njihovim porodicama, pre svega onima koji se već posle kratkog vremena (nekoliko sati ili dana) tako oporavljaju da im je dalja hospitalizacija nepotrebna (Kaličanin: 1999).

Dalje, pitanje suicida dovodi psihijatre u sukob s drugim stručnjacima i borcima za ljudska prava, koji polazeći od etičkih stavova i prava pacijenata smatraju da je suicid pravo pacijenta i da ga treba poštovati dok psihijatri procenjuju suicid kao i ostale odluke kroz pacijentove mogućnosti razumevanja posledica svojih akata, odnosno kao bolest. Psihijatri, s druge strane, mogu doći u sukob i sa moralnim načelima koja regulišu odnos prema pacijentu i obavezama prema profesiji ili instituciji, kao što je to u slučaju tzv. administrativnog otpuštanja



pacijenata, da se ne prekorači zakonski propisano vreme trajanja hospitalizacije (P. Opalić, 2007: 718).

Posebno su teške situacije kada pacijent odbija terapiju i tada psihijatar ne može uvažiti kriterijum autonomnog načela koje podrazumeva autonomnost i sposobnost pacijenta da odabere najbolju soluciju za svoje lečenje. U takvim slučajevima psihijatar se koristi načelima dobre kliničke prakse, jer bi odluka ovakvog pacijenta mogla ugroziti njegovo zdravlje. Iako je na taj način ugroženo načelo uvažavanja bolesnikove odluke, lekar je odgovoran za procenu, što je hijerarhijski važnije.

Načela insistiraju da, kada god je to moguće, i kod dobrovoljnog i kod prinudnog prijema i lečenja, bolesniku treba omogućiti vršenje svojih građanskih, političkih, ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava, kako to definišu Deklaracija o ljudskim pravima i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (posebno pravo na glasanje, raspolaganje imovinom, imenovanje zastupnika svojih interesa). U slučaju nesposobnosti bolesnika da sam ostvaruje ova prava, sud donosi odluku na osnovu nalaza i mišljenja psihijatra (veštaka). Obavljanje funkcije staratelja mora biti, takođe, pod nadzorom suda i/ili drugog organa predviđenog zakonom.

Sukob etičkih načela i pozitivnog prava je moguć i u slučaju psihijatrijske evaluacije ili praćenja stanja zatvorenika, i to u slučaju izričitog zahteva poštovanja autonomije ove vrste pacijenata, koja je ovde veoma restriktivno postavljena (J. G. V. Taborda - J. Arboleda-Florez, 2006: 89). Naime, zatvorenici su već deprivirani od uobičajenih uslova života, uskraćena im je fizička sloboda kretanja po prirodi same sankcije koju izdržavaju, a tu je i kriminogeni faktor, tj činjenica da su svojim društveno neprihvatljivim ponašanjem prekršili zakon.

Video nadzor sam po sebi je takođe problematičan, čak i kod bolesnika koji nisu zatvorenici, budući da postoji izražena "potreba dijagnostike posmatranjem ispoljavanja unutrašnjih poriva, u vidu neverbalnog govora" (Rajšić et al. 2007: 409 - 412). Sam video nadzor u ovom smislu, smatraju neki autori, ne nanosi fizičku štetu bolesnicima, već eventualno revolt bolesnika ili sudsku raspravu o ugroženosti ljudskih prava. Posmatrani bolesnik nema privatnost, a u uslovima neprekidnog osmatranja veoma je ograničena kontrola sopstvene predstave, koja je kod psihijatrijskih bolesnika inače veoma otežana. Pitanje privatnosti ima etički značaj, jer osoba ima pravo da kontroliše pristup sadržajima sopstvene ličnosti. Primera radi, u SAD samo dva zakona regulišu pitanje video monitoringa psihijatrijskih bolesnika. Sa druge strane, video nadzor u gornjem smislu je 2003. godine odobren od strane Etičkog komiteta Vojnomedicinske Akademije u Beogradu, i primenjuje se uz strogo poštovanje odgovarajućih pravilnika, saopštenja i saglasnosti za korištenje istog. (Rajšić et al. 2007: 409 - 412). Treba napomenuti da ni Londonska, Havajska, niti Helsinška povelja ne navode video zapis kao dijagnostički postupak, već se na VMA on sprovodi shodno tzv. informisanoj saglasnosti pacijenta, navedenoj u Helsinškoj povelji.

Problemi su mogući i prilikom kliničkih ispitivanja koja se obavljaju u svim granama medicine i gde su vrlo jasno zacrtana pravila postupanja pri uključivanju ispitanika u studije. Ako je pacijent psihotičan ili mentalno retardiran i ne može razumeti informisani pristanak, takav pacijent se ne uključuje u studiju, iako bi teorijski mogao imati koristi od takvog lečenja.

Brojni međunarodni dokumenti dokazuju značaj koji se konačno počinje pridavati ovim graničnim oblastima i etike i psihijatrije: *Havajska deklaracija* usvojena 1977 godine, od strane Svetskog udruženja psihijatarata i potvrđena na Generalnoj skupštini Svetskog psihijatrijskog udruženja u Beču 1983. godine je krovni dokument ove vrste. *Madridska deklaracija*, usvojena 1996. godine, zatim *Principi zaštite osoba s mentalnim bolestima i unapređenja zaštite mentalnog zdravlja*, koji su usvojeni na Plenarnom zasjedanju UN 1991. godine, čine, uz Havajsku deklaraciju, programske dokumente koji regulišu načela i principe psihijatrijske etike, koja se kreće u dva pravca, prema pacijentima ali i prema samim psihijatrima. Havajska deklaracija se naziva i "etičkim uputstvima" za psihijatrijsku praksu, a kako u njoj, tako i u svim ostalim dokumentima, postoji svest o etičkim implikacijama poziva psihijatarata, i apostrofiraju se pravedno i ravnopravno postupanje prema mentalno obolelima, uz zalaganje za socijalnu pravdu i ravnopravnost. Značajno je spomenuti i Preporuku R(98)7 Evropske Komisije u vezi sa etičkim i organizacijskim aspektima zdravstvene zaštite u zatvorima, jer se odnosi na posebno vulnerabilnu kategoriju ovih bolesnika. Ovde je posebno istaknuto da svako odstupanje od principa slobodnog pristanka pacijenta treba da bude sprovedeno na isti način kao i kad su u pitanju lica koja nisu lišena slobode ili se nalaze na odsluženju kazne zatvora.

Svi ovi dokumenti počivaju na sledećim principima: osnovne slobode i ljudska prava, zaštita maloletnika, život u zajednici, utvrđivanje duševne bolesti, medicinsko istraživanje, poverljivosti, uloga zajednice i kulture, standardi zaštite, lečenje, medikacija, saglasnost za lečenje, informisanost pacijenta i /ili njegove porodice o njegovim pravima, prava i uslovi u institucijama za duševno zdravlje, proceduralna zaštita, pristup obaveštenju o trenutnom zdravstvenom stanju, zaštita postojećih prava i dr. Poseban akcenat je na verodostojnosti dijagnosticanja i lečenja (kada je u pitanju forenzična psihijatrija), i poštovanje pojedinca (tj. pojedinca čije se ponašanje i mentalno stanje proučavaju) i pridobijanje njegovog poverenja od strane lekara na etički prihvatljiv način (J. G. V. Tabora - J. Arboleda-Florez, 2006: 87).

*Madridska deklaracija* posebno apostrofira pravo pacijenta da bude "prihvaćen kao partner u terapijskom procesu", kad god je to moguće, u skladu sa poštovanjem načela informisanosti i načela informisanog pristanka pacijenta, kao prethodno pitanje, uvek se mora proceniti da li je pacijent u stanju shvatiti informacije koje mu se pružaju i da li može kompetentno odlučiti o svom lečenju. Kada se utvrdi nekompetentnost pacijenta, psihijatar se suočava sa novim ozbiljnim etičkim dilemama: da li i koga informisati o stanju bolesnika i koga uključiti u odlučivanje o lečenju. Ovde treba još jednom spomenuti i, najtežu dilemu da li sprovesti nedobrovoljnu hospitalizaciju i prinudno lečenje, u slučaju kad se dokaže da pacijent nije u sposobnosti da samostalno donosi takvu odluku. Donošenje odluka u ime pacijenta, je upravo zbog različitih vrednosnih sistema sa jedne strane, ali i potrebe da se poštuju striktno pravila struke i etike, dovoljno teško samo po sebi (Satyanarayana T. S (1995): 212).

Dalje, značajno je očuvati i poverljivost informacija koje su dobijene u toku terapijskog procesa. Navedeno se sme narušiti samo u cilju poboljšanja mentalnog zdravlja pacijenta, ili kada zakon to izričito zahteva, tj. kada je odavanje tih informacija od većeg značaja nego njihovo čuvanje. Budući da psihijatrija ne raspolaže dovoljno objektivnim kriterijumima za dijagnostiku većine psihičkih poremećaja. Mora se nužno koncentrisati na iskazu bolesnika o svom subjektivnom doživljavanju i na opservaciji ponašanja u različitim situacijama. Osetljiva je i duboko lična priroda onoga što pacijent doživljava i samostalno saopštava, te i to povećava značaj čuvanja lekarske tajne. Mogućnosti nanošenja štete pacijentu otkrivanjem te tajne su velike. I ovde, međutim, mogu iskrsnuti ozbiljne etičke i pravne dileme. Psihijatar je,

na primjer, često suočen sa pitanjem da li postupa "u najboljem interesu za pacijenta" (P. Kaličanin, 1999: 134) ako poverljive informacije (često i uz izričitu zabranu pacijenta) ne otkriva članovima porodice koji bi mu mogli pružiti značajnu pomoć. Još su teže dileme koje proizlaze iz obaveza prema trećim licima, kada psihijatar otkrije da im pretil opasnost od bolesnika. U svim takvim slučajevima na psihijatru leži velika odgovornost, pa je primoran da pažljivo odmeri sve razloge "za" i "protiv" otkrivanja lekarske tajne. Kontroverze i etičke dileme se javljaju i kada se zahteva od psihijatra da svedoči ili veštači u krivičnim i građanskim parnicama u pogledu sposobnosti svog pacijenta ili kada su kliničke beleške ili dokumentacija deo većeg dosijea radnika te nisu namenjene samo kliničkom osoblju zaduženom za konkretan slučaj.

Etički integritet psihijatra može biti u svim navedenim situacijama jako kompromitovan, jer ga svojevrsna triangularnost navodi na dvostruke standarde i odlučivanje o tome, u čijem pretežnijem interesu treba da postupi. Cilj normativne aktivnosti u psihijatriji je duševno zdravlje jer je to ono što je bitno za samog pojedinca, porodicu bolesnika i društvenu zajednicu. No problem nastaje kod hijerarhije vrednosti, koja je drugačija za svaku od kategorija navedenih subjekata. Psihijatar je stalno na raskršću, jer donosi sud o moralnosti i etičnosti, i uvek je pitanje koju vrednosnu skalu primenjuje tom prilikom, pacijenta, porodice, društvene zajednice, ili u krajnjoj instanci i sopstvenu skalu vrednosti, koja se nikako ne mora poklapati ni sa jednom pomenutom skalom vrednosti, ili čak može biti i univerzalna za sve situacije.

Stigma koja podjednako prati i psihijatre i njihove pacijente jeste odraz društvenih predrasuda i potrebe za izopštavanjem iz društva onih koji su različiti od većine, ili onih kojih se jednostavno plašimo. Zakonska regulativa, jednako na nacionalnom i međunarodnom nivou je dovoljno deciderano stala na stanovište da upravo ova grana medicine zaslužuje svaku moguću podršku i široku društvenu pomoć.

Postoji saglasnost da pravna regulacija kasni za razvojem biomedicinskih odnosa, kao društvenih odnosa koji su posledica naučno-tehničkih inovacija, i njihovom deontološkom regulacijom i da mnogobrojne pravne praznine imaju negativan učinak. Ali o načinu ili potrebnom dometu pravne regulacije ili kodifikacije ovih odnosa, uobličila su se ali i praktikuju dva shvatanja. Jedni smatraju da je za polje biomedicine deontološka regulacija nedovoljna i da ga što pre, detaljnije i strožije treba pravno normirati jer samo pravne sankcije mogu sprečiti opasne zloupotrebe. Drugi su mišljenja da sa pravnom regulacijom u ovoj oblasti ne treba žuriti a ako je, ipak, ona neophodna onda ne treba da bude ni iscrpna, ni stroga jer je reč o vrlo složenim i brzo i nepredvidivo promenljivim odnosima o kojima u demokratskim pluralističkim društvima ima malo konsensusa. Preuranjena, iscrpna i previše tvrda ili kategorička pravna regulacija može zakočiti razvoj biomedicine. Medicinska deontologija je gipkija i ne ometa ovaj razvoj a može da spreči i šire zloupotrebe naučno-tehničkih inovacija, pa potreba za pravnom regulacijom treba da se postupno i pouzdano kanališe. Ovo shvatanje se, dakle, više oslanja na samoreglativnu moć civilnog društva i njegove težnje ka permisivnosti i slobodi, što bi prerano i prejako pravno normiranje moglo zakočiti. Za bržu i potpunu pravnu egulaciju opredelile su se Španija, Holandija, Nemačka i SAD a za sporiju i tek načelnu pravnu regulaciju zemlje Istočne Evrope, Francuska i Italija (N. Visković, 1995: 78-79). Nama se čini da se u psihijatriji ova meka regulacija oslanja na deontološku a tvrda na teleološku tradiciju.

Iako je o dometima i ograničenjima sudskog veštačenja napisano mnogo tekstova, zanemarenost etičkih pitanja kod psihološkog i psihijatrijskog veštačenja je bila tolika da se, do nedavno, u pravnoj i forenzičkoj literaturi o njima nije moglo naći gotovo ništa (Z. Vučević – M. Biro, 1996: 124). Postoje argumentovana mišljenja da psihijatrijsko veštačenje u krivičnom postupku, kao autonomni institut, ne vodi dovoljno računa ni o interesima prava, jer krši zakon, ni o interesima psihijatrije, jer je u suprotnosti sa etičkim kodeksom lekarske profesije (D. Draškić, 2004: 517).

Visoka etičnost u privatnom životu, prema bolesnicima i učiteljima, te obećanje da se nikome neće naneti moralna ni materijalna šteta, ni bolesniku ni njegovoj porodici, uz uvažavanje kolega je zahtev iz Hipokratove zakletve koji nije nimalo lako ostvariti, imajući u vidu sve izazove koje savremeno doba nameće. S druge strane, postavljaju se kao parametri i etika društva u odnosu na psihijatrijske bolesnike, ali i etičnost i moralnost i njihove unutrašnje pojave povezane sa mentalnim zdravljem takvih bolesnika.

Mentalno zdravlje pojedinca, grupa i čitavog naroda u zavisnosti je od odnosa, vrednosnog sistema, jasnoće u granicama i pravima, sigurnosti i uvažavanja i poštovanja specifičnosti svakog pojedinca. Sve navedeno u životu svakog pojedinca je u osnovi razvoja pozitivne slike o sebi, poverenja u sebe i svet oko sebe, što čini osnovu za pozitivan psihološki razvoj. Tako se kao važna karakteristika savremene psihijatrije označava njena težnja da se od istraživanja pojedinačnih fenomena, pređe na istraživanje celine psihičkog, mentalnog života. Shodno tome, treba se konstantno razvijati kritička svest o dostignućima i mogućnostima psihijatrije kao praktičke nauke, što je osnova za svaki etički odnos prema bolesniku i njegovoj bolesti.

Govoriti o etici i mentalnom zdravlju a polazeći od značenja i definicije etike, znači da govorimo o različitosti etičkih pristupa u psihijatriji i prema psihijatrijskom bolesniku, ali govorimo i o etičnosti društva prema psihičkim bolesnicima, i konačno govorimo o povezanosti etike i mentalnog zdravlja, ali govorimo i psihijatrima kao profesiji. Ako čovek već mora odlučiti koje su spoznaje dopuštene i društveno prihvatljive a koje nisu, kao što to navodi *Erwin Chargaff*, onda je potrebno da to uvek čini u korist samog sebe kao bića. Granice nauke se svakog dana sve više pomeraju, ali je bitno da čovek u ovom kontekstu, odluči kako će se ti rezultati primenjivati u praksi, da li na društveno prihvatljiv način ili ne. U tom smislu, bioetički izazovi se kreću na skali između znanja kao vrline ili znanja kao oruđa zloupotrebe. Uloga pravne etike, posebno u psihijatriji treba da teži upravo ovom prvom, bez ikakvih dvoumljenja.

#### LITERATURA:

- Bukelić J.(2002), "Delo enciklopedijske vrednosti", *Psihijatrija danas*, 1-2:175-177.
- Damir D.-Toader E., (2004) "Etic și legal în psihozele afective", *Revista Romăna de Bioetică*, dostupno na <http://eng.bioetica.ro/bioeng/ie2/navigation.jsp?node=1356>
- Drakić D.(2004), "Krivično pravo i psihijatrija", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2:517-535.
- 2007 DISSEMINATION FOUNDATION, <http://www.psihijatrija-ubija.info/pisanja-djela-psihiatar-dr-thomas-szasz/>
- Filaković P.- Požgajin I. (2008), "Etičke dvojbe suvremene psihijatrije", *Liječnički Vjesnik*, 130:26-30.
- Fromm E.(1980), *Čovjek za sebe: istraživanje o psihologiji etike*, Zagreb.

- García-Huidobro J(1997), "Ética y Psiquiatría", <http://www.geocities.com/Athens/Acropolis/9830/articulo1.htm>
- Habermas J. (2002), *Postnacionalna konstelacija: politički eseji*, Beograd.
- Hudolin V. (1981), *Psihijatrija*, Zagreb.
- Jukić V. (1996) "Etički problemi na području psihijatrije", *BS* 66(1996) br 4, 469-703.
- Kaličanin, P. (1999), *Medicinska etika i medicinsko pravo*, Institut za mentalno zdravlje, Beograd.
- Lolas F.(2006), "Ethics in Psychiatry: a Framework", *World Psychiatry*, 5(3):185-187.
- Marjanović M. (2003), "Direktive EU i propisi republike Srbije o pristupu informacijama i učešću javnosti u odlučivanju o životnoj sredini", *Međunarodna eko-konferencija 2003 – Zaštita životne sredine gradova i prigradskih naselja*, Novi Sad.
- Marjanović M. (2004), "Participativna demokratija kao nova politička kultura", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3, 119-144.
- Milovanović D.(1987), "Etika i psihijatrija", *Psihijatrija danas*, 1-2:91-98.
- Opalić P. (2007), „Pregled razvoja sociologije mentalnih poremećaja”, *Sociologija*, 1:1- 16.
- Opalić, P (2007a), "Klinički sociolog u psihijatriji-profesionalni most između psihologije i sociologije", *Sociologija*, 2: 117-130.
- Opalić P.(2007), «Osnovni aspekti sociologije psihijatrije i psihoterapije», *Teme*, 4:717-730.
- Opalić P.(2008), *Psihijatrijska sociologija*, Beograd.
- Rajšić et al.(2007),"Etika video nadzora bolesnika",*Vojnosanitetski pregled*,64(6),409-411.
- Satyanarayana T. S Rao,(1995)"Ethics in psychiatry", *Indian Journal of Medical Ethics*, July-September 3(3), 212-217.
- Szasz T.(2007), "Mit o mentalnoj bolesti",dostupno na <http://www.psihijatrija-ubija.info/pisanja-djela-psihiatar-dr-thomas-szasz/>
- Taborda J.G.V-Arboleda - Florez J,(2006),"Forensic Psychiatry Ethics: Expert and Clinical Practices and Research on Prisoners",*Revista Brasileira Psiquiatrica*, 28:86-92.
- Visković N. (1995), "Bioetika i biomedicinsko pravo", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, s. 67 – 83.
- Vučević Z. – Biro M. (1996), "O etici psihološkog i psihijatrijskog veštačenja", *Glasnik advokatske komore Vojvodine*, 4, 124-127.
- Wettstein R.M. (2001),"Ethics and Forensic Psychiatry", in: *Ethics Primer of the American Psychiatric Association*, p. 65-73.
- Wiedershoven G. et all. (2008), *Empirical Ethics in Psychiatry*,134.
- Wootton B.(1980), "Psychiatry, Ethics and Criminal Law", *British Journal for Psychiatry*, 136,525-532.



## AUTONOMIJA VOLJE U MEDICINI: ODLUČIVANJE U IME DETETA

## AVTONOMIJA VOLJE V MEDICINI: ODLOČANJE V OTROKOVEM IMENU

## WILL AUTONOMY IN MEDICINE: DECISIONS-MAKING IN THE NAME OF CHILD

UDK: 342.72/.73-056.24(497.1)

*Dr. Marija DRAŠKIĆ, univ. dipl. pravica  
Sodnica Ustavnega sodišča Srbije  
Redna profesorica  
Pravna fakulteta Univerze v Beogradu*

*Dr. Gordana KOVAČEK STANIĆ, univ. dipl. pravica  
Redna profesorica  
Pravna fakulteta Univerze v Beogradu, Srbija*

### **POVZETEK**

*Pacijentove pravice se naglo razvijajo zadnjih trideset let. V prispevku avtorici dajeta poseben poudarek pravici do samoodločanja otroka. Ker je otrok do petnajstega leta poslovno nesposoben, je potrebno, da ga zastopaju starši kot zakoniti zastopniki, ki v tem času zanj sprejemajo tudi odločitve o privolitvi ali odklonitvi medicinskega posega. Glavno vodilo pri tem bi morala biti staršem otrokova korist.*

### **KLJUČNE BESEDE**

*Otrokove pravice, medicinski poseg, starši, zastopanje.*

### **ABSTRACT**

*Patient's rights have been developing strongly for the last thirty years. In the paper the authors give special emphasis to the right to self-determination of a patient child. Because of the child's lack of business capacity until it is fifteen year of age, it is necessary that the child is represented by parents as its legal representatives. During this time parents make the decisions about the consent or refusal to medical treatment. The main directive in such situations should be the child's best interests.*

### **KEY WORDS**

*Child's rights, medical treatment, parents, representation.*

## 1. PRAVA PACIJENATA: KRAJ PATERNALISTIČKOG KONCEPTA MEDICINE

Interesovanje za prava pacijenata pojavilo se u Sjedinjenim Američkim Državama pre više od trideset godina i od tada kontinuirano raste.<sup>1</sup> Štaviše, ideja o pravima pacijenata privukla je izuzetnu pažnju, kako na nacionalnom tako i na međunarodnom planu, i u poslednjih desetak godina 20. veka prava pacijenata postala su "najmlađa" prava u katalogu zaštićenih ljudskih prava. Poznato je, naime, da je 20. vek označen kao vek internacionalizacije ljudskih prava. To znači da, iako se čovek borio za svoje dostojanstvo i prava koja iz njega proističu još od antike u različitim društvenim, političkim i kulturnim prilikama, međunarodni ugovori o ljudskim pravima koji su usvojeni u 20. veku svrstali su ljudska prava među osnovne, univerzalne vrednosti ljudskog roda, učinili su da sazri uverenje da se na ljudska prava mogu i moraju primenjivati standardi usvojeni od međunarodne zajednice i učvrstili su proces širenja ljudskih prava priznatih od strane međunarodne zajednice, njenu sve veću osetljivost na nepoštovanje tih prava i formiranje čvrstih kriterijuma za kontrolu njihovog poštovanja u pojedinim državama.<sup>2</sup>

Drugi razlog zbog koga je pozornost javnosti sada tako velika kada su u pitanju prava pacijenata jeste medicinski. Postoje, naime, ozbiljna medicinska istraživanja koja svedoče da dobro informisani pacijenti pokazuju bolji ishod u izlečenju i kraće ostaju hospitalizovani nego oni koji to nisu. Jedno od tih istraživanja, koje je sprovedla Grupa za zdravstvenu strategiju države Njujork, na primer, podelilo je sve pacijente u tri kategorije: pasivni, zainteresovani i aktivni. Pasivni pacijenti su oni koji sebe doživljavaju kao žrtve okolnosti koje su izvan njihove kontrole i interesovanja. Oni retko traže bilo kakvu informaciju o svom zdravstvenom stanju i alternativnim metodama lečenja, a svoju bolest doživljavaju kao fatum, sudbinu sa kojom se čuteći mire. Oni umiru ranije nego pacijenti iz druge dve kategorije. Zainteresovani pacijenti pažljivo slušaju ono što im lekar saopštava i komentarišu informacije koje su dobili. Ovakvi pacijenti na kraju uvek poslušaju ono što im bude savetovano, osim ako ih to ne obavezuje na značajne promene u načinu života. Za pacijente iz ove grupe se obično kaže da su lekarima najdraži. Najzad, aktivni pacijenti su oni koji preuzimaju odgovornost za svoje zdravlje. Oni zahtevaju informacije i ne oklevaju da iznesu i svoje mišljenje, čak i onda kada su nezadovoljni. Oni sebe doživljavaju kao potrošače zdravstvenih usluga i zato smatraju da imaju pravo na odgovarajuće zahteve i očekivanja od zdravstvene službe.<sup>3</sup>

Najzad, treći aspekt značaja prava pacijenata jeste ekonomski. Nezavisno od toga da li se troškovi medicinskih usluga pokrivaju iz obaveznih poreskih izdvajanja, obaveznih ili dobrovoljnih premija zdravstvenog osiguranja ili neposredno iz džepa pacijenta, svest korisnika zdravstvenih usluga o tome da ono što su dobili ima odgovarajuću vrednost najbolji je način da se kvalitet usluge poveća. Ako pacijenti imaju pravo da učestvuju u donošenju odluka u vezi sa sopstvenim zdravljem, te da aktivno participiraju u načinu na koji će se te odluke sprovoditi, kontrola kvaliteta i troškova lečenja ostvaruje se na najširoj mogućoj

---

<sup>1</sup> Prvi dokument koji izričito pominje prava pacijenata bila je Povelja o pravima pacijenta (*Patient's Bill of Rights*) koju je usvojila Američka bolnička asocijacija februara 1973. godine.

<sup>2</sup> Videti opširnije V. Dimitrijević, Opšti (međunarodni) standardi ljudskih prava, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 5-6/1989 (Supplement), str. 599.

<sup>3</sup> U prvoj studiji koja je rađena 1975. godine ovoj poslednjoj kategoriji je pripadalo 1-2% intervjuisanih pacijenata, 1988. godine broj se popeo na 5-8%, a očekivanje je bilo da će u 2000. godini dostići 25%. Videti opširnije Citizens' Choise and Patients' Rights, World Health Organization, Regional Office for Europe, EUR/ICP/CARE 94 01/CN (A), Copenhagen, 1996, str. 18-19.



osnovi. Isti interes trebalo bi da imaju i vlade koje nameravaju da ostvare pravičnu i efikasnu zdravstvenu zaštitu. Napokon, zdravstvene ustanove koje pružaju svoje usluge pacijentima čiji je položaj pravno regulisan naći se u situaciji da se za njih bore u konkurenciji sa drugim sličnim ustanovama. Drugim rečima, prihvatanje principa tržišne ekonomije u oblasti zdravstvene zaštite, iako takav pristup očigledno pati od nedostatka empatije - koja je nesumnjivo važna u pitanjima života i zdravlja - dodatni je podsticaj učvršćivanju ideje o pravima pacijenata.

## 2. PRAVO PACIJENATA NA SAMOODLUČIVANJE (PRAVO NA AUTONOMIJU)

Napuštanje paternalističkog koncepta medicine i afirmisanje prava pacijenata podrazumeva znatne promene u odnosu lekara, njihovih pacijenata i društva. Od lekara se sada očekuje ne samo da se staraju o pacijentovom životu i zdravlju, nego i da poštuju autonomiju pacijenta i njegova lična prava, osobito ljudsko dostojanstvo i pravo samoodlučivanja u odnosu na vlastito telo. Suština je tog stava da pacijent nije više objekt medicine, nego subjekt koji, uz pomoć lekara, slobodno odlučuje o svim merama koje se tiču njegovog života i zdravlja. On nije samo štićenik lekara, nego je i njegov partner u svakom medicinskom tretmanu. Takav koncept podstiče »razgovornu medicinu«, pravni položaj pacijenata čini jasnim i određenim a stručni rad lekara sigurnijim i bezbrižnijim, jača poverenje između lekara i pacijenta, osigurava bolji kvalitet medicinskih usluga, te garantuje slobodu i ugled lekarskog poziva.<sup>4</sup>

Suština prava na samoodlučivanje jeste u tome da poslovno sposoban pacijent ima pravo da odlučuje o svemu što se tiče njegovog tela i zdravlja. Drugim rečima, bez saglasnosti pacijenta ne sme se, po pravilu, nad njim izvršiti nikakva medicinska intervencija.<sup>5</sup> Sa druge strane posmatrano, pravo pacijenta na autonomiju znači da lekar ne sme da posegne ni za najmanjim gestom (kao što je, recimo, i samo dodirivanje pacijenta) bez njegove validne saglasnosti, odnosno lekar koji preduzme bilo koju medicinsku intervenciju bez saglasnosti pacijenta čini prekršaj koji predstavlja osnov za naknadu štete. Zbog toga svaka poslovno sposobna osoba, odnosno osoba sposobna za davanje saglasnosti za preduzimanje medicinske intervencije, može odbiti medicinsku intervenciju, bez obzira koliko to može izgledati glupo ili opasno, pa čak i onda kada usled takvog postupka može nastupiti smrt. Nijedan lekar ne sme nametnuti čak ni medicinsku brigu osobi protiv njene volje, bez obzira koliko korisna ili neophodna bila ta briga. Ovaj princip počiva na čovekovom pravu na samoodređenje, koje je zaštićeno ustavima i zakonima ogromne većine evropskih zemalja, SAD i Kanade, a koje primenjeno na medicinski domen znači da svaki čovek ima pravo da donese odluku šta će se dogoditi - ako će se uopšte dogoditi - sa njegovom dušom ili njegovim telom. Umesto vrhovnog načela Hipokratove etike i paternalističke, tradicionalne medicine, da je "spasavanje pacijenta vrhovni zakon" (*salus aegroti suprema lex est*), nova etika i koncept pacijentovih prava, kao i savremena medicina, zahtevaju da "volja pacijentova bude vrhovni zakon" (*voluntas aegroti suprema lex est*). Ovo je jedan od opštih i fundamentalnih

---

<sup>4</sup> Videti J. Radišić, M. Draškić, V. Vodinelić, M. Popović, V. Stambolović, M. Samardžić, Povelja o pravima pacijenata, Pravo – teorija i praksa, br. 12/1999, str. 39-46.

<sup>5</sup> Pojam medicinska intervencija upotrebljava se ovde kao generički pojam za sve vrste dijagnostičkih i terapijskih postupaka ili procedura, bilo da se radi o hiruškim, stomatološkim, psihijatrijskim ili kakvim drugim intervencijama, nezavisno od toga da li one uključuju bilo kakav fizički dodir ili penetraciju u organizam pacijenta i bez obzira na to da li su u pitanju uobičajene, bezopasne, bezbolne i svakodnevne intervencije ili je reč o velikim zahvatima u ljudsko telo koji su invazivni, bolni, opasni ili retki.

principa medicinskog prava, od kojeg postoji samo jedan izuzetak u međunarodnom pravu, a to je slučaj nužde.

Naime, ako zbog slučaja nužde (hitnosti) odgovarajući pristanak nije moguće dobiti, može se odmah preduzeti bilo koja medicinski neophodna intervencija koja je korisna za zdravlje onoga koga se tiče.<sup>6</sup> U domaćem pravu Srbije odredbe Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini interpretirane su nešto drugačije. Naime, pacijentu se isto tako garantuje pravo da slobodno odlučuje o svemu što se tiče njegovog života i zdravlja, osim u slučajevima kada to direktno ugrožava život i zdravlje drugih lica, a bez pristanka pacijenta ne sme se, takođe po pravilu, nad njim preduzeti nikakva medicinska mera. Ipak, srpski zakonodavac predvideo je i da se medicinska mera protivno volji pacijenta, odnosno zastupnika poslovno nesposobnog pacijenta, može preduzeti samo u izuzetnim slučajevima koji su utvrđeni zakonom i koji su u skladu sa lekarskom etikom.<sup>7</sup> Ti slučajevi „koji su utvrđeni zakonom i koji su u skladu sa lekarskom etikom“ dodatno su opisani kao slučajevi kada je pacijent bez svesti, ili iz drugih razloga nije u stanju da saopšti svoj pristanak, te se hitna medicinska mera nad njim može preduzeti i bez njegove saglasnosti, a u zdravstvenoj ustanovi i samo na osnovu konzilijarnog nalaza.<sup>8</sup> Dakle, u odnosu na Konvenciju o ljudskim pravima i biomedicini, srpsko pravo je, sa jedne strane, proširilo krug situacija u kojima se zakonom ograničava pravo pacijenta na samoodlučivanje, time što je predvidelo da se to pravo neće poštovati u slučajevima kada su direktno ugroženi život i zdravlje drugih lica,<sup>9</sup> a sa druge strane, u pogledu izuzetka koji se odnosi na slučajeve hitnosti izgleda da je napravilo dodatno rešenje za situaciju kada je pacijent bez svesti, ili iz drugih razloga nije u stanju da saopšti svoj pristanak, a nalazi se u zdravstvenoj ustanovi, u kom slučaju je neophodno da se medicinska intervencija preduzme i na osnovu nalaza lekarskog konzilijuma.<sup>10</sup> U svakom slučaju, dakle, potrebno je da je pacijent bez svesti te da je vreme za preduzimanje medicinske intervencije od krucijalne

---

<sup>6</sup> Videti članove 5. i 8. Konvencije Saveta Evrope za zaštitu ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u vezi sa primenom biologije i medicine (Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini), koja je usvojena u Oviudu, 4. aprila 1997. godine. Konvencija je stupila na snagu 1. decembra 1999. godine i do danas je ratifikovana u 22 države članice Saveta Evrope. Srbija je potpisala Konvenciju 9. februara 2005. godine ali je još nije ratifikovala. Videti <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=164&CM=1&DF=3/2/2009&CL=ENG>

<sup>7</sup> Videti član 31. Zakona o zdravstvenoj zaštiti (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 107/2005).

<sup>8</sup> Videti član 34. Zakona o zdravstvenoj zaštiti.

<sup>9</sup> Ova odredba Zakona o zdravstvenoj zaštiti, po našem mišljenju, predstavlja svojevrstnu *carte blanche* za neke duge zakone u kojima je takođe predviđeno da se medicinske intervencije mogu preduzimati i bez saglasnosti pacijenta, kao što su situacije kada to zahteva interes javnog zdravlja (na primer, prinudno lečenje psihijatrijskih bolesnika i zatvorenika, obavezno lečenje zaraznih bolesti) ili javne bezbednosti (na primer, testiranje krvi ili urina na alkohol u kontroli bezbednosti saobraćaja, obavezni lekarski pregledi letačkog osoblja). Videti članove 45-55. (Zadržavanje u zdravstvenoj organizaciji koja obavlja delatnost u oblasti neuropsihijatrije) Zakona o vanparničnom postupku (Službeni glasnik SR Srbije, br. 25/1982); član 9. stav 1. tačka 6. Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 125/2004), koji predviđa da posebne mere za zaštitu stanovništva od zaraznih bolesti obuhvataju i prevoz, izolaciju i lečenje lica obolelih od zaraznih bolesti; član 128. Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima (Službeni glasnik SR Srbije, br. 53/1982) koji uređuje način uzimanja uzoraka krvi i urina radi provere alkoholisanosti vozača; član 116. Zakona o vazdušnom saobraćaju (Službeni list SRJ, br. 12/1998), kojim se letačko osoblje obavezuje da se podvrgava redovnim lekarskim pregledima radi provere psihičke i fizičke sposobnosti itd.

<sup>10</sup> To bi značilo da u nekim situacijama, kao što je na primer pokušaj samoubistva ili medicinska intervencija na mestu saobraćajnog udesa, nema nikakvih smetnji da se medicinska intervencija odmah preduzme, a ako je reč o pacijentu u zdravstvenoj ustanovi, medicinska intervencija se ne bi smatrala dopuštenom ako bi bila preduzeta bez saglasnost lekarskog konzilijuma. U tom slučaju sporno bi bilo samo preduzimanje nove intervencije tokom trajanja medicinske intervencije za koju je pacijent dao saglasnost, kada se – opet najčešće zbog hitnosti – ne može čekati stav lekarskog konzilijuma.

važnosti za ishod lečenja ili spasavanje života pacijenta. Prilikom ocene prihvatljivosti ovog izuzetka treba usvojiti mešoviti objektivno-subjektivni kriterijum, prema kome je medicinska intervencija hitna onda kada se objektivno vidi da bi nepreduzimanje takve mere moglo dovesti do smrtnog ishoda ili teškog pogoršanja zdravlja pacijenta, ali se istovremeno hitnost ima ceniti i prema okolnostima svakog konkretnog slučaja, imajući u vidu subjektivno stanje zdravlja pacijenta .

Najzad, da bi se saglasnost pacijenta za medicinsku intervenciju smatrala pravno valjanom, potrebno je da je pacijent izjavio volju u pogledu preduzimanja medicinske intervencije u skladu sa opštim propisima (mane volje, forma saglasnosti, razlozi za ništavost itd.), da je dao saglasnost na medicinski indikovanu intervenciju, da saglasnost ne protivreči zakonskim zabranama, javnom moralu i dobrim običajima (medicinski indikovana dobrovoljna sterilizacija, saglasnost maloletnika za uzimanje organa za transplantaciju itd.), da je izjavu o saglasnosti dao pacijent koji je poslovno sposoban za davanje saglasnosti te da je saglasnost data nakon valjanog obaveštavanja o svim relevantnim podacima koji se tiču pacijentovog zdravlja.<sup>11</sup>

### **3. PRAVO NA SAMOODLUČIVANJE DETETA**

Svakoj odrasloj osobi priznato je, kao što smo videli, jedno od osnovnih ljudskih prava – prava da kontroliše svoje sopstveno telo, odnosno pravo na samoodlučivanje (ili pravo na autonomiju), koje znači pravo da samostalno i slobodno odluči o svemu što se tiče njenog života i zdravlja. Postoje, međutim, dve kategorije pacijenata kojima nedostaje kapacitet da daju punovažan pristanak za preduzimanje medicinske intervencije i koji stoga ne mogu da ostvare samostalno svoje pravo na samoopredeljenje; to su deca i odrasli ljudi koji su lišeni poslovne sposobnosti, ili su nesposobni za rasuđivanje, ili su zbog nekog mentalnog ili fizičkog nedostatka trajno nesposobni za komunikaciju. U svakom od ovih slučajeva primenjuju se stoga opšti propisi o zakonskom zastupanju, odnosno posebni propisi kojima se reguliše zastupanje osoba prilikom davanja saglasnosti za preduzimanje medicinskih intervencija.

#### **3.1. Zastupanje deteta kao pacijenta**

Zastupanje je obavljanje pravnih poslova u tuđe ime, ali tako da prava i obaveze iz preduzetog pravnog posla nastupaju neposredno za zastupanog.<sup>12</sup> Roditelji su zakonski zastupnici svog maloletnog deteta, što znači da su i sam zastupnik i obim njegovih ovlašćenja u zastupanju određeni zakonom. Zakonsko zastupanje maloletnog deteta proizlazi iz sadržine roditeljskog prava i predstavlja, takođe, pravo i dužnost roditelja, čiji je cilj da se osigura zaštita ličnih i imovinskih interesa deteta. Razume se, okosnicu pojma roditeljskog prava i njegov osnovni smisao predstavljaju dužnosti roditelja, pa je zato roditeljsko pravo u srpskom pravu i zakonski definisano kao pravo koje je izvedeno iz dužnosti roditelja i koje postoji samo u meri koja je

---

<sup>11</sup> Videti opširnije N. Ivović, *Saglasnost za medicinsku intervenciju i odgovornost lekara*, Pravni fakultet, Podgorica, 2004, str. 19-34.

<sup>12</sup> Tako Stanković, O. – V. Vodinić, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1995, str. 195.

potrebna za zaštitu ličnosti, prava i interesa deteta.<sup>13</sup> Zastupanje deteta ostvaruje se prilikom zaključivanja pravnih poslova, ali i u postupcima pred nadležnim državnim organima.

U pogledu **načina zastupanja**, a budući da po zakonu roditeljsko pravo pripada obema roditeljima, i jedan i drugi roditelj smatraju se zakonskim zastupnicima deteta. Kada je reč o vršenju prava na zastupanje deteta, roditelji koji zajedno vrše roditeljsko pravo mogu se sporazumeti, isto kao kada se radi o vršenju drugih prava i dužnosti iz sadržine roditeljskog prava, da dete zastupa samo jedan roditelj, odnosno da neke oblike zastupanja obavlja jedan, a druge drugi roditelj. Sporazum može biti izričit, pri čemu svaki roditelj ima pravo tražiti njegovu izmenu u svako doba. Ako, pak, nema izričitog sporazuma, smatra se da postoji prećutan pristanak onog roditelja koji u konkretnom slučaju ne vrši zastupanje.<sup>14</sup> Pod tim uslovima posao preduzet od samo jednog roditelja punovažan je i drugi roditelj ne može zahtevati njegovo poništenje. Drugačije rešenje bi vodilo pravnoj nesigurnosti i uzdržavanju trećih lica da stupaju u pravne odnose sa detetom koje zastupa samo jedan roditelj, a to bi, u krajnjoj liniji, dovelo u pitanje efikasnost i korisnost misije roditelja kao zakonskih zastupnika deteta.

Međutim, kada je u pitanju pristanak na preduzimanje većih medicinskih intervencija nad detetom, ovo pravilo ne važi. Naime, prema odredbama Porodičnog zakona, roditelj koji ne vrši roditeljsko pravo (bilo zbog toga što su roditelji zaključili sporazum o samostalnom vršenju roditeljskog prava kojim je vršenje roditeljskog prava – a time i pravo i dužnost zastupanja deteta – preneto na drugog roditelja ili je, u nedostatku sporazuma roditelja, odluku o poveravanju deteta drugom roditelju doneo sud) ima neka prava i dužnosti iz sadržine roditeljskog prava, koja pokazuju da njemu takođe i dalje pripada roditeljsko pravo, iako ga on trenutno ne vrši, odnosno ne vrši ga u punom kapacitetu. Tako, roditelju kome dete nije povereno i koji ne vrši roditeljsko pravo pripada, između ostalog, i pravo da o pitanjima koja bitno utiču na život deteta odlučuje zajednički i sporazumno sa roditeljem koji vrši roditeljsko pravo. Pri tom, pitanjem koje bitno utiče na život deteta smatra se, između ostalih, i preduzimanje većih medicinskih zahvata nad detetom.<sup>15</sup> Iz ovakve zakonske odredbe mora se, dakle, zaključiti da je saglasnost oba roditelja deteta neophodna kada je reč o medicinskim intervencijama koje bi se mogle kvalifikovati kao „veći medicinski zahvati nad detetom“, ne samo onda kada roditelji ne vrše zajednički roditeljsko pravo ili ne vode zajednički život, nego - tim pre - i u svim ostalim slučajevima kada roditelji zajednički vrše roditeljsko pravo i vode zajednički život u braku ili vanbračnoj zajednici. Problem bi mogao nastati ako roditelji imaju različito mišljenje o tome da li je potrebno sprovođenje određenog medicinskog zahvata nad detetom ili ne. U tom slučaju, srpsko pravo nudi rešenje kroz ovlašćenje organa starateljstva da merama preventivnog nadzora pomogne roditeljima da

---

<sup>13</sup> Videti čl. 67. Porodičnog zakona (Službeni list Republike Srbije, br. 18/2005). Čuveni engleski sudija Lord Denning definisao je, na primer, roditeljsko pravo u jednoj sudskoj odluci kao „iščezavajuće pravo“, koje počinje kao pravo potpune kontrole, a završava se kao nešto što je samo malo više od saveta“. Videti *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* (1985), 3 All E.R. 402.

<sup>14</sup> „Za roditelja koji u parnici nastupa kao zastupnik deteta, može se, dok drugi roditelj ne prigovara, pretpostavljati da vrši pravovaljano zastupanje na osnovu (prećutnog) sporazuma s drugim roditeljem.“ Videti odluku Vrhovnog suda Hrvatske Gž. 383/53 od 25. maja 1953, Naša zakonitost, br. 8–9/1953, str. 501. „Ukoliko su oba roditelja zastupnici maloljetne stranke, ne može se ni onaj roditelj, koji u parnici formalno ne nastupa kao zastupnik, saslušati kao svjedok. Njegovo saslušanje ima se izvesti provođenjem dokaza saslušanjem stranaka.“ Videti odluku Vrhovnog suda Hrvatske Gž. 570/55 od 19. aprila 1955, Naša zakonitost, br. 8–9/1955, str. 102.

<sup>15</sup> Videti član 78. stav 3. i 4. Porodičnog zakona.

dođu do zajedničkog stava, odnosno kroz specifičan sudski postupak za zaštitu prava deteta. Pravo na pokretanje ovog postupka imaju dete, roditelji, ali i državni organi (javni tužilac i organ starateljstva), a predviđena je, može se reći, i opšta obaveza obaveštavanja ovih organa o razlozima za zaštitu prava deteta, koju između ostalih, imaju i zdravstvene ustanove.<sup>16</sup>

Što se pak tiče **obima zastupanja**, roditelji zastupaju dete u svim pravnim poslovima i u svim postupcima izvan granica njegove poslovne i procesne sposobnosti (zakonsko zastupanje), ali dete može prepustiti roditeljima da ga zastupaju i u poslovima za koje ono samo ima poslovnu sposobnost ako tako želi (voljno zastupanje).<sup>17</sup>

Zakonsko zastupanje deteta ograničeno je zakonskim pravilima o pravu deteta da preduzima pravne poslove, odnosno pravilima o poslovnoj sposobnosti deteta. Pravo deteta da preduzima pravne poslove zavisi od uzrasta deteta, sa jedne strane, i od vrste pravnog posla o kome je u konkretnom slučaju reč, sa druge strane. Sa gledišta poslovne sposobnosti, dakle, deca se u srpskom pravu mogu podeliti u tri kategorije: mlađi maloletnici, stariji maloletnici i maloletnici čije su lične izjave volje uslov za punovažnost pravnog posla.

### 3.2. Sposobnost mlađeg maloletnika da se saglasi sa medicinskom intervencijom

Mlađi maloletnik je dete koje nije navršilo 14. godinu života i koje može preduzimati pravne poslove kojima pribavlja isključivo prava (poklon, posluga, zajam bez kamate itd.), pravne poslove kojima ne stiče ni prava ni obaveze (na primer, derelikcija) i pravne poslove malog značaja.<sup>18</sup> Svi ostali pravni poslovi deteta mlađeg od 14. godina apsolutno su ništavi (teretni pravni poslovi, poslovi velikog značaja ili velike vrednosti) i ne proizvode nikakva pravna dejstva, bez obzira na to da li ih je preduzeo maloletnik sam ili uz saglasnost svog zakonskog zastupnika. Ako bismo, dakle, prihvatili tumačenje da saglasnost za preduzimanje medicinske intervencije, ma kakva ona bila, nikada ne može biti kvalifikovana kao „pravni posao malog značaja“, iz ovakvih zakonskih rešenja proizilazi nedvosmislen zaključak da dete koje nije navršilo 14. godinu života ne može davati saglasnost za preduzimanje bilo kakve medicinske intervencije te da ga u tom slučaju moraju zastupati roditelji kao zakonski zastupnici.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Videti član 79. i 263. Porodičnog zakona.

<sup>17</sup> Videti član 72. stav 1. i 2. Porodičnog zakona. Sticanje poslovne sposobnosti garantuje i Ustav Srbije: „Lice punoletstvom stiče sposobnost da samostalno odlučuje o svojim pravima i obavezama. Punoletstvo nastupa sa navršene 18 godina.“ Videti član 37. stav 2. Ustava Srbije iz 2006. godine.

<sup>18</sup> Videti član 64. stav 1. Porodičnog zakona. Opšta karakteristika uporednopravnih rešenja ovog pitanja jeste, slično kao i u srpskom pravu, veća postupnost u sticanju poslovne sposobnosti i niža starosna granica potrebna za obavljanje pojedinih kategorija poslova. Tako, u švajcarskom pravu maloletnik sposoban za rasuđivanje može, bez obzira na uzrast, samostalno zaključivati dobroćine pravne poslove. Videti član 19. Švajcarskog građanskog zakonika. U slovenačkom pravu maloletnik stariji od 15 godina može samostalno zaključivati sve pravne poslove, a saglasnost roditelja potrebna mu je samo za poslove koji su tako važni da bitno utiču na život maloletnika ili mogu uticati na njegov život nakon što postane punoletan. Videti član 108. Zakona o braku i porodičnim odnosima Slovenije. Maloletnik stariji od 10 godina u grčkom pravu, a od 7 godina u nemačkom pravu, može zaključivati sve poslove uz saglasnost zakonskog zastupnika, a samostalno može preduzimati poslove kojima pribavlja neku korist za sebe. Videti član 134–135. Grčkog građanskog zakonika i par. 104–113. Nemačkog građanskog zakonika. Opširnije videti V. Vodinelić, Funkcije poslovne sposobnosti maloletnika, Pravo– teorija i praksa, br. 3/1999, str. 31-44.

<sup>19</sup> Tako se izjašnjava i Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini: „Ako maloletnik, u skladu sa zakonom, nema sposobnost za davanje saglasnosti za intervenciju, intervencija se može preduzeti samo uz pristanak njegovog ili njenog zastupnika odnosno zakonom određenog organa, osobe ili kolegijuma“ (član 6. stav 2/1). Isto i član 35. stav 1. Zakona o zdravstvenoj zaštiti.

Automatska pravna pozicija roditelja kao zakonskih zastupnika, međutim, ne bi nikako smela da bude potpuno lišena korektivnih mehanizama, kao što su sudska intervencija i mišljenje samog deteta. Naime, iako ovakvo rešenje izgleda jedino moguće i logično, sudska praksa pokazuje da ono nije idealno i da u nekim situacijama roditelji mogu teško zloupotrebiti svoje pravo zakonskih zastupnika deteta i uskratiti saglasnost čak i za preduzimanje intervencije koja spasava život detetu.<sup>20</sup> Intervenciju suda u slučajevima kada treba izvršiti kontrolu da li je ponašanje roditelja u skladu sa najboljim interesom deteta mogu inicirati i nadležni državni organi.<sup>21</sup> Razlozi zbog kojih roditelji odbijaju saglasnost za medicinske intervencije nekada potiču i iz religioznih razloga (pojedine verske zajednice se, na primer, protive transfuziji krvi, što onemogućava sprovođenje mnogih medicinskih intervencija). Nasuprot tome, roditelji mogu da zloupotrebe svoje pravo zastupanja i u drugom pravcu. Naime, poznati su, uglavnom samo u inostranoj praksi, slučajevi koji se nazivaju „Minhauzen sindrom zastupnika“, a radi se o poremećaju koji se manifestuje u tome da roditelj, uglavnom majka, umišlja bolesti svog deteta, što rezultira nepotrebnim primanjem deteta u bolnicu, zdravstvenim ispitivanjima i nepotrebnim tretmanima i ponekad dovodi čak i do smrti deteta ili njegove permanentne nesposobnosti.<sup>22</sup>

---

Ipak, u jednoj veoma poznatoj sudskoj odluci iz engleskog prava, Dom lordova je, kao najviši engleski sud, ocenio da lekar ima pravo da daje medicinske savete ili preduzima tretmane u vezi sa kontracepcijom i u pogledu devojaka mlađih od 16 godina i bez prethodnog odobrenja roditelja, pod uslovom da je devojka sposobna da razume savet lekara, da je lekar pokušao da je ubedi da o tretmanu obavesti roditelje ili mu dopusti da on to učini, da je verovatno da će devojka početi ili nastaviti seksualne odnose bez obzira na kontraceptivni tretman, da će njeno fizičko ili mentalno zdravlje biti narušeno u odsustvu saveta ili tretmana te da je u njenom najboljem interesu da lekar postupa bez saglasnosti roditelja (tzv. „Gillick test kompetencije“). Videti *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* (1985), 3 All E.R. 402. Opširnije o pristanku maloletnika na medicinski zahvat u međunarodnom i uporednom pravu, videti G. Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, The Hague, 1998, str. 310-31

<sup>20</sup> Beba Aleksandra rođena je jula 1981. sa Daunovim sindromom i duodenalnom atresijom intestinalnog trakta. Daunov sindrom je hromozomska aberacija, koja dovodi do mentalne retardacije i često je praćena kongenitalnim anomalijama, od kojih su najčešće gastro-intestinalna blokada i urođene srčane mane. Stoga je beba Aleksandra morala biti hitno operisana, kako ne bi umrla od gladi. Prognoza uspešnosti takve operacije bila je dobra, što je značilo da bi beba Aleksandra mogla da očekuje životni vek od 20 do 30 godina – uobičajeni ljudski vek kod pacijenata sa Daunovim sindromom. Njeni roditelji, međutim, vođeni prognozom o životu mentalno retardiranog deteta, odbili su davanje saglasnosti za operaciju intestinalnog trakta i predložili da ona bude ostavljena da umre. Lekari koji su vodili brigu o bebi inicirali su sudski postupak pred engleskim sudovima, kako bi ishodovali odobrenje za operaciju. Videti *Re B (A Minor) (Wardship: Medical Treatment)* (1982) FLR 117 (*Baby Alexandra Case*). Navedeno prema A. Bainham, *Children: The Modern Law*, Bristol, 1998, str. 260.

<sup>21</sup> Takvu mogućnost, na primer, izričito predviđa srpsko pravo. Naime, ako zdravstveni radnik smatra da zakonski zastupnik deteta ne postupa u njegovom najboljem interesu, dužan je da o tome odmah obavesti organ starateljstva. Videti član 35. stav 2. Zakona o zdravstvenoj zaštiti. Organ starateljstva, pak, ima pravo da, u okviru svoje nadležnosti vršenja korektivnog nadzora nad vršenjem roditeljskog prava pokrene pred sudom postupak za zaštitu prava deteta odnosno postupak za delimično lišenje roditeljskog prava te da ishoduje odluku koja će zameniti nedostajuću saglasnost roditelja za preduzimanje medicinske intervencije, odnosno odluku kojom će roditelj biti lišen samo prava da zastupa dete ili prava da odlučuje o pitanjima koja bitno utiču na život deteta. Videti član 62. stav 2, član 82. i član 261-264. Porodičnog zakona.

<sup>22</sup> Videti G. Kovaček-Stanić, *Porodično pravo: partnersko, dečje i starateljsko pravo*, Pravni fakultet, Novi Sad, 2009, str. 291, 292. No, i tu treba biti oprezan, imajući u vidu sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava koji je, na primer u slučaju *E.P. v. Italy*, ali i u mnogim drugim slučajevima, utvrdio povredu prava na poštovanje porodičnog života zbog toga što su državni organi roditeljima koji su ispoljavali manifestacije sindroma Minhauzen oduzimali dete. U ovom konkretnom slučaju, podnositeljki predstave je dosuđena naknada štete u iznosu od 100 miliona lira, jer su je italijanski oragani lišili roditeljskog prava i dete dali na usvojenje, iako je majka patila od teškog oblika ovog poremećaja. Videti *Case E.P. v. Italy*, No. 31127/96 od 16. novembra 1999.

Sa druge strane, mišljenje deteta moralo bi se uzeti u obzir čak i kada je očigledno da dete nema sposobnost za punovažno davanje saglasnosti za preduzimanje medicinske intervencije. Naime, dete koje je sposobno da formira svoje mišljenje ima pravo slobodnog izražavanja tog mišljenja, ali i pravo da blagovremeno dobije sva obaveštenja koja su mu potrebna kako bi moglo formirati sopstveno mišljenje.<sup>23</sup> Pravo deteta na slobodno izražavanje mišljenja više puta je u literaturi i praksi Komiteta za prava deteta bilo označeno kao opšti princip koji ima fundamentalnu važnost u svim aspektima primene Konvencije o pravima deteta.<sup>24</sup> U oblasti medicinskog prava, pravo deteta na slobodno izražavanje mišljenja je takođe apsolutno nesporno<sup>25</sup> i ima nekoliko važnih obeležja. Najpre, za ostvarivanje ovog prava nije predviđena nikakva donja starosna granica, osim one koja nalaže da se radi o detetu koje je *sposobno da formira svoje mišljenje*. Imajući u vidu da i sasvim mala deca imaju sposobnost da kreiraju i na odgovarajući način saopštavaju svoje mišljenje, očigledno je da nikakvo pravno propisivanje godina ne bi ni bilo poželjno.<sup>26</sup> Ako je, pak, dete starije od 10 godina (u srpskom pravu), zakonska je pretpostavka da je ono dostiglo zadovoljavajuću zrelost da može uvek da iznese svoje mišljenje, i to u svakom postupku u kome se odlučuje o njegovim pravima (takav je svakako i postupak preduzimanja medicinske intervencije), odnosno da može uvek od suda ili organa uprave zatražiti pomoć u ostvarivanju svog prava na slobodno izražavanje mišljenja. Sa druge strane, detetu je priznato pravo da *slobodno* izražava svoje mišljenje, što znači da dete ne bi smelo da trpi nikakav pritisak ili uticaj koji bi mogao da utiče tako da dete spreči ili, možda, natera da iznosi svoje mišljenje protiv svoje volje.<sup>27</sup> Mišljenju deteta mora se posvetiti *dužna pažnja*, iz čega proizilazi aktivna obaveza da se dete ne samo sasluša nego i da njegovi pogledi budu uzeti ozbiljno u skladu sa njegovim godinama i zrelošću. To, naravno, ne znači da će odluka neminovno i uvek biti u skladu sa mišljenjem deteta, ali je važno da dete dobije – u ovom slučaju od lekara koji preduzima intervenciju ili od roditelja koji zastupa dete - objašnjenje zbog čega je morala biti doneta drugačija odluka. Najzad, budući da je pravo je deteta da se izjašnjava *o svim pitanjima koja ga se tiču*, ne postoji nikakva lista pitanja od interesa za dete niti su ta pitanja ograničena sadržinom Konvencije o pravima deteta ili tekstom nekog drugog zakona. Pravo na participaciju treba da bude primenjeno na sva pitanja koja su od interesa ili važnosti za dete odnosno koja mogu uticati na njegov život (na primer, prilikom zasnivanja usvojenja ili hraniteljstva, u postupku donošenja odluke o vršenju roditeljskog prava, u disciplinskom postupku u kome dete treba da bude kažnjeno izbacivanjem iz škole, kada lokalna vlast donosi odluku o mestu na kome će se izgraditi igralište za decu, prilikom osmišljavanja mera za smanjenje broja saobraćajnih udesa itd.), pa to pravo svakako treba da bude sastavni deo davanja saglasnosti od strane zakonskog zastupnika za preduzimanje medicinske intervencije nad detetom. Najzad, da bi dete moglo sa uspehom da ostvari ovo pravo, neophodno je da *ima slobodu da traži, prima i daje informacije i ideje* svih vrsta i bez ikakvog ograničavanja. Drugim rečima, pravo na informacije o svim mogućim aspektima i posledicama odluka koje treba da budu donesene u vezi deteta preduslov je da bi dete uopšte moglo ostvarivati pravo na participaciju.

---

<sup>23</sup> Videti član 65. stav 1. i 2. Porodičnog zakona. Isto i član 12. stav 1. i član 13. stav 1. Konvencije o pravima deteta.

<sup>24</sup> Videti opširnije G. Van Bueren, op. cit, str. 131, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, UNICEF, Geneva, 2002, str. 159.

<sup>25</sup> Tako se izjašnjava i Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini: „Mišljenje maloletnika biće uzeto u obzir kao izuzetno važno u zavisnosti od starosti i odgovarajuće zrelosti maloletnika“ (član 6. stav 2/2). Slično i član 35. stav 4. Zakona o zdravstvenoj zaštiti.

<sup>26</sup> Zbog toga je Komitet za prava deteta više puta kritikovao one države (na primer, Finsku) koje su odredile donju granicu godina deteta kao relevantnu za vršenje ovog prava. Videti Implementation Handbook, op. cit, str. 164.

<sup>27</sup> U tom smislu i Implementation Handbook, op.cit, str. 164.

### 3.3. Sposobnost starijeg maloletnika da se saglasi sa medicinskom intervencijom

Stariji maloletnik je dete koje je navršilo 14. godinu života i koje može preduzimati, pored pravnih poslova koji su dopušteni mlađem maloletniku, i sve ostale pravne poslove uz prethodnu ili naknadnu saglasnost roditelja.<sup>28</sup> Njegova poslovna sposobnost je, pri tom, ograničena u tri pravca. Najpre, stariji maloletnik ima pravo da, isto kao i mlađi maloletnik, samostalno sklapa pravne poslove kojima pribavlja isključivo prava, pravne poslove kojima ne stiče ni prava ni obaveze i pravne poslove malog značaja, te ga u takvim poslovima ne moraju zastupaju roditelji kao zakonski zastupnici. Drugo, stariji maloletnik ima pravo da preduzima sve ostale pravne poslove, ali je za njihovu punovažnost potrebna prethodna ili naknadna saglasnost roditelja kao zakonskih zastupnika, a za poslove raspolaganja nepokretnom imovinom i pokretnom imovinom velike vrednosti i prethodna ili naknadna saglasnost organa starateljstva.<sup>29</sup> Najzad, dete koje je navršilo 15. godinu života može da zasnue radni odnos, ali samo uz pismenu saglasnost roditelja i ako takav rad ne ugrožava njegovo zdravlje, moral i obrazovanje, odnosno ako takav rad nije zabranjen zakonom,<sup>30</sup> a bez saglasnosti roditelja može preduzimati pravne poslove kojima upravlja i raspolaže svojom zaradom ili imovinom koju je steklo sopstvenim radom,<sup>31</sup> dok dete starije od 15 godina koje je sposobno za rasuđivanje može dati pristanak za preduzimanje medicinskog zahvata.<sup>32</sup>

Na ovaj način, dakle, dete koje je dostiglo zadovoljavajući stepen zrelosti dobija priliku da o jednom od najvažnijih aspekata svog pravilnog i potpunog razvoja donosi odluke samostalno te da, ukoliko želi da se koristi ovim svojim pravom, slobodno odlučuje o svim merama koje se tiču njegovog života i zdravlja.<sup>33</sup> Pri tom, zakonska je pretpostavka da je dete koje je navršilo 15. godinu života sposobno za rasuđivanje, te ono, u tom smislu, ne mora ništa da dokazuje prilikom davanja izjave saglasnosti za preduzimanje medicinske intervencije.<sup>34</sup> Sa stanovišta

---

<sup>28</sup> Videti član 64. stav 2. Porodičnog zakona.

<sup>29</sup> Videti član 193. stav 3. Porodičnog zakona. Inače, saugovarač poslovno nesposobnog lica, koji nije znao za njegovu poslovnu nesposobnost ili je bio prevaren da postoji odobrenje zakonskog zastupnika, ima pravo da u roku od 30 dana odustane od ugovora koji je zaključio sa njim bez odobrenja njegovog zakonskog zastupnika ili da pozove zakonskog zastupnika poslovno nesposobnog lica da se u roku od 30 dana izjasni da li odobrava taj ugovor. Videti član 56–58. Zakona o obligacionim odnosima (Službeni list SFRJ, br. 29/1978) Opširnije videti S. Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1980, str. 246–249.

<sup>30</sup> Videti član 24. stav 1. i član 25. Zakona o radu (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 24/2005). Slično i član 66. st. 4. Ustava.

<sup>31</sup> Videti član 64. stav 3. Porodičnog zakona.

<sup>32</sup> Videti član 62. stav 2. Porodičnog zakona i član 35. stav 3. Zakona o zdravstvenoj zaštiti.

<sup>33</sup> Da ni ovo rešenje ne mora uvek biti bez mane svedoči, ponovo, slučaj iz sudske prakse. Maloletna devojka, stara 17 godina, nalazila se već čitav dan u porođajnoj sali. Ordinirajući lekar predlagao je da se izvrši hitna sekcija ("carski rez"), zbog toga što je iz medicinske dijagnostike bilo nedvosmisleno jasno da dete leži u poprečnom položaju, da su svi pokušaji da se položaj promeni nekom od konzervativnih metoda ostali bezuspešni te da verovatnoća masivne rupture materice predstavlja veliku opasnost za život majke i deteta. Pacijentkinja je, međutim, odbila operativni zahvat, obrazlažući svoj stav religioznim razlozima koji joj ne dozvoljavaju da pristane na transfuziju krvi i u skladu sa kojim ju je odgajala njena majka celog života. Isti stav izrazila je i majka, koja je bila sledbenik Crkve Jehovinih svedoka. U poslednjem trenutku, posle razgovora sa medicinskim osobljem, ova mlada žena je ipak promenila mišljenje i dala pristanak za operaciju. Videti *In Re L (Patient: Non-Consensual Treatment)*, 1997, 2 FLR 837. Navedeno prema A. Bainham, op. cit, str. 276.

<sup>34</sup> Takvo pravilo važi i u svim drugim slučajevima kada se radi o pretpostavci sposobnosti za rasuđivanje u pravu. No, u američkom *common law*-u poznata je i tzv. „*mature minor*“ doktrina, prema kojoj je maloletniku priznato pravo da se saglasi sa medicinskom intervencijom ukoliko dokaže da je dovoljno zrelo i sposoban da shvati značaj i posledice predložene medicinske intervencije. U slučaju spora, sudovi donose odluku u zavisnosti od više faktora koje analiziraju, kao što je, na primer, uzrast maloletnika, priroda medicinske intervencije o kojoj je reč, činjenica da li se roditelji saglašavaju sa odlukom maloletnika ili joj se protive itd. Ipak, zbog moguće nekonzistentnosti sudske prakse



zakonskog zastupanja u ovim slučajevima, pak, srpsko rešenje je takvo da dete može da se koristi svojim pravom na davanje saglasnosti za preduzimanje medicinske intervencije ako je starije od 15 godina i sposobno je za rasuđivanje, ali ni na koji način nije obavezno odnosno dužno da se koristi takvim svojim pravom.<sup>35</sup> Drugim rečima, dete koje je dostiglo zadovoljavajući stepen zrelosti može samo doneti odluku o tome da li pristaje na predloženi medicinski zahvat, ostvarujući tako potpuno samostalno princip poštovanja autonomije pacijenta i preuzimajući odgovornost za svoja lična prava u oblasti medicine, ali može odlučiti takođe i da odluku prepusti roditeljima kao zakonskim zastupnicima. U ovom drugom slučaju, roditelji nastavljaju da zastupaju dete kao neka vrsta njegovih „zakonskih punomoćnika“; nema ugovora kao osnova za zastupanje, već ono proizilazi iz vršenja roditeljskog prava u odsustvu izričite izjave deteta da želi da vrši svoje pravo na davanje saglasnosti za preduzimanje medicinske intervencije (na primer, dete se ne protivi tome da roditelji donesu odluku umesto njega).<sup>36</sup> Najzad, ako se dete starije od 15 godina izjasni da prepušta odluku o preduzimanju medicinske intervencije svojim roditeljima, takođe treba primeniti pravila o pravu deteta na davanje mišljenja u vezi sa takvim postupkom, odnosno uključiti ga u što je moguće većoj meri u donošenje odluke o pristanku na predloženu medicinsku intervenciju.

### 3.4. Obaveza maloletnika da se saglasi sa medicinskom intervencijom

Najzad, postoje i tzv. „posebne poslovne sposobnosti“ maloletnika u srpskom pravu, u kojima se radi o pravnim poslovima za čiju punovažnost je neophodno da je izjavu volje dao maloletnik lično, što znači da dete u takvim slučajevima ne može biti zastupano ni preko zakonskog zastupnika odnosno punomoćnika. Drugim rečima, maloletnik čije su lične izjave

---

u oceni faktora koji doprinose odlučivanju o zrelosti maloletnika, ova doktrina je prihvaćena samo u američkim državama Arkanzas i Misisipi, dok je ostale države uglavnom odbacuju zbog njene prevelike subjektivnosti. Videti opširnije R. D. Veilleux, *Medical Practitioner's Liability for the Treatment Given Child Without Parent's Consent*, *American Law Reports*, br. 67/1989, str. 511-517.

<sup>35</sup> Upravo suprotna rešenja od ovog mogu se sresti u uporednom pravu. Tako, na primer, u pravu Norveške roditelji nemaju pravo da izjavljuju saglasnost u ime deteta koje je navršilo 16 godina života, a maloletnici od 12-16 godina imaju pravo da izraze svoje mišljenje u vezi sa predstojećom medicinskom intervencijom. Videti par. 4. Zakona o pravima pacijenata Norveške. U engleskom pravu neophodna je saglasnost maloletnika starijeg od 16 godina za svaki hirurški, medicinski ili stomatološki zahvat, što znači da je u tom slučaju uklonjena potreba da se zahteva saglasnost roditelja. Videti par. 8. Zakona o reformi porodičnog prava (*The Family Law Reform Act, 1969*). Doduše, u sudskoj praksi je izražen stav da Zakon o reformi porodičnog prava iz 1969. godine ipak ne predviđa apsolutno pravo deteta da odbije medicinski tretman te da ovaj zakon daje pravo maloletnom detetu da se saglasi sa tretmanom, ali da saglasnost roditelja ne gubi punovažnost kada je dete starije od 16 godina odbilo da se saglasi sa medicinskom intervencijom. Saglasnost roditelja je u tom slučaju način da se dete zaštiti od posledica koje bi odbijanje medicinske intervencije moglo imati na njegov život i zdravlje. Videti *Re W (a minor) (medical treatment) (1992) 4 A11 ER 627 i P. Both, Age as an Issue of Consent and Responsibility – too Young or too Old*, *Pravni život* br. 10/2008, str. 275.

<sup>36</sup> U pravnoj književnosti ova odredba Porodičnog zakona protumačena je, sasvim ispravno, kao neka vrsta srednjeg rešenja u materiji zastupanja (između zakonskog i ugovornog), kada roditelji imaju pravo i dužnost da zastupaju svoje dete i u granicama njegove poslovne i procesne sposobnosti. Videti D. Palačković, *Postupak u sporu za zaštitu prava deteta*, u knjizi: *Novo porodično zakonodavstvo*, Kragujevac, 2006, str. 540. Takvo rešenje proizilazi iz većeg stepena emotivne bliskosti i uzajamne privrženosti koja vezuje dete i roditelje, zbog čega je verovatnije da će roditelji biti pouzdaniji prirodni garant interesa svog deteta u odnosu na svaku treću osobu.

Sa druge strane, radi zaštite interesa deteta, propisano je da roditelji ne mogu vršiti pravo i dužnost zastupanja svog maloletnog deteta onda kada postoji sukob interesa između roditelja i deteta, odnosno između više dece čije suprotne interese treba da zastupaju isti roditelji. U tim situacijama organ starateljstva postaviće detetu privremenog (tzv. kolizijskog) staratelja koji će ga zastupati u pravnom poslu ili sporu za koji je postavljen dok takva potreba postoji, a u svemu ostalom roditelji ostaju i dalje zakonski zastupnici svog deteta. Videti član 132. stav 2, tačka 3. Porodičnog zakona.

volje uslov za punovažnost pravnog posla jeste dete, bez obzira na uzrast, koje pravni posao mora da preduzme lično kako bi pravni posao bio punovažan. Za razliku od pravnih poslova mlađih i starijih maloletnika, koje uvek mogu preduzimati i njihovi roditelji kao zakonski zastupnici, postoje neke situacije u kojima nema nikakve mogućnosti da roditelji zastupaju svoje dete, budući da se radi o ličnim izjavama volje deteta koje se tiču njegovog statusa ili nekih najvažnijih prava i koje ono mora da preduzima potpuno samostalno. To su, drugim rečima, neke posebne poslovne sposobnosti koje ovlašćuju dete da punovažno preduzima pravne poslove na osnovu samog zakona. Tako, na primer, samo maloletnik stariji od 16 godina ima pravo da pokrene postupak za izdavanje sudske dozvole za sklapanje braka,<sup>37</sup> maloletnik koji je navršio 16. godinu života i koji je sposoban za rasuđivanje mora lično da prizna očinstvo,<sup>38</sup> dete koje je navršilo 16. godinu života i koje je sposobno za rasuđivanje ima pravo na davanje lične saglasnosti sa priznatim očinstvom,<sup>39</sup> maloletnik koji je navršio 15 godina života i sposoban je za rasuđivanje ima pravo da sačini testament,<sup>40</sup> dete starije od 14 godina ima pravo na davanje saglasnosti za sticanje i prestanak državljanstva,<sup>41</sup> dete koje je navršilo 10. godinu života i koje je sposobno za rasuđivanje ima pravo na davanje saglasnosti sa zasnivanjem usvojenja,<sup>42</sup> dete koje je navršilo 10. godinu života i koje je sposobno za rasuđivanje ima pravo na davanje saglasnosti sa promenom ličnog imena itd.<sup>43</sup>

U oblasti medicinskog prava, ovakva posebna poslovna sposobnost zahteva se u srpskom pravu samo kada je reč o pravu na abortus. Naime, iz stilizacije zakonskog teksta proizilazi da se prekid trudnoće može izvršiti samo na zahtev trudne žene koja je starija od 16 godina, a da je za maloletnice mlađe od 16 godina neophodna i pismena saglasnost roditelja odnosno staratelja.<sup>44</sup> U međunarodnom pravu poseban režim obaveznog davanja saglasnosti maloletnika važi u još dva slučaja.

Prvi je onaj koji se odnosi na preduzimanje naučnih istraživanja za koja saglasnost u ime deteta nad kojim se istraživanje u oblasti medicine ili biologije vrši može dati zakonski zastupnik, ali samo ako su ispunjeni i mnogobrojni dodatni uslovi (da ne postoji alternativna mogućnost istraživanja čija je delotvornost uporediva sa istraživanjem na čoveku; ako rizici koji bi za osobu mogli nastati nisu u nesrazmeri prema potencijalnim koristima od istraživanja; ako je projekat istraživanja odobren od strane nadležnog tela, nakon što je bio podvrgnut nezavisnoj proveri njegove naučne vrednosti, uključujući procenu značaja cilja istraživanja i multidisciplinarni pregled njegove etičke prihvatljivosti; ako su osobe nad kojima se istraživanje obavlja obavешtene o njihovim pravima i zakonskim merama sigurnosti za njihovu zaštitu; ako rezultati istraživanja imaju potencijal da proizvedu stvarnu i neposrednu korist za

---

<sup>37</sup> Videti član 23. Porodičnog zakona i član 80. stav 1. Zakona o vanparničnom postupku.

<sup>38</sup> Videti član 46. i 305. stav 3. Porodičnog zakona.

<sup>39</sup> Videti član 49. Porodičnog zakona.

<sup>40</sup> Videti član 79. Zakona o nasleđivanju (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 46/1995).

<sup>41</sup> Videti član 9. stav 3, član 13. stav 4, član 20. stav 4, član 21. stav 2. i član 22. stav 5. Zakona o državljanstvu Republike Srbije (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 135/2004).

<sup>42</sup> Videti član. 98. Porodičnog zakona.

<sup>43</sup> Videti član 346. stav 2. Porodičnog zakona.

<sup>44</sup> „(1) Prekid trudnoće može se izvršiti samo na zahtev trudne žene.

(2) Za prekid trudnoće kod lica mlađeg od 16 godina i lica potpuno lišenog poslovne sposobnosti, potrebna je i pismena saglasnost roditelja, odnosno staraoca.

(3) Ako se saglasnost ne može pribaviti od roditelja odnosno staraoca zbog njihove odsutnosti ili sprečenosti, potrebno je pribaviti saglasnost nadležnog organa starateljstva.“ Videti čl. 2. st. 2. Zakona o postupku prekida trudnoće u zdravstvenim ustanovama (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 16/1995).

takvu osobu; ako se istraživanje uporedive delotvornosti ne može obaviti na osobama koje su sposobne da same daju pristanak i ako je pristanak dat u pismenoj formi i specijalno za ovu svrhu), među kojima je i uslov da se osoba o kojoj se radi ne protivi istraživanju.<sup>45</sup> To znači da se saglasnost deteta nad kojim se vrši naučno istraživanje pretpostavlja u odsustvu njegovog izričitog protivljenja, ali je kapacitet deteta da se u ovim slučajevima lično saglasi sa medicinskom intervencijom koja se preduzima radi naučnog istraživanja ipak očuvana bar u indirektnom, pasivnom („opt-out“) smislu.<sup>46</sup>

Drugi slučaj tiče se saglasnosti za uzimanje delova tela od živih davalaca radi transplantacije. Kada su u pitanju maloletnici, Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini propisuje apsolutnu zabranu da se organi mogu uzimati od dece, a samo izuzetno dozvoljava uzimanje regenerativnih tkiva ako su ispunjeni dodatni uslovi (ako nema podesnog davaoca koji može dati pristanak; ako je primalac brat ili sestra davaoca; davanje mora imati potencijal da spase život primaocu i pristanak mora biti dat u pismenoj formi i specijalno za ovu svrhu), među kojima je i uslov da se osoba o kojoj je reč ne protivi davanju organa.<sup>47</sup>

#### 4. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Roditelji vrše roditeljsko pravo prvenstveno radi zaštite ličnih i imovinskih prava i interesa svog maloletnog deteta, oni su nesumnjivo najbolji poznavaoци svog deteta i osobe u koje dete ima najviše poverenja. Većina roditelja, štaviše, vrši svoja prava i obaveze sa mnogo ljubavi i pažnje, iako ne poznaju sadržinu pravnih propisa. Stoga je verovatnije da će, zbog većeg stepena emotivne bliskosti i uzajamne privrženosti koja vezuje dete i roditelje, u redovnim situacijama roditelji biti najveći prirodni garant interesa svog deteta, pa nema nikakvog razumnog razloga da zakon pretpostavi neku drugu osobu roditeljima kao zakonskim zastupnicima deteta. Isto pravilo, razume se, vredi i kada je reč o zastupanju deteta prilikom davanja saglasnosti za preduzimanje medicinske intervencije.

Međutim, postoje, nažalost, i one situacije koje nisu redovne i kada roditelji, iz bilo kog razloga, donose odluke koje nisu u najboljem interesu deteta. Zbog toga je važno da u pravu postoje kontrolni mehanizmi, koji će u proces odlučivanja o najboljem interesu deteta uključiti i neke državne organe, a pre svega sudove i organe koji imaju generalnu nadležnost da nadziru vršenje roditeljskog prava, kao što je to organ starateljstva u srpskom pravu. Njima moraju biti dostupni postupci u kojima će se na osnovu neposrednog sudskog uvida doneti odluka koja je u najboljem interesu deteta. Sve takve mere ograničavaju, u manjem ili većem stepenu, ovlašćenja roditelja koja im pripadaju na osnovu roditeljskog prava, ali su one

---

<sup>45</sup> Videti član 17. stav 1. Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini.

<sup>46</sup> Nije tako u srpskom pravu. Naime, prema članu 38. stav 4. Zakona o zdravstvenoj zaštiti medicinski ogled može se izuzetno preduzeti i nad maloletnim pacijentom, ali samo radi njegove neposredne koristi i uz pismeni pristanak njegovog zakonskog zastupnika. Nema, dakle, nikakve mogućnosti da dete mlađe od 15 godina uskrati saglasnost, makar i posredno.

<sup>47</sup> Videti član 20. stav 2. Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini. Prema Nacrtu Zakona o transplantaciji organa, koji je upravo na javnoj raspravi u Srbiji, dete takođe uopšte ne može biti davalac organa (član 35). Kada su u pitanju tkiva i ćelije, dopušteno je da davaoci budu i lica mlađa od 18 godina pod uslovima koji su propisani zakonom i propisima donetim za sprovođenje ovog zakona, ali takvi dodatni uslovi za sada nisu poznati. Videti čl. 37. Nacrta Zakona o transplantaciji tkiva i organa. Oba Nacrta videti na adresi:

<http://www.zdravlje.gov.rs/index.php>

neophodne kako bi se deci osigurali najpovoljniji oblici zaštite. Kada je reč o preduzimanju medicinske intervencije, reakcija sudova i organa starateljstva morala bi biti i naročito hitna, budući da u najvećem broju situacija preduzimanje medicinske intervencije ne trpi veliko odlaganje. Sa druge strane, veoma je važno da kroz različite društvene akcije i profesionalnu edukaciju lekari pedijatri i drugi medicinski poslenici koji dolaze u kontakt sa decom budu senzibilisani da prepoznaju najbolji interes deteta i uvek aktivno razmišljaju o načinima na koji se on može zaštititi.

Najzad, u svakoj situaciji kada treba da bude doneta neka medicinska odluka u vezi sa detetom važno je afirmisati pravo deteta na slobodno izražavanje mišljenja. U suštini, ono afirmiše dete kao osobu koja je ravnopravna i kompetentna da izražava svoje stavove u svim pitanjima koja se na nju odnose, ali i obavezuje odrasle da dete saslušaju te da stavovima deteta pridaju dužnu pažnju u skladu sa njegovim godinama i zrelošću. Ovo je pravo, dakle, deo jednog još opštijeg prava deteta, a to je pravo na participaciju, koje znači da ne postoji oblast života – od tradicionalnog roditeljskog autoriteta u kući do onog u školi ili zdravstvenoj ustanovi – u kojoj nema mesta za poglede deteta prilikom donošenja svake odluke koja je važna za njegov život. Dete na taj način postaje aktivni partner koji učestvuje, a ne pasivni prenosnik želja njegovih roditelja. Participacija je i u psihološkom smislu veoma povoljna za dete, zato što podstiče samopouzdanje, promoviše raznovrsne mogućnosti deteta, učvršćuje razumevanje za demokratske procese, doprinosi razvoju osećanja autonomije, nezavisnosti, socijalne kompetencije i otpornosti.

## LITERATURA

- Bainham, A.: *Children: The Modern Law*, Bristol, 1998
- Both, P.: *Age as an Issue of Consent and Responsibility – too Young or too Old*, *Pravni život* br. 10/2008
- Citizens' Choise and Patients' Rights*, World Health Organization, Regional Office for Europe, EUR/ICP/CARE 94 01/CN (A), Copenhagen, 1996
- Dimitrijević, V.: *Opšti (međunarodni) standardi ljudskih prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 5-6/1989 (Supplement)
- G. Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, The Hague, 1998
- Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority (1985), 3 All E.R. 402
- Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF, Geneva, 2002
- Ivović, N.: *Saglasnost za medicinsku intervenciju i odgovornost lekara*, Pravni fakultet, Podgorica, 2004
- Kovaček-Stanić, G.: *Porodično pravo: partnersko, dečje i starateljsko pravo*, Pravni fakultet, Novi Sad, 2009
- Perović, S.: *Obligaciono pravo*, Beograd, 1980
- Radišić, J., Draškić, M., Vodinelić, V., Popović, M., Stambolović, V., Samardžić, M.: *Povelja o pravima pacijenata*, *Pravo – teorija i praksa*, br. 12/1999
- Stanković, O. – V. Vodinelić, *Uvod u ggrađansko pravo*, Beograd, 1995
- Veilleux, R. D.: *Medical Practitioner's Liability for the Treatment Given Child Without Parent's Consent*, *American Law Reports*, br. 67/1989
- Vodinelić, V.: *Funkcije poslovne sposobnosti maloletnika*, *Pravo – teorija i praksa*, br. 3/1999

Konvencije Saveta Evrope za zaštitu ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u vezi sa primenom biologije i medicine (Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini): <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=164&CM=1&DF=3/2/2009&CL=ENG>

Ustav Srbije, Službeni glasnik RS, br. 98/2006

Nacrta Zakona o transplantaciji tkiva i organa: <http://www.zdravlje.gov.rs/index.php>

Porodični zakon (Službeni list Republike Srbije, br. 18/2005)

Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima (Službeni glasnik SR Srbije, br. 53/1982)

Zakon o obligacionim odnosima (Službeni list SFRJ, br. 29/1978)

Zakon o radu (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 24/2005)

Zakon o vanparničnom postupku (Službeni glasnik SR Srbije, br. 25/1982)

Zakon o vazдушnom saobraćaju (Službeni list SRJ, br. 12/1998)

Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 125/2004)

Zakon o zdravstvenoj zaštiti (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 107/2005)

Zakona o državljanstvu Republike Srbije (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 135/2004)

Zakona o državljanstvu Republike Srbije (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 135/2004)

Zakona o nasleđivanju (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 46/1995)

Zakona o postupku prekida trudnoće u zdravstvenim ustanovama (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 16/1995)

Zakona o postupku prekida trudnoće u zdravstvenim ustanovama (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 16/1995)

Case E.P. v. Italy, No. 31127/96 od 16. novembra 1999

Odluka Vrhovnog suda Hrvatske Gž. 383/53 od 25. maja 1953, Naša zakonitost, br. 8–9/1953

Odluka Vrhovnog suda Hrvatske Gž. 570/55 od 19. aprila 1955, Naša zakonitost, br. 8–9/1955

Re W (a minor) (medical treatment) (1992) 4 A11 ER 627



# RECHTSINSTITUTE ZUR AUSÜBUNG DER SELBSTBESTIMMUNG IM RAHMEN VON MEDIZINISCHEN BEHANDLUNGEN IN ÖSTERREICH

## PRAVNI INSTITUTI ZA IZVAJANJE SAMOODLOČANJA V OKVIRU MEDICINSKIH OBRAVNAVANJ V AVSTRIJI

### LEGAL INSTITUTS FOR EXERCISING OF THE SELF-DETERMINATION IN THE FRAMEWORK OF MEDICAL TREATING IN AUSTRIA

UDK: 342.72/.73-556.24(436)

*Dr. Aline LEISCHNER, univ. dipl. pravica*

*Asistentka*

*Inštitut za državno in upravno pravo, Oddelek medicinsko pravo*

*Pravna fakulteta Univerze na Dunaju, Avstrija*

#### **POVZETEK**

*Če ima pacient potrebno sposobnost presojanja in odločanja, lahko po opravljeni pojasnilni dolžnosti zdravnika osebno poda privolitev za medicinski poseg. Če pa pacient ni v stanju, da bi osebno privolil, je potrebno načeloma v skladu z načelom varstva interesov drugega v primeru nujne medicinske pomoči odločiti v smislu objektivnega blagostanja ali pa vključiti skrbnika, ki bo zastopal pacientove interese. Z zakonsko ureditvijo pacientovega razpolaganja, pooblastila za skrb, pravice do zakonskega zastopanja bližnjih kakor tudi pooblastila skrbniku, naj bi se v Avstriji načelo skrbi za drugega umaknilo načelu pacientove avtonomije. V tem prispevku bodo razsikane možnosti in meje uresničevanja avtonomije ter njihovo skupno učinkovanje z naročilom za skrb, in kolikor je mogoče, bo podan tudi primerjalni pregled s slovensko ureditvijo.*

#### **KLJUČNE BESEDE**

*Razpolaganje pacienta, pooblastilo, razpolaganje skrbnika, zakonska pravica do zastopanja po bližnjih osebah, skrbnik, samoodločanje, avtonomija pacienta, načelo skrbi.*

#### **ABSTRACT**

*Verfügt der Patient über die nötige Einsichts- und Urteilsfähigkeit, so kann nur er höchstpersönlich nach entsprechender ärztlicher Aufklärung in eine medizinische Maßnahme einwilligen. Ist der Patient nicht in der Lage selbst einzuwilligen, so ist grundsätzlich im Sinne des Fürsorgeprinzips entweder im Notfall zu Gunsten seines objektiven Wohls zu handeln oder ein Sachwalter zu bestellen, der seine Interessen wahrnimmt. Mit der gesetzlichen Verankerung der Patientenverfügung, der Vorsorgevollmacht, des gesetzlichen Vertretungsrechts nächster Angehöriger sowie der Sachwalterverfügung in Österreich soll das Fürsorgeprinzip zugunsten der Patientenautonomie zurückgedrängt werden. Die Möglichkeiten und Grenzen der Autonomieausübung und deren Zusammenspiel mit dem Fürsorgeauftrag werden in diesem Beitrag untersucht und soweit möglich, wird ein Vergleich zur slowenischen Rechtslage gezogen.*

## KEY WORDS

*Patientenverfügung, Vorsorgevollmacht, Sachwalterverfügung, gesetzliches Vertretungsrecht nächster Angehöriger, Sachwalter, Selbstbestimmung, Patientenautonomie, Fürsorgeprinzip.*

## 1. ALLGEMEINES

Das Recht über seine körperliche Integrität frei bestimmen zu können, ist völker- und gemeinschaftsrechtlich (vergleiche insbesondere Art 8 EMRK,<sup>1</sup> Art 5 ff Biomedizinkonvention<sup>2</sup> und Art 3 EU-Grundrechtscharta<sup>3</sup>) verankert. Auf einfachgesetzlicher Ebene wird in Österreich das Prinzip des „informed consent“ zivilrechtlich aus dem § 16 ABGB<sup>4</sup> abgeleitet und ist strafrechtlich über den Straftatbestand der „eigenmächtigen Heilbehandlung“ (§ 110 StGB)<sup>5</sup> abgesichert. § 110 StGB als Privatanklagedelikt dient jedoch vorwiegend als zivilrechtliches Schutzgesetz, weil es in der Praxis zu kaum einer strafrechtlichen Verfolgung durch die Verletzten kommt.<sup>6</sup> Zusätzlich besteht in Österreich eine Vielzahl von verwaltungsrechtlichen Bestimmungen, die der Selbstbestimmung des Patienten Rechnung tragen.<sup>7</sup>

Nicht nur das Prinzip des informed consent ist gesetzlich verankert, sondern auch die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Patient nur höchstpersönlich einwilligen kann. Zum einen wurde dies durch das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001<sup>8</sup> klargestellt, sodass für eine wirksame Einwilligung in medizinische Maßnahmen auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Kindes abzustellen ist (§§ 146c, 154b ABGB). Nach § 146c Abs 1 ABGB wird eine solche ab

---

<sup>1</sup> Die Europäische Menschenrechtskonvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 3. 9. 1953 (EMRK, BGBl 1958/210) ist durch das Bundesverfassungsgesetz (BGBl 1964/59) in Verfassungsrang gehoben worden. Slowenien hat die EMRK am 28. 6. 1994 ratifiziert.

<sup>2</sup> Übereinkommen vom 4. 4. 1997 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin, European Treaty Series 164 (Biomedizinkonvention, im Folgenden: MRB). Österreich ist der MRB bis jetzt nicht beigetreten. Slowenien hat im Gegensatz dazu die MRB bereits am 5. 11. 1998 ratifiziert: Zakon o ratifikaciji Konvencije o varstvu človekovih pravic in dostojanstva človeškega bitja v zvezi z uporabo biologije in medicine (Konvencija o človekovih pravicah v zvezi z biomedicino) in Dodatnega protokola o preprečitvi kloniranja človeških bitij h Konvenciji o varstvu človekovih pravic in dostojanstva človeškega bitja v zvezi z uporabo biologije in medicine („Gesetz über die Ratifikation der Konvention über Menschenrechte und Biomedizin und des Zusatzprotokolls über das Verbot des Klonens von menschlichen Lebewesen“), Ur I RS-MP, št 17/1998.

<sup>3</sup> Charta der Grundrechte der Europäischen Union, an den Vertrag von Lissabon angepasste Fassung in Abl 2007 C 303/.

<sup>4</sup> Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) JGS 1811/946 idF BGBl I 2009/40: „§ 16. Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten. Slavery oder Leibeigenschaft, und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Macht, wird in diesen Ländern nicht gestattet.“

<sup>5</sup> Strafgesetzbuch (StGB) BGBl 1974/60 idF BGBl I 2009/40: „§ 110. (1) Wer einen anderen ohne dessen Einwilligung, wenn auch nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft, behandelt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen. (2) Hat der Täter die Einwilligung des Behandelten in der Annahme nicht eingeholt, daß durch den Aufschub der Behandlung das Leben oder die Gesundheit des Behandelten ernstlich gefährdet wäre, so ist er nach Abs. 1 nur zu bestrafen, wenn die vermeintliche Gefahr nicht bestanden hat und er sich dessen bei Aufwendung der nötigen Sorgfalt (§ 6) hätte bewußt sein können. (3) Der Täter ist nur auf Verlangen des eigenmächtig Behandelten zu verfolgen.“ Der Straftatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung wurde bereits im Jahr 1937 mit dem § 499a Strafgesetz (BGBl 1937/202) eingeführt.

<sup>6</sup> Bertel in Höpfel/Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch<sup>2</sup> (2000) § 110 Rz 8.

<sup>7</sup> § 8 Abs 3 Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz (KAKuG), § 36 Unterbringungsgesetz (UbG); §§ 38 ff Arzneimittelgesetz (AMG), §§ 49 ff Medizinproduktegesetz (MPG); § 69 Gentechnikgesetz (GTG); § 8 Fortpflanzungsmedizinengesetz (FMedG); § 8 Blutsicherheitsgesetz (BSG); § 5 HIV-Test Verordnung (HIV-Test-V); § 4 Gewebesicherheitsgesetz (GSG).

<sup>8</sup> KindRÄG 2001, BGBl I 2000/135; im Folgenden KindRÄG.



dem 14. Lebensjahr (widerlegbar) vermutet. Zum anderen wurde dies für psychisch kranke oder geistig behinderte Personen, die unter Sachwalterschaft stehen, mit dem Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006<sup>9</sup> in § 283 Abs 1 ABGB ausdrücklich festgehalten. Eine Behandlungsentscheidung soll daher jeder, der die Tragweite und Bedeutung der medizinischen Maßnahme überblicken und sein Verhalten demgemäß ausrichten kann, für sich selbst treffen. Die Geschäftsfähigkeit des Patienten oder das Bestehen einer Sachwalterschaft ist somit in diesem Zusammenhang bedeutungslos.<sup>10</sup>

Für den Fall des späteren Verlusts der Einsichts-, Urteils- und Äußerungsfähigkeit eröffnet das Patientenverfügungsgesetz<sup>11</sup> und das SWRÄG, mit dem die Vorsorgevollmacht (§ 284f ABGB), die Sachwalterverfügung (§ 279 Abs 1 ABGB) und das gesetzliche Vertretungsrecht nächster Angehöriger (§ 284b ABGB) eingeführt wurde, eine Vorsorgemöglichkeit. Das Ziel dieser Rechtsinstitute ist es zum einen die Patientenautonomie auch nach Verlust der Einwilligungsfähigkeit zu stärken und zum anderen die Sachwalterschaften zurückzudrängen.<sup>12</sup>

Im Folgenden werden die einzelnen österreichischen Rechtsinstitute – im Vergleich zum slowenischen Gesetz über Patientenrechte (ZPacP)<sup>13</sup> – erörtert und im Anschluss das Zusammenspiel der Patientenautonomie mit dem Fürsorgeprinzip in Österreich beleuchtet.

## **2. RECHTSINSTITUTE ZUR STÄRKUNG DER SELBSTBESTIMMUNG IN MEDIZINISCHEN MAßNAHMEN**

### **2.1. Patientenverfügung**

Im Gegensatz zum slowenischen Gesetzgeber, der die Patientenverfügung in dem ZPacP im § 34 verankert hat, hat der österreichische Gesetzgeber das Rechtsinstitut der Patientenverfügung samt inhaltlichen und formellen Voraussetzungen und Grenzen der Wirksamkeit in einem eigenen Gesetz – nämlich dem PatVG – geregelt.<sup>14</sup> Das österreichische PatVG gliedert sich dabei in allgemeine Bestimmungen zum Anwendungsbereich und zu den Begriffsdefinitionen (§§ 1–3), in Regelungen zum Inhalt, zur Aufklärung und Errichtung einer

---

<sup>9</sup> SWRÄG 2006, BGBl I 2006/92, in Kraft seit 1. 7. 2007; im Folgenden SWRÄG.

<sup>10</sup> Siehe dazu *Barth/Ganner*, Handbuch Sachwalterrecht 173 ff.

<sup>11</sup> PatVG, BGBl I 2006/55, in Kraft seit 1. 6. 2006; im Folgenden PatVG.

<sup>12</sup> ErläutRV 1299 BlgNR 22. GP 3; ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 3. Vgl auch *Pletzer*, Auswirkungen des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes 2006 auf die Zustimmung zu medizinischen Behandlungen, *Jahrbuch Gesundheitsrecht* 2008, 37 (38 f).

<sup>13</sup> Zakon o pacientovih pravicah – ZPacP, Uradni list Republike Slovenije Ur I RS, st 15/2008.

<sup>14</sup> Bis dahin bestand lediglich in § 10 Abs 1 Z 7 KAKuG (BGBl 1957/1 idF BGBl I 2008/49) die „vorsichtige“ Formulierung, dass Verfügungen des Patienten in der Krankengeschichte zu dokumentieren und darauf Bedacht zu nehmen ist, was nur eine Beachtlichkeit der Patientenverfügung auslöste. Vgl auch Art 18 der zwischen dem Bund und mittlerweile allen Ländern geschlossenen Art 15a B-VG-Vereinbarung über die Sicherstellung der Patientenrechte („Patientencharta“, zum Beispiel Bund–Wien, BGBl I 2006/42). Zur alten Rechtslage statt vieler: *Resch in Kopetzki* (Hrsg), Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit 38 (53); diverse Beiträge in *Kopetzki* (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen; OGH 16. 7. 1998, 6 Ob 144/98i, ÖJZ 1999/21 = RdM 1999/21 = EF-Slg 97.457. Zur Vorgeschichte des PatVG siehe ErläutRV 1299 BlgNR 22. GP 3; *Gmeiner/Kopetzki*, Österreich auf dem Weg zu einem Patientenverfügungs-Gesetz, *Zeitschrift für Biopolitik* 2005, 67; *Kathrein*, Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006, 555 f; *Barth/Ganner*, Handbuch Sachwalterrecht (2007) 371 f.

verbindlichen Patientenverfügung (§§ 4–7) und zur beachtlichen Patientenverfügung (§§ 8–9). Daran schließen sich gemeinsame Bestimmungen an, die die Unwirksamkeit und Grenzen der Patientenverfügung, deren Berücksichtigung im Notfall sowie die Dokumentation betreffen (§§ 10–14). Zuletzt findet sich im PatVG vor den Schlussbestimmungen (§§ 16–19) eine Verwaltungsstrafbestimmung, die dem Schutz vor Missbrauch der Patientenverfügungen durch Betreuungseinrichtungen dient (§ 15).

Das PatVG ermöglicht es, jeder einwilligungs- und äußerungsfähigen Person bestimmte medizinische Maßnahmen für den Fall des Verlusts der Einsichts-, Urteils- und Äußerungsfähigkeit durch die Abgabe einer höchstpersönlichen Willenserklärung abzulehnen (§§ 2–3 PatVG). Das Gesetz gestattet es somit auch besachwalteten Personen, aber auch einwilligungsfähigen Minderjährigen solche Verfügungen zu errichten.<sup>15</sup> Dies stellt eine wesentliche Abweichung zum § 34 Abs 1 ZPacP dar, der neben der Einwilligungsfähigkeit auch auf die Geschäftsfähigkeit abstellt.<sup>16</sup>

Der Anwendungsbereich des PatVG erstreckt sich ausschließlich auf die Ablehnung medizinischer Maßnahmen. Als solche wurde auch das Legen einer Magensonde sowie die Sondenernährung bei liegenden Magensonden qualifiziert, weil deren Vornahme durch Angehörige der im Gesundheits- und Krankenpflegegesetz (GuKG) geregelten Berufe einer ärztlichen Anordnung bedarf. Gleiches gilt für subcutane oder intravenöse Infusionen.<sup>17</sup> Die Verweigerung sonstiger Maßnahmen (etwa von Pflegemaßnahmen) oder der Wunsch nach einer bestimmten Behandlung (etwa eine bestimmte Art der Schmerzlinderung) ist zwar dadurch nicht ausgeschlossen, können aber nicht Gegenstand einer solchen Verfügung sein. Solche Willenserklärungen sind nach den allgemeinen zivil- und strafrechtlichen Vorschriften zu beurteilen.<sup>18</sup>

Das österreichische Modell beschränkt seine Anwendung nicht auf das Vorliegen des terminalen Zustands, vielmehr kann die Verfügung beispielsweise auch die Ablehnung einer Behandlung nach einem Unfall betreffen.<sup>19</sup> Diese Reichweitenbeschränkung besteht im Gegensatz dazu bei der slowenischen Gesetzeslösung. Hier entfaltet die Erklärung nur dann Verbindlichkeit, wenn als Eingriffsvoraussetzung eine „schwere Krankheit“ genannt wird, bei deren Behandlung oder Gesundheitsversorgung den unabwendbaren Tod nur hinausschieben würde (§ 34 Abs 1 ZPacP).<sup>20</sup>

Das PatVG – wie auch § 34 Abs 1 ZPacP<sup>21</sup> – differenziert zwischen der beachtlichen und der verbindlichen Patientenverfügung. In Österreich sind nur für die verbindliche Patientenverfügung die Voraussetzungen in §§ 4–7 PatVG festgelegt.<sup>22</sup> Eine solche Errichtung

---

<sup>15</sup> *Barth/Ganner*, Handbuch Sachwalterrecht 438; kritisch in Bezug auf mündige Minderjährige *Leischner*, Streitbeilegung in medizinischen Haftungsfällen (2007) 45 f.

<sup>16</sup> *Bernat/Gaberc*, Die Regelung des Stellvertreters in Gesundheitsangelegenheiten und der Patientenverfügung im Recht der Republik Slowenien – ein Vergleich mit dem österreichischen Recht, RdM 2009, 83 (86).

<sup>17</sup> Siehe dazu AB 1381 BlgNR 22. GP 2. Vgl auch *Bernat* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> ErgBd (2007) § 3 PatVG Rz 5f.

<sup>18</sup> *Kathrein*, Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006, 555 ff; *Bachinger*, Die Patientenverfügung – Fragen und Antworten, FamZ 2006, 79; *Barth/Ganner*, Handbuch Sachwalterrecht 373 f.

<sup>19</sup> Vgl dazu *Barth/Ganner*, Handbuch Sachwalterrecht 373.

<sup>20</sup> Dazu *Bernat/Gaberc*, RdM 2009, 83 (86).

<sup>21</sup> Dazu *Bernat/Gaberc*, RdM 2009, 83 (87).

<sup>22</sup> Siehe dazu im Detail *Barth/Ganner*, Handbuch Sachwalterrecht 375 ff.

erfordert, dass der Patient durch einen fachkundigen Arzt (wohl meist Allgemeinmediziner oder Internist)<sup>23</sup> umfassend aufgeklärt und über das Wesen und die Folgen der Patientenverfügung für die medizinische Behandlung informiert wird. Es obliegt dem Arzt, die Einwilligungsfähigkeit des Errichtenden zu beurteilen, die zutreffende Einschätzung der mit der Patientenverfügung verbundenen Folgen zu dokumentieren und die Gründe hierfür darzulegen (§ 5 PatVG). Die abgelehnten medizinischen Maßnahmen müssen konkret beschrieben sein oder eindeutig aus dem Gesamtzusammenhang hervorgehen (§ 4 PatVG). Der entsprechend genauen Formulierung der Eingriffsvoraussetzung (wie etwa irreversible Bewusstlosigkeit oder schwerste Dauerschäden des Gehirns) und der abgelehnten Maßnahme ist daher größte Bedeutung zu zumessen. Unzureichend ist dabei die Ablehnung eines „menschenunwürdigen Daseins“ oder eines „Pflegefalles“ oder einer „künstlichen Lebensverlängerung“.<sup>24</sup> Die Patientenverfügung selbst ist vor einem Rechtsanwalt, Notar oder einem rechtskundigen Mitarbeiter der Patientenvertretungen – nach abermaliger Belehrung über die Folgen der Patientenverfügung und den Widerruf – zu errichten (§ 6 PatVG). Die Rechtslage zu Slowenien ähnelt sich in diesem Punkt. So sieht auch das ZPacP ähnliche administrativ-prozedurale Schritte für die Errichtung der Verfügung vor.<sup>25</sup>

Die Kosten, die aufgrund der ärztlichen Aufklärung und der Errichtung erwachsen, sind dabei in Österreich vom Patienten selbst zu tragen, was einen häufigen Kritikpunkt bildet.<sup>26</sup>

Werden die gesetzlichen Voraussetzungen (bewusst oder unbewusst) nicht eingehalten, so entsteht in Österreich eine beachtliche Patientenverfügung (§ 8 PatVG). Das Gesetz gibt dabei demonstrativ vor, welche Kriterien für die Abstufungen der Beachtlichkeit bei der Willensermittlung des Patienten zu berücksichtigen sind (§ 9 PatVG).<sup>27</sup> Dies steht wiederum im Gegensatz zur slowenischen Regelung, wonach eine Patientenverfügung immer schon dann nur als Richtlinie bei der Behandlungsentscheidung zu berücksichtigen ist, wenn sie auf die Ablehnung eines lebenserhaltenden Eingriffs gerichtet ist und der Patient noch nicht als sterbenskrank eingestuft werden kann (§ 34 Abs 1 ZPacP).<sup>28</sup>

Im Sinne einer größtmöglichen Sicherung der Selbstbestimmung gemäß Art 8 Abs 1 EMRK ist dies allerdings zu kritisieren. Diese Kritik ist auch auf die österreichische Lösung zu übertragen, auch wenn die Praxis sich damit behilft, dass selbst die beachtliche Patientenverfügung Verbindlichkeit entfalten kann. Dies ist dann der Fall, wenn der Patient seinen Willen aufgrund einer ausreichenden Informationsgrundlage in reflektierter Weise gebildet hat, die abgelehnten Maßnahmen eindeutig feststellbar sind und sich der Stand der

---

<sup>23</sup> Vgl näher *Bernat*, Planungssicherheit am Lebensende? (Teil I) EF-Z 2006, 42 (46); *Bachinger*, Die Patientenverfügung – Fragen und Antworten, FamZ 2006, 79.

<sup>24</sup> *Bernat/Gaberc*, Das österreichische PatVG: ein Schritt vorwärts, zwei Schritte zurück, GesR 2007, 1 (2); *Barth*, Die Patientenverfügung und ihre praktischen Folgen für den behandelnden Arzt, FamZ 2006, 72 (73 f); *Barth/Ganner*, Handbuch Sachwalterrecht 380 ff.

<sup>25</sup> Siehe *Bernat/Gaberc*, RdM 2009, 83 (87) mwN.

<sup>26</sup> Zum Teil wird die Errichtung kostenlos bei den Patientenvertretungen angeboten. Die ärztliche Aufklärung ist jedoch keine Krankenkassenleistung, sodass die Kosten in jedem Fall vom Patienten getragen werden müssen. Soll die Erklärung vor einem Rechtsanwalt oder Notar errichtet werden, sind weitere Kosten zu tragen. Vgl NÖ Patienten- und Pflegeanwaltschaft, Ratgeber – Patientenverfügung (2006) 25; *Barth/Ganner*, Handbuch Sachwalterrecht 440.

<sup>27</sup> ErläutRV 1299 BlgNR 22. GP 8: „Auch eine nicht verbindliche Patientenverfügung soll [...] beachtet werden, nämlich als ein – wesentliches – Hilfsmittel für die Ermittlung des relevanten Patientenwillens.“ Vgl dazu näher zB *Barth/Ganner*, Handbuch Sachwalterrecht 404 ff.

<sup>28</sup> *Bernat/Gaberc*, RdM 2009, 83 (87).

Wissenschaften seit der Willenskundgabe in concreto nicht geändert hat (qualifiziert beachtliche Patientenverfügung).<sup>29</sup> Eine solche Verfügung kann insbesondere dann vorliegen, wenn die Verbindlichkeitsvoraussetzungen erfüllt waren und diese wenige Tage nach der eigentlich gebotenen, aber unterlassenen Erneuerung angewendet wird,<sup>30</sup> oder auch formlose mündliche Erklärungen, mit denen unmittelbar vor Eintritt der Einwilligungsunfähigkeit und in voller Kenntnis einer bevorstehenden Behandlungsnotwendigkeit klar und deutlich eine bestimmte Behandlung abgelehnt wird.<sup>31</sup> Was bei Nichteinhalten der Formvorschriften für die slowenische Patientenverfügung die Folge sein soll, ist unklar, im Sinne des Art 8 EMRK sowie Art 9 MRB<sup>32</sup>, der den Grundsatz der Patientenautonomie auch im Fall des Verlusts der Einwilligungsfähigkeit verankert, wird wohl die errichtete Patientenverfügung zumindest Beachtlichkeit entfalten.<sup>33</sup>

Der österreichischen Verfügung können weitere Anmerkungen hinzugefügt werden (etwa Nennung einer Vertrauensperson) (§ 11 PatVG), jedoch können weder Handlungen gefordert werden, die strafrechtlich nicht zulässig sind (etwa aktive Sterbehilfe) (§ 10 Abs 1 Z 2 PatVG) noch Behandlungspflichten ausgeschlossen werden, die durch besondere Rechtsvorschriften (etwa im Fall von übertragbaren Krankheiten) auferlegt werden (§ 13 PatVG). Wie bei sonstigen Willenserklärungen können diese unwirksam werden, wenn bei der Errichtung ein Willensmangel bestand (§ 10 Abs 1 Z 1 PatVG). Darüber hinaus verliert aber eine solche Verfügung jedenfalls dann ihre Verbindlichkeit (aber nicht ihre Beachtlichkeit), wenn sich der Stand der medizinischen Wissenschaft seit der Errichtung wesentlich verändert hat (§ 10 Abs 1 Z 3 PatVG).<sup>34</sup>

Unberücksichtigt kann die österreichische Verfügung bleiben, wenn im Fall der Notfallversorgung der Zeitaufwand, der mit der Suche nach dieser verbunden wäre, das Leben oder die Gesundheit des Patienten ernstlich gefährden würde (§ 11 PatVG); allerdings gilt dies nicht, wenn der Inhalt der Verfügung dem behandelnden Arzt auf sonstige Weise bekannt ist (etwa weil diese in der Krankengeschichte dokumentiert ist). Gleiches gilt, wenn zwar eine Verfügung vorliegt, jedoch erhebliche inhaltliche Zweifel (etwa aufgrund einer widersprüchlichen Formulierung) bestehen und mit der Auslegung ein unverhältnismäßig großer Zeitaufwand verbunden wäre.<sup>35</sup> Ist daher der erklärte oder mutmaßliche Wille des Patienten nicht ermittelbar, so gilt im Zweifel immer der Grundsatz der Lebenserhaltung („in dubio pro vita“).<sup>36</sup>

---

<sup>29</sup> *Barth*, Die Patientenverfügung und ihre praktischen Folgen für den behandelnden Arzt, *FamZ* 2006, 72 (75 ff); *Bernat/Gaberc*, Das österreichische PatVG: ein Schritt vorwärts, zwei Schritte zurück, *GesR* 2007, 1 (4 ff); kritisch dazu *Bernat* in *Schwimann* (Hrsg), *ABGB<sup>3</sup> ErgBd* (2007) § 9 PatVG Rz 1 ff; *Barth/Ganner*, *Handbuch Sachwalterrecht* 410 f.

<sup>30</sup> *Memmer*, *Das Patientenverfügungs-Gesetz 2006*, *RdM* 2006/116 (173).

<sup>31</sup> Dazu *Kopetzki*, Einleitung und Abbruch der medizinischen Behandlung beim einwilligungsunfähigen Patienten, *iFamZ* 2007, 197 (199) mwN; *Kopetzki* in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* (Hrsg), *Das österreichische Patientenverfügungsgesetz. Ethische und rechtliche Aspekte* (2007) 138 f

<sup>32</sup> Art 9 MRB: „Kann ein Patient im Zeitpunkt der medizinischen Intervention seinen Willen nicht äußern, so sind die Wünsche zu berücksichtigen, die er früher im Hinblick auf eine solche Intervention geäußert hat.“

<sup>33</sup> Kritisch *Bernat/Gaberc*, *RdM* 2009, 83 (88).

<sup>34</sup> Im Detail dazu *Barth/Ganner*, *Handbuch Sachwalterrecht* 412 ff.

<sup>35</sup> Vgl *Kletečka-Pulker* in *Körtner et al* (Hrsg), *Patientenverfügungsgesetz 87*; *Kopetzki* in *Körtner et al* (Hrsg), *Patientenverfügungsgesetz* 140; dazu auch *Inthorn/Kletečka-Pulker*, *Ergebnisse der ersten Phase der Evaluationsstudie zum Patientenverfügungs-Gesetz*, *iFamZ* 2008, 139 (140).

<sup>36</sup> *Barth/Ganner*, *Handbuch Sachwalterrecht* 428 f; vgl dazu auch OGH 7. 7. 2008, 6 Ob 286/07p EF-Z 2008/117, 189 (*Jud*, EF-Z 2008, 230) = *EvBl-LS* 2008/35 = *iFamZ* 2008, 353 (*Schütz*, *iFamZ* 2009, 32) = *JB* 2009, 100 (*Bernat*, *JB* 2009, 129) = *RdM* 2008, 149 = *Zak* 2008, 332 (*Kletečka*).

Die Gültigkeitsdauer beträgt – in Österreich (§ 7 Abs 1 PatVG) wie auch in Slowenien (§ 34 Abs 6 ZPacP) – maximal fünf Jahre, kann jedoch jederzeit – unabhängig von der Einsichts- und Urteilsfähigkeit – in Österreich formlos (§ 7 Abs 1 PatVG), hingegen in Slowenien nur schriftlich (§ 34 Abs 6 ZPacP) widerrufen werden.<sup>37</sup> In Österreich wird dieser formfreie Widerruf allerdings zum Teil von den Patienten als Unsicherheit empfunden.<sup>38</sup> Ihre Wirksamkeit über die gesetzlich vorgesehene Befristung behält jedenfalls die österreichische Verfügung dann, wenn der Patient in der Zwischenzeit einwilligungs- bzw äußerungsunfähig wird (§ 7 Abs 3 PatVG).<sup>39</sup>

Da die österreichische Patientenverfügung eine Bringschuld darstellt, ist der Arzt nur zu angemessenen Nachforschungen angehalten (etwa Einsichtnahme in die Krankengeschichte oder Befragung der Vertrauensperson oder von Angehörigen).<sup>40</sup> Es bestehen derzeit zwei Patientenverfügungsregister, und zwar eines bei der Rechtsanwaltskammer sowie eines bei der Notariatskammer. Eine Abfrage dieser Register ist ebenso als zumutbare Nachforschung zu behandeln, erfordert aber eine Registrierung der Einrichtungen, sodass die Abfragemöglichkeiten noch nicht ausreichend genutzt werden. Eine gesetzliche Registrierungs- und Abfragepflicht der Ärzte fehlt jedoch.<sup>41</sup> Offen ist, wann und ob eine gesetzliche Registrierungspflicht über das Bestehen einer Patientenverfügung auf der E-Card eingeführt werden wird.

Besondere Herausforderungen birgt die Frage, ob ein Ausländer eine solche Verfügung wirksam im Inland errichten kann beziehungsweise ob eine im Ausland unter den dortigen Bedingungen errichtete Verfügung im Inland Verbindlichkeit entfalten kann.<sup>42</sup>

## 2.2. Vorsorgevollmacht

Im Gegensatz zum österreichischen Rechtsinstitut der Patientenverfügung hat der österreichische Gesetzgeber die Vorsorgevollmacht im Rahmen der allgemeinen Regeln zum Sachwalterrecht des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) in §§ 284f–284g ABGB verankert. Aufgrund des SWRÄG 2006 hat jede einsichts-, urteils-, äußerungs- und geschäftsfähige Person seit 1. 7. 2007 die Möglichkeit, eine andere Person mit der Vertretung in Gesundheitsangelegenheiten zu betrauen, für den Fall, dass sie in Zukunft nicht mehr in der Lage ist, diese für sich selbst wahrzunehmen.<sup>43</sup> Vor diesem Zeitpunkt erteilte Vollmachten, werden jedoch nicht in Vorsorgevollmachten umgedeutet.<sup>44</sup> Da die Errichtung volle

---

<sup>37</sup> Dazu *Bernat* in *Schwimmann* (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> ErgBd (2007) § 10 PatVG Rz 3.

<sup>38</sup> *Inthorn/Kletečka-Pulker*, iFamZ 2008, 139 (140 f).

<sup>39</sup> Dazu zT krit *Bernat* in *Schwimmann* (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> ErgBd (2007) § 7 PatVG Rz 1 ff; *Bernat/Gaberc*, RdM 2009, 83 (87).

<sup>40</sup> *Barth* in *Körtner et al* (Hrsg), Patientenverfügungsgesetz 115; *Kunz* in *Körtner et al* (Hrsg), Patientenverfügungsgesetz 204; *Barth/Ganner*, Handbuch Sachwalterrecht 430 f.

<sup>41</sup> Patientenverfügungsregister: Spitäler nutzen es wenig, *derStandard* vom 9. 12. 2008, <http://derStandard.at> (3. 3. 2009).

<sup>42</sup> Dazu *Ofner*, Patientenverfügung und Internationales Privatrecht, in *Körtner et al* (Hrsg), Patientenverfügungsgesetz 86 ff; *Pesendorfer/Traar*, Internationale Aspekte der Patientenverfügung, iFamZ 2008, 367 ff; *Barth/Ganner*, Handbuch Sachwalterrecht 394, 581 f.

<sup>43</sup> Zum Entwurf SWRÄG 2005: *Kühnberg*, Von der Sachwalterschaft zur Vorsorgevollmacht und Angehörigenvertretung: Der Entwurf des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes 2005, NZ 2005/85, 365.

<sup>44</sup> OGH 21. 2. 2008, 6 Ob 9/08d EF-Z 2008, 108.

Geschäftsfähigkeit und Einwilligungsfähigkeit verlangt, ist dieses Rechtsinstitut einem Minderjährigen grundsätzlich nicht zugänglich. Wenn jedoch ausschließlich Behandlungsentscheidungen übertragen werden sollen, kann auch der Minderjährige, der über die notwendige Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt, eine Vorsorgevollmacht errichten.<sup>45</sup> Die slowenische Regelung in § 32 ZPacP ist der österreichischen sehr ähnlich, jedoch legt auch hier der slowenische Gesetzgeber als Voraussetzung die Geschäftsfähigkeit fest.<sup>46</sup>

Die Vollmacht wird grundsätzlich erst wirksam, wenn die Geschäfts-, Einsichts- und Urteils- bzw. Äußerungsunfähigkeit eintritt. Eine Vertretung in Behandlungsentscheidungen wird daher nur ab dem Zeitpunkt der Einwilligungsunfähigkeit zugelassen.

Differenziert der österreichische Gesetzgeber bei den Errichtungsvoraussetzungen zwischen der Vertretung in gewöhnlichen und schweren medizinischen Angelegenheiten, so legt der slowenische einheitliche Formpflichten fest.<sup>47</sup>

Nach der österreichischen Regelung ist die Vorsorgevollmacht im Hinblick auf die Vertretung in gewöhnlichen Behandlungsentscheidungen – unter bestimmter Bezeichnung der übertragenen Angelegenheiten – wie eine letztwillige Verfügung zu errichten.<sup>48</sup> Hingegen ist die Vollmachtserteilung betreffend die Vertretung in schwerwiegenden medizinischen Behandlungen – dies ist eine Behandlung, die gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit des Pflegebefohlenen verbunden ist – gemäß § 283 Abs 2 ABGB<sup>49</sup> an besondere Formvorschriften geknüpft (qualifizierte Vorsorgevollmacht): Die Errichtung hat unter ausdrücklicher Bezeichnung der übertragenen Aufgaben<sup>50</sup> (iSd § 1008 ABGB) nach vorhergehender Belehrung über die Rechtsfolgen und das jederzeitige Widerrufsrecht einer derartigen Vorsorgevollmacht vor einem Rechtsanwalt, Notar oder bei Gericht zu erfolgen (§ 284f Abs 3 ABGB).<sup>51</sup>

Darüber hinaus wird in der österreichischen Regelung festgelegt, dass eine Vollmacht nicht an eine Person erteilt werden darf, die in einem Abhängigkeitsverhältnis oder in einer anderen engen Beziehung zu einer Krankenanstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung steht, in der sich der Vollmachtgeber aufhält oder von der er betreut wird (§ 284f Abs 1 ABGB). Mit dieser Einschränkung will der Gesetzgeber erreichen, dass der Vollmachtgeber auch nach Verlust der Geschäfts- und Einwilligungsfähigkeit unparteiisch vertreten wird.<sup>52</sup> Auch eine

---

<sup>45</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 28. Dazu auch *Weitzenböck* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> ErgBd (2007) Vor § 284f Rz 3; *Barth/Ganner*, Handbuch Sachwalterrecht 346; *Pletzer*, Jahrbuch Gesundheitsrecht 2008, 48.

<sup>46</sup> *Bernat/Gaberc*, RdM 2009, 83 (85).

<sup>47</sup> *Bernat/Gaberc*, RdM 2009, 83 (88).

<sup>48</sup> Sie wird als schlichte oder einfache Vorsorgevollmacht bezeichnet: *Weitzenböck* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> ErgBd (2007) § 284f Rz 6 ff; *Barth/Ganner*, Handbuch Sachwalterrecht 349 ff.

<sup>49</sup> Diese Begrifflichkeit ist § 146c Abs 2 ABGB entnommen. *Barth*, Das Sachwalterschaftsrechts-Änderungsgesetz 2006, FamZ 2006, 138 (143, FN 29).

<sup>50</sup> Siehe dazu zB *Barth/Ganner*, Handbuch Sachwalterrecht 352; *Pletzer*, Jahrbuch Gesundheitsrecht 2008, 49 mwN.

<sup>51</sup> *Barth/Ganner*, Handbuch Sachwalterrecht 351 f.

<sup>52</sup> Allerdings führt diese Einschränkung unter Umständen sogar zum Verlust einer vor Eintritt der Geschäfts- und Einwilligungsunfähigkeit des Machtgebers unbedingt erteilten Vollmacht. Das wird etwa der Fall sein, wenn ein geschäftsfähiger Bewohner einer Betreuungseinrichtung einem Mitarbeiter (zB einer Pflegekraft) dieser Betreuungseinrichtung eine Vollmacht auf unbestimmte Zeit erteilt. Eine solche Vollmacht wird bei Verlust der

Weitergabe der Vollmacht zur Einwilligung in medizinische Behandlungen durch den Bevollmächtigten ist nicht zulässig (§ 284h Abs 3 ABGB).

Nach der österreichischen Regelung hat der Bevollmächtigte mit Übernahme der übertragenen Aufgaben<sup>53</sup> dem Willen der erteilten Vollmacht zu entsprechen. Entscheidend ist daher, dass die Vertretung im Sinne des subjektiven Wohls des Betroffenen erfolgt. Einer Äußerung des Willens des Vollmachtgebers ist dabei auch nach Eintritt des Vorsorgefalles Rechnung zu tragen, soweit es dessen Wohl nicht weniger entspricht (§ 284h Abs 1 ABGB).<sup>54</sup> Auch der slowenische Stellvertreter hat sich nach den Wertvorstellungen seines Bevollmächtigenden zu orientieren, kann aber – im Gegensatz zur österreichischen Regelung – auch eigene Überzeugungen einbeziehen.<sup>55</sup>

Im Gegensatz zur slowenischen Rechtslage, wonach ein Widerruf einer schriftlichen Kündigung bedarf (§ 32 Abs 4 ZPacP),<sup>56</sup> bringt schon ein formloser Widerruf des Vollmachtgebers die österreichische Vollmacht zum Erlöschen. Ist der Vertretene jedoch geschäfts- oder einwilligungsunfähig, so wird die Vorsorgevollmacht zu einer „normalen“ Vollmacht iSd §§ 1002 ff ABGB herabgestuft wird, was die Bestellung eines überwachenden Sachwalters gebietet und allenfalls einen Widerruf durch den bestellten Sachwalter erfordert.<sup>57</sup>

Ist in Slowenien eine Bevollmächtigung in Gesundheitsangelegenheiten über das Informationssystem der Krankenversicherungskarte oder die zentrale Evidenzstelle medizinischer Dokumentation zu erfassen und eine Abfragepflicht verankert gemäß § 32 Abs 5 ZPacP,<sup>58</sup> so ist in Österreich zwar eine Registrierung der Errichtung und des Widerrufs im Vertretungsverzeichnis bei der Österreichischen Notariatskammer möglich, aber keine Wirksamkeitsvoraussetzung.<sup>59</sup>

### 2.3. Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger

Weiters besteht aufgrund des SWRÄG 2006 seit 1. 7. 2007 – ähnlich zur slowenischen Regelung in §§ 37 f ZPacP – eine Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger (§§ 284b–284e

---

Geschäfts- und Einsichtsfähigkeit des Vollmachtgebers nicht zur Vorsorgevollmacht; sie erlischt aufgrund von § 284f Abs 1 Satz 3 ABGB. Es kommt aber eine allgemeine zivilrechtliche Vollmacht zustande, die wiederum die Bestellung eines Sachwalters nach sich zieht. Ein Absehen von einer Sachwalterbestellung iSd § 284g Satz 2 ABGB ist in diesem Fall nicht möglich: ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 27; *Bernat*, Planungssicherheit am Lebensende? (Teil II) EF-Z 2006/41, 74 (77).

<sup>53</sup> Vgl § 284g ABGB: Trotz Vorsorgevollmacht kann ein Sachwalter bestellt werden, wenn der Bevollmächtigte nicht oder nicht entsprechend dem Bevollmächtigungsvertrag tätig wird, was darauf hindeutet, dass grundsätzlich keine Pflicht zur Übernahme besteht; dazu *Jud*, Die Vorsorgevollmacht, AnwBl 2007, 11 (19).

<sup>54</sup> *Barth/Ganner*, Handbuch Sachwalterrecht 360 ff.

<sup>55</sup> *Bernat/Gaberc*, RdM 2009, 83 (85) mwN.

<sup>56</sup> *Bernat/Gaberc*, RdM 2009, 83 (85).

<sup>57</sup> Dazu AB 1511 BlgNR 22. GP 2; *Weitzenböck* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> ErgBd (2007) § 284g Rz 7; *Jud*, AnwBl 2007, 11 (18 f); aA *Schauer*, Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil 2) ÖJZ 2007, 217 (225).

<sup>58</sup> *Bernat/Gaberc*, RdM 2009, 83 (86).

<sup>59</sup> *Barth/Ganner*, Handbuch Sachwalterrecht 364 ff; *Pletzer*, Jahrbuch Gesundheitsrecht 2008, 37 (62 f).

ABGB). Hier sind die gesetzlich ausdrücklich genannten<sup>60</sup> nächsten Angehörigen unmittelbar ipso iure ermächtigt, den erwachsenen Vertretenen, der aufgrund der psychischen Krankheit bzw geistigen Behinderung diese Angelegenheit nicht mehr für sich selbst wahrnehmen kann, in Rechtsgeschäften des täglichen Lebens zu vertreten, sofern er dafür keinen Sachwalter oder sonst keinen gesetzlichen oder gewillkürten Vertreter hat (§ 284b Abs 1 ABGB).<sup>61</sup> Nächsten Angehörigen kommt daher ex lege unter anderem ein (stellvertretendes) Entscheidungsrecht im Hinblick auf einfache (gewöhnliche) medizinische Behandlungen zu, wenn der Vertretene diesbezüglich nicht einwilligungsfähig ist (§ 284b Abs 3 ABGB).<sup>62</sup> Der nächste Angehörige, der dieses Vertretungsrecht in Anspruch nimmt, hat dabei das Wohl des Vertretenen bestmöglich zu fördern und die eigenen Wünsche des Vertretenen soweit wie möglich zu berücksichtigen (§ 284e ABGB). Der Vertretene ist jedenfalls von der Ausübung der Vertretungsmacht zu informieren und kann jederzeit – dh unabhängig von Geschäfts-, Einsichts- und Urteilsfähigkeit – formfrei (auch nur zum Teil) widersprechen (§ 284d ABGB), sodass offenkundig die Privatautonomie des Betroffenen gestärkt ist.<sup>63</sup> Der vorab erklärte oder nachträgliche schriftliche Widerspruch des Betroffenen – ähnlich zu § 33 ZPacP<sup>64</sup> – sowie die Vertretungsbefugnis des nächsten Angehörigen sind im Österreichischen Zentralen Vertretungsverzeichnis (ÖZVV) bei der Österreichischen Notariatskammer zu registrieren (§ 284e Abs 2 ABGB). Die Registrierung bildet aber keine konstitutive Wirksamkeitsvoraussetzung, sondern dient dem Schutz des Rechtsverkehrs (Vertrauensschutz). Die Angehörigenvertretung wird daher ipso iure durch den Eintritt des Behinderungsfalls sowie der Widerspruch durch Zugang an den Erklärungsempfänger wirksam.<sup>65</sup>

Das Vertretungsrecht können mehrere Angehörige nebeneinander wahrnehmen (§ 284c Abs 2 ABGB), was allerdings zu einer gewissen Unsicherheit führen kann. Bestehen etwa Meinungsverschiedenheiten, so hat der Erklärungsempfänger nicht auf die Erklärung desjenigen abzustellen, der die engere Nahebeziehung zum Betreffenden hat, sondern vielmehr darauf, ob noch rechtzeitig – das heißt bevor der Erklärungsempfänger tätig geworden ist – ein Widerspruch eines anderen Angehörigen die Erklärung beseitigt. Ist das Wohl des Betroffenen dadurch gefährdet, so ist eine Bestellung eines Sachwalters unumgänglich.<sup>66</sup>

---

<sup>60</sup> Als nächste Angehörige gelten dabei volljährige Kinder, der im gemeinsamen Haushalt mit der vertretenen Person lebende Ehegatte und der Lebensgefährte, wenn dieser mit der vertretenen Person seit mindestens drei Jahren im gemeinsamen Haushalt lebt (§ 284c Abs 1 ABGB): siehe dazu *Barth/Ganner*, Handbuch Sachwalterrecht 460 ff. Vgl dazu im Gegensatz §§ 37 f ZPacP. *Bernat/Gaberc*, RdM 2009, 83 (85).

<sup>61</sup> Zur Subsidiarität siehe unten unter 3.

<sup>62</sup> Dazu zB *Barth/Ganner*, Handbuch Sachwalterrecht 464 ff, insb 467.

<sup>63</sup> Im Detail dazu *Barth/Ganner*, Handbuch Sachwalterrecht 474 ff sowie 513 ff.

<sup>64</sup> *Bernat/Gaberc*, RdM 2009, 83 (85 f).

<sup>65</sup> *Barth/Ganner*, Handbuch Sachwalterrecht 479 f, 518 f und 526 ff; *Pletzer*, Jahrbuch Gesundheitsrecht 2008, 37 (64 f); siehe auch LG Feldkirch 19. 11. 2007, 2 R 248/07x.

<sup>66</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 24. Näheres in *Barth*, FamZ 2006, 138; *Schauer*, FamZ 2006, 148; *Bernat*, EF-Z 2006, 74; *Schauer*, ÖJZ 2007, 217 (226 ff); *Weitzenböck* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> ErgBd (2007) § 284b–284e jeweils Rz 1 ff; *Barth/Ganner*, Handbuch Sachwalterrecht 510 ff; *Pletzer*, Jahrbuch Gesundheitsrecht 2008, 37 (57 f).



### 3. ZUSAMMENSPIEL DER PATIENTENAUTONOMIE MIT DEM FÜRSORGEPRINZIP BEIM EINWILLIGUNGSUNFÄHIGEN PATIENTEN

Vorwegzuschicken ist, dass grundsätzlich bei Gefahr in Verzug – also wenn der Aufschub der medizinisch indizierten Behandlung eine ernstliche Lebens- oder Gesundheitsgefahr bewirken würde – trotz Einwilligungsunfähigkeit des Patienten auf eine Behandlungsentscheidung durch den gesetzlichen oder gewillkürten Vertreter verzichtet werden und die Behandlung zur Wahrung des objektiven Wohls des Patienten durchgeführt werden darf (§§ 146c Abs 3 ABGB, 8 Abs 3 Satz 3 KAKuG, 110 Abs 2 StGB; 12 PatVG).<sup>67</sup> Dies gilt dann nicht, wenn dem behandelnden Arzt die Ablehnung der konkreten Behandlung bekannt ist.<sup>68</sup>

In Österreich ist – ähnlich wie in Slowenien<sup>69</sup> – eine Sachwalterbestellung insoweit unzulässig, als für die Besorgung der betreffenden Angelegenheiten „im erforderlichen Ausmaß vorgesorgt ist“ (§ 268 Abs 2 ABGB). Diese ausreichende Vorsorge kann darin bestehen, dass einerseits die im konkreten Fall medizinisch indizierte Maßnahme mittels verbindlicher (oder qualifiziert beachtlicher) Patientenverfügung abgelehnt wurde. Andererseits ist eine solche dann gegeben, wenn die betroffene Person – vor Verlust seiner Einwilligungsfähigkeit – diese Behandlungsentscheidung – mag auch nur die Gattung der Entscheidung bezeichnet worden sein – einer Vertrauensperson mit einer Vorsorgevollmacht die entsprechende Vertretung übertragen hat und der Bevollmächtigte im Sinne dieser Vorsorgevollmacht tätig ist.<sup>70</sup> Bei einfachen medizinischen Behandlungen reicht hier eine einfache Vorsorgevollmacht. Sollte eine solche nicht errichtet worden sein, so kann auch dann „ausreichende Vorsorge“ gegeben sein, wenn die ex lege-Vertretung durch einen nächsten Angehörigen ausgeübt wird.

Handelt es sich hingegen um eine schwerwiegende medizinische Behandlung, die nicht von vornherein mittels Patientenverfügung eindeutig abgelehnt wurde, so kann nur bei Bevollmächtigung mittels qualifizierter Vorsorgevollmacht (§ 284f Abs 3 ABGB) und einem dementsprechenden Tätigwerden des Bevollmächtigten eine Sachwalterbestellung unterlassen werden.

Im Sinne des Subsidiaritätsprinzips ist daher erst bei fehlender „Vorsorge“ ein Sachwalter zu bestellen. Bei der Auswahl des Sachwalters ist eine allfällige Sachwalterverfügung des Betroffenen zu berücksichtigen (§ 279 Abs 2 ABGB).<sup>71</sup>

Besteht eine aufrechte Sachwalterschaft, so ist immer auf den Einzelfall bezogen festzustellen, ob die besachwaltete Person einsichts- und urteilsfähig ist (§ 283 Abs 1 ABGB). Nur bei Fehlen dieser Fähigkeit hat der Sachwalter die Behandlungsentscheidung im Sinne des

---

<sup>67</sup> *Weitzenböck* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> ErgBd (2007) § 283 Rz 8.

<sup>68</sup> Siehe oben unter 2.a.

<sup>69</sup> *Bernat/Gaberc*, RdM 2009, 83 (85).

<sup>70</sup> Ausführlich *Schauer*, Vorsorgevollmacht und gesetzliche Angehörigenvertretung nach dem SWRÄG 2006, FamZ 2006, 148 ff; *Kunz/Gepart*, Erteilung einer Vorsorgevollmacht für künftige medizinische Behandlungen, FamZ 2006, 157ff; *Bernat*, EF-Z 2006, 74 (76 f); *Jud*, AnwBl 2007, 11 ff; *Schauer*, ÖJZ 2007, 217 ff; *Weitzenböck* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> ErgBd (2007) §§ 284f–284h jeweils Rz 1 ff. Vgl dazu auch OGH 28. 4. 2008, 8 Ob 30/08g EF-Z 2008, 146; 11. 6. 2008, 3 Ob 107/08v Zak 2008, 371 = iFamZ 2008, 326 (*Parapatits*); 3. 10. 2008, 3 Ob 154/08f.

<sup>71</sup> Näher dazu *Barth/Ganner*, Handbuch Sachwalterrecht 56 ff.

objektiven Wohls des Betroffenen zu erteilen.<sup>72</sup> Handelt es sich um eine schwerwiegende Behandlung, so bedarf es neben seiner Zustimmung eines ärztlichen Zeugnisses von einem vom behandelnden Arzt unabhängigen Berufskollegen, mit dem er bestätigt, dass der Besachwaltete diesbezüglich einsichts- und urteilsunfähig und die Behandlung zur Wahrung des Wohls des Pflegebefohlenen erforderlich ist. Nur bei Nichtvorliegen eines solchen Zeugnisses oder bei Erkennbarkeit der Ablehnung der Behandlung durch den Patienten ist eine Genehmigung beim Pflegeschaftsgericht einzuholen (§ 283 Abs 2 ABGB).<sup>73</sup> Verweigert der Sachwalter die Zustimmung zu einer notwendigen medizinischen Behandlung, die zur Gefährdung des Wohls des Pflegebefohlenen führt, so kann das Gericht den Sachwalter von Amts wegen entheben und eine andere geeignete Person zum Sachwalter bestellen<sup>74</sup> oder seit 1. 7. 2007 auch die Zustimmung direkt ersetzen (§ 283 Abs 2 ABGB).<sup>75</sup>

## LITERATURA

- Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) JGS 1811/946 idF BGBl I 2009/40  
Bachinger: Die Patientenverfügung – Fragen und Antworten, FamZ 2006  
Barth, Checkliste: Medizinische Behandlung von Personen unter Sachwalterschaft, RdM 2006/74  
Barth/Ganner: Handbuch Sachwalterrecht, 2007  
Barth: Die Patientenverfügung und ihre praktischen Folgen für den behandelnden Arzt, FamZ 2006, 72 (73 f)  
Bernat/Gaberc: Das österreichische PatVG: ein Schritt vorwärts, zwei Schritte zurück, GesR 2007, 1 (2)  
Bernat/Gaberc: Die Regelung des Stellvertreters in Gesundheitsangelegenheiten und der Patientenverfügung im Recht der Republik Slowenien – ein Vergleich mit dem österreichischen Recht, RdM 2009  
Bernat: Planungssicherheit am Lebensende? (Teil II) EF-Z 2006/41, 74 (77)  
Bertel in Höpfel/Ratz (Hrsg): Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2000  
Charta der Grundrechte der Europäischen Union, an den Vertrag von Lissabon angepasste Fassung in ABI 2007 C 303  
Europäische Menschenrechtskonvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 3. 9. 1953 (EMRK, BGBl 1958/210)  
Gmeiner/Kopetzki: Österreich auf dem Weg zu einem Patientenverfügungs-Gesetz, Zeitschrift für Biopolitik 2005,  
Inthorn/Kletečka-Pulker, Ergebnisse der ersten Phase der Evaluationsstudie zum Patientenverfügungs-Gesetz, iFamZ 2008  
Jud: Die Vorsorgevollmacht, AnwBl 2007, 11

---

<sup>72</sup> Dazu Barth, Checkliste: Medizinische Behandlung von Personen unter Sachwalterschaft, RdM 2006/74; ders, Medizinische Maßnahmen bei Personen unter Sachwalterschaft, ÖJZ 2000, 57 (60 f); Kopetzki, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, in Kopetzki (Hrsg), Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit (2002) 1 (11 f); Weitzenböck in Schwimann (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> I (2005) § 282 Rz 3 sowie ErgBd (2007) § 283 Rz 1 f.

<sup>73</sup> Bis zum Inkrafttreten des SWRÄG 2006 war bei einem schwerwiegenden Eingriff neben der Zustimmung des Sachwalters gemäß §§ 282 Abs 1 iVm 146c Abs 1 Satz 2 ABGB zusätzlich eine gerichtliche Genehmigung einzuholen (§ 282 Abs 1 iVm § 216 ABGB; Weitzenböck in Schwimann (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> ErgBd (2007) § 283 Rz 4 ff.

<sup>74</sup> Bis zum Inkrafttreten des SWRÄG 2006 war nur diese Möglichkeit gemäß § 282 Abs 2 iVm § 253 ABGB gesetzlich verankert.

<sup>75</sup> Barth, FamZ 2006, 138 (143 f, insb 144); Weitzenböck in Schwimann (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> ErgBd (2007) § 283 Rz 3.

Kathrein: Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006,  
Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz (KindRÄG; 2001, BGBl I 2000/135)  
Kletečka-Pulker in Körtner et al (Hrsg): Patientenverfügungsgesetz  
Kopetzki in Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker (Hrsg): Das österreichische  
Patientenverfügungsgesetz. Ethische und rechtliche Aspekte, 2007  
Kopetzki, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, in Kopetzki (Hrsg), Einwilligung und  
Einwilligungsfähigkeit (2002) 1 (11 f)  
Kopetzki: Einleitung und Abbruch der medizinischen Behandlung beim einwilligungsunfähigen  
Patienten, iFamZ 2007  
Kühnberg: Von der Sachwalterschaft zur Vorsorgevollmacht und Angehörigenvertretung: Der  
Entwurf des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes 2005, NZ 2005/85  
Kunz, Gebart: Erteilung einer Vorsorgevollmacht für künftige medizinische Behandlungen,  
FamZ 2006  
Leischner: Streitbeilegung in medizinischen Haftungsfällen (2007)  
Memmer: Das Patientenverfügungs-Gesetz 2006, RdM 2006/116  
Patientenverfügungsgesetz (PatVG; BGBl I 2006/55, in Kraft seit 1. 6. 2006)  
Pesendorfer, Traar: Internationale Aspekte der Patientenverfügung, iFamZ 2008  
Pletzer: Jahrbuch Gesundheitsrecht, Wien, 2008  
Sachwalterrechts-Änderungs-gesetz (SWRÄG; 2006, BGBl I 2006/92, in Kraft seit 1. 7. 2007)  
Sachwalterschaftsrechts-Änderungsgesetz 2006, FamZ 2006, 138 (143, FN 29)  
Strafgesetzbuch (StGB) BGBl 1974/60 idF BGBl I 2009/40  
Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP; Uradni list RS, št. 15/2008)



# REALNOST IZVAJANJA SVOBODNE VOLJE STAROSTNIKA – I. DEL

## REALITY OF FREE WILL EXERCISING BY ELDER PERSONS – FIRST PART

UDK: 342.72/.73-056.24

*Tone DOLČIČ, univ. dipl. pravnik  
Namestnik Varuhinje za človekove pravice RS*

### POVZETEK

*Avtor v prispevku opozarja, da se starostniki pogosto znajdejo v situaciji, ko potrebujejo pomoč pri oblikovanju svoje volje. Zastavlja si vprašanje, kako, kdaj in v kakšnem obsegu pomagati starostniku ter kako pravno opredeliti postopek, da bo nameravana pomoč v njegovo največjo korist in ne bo imela za posledico neupravičeno oziroma nesorazmerno omejitev njegovih pravic in svoboščin.*

### KLJUČNE BESEDE

*Starostnik, zdravstveno varstvo, pravica do samoodločanja, največja korist.*

### ABSTRACT

*The author warns that elder people are often in situation, when they need help to form their own will. He opened the question about how, when and in which dimension to give the help to elder people and how to make the legal form of procedure that the given help will be in the best interest of the elder people. The given help should not unlawful and inappropriate restrict rights and freedoms of elder people.*

### KEY WORDS

*Elder people, health care, self-determination right, best interests.*

## 1. UVOD

Naslov prispevka ni najbolje usklajen s tematiko posveta, ki obravnava avtonomijo bolnika v novi zakonodaji in praksi. Starostnikov namreč po definiciji ne smemo kar enačiti z bolniki, čeprav je pri njih pogostost bolezni gotovo večja kot pri mlajših prebivalcih. Na to dilemo, ki jo je povzročil organizator posveta, ki je določil obravnavano temo, je treba opozoriti predvsem zato, ker nove zakonske ureditve pacientovih pravic ni mogoče uporabljati kar generalno za starostnike, ne glede na njihovo zdravstveno stanje. **Novi zakon o pacientovih pravicah ureja le pravice posameznika (in njegovih sorodnikov) kot uporabnika (potrošnika) zdravstvenih storitev, v tem okviru pa seveda tudi pravice starostnikov.**

Dejstvo je, da se starostniki pogosto znajdejo v situaciji, ko potrebujejo pomoč pri oblikovanju svoje volje, pa ne samo v sistemu zdravstvenega varstva, temveč tudi pri mnogih običajnih opravilih, za katera poprečen človek sploh ne pomisli, da zahtevajo avtonomno odločanje posameznika. Če smo pripravljeni priznati, da starostnik potrebuje pomoč pri nakupu avtobusne vozovnice, potem bomo lažje sprejeli tudi razloge, da starostniku pomagamo pri

uresničevanju njegove volje v zvezi s kakršnikoli posegi v njegovo telo ali duševnost. Ob tem pa se zastavlja vprašanje, kako in kdaj v navedenem smislu pomagati starostniku, predvsem pa kako pravno opredeliti postopek, **da bo nameravana pomoč v njegovo največjo korist** in ne bo imela za posledico neupravičeno oziroma nesorazmerno omejitev njegovih pravic in svoboščin.

## 2. OPREDELITEV PROBLEMA

Ni treba posebej poudarjati, da je svobodna volja posameznika temeljna lastnost, ki opredeljuje človeka in njegov položaj v družbi, zato mora biti vsak poseg v to sfero še posebej utemeljen z vnaprej predvidenimi instrumenti. **Nadomeščanje svobodne volje posameznika s katerimkoli instrumentom in na kakršenkoli način je vedno le približek resnični volji posameznika, ki mu družba, s pravnimi instrumenti pa tudi država, priznava sprejemljivost in legitimnost.**

Ustava Republike Slovenije v 35. členu poleg nedotakljivosti telesne celovitosti zagotavlja tudi nedotakljivost duševne celovitosti. Slednja pa pomeni zlasti prepoved posegov v svobodo odločanja, poudarjena je pravica do samoodločbe, pravica odločati o samem sebi.

Ker je nadomeščanje avtonomne volje posameznika lahko le izreden ukrep, je treba razloge za njegovo uveljavitev vedno ocenjevati zelo restriktivno, upoštevajoč največjo korist posameznika, ki mu jo z ukrepom lahko zagotovimo. Zato je treba opozoriti na podobnost z ureditvijo otrokovih pravic, ki jo uveljavlja Konvencija ZN o otrokovih pravicah. Ker otrok še ni sposoben odločati o sebi in svojih interesih, odločajo zanj drugi, pri čemer pa jim morajo biti otrokove koristi glavno vodilo (3. člen KOP).

Tudi pri starostnikih, ki ne morejo več odločati samostojno o svojih upravičenjih, je treba uporabiti navedeno načelo. Vendar se pri starostnikih pojavi dodaten problem: oni so od 18. leta naprej poslovno sposobni, torej popolnoma samostojni pri odločanju in le v vnaprej določenih primerih jim je mogoče v pravnem postopku posamezne pravice odločanja omejiti ali v celoti odvzeti. Zastavlja pa se vprašanje, kako postopati v primerih, kadar vsi okoli posameznika »vedo« oziroma ocenjujejo, da je nesposoben samostojnega odločanja, ta pravica pa mu še ni bila na predpisan način omejena ali odvzeta.

Ali lahko takšna laična ocena, pogosto podprta tudi z zdravniškim mnenjem, zadošča, da se opravi poseg v telesno ali duševno integriteto takšnega starostnika brez njegovega soglasja, pa čeprav v njegovo največjo korist?

Pravna država takšne situacije razrešuje s pravnimi instrumenti in v pravnih postopkih. Pravni postopki predpostavljajo, da so vsakomur zagotovljena ustrezna procesna jamstva, vključno s pravico do pritožbe. Tudi naša zakonodaja pozna več različnih postopkov, ki posledično omogočajo medicinske posege v posameznikovo telesno in duševno integriteto brez njegovega soglasja. Pri tem pa ostaja nedorečeno vprašanje, kateri postopek je primernejši za odločanje o navedenih vprašanjih: upravni ali sodni, saj imata vsak svoje prednosti in pomanjkljivosti.

Zakon o pacientovih pravicah dosledno izpeljuje ustavno prepoved prisiljenja k zdravljenju (tretji odstavek 51. člena ustave), kot generalno izjemo od obvezne privolitve v zdravstveni

poseg pa opredeljuje le nujno medicinsko pomoč (28. člen). Le-to definira kot neodložljivo ravnanje, ki je potrebno za ohranitev življenjsko pomembnih funkcij ali za preprečitev nepopravljivega in hudega poslabšanja zdravstvenega stanja (2. člen).

Sicer pa zakon v 29. členu dopušča brez privolitve le medicinske posege **z manjšim tveganjem ali obremenitvijo**, če so kumulativno izpolnjeni naslednji pogoji:

- pacient ni sposoben odločanja o sebi,
- zdravnik ni vedel in ni mogel vedeti, da pacient posegu nasprotuje,
- ni bilo mogoče v razumnem roku pridobiti privolitve pooblaščenca,
- medicinski poseg bo pacientu v največjo korist.

Če pacient, ki ni sposoben odločanja o privolitvi nima skrbnika (večina primerov v praksi bo ravno takšnih), bo moral izvajalec zdravstvene dejavnosti obvestiti (pristojni) center za socialno delo, ki bo lahko postavil začasnega zastopnika (51. člen ZUP). Dokler pa ta ni postavljen, lahko odločajo o privolitvi polnoletni ožji družinski člani **po izključujočem vrstnem redu**:

- pacientov zakonec, zunajzakonski partner ali partner iz istospolne skupnosti,
- pacientovi otroci ali posvojenci,
- pacientovi starši oziroma posvojitelji,
- pacientovi bratje in sestre,
- pacientovi stari starši,
- pacientovi vnuki.

Zakon daje pravico nadomeščanja soglasja le za čas do konca postopka, v katerem center za socialno delo določi zakonitega zastopnika (skrbnika). Iz zakonske dikcije izhaja obveznost zdravnika, da obvesti center za socialno delo, zato se zdravnik tej obveznosti ne more izogniti, tudi če pridobi soglasje sorodnikov. Prav tako pa iz zakona izhaja tudi obveznost centra za socialno delo, da pacientu določi skrbnika že po prvem obvestilu, da je pacient nesposoben odločati o sebi. V praksi se bo lahko zastavilo vprašanje, ali mora odločba o postavitvi zastopnika postati pravnomočna ali le dokončna.

Zakon (peti odstavek 37. člena) daje v primeru nesoglasja pooblaščenih sorodnikov glede predlaganega zdravstvenega posega pravico zdravniku, da on odloči o posegu, pri čemer naj upošteva podana (različna) mnenja in pacientovo največjo korist. Menim, da je takšno **pooblastilo preširoko** in bi ga zdravnik smel uporabiti le v primeru, kadar je poseg zares nujen (neodložljiv), sicer pa bi moral obvestiti center za socialno delo, da sorodniki ne delajo v pacientovo korist, zato naj čim prej izda odločbo. Če bi o skrbniku odločalo sodišče, bi problem morda lahko razrešila začasna odredba, katere izvršljivosti pritožba ne zadrži.

V praksi smo pri Varuhu človekovih pravic RS (v nadaljevanju Varuh) že imeli primer, ko sta dva sinova poskušala preko vplivanja na potek materinega zdravljenja posledično določati medsebojna premoženjska razmerja. V takšnih primerih lahko center za socialno delo postavi za skrbnika tretjo osebo, ki je neobremenjena s preteklimi družinskimi nesporazumi in bo lahko objektivno najbolje skrbela za koristi pacienta, družinski člani pa imajo v tem primeru pravico, da v pritožbenem postopku uveljavljajo razloge proti takšni odločitvi. Na takšen način bi bilo torej poskrbljeno za največjo korist pacienta, kakor tudi za varstvo pravnih interesov sorodnikov, ki bi iz takšnih ali drugačnih razlogov želeli zaščititi pacienta in njegove pravice.

### 3. SKLEPNO

Zakon o pacientovih pravicah je v obravnavanem delu pravzaprav nadgradil ureditev, ki jo je uveljavil že leta 1992 zakon o zdravstveni dejavnosti. Z vprašanjem ustavnosti določila zakona, ki je omogočalo poseg v posameznikovo telo brez privolitve se je ukvarjalo tudi ustavno sodišče in ocenilo, da takrat veljavna ureditev ni v nasprotju z ustavo. Ker je obravnavani zakon te pogoje še dodatno opredelil, ocenjujemo, da je ustrezno poskrbljeno za varstvo pacientovih pravic, vsekakor pa bo treba nekatera vprašanja, ki so povezana s skrbništvom pacienta, ki ni zmožen razsojanja, urediti v drugih predpisih. Pri tem bi moral zakon predvideti tudi hiter oziroma poenostavljen postopek odločanja o skrbniku v nujnih primerih, kjer lahko morebitna pritožba, ki zadrži izvršitev odločbe, povzroči nenadomestljivo škodo. Morda je prilika za tovrstne razmisleke ob novem družinskem zakoniku, ki se že vse predolgo »medresorsko usklajuje«.

Ob prvi noveli zakona o pacientovih pravicah bo treba ponovno razmisliti tudi o uporabi pravne terminologije, ki že sedaj povzroča zmedo nestrokovnjakom s pravnega področja. Zakon namreč nedosledno uporablja izraze »zakoniti zastopnik« in »skrbnik«, ki pa jih podrobneje ne definira. Ker bodo neposredni izvajalci zakona pri teh vprašanjih zdravniki, ki jim pravna terminologija že sicer ni domača, bo pojmovna zmeda verjetno povzročila marsikakšen nepotreben zaplet.

**Ob zaključku lahko ocenimo, da povečevanje števila različnih skrbnikov, zastopnikov in pooblaščenec ne pomeni nujno tudi večje pravne varnosti posameznika, ampak ima lahko popolnoma obraten učinek: pravni položaj pacienta ne bo nič boljši oziroma bolj zavarovan, ampak bo razdeljen med različne "skrbnike", s tem pa dejansko bolj ogrožen. To pa bo zahtevalo dodatno varstvo pacientovih pravic. Pa bomo spet na začetku...**



## REALNOST IZVAJANJA SVOBODNE VOLJE STAROSTNIKA – II. DEL

### REALITY OF FREE WILL EXERCISING BY ELDER PERSONS – SECOND PART

UDK: 342.72/.73-056.24

*Dr. Zdenka ČEBAŠEK-TRAVNIK, dr. medicine  
Varuhinja človekovih pravic RS*

#### **POVZETEK**

*Avtorica opozarja v prispevku, da na realnost izvajanja svobodne volje starostnika vpliva tudi njegovo duševno stanje. Opozarja, da je pri ocenjevanju izjave starostnika, mnogokrat upoštevati tudi določila Zakona o duševnem zdravju. Avtorica zaradi tega prikaže pravne podlage za zdravljenje brez privolitve po tem zakonu.*

#### **KLJUČNE BESEDE**

*Starostniki, pacient, duševno zdravje, zdravljenje brez privolitve.*

#### **ABSTRACT**

*The author warns in her article, that the reality of performing the free will of elder people is also influenced by his/her mental health. She stresses, that by the evaluation of the elder people expressed will, we have many times to take in consideration also Mental Health Act. Because of this, the author presents also legal regulation of the healing without the consents after this act.*

#### **KEY WORDS**

*Elder people, patient, mental health, healing without consent.*

#### **1. UVOD**

Na realnost izvajanja svobodne volje starostnika vpliva tudi njegovo duševno stanje oziroma morebitni znaki duševne motnje ali bolezni. Zato je pri oceni realnosti izvajanja svobodne volje starostnika potrebno poznati tudi določila Zakona o duševnem zdravju (Zakon o duševnem zdravju (ZDZdr) Ur. l. RS, št. 77/2008). Zdravniki in drugo zdravstveno osebje praviloma niso dobri poznavalci zakonodaje, čeprav jo pri svojem delu morajo upoštevati in se po njej ravnati, sicer jih lahko doletijo kazenske sankcije (105, 106. in 107. člen ZDZdr).

#### **2. OPREDELITEV PROBLEMA**

ZDZdr določa sistem zdravstvene in socialno varstvene skrbi na področju duševnega zdravja, nosilce oziroma nosilke te dejavnosti ter pravice osebe med zdravljenjem v oddelku pod posebnim nadzorom psihiatrične bolnišnice, obravnavo v varovanem oddelku socialno

varstvenega zavoda in v nadzorovani obravnavi. Zakon tudi določa postopke sprejema osebe na:

- zdravljenje v oddelek pod posebnim nadzorom psihiatrične bolnišnice;
- v obravnavo v varovani oddelek socialno varstvenega zavoda;
- v nadzorovano obravnavo;
- v obravnavo v skupnosti.

Čeprav ZDZdr izrecno navaja, da se ne glede na določbe tega zakona v primeru kršitev pravic osebe kot uporabnika oziroma uporabnice zdravstvenih storitev pri izvajalcih oziroma izvajalkah (v nadaljnjem besedilu: izvajalec) zdravstvene dejavnosti, uporabijo določbe zakona, ki ureja pacientove pravice (ZPacP), pa vendarle motijo nekatere razlike med obema zakonoma. Tako ZPacP pojma zdravje ne opredeljuje, pri opredelitvi duševnega zdravja pa uporabi definicije, ki jih ne zasledimo v nobenem učbeniku o duševnih motnjah ali boleznih (2.člen).

*Duševno zdravje je stanje posameznika oziroma posameznice, ki se kaže v njegovem mišljenju, čustvovanju, zaznavanju, vedenju ter dojemanju sebe in okolja.*

*Duševna motnja je začasna ali trajna motnja v delovanju možganov, ki se kaže kot spremenjeno mišljenje, čustvovanje, zaznavanje, vedenje ter dojemanje sebe in okolja. Neprilagojenost moralnim, socialnim, političnim ali drugim vrednotam družbe se sama po sebi ne šteje za duševno motnjo.*

Podobno, tudi bistveno, razliko najdemo v opisu, kdo je pacient (v odnosu do zdravstvenih delavcev), pri čemer ZPacP to natančno opredeli, ZDZdr pa v 2. členu ne govori o pacientu, pač pa o »osebi«.

*Oseba je posameznik z duševno motnjo, ki se zdravi oziroma obravnava v mreži izvajalcev programov in storitev za duševno zdravje.*

*Oseba s hudo in ponavljajočo se duševno motnjo je posameznik, ki je zaradi dolgotrajne duševne motnje manj zmožen dejavnega vključevanja v svoje okolje.*

Ta oseba pa po ZDZdr postane nekakšen objekt obravnave, ki ima sicer določene, vnaprej določene pravice (in obveznosti). Kot smo videli v prispevku Toneta Dolčiča, se močno zapleta pri terminologiji oziroma opisu oseb, ki naj bi prevzele skrb za starostnika, ki ni sposoben odločati o svojem zdravju (»zakoniti zastopnik« in »skrbnik«). ZDZdr jih uvaja še nekaj (zastopnik po ZDZdr, koordinator nadzorovane obravnave, koordinator obravnave v skupnosti), v primeru neprostovoljne obravnave pa se vključijo še direktor zdravstvene ali socialne ustanove, sodnik, odvetnik, tožilec, najbližja oseba (tudi če jo oseba odklanja).

ZDZdr namreč opisuje postopke pred sodiščem za primere, ko posameznik odklanja zdravljenje duševne motnje ali bolezni. Pri tem v 30. členu navaja, da gre pri tem poleg sprejema v psihiatrično bolnišnico, tudi za:

- postopek za sprejem v obravnavo v varovani oddelek socialno varstvenega zavoda brez privolitve na podlagi sklepa sodišča,
- postopek za sprejem na zdravljenje v nadzorovano obravnavo brez privolitve na podlagi sklepa sodišča.

Če upoštevamo, da ZDZdr govori o osebah, to je o posameznikih, ki so zaradi dolgotrajne duševne motnje manj zmožni dejavnega vključevanja v svoje okolje, lahko sklepamo, da bo med njimi tudi veliko starejših ljudi z demenco ali/in drugimi duševnimi boleznimi. Postopki so

zapleteni, zato že sam ZDZdr v 31. členu zahteva v vseh postopkih pred sodišči po tem zakonu obvezno zastopanje *osebe* po pooblaščenju, ki je odvetnik oziroma odvetnica. Za mladoletnika in polnoletno osebo, ki ji je odvzeta poslovna sposobnost (torej tudi starostnik), pooblasti odvetnika zakoniti zastopnik, razen če je bil postopek uveden na njegov predlog. V tem primeru odvetnika postavi sodišče.

Kako torej izpeljati postopek? Nekdo, ki »osebo« pozna (sorodnik, bližnja oseba, sosed, ...) gre do direktorja psihiatrične bolnišnice ali socialnovarstvenega zavoda (predlagatelj?). Ta mora predlog takoj spraviti na sodišče, ki mora v dveh dneh v nepravdnem postopku odločiti, pred tem pa *osebo* tudi zaslüşati. Sklep je treba izročiti na najmanj šest naslovov, zoper sklep pa se vsak od njih v treh dneh lahko pritoži... Pritožba ne zadrži izvršitve sklepa. Pri tem postopku je med drugim ogroženo varstvo pravice zasebnosti, saj postopek razširja podatke o *osebi*, ki tega morda ne želi. A se na postopek (obveščanja) ne more pritožiti.

Glede na določila ZDZdr je zdaj jasno, kako mora potekati postopek sprejema v varovani oddelek socialno varstvenega zavoda brez privolitve pacienta (oziroma *osebe*). Zakon bo začel veljati 12.8.2009. Do takrat pa veljajo določila Zakona o nepravdnem postopku (ZNP), ki v sedmem poglavju določa v postopek, ki mora biti izveden, da se lahko posameznika proti njegovi volji (ali v primerih, ko je ni sposoben izraziti, vedno pa, če mu je odvzeta poslovna sposobnost) pridrži v psihiatričnih zdravstvenih organizacijah ali v drugih organizacijah ali oddelkih organizacij, ki so namenjene psihiatričnim bolnikom.

Osebe z motnjami v duševnem zdravju so lahko pridržane v treh vrstah institucij – psihiatričnih bolnišnicah, socialnovarstvenih zavodih oziroma v domovih za starejše, če ima posamezna institucija tako imenovan varovani (zaprti) oddelek. Vendar pa je zaradi različne prakse okrajnih sodišč varstvo pravic pridržanega na varovanem oddelku različno, odvisno od tega, v kateri instituciji je pridržan. Kot primer navajam, da je določeno sodišče v zvezi s prejetimi obvestili s strani domov starejših o pridržanju osebe na varovanem oddelku pojasnilo, da »ne gre za postopek o pridržanju oseb v psihiatričnih zdravstvenih organizacijah po določbah ZNP« in da (v primerih domov) ne gre za »organizacije, namenjene psihiatričnim bolnikom«. Neko drugo sodišče je pojasnilo, da »demenca ni psihiatrična bolezen« in da zato ni pristojno odločati o pridržanju. Vendar je namen postopka ravno odločanje o upravičenosti pridržanja posameznika (gre za omejitev svobode gibanja). Torej sodna kontrola nadzoruje poseg v eno od njegovih temeljnih človekovih pravic in ne predstavlja kontrole postopka zdravljenja. Zato je opustitev odločanja o upravičenosti pridržanja nedopustna. Pomanjkanje ustreznega (sodnega) postopka v socialnovarstvenih ustanovah je ugotovil tudi Evropski odbor za preprečevanje mučenja in nečloveškega ali ponižujočega ravnanja ali kaznovanja ob obisku Slovenije leta 2006. Odbor je opozoril, da bi morale osebe, ki bi bile nameščene na varovani oddelek, imeti v postopku pravico, da o njihovi namestitvi odloča sodišče. Odbor je ob tem ugotovil, da v času obiska leta 2006, ta možnost v Sloveniji ni bila zagotovljena.

Varuh človekovih pravic RS je po poizvedbah, ki jih je opravil na vseh okrajnih sodiščih v Sloveniji, ugotovil, da je sodna praksa sodišč, ki odločajo o pridržanjih oseb na varovanih oddelkih domov starejših, različna. Tako tri sodišča o pridržanjih izpeljejo postopek, kot ga določa ZNP, eno sodišče od novoustanovljenega doma starejših še ni prejelo obvestila o pridržanju (če ga bo, pa bo »nedvomno izpeljalo postopek po ZNP«), pet sodišč je v preteklosti odločalo, pa so zaradi spremenjene sodne prakse višjih sodišč obvestila pričeli zavračati.

Ostala sodišča bodisi niso še prejela nobenega obvestila s strani domov starejših na njihovem območju, bodisi postopka ne uvedejo.

### 3. SKLEPNA MISEL

Realnost izvajanja svobodne volje je v primerih starostnikov z duševno motnjo ali boleznijo močno vprašljiva. Čeprav je s sprejetjem Zakona o duševnem zdravju (ZDZdr) bilo formalno zadoščeno odločbi Ustavnega sodišča Republike Slovenije (št. U-I-60/03-20 z dne 4.12.2003) glede postopka o sprejemu oseb na varovane (zaprte) oddelke, pa v realnosti lahko pričakujemo veliko težav. Kot smo pokazali v prispevku, je postopek, ki ga določa ZDZdr, zelo zapleten in vključuje mnogo, *osebi* dotlej neznanih ljudi, ki jim tudi ne more zaupati. Tako bomo sicer v prihodnosti lahko izpeljali pravnoformalno brezhibne postopke, za katere pa dvomimo, da bodo osebi v korist. O svobodi bodo odločali ljudje, ki te *osebe* praviloma ne poznajo. Če torej *oseba* kaže *spremenjeno mišljenje, čustvovanje, zaznavanje, vedenje ter dojetanje sebe in okolja*, bo lahko opredeljena kot *oseba s hudo in ponavljajočo se duševno motnjo, ki je zaradi dolgotrajne duševne motnje manj zmožna dejavnega vključevanja v svoje okolje*. Kot takšna pa ima močno zmanjšane možnosti tudi za izvajanje (izražanje) svobodne volje. Ne samo zaradi motnje ali bolezni same, temveč tudi zaradi statusa starejše osebe, ki ji je zmanjšana dostopnost do odločanja. Pri tem pa ji tudi ZDZdr ne nudi podpore, ki bi bila prilagojena starejšim osebam.

# PРАВNA NARAVA IZJAVE VOLJE PACIENTA

## LEGAL NATURE OF THE PATIENT'S WILL DECLARATIONS

UDK: 342.72/.73-056.24

*Dr. Tomaž KERESTEŠ, univ. dipl. pravnik  
Docent  
Pravna fakulteta Univerze v Mariboru*

### **POVZETEK**

*Avtor v prispevku analizira pravno naravo izjave volje pacienta. Prikazuje okoliščine, v katerih se po Zakonu o pacientovih pravicah zahteva pacientova privolitev. Posebno pozornost daje tudi pacientovi možnosti do zavrnitve medicinskega posega ter pri tem analizira pogoje, ki morajo biti izpolnjeni, da bo njegova zavrnitev veljavna.*

### **KLJUČNE BESEDE**

*Pacient, pacientove pravice, zdravnik, pojasnilna dolžnost, zavrnitev.*

### **ABSTRACT**

*The author analyses the nature of the patient's will declaration. He shows the circumstances in which the Patient's Rights Act prescribes the patient's consent. The special emphasis is given also to the patient's possibility to refuse the medical treatment. The author analyses the conditions, which must be fulfilled if we want, that patient's refusal should be valid.*

### **KEY WORDS**

*Patient, patient's rights, physician, informed consent, refusal.*

## **1. UVOD**

Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP)<sup>1</sup> je v naš pravni red uvedel različne oblike pacientovih izjav volje s pravnimi učinki glede samega zdravljenja. Ne glede na sistematiko ZPacP je mogoče te izjave volje razvrstiti predvsem v štiri kategorije<sup>2</sup>:

- privolitev (26. - 27. člen ZPacP),
- zavrnitev (30. - 31. in 34. člen ZPacP),
- pacientovo zdravstveno pooblastilo (32. člen ZPacP), in
- izključitev oseb za odločanje (33. člen ZPacP).

---

<sup>1</sup> Ur. l. RS, št. 15/2008

<sup>2</sup> ZPacP sicer ureja tudi nekatere druge primere pacientove izjave volje s pravnimi posledicami. Takšen primer je npr. pooblastilo za zastopanje pacienta, ki ga le-ta podeli zastopniku pacientovih pravic (prim. 52. člen ZPacP), pa tudi izjave v zvezi z varovanjem osebnih podatkov (42., 44. in 45. člen ZPacP).

Privolitev pacienta je mogoče razvrstiti v več vrst privolitve. Prva vrsta privolitve je privolitev pacienta v medicinski poseg (II. odstavek 26. člena ZPacP). Pacientu, ki je sposoben odločanja o sebi, brez njegove poprejšnje svobodne in zavestne privolitve na podlagi prejetih pojasnil (pojasnilna dolžnost) namreč ni dovoljeno opraviti medicinskega posega oz. zdravstvene oskrbe, razen v zakonsko predvidenih primerih.<sup>3</sup> Druga vrsta privolitve je privolitev za sodelovanje v učnem procesu ali medicinskih raziskavah (1. in 5. alineja III. odstavka 26. člena ZPacP). Tretja vrsta privolitve je privolitev v zvezi z informacijami o zdravstvenem stanju ali iz zdravstvene dokumentacije. Potrebna je za uporabo zdravstvenih podatkov za namene, ki ne predstavljajo zdravljenja, za seznanjanje tretjih oseb z zdravstveno dokumentacijo in za sporočanje informacij o zdravstvenem stanju tretjim osebam (2., 3. in 4. alineja III. odstavka 26. člena ZPacP). Četrta vrsta privolitve je pacientova privolitev za opravo preiskav na biološkem materialu, načeloma le za potrebe njegovega zdravljenja, če drugačne rabe ne ureja poseben zakon (6. alineja III. odstavka 26. člena ZPacP). Peta vrsta privolitve je privolitev pacienta za razpolaganje s telesom ali deli telesa po njegovi smrti za potrebe medicinskega izobraževanja in znanstvenih raziskav ter darovanje organov, tkiv in celic v času življenja in po smrti (7. in 8. alineja III. odstavka 26. člena ZPacP).

Druga skupina izjav volje pacienta s pravnimi učinki je zavrnitev. Z zavrnitvijo lahko pacient zavrne določeni medicinski poseg oziroma zdravstveno oskrbo, razen kadar bi to ogrozilo življenje ali hujše ogrozilo zdravje drugih. Tudi zavrnitve kot izjave volje je mogoče deliti na dve različni vrsti. Prva vrsta zavrnitev predstavlja zavrnitev predlaganega medicinskega posega oz. zdravstvene oskrbe in predpostavlja pacientovo sposobnost odločanja. Ta vrsta zavrnitve se poda neposredno pred opravo medicinskega posega oz. zdravstvene oskrbe (I. odstavek 30. člena ZPacP). Druga vrsta zavrnitve pa je vnaprejšnja zavrnitev določenih oblik zdravstvene oskrbe, če bi se pacient znašel v položaju, ko ne bi bil sposoben dati veljavne privolitve (oz. zavrnitve) in to v primeru, če bi trpel za hudo boleznijo, pri kateri ne bi bilo upanja na ozdravitev oz. bi mu medicinski poseg samo podaljšal življenje v položaju, ko bi bolezen ali poškodba povzročila tako hudo invalidnost, da bi dokončno izgubil telesno ali duševno sposobnost skrbeti zase (34. člen ZPacP).

Navedene privolitve ali zavrnitve lahko poda pacient samostojno ali po pooblaščenju. ZPacP ureja tudi podelitev posebnega pacientovega zdravstvenega pooblastila, s katerim pacient (ki to morda tudi sploh še ni), ki je dopolnil 18 let in je sposoben odločati o sebi, določi osebo, ki bo v primeru njegove nesposobnosti odločanja o sebi odločala o njegovi zdravstveni oskrbi in drugih pravicah (I. odstavek 32. člena ZPacP). In končno, pacient lahko pravno relevantno izrazi svojo voljo tudi tako, da s pisno izjavo izključi ali omeji osebe, ki so upravičene do odločanja o njegovi zdravstveni oskrbi v primeru, ko sam ni sposoben odločanja o sebi (I. odstavek 33. člena ZPacP).

---

<sup>3</sup> ZPacP ureja tudi primere, ko je zdravstvena oskrba mogoča brez pacientove privolitve. Prvi takšen primer je situacija, ko pacient ni sposoben odločanja o sebi ali ni zmožen izraziti svoje volje. V takšnem primeru se mu lahko opravi nujna medicinska pomoč tudi brez njegove privolitve (28. člen ZPacP). Drugi medicinski posegi oz. zdravstvena oskrba, ki pa niso operativni ali drugi posegi z večjim tveganjem oz. obremenitvijo, pa se lahko brez pacientove privolitve opravijo le pod določenimi pogoji: a) da pacient ni sposoben odločanja o sebi, b) da zdravnik ni vedel in ni mogel vedeti, da je oseba, ki bi lahko po zakonu dala privolitev (pacient, pacientov zdravstveni pooblaščenec, pacientov zakoniti zastopnik oz. druga upravičena oseba), posegu nasprotovala, in c) da je medicinski poseg oz. zdravstvena oskrba pacientu v največjo korist (29. člen ZPacP).

## 2. PREKLIC, OBLIKA IN MENTALNA SPOSOBNOST

### 2.1. Preklic izjave

Pacient lahko svojo izjavo o privolitvi v medicinski poseg oz. zdravstveno oskrbo kadarkoli prekliče, razen kadar bi to ogrozilo življenje ali hudo ogrozilo zdravje drugih (I. odstavek 31. člena ZPacP). Tudi zavrnitev medicinskega posega oziroma zdravstvene oskrbe lahko pacient prekliče, če je sposoben odločanja o sebi in je prejel ustrezna pojasnila o medicinskem posegu oz. zdravstveni oskrbi (II. odstavek 32. člena ZPacP). Pacient lahko tudi kadarkoli prekliče pooblastilo zdravstvenem pooblaščenцу s pisno izjavo in tudi zdravstveni pooblaščenec se mu lahko s pisno izjavo odpove, če to ne povzroča resne škode za pacienta (IV. odstavek 32. člena ZPacP). Tudi anticipirano zavrnitev zdravstvene oskrbe za primer, če se znajde v položaju, ko ne bi bil sposoben dati veljavne privolitve, lahko pacient s pisno izjavo kadarkoli prekliče in to ne glede na sposobnost odločanja. Sicer pa je veljavnost takšne zavrnitve tudi časovno omejena. Velja pet let od trenutka, ko je bila izjava podana (VI. odstavek 34. člena ZPacP). Za izključitev oseb, ki so po zakonu upravičene do odločanja o zdravstveni oskrbi ZPacP sicer izrecno ne predvideva možnosti preklica takšne izjave. Vendar o tem ne kaže dvomiti. Če je pacient upravičen z avtonomno izjavo omejiti ali izključiti iz odločanja osebe, ki so do tega upravičene po samem zakonu, potem je tem bolj (*a fortiori*) upravičen takšno izjavo preklicati in omogočiti, da z zakonom predvidene osebe uresničujejo svoja upravičenja.

### 2.2. Oblika izjave

Za pacientove izjave volje s pravnim učinkom ZPacP predpisuje tudi različne obličnostne zahteve. Oblike, ki jih za opisane primer predpisuje in kombinira ZPacP je mogoče razdeliti na: ustna izjava, konkludentno ravnanje<sup>4</sup>, pisna izjava, pisna izjava na posebnem obrazcu, ustna izjava ob prisotnosti dveh polnoletnih prič in pisna izjava z overitvijo pacientovega podpisa. Tu je mogoče ugotoviti, da pravni red pozna tudi strožje primere oblike od teh, ki jih navaja ZPacP, npr. notarski zapis. Tu je mogoče ugotoviti, da strožja oblika konzumira nižjo stopnjo obličnosti. Če ZPacP npr. zahteva pisno obliko, pacient pa poda izjavo v obliki notarskega zapisa, je to veljavno izražena volja. Enako velja, če se zahteva pisna izjava z overitvijo podpisa pacienta. Dvomljivo je le, če lahko notarski zapis nadomesti pisno izjavo na posebnem obrazcu (27. člen ZPacP), ki ga predpiše minister, pristojen za zdravje. Ker se sestava te listine neposredno navezuje na dane pojasnilne dolžnosti, bo v praksi notarju tako in tako nemogoče sestaviti takšno listino. Glede overitve podpisa pacienta na pisni izjavi ZPacP ne določa načina overitve. Strinjati se je, tudi iz praktičnih razlogov, s stališčem, da pride v poštev tudi upravna overitev.<sup>5</sup>

Za privolitve ZPacP določa, da se podajo ustno ali s konkludentnim ravnanjem, razen če zakon izrecno določa pisno privolitev (IV. odstavek 26. člena ZPacP).<sup>6</sup> V primerih, ko je operativni ali

---

<sup>4</sup> Ravnanje, iz katerega je mogoče zanesljivo sklepati, da pomeni privolitev.

<sup>5</sup> Brulc Urban, Pirc Musar Nataša, Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP): Uvodna pojasnila, GV Založba, Ljubljana 2008, str. 51.

<sup>6</sup> Tu so mišljeni primeri, ko tako določa ZPacP, pa tudi drugi zakoni, kot so Zakon o odvzemu in presaditvi delov človeškega telesa zaradi zdravljenja (Ur. l. RS, št. 12/2000), Zakon o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z

drug medicinski poseg povezan z večjim tveganjem ali večjo obremenitvijo, mora biti pacientova privolitve dokumentirana na posebnem obrazcu. Ta obrazec vsebuje sledeče podatke: osnovne podatke o izvajalcu zdravstvenih storitev, opis posega oz. zdravstvene oskrbe s potrebnimi zdravniškimi pojasnili, osebno ime in podpis zdravnika, ki opravi pojasnilno dolžnost oz. zdravnika, ki medicinski poseg oz. zdravstveno oskrbo izvede, privolitveno ali zavrnitveno izjavo ter morebitno izjavo o prejemu in razumevanju pooblastil ali izjavo o preklicu privolitve oz. zavrnitve, osebno ime in ZZS številko zavarovane osebe oz. drug identifikacijski podatek o pacientu, osebno ime in drugi podatki o pričah, osebno ime in drugi podatki o osebah, ki se naj seznanijo z zdravstveno dokumentacijo oz. se jim sporočajo informacije o zdravstvenem stanju ter obseg uresničevanja te pravice, čas in datum danih izjav, podatki o nezmožnosti dajanja pisne privolitve ali odklonitvi pisne privolitve, podpis pacienta, druge sestavine (27. člen ZPacP). Na tem obrazcu se s podpisom dveh polnoletnih prič potrdi tudi ustna privolitve pacienta, ki ne more dati privolitve (VI. odstavek 26. člena ZPacP) in odklonitev pisne privolitve pacienta, ki je sicer v medicinski poseg ustno privolil (VII. odstavek 26. člena ZPacP). Glede na IV. alinejo I. odstavka 27. člena ZPacP mora biti v pisni obliki z dokumentacijo na posebnem obrazcu podan tudi preklic privolitve ali zavrnitve (31. člen ZPacP). Ne glede na to moramo vsaj v primeru preklica zavrnitve medicinskega posega oz. zdravstvene oskrbe (verjetno pa tudi privolitve) priznati možnost tudi brezobličnega (torej ustnega ali celo konkludentnega preklica). Glede na to, da za preklic pooblastila zdravstvenem pooblaščenca (IV. odstavek 32. člena ZPacP) in anticipirane zavrnitve (VI. odstavek 34. člena ZPacP) zakon zahteva pisno obliko, lahko *a contrario* sklepamo, da za preklic privolitve ali zavrnitve le-ta ni potrebna.

Enaka pisna oblika z dokumentacijo na posebnem obrazcu se zahteva za zavrnitev zdravstvene oskrbe (IV. odstavek 30. člena ZPacP) oz. anticipirano zavrnitev za primer, če bi se znašel v položaju, ko ne bi bil sposoben dati veljavne privolitve (IV. odstavek 34. člena ZPacP). V posebnem pravilniku so predvideni obrazci tudi za nekatere primere, kjer zakon zahteva zgolj pisno obliko.<sup>7</sup> Pooblastilo pacientovemu zdravstvenem pooblaščenca se da v obliki pisne listine, na kateri mora biti podpis pacienta overjen (III. odstavek 32. člena ZPacP). Za izjavo o izključitvi oseb, ki so po zakonu upravičene do odločanja o zdravstveni oskrbi zakon predpisuje pisno obliko (I. odstavek 33. člena ZPacP). Pooblastilo zdravstvenem pooblaščenca (V. odstavek 32. člena ZPacP), izključitev oseb, ki so po zakonu upravičene do odločanja o zdravstveni oskrbi (II. odstavek 33. člena ZPacP) in anticipirana zavrnitev zdravstvene oskrbe (VII. odstavek 34. člena ZPacP) se vpišejo tudi v informacijski sistem kartice zdravstvenega zavarovanja oz. centralne evidence zdravstvene dokumentacije.<sup>8</sup>

### 2.3. Mentalna sposobnost

Za veljavno podajanje opisanih pacientovih izjav s pravnim učinkom zahteva ZPacP ustrezno mentalno sposobnost pacienta. Zakon jo imenuje »sposobnost odločanja o sebi« in jo definira

---

biomedicinsko pomočjo (Ur. l. RS, št. 70/2000) ter Zakon o zdravstvenih ukrepih pri uresničevanju pravice do svobodnega odločanja o rojstvu otrok (Ur. l. SRS, št. 11/1977 in Ur. l. RS, št. 70/2000). Prim. Brulc, Pirc Musar, op. cit., str. 45.

<sup>7</sup> Pravilnik o obrazcih o pisnih izjavah volje pacienta, Ur. l. RS, št. 82/2008 in 84/2008 (popr.).

<sup>8</sup> To ureja Pravilnik o načinu določitve pacientovega zdravstvenega pooblaščenca in o izjavi vnaprej izražene volje, Ur. l. RS, št. 77/2008, ki se nanaša tudi na prepoved oz. dovolitev seznanitve z zdravstveno dokumentacijo po smrti pacienta (prim. 42. člen ZPacP in 10. člen Pravilnika).



kot sposobnost pacienta, da samostojno uveljavlja pravice iz ZPacP, še zlasti odloča o izvedbi medicinskega posega oziroma zdravstvene oskrbe. Pacient je sposoben odločanja o sebi, če je glede na starost, zrelost, zdravstveno stanje ali druge osebne okoliščine sposoben razumeti pomen in posledice uveljavljanja pravic iz ZPacP, še zlasti privolitve, zavrnitve ali preklica zavrnitve medicinskega posega oziroma zdravstvene oskrbe (19. točka 2. člena ZPacP). V ZPacP določena »sposobnost odločanja o sebi« se presoja za vsak primer posebej v skladu z medicinskimi standardi sposobnosti razumevanja pomena in posledic.

»Sposobnost odločanja o sebi« je v ZPacP na prvi pogled urejena zelo podobno poslovni sposobnosti. Načeloma se pridobi z dopolnjenim 18. letom starosti, ko pacient v smislu 14. točke 2. člena ZPacP ni več otrok, lahko pa tudi prej v primerih, ko otrok pridobi popolno poslovno sposobnost pred polnoletnostjo (sklenitev zakonske zveze ali starševstvo).<sup>9</sup> Ne glede na abstraktno opredelitev sposobnosti odločanja o sebi pa se ta v skladu z medicinskimi standardi sposobnosti razumevanja pomena in posledic presoja tudi v vsakem posamičnem primeru. Nekoliko drugače je z osebami, ki se štejejo za otroke. Šteje se, da je otrok, ki je dopolnil 15. let starosti načeloma sposoben za privolitev, razen če zdravnik glede na zrelost oceni, da za to ni sposoben. In nasprotno, šteje se, da otrok do 15. leta načeloma ni sposoben za privolitev, razen če zdravnik glede na zrelost oceni, da je za to sposoben. V obeh primerih se glede okoliščin, ki govorijo o sposobnosti odločanja o sebi zdravnik posvetuje s starši ali skrbnikom (II. odstavek 35. člena ZPacP). Kadar otrok ni sposoben odločati o sebi, podajo privolitev zanj njegovi starši oz. skrbnik. Načeloma odločata starša sporazumno, še posebej, če gre za operativne ali druge medicinske posega, povezane z večjim tveganjem ali večjo obremenitvijo. Če je nujno, pa je en od staršev zadržan (ali neznan, ali neznanega bivališča, ali nesposoben odločati o sebi ali mu je odvzeta roditeljska pravica), lahko da privolitev tudi eden od staršev. V primeru spora med starši lahko predlagata odločitev po CSD. Za druge privolitve načeloma lahko privoli tudi samo eden od staršev, ki je prisoten. Če sta prisotna oba in ni sporazuma, lahko zdravnik pridobi soglasje konzilija. V vsakem primeru pa ima otrok pravico izraziti svojo voljo, ki jo je potrebno upoštevati, kolikor je to mogoče (VIII. odstavek 35. člena ZPacP). Kot osebe, ki niso sposobne odločati o sebi se štejejo pacienti z težavami v duševnem zdravju ali drugimi vzroki, ki vplivajo na zmožnost razsojanja. Ti ne morejo privoliti v medicinski poseg, namesto njih pa ga lahko dovoli zakoniti zastopnik oz. do njegove postavitve tudi njegovi bližnji (37. člen ZPacP). Če so pacienti zgolj začasno nesposobni odločati o sebi, lahko privolitev zanje dajo njihovi bližnji sorodniki (po vrstnem redu iz IV. odstavka 37. člena ZPacP), pod pogojem, da so sposobni odločanja o sebi in so dopolnili 18. let starosti. Starši, skrbniki, zakoniti zastopniki in bližnji sorodniki pa ne morejo za pacienta zavrniti nujne medicinske pomoči (36. člen, VIII. odstavek 37. člena in III. odstavek 38. člena ZPacP).

Pri pacientovih izjavah volje predvideva ZPacP različne zahteve o mentalni sposobnosti. Načeloma se vedno zahteva sposobnost odločanja o sebi, ki je podvržena subjektivni presoji po standardih medicinske vede. Vendar se lahko ta sposobnost kombinira tudi z zahtevo po polnoletnosti. Privolitev (26. člen ZPacP), zavrnitev (30. člen ZPacP) in preklic privolitve ali zavrnitve (31. člen ZPacP) lahko poda vsakdo, ki je sposoben odločanja o sebi. Za podelitev

---

<sup>9</sup> 14. točka 2. člena ZPacP: Otrok je oseba, ki še ni dopolnila 18 let, razen če je že prej pridobila popolno poslovno sposobnost.

pooblastila zdravstvenem pooblaščenec<sup>10</sup> (I. odstavek 32. člena ZPacP), izključitev oseb, ki so po zakonu upravičene do odločanja o zdravstveni oskrbi (I. odstavek 33. člena ZPacP) in anticipirano zavrnitev zdravstvene oskrbe (I. odstavek 34. člena ZPacP) pa se poleg sposobnosti odločanja o sebi zahteva tudi dopolnjenih 18 let starosti.

### 3. PRAVNA NARAVA IZJAV VOLJE PACIENTA

#### 3.1. Odnos do pravnih poslov

Z vidika prava je zanimiva primerjava med izjavami volje pacienta po ZPacP in pravnimi posli, ki se ponuja kar sama od sebe. Naše pozitivno pravo sicer pojma pravnega posla ne definira, ga pa uporablja (prim. 14. člen OZ). Zato pa je opredelitve pravnega posla mogoče najti v pravni teoriji (oz. pravilneje dogmatiki) civilnega prava. Pravni posli so tako pravna dejstva, ki jih sestavlja vsaj ena izjava volje in imajo za cilj, da ustvarijo določeno pravno posledico (oz. spremembo pravnih razmerij).<sup>11</sup> Z drugimi besedami, pravni posel je zasebna izjava volje, ki je usmerjena na želeni in pravno predvideni pravni učinek.<sup>12</sup> Takšna zasebna izjava volje se imenuje poslovna volja (*Geschäftswille*), ki mora biti navzven izražena ter tudi usmerjena v nastop želene pravne posledice.<sup>13</sup> Izjava poslovne volje je torej temelj vsakega pravnega posla. Vendar pa je za njeno pravno veljavnost potrebno, da ima izjavitelj posebno pravno priznano sposobnost pravno relevantno izražati poslovno voljo, ki jo imenujemo poslovna sposobnost.<sup>14</sup> Glede poslovne sposobnosti ločimo popolno, delno in specialno poslovno sposobnost, njeno pridobivanje pa ureja ZZZDR. Popolno poslovno sposobnost pridobi oseba z dopolnjenim 18. letom starosti, s sklenitvijo zakonske zveze ali na podlagi odločbe sodišča v primeru starševstva (117. člen ZZZDR). S pridobljeno popolno poslovno sposobnostjo lahko oseba opravlja vse vrste pravnih poslov. Z dopolnjenim 15. letom starosti pridobi oseba delno oz. omejeno poslovno sposobnost za sklepanje manj pomembnih pravnih poslov<sup>15</sup> (108. člen ZZZDR). Takšen pravni posel je npr. oporoka (prim. 59. člen ZD). Z dopolnjenim 15. letom pridobi mladoletnik, ki je zaposlen tudi specialno poslovno sposobnost, to je sposobnost razpolagati s svojim dohodkom (112. člen ZZZDR). Tako delna kot specialna poslovna sposobnost trajata do pridobitve popolne poslovne sposobnosti. Pred dopolnjenim 15. letom starosti mladoletniki nimajo nobene poslovne sposobnosti, prav tako je mogoče poslovno sposobnost izgubiti po njeni pridobitvi oz. preprečiti njeno pridobitev. Če pravne posle skuša opraviti oseba brez poslovne sposobnosti, so takšni posli nični. Če pravni posel opravi oseba brez potrebne pravne sposobnosti, je takšen pravni posel viseč oz. izpodbojen. Pravni posel lahko zastopnik te osebe naknadno odobri (če ni dal dovoljenja že vnaprej), lahko se izpodbija pred sodiščem ali pa pod določenimi pogoji od njega odstopi tudi dobroverni sopogodbenuk.

---

<sup>10</sup> Tudi zdravstveni pooblaščenec mora biti oseba sposobna odločanja o sebi, ki je dopolnila 18 let starosti. Prim. II. odstavek 32. člena ZPacP.

<sup>11</sup> Larenz Karl, Wolf Manfred, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Verlag C.H. Beck, München 2004, str. 394.

<sup>12</sup> Gschnitzer Franz, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Springer Verlag, Wein - New York 1992, str. 455.

<sup>13</sup> Brox Hans, Allgemeiner Teil des BGB, Carl Heymannys Verlag, Köln 2004, str. 53.

<sup>14</sup> Larenz, Wolf, op. cit., str. 447.

<sup>15</sup> Manj pomembni pravni posli so tisti, ki ne bodo bistveno vplivali na mladoletnikovo življenje ali njegovo življenje po polnoletnosti.

Če s takšno opredelitvijo pravnih poslov primerjamo izjave volje pacienta po ZPacP lahko ugotovimo vrsto podobnosti. Tudi v tem primeru imamo opravka z izjavami volje, ki morajo biti navzven izražene in usmerjene v nastop želene in predvidene pravne posledice. Podobno kot pri pravnih poslih se za veljavnost takšnega izražanja zahteva določena sposobnost, le da je ta v tem primeru »sposobnost odločanja o sebi«. ZPacP to sposobnost odločanja o sebi še dodatno navezuje na poslovno sposobnost, ko določa, da osebe, ki niso otroci načeloma imajo sposobnost odločanja o sebi. Kot otroke pa ZPacP definira osebe mlajše od 18. let, če niso že pred tem pridobile popolno poslovno sposobnost (14. točka 2. člena ZPacP). Iz tega je jasno, da so poslovno sposobne osebe načeloma tudi sposobne odločanja o sebi. Še večjo podobnost lahko zasledimo v primeru pooblastila zdravstvenemu pooblaščenцу, ki spominja na pooblastilo, kakor ga najdemo v 74. - 79. členu OZ.

Kljub temu izjav volje pacienta oz. potencialnega pacienta ne moremo obravnavati kot običajne pravne posle. Resnici na ljubo je pravna narava teh izjav volje sporna. Delno temu prispeva tudi nejasna terminologija. Tako se občasno uporabljajo nazivi kot pacientova ali zdravstvena oporoka, s čimer se misli na pacientovo razpolaganje za primer smrti (v smislu razpolaganja s telesom ali deli telesa oz darovanje organov, odločanje o vzdrževanju pri življenju ali o posredovanju informacij).<sup>16</sup> Seveda pa v tem primeru ne moremo govoriti o razpolaganju v pravno-tehničnem smislu, čeprav ta izraz uporablja sam ZPacP (npr. razpolaganje s telesom).<sup>17</sup> Po večinskem mnenju teorije je potrebno tovrstne izjave volje pacientov obravnavati kot posebno kategorijo »pravnim poslom podobnih ravnanj« (*geschäftsähnliche Handlungen* oz. *rechtsgeschäftsähnliche Verhalten*).<sup>18</sup> V nemški teoriji se sicer pooblastilo pacientovemu pooblaščenцу vseeno obravnava kot običajna oblika pooblastila (in s tem pravni posel),<sup>19</sup> vendar temu za potrebe slovenskega prava ni mogoče pritrlditi. Razlog je namreč v tem, da ZPacP v vseh primerih za veljavnost pacientove izjave volje zahteva »sposobnost odločanja o sebi« in ne poslovno sposobnost. To velja tudi v primeru pooblastila pacientovemu pooblaščenцу. Res je, da se v tem primeru zahteva tudi polnoletnost in bo oseba sposobna odločanja o sebi v danem primeru praviloma imela tudi poslovno sposobnost, vendar to ne pomeni, da obstaja nujno sovpadanje obeh sposobnosti. Povsem mogoče si je zamisliti situacijo, ko polnoletna oseba začasno ni sposobna odločati o sebi in tako ne more podeliti pooblastila pacientovemu zdravstvenemu pooblaščenцу, čeprav ima še vedno poslovno sposobnost. Ravno tako si lahko zamislimo tudi situacijo polnoletne osebe, ki ji je bila (npr. zaradi zapravljanja) poslovna sposobnost v sodnem postopku delno odvzeta, je pa še vedno sposobna odločati o sebi glede zdravstvenih vprašanj. Posledično je mogoče zaključiti, da sposobnost odločanja o sebi predstavlja naravno sposobnost razumevanja in kot takšna predstavlja posebno vrsto sposobnosti za dejanja, ki ni identična poslovni

---

<sup>16</sup> Uporaba tovrstne terminologije je v danem primeru neprimerna. Oporoka je pravni posel, s katerim se razpolaga s premoženjem. Razpolaganje z elementi osebnosti ni mogoče primerjati s premoženje. Več o tem glej Oduncu Fuat S., In Würde sterben: Medizinische, ethische und rechtliche Aspekte der Sterbehilfe, Sterbebegleitung und Patientenverfügung, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 2007, str. 52.

<sup>17</sup> Ki pomeni izražanje volje za prenos, spremenbo, obremenitev ali ukinitve pravice.

<sup>18</sup> Zimmerman Walter, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung für die Beratungspraxis, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2007, str. 223.

<sup>19</sup> Zimmerman, op. cit., str. 42.

sposobnosti.<sup>20</sup> Tudi osebe brez poslovne sposobnosti (torej mlajše od 15 let) lahko imajo sposobnost odločati o sebi (prim. II. odstavek 35. člena ZPacP).

Pravnim poslom podobna ravnanja se v pravni teoriji uvrščajo nekje vmes med realna ravnanja (realne akte, materialna ravnanja) in pravne posle.<sup>21</sup> Ker pa natančne razmejitve med pravnimi posli in pravnim poslom podobnimi dejanji ni mogoče potegniti, je mogoče nekatere določbe o pravnih poslih analogno uporabljati tudi za pravnim poslom podobna ravnanja.<sup>22</sup> Takšen primer bi lahko bila določila o ničnosti in učinkih ničnosti pravnih poslov.<sup>23</sup>

### 3.2. Narava izjave volje pacienta

Starejša civilistična dogmatika je izjavo volje pacienta obravnavala predvsem z vidika varovanja telesne integritete.<sup>24</sup> Zdravljenje je torej predstavljajo objektivni dejanski stan telesne poškodbe. Pravnost zdravnikovega ravnanja je bilo mogoče doseči s pomočjo instituta posloводства brez naročila in pacientove privolitve (*volenti non fit iniuria*).<sup>25</sup> Novejši pristop gradi na temelju osebnostnih pravic (prim. 35. člen URS ter 134. in 179. člen OZ). Zdravljenje torej predstavlja poseg v osebnostne pravice pacienta. Bistvena razlika med obema pristopoma je v tem, da je starejša teorija predpostavljala kaznivost samovoljnega zdravljenja. Glede vprašanja privolitve pacienta med staro in novo teorijo ni razlike. Tako stara kot nova teorija za pravnost ravnanja zdravnika načeloma predpostavlja privolitev. Takšna privolitev ni pravni posel, ker privolitev predstavlja predvsem zgolj dovoljenje za delovanje v pravnih okvirih dane privolitve.<sup>26</sup> Zato je tudi jasno, da se za veljavno izjavo volje pacienta ne zahteva poslovna sposobnost.

Kako je mogoče, da privolitev omogoči pravno podlago za poseg v osebnostne pravice? To je mogoče razložiti z voljno naravo konkretnih pravic. Z rojstvom vsakdo pridobi osebnostno pravico do telesne integritete, ki predstavlja nepremoženjsko pravico s premoženjskopравnim, torej civilnopravnim varstvom. Takšna pravica se je izoblikovala v sferi svojega nosilca in predstavlja konkretno, torej pridobljeno pravico, ki varuje osebnostno komponento nosilca.<sup>27</sup> Ker pa so konkretne pravice voljne narave, imajo njihovi nosilci nad njimi voljno moč in oblast (v smislu Windscheidove teorije volje) in lahko prosto odločajo, ali bodo svojo pravico uveljavili ali ne. Glede na to lahko vsakdo svobodno odloča o tem, ali bo dopustil poseg v svoje telo. Pravica do telesne integritete vsebuje tudi upravičenje razpolagati z lastnim telesom in njegovo koristnostjo. Zato lahko nosilec pravice razpolaga tudi z deli svojega telesa. V skladu s teorijo osebnostnih pravic se pravna oblast nosilca osebnostnih pravic nad telesom razteza celo na čas po smrti.<sup>28</sup>

---

<sup>20</sup> Kopetzki Christian, Das Patientenverfügungs-Gesetz im System der Rechtsordnung, v Körtner Ulrich H. J., Kopetzki Christian, Kletečka-Pulker Maria, Das österreichische Patientenverfügungsgesetz: Ethische und rechtliche Aspekte, Springer Verlag, Wien - New York 2007, str. 132.

<sup>21</sup> Bydlinski Peter, Bürgerliches Recht I: Allgemeiner Teil, Springer Verlag, Wien - New York 2000, str. 74.

<sup>22</sup> Medicus Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2006, str. 85.

<sup>23</sup> Gavella Nikola, Osobna prava: I. dio, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2000, str. 58.

<sup>24</sup> Prim. Ploier Monika, Petutschnigg Berthold, Die Patientenverfügung, Juridica - Manz, Wien 2007, str. 14.

<sup>25</sup> Torej določbe 199. člen OZ in sledeči ter 140. člena OZ.

<sup>26</sup> Medicus, op. cit., str. 86.

<sup>27</sup> Osebnost v tem primeru predstavlja skupek psihofizičnih lastnosti nosilca.

<sup>28</sup> Gavella, op. cit., str. 69. Prim. tudi Finžgar Alojzij, Osebnostne pravice, SAZU, Ljubljana 1985, str. 42.

#### 4. ZAKLJUČEK

Kot smo ugotovili, ZPacP ureja različne izjave volje pacientov s pravnimi učinki. To so predvsem privolitev, zavrnitev, pacientovo zdravstveno pooblastilo, izključitev oseb za odločanje, pooblastilo za zastopanje pacienta ter izjave v zvezi z varovanjem osebnih podatkov. Vse te izjave volje so izražene v zunanem svetu, praviloma tudi oblično in ustvarjajo določeno pravno posledico. Za njihovo veljavnost mora imeti izjavitelj ustrezno sposobnost odločanja o sebi, izpolnjeni pa morajo biti tudi nekateri drugi pogoji (npr. podano ustrezno pojasnilo zdravnika). Glede na opis je na dlani primerjava izjav volje pacienta s pravnimi posli. Ugotovimo lahko, da izjave volje pacienta ne predstavljajo pravnih poslov, temveč pravnim poslom podobna ravnanja. Bistvena razlika med pravnimi posli in izjavami volje pacientov kot pravnim poslom podobnih ravnanj je že v tem, da je predpostavka za nastanek pravnega posla obstoj poslovne sposobnosti. Kdor sploh nima poslovne sposobnosti tudi ni sposoben izraziti veljavne poslovne volje, brez nje pa ne more priti do nastanka pravnega posla. Za razliko od pravnih poslov se za veljavnost izjav volje pacientov zahteva sposobnost odločanja o sebi, ki pa se le v delu prekriva s poslovno sposobnostjo. Pravo naravo izjav volje pacienta je treba iskati v voljni naravi pridobljenih pravic - v danem primeru osebnostnih, ki ščitijo osebnostno telesno integriteto pacienta. Izjava volje v danem primeru torej predstavlja odstopanje od uveljavljanja pravnega varstva. Kljub temu pa so tovrstne izjave volje blizu pravnim poslom, zato je mogoče po potrebi smiselno za njih uporabljati tudi splošne določbe o pravnih poslih.

#### LITERATURA

- Brox, H.: Allgemeiner Teil des BGB, Carl Heymanns Verlag, Köln 2004
- Brulc, U., Pirc Musar, N.: Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP): Uvodna pojasnila, GV Založba, Ljubljana 2008
- Bydlinski, P.: Bürgerliches Recht I: Allgemeiner Teil, Springer Verlag, Wien - New York 2000
- Finžgar, A.: Osebnostne pravice, SAZU, Ljubljana 1985
- Fuat, S.: In Würde sterben: Medizinische, ethische und rechtliche Aspekte der Sterbehilfe, Sterbebegleitung und Patientenverfügung, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 2007
- Gavella, N.: Osobna prava: I. dio, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2000
- Gschnitzer, F.: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Springer Verlag, Wein - New York 1992
- Kopetzki, C.: Das Patientenverfügungs-Gesetz im System der Rechtsordnung, v Körtner Ulrich H. J., Kopetzki Christian, Kletečka-Pulker Maria, Das österreichische Patientenverfügungsgesetz: Ethische und rechtliche Aspekte, Springer Verlag, Wien - New York 2007
- Larenz, K., Wolf, M.: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Verlag C.H. Beck, München 2004
- Medicus, D.: Allgemeiner Teil des BGB, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2006
- Ploier, M.: Petutschnigg Berthold, Die Patientenverfügung, Juridica - Manz, Wien 2007
- Zimmerman, W.: Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung für die Beratungspraxis, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2007

## **VIRI**

Zakon o odvzemu in presaditvi delov človeškega telesa zaradi zdravljenja (Uradni list RS, št. 12/2000)

Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP; Uradni list RS, št. 15/2008)

Zakon o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo (Uradni list RS, št. 70/2000)

Zakon o zdravstvenih ukrepih pri uresničevanju pravice do svobodnega odločanja o rojstvu otrok (Uradni list SRS, št. 11/1977 in Uradni list RS, št. 70/2000)

Pravilnik o obrazcih o pisnih izjavah volje pacienta, Uradni list RS, št. 82/2008 in 84/2008 (popr.).

Pravilnik o načinu določitve pacientovega zdravstvenega pooblaščenca in o izjavi vnaprej izražene volje (Uradni list RS, št. 77/2008)

# POSTOPEK MEDIACIJE IN REŠEVANJE SPOROV V MEDICINI

## MEDIATION AND THE DISPUTES RESOLUTION IN MEDICINE

UDK: 347. 965.42

*Aleš ZALAR, univ. dipl. pravnik  
Minister za pravosodje RS*

### **POVZETEK**

*Avtor v prispevku opisuje osnovne značilnosti mediacije. Mediacija je postopek, kjer stranke s pomočjo tretje nevtralne osebe skušajo rešiti svoj spor. Pomembno načelo mediacije je tudi načelo zaupnosti. Avtor poudarja, da je zakonodajalec z Zakonom o pacientovih pravicah izrecno uzakonil tudi možnost, da se bodo spori, ki bodo nastali v medicini ali zdravstveni oskrbi, reševali tudi s pomočjo mediacije.*

### **KLJUČNE BESEDE**

*Mediacija, mediator, mediacijski sporazum, pacientove pravice.*

### **ABSTRACT**

*The author describes in his article the basic characteristics of mediation. Mediation is a procedure in which the parties with help from the third neutral person try to resolve their dispute. An important principle of mediation is the principle of confidentiality. The author stresses out, that the legislator expressly regulated also the possibility to resolve the disputes arising from medical or nursing treatment with the help of mediation with the Patient's rights Act.*

### **KEY WORDS**

*Mediation, mediator, mediation agreement, patient's rights.*

## **1. PREDNOSTI MEDIACIJE IN PRIMERNOST UPORABE MEDIACIJE V SPORIH V MEDICINI**

Mediacija se ne le v tujini, ampak tudi v Sloveniji vedno bolj uveljavlja kot način reševanja sporov, ki je posebej prilagojen potrebam strank in ima zanje lahko vrsto prednosti pred rednimi sodnimi postopki.

### **1.1. Značilnosti mediacije**

Mediacija se navadno opredeljuje kot postopek, v katerem tretja nevtralna oseba pomaga strankam, ki v tem postopku sodelujejo prostovoljno, poiskati mirno rešitev spora. Postopek je v veliki meri neformalen in ga stranke obvladujejo same. Mediacija se lahko začne le, če se z njo strinjajo vse stranke v sporu. Če spora ne želijo več reševati v mediaciji, lahko od nje tudi kadarkoli odstopijo. Postopek je hitrejši in cenejši od rednih sodnih postopkov, omogoča pa celovito rešitev spornih razmerij med strankami, saj mediator lahko ugotavlja dejanske interese strank in jih na ta način vodi do zanje najustreznejše rešitve spora. Postopek je

zaupen in stranke niso izpostavljene javnosti; tudi če do sporazuma ne pride, informacije, ki izvirajo iz mediacije, ostanejo zaupne in ne vplivajo na morebitne kasnejše sodne postopke. Če pa stranke v mediaciji najdejo rešitev spora, lahko sporazum sklenejo v obliki sodne poravnave, v obliki neposredno izvršljivega notarskega zapisa, lahko pa si tudi zagotovijo izdajo arbitražne odločbe na podlagi poravnave. Stranke, ki so rešitev spora poiskale sporazumno, bodo tudi v večji meri prostovoljno izvršile dogovorjene obveznosti, kot če bi šlo za izvrševanje sodne odločbe. Mediacija kot način reševanja spora zato ni manjšega pomena ali manjše vrednosti kot sodni postopek. Postopki alternativnega reševanja sporov in sodni postopki so enakovredni, stranke pa naj se slednjih poslužujejo le v primeru, če sporov drugače ne morejo rešiti.

## **2. PRIMERNOST MEDIACIJE ZA REŠEVANJE SPOROV V MEDICINI**

Nedvomno je mediacija posebej primeren način reševanja sporov v medicini. V zdravstvu spori lahko nastajajo na različnih ravneh, npr. med pacienti in zdravniki oz. drugim zdravniškim osebjem; v razmerjih med posameznimi zdravniki oz. zdravstvenim osebjem, v razmerjih med zdravniki in njihovim delodajalcem in podobno. Zakon o pacientovih pravicah je bil sprejet januarja 2008 in je mediacijo izrecno uzakonil kot možen način reševanja sporov med pacientom in izvajalcem zdravstvenih storitev. Za pacienta, ki je že zaradi svoje bolezni psihično in fizično obremenjen, je reševanje morebitnih sporov v sodnih postopkih še velik dodatni pritisk. Iskanje rešitve spora v mediaciji je za pacienta manj obremenjujoče; hkrati pa so tudi ponudniki zdravstvenih storitev nedvomno zainteresirani za čim hitrejšo zgladitev spora s pacientom. Pacientu zaostrovanje spora ni v interesu, saj je možno, da bo z izvajalcem zdravstvenih storitev še naprej povezan; izvajalec zdravstvenih storitev pa svoje delo bistveno lažje opravlja, če je njegov odnos do pacienta neobremenjen s takimi ali drugačnimi konflikti. Stranke, ki v spor rešijo s sklenitvijo sporazuma v mediaciji, iz nje ne pridejo kot zmagovalci in poraženci, ampak kot enakovredni partnerji.

## **2. MEDIACIJA V SLOVENIJI**

### **2.1. Pravna podlaga**

V Sloveniji vse do leta 2008 nismo imeli zakonodaje, ki bi se ukvarjala z mediacijo. Zakon o pravnem postopku sicer vsebuje več določb, ki se nanašajo na sklepanje poravnave, ne ureja pa mediacije.

Maja 2008 je bil sprejet Zakon o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah, ki je med drugim v slovensko pravo prenesel Direktivo o nekaterih vidikih mediacije v civilnih in gospodarskih zadevah. Navedena direktiva je bila sprejeta prav med slovenskim predsedovanjem Svetu EU. Tako zakon kot direktiva želita vzpodbuditi uporabo mediacije, ne urejata pa postopka mediacije. Opredeljuje le temeljna načela mediacije, ostalo pa prepuščata samoregulativnim mehanizmom.

Zakon o pacientovih pravicah je bil, kot rečeno, sprejet že januarja 2008, torej še pred Zakonom o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah. O mediaciji pa se razmišlja tudi na



drugih področjih, npr. v predlogu Družinskega zakonika, ki je trenutno v medresorskem usklajevanju, in v delovnem predlogu Zakona o alternativnem reševanju potrošniških sporov.

## 2.2. Praksa

Kljub temu, da ni bilo zakonodaje, ki bi urejala področje mediacije, pa je v Sloveniji mediacija že od leta 2001 dalje strankam na voljo pri Okrožnem sodišču v Ljubljani. Ravno neformalnost postopka mediacije je omogočila, da je to sodišče mediacijo vpeljalo kot poskusni projekt, na podlagi programa reševanja sodnih zaostankov. Na začetku je bila mediacija ponujena v pravnih zadevah, kasneje pa še v družinskih in gospodarskih zadevah. Program so stranke dobro sprejele in je iz poskusnega prerasel v redni program. Število zadev, v katerih obe pravdni stranki podata soglasje za mediacijo, iz leta v leto narašča. Še posebej uspešna je mediacija v družinskih zadevah. Program Okrožnega sodišča v Ljubljani je kot primer dobre prakse priznan tudi v evropskem prostoru. V letu 2005 je bil namreč v tekmovanju »The Crystal Scales of Justice«, ki ga organizira Evropska komisija skupaj s Svetom Evrope, naš program kot eden od sedmih izbranih programov odlikovan s posebnim priznanjem. Namen tega tekmovanja je odkriti inovativne in učinkovite prakse evropskih sodišč, tako na področju organizacije sodišč kot v sodnih postopkih.

Na podlagi dobrih izkušenj Okrožnega sodišča v Ljubljani so kasneje mediacijo uvedla še nekatera druga slovenska sodišča (Okrožno sodišče v Kranju, Novi Gorici, Celju in Mariboru in Okrajno sodišče v Ljubljani); razvijati pa se je začela tudi izvensodna mediacija. Bela knjiga, ki jo je junija 2008 predstavilo Društvo mediatorjev Slovenije, daje dober vpogled v stanje razvoja mediacije v Sloveniji.

Alternativno reševanje sporov ponuja možnosti, ki v Sloveniji v precejšnji meri še niso bile izkoriščene. Pri Ministrstvu za pravosodje je bil zato 13.3.2009 ustanovljen Svet za alternativno reševanje sporov, kot osrednje neodvisno, strokovno, usklajevalno in posvetovalno telo ministra za pravosodje. Namenjen je zagotavljanju svetovanja o politikah razvoja alternativnega reševanja sporov in pospeševanju uporabe ter večanju zaupanja v alternativno reševanje sporov.

## 3. MEDIACIJA V ZAKONU O PACIENTOVIH PRAVICAH

Zakon o pacientovih pravicah med drugim določa tudi postopek z zahtevo za obravnavo kršitve pacientovih pravic. V delu tega postopka kot eno od možnosti za rešitev spora ponuja mediacijo.

Od 26. avgusta 2008 se poleg zakona uporablja tudi Pravilnik o mediaciji v zdravstvu.

Postopek, ki ga Zakon o pacientovih pravicah predvideva za primere, ko je vložena zahteva za obravnavo kršitve pacientovih pravic, ima dve fazi:

- prvo obravnavo kršitve pacientovih pravic pri izvajalcu zdravstvenih storitev,
- če ne pride do rešitve spora, pa še drugo obravnavo kršitve pacientovih pravic pred Komisijo Republike Slovenije za varstvo pacientovih pravic.

V okviru druge obravnave zakon kot eno od možnosti predvideva tudi postopek mediacije. Na mediacijo se nanašata dva člena:

- **71. člen:** Pacient in izvajalec zdravstvenih storitev se o postopku mediacije dogovorita s pisnim dogovorom. V njem načeloma opredelita mediatorja, dogovorita pa se tudi o vseh vprašanih, povezanih z izvedbo postopka mediacije. Če ne dosežeta soglasja o določitvi mediatorja, ga s seznama mediatorjev določi predsednik Komisije.

- **72. člen:** Zakon opredeljuje, da udeleženci v mediaciji poskušajo ob podpori mediatorja rešiti spor in doseči sporazum, pri čemer se upoštevajo interesi vseh udeležencev. V postopek mediacije se poleg pacienta in izvajalca zdravstvenih storitev lahko vključi tudi zavarovalnica ali druga pravna ali fizična oseba. Postopek je časovno omejen na 45 dni po sklenitvi dogovora o mediaciji; s soglasjem udeležencev se postopek lahko podaljša še za največ 30 dni. Če stranke dosežejo sporazum o rešitvi spora, ta s potrditvijo predsednika Komisije postane izvršilni naslov. Če pa do sklenitve sporazuma ne pride, se postopek obravnave druge zahteve nadaljuje pred senatom Komisije. Minister, pristojen za zdravje, vodi seznam mediatorjev.

Pravilnik o mediaciji v zdravstvu precej podrobno ureja postopek mediacije, opredeljuje pa tudi, kdo in pod kakšnimi pogoji lahko postane mediator, kako se izvaja nadzor nad delom mediatorjev in kako se vodijo statistični podatki o opravljenih postopkih mediacije.

#### **4. ZAKLJUČEK**

Odločitev, da se v Zakon o pacientovih pravicah vnese kot ena od možnosti reševanja sporov tudi mediacija, je na vsak način pohvalna. Mogoče si je sicer predstavljati, da možnost reševanja sporov z mediacijo ne bi bila omejena le na drugo obravnavo. V zvezi s podrobnostjo pravilnika velja omeniti, da na splošno velja, da večja normativna regulacija zmanjšuje fleksibilnost postopka in avtonomijo volje strank, kar je temeljna značilnost mediacije. Navedeno pa ne zmanjšuje pomembnosti odločitve, da se mediacija tudi v Zakonu o pacientovih pravicah opredeli kot ena od poti do reševanja sporov med pacienti in izvajalci zdravstvenih storitev. Iz pravilnika je videti, da je bil ta sprejet po Zakonu o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah, saj nekatere rešitve temeljijo na tem zakonu. Pravilo, po katerem se stranke v dogovoru o mediaciji zavežejo, da v času mediacije ne bodo sprožile sodnega ali arbitražnega postopka (9. člen), pa je strožje od določbe Zakona o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah, ki tak dogovor sicer dopušča, ga pa ne nalaga kot obveznega. Tak dogovor zaustavlja nepotrebno hitenje na sodišča. Zakon o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah, ki je uporaben na širokem področju sporov, strankam zagotavlja, da se v času mediacije ne morejo izteči zastaralni in prekluzivni roki. Strank torej ne more doleteti, da bi zaradi udeležbe v mediaciji izgubila možnost reševanja spora v sodnem postopku, če se mediacija ne konča s sklenitvijo sporazuma.

Ministrstvo za pravosodje bo alternativnemu reševanju sporov posvetilo posebno pozornost. Trenutno že pripravljamo osnutek novega zakona, s katerim želimo že v prihodnjem letu uzakoniti obveznost prvostopnih sodišč, da v civilnih, družinskih, gospodarskih in delovnih sporih obvezno ponudijo vsaj en program alternativnega reševanja spora. Sodišča bodo lahko tovrstne programe organizirala sama, ali pa bodo sklepala pogodbe z ustreznimi izvajalci. V nadaljevanju se bomo posebej posvetili tudi izvensodnemu reševanju sporov. Izkušnje iz postopkov mediacije na podlagi Zakona o pacientovih pravicah nam bodo pri načrtovanju nadaljnjih korakov nedvomno v veliko pomoč.

**LITERATURA:**

- Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP, Ur. l. RS, št. 15/2008 z dne 11.2.2008)
- Pravilnik o mediaciji v zdravstvu (Ur. l. RS, št. 77/2008 z dne 28.7.2008)
- Bela knjiga o mediaciji (Društvo mediatorjev Slovenije in strokovnjaki s področja mediacije; dostopna na spletnih straneh: [www.slo-med.si](http://www.slo-med.si))
- Simona Mlakar: Ali potrebujemo nove načine reševanja sporov?; članek objavljen v reviji ISIS, januar 2008; revija dostopna na spletnih straneh: [www.zzs-mcs.si](http://www.zzs-mcs.si))
- mag. Milena Remic: Z mediacijo do uspešnega dela z bolniki; članek dostopen na spletnih straneh: [www.med.over.net](http://www.med.over.net))



## REFORMA ZDRAVSTVENIH JAVNIH SLUŽBI U MAKEDONIJI

### SPREMEMBA ZDRAVSTVENIH JAVNIH SLUŽB V MAKEDONIJI

#### THE TRANSFORMATION OF PUBLIC HEALTH SERVICES IN MACEDONIA

UDK: 351.71:614(497.7)

*Dr. Borče DAVITKOVSKI, univ. dipl. pravnik*

*Redni profesor*

*Pravna fakulteta „Justinijan Prvi“ Univerze »Sv. Kiril i Metodij«, Skopje, Makedonija*

#### **POVZETEK**

*Sprejem Zakona o gospodarskih družbah je odprl proces transformacije javnega sektorja u Republici Makedoniji. Gre za privatizacijo javnih služb, vendar ne samo za njihovo lastniško transformacijo, temveč hkrati za funkcionalno decentralizacijo pri izvrševanju teh dejavnosti. Na ta način je končno, prenehal veljati Zakon o združenem delu. Podana je zakonska podlaga za povečanje učinkovitosti in kvalitete javnih ustanov na področju izobraževanja, znanosti, zdravja, otroškega varstva in drugih dejavnosti, ki so z zakonom predvidene kot javne službe. Na področju zdravstva se spremembe pravnega statusa javnih zdravstvenih ustanov, njihovega funkcioniranja, kakor tudi lastniška transformacija izvajajo preveč parcialno in segmentarno, kar očitno odstopa od splošnega koncepta reform in spreminjanji javnih služb v Makedoniji. Zato na področju zdravstva ni bil narejen ustrezen premik v pozitivni smeri razvoja zdravstvenih storitev, kar se odraža na slabem položaju pacientov, ki uporabljajo storitve javnih zdravstvenih ustanov.*

#### **KLJUČNE BESEDE**

*Privatizacija, transformacija, zdravstvo, javne usluge, pacienti.*

#### **ABSTRACT**

*The adoption of the Societies Law is finally opening the process of transforming the public sector in the Republic of Macedonia. The subject is in the privatization of public services, but not only in their ownership transformation, but also functional decentralization in the execution of these activities. In this way, finally, the Law on Associated Labor expires and opens up the possibility of increasing the efficiency of public institutions and strengthening service delivery in education, science, culture, health, child protection and other activities defined by law as a public service. Only in the field of health care partial and segmental changes are carried out, both in the legal status of public health institutions, their functioning, and in the ownership transformation, which is obviously different from the general concept of reform and transformation of public services in Macedonia. This fact shows again that in the health care field none shift has been made towards the development of health services, what in extreme cases mostly reflects in a worse position for patients who use the services of public health institutions.*

## KEY WORDS

*Privatization, transformation, health service, public actions, patients.*

## 1. UVOD

Ustanove i njihov pravni status u Makedoniji, kao zasebno pravno područje, dosad nije bilo pravno regulisano. Naime, pravni položaj organizacija posebnog društvenog interesa, ili t.z. neprivrednih organizacija opredeljivao se na osnovu Zakona o udruženom radu. I pored toga što su u oblasti privrede doneti više propisa koji regulišu pravni status privrednih organizacija (Zakon o preduzećima, Zakon o javnim preduzećima, Zakon o trgovačkim društvima i dr.), u oblasti javnog sektora nije postojao jedan opšti ili generalni zakon koji bi regulirao pravni status organizacija javnog interesa (terminologija prihvaćena Ustavom Republike Makedonije). Tačno je da je bilo pokušaja da se putem posebnih (specijalnih) zakona koji regulišu određenu oblast javnog interesa (nauka, obrazovanje, pre svega, visoko obrazovanje, zdravstvo itd.) definišu subjekti koji vrše javne usluge kao javne službe, ali je ipak nedostajao konzistentan koncept o pravnom položaju i statusu ovih subjekata, t.j. ustanova. Zato je donošenje Zakona o ustanovama ustanovljeno kao jedan od prioriteta Strategijom o reformi javne administracije koju je Vlada Republike Makedonije donela još u maju 1999 godine. Konačno, posle šest godina od utvrđivanja ovog prioriteta, Skupština Makedonije je u maju 2005 usvojila Zakon o ustanovama.<sup>1</sup>

U daljnjem izlaganju biće posvećena posebna pažnja odredbama ovog Zakona kojima se određuje novi pravni status ustanova, a koje jednovremeno predstavljaju i osnov za predstojeću privatizaciju javnog sektora.

## 2. POJAM, TIPOLOGIJA I DELATNOST USTANOVA

Ustanova predstavlja forma organizovanja zbog vršenja javnih usluga kao netrgovačka (neprivredna) delatnost koja zakonom može biti utvrđena kao delatnost javnog interesa. Ustanove se mogu podeliti polazeći od dva kriterijuma:

1. prema subjektu (osnivaču);
2. prema delatnosti.

U okviru prve grupe razlikuju se:

- a) Javna ustanova koju može osnivati Republika Makedonija sredstvima u državnoj svojini kao državnu (nacionalnu) ustanovu, zatim opština ili grad Skoplje sredstvima jedinice lokalne samouprave kao opštinsku, odnosno gradsku javnu ustanovu. Državna javna ustanova osniva se zakonom Skupštine, odnosno odlukom Vlade. Za osnivanje javne ustanove lokalnog karaktera potrebna je odluka saveta opštine, t.e. grada;
- b) Privatna ustanova koja se može osnivati sredstvima privatne svojine domaćih i inostranih pravnih i fizičkih lica. Da bi se privatni subjekat javio kao osnivač/suosnivač ustanove potrebno je da ispunjava uslove propisane zakonom, kao i da dobije

---

<sup>1</sup> Služben vesnik na RM, br.32/05

dozvolu za rad nadležnog ministarstva, a kada je reč o inostranom subjektu, potrebno je ovu dozvolu dobiti od Vlade Republike Makedonije;

- c) Mešovita ustanova koja se osniva sredstvima države, opštine ili grada zajedno sa sredstvima privatne svojine domaćeg ili inostranog pravnog ili fizičkog lica. U ovom slučaju suosnivači mešovite ustanove sticaju osnivački udeo u ustanovi.

Druga podela ustanova polazi od njihove delatnosti, pa razlikujemo: obrazovanje (škola, univerzitet, fakultet, viša škola, itd; nauka (institut i dr.); zdravstvo (klinički centar, bolnica, medicinski centar, klinika, medicinski zavod, dom zdravlja, apoteka, ordinacija, prirodno lečilište itd.); socijalna zaštita (socijalna ustanova, obdanište, dečji vrtić, dom penzionera i dr.); kultura (kulturni dom, pozorište, opera, balet itd.); dečja zaštita: zaštita osoba sa telesnim ili mentalnim nedostacima i druge delatnosti koje su zakonom utvrđene kao javne usluge. Važno je naznačiti da jedna ustanova može vršiti više od jedne delatnosti utvrđene zakonom.

### **3. OSNIVANJE, AKTI, STATUSNE PROMENE I PRESTANAK USTANOVA**

Da bi se osnivala ustanova, potrebno je ispuniti sledeće uslove:

- 1) Utvrditi elaborat za odgovarajuću delatnost ustanove kojim osnivač garantuje da će obezbediti:
  - a. potreban broj stručnih kadrova koji ispunjavaju uslove za obavljanje delatnosti, a koji će zasnivati radni odnos;
  - b. odgovarajuće objekte i opremu za obavljanje delatnosti;
  - c. zaštitu pri rad zaposlenih;
  - d. zaštitu korisnika javnih usluga;
  - e. druge uslove za obavljanje delatnosti utvrđene zakonom.
- 2) Finansijskim planom obezbediti ili dati garanciju o obezbeđenju određenog nivoa finansiranja delatnosti ustanove.
- 3) Osnivač privatne ustanove ima obavezu da priloži kvalitetnu finansijsku i drugu garanciju da će biti sposoban kontinuirano i besprekidno da obavlja javne usluge, kao i da nadoknadi štetu koja može biti učinjena korisnicima javnih usluga, ukoliko ustanova prekine sa radom.

Ovi se uslovi za osnivanje ustanova i obavljanje delatnosti bliže utvrđuju normativima i standardima koje donosi nadležni ministar na predlog profesionalne komore ili drugog organa ili organizacije utvrđene zakonom.

Postupak osnivanja ustanove sadrži sledeće faze:

1. Donošenje akta za osnivanje sa strane osnivača koji sadrži: naziv osnivača, ime i sedište ustanove, delatnost ustanove, trajni izvori sredstava, prava i obaveze osnivača, međusobna prava i obaveze osnivača i ustanove, vreme za koje je ustanova obrazovana, njena prava i dužnosti u pravnom prometu, odgovornost osnivača za dugove ustanove, organizacija ustanove, imenovanje članova organa upravljanja, rok za donošenje statuta i imenovanje direktora, način raspolaganja viškom prihoda, i odredbe o drugim pitanjima. Pored akta za osnivanje, osnivač dostavlja još:
  - a) Elaborat za osnivanje ustanove;

- b) Dokumentat za obezbeđivanje prostorija saglasno normativima i standardima;
- c) Spisak opreme i sredstava za obavljanje delatnosti;
- d) Lista stručnjaka za obavljanje delatnosti;
- e) Dokaz o obezbeđenju kvalitetne finansijske garancije;
- f) Ugovor o zajedničkom osnivanju ukoliko ustanovu osnivaju više lica.

Znači, osnivač dostavlja akt za osnivanje, zajedno sa elaboratom i dopunskom dokumentacijom nadležnom ministarstvu da bi na osnovu toga dobio dozvolu za rad, osim kada se osnivanje ustanove vrši zakonom ili vladinom odlukom.

2. Dalje, nadležno ministarstvo ima rok od 30 dana da bi izdalo rešenje za početak rada ustanove.

3. Na osnovu tog rešenja, nadležno ministarstvo i osnivač ustanove zaključuju upravni ugovor, kojim se bliže utvrđuju način obavljanja delatnosti od javnog interesa i međusobna prava i obaveze davaoca i korisnika dozvole za rad.<sup>2</sup>

4. Zatim, osnivač podnosi zahtev nadležnom ministarstvu da bi se izvršio uvid o ispunjenju uslova za početak rada ustanove.

5. Kada rešenje postane pravosnažno, osnivač podnosi zahtev za upis ustanove u odgovarajući registar ustanova koji predstavlja javnu knjigu i vodi se kod nadležnog ministarstva.

6. Sledeće je konstituiranje organa ustanove i donošenje statuta ustanove.

7. Zadnja faza osnivanja ustanove je upis u sudski registar.

Kada svi ovi uslovi budu ispunjeni, ustanova može započeti sa radom. Osnovni akt ustanove je statut koji zbog javne dostupnosti mora biti objavljen u službenom glasilu Makedonije. Zakon o ustanovama propisuje nekoliko mogućnosti statusnih promena ustanove. Naime, osnivač može odlučiti: da se ustanova pripoji ka drugoj ustanovi; da se dve ili više ustanova spoje u jednu; da se ustanova podeli na dve ili više ustanova; da se deo ustanove (organizaciona jedinica) pripoji ka drugoj ustanovi ili da se organizuje kao samostalna ustanova. Zakonski osnovi za prestanak ustanove su: utvrđivanje ništavnosti upisa ustanove u sudski registar, izricanje zabrane obavljanja delatnosti, i na kraju, oduzimanje dozvole za obavljanje delatnosti. U slučaju da je prestala potreba odnosno uslovi za obavljanje delatnosti ili ustanova nije obezbedila vlastite izvore sredstava, osnivač može doneti odluku o njenom prestanku. Ustanova će naravno prestati da postoji i ukoliko se pripoji ili spoji sa drugom ustanovom, ili podeli na više ustanova ili se preobrazi u trgovačko društvo. Privatne ustanove mogu prestati da postoje i u uslovima stečaja.

#### **4. ORGANI USTANOVE**

Kao organi ustanove javljaju se: upravni odbor (organ upravljanja), direktor, organ unutrašnje kontrole (organ kontrole), i drugi organi utvrđeni zakonom i statutom ustanove. U ustanovi se može formirati i organ o zaštiti prava korisnika javnih usluga. Aktom za osnivanje, osnivač može predvideti da se ne formiraju organi upravljanja, nego da se upravljanje prepusti

---

<sup>2</sup> Više o upravnom ugovoru kao pravnom institutu: A. Pavlovska-Daneva, „Upravni ugovori“, doktorska disertacija, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“, Skoplje, 2004; B. Davitkovski, A. Pavlovska-Daneva, „Upravni ugovori 'potreba ili nužnost', Pravnik br. 107-108, Udruženje pravnika iz oblasti privrede Republike Makedonije, Skoplje, mart-april 2001.



menadžerskom timu ili menadžeru. U tim uslovima, osnivač sa menadžerskim timom, t.j. sa menadžerom zaključuje menadžerski ugovor koji ima karakter upravnog ugovora.

Zakon o ustanovama predviđa mere zaštita javnog interesa u ustanovama. Tako, u slučaju narušenog procesa rada, odnosno obavljanja delatnosti ustanove, ili zbog neispunjenja zakonskih obaveza, osnivač može preduzeti određene mere kojima se obezbeđuju uslovi neporemećenog rada ustanove: razreši direktora; raspustiti organ upravljanja; raspustiti nadzorni odbor; promeniti organizaciju ustanove; zaustaviti izvršenje akta ustanove koji je protivzakonit; suspendirati akt ustanove kojim se dovodi u neizvesnost ostvarivanje osnovnih funkcija ustanove; preduzeti i druge mere utvrđene posebnim zakonom kojim se uređuju uslovi i način obavljanja određene delatnosti javnog interesa.

## **5. NADZOR USTANOVE**

Nad ustanovom se vrše više tipova nadzora:

1. Nadzor zakonitosti rada i akata ustanove vrši nadležno ministarstvo. Ukoliko nadležni ministar utvrdi da ustanova radi suprotno zakonu kojim se uređuje obavljanje delatnosti zapisnikom će ustanovi ukazati na konstatovanu nezakonitost i dati joj rok za otklanjanje nezakonitosti koji ne može biti kraći od šest meseci. Ukoliko ustanova u datom roku ne postupi saglasno ukazivanju, nadležni ministar može doneti rešenje o privremenom prekidu rada ustanove za šta će obavestiti osnivača.
2. Nadzor ustavnosti i zakonitosti opštih akata ustanove. Ukoliko opšti akt ustanove nije u saglasnosti sa ustavom ili zakonom, nadležni ministar može suspendirati akt i pri tom je dužan da pokrene postupak o oceni ustavnosti i zakonitosti akta kod Ustavnog suda Republike Makedonije.
3. Nadzor izdavanju javnih isprava. Ukoliko nadležno ministarstvo ustanovi da je ustanova izdala javnu ispravu suprotno zakonskim odredbama, donosi rešenje o poništenju javne isprave koje se objavljuje u sredstvima javnog informisanja i podnosi javnom tužiocu prijavu za krivični progon odgovornog lica.
4. Nadzor materijalno-finansijskog rada ustanove vrše nadležno ministarstvo i organi državne revizije.
5. Stručni nadzor vrše specijalizovane stručne organizacije i stručna lica opredeljeni sa strane nadležnog organa utvrđen zakonom.

## **6. VLASNIČKA TRANSFORMACIJA (PRIVATIZACIJA) USTANOVA<sup>3</sup>**

O vlasničkoj transformaciji i privatizaciji stvari ustanova, Zakon predviđa osnivanje novog tela – Odbor o vlasničkoj transformaciji javnih službi Republike Makedonije (u daljem tekstu biće upotrebljavan termin Odbor za privatizaciju). Ovo će telo sačinjavati ministri nadležnih ministarstva iz oblasti: obrazovanja, nauke, kulture, zdravlja i socijalne zaštite, dečje zaštite i invalidske zaštite. Predsednik odbora za privatizaciju biće jedan od potpredsednika Vlade Republike Makedonije. U radu Odbora za privatizaciju učestvovati će i predstavnik većinskog sindikata bez prava na odlučivanje. Da bi se smanjili troškovi rada, organizacione i druge

---

<sup>3</sup> Više o ovome: T. Beličanec, "Privatizacija ustanova", Delovno pravo, br.3/4, Skoplje, 2001, str.105-122

stručne poslove obavljat će Ministarstvo ekonomije. Nadležnost, organizacija i rad Odbora za privatizaciju i poslovi kojih će obavljati Ministarstvo ekonomije biće uređeni odlukom Vlade.

Postupak privatizacije sastoji se iz osnovnih faza:

1. Priprema i usvajanje programa o načinu ostvarivanja privatizacije (kojim se utvrđuju subjekat, predmet i način privatizacije);
2. Revizija godišnjeg računa (koju vrše državni revizori i koji će utvrđivati finansijsko stanje subjekta privatizacije);
3. Procena vrednosti subjekta privatizacije (primenom metodologije za procenu preduzeća sa društvenim kapitalom);
4. Donošenje odluke o privatizaciji sa strane nadležnog ministra. Odluka o privatizaciji sa preobražajem javne ustanove u privatnu ustanovu, po predlogu nadležnog ministra, donosi osnivač, a to znači Skupština ili Vlada Republike Makedonije.

## **7. NAČINI PRIVATIZACIJE – MODELI (TEHNIKE) PRIVATIZACIJE**

Saglasno Zakona o ustanovama, privatizacija se može izvršiti po jednom od sledećih šest modela, odnosno tehnika privatizacije:

### **7.1. Transformacija javne ustanove u privatnu ustanovu**

Odluka o preobražaju javne ustanove u ustanovu javne koristi, po predlogu nadležnog ministra, donosi osnivač. Saglasnost predloga daje Vlada Republike Makedonije. Pre nego što se odluka o preobražaju ustanove donese, zapošljenima u ustanovi koja se privatizuje biće ponuđeno da je kupe. Ako zaposleni odbiju da iskoriste pravo na prioritet pri otkupu, osnivač će sprovesti otvoreni poziv za izbor najpovoljnijeg ponudioca. Pravo da otkupuju udele u ustanovi koja se privatizuje imaju svi zapošljeni u njoj pod jednakim uslovima.

### **7.2. Transformacija javne ustanove u trgovačko društvo**

Kada se javna ustanova, bez likvidacije, saglasno Zakona o ustanovama transformira u trgovačko društvo, jednovremeno sa transformacijom može se sprovesti i postupak privatizacije. U ovom slučaju primenjuju se odredbe Zakona o trgovačkim društvima.

### **7.3. Organiziranje delova javnih ustanova u trgovačko društvo**

U okviru racionalizacije delatnosti javnih usluga, osobenog je značaja, izdvojiti trgovačke delatnosti koje se mogu ostvarivati različitim režimom od onog pod kojim se ostvaruje javna služba. Zato je Zakonom predviđena mogućnost da se delovi imovine i sredstava, zajedno sa zapošljenima koji obavljaju finansijske, računovodstvene, pravne, administrativnotehničke i druge pomoćne poslove, održavanje higijene, servisne i transportne usluge, priprema i distribucija hrane (restorani, menze i sl.), smeštaj (domovi), ili obavljaju drugu trgovačku delatnost, organizuju kao društvo sa ograničenom odgovornošću, ili kao akcionarsko društvo i da se istovremeno sprovede postupak njihove privatizacije.

#### **7.4. Prodaja udela u mešovitoj ustanovi**

Kad suosnivač mešovite ustanove, ustanovi da je njegov interes da bude suosnivač prestao, može svoj udeo da proda ostalim suosnivačima. Ako svi oni odbiju da kupe udeo, sprovesti će se postupak za izbor najpovoljnijeg ponudioca.

#### **7.5. Prodaja deo prostora ili opreme javne ustanove**

Zakon predviđa mogućnost t.z. delimične privatizacije ustanove onog dela koji joj nije potreban za obavljanje delatnosti. Naime, osnivač može prodati deo prostora, opreme i ostale imovine koji su pogodni za vršenje javnih usluga, pravnim i fizičkim osobama koje ispunjavaju zakonske uslove utvrđene zakonom kojim se uređuje obavljanje javne delatnosti. Najpre, prodaja biće ponuđena zapošljenima u organizacionom delu gde se predmet prodaje nalazi. Ukoliko oni odbiju da iskoriste pravo prvenstva kupovine, nadležno će ministarstvo raspisati otvoreni poziv za izbor najpovoljnijeg ponudioca. Po pravosnažnosti odluke o prodaji nadležno ministarstvo i kupac zaključuju ugovor o prodaji kojim se bliže utvrđuju cena i međusobna prava i obaveze ugovornih strana. Ugovornim odredbama koje se odnose na obavljanje javnih usluga primenjivaće se odredbe zakona koje se odnose na upravni ugovor. Cilj kupovine deo prostora, opreme i druge imovine može biti samo daljnje vršenje javnih usluga, što znači da se ne mogu upotrebljavati za obavljanje neke druge delatnosti ili postizanje drugih ciljeva. Zbog ovog ograničenja, kupac može preuzeti u vladavinu predmet prodaje tek posle dobijanja dozvole za vršenje javne usluge. I ne samo to. Kupac je dužan obezbediti kontinuitet u pružanju javne usluge. To može uraditi samostalno ili zajedno sa javnom ustanovom od koje je predmet prodaje kupljen ili sa drugim javnim ustanovama. Uslove i način obezbeđenja kontinuiteta utvrđuju se zaključenim ugovorom. Kupac ne može promeniti delatnost koja se obavljala predmetom prodaje, niti može predmet dati u zakup ili podzakup bez saglasnosti nadležnog ministarstva. Ako kupac nije ustanova, dužan je osnivati ustanovu i dobiti dozvolu za rad.

Ukoliko ove uslove ne ispuni u određenom roku, ili ne obezbedi kontinuitet vršenja javne usluge, ili promeni delatnost koja se obavljala predmetom prodaje, ili opremu (imovinu) da u zakup ili podzakup bez saglasnosti ministarstva, ugovor o prodaji biće se raskinut silom zakona. Radni odnos zapošljenih u javnoj ustanovi koji su radili sa predmetom prodaje prestaje danom ulaska ugovora u silu. Zapošljeni će produžiti da rade kod novog vlasnika. Zasnivanje radnog odnosa obavlja se zasnivanjem radnog odnosa sa preuzimanjem na neodređeno vreme. Ova se zaštita obezbeđuje samim ugovorom o prodaji.

#### **7.6. Zakup je specifičan model vlasničke transformacije**

U ovom slučaju, ne menja se vlasništvo već, privatizira se vršenje javne usluge. U zakupu se mogu dati objekti i oprema koji predstavljaju organizacione celine u kojima će moći da se obavlja vršenje javne usluge. I ovaj put, pravo prvenstva imaju zapošljeni, a ukoliko odbiju da iskoriste pravo, nadležno će ministarstvo u svojstvu zakupodavca objaviti otvoreni poziv za izbor najpovoljnijeg ponudioca. Osnovna obaveza zakupca posle dobijanja dozvole za rad, sastoji se u obezbeđenju kontinuiteta vršenja javne usluge. To znači da on ne sme promeniti delatnost koja je bila obavljana u delu ustanove ili sredstvima ustanove koji su predmet

zakupa, niti da ih daje u podzakup bez saglasnosti zakupodavca. Jedno od najznačajnijih pitanja čije je uređivanje predviđeno ugovorom o zakupu je pitanje zakupnine. Zakupac je dužan plaćati zakupninu koja predstavlja prihod zakupodavca (nadležnog ministarstva). Međutim, sredstva od zakupnine imaju određenu namenu: oni se mogu koristiti samo tekovno i investiciono održavanje objekata i opreme.

Zakupodavac utvrđuje visinu zakupa prostorija, objekata i opreme, kao i način plaćanja i skupljanja zakupnine, a na osnovu jedinstvenih kriterijuma utvrđenih aktom Vlade. Zakupac je dužan da preuzme na neodređeno vreme sve zapošljene koji su bili raspoređeni na radna mesta u predmetu zakupa, i pri tom njihov radni odnos ne može prestati na osnovu tehnološkog viška.

## **8. PRIMERI PRIVATIZACIJE JAVNIH ZDRAVSTVENIH USTANOVA U MAKEDONIJI**

Zakonom o izmeni Zakona o zdravstvenoj zaštiti propisuju se nekoliko modela privatizacije određenih zdravstvenih oblasti, koji su predviđeni Zakonom o ustanovama, ali „prilagođeni“ zdravstvenoj delatnosti. Na žalost, neizbežan je utisak da je ovaj Zakon „namenski“ koncipiran i da se njime pokušava izvršiti privatizacija (putem zakupa) tačno određenih objekata i nekoliko posebnih oblasti u celokupnoj zdravstvenoj delatnosti.

Tako, Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o zdravstvenoj zaštiti<sup>4</sup> predviđa se klasična privatizaciju postojećih javnih apoteka, koji se mogu u celini ili u određenim delovima, kao i delovi domova zdravlja i medicinskih centara u kojima se obavlja farmaceutska delatnost mogu osnovati kao privatne zdravstvene ustanove za obavljanje ove delatnosti na osnovu odluke koje donosi Vlada po predlogu ministra zdravlja. Sa druge strane, ukoliko se privatizacija javnih apoteka vrši u delovima, onda, oni delovi u kojima se ne obavljaju javne usluge, nego administrativno-pravni, finansijski, tehnički i pomoćni poslovi mogu se privatizirati i organizovati kao trgovačka društva saglasno odredbama Zakona o trgovačkim društvima.

Potrebno je naglasiti da je predmet privatizacije ukupno procenjena vrednost javne apoteke, a troškovi procene padaju na teret kupaca. Interesantno je pitanje o načinu deobe ukupno procenjene vrednosti. Tako, privatizacija se vrši na način koji predviđa da se od ukupno procenjene vrednosti:

1. 5% odstupaju besplatno zaposlenima. To važi za one zaposlene koji su taj status imali kada je stupila u snagu odluka Vlade o privatizaciji.
2. 20% otkupljuju po povlašćenim udjelima sa strane zaposlenih. Osnovni je popust 30% nominalne procenjene vrednosti udela povećana za 1% za svaku punu godinu radnog staža u javnoj apoteci sa strane:
  - a) zaposlenih u javnoj apoteci koja se privatizira ukoliko su radili najmanje dve godine pre donošenja vladine odluke;
  - b) osoba čiji je radni odnos prestao u javnoj apoteci koja se privatizira, a u njoj su neprekidno radili najmanje dve godine;
  - c) penzionisanih radnika koji su u javnoj apoteci koja se privatizira neprekidno radili najmanje dve godine. Ovaj iznos kupljenog udela sa popustom pojedinačno, ne može biti viši od 30% od udela koji se prodaje sa popustom, ali ne više od 12.500 eura.

3. 75% prodaju na javnoj berzanskoj aukciji sa početnom prodajnom cenom udela koja ne može biti niža od njegove nominalne vrednosti. Ukoliko udeo ne bude prodat na javnoj berzanskoj aukciji u roku od 60 dana od dana njegove prve ponude, onda se javna apoteka može dati u zakup.

Imaoci udela koji su otkupili udele javne apoteke saglasno navedenih uslova, zaključuju ugovor za osnivanje privatne apoteke kojim uređuju međusobna prava i obaveze, kao i ugovor (koji bi trebao imati karakter upravnog ugovora) sa Ministarstvom zdravstva sa kojim se pre svega uređuje način obavljanja delatnosti i obaveza kontinuiteta rada. Privatna je apoteka dužna da preuzme zaposlene koji su taj status imali na dan donošenja vladine odluke o privatizaciji i njima ne može prestati radni odnos na osnovu tehnološkog viška u roku od jedne godina od dana upisa privatne apoteke u sudski registar. Sredstva koja su ostvarena privatizacijom javnih apoteka su prihod Budžeta Republike Makedonije, bez obaveze da se investiraju u zdravstvenu delatnost.

Zakon o izmenama i dopunama Zakona o zdravstvenoj zaštiti<sup>4</sup> predviđa da se objekti, oprema i delovi javnih apoteka koji se nisu privatizovali, kao i prostor, oprema i delovi zdravstvenih organizacija u kojima se vrši primarna stomatološka delatnost (osim one koje pružaju zaštitu deci do 14 godina i one koje vrše hitnu stomatološku zdravstvenu zaštitu), mogu dati u zakup, pod uslovom da se osniva privatna zdravstvena ustanova za obavljanje predviđene delatnosti. Kao zakupci mogu se javiti jedan ili više zdravstvenih radnika koji su pre dana donošenja ovog zakona bili raspoređeni na radnom mestu u organizacionoj jedinici koja se uzima u zakup.

Zakupac je dužan da preuzme sve zapošljene u organizacionoj jedinici koja se uzima u zakup. Ukoliko takvih nema, dužan je da za svakog farmaceuta, t.j. stomatologa preuzme iz javne zdravstvene organizacije najmanje po jednog zdravstvenog radnika sa srednjim obrazovanjem. Njima ne može prestati radni odnos na osnovu tehnološkog viška sledećih 5 godina od dana preuzimanja. Takođe, zakupac ne može promeniti delatnost organizacione jedinice koju je uzeo u zakup, niti je dati u podzakup. Njegova je obaveza obezbediti kontinuitet vršenja delatnosti.

Što se tiče procedure davanja javnih apoteka i stomatoloških ordinacija u zakup, ona započinje donošenjem programe sa strane ministra zdravlja, a na predlog javnih zdravstvenih ustanova. Na osnovu te programe, javna ustanova raspisuje konkurs za davanje u zakup organizacionih jedinica. Posle sprovođenja konkursa, ministar zdravlja izdaje rešenje o zakupu. Kada rešenje postane konačno, ministarstvo i zakupac zaključuju ugovor kojim se regulišu njihova međusobna prava i obaveze. Na osnovu tog ugovora zakupac je dužan da osniva privatnu zdravstvenu ustanovu. Za razliku od prodaje ustanova kada se sredstva slivaju u republičkom Budžetu, zakupnina se uplaćuje na posebnom računu Ministarstva zdravlja sa namenom za razvoj i investiciono održavanje objekata i opreme.

Krajem septembra 2005 godine Skupština Republike Makedonije je još jednom donela izmene i dopune Zakona o zdravstvenoj zaštiti<sup>5</sup> (Sl. Vesnik, br.84-oktobar 2004) kojim se dorazrađuju ranije izmene u oblasti zdravstva i gde se favorizuje zakup kao model privatizacije zdravstvene delatnosti. Na taj način, po drugi put napušta se osnovni koncept privatizacije javnih ustanova

---

<sup>4</sup> Služben vesnik na RM, br. 10/04.

<sup>5</sup> Služben vesnik na RM, br. 84/04.

utvrđen Zakonom o ustanovama kojim se predviđaju više oblika (modela) privatizacije javnih službi. Ozbiljna odstupnica od generalnog pravila je odredba kojom se utvrđuje da je samo ministar zdravlja nadležan da odlučuje o privatizaciji zdravstvenih delatnosti u Makedoniji, i pored toga što su Zakonom o ustanovama predviđeni kao nadležni organi – Odbor privatizacije i Vlada. Ovakav segmentiran način regulisanja procesa privatizacije javnih službi u Makedoniji može dovesti do napuštanja jedinstvenog koncepta reforme javne administracije, što će u krajnjoj liniji prouzrokovati različiti pravni i faktički položaj postojećih javnih ustanova posle procesa njihove privatizacije. Smatramo da ovakve parcijalne reforme koje još uvek produžuju da se ostvarivanu, neće dovesti do ostvarivanja osnovnog cilja - korenite reforme u javnoj administraciji, kao i približavanje i harmonizacija našeg javnog sektora sa standardima Evropske unije.

## LITERATURA

- Beličanec, T.: "Privatizacija ustanova", Delovno pravo, br. 3/4, Skoplje, 2001  
Davitkovski, B., Pavlovska-Daneva, A.: "Upravni ugovori ' potreba ili nužnost", Pravnik br. 107-108, Udruženje pravnika iz oblasti privrede Republike Makedonije, Skoplje, mart-april 2001  
Pavlovska-Daneva, A.: „Upravni ugovori“, doktorska disertacija, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“, Skoplje, 2004
- Zakon o izmenama i dopunama Zakona o zdravstvenoj zaštiti (Služben vesnik na RM, br. 10/04)  
Zakona o zdravstvenoj zaštiti, (Služben vesnik na RM, br. 84/04)  
Zakon o ustanovama (Služben vesnik na RM, br. 32/05)

## SPECIALISTI MEDICINSKOG PRAVA

## SPECIALISTI MEDICINSKEGA PRAVA

## MEDICAL LAW SPECIALISTS

UDK: 6:34

*Dr. Jozo ČIZMIĆ, univ. dipl. pravnik  
Redni profesor  
Pravna fakulteta Univerze v Splitu, Hrvatska*

### **POVZETEK**

*Avtor poudarja, da imata pravo in medicina mnogo stičnih točk, vendar pa med njima prihaja tudi do navzkrižij. Medicinsko pravo predstavlja idealno kombinacijo obeh, saj zajema pravne aspekte zdravstvenih dejavnosti, vse subjekte, razmerja in postopke, na katere pravo veže določene učinke, pravice in/ali dolžnosti. Na tem področju imata pravo in medicina pomembno skupno točko in to je ohranitev človekovih najpomembnejših dobrin, in sicer življenja, telesa, zdravja ter človeškega dostojanstva.*

### **KLJUČNE BESEDE**

*Medicinsko pravo, pacientove pravice, sodna medicina, bioetika.*

### **ABSTRACT**

*The author stresses, that medicine and law have many common points, but they also have some collisions. Medical law presents ideal combination of both, because it contains legal aspects of health services, subjects, relations and procedures on which the law binds concrete effects rights an/or duties. On this area, law and medicine have important common point and this is saving the basic human goods. This are: life, body, health and human dignity.*

### **KEY WORDS**

*Medical law, patient's rights, forensic medicine, bioethics.*

### **1. UVOD**

Živimo u vremenu u kojemu je uobičajeno i nužno da se u znanstvenom i praktičnom pristupu bilo kojem problemu prilazi multidisciplinarno. U tom smislu postoji niz područja u kojima se medicinska i pravna znanost i praksa isprepliću i nužno koegzistiraju. Naveli bismo, primjerice, samo neka područja kojima se može i mora pristupiti i s medicinskog s pravnog aspekta, a pri tome je potpuno nevažno je li u konkretnom predmetu veći udio medicine ili prava: nesavjesno liječenje; samovoljno liječenje; nepružanje liječničke pomoći, nadriliječništvo, izumi i tehnička unapređenja stvoreni u zdravstvu, patentiranje gena, ljudski genom; davanje i primanje mita; zadržavanje u zdravstvenoj ustanovi protiv volje pacijenta; pravna zaštita života; pravna zaštita genetskog identiteta i privatnosti; dužnost liječnika da pacijenta izvijesti

o rizicima operacije i pristanak pacijenta na operaciju; nepristajanje pacijenta na medicinsku intervenciju iz vjerskih pobuda; transplatacija dijelova ljudskog tijela; odgovornost liječnika i zdravstvene ustanove zbog sekundarnih šteta; odgovornost za štete nastale uporabom medicinskih tehničkih uređaja; ograničenje odgovornosti zbog štete; liječnička grešaka pri određivanju dijagnoze i terapije; osiguranje od profesionalne (liječničke) odgovornosti; fertilizacija in vitro i genetske intervencije; izdavanje lijekova i odgovornost ljekarnika, nesavjesno postupanje pri pripremanju i izdavanju lijekova; dužnost liječnika da obznani vlastitu stručnu pogrešku; sloboda liječnika da izabere terapiju i njezina ograničenja; ispitivanje lijekova na ljudima; sudska psihijatrija i sudska medicina; liječnička tajna i neovlašteno otkrivanje profesionalne tajne; eutanazija; bioetika i biomedicinska istraživanja; protupravni prekid trudnoće; medicinska vještačenja; prenošenje zarazne bolesti; prenošenje spolne bolesti i dr.<sup>1</sup>

Pravo i medicina imaju puno zajedničkih točaka, a u nekima se čak i preklapaju. Zajednički cilj i medicine i prava jest humanost, jer se staraju o životu i zdravlju ljudi, svatko na svoj način.<sup>2</sup> Snažan i ubrzani razvitak medicine i znanosti o životu otvaraju značajna pitanja koja traže i pravnu regulaciju. U pitanjima života i smrti, zdravlja i bolesti, prava pacijenata i dužnosti/odgovornosti liječnika, razumljivo je da se sve više javlja i potreba za uređivanjem tih složenih pitanja putem pravnih normi.<sup>3</sup> Medicina u svom ubrzanom razvitku ide, u pravilu, ispred prava, pa se nužno nameće potreba konstantnog pravnog uređenja brojnih pitanja iz područja medicine.<sup>4</sup> Danas je uobičajeno da na području (bio)medicine pravna regulacija kasni za razvitkom društvenih odnosa što je ponajviše posljedica ekspanzije znanstveno-tehnoloških inovacija.<sup>5</sup> Time nastaju i tzv. pravne praznine pa značajni i prijeporni biomedicinski odnosi nisu obuhvaćeni pravnim normama, nego su kontrolirani ponajviše normativnom sviješću općeg morala i znanstvene i medicinske deontologije. Kašnjenje pravne intervencije na području biomedicine ima značajne negativne učinke za društvo u cjelini.<sup>6</sup> U cilju pravnog uređenja medicinske djelatnosti donose se novi propisi koje nameće medicinska praksa, brojna medicinska etička načela preuzimaju se i daje im se pravna snaga, pristupa se kodifikaciji prava pacijenata i sl.

Kontinuirani i brzi razvoj medicinskog prava, sve veći broj slučajeva i problema koji uznemiruju najširu javnost, u kojima zdravstveni djelatnici i pravnici ne mogu samostalno iznaći brzo i kvalitetno rješenje, nužno traži i odgovarajući proces naobrazbe polivalentnih stručnjaka koji će moći udovoljiti tom zahtjevu – specijalista medicinskog prava.

---

<sup>1</sup> Šire o tome kod ČIZMIĆ, J., Pojam, izvori i načela medicinskog prava, »Pravo i porezi«, god. XVI., 2007., br. 6, str. 25.-34.

<sup>2</sup> Usp. RADIŠIĆ, J. (2004). Medicinsko pravo, Beograd: Fakultet za poslovno pravo: Nomos, str. 5.

<sup>3</sup> Vidi ŠEPAROVIĆ, Z. (1998). Granice rizika – Etičkopravni pristupi medicini, 3. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb: Informator., str. 5.

<sup>4</sup> Tako JELAČIĆ, O. (1977). O nastavi iz sudske medicine na pravnim fakultetima, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, XIV, str. 236.

<sup>5</sup> Usp. VISKOVIĆ, N. (1995). Država i pravo, Zagreb: Birotehnika., str. 219.

<sup>6</sup> Tako i detaljnije o tome kod VISKOVIĆ, N. (1995). Bioetika i biomedicinsko pravo, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 32 (1-2), str. 78.-82.



## 2. MEDICINSKO PRAVO

### 2.1. Pojam

#### 2.1.1. Medicinsko pravo je grana prava koja se odnosi na medicinsku djelatnost<sup>7</sup>

U zadnjih nekoliko desetljeća medicinsko pravo postoji i afirmiralo se kao zasebna disciplina pravne znanosti i kao zasebna grana prava.<sup>8</sup> Medicinsko pravo čini skup pravnih pravila kojima se uređuje medicinska djelatnost, utvrđuje status osoba koje tu djelatnost obavljaju, kao i njihov odnos s korisnicima njihovih usluga,<sup>9</sup> odnosno kojima se uređuje zaštita prava čovjeka na zdravlje, zdravstvenu zaštitu i zdravstveno osiguranje, odgovornost i prava zdravstvenih djelatnika i zdravstvenih organizacija i organizacija zdravstva kao javne djelatnosti od posebnoga društvenog interesa.<sup>10</sup> Medicinsko pravo obuhvaća sve pravne aspekte zdravstvenih djelatnosti, sve subjekte, odnose i postupke za koje pravo vezuje određene pravne učinke, odnosno prava i/ili obveze. Na ovom području pravo i medicina se susreću i teže zajedničkom cilju – očuvanju čovjekovih najvrjednijih dobara: života, tijela, zdravlja i ljudskog dostojanstva, kao iznimno značajnog segmenta zaštite ljudskih prava.<sup>11</sup>

### 2.2. Medicinsko pravo u užem smislu

Medicinsko pravo (medical law, droit medical, Artzrechts) u užem smislu obuhvaća pravna pravila koja uređuju odnose u obavljanju zdravstvene/medicinske zaštite.<sup>12</sup> Gledano u širem smislu, medicinsko pravo obuhvaća i druge propise kojima se ne uređuju izravno odnosi u obavljanju zdravstvene djelatnosti, ali su u svezi s njim, kao što su, primjerice, propisi o

---

<sup>7</sup> Vidi ŠEPAROVIĆ, Z., *Granice rizika – Etičkopravni pristupi medicini*, Zagreb, 1998., str. 3.

<sup>8</sup> Iako je medicinsko pravo relativno nova grana prava, elemente medicinskog prava možemo naći među najstarijim pravnim izvorima. U Hamurabijevu zakoniku (1729.-1686. prije Krista) nalaze se, primjerice, odredbe o profesionalnoj odgovornosti liječnika. Hipokrat (460.-377. prije Krista) je radio na etičkom i pravnom uređenju odgovornosti liječnika (Corpus hippocraticum), a treba spomenuti i Justinijanove zakone (Codex, Institutiones i Novellae) u kojima se, među ostalim, uređuje i profesionalna odgovornost liječnika, potreba ocjenjivanja težine tjelesnih povreda, uloga liječnika u vještačenju i sl. Tako i detaljnije o povijesnom razvitku medicinskog prava i sudske medicine kod ZEČEVIĆ, D. i dr., *Sudska medicina i deontologija*, Zagreb, 2004., str. 1.-5.; JOVANOVIĆ, L., *Lekarska tajna – krivičnopravna razmatranja*, Beograd, 1959., str. 5.-12.; JAHNKE, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 10. Auflage, 5. Band, Leipzig, 1988., par. 203.; *Medicinska enciklopedija*, knjiga 4., Zagreb, MCMLXIX, str. 294.

<sup>9</sup> Tako RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2004., str. 21.

<sup>10</sup> Usp. ŠEPAROVIĆ, Z., *Granice rizika – Etičkopravni pristupi medicini*, Zagreb, 1998., str. 5.

<sup>11</sup> Vidi MUJOVIĆ-ZORNIĆ, H., *Pravo kao garant vršenja medicine*, Bilten Jugoslovenskog udruženja za medicinsko pravo, septembar/decembar 2001., str. 15. MUJOVIĆ-ZORNIĆ, H., *Pravo kao garant vršenja medicine*, Bilten Jugoslovenskog udruženja za medicinsko pravo, septembar/decembar 2001., str. 15.

<sup>12</sup> Za tzv. medicinsko pravo u užem smislu ponekad se koristi i naziv »liječničko pravo«, jer se drži da su liječnici temeljni nositelji medicinske djelatnosti. Međutim, pretežito je mišljenje da taj naziv nije u potpunosti prikladan jer navodi na pomisao da se radi o grani prava koja se isključivo bavi statusom i radom liječnika, te tako skreće pozornost s činjenice da je cilj medicinskog prava zaštita pacijenata. Stoga se naziv medicinsko pravo drži prikladnijim jer, kao i nazivi drugih pravnih disciplina, ukazuje na djelatnost kojom se bavi, a ne na djelatnike koji tu djelatnost obavljaju. RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2004., str. 21.; vidi i KLARIĆ, P., *Odštetno pravo*, Zagreb, 2003., str. 378., bilješka 13.

prometu i izdavanju lijekova, osiguranju od odgovornosti, medicinskim proizvodima i sl.<sup>13</sup> Medicinsko pravo u širem smislu obuhvaća, dakle, i pravne norme koje se tiču lijekova, medicinskih sredstava, prikupljanja i transfuzije krvi i sl.

### 2.3. Drugi nazivi

U pravnoj teoriji i judikaturi u zadnje vrijeme pojavljuje se i naziv »zdravstveno pravo« ili »pravo zdravlja« (Health Law), koji je prema mišljenju nekih autora sadržajno širi od pojma »medicinsko pravo«, jer obuhvaća sve propise vezane uz zdravstvo, odnosno zdravlje.<sup>14</sup> Drže da je zdravstveno pravo ne samo širi pojam, nego i socijalno-zdravstveno područje aktivnosti različito od medicinskog prava. Termin i pojam zdravstva daleko je sveobuhvatniji od onoga što se shvaća pod medicinom, te sadrži u sebi naglaske na društvenim i pravnim konotacijama i ingredijentima, jer se radi o važnoj socijalnoj djelatnosti, dok medicina ima svoje biološke, somatske, organske, morfološke komponente i elemente.<sup>15</sup> Smatraju, usto, da je pojam »medicinsko pravo« uži od pojma »zdravstveno pravo« jer medicinsko pravo, u načelu, uređuje odnos između liječnika i pacijenta kao pružatelja i korisnika zdravstvene zaštite, i tek podredno uključuje druge zdravstvene radnike u području svoje regulacije, pa može predstavljati samo jednu odgrana zdravstvenog prava.<sup>16</sup>

Treba napomenuti da ima i suprotnih mišljenja. Tako Šeparović smatra da je pojam »medicinsko pravo« obuhvatniji od pojma »zdravstveno pravo« jer pokriva cjelovito područje medicine kao djelatnosti, kao medicinskog (zdravstvenog) čina, kao struke i poziva, umijeća (ars) i znanosti (scientia).<sup>17</sup>

Povijesno gledano, u zapadnoeuropskim državama pružanje zdravstvenih usluga bilo je fokusirano na liječnika, koji je bio profesionalno odgovoran za početnu dijagnozu i cijeli tijek postupka liječenja pacijenta, pa je u tom smislu u prvom planu bio odnos pacijenta i liječnika, s dominantnom ulogom liječnika. Stoga se držalo da su pretežiti predmet medicinskog prava upravo različiti aspekti odnosa liječnika i pacijenta.<sup>18</sup> Napretkom medicine i timskim radom, odnosno sudjelovanjem u liječenju i drugih zdravstvenih i nemedicinskih (administrativnih) djelatnika pored liječnika, pojam »medicinsko pravo« postao je limitiran i ne može više obuhvatiti i objasniti sve odnose u koje stupaju pacijenti i zdravstveni djelatnici u obavljanju zdravstvene djelatnosti, a posebno stoga što pacijent nema više podređenu ulogu (patient as consumer). Zbog toga pojam »zdravstveno pravo« (health law), odnosno »pravo zdravstvene zaštite« (health care law), kao sadržajno širi, sve više potiskuje naziv »medicinsko pravo«.

---

<sup>13</sup> KLARIĆ, P., Odgovornost za štete u medicini, »Informator«, br. 5016-5017. od 3. i 6. travnja 2002., male stranice, str. 3.

<sup>14</sup> Vidi LAUFS, A. – UHLENBRUCK, Handbuch des Arztrecht, Munchen, 2002., str. 4.; KLARIĆ, P., Odgovornost za štete u medicini, »Informator«, br. 5016-5017. od 3. i 6. travnja 2002., male stranice, str. 3.

<sup>15</sup> Tako i podrobnije kod RADOVANČEVIĆ, LJ. – RUŠINOVIĆ SUNARA, Đ., Sadržaj i kontekst zdravstvenog prava i bioetike, referat na skupu Lošinjski dani bioetike, Mali Lošinj, Hrvatska, 13.-15. lipnja 2005., str. 3.

<sup>16</sup> Usp. BABIĆ, T. – ROKSANDIĆ, S., Osnove zdravstvenog prava, Zagreb, 2006., str. 19.

<sup>17</sup> Tako ŠEPAROVIĆ, Z., Granice rizika – Etičkopravni pristupi medicini, Zagreb, 1998., str. 3.

<sup>18</sup> Vidi GIESEN, D., International Medical Malpractice Law, London, 1988.; KENNEDY, I. – GRUBB, A., Medical Law – Text with Materials, London, 1991., MORGAN, Issues in Medical Law and Ethics, London, 2001.

Primjer za to možemo naći i u korištenju pojma zdravstveno pravo u propisima (smjernicama) Europske unije, izmjenama naziva specijaliziranih časopisa iz Medical Law u Health Law i sl.<sup>19</sup> Zdravstveno pravo može se definirati kao skup pravni pravila kojima se regulira provođenje i pružanje odgovarajuće, potrebne, pravno priznate i neophodne zdravstvene zaštite stručnim obavljanjem zdravstvene djelatnosti od strane ovlaštenih zdravstvenih radnika. Ono u užem smislu obuhvaća skup pravni pravila kojima se regulira sadržaj, način obavljanja, opseg te struktura provođenja zdravstvene djelatnosti od strane ovlaštenih zdravstvenih radnika, taj, posebna pravna pravila koja reguliraju sadržaj, opseg, ovlaštenike i način obavljanja liječničke, stomatološke, farmaceutske-biokemijske i sestrinske djelatnosti, dok u širem smislu obuhvaća skup pravni pravila i drugih grana prava kojima se uređuju i sva ostala pitanja koja na izravan ili neizravan način proizlaze ili nastaju u postupku pružanja zdravstvene zaštite.<sup>20</sup> U nekoliko proteklih desetljeća zdravstveno pravo prepoznato je kao zasebno područje prava. Zdravstveno pravo razvilo je vlastita načela i zasebne pravne izvore, kodificirana su pravila (bio)medicinske etike, a zdravstveno pravo postalo je dijelom studijskih programa na brojnim sveučilištima u svijetu.<sup>21</sup>

Iako medicinskopravna teorija daje različito sadržajno značenje pojmovima »medicinsko pravo« i »zdravstveno pravo«, na način da jedni drže da je pojam »medicinsko pravo« sadržajno širi od pojma »zdravstveno pravo«, dok drugi tvrde suprotno, držimo da su i pojam »medicinsko pravo« i pojam »zdravstveno pravo« postali svojevrсни terminus technicus za označavanje (sve brojnijih) pravni (i etičkih) pravila koja uređuju kompleksne odnose u obavljanju zdravstvene/medicinske zaštite, kao i sve druge odnose i pojave koje su na bilo koji način u svezi s obavljanjem te djelatnosti. Držimo, također, da pri tome nije od primarnog i presudnog značenja koji je pojam sadržajno uži, a koji širi jer se, uostalom, oni vrlo često koriste i kao sinonimi.

### 3. MEDINSKO PRAVO I SUDSKA MEDICINA

Prilikom pojmovnog i sadržajnog objašnjenja »medicinskog prava« svakako treba ukazati i na njegov odnos prema sudskoj medicini. Pojmovi »sudska medicina« i »medicinsko pravo« nisu sinonimi. Sudska medicina (engl. Forensic Medicine, njem. Recht Medizin) je grana medicine koja se, najčešće za potrebe suda, bavi utvrđivanjem činjenica kao što su, primjerice, nastupanje smrti, ozljede i sl.<sup>22</sup> Sudska medicina je medicinska disciplina koja povezuje dvije različite struke i znanosti – medicinu iz kruga bioloških znanosti i pravo kao predstavnika društvenih znanosti, a temeljni joj je zadatak pružanje pomoći pravnoj struci u slučajevima kad u pravni postupcima treba riješiti različite medicinske probleme.<sup>23</sup> Znanja iz sudske medicine služe uglavnom za razjašnjavanje pravni problema iz domene zdravlja i bolesti, života i smrti ljudi.<sup>24</sup> Možemo zaključiti da sudska medicina predstavlja, zapravo, pravo u

---

<sup>19</sup> Tako i opširnije o tome kod HERVEY, T. K. – Mc HALE, J., Health Law and the European Union, Cambridge, 2004., str. 6.-21.

<sup>20</sup> Usp. BABIĆ, T. – ROKSANDIĆ, S., Osnove zdravstvenog prava, Zagreb, 2006., str. 20.

<sup>21</sup> Vidi SANDOR, J., Data Protection in Health Care, Beyond Biomedical Use, »Frontiers of European Health Law«, Yearbook 2002., str. 76.

<sup>22</sup> Ibid., str. 3.

<sup>23</sup> Vidi ZEČEVIĆ, D. i dr., Sudska medicina i deontologija, Zagreb, 2004., str. 1.

<sup>24</sup> Tako JELAČIĆ, O., Osnove sudske medicine za studente prava, Split, 1981., str.5.

medicini, a medicinsko pravo medicinu u pravu.<sup>25</sup> Sudska se medicina se naziva i forenzičkom medicinom. Često se kao sinonim koristi i pojam »pravna medicina«, koja u sebi uključuje i sudsku psihopatologiju i medicinsku kriminalistiku.<sup>26</sup>

#### 4. MEDICINSKO PRAVO IN BIOETIKA

##### 4.1. Definicija bioetike

Svjedoci smo postojanja niza problema na koje samo medicinska i samo pravna struka ne mogu dati za širu javnost brz i eksplicitan odgovor. Štoviše, na brojna pitanja ne mogu odgovoriti niti zajedničkim pristupom bez pomoći bioetike (poput problematike eutanazije, patentiranja gena, kloniranja, matičnih stanica ili biološkog testameta). Pojam »bioetika« nastaje u 20. stoljeću, a tek posljednjih desetljeća postaje i općeusvojeni naziv nove grane suvremene etike.<sup>27</sup> U Bioetičkoj enciklopediji »bioetika« se definira kao sustavno proučavanje moralnih dimenzija – uključujući moralne poglede, odluke, ponašanje i djelovanje – u sklopu prirodnih znanosti i zdravstvene skrbi, koje se pritom služi različitim etičkim metodologijama u interdisciplinarnom okruženju.<sup>28</sup> Danas se bioetika nerijetko poistovjećuje s medicinskom etikom, odnosno s novom medicinskom etikom, jer se drži da su ti pojmovi sinonimi.<sup>29</sup> S druge strane, postoji i mišljenje da to nije u potpunosti točno jer se tvrdi da je bioetika mnogo više od medicine i medicinskih znanosti,<sup>30</sup> jer globalno sagledava dobrobit čovjeka u kontekstu poštivanja prirode, te da pored medicinske etike uključuje i etiku okoliša, religijsku etiku, socijalnu etiku i dr.<sup>31</sup> I prema mišljenju Callahana, pojam »bioetika« ne podrazumijeva i ne promatra ljudsko zdravlje i kvalitetu života isključivo u medicinskom smislu jer bi takvo shvaćanje bilo preuko da obuhvati šira i sporna pitanja suvremene etike.<sup>32</sup> U definiciju bioetike, ponekad se, pored medicinske etike ubrajaju sudska medicina i profesionalna deontologija.<sup>33</sup> U teoriji i praksi (bio)medicinske etike, često se može susresti pojam klinička bioetika, koji se odnosi na moralno odlučivanje tijekom svakodnevne brige za (konkretnog)

---

<sup>25</sup> Usp. RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2004., str. 21.; RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo u svetu i kod nas*, »Pravni informator«, 2002., br. 9. str. 1.

<sup>26</sup> Tako RAMLJAK, A. – VESEL, J., - *Pravna medicina*, Banja Luka, 1986., str. 17.-18. O pravnoj medicini vidi i kod MARIĆ, J. – LUKIĆ, M., *Pravna medicina*, Beograd, 1998.

<sup>27</sup> Tako VISKOVIĆ, N., *Kakva bioetika?*, poglavlje u knjizi Nikola Visković »Sumorne godine – nacionalizam, bioetika, globalizacija«, Split, 2003., str. 212.

<sup>28</sup> Usp. Introduction. In: Reich WT, editor. *Encyclopedia of Bioethics*. 2nd ed., New York, 1995., str. XXI. Tako i opširnije o tome kod HLAČA, N., *O bioetici u povodu potpisa u Vijeću Europe dvaju međunarodnih dokumenata s bioetičkim sadržajima*, »Vladavina prava«, god. II., 1998., br. 3-4, str. 45.-52., SORTA-BILAJAC, I., *Od eutanazije do distanzije*, Rijeka, 2005., str. 15.-28.; MATULIĆ, T., *Bioetika*, Zagreb, 2001., str. 76.

<sup>29</sup> Tako i opširnije kod ŠEGOTA, I., *Nova medicinska etika (bioetika)*, Rijeka, 2000., str. 1. i dalje. O pojmu »globalna bioetika« vidi kod MATULIĆ, T., *Bioetika*, Zagreb, 2001., str. 77.

<sup>30</sup> Vidi JONSEN A. R. – JAMETON A., *Medical Ethics*, In: Reich WT, editor. *Encyclopedia of Bioethics*. 2nd ed., New York, 1995., str. 1624., podatak kod SORTA-BILAJAC, I., *Od eutanazije do distanzije*, Rijeka, 2005., str. 17.

<sup>31</sup> Usp. ŠEGOTA, I., *Van Rensselaer Potter II – »otac« bioetike*, *Bioetički svesci* 1999., 6, str. 14.-21.

<sup>32</sup> CALLAHAN, D., *Bioethics*, In: Reich WT, editor. *Encyclopedia of Bioethics*. 2nd ed., New York, 1995., str. 1624., podatak kod SORTA-BILAJAC, I., *Od eutanazije do distanzije*, Rijeka, 2005., str. 18.

<sup>33</sup> Vidi *Medicinski leksikon*, Zagreb, 1990., str. 106.

pacijenta i etička pitanja koja iz toga proizlaze, a klinička bioetika to čini u okviru šireg interdisciplinarnog područja bioetike koje obuhvaća i filozofiju, teologiju, pravo i dr.<sup>34</sup>

#### 4.2. Značaj bioetike

Zbog značenja i aktualnosti bioetike i medicinskog prava kod zaštite i promicanja prava pacijenata, ali i uređenja rada i statusa zdravstvenih djelatnika, odnos ovih dviju znanstvenih disciplina i znanstvenih područja postao je predmetom brojnih rasprava i istraživanja.<sup>35 36</sup>

Tako, primjerice, postoji mišljenje da bioetika, kao suvremena interdisciplinarna grana medicinske znanosti, čija je djelatnost utemeljena na zaštiti ljudskih prava u medicini, uključuje u sebi i sudsku medicinu, profesionalnu deontologiju, ali i zdravstveno pravo sensu strictiori i zdravstveno pravo u širem smislu. Drugim riječima, drži se da je zdravstveno/medicinsko pravo, kao sadržajno uži pojam, dio bioetike.<sup>37</sup> Svakako, postoji i suprotno mišljenje.<sup>38</sup> Uvažavajući naprijed navedena mišljenja, držimo, ipak, da niti je medicinsko/zdravstveno pravo dio bioetike, niti je bioetika dio zdravstvenog/medicinskog prava. Naime, medicinsko pravo i bioetika dvije su zasebne znanstvene grane i zasebna znanstvena područja koja se, svako sa svog aspekta, bave istraživanjem i uređenjem odnosa na području medicine/zdravstva.<sup>39</sup>

Medicinsko pravo je znanstvena disciplina koja pripada znanstvenom području društvenih znanosti, polju prava, dok bioetika pripada znanstvenom području humanističkih znanosti, polju filozofije, grani etike.<sup>40</sup>

#### 4.3. Odnosi medicinske etike i (medicinskog) prava

Medicinska etika i (medicinsko) pravo nerijetko se međusobno nadopunjuju. Pojedini odnosi i problemi koji se pojave u području medicinske djelatnosti mogu biti predmetom interesa i medicinskog prava i bioetike. Štoviše, nekada je zajednički pristup nužan da bi se navedeni

---

<sup>34</sup> Tako SORTA-BILAJAC, I., *Od eutanazije do distanzacije*, Rijeka, 2005., str. 19. Vidi i FLETCHER, J. C. – BRODY, H., *Clinical Ethics*, In: Reich WT, editor. *Encyclopedia of Bioethics*. 2nd ed., New York, 1995., str. 399.-402.

<sup>35</sup> Vidi MATULIĆ, T., *Bioetika*, Zagreb, 2001., str. 45.-461., CAPRON, A. M., *Law and Bioethics*, *Encyclopedia of Bioethics*, vol. 3., str. 1329.-1335., ZATTI, P., *Bioetica e diritto*, »Rivista italiana di medicina legale, 1995., br. 17, str. 11ss. i dr.

<sup>36</sup> Vidi ČIZMIĆ, J., *Bioetika i medicinsko pravo*, »Medicina«, Vol.44, broj 2 - Tematski broj: Bioetika; U povodu 9. Svjetskoga bioetičkog kongresa, str. 171.-185.

<sup>37</sup> O tome primjerice kod RADOVANČEVIĆ, L., (Ko)relacije bioetike i zdravstvenog prava, referat održan na 9. Bioetičkom okruglom stolu »Bioetika i medicinsko pravo«, održanog u Rijeci, 15. i 16. svibnja 2008., Program i sažeci, str. 15.

<sup>38</sup> Tako, primjerice, postoji mišljenje da profesionalna medicinska etika čini temeljni dio medicinskog prava. Usp. BOŠKOVIĆ, Z., *Medicina i pravo*, Zagreb, 007., str. 15. Vidi i MATULIĆ, T., *Bioetika*, Zagreb, 2001., str. 458. Vidi i ČIZMIĆ, J., *Bioetika i medicinsko pravo*, »Medicina«, Vol.44, broj 2 - Tematski broj: Bioetika; U povodu 9. svjetskoga bioetičkog kongresa, str. 175.

<sup>39</sup> U tom smislu Matulić drži da: »bioetika i biopravo jesu i ostaju dvije razdvojene stvarnosti, ali intimno povezane i međuovisne, gdje svaka sfera ostaje autonomna i nealterirana u svojoj domeni, ali bezuvjetno legitimira utjecaj jedne na drugu. MATULIĆ, T., *Bioetika*, Zagreb, 2001., str. 458.

<sup>40</sup> Vidi Pravilnik o znanstvenim i umjetničkim područjima, poljima i granama, »Narodne novine«, br. 76/05., čl. 4. Točke 5.02. i 6.01.05.

odnosi mogli kvalitetno urediti, odnosno da bi se uočeni problemi mogli kvalitetno riješiti. Spomenuo bih samo nekoliko primjera poput: eutanazije, kloniranja, patentiranja gena i matičnih stanica, liječničke tajne i sl.<sup>41</sup>

Posebno je značajna i nužna suradnja pripadnika ovih znanstvenih područja kod donošenja propisa kojima se uređuju odnosi u području zdravstva. Bioetika sa svojim etičkim sudovima o konkretnom ponašanju pomaže pravu i pravnoj znanosti u artikuliranju adekvatnih zakonskih normativa.<sup>42</sup>

#### 4.4. Odnos između liječnika i pacijenta

Značajni predmet zanimanja medicinskog prava predstavlja odnos između liječnika (zdravstvenog radnika) i pacijenata u pogledu pružanja medicinske usluge, a taj odnos nije samo pravni, nego je i etički. U njemu su moralni i pravni obziri pomiješani u znatno većoj mjeri nego što je to slučaj s ostalim pravnim odnosima među ljudima. Liječnik (zdravstveni djelatnik) je (pravno) dužan pridržavati se određenih načela medicinske etike. Moralne i pravne dužnosti liječnika toliko su se stopile da ih je u pojedinostima gotovo nemoguće razlučiti.<sup>43</sup> Etička pravila i pravila struke nisu po svojoj prirodi pravna pravila. Međutim, odnos zdravstvenog djelatnika i pacijenta povodom pružanja medicinske usluge nije uređen jedino pravnim pravilima, već su i pravila medicinske etike i pravila medicinske struke veliki i iznimno značajan segment medicinskog prava kojim se uređuju obveze (njihov sadržaj i opseg) zdravstvenih djelatnika prilikom pružanja medicinskih usluga, do te mjere da ih je u našem pravu zakonodavac odredbom čl. 120. Zakona o zdravstvenoj zaštiti digao na razinu pravne norme, za čije se nepoštivanje odnosno kršenje vežu ne samo moralne, nego i stegovne (disciplinske), kaznenopravne i građanskopravne sankcije.<sup>44</sup> Medicinska etika i pravo međusobno se nadopunjuju, pravilima medicinske etike sudovi priznaju i pravnu snagu jer nepostupanje zdravstvenih djelatnika po tim pravilima podliježe pravnoj sankciji, pa je neprijeporno da je medicinska etika izvor medicinskog prava.<sup>45</sup> Kada se etički postulati i pravila ponašanja u području medicine uredi pravnim normama, tada dolazi do preklapanja, odnosno svojevrstne simbioze bioetike i medicinskog prava i pri tome je najmanje značajno je li bioetika postala dijelom medicinskog prava ili je, pak, obrnuto.<sup>46</sup>

Bioetika, za razliku od etike, insistira da temat svog proučavanja legalno kodificira.<sup>47</sup> Pravila medicinske etike uobičajeno se kodificiraju u posebnim, nacionalnim i međunarodnim, etičkim odnosno deontološkim kodeksima. Kodeksima etike i deontologije u pravilu se utvrđuju načela i pravila ponašanja kojih su se dužni pridržavati zdravstveni djelatnici, članovi

---

<sup>41</sup> ČIZMIĆ, J., Bioetika i medicinsko pravo, »Medicina«, Vol. 44, broj 2 - Tematski broj: Bioetika; U povodu 9. Svjetskoga bioetičkog kongresa, str. 173.

<sup>42</sup> MATULIĆ, T., Bioetika, Zagreb, 2001., str. 453.

<sup>43</sup> Tako RADIŠIĆ, J., Medicinsko pravo u svetu i kod nas, »Pravni informator«, 2002., br. 9. str. 1.

<sup>44</sup> Usp. KLARIĆ, P., Odgovornost za štete u medicini, »Informator«, br. 5016-5017. od 3. i 6. travnja 2002., male stranice, str. 3.

<sup>45</sup> Vidi RADIŠIĆ, J., Medicinsko pravo, Beograd, 2004., str. 24.

<sup>46</sup> ČIZMIĆ, J., Bioetika i medicinsko pravo, »Medicina«, Vol. 44, broj 2 - Tematski broj: Bioetika; U povodu 9. Svjetskoga bioetičkog kongresa, str. 173.

<sup>47</sup> Tako MUZUR, A. – RINČIĆ LERGA, I., Etika i bioetika: sličnosti i razlike u odnosu prema pravu, referat održan na 9. bioetičkom okruglom stolu »Bioetika i medicinsko pravu«, održanog u Rijeci, 15. i 16. svibnja 2008., Program i sažeci, str. 14.

pojedinih komora, pri obavljanju svoje profesionalne djelatnosti, a radi očuvanja dostojanstva i ugleda profesije. Najstarija kodifikacija liječničke etike je Hipokratova zakletva.<sup>48</sup> U Republici Hrvatskoj najznačajniji življenja – problematikom morala.

#### 4.5. Razvitak bioetike

Treba kazati da medicina u svom ubrzanom razvitku ide, u pravilu, ispred prava, pa se nužno nameće potreba konstantnog pravnog uređenja brojnih pitanja iz područja medicine. Time nastaju i tzv. pravne praznine pa značajni i prijeporni biomedicinski odnosi nisu obuhvaćeni pravnim normama, nego su kontrolirani ponajviše pravilima morala i medicinske etike i deontologije. Tako, na određeni način, bioetika preuzima ulogu prava u uređenju odnosa iz područja medicine, dok se ti odnosi konačno ne urede pravnim normama. S druge strane, pravne norme daju bioetičkim postulatima i teorijama potrebnu praktičnost i opću primjenjivost.<sup>49</sup> Već od samih početaka bioetike bila je razvidna nužnost i neodgodiva potreba za angažmanom pravne znanosti i prava u tematikama i problematikama koje bioetika prihvaća kao svoj materijalni objekt, a pogotovo se danas javlja potreba ozbiljnog i studioznog pravno-znanstvenog promišljanja o brojnim bioetičkim temama.<sup>50</sup>

Drugim riječima, snažan i ubrzani razvitak medicine i znanosti o životu otvaraju značajna pitanja koja traže i pravnu regulaciju. U pitanjima života i smrti, zdravlja i bolesti, prava pacijenata i dužnosti/odgovornosti liječnika, razumljivo je da se sve više javlja i potreba za

---

<sup>48</sup> Hipokratova zakletva drevni je dokument i temelj je medicinske etike. Nastala je u V. stoljeću prije Krista. Hipokrat je postavio temelje moderne medicine, oslobađajući je od religije, nametanja kulta čovjeka i uvođenjem znanstvenog načela promatranja čovjeka i prirode. Hipokrat je u zakletvu unio temeljna deontološka načela koja su u to vrijeme su Kodeks medicinske etike i deontologije (»Narodne novine«, broj 47/04. i 55/08.); Kodeks stomatološke etike i deontologije, od 7. lipnja 1996. godine; Kodeks ljekarničke etike i deontologije, od 18. travnja 1996. godine; Etički kodeks medicinskih sestara, od 22. prosinca 2005. godine; Kodeks etike i deontologije medicinskih biokemičara, od 8. svibnja 1996. godine; Kodeks etike Društva inženjera medicinske radiologije, od 24. svibnja 2003. godine. Što se međunarodnih kodeksa medicinske etike i deontologije tiče, spomenuli bismo Međunarodni kodeks medicinske etike, usvojen na 3. generalnoj skupštini Svjetskog medicinskog udruženja u Londonu, 1949. godine, te Načela etike za europske liječnike, Međunarodne konferencije predstavnika liječničkih komora i sličnih liječničkih organizacija iz zemalja članica Europske unije iz 1987. i 2001. godine. Vidi NIKOLIĆ, S., Etika zdravstvenih radnika danas, »Timočki medicinski glasnik«, vol. 28., 2003., broj 3-4, str. 87.-90. Polagali su je prilikom stupanja na dužnost svi liječnici koji su pripadali Hipokratovom društvu Asklepiada. Cjeloviti tekst Hipokratove zakletve objavljen je kod MILIČIĆ, V., Deontologija profesije liječnik, život čovjeka i integritet liječnika – čudoredna raskrižja bioetike, Zagreb, 1996., Prilog B, str. XXIII. Zdravstveni djelatnici najčešće se susreću sa Ženevskom formulacijom Hipokratove zakletve, u kojoj su naglašene obveze koje, prema iskustvima iz prethodna dva svjetska rata, nisu poštivane. Usp. NIKOLIĆ, S., Etika zdravstvenih radnika danas, »Timočki medicinski glasnik«, vol. 28., 2003., broj 3-4, str. 87.-90. Usvojena je u Ženevi, 1948. godine, dopunjena na 22. Skupštini Svjetskog liječničkog udruženja u Sydneyu 1968., i 35. skupštini u Veneciji, 1983. godine. Cjeloviti tekst objavljen je kod MILIČIĆ, V., Deontologija profesije liječnik, život čovjeka i integritet liječnika – čudoredna raskrižja bioetike, Zagreb, 1996., Prilog B, str. XXIII.-XXIV. I Međunarodni kodeks liječničke etike nalaže: "Liječnik je dužan držati u tajnosti sve što zna o bolesniku, čak i nakon njegove smrti". Usvojen je u Londonu 1949. godine, te dopunjava dva puta: na skupštini Svjetskog liječničkog udruženja u Sydneyu 1986., i Veneciji 1983. godine. Cjeloviti tekst objavljen je kod MILIČIĆ, V., Deontologija profesije liječnik, život čovjeka i integritet liječnika – čudoredna raskrižja bioetike, Zagreb, 1996., Prilog B, str. XXIV.-XXV. Usp. DOURAKI, T., Ethical and Legal Dimensions of Medical Confidentiality in European Law of Human Rights, »Pravni život«, god. LI, 2002., br. 9, str. 183.

<sup>49</sup> Tako BOGDANIĆ, M., Odnos moralnog i legalnog u medicinskoj etici – američko iskustvo 40 godina povezanosti bioetike i pravnog sustava, referat na 9. bioetičkom okruglom stolu »Bioetika i medicinsko pravno«, održanom u Rijeci, 15. i 16. svibnja 2008.

<sup>50</sup> Usp. MATULIĆ, T., Bioetika, Zagreb, 2001., str. 452. Vidi i ČIZMIĆ, J., Bioetika i medicinsko pravo, »Medicina«, Vol.44, broj 2 - Tematski broj: Bioetika; U povodu 9. svjetskoga bioetičkog kongresa, str. 174.

uređivanjem tih složenih pitanja putem pravnih normi.<sup>51</sup> Medicina u svom ubrzanom razvitku ide, u pravilu, ispred prava, pa se nužno nameće potreba konstantnog pravnog uređenja brojnih pitanja iz područja medicine.<sup>52</sup> Danas je uobičajeno da na području (bio)medicine pravna regulacija kasni za razvitkom društvenih odnosa što je ponajviše posljedica ekspanzije znanstveno-tehnoloških inovacija.<sup>53</sup> Time nastaju i tzv. Pravne praznine pa značajni i prijeporni biomedicinski odnosi nisu obuhvaćeni pravnim normama, nego su kontrolirani ponajviše normativnom svijesću općeg morala znanstvene i medicinske deontologije. Kašnjenje pravne intervencije na području medicine ima značajne negativne učinke za društvo u cjelini.<sup>54</sup> U cilju pravnog uređenja medicinske djelatnosti donose se novi propisi koje nameće medicinska praksa, brojna medicinska etička načela preuzimaju se i daje im se pravna snaga, pristupa se kodifikaciji prava pacijenata i sl.<sup>55</sup>

Treba napomenuti da se (sudska i druga) praksa medicinskog prava često temelji na rješavanju sporova, odnosno problema iz područja bioetike.

#### **4.6. Zajednički ciljevi medicinskog prava i bioetike**

Konačno, medicinsko pravo i bioetika imaju zajednički cilj – humanost, odnosno promicanje i zaštitu temeljnih ljudskih prava u obavljanju medicinske djelatnosti. To je svakako i razumljivo jer se te dvije struke bave najznačajnijim ljudskim vrijednostima, kao što su život i zdravlje čovjeka, svaka na svoj način.<sup>56</sup>

### **5. PRAVNI IZVORI MEDICINSKOG PRAVA**

#### **5.1. Izток**

Područje medicinskog/zdravstvenog prava vrlo je opsežno s tendencijom širenja, jer zdravstvena djelatnost, kao predmet proučavanja medicinskog prava, svakim danom postaje sve razvijenija, a pitanja i problemi koji iz te djelatnosti proizlaze postaju sve brojniji.<sup>57</sup> Što se predmeta medicinskog prava tiče, norme medicinskog prava u pravilu su vezane i odnose se na tri subjekta: čovjeka (bolesnika, pacijenta) i njegova temeljna prava (na zdravstvenu zaštitu, odnosno život, zdravlje i sigurnost); liječnika i druge zdravstvene djelatnike (a posebno na njihovu odgovornost); te bolnice i druge zdravstvene ustanove u kojima pacijenti ostvaruju

---

<sup>51</sup> Vidi ŠEPAROVIC, Z., *Granice rizika – Etičkopravni pristupi medicini*, Zagreb, 1998., str. 5.

<sup>52</sup> Tako JELAČIĆ, O., *O nastavi iz sudske medicine na pravnim fakultetima*, »Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu«, god. XIV, 1997., str. 236.

<sup>53</sup> Usp. VISKOVIĆ, N., *Država i pravo*, Zagreb, 1995., str. 219.

<sup>54</sup> Tako i detaljnije o tome kod VISKOVIĆ, N., *Bioetika i biomedicinsko pravo*, »Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu«, god. 32, 1995., br. 1-2, str. 78.-82.

<sup>55</sup> Tako ČIZMIĆ, J., *Bioetika i medicinsko pravo*, »Medicina«, Vol.44, broj 2 - Tematski broj: Bioetika; U povodu 9. Svjetskoga bioetičkog kongresa, str. 174.

<sup>56</sup> Usp. RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2004., str. 5.

<sup>57</sup> Tako BABIĆ, T. – ROKSANDIĆ, S., *Osnove zdravstvenog prava*, Zagreb, 2006., str. 20.



svoje pravo na zdravstvenu zaštitu, kao i na zdravstveni sustav u cjelini i njegovo uređenje i djelotvorno funkcioniranje.<sup>58</sup>

## 5.2. Medicinsko pravo

Medicinsko pravo je skup raznorodnih pravila, koja pripadaju različitim granama prava, a zajedničko im je da uređuju odnose u obavljanju zdravstvene djelatnosti. Izvori medicinskog prava brojni su s tendencijom da budu sve brojniji, a usto su i disperzirani. Stoga držimo da bi bilo nužno provesti kodifikaciju na području medicinskog prava, što bi dovelo do bolje preglednosti relevantnih propisa, njihove učinkovitije primjene i veće pravne sigurnosti. Zbog brojnosti propisa iz područja medicinskog prava svakako je nužno da pravnici, ali i zdravstveni djelatnici, koji rade na tom području kontinuirano prate i proučavaju donošenje i eventualne izmjene tih propisa, njihovu primjenu u praksi i usklađivanje s propisima Europske unije, što je i jedan od značajnih razloga za cjeloživotno specijalističko obrazovanje tih stručnjaka.

### 5.2.1. Izvori medicinskog prava

Izvore medicinskog prava mogli bi svrstati u dvije skupine: propise koji izravno uređuju odnose koji nastaju u obavljanju zdravstvene djelatnosti, te propise iz drugih područja prava (primjerice, ustavnog, građanskog, građanskog procesnog, kaznenog,<sup>59</sup> kaznenog procesnog, radnog i socijalnog, upravnog, obiteljskog, međunarodnog i sl.), koji dijelom (posredno) uređuju pojedina pitanja vezana za odnose u obavljanju zdravstvene djelatnosti.<sup>60</sup>

#### 5.2.1.1. Zakoni

Zakoni koji predstavljaju temeljni izravni izvor medicinskog prava jesu:

- a/ Zakon o zdravstvenoj zaštiti (Narodne novine, broj 150/08., 155/09.),
- b/ Zakon o obveznom zdravstvenom osiguranju (Narodne novine, broj 150/08, 94/09., 153/09.),
- c/ Zakon o liječništvu (Narodne novine, broj 121/03., 117/08.),
- d/ Zakon o zaštiti prava pacijenata (Narodne novine, broj 169/04.),
- e/ Zakona o stomatološkoj djelatnosti (Narodne novine, broj 12/03., 117/08.),
- f/ Zakon o medicinsko-biokemijskoj djelatnosti (Narodne novine , broj 121/03., 117/08.),
- g/ Zakona o ljekarništvu (Narodne novine, broj 121/03., 117/08.),
- h/ Zakona o sestrinstvu (Narodne novine, broj 121/03.).

Pored ovih temeljnih zakona, kao izravni izvor medicinskog prava mogli bi spomenuti i sljedeće zakone: Zakon o lijekovima (Narodne novine, broj 71/07, 45/09); Zakon o

---

<sup>58</sup> Usp. ŠEPAROVIĆ, Z., *Granice rizika – Etičkopravni pristupi medicini*, Zagreb, 1998., str. 4.

<sup>59</sup> O tzv. medicinskom kaznenom pravu detaljnije kod KOROŠEC, D., *Medicinsko kaznensko pravo*, Ljubljana, 2004.

<sup>60</sup> Šeparović navedene izravne izvore medicinskog prava naziva izvorima medicinskog prava u užem smislu, dok ostale pravne izvore medicinskog prava koji se odnose na »zdravstveni čin«, naziva izvorima medicinskog prava u širem smislu. ŠEPAROVIĆ, Z., *Granice rizika – Etičkopravni pristupi medicini*, Zagreb, 1998., str. 4.

medicinskim proizvodima (Narodne novine, broj 67/08.); Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama (Narodne novine, broj 111/97., 27/98., 128/99., 79/02.); Zakona o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti (Narodne novine, broj 60/92., 29/94.); Zakon o zdravstvenoj zaštiti stranaca u republici hrvatskoj (Narodne novine, broj 114/97.); Zakon o evidencijama u oblasti zdravstva (Narodne novine, broj 53/91.); Zakon o uzimanju i presađivanju dijelova ljudskog tijela u svrhu liječenja (Narodne novine, broj 177/04.); Zakon o krvi i krvnim pripravcima (Narodne novine, broj 79/06.); Zakon o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju (Narodne novine, broj 85/06.); Zakon o zdravstvenom osiguranju zaštite zdravlja na radu (Narodne novine, broj 85/06.).<sup>61</sup>

Pored zakona, izvor medicinskog prava su i vrlo brojni (provedbeni) podzakonski propisi, koje ponajviše donose Ministarstvo zdravstva i Hrvatski zavod za zdravstveno osiguranje. Podzakonskim se propisima obično razrađuju pitanja koja su samo općenito, načelno regulirana zakonom. Zbog njihove brojnosti spomenuli bismo, primjera radi, samo neke od njih: Uredba o nazivima radnih mjesta i koeficijentima složenosti poslova u javnim službama (Narodne novine, broj 38/01., 112/01., 62/02., 156/02., 162/02., 93/05.); Uredba o dodatku na plaće doktora medicine i doktora stomatologije (Narodne novine, broj 44/05., isp. 45/05.); Uredba o dodacima na plaće za pojedine poslove zaposlenih u zdravstvu (Narodne novine, broj 20/03. i 4/03.); Uredba o osnivanju Hrvatskog zavoda za medicinu rada (Narodne novine, broj 10/96., 13/96.); Pravilnika o krvi i krvnim sastojcima (Narodne novine, br. 14/99.); Pravilnik o stjecanju statusa specijalista iz uže specijalnosti (Narodne novine, broj 128/06.); Pravilnik o specijalističkom usavršavanju zdravstvenih djelatnika (Narodne novine, broj 33/94., 53/98., 64/98., 97/99., 84/01. i 43/03.); Pravilnik o mjerilima za priznavanje naziva primarijus (Narodne novine, broj 66/05.); Pravilnik o minimalnim uvjetima u pogledu prostora, radnika, medicinsko-tehničke opreme za obavljanje zdravstvene djelatnosti (Narodne novine, broj 90/04.); Pravilnik o uvjetima za davanje u zakup zdravstvenih ustanova primarne zdravstvene zaštite i lječilišta (Narodne novine, broj 6/96., 29/97., 1/98., 45/99., 121/99., 112/00., 87/02., 150/02., 7/03.); Pravilnik o uvjetima, organizaciji i načinu rada izvanbolničke hitne medicinske pomoći (Narodne novine, broj 146/03.); Pravilnik o praćenju nuspojava lijekova i medicinskih proizvoda (Narodne novine 29/05.); Pravilnik o kriterijima za dodjelu naziva referentnog centra Ministarstva zdravstva (Narodne novine, broj 33/94., 34/97.); Pravilnik o kriterijima i načinu razvrstavanja bolnica i bolničkih djelatnosti u kategorije (Narodne novine, broj 5/76.); Pravilnik o načinu razvrstavanja lijekova te propisivanju i izdavanju lijekova (Narodne novine, broj 123/05.); Pravilnik o kliničkim ispitivanjima i dobroj kliničkoj praksi (Narodne novine, broj 175/03.); Pravilniko pravima, uvjetima i načinu korištenja zdravstvene zaštite u inozemstvu (Narodne novine, broj 76/02.); Kolektivni ugovor za djelatnost zdravstva i zdravstvenog osiguranja (Narodne novine, broj 9/05.); Plan zdravstvene zaštite republike hrvatske (Narodne novine, broj 49/04.); Osnovna mreža zdravstvene djelatnosti (Narodne novine, broj 188/04.); i dr.

---

<sup>61</sup> Vidi podrobnije kod BOŠKOVIĆ, Z., Donesen je Zakon o zdravstvenom osiguranju zaštite zdravlja na radu, »Pravo i porezi«, god. XV, 2006., br. 9, str. 33.-37.

### 5.2.1.2. Ostali propisi

Samo dio pravnih pravila nalazi se u pravnim propisima kojima se izravno i jedino uređuje medicinska djelatnost i status njezinih djelatnika, dok je drugi dio pravila medicinskog prava raspoređen, odnosno nalazi se u brojnim drugim zakonskim i podzakonskim tekstovima koji pripadaju različitim područjima prava.<sup>62</sup>

Ustav Republike Hrvatske (Narodne novine, broj 41/01 – pročišćeni tekst, 55/01.), sadrži i neke odredbe kojima se na izravan ili neizravan način uređuju i odnosi na području medicinskog prava. Tako Ustav svakom jamči pravo na zdravstvenu zaštitu u skladu sa zakonom (Ustav, čl. 58.), te propisuje da svatko ima pravo na zdrav život. Usto, propisuje da je država dužna osigurati uvjete za zdrav okoliš, te da je svatko dužan, u sklopu svojih ovlasti i djelatnosti, posvećivati osobitu skrb zaštititi zdravlja ljudi (čl. 69.). Nadalje, propisuje da svako ljudsko biće ima pravo na život (Ustav, čl. 21.), te da nitko ne smije biti podvrgnut bilo kakvu obliku liječničkih pokusa bez svoje privole (Ustav, čl. 23.). Koliko značenje Ustav daje zaštiti zdravlja može se najbolje vidjeti iz odredaba čl. 16. i 50. Ustava prema kojima se sva druga ustavna prava i slobode mogu ograničiti, ako je to potrebno radi zaštite zdravlja.<sup>63</sup>

Kao neizravne izvore medicinskog prava spomenuli bismo i sljedeće zakone: Zakon o obveznim odnosima (Narodne novine, broj 35/05.); Kazneni zakon (Narodne novine, broj 110/97., 27/98., 129/00., 51/01., 105/04., 84/05, 71/06.); Zakon o zaštiti tajnosti podataka (Narodne novine, broj 108/96.); Zakonom o zaštiti osobnih podataka (Narodne novine, br. 103/03.); Zakonom o pravu na pristup informacijama (Narodne novine, br. 172/03.); Zakon o kaznenom postupku, »Narodne novine, broj 110/97., 27/98., 58/99., 112/99., 58/02., 143/02., 62/03. – pročišćeni tekst, 115/06.); Zakon o parničnom postupku (Narodne novine, broj 53/91., 91/92., 112/99., 88/01., 117/03.); Zakona o općem upravnom postupku (Narodne novine, br. 53/91.); Zakon o zaštiti od ionizirajućih zračenja (Narodne novine, broj 27/99.); Zakon o sanitarnoj inspekciji (Narodne novine, broj 27/99.); Zakon o otrovima (Narodne novine, broj 27/99.); Zakon o obrtu (Narodne novine, broj 49/03., pročišćeni tekst); Zakon o trgovačkim društvima (Narodne novine, broj 111/93., 34/99., 52/00., 118/03.) i dr.

### 5.2.2. Staleško pravo

Osim propisa koje donosi država, izvor medicinskog prava je i tzv. autonomno, staleško pravo, a čine ga propisi koje, uz eventualno odobrenje nadležnog organa (ministarstva), donose razne profesionalne udruge i organizacije zdravstvenih djelatnika (primjerice, liječnička, ljekarnička, stomatološka ili sestrińska komora, udruga inženjera medicinske radiologije i dr.),<sup>64</sup> deklaracije međunarodnih strukovnih organizacija i sl., a kojima se uređuje ponašanje zdravstvenih djelatnika prilikom obavljanja svoje profesije, međusobni odnosi članova

---

<sup>62</sup> Usp. RADIŠIĆ, J., Medicinsko pravo u svetu i kod nas, »Pravni informator«, 2002., br. 9. str. 1.

<sup>63</sup> Tako KLARIĆ, P., Odštetno pravo, Zagreb, 2003., str. 379.

<sup>64</sup> U Republici Hrvatskoj djeluju Hrvatska liječnička komora, Hrvatska stomatološka komora, Hrvatska ljekarnička komora, Hrvatska komora medicinskih sestara, Hrvatska komora medicinskih biokemičara, koje su strukovne organizacije zdravstvenih radnika sa statusom pravne osobe (arg. ZOZZ, čl. 189.). Ako posebnim zakonom nije drukčije određeno, zdravstveni radnici visoke stručne spreme i medicinske sestre koji obavljaju zdravstvenu djelatnost na području Republike Hrvatske, obvezno se učlanjuju u navedene komore (ZOZZ, čl. 190.).

pojedine profesije/komore, odnos prema pacijentima, društvu, kao i druga prava i dužnosti.<sup>65</sup> Staleško pravo rezultat je samostalnosti strukovnih organizacija unutar zdravstvenog sustava koje na temelju zakonskih ovlasti mogu donositi podzakonske opće akte kojima reguliraju temeljna pitanja iz područja njihove struke.<sup>66</sup> Propisi staleškog prava ograničenog su dosega jer važe isključivo za članove komore/udruge određene profesije, a ne obvezuju pacijente i treće osobe, ali im ipak mogu jamčiti određena prava.<sup>67</sup> Autonomno staleško pravo pojavljuje se najčešće u obliku statuta strukovnih komora,<sup>68</sup> te pravila pojedine medicinske profesije, odnosno kodeksa etike i/ili deontologije pojedine profesije.

Značajni predmet zanimanja medicinskog prava predstavlja odnos između liječnika (zdravstvenog radnika) i pacijenata u pogledu pružanja medicinske usluge, a taj odnos nije samo pravni, nego je i etički. U njemu su moralni i pravni obziri pomješani u znatno većoj mjeri nego što je to slučaj s ostalim pravnim odnosima među ljudima. Liječnik (zdravstveni djelatnik) je (pravno) dužan pridržavati se određenih načela medicinske etike. Moralne i pravne dužnosti liječnika toliko su se stopile da ih je u pojedinostima gotovo nemoguće razlučiti.<sup>69</sup> Etička pravila i pravila struke nisu po svojoj prirodi pravna pravila. Međutim, odnos zdravstvenog djelatnika i pacijenta povodom pružanja medicinske usluge nije uređen jedino pravnim pravilima, već su i pravila medicinske etike i pravila medicinske struke veliki i iznimno značajan segment medicinskog prava kojim se uređuju obveze (njihov sadržaj i opseg) zdravstvenih djelatnika prilikom pružanja medicinskih usluga, do te mjere da ih je u našem pravu zakonodavac odredbom čl. 120. ZOZZ-a digao na razinu pravne norme, za čije se nepoštivanje odnosno kršenje vežu ne samo moralne, nego i stegovne (disciplinske), kaznenopravne i građanskopravne sankcije.<sup>70</sup> Medicinska etika i pravo međusobno se nadopunjuju, pravilima medicinske etike sudovi priznaju i pravnu snagu jer nepostupanje zdravstvenih djelatnika po tim pravilima podliježe pravnoj sankciji, pa je neprijeporno da je medicinska etika izvor medicinskog prava.<sup>71</sup>

Pravila medicinske etike uobičajeno se kodificiraju u posebnim, nacionalnim i međunarodnim, etičkim odnosno deontološkim kodeksima. Kodeksima etike i deontologije u pravilu se utvrđuju načela i pravila ponašanja kojih su se dužni pridržavati zdravstveni djelatnici, članovi pojedinih komora, pri obavljanju svoje profesionalne djelatnosti, a radi očuvanja dostojanstva i ugleda profesije. Najstarija kodifikacija liječničke etike je Hipokratova zakletva.<sup>72</sup> U Republici

---

<sup>65</sup> U tom smislu RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2004., str. 23.

<sup>66</sup> Vidi BABIĆ, T. – ROKSANDIĆ, S., *Osnove zdravstvenog prava*, Zagreb, 2006., str. 41.

<sup>67</sup> Tako RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2004., str. 23.

<sup>68</sup> Vidi Statut Hrvatske liječničke komore, (»Narodne novine« br. 47/04.); Statut Hrvatske stomatološke komore (»Narodne novine«, broj 44/04., 69/06.); Statut Hrvatske ljekarničke komore, od 27. svibnja 2004. godine; Statut Hrvatske komore medicinskih sestara, od 1. listopada 2003. (izmjene 18. rujna 2005.); Statut Hrvatske komore medicinskih biokemičara, od 29. studenog 1994. godine, izmijenjen 23. siječnja 2004. godine.

<sup>69</sup> Tako RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo u svetu i kod nas*, *Pravni informator*, 2002., br. 9. str. 1.

<sup>70</sup> Usp. KLARIĆ, P., *Odgovornost za štete u medicini*, »Informator«, br. 5016-5017. od 3. i 6. travnja 2002., male stranice, str. 3.

<sup>71</sup> Vidi RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2004., str. 24.

<sup>72</sup> Hipokratova zakletva drevni je dokument i temelj je medicinske etike. Nastala je u V. stoljeću prije Krista. Hipokrat je postavio temelje moderne medicine, oslobađajući je od religije, nametanja kulta čovjeka i uvođenjem znanstvenog načela promatranja čovjeka i prirode. Hipokrat je u zakletvu unio temeljna deontološka načela koja su u to vrijeme važila u Grčkoj. Vidi NIKOLIĆ, S., *Etika zdravstvenih radnika danas*, »Timočki medicinski glasnik«, vol. 28., 2003., broj 3- 4, str. 87.-90. Polagali su je prilikom stupanja na dužnost svi liječnici koji su pripadali Hipokratovom društvu Asklepiada. Cjeloviti tekst Hipokratove zakletve objavljen je kod MILIČIĆ, V., *Deontologija profesije liječnik, život čovjeka i integritet liječnika – čudoredna raskrižja bioetike*, Zagreb, 1996., Prilog B, str. XXIII. Zdravstveni djelatnici

Hrvatskoj najznačajniji su Kodeks medicinske etike i deontologije (Narodne novine, broj 47/04.); Kodeks stomatološke etike i deontologije, od 7. lipnja 1996. godine; Kodeks ljekarničke etike i deontologije, od 18. travnja 1996. godine; Etički kodeks medicinskih sestara, od 22. prosinca 2005. godine; Kodeks etike i deontologije medicinskih biokemičara, od 8. svibnja 1996. godine; Kodeks etike Društva inženjera medicinske radiologije, od 24. svibnja 2003. godine. Što se međunarodnih kodeksa medicinske etike i deontologije tiče, spomenuli bismo Međunarodni kodeks medicinske etike, usvojen na 3. Generalnoj skupštini Svjetskog medicinskog udruženja u Londonu, 1949. godine, te Načela etike za europske liječnike, Međunarodne konferencije predstavnika liječničkih komora i sličnih liječničkih organizacija iz zemalja članica Europske unije iz 1987. i 2001. godine.

### 5.2.3. Međunarodni izvori

Ubrzanim razvitkom medicinskog prava povećava se i broj njegovih pravnih izvora, i to ne samo na nacionalnoj razini, nego i na međunarodnoj razini.<sup>73</sup><sup>74</sup> I međunarodne izvore medicinskog prava mogli bismo svrstati u one kojima se izravno uređuje područje medicinskog prava, te one iz drugih područja koji dijelom (posredno) uređuju pojedina pitanja iz područja medicinskog prava. Tako se najvažnija pitanja i načela iz područja medicinske djelatnosti inkorporiraju i u konvencijama o ljudskim pravima kao što je, primjerice, Konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. godine. Što se međunarodnih izvora medicinskog prava tiče, naveli bismo, primjerice, sljedeće: Konvencija Vijeća Europe o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine; Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini, koja je stupila na snagu 1. prosinca 1999.; Dodatni protokol uz Konvenciju o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine o zabrani kloniranja ljudskih bića, koji je stupio na snagu 1. ožujka 2001.; Dodatni protokol uz Konvenciju o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine u svezi presađivanja organa i tkiva ljudskog porijekla, sastavljen u Strasbourgu, 24. Siječnja 2002. (vidi Narodne novine – Međunarodni ugovori, broj 13/03.); Deklaracija Svjetske zdravstvene organizacije o promicanju prava pacijenata u Europi iz 1994. godine; Deklaracija ujedinjenih naroda o borbi protiv HIV/AIDS-a iz 2001. godine; Helsinška Deklaracija o etičkim načelima biomedicinskih istraživanja na ljudskim subjektima iz 2000. godine; Madridska deklaracija o etičkim standardima za psihijatrijsku djelatnost iz 1996.; Lisabonska deklaracija o pravima pacijenata iz 1981.; Deklaracija Svjetskog medicinskog udruženja o nezavisnosti i profesionalnoj slobodi liječnika iz 1986.; Deklaracija Svjetskog medicinskog udruženja o ljudskim pravima i osobnoj slobodi medicinskih radnika iz 1985.; Deklaracija Svjetskog medicinskog udruženja o medicinskoj edukaciji iz 1987. i 1991.;

---

najčešće se susreću sa Ženevskom formulacijom Hipokratove zakletve, u kojoj su naglašene obveze koje, prema iskustvima iz prethodna dva svjetska rata, nisu poštivane. Usp. NIKOLIĆ, S., *Etika zdravstvenih radnika danas*, »Timočki medicinski glasnik«, vol. 28., 2003., broj 3-4, str. 87.-90. Usvojena je u Ženevi, 1948. godine, dopunjena na 22. Skupštini Svjetskog liječničkog udruženja u Sydneyu 1968., i 35. skupštini u Veneciji, 1983. godine. Cjeloviti tekst objavljen je kod MILIČIĆ, V., *Deontologija profesije liječnik, život čovjeka i integritet liječnika – čudoredna raskrižja bioetike*, Zagreb, 1996., Prilog B, str. XXIII.-XXIV. I Međunarodni kodeks liječničke etike nalaže: "Liječnik je dužan držati u tajnosti sve što zna o bolesniku, čak i nakon njegove smrti". Usvojen je u Londonu 1949. godine, te dopunjava dva puta: na skupštini Svjetskog liječničkog udruženja u Sydneyu 1986., i Veneciji 1983. godine. Cjeloviti tekst objavljen je kod MILIČIĆ, V., *Deontologija profesije liječnik, život čovjeka i integritet liječnika – čudoredna raskrižja bioetike*, Zagreb, 1996., Prilog B, str. XXIV.-XXV. Usp. DOURAKI, T., *Ethical and Legal Dimensions of Medical Confidentiality in European Law of Human Rights*, »Pravni život«, god. LI, 2002., br. 9, str. 183.

<sup>73</sup> Tako MEMETEAU, G., *Droit medical*, Paris, 1986., str. 19.

Madridska deklaracija Svjetskog medicinskog udruženja o profesionalnoj autonomiji i samoregulaciji iz 1987.; Malteška deklaracija Svjetskog medicinskog udruženja o štrajku glađu iz 1991. i 1992. i dr. Treba napomenuti da međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom Republike Hrvatske i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutarnjega pravnog poretka Republike Hrvatske, te su po pravnoj snazi iznad zakona. Njihove se odredbe mogu mijenjati ili ukidati samo uz uvjete i na način koji su u njima utvrđeni, ili suglasno općim pravilima međunarodnog prava (Ustav, čl. 140.).

Osim višestranih međunarodnih sporazuma, međunarodni izvor medicinskog prava mogu biti i bilateralni sporazumi. Tako su međunarodni bilateralni sporazumi izvor i hrvatskog medicinskog prava, kako oni koje je sklopila Republika Hrvatska, tako i oni koje je preuzela sukcesijom od bivše SFR Jugoslavije. Spomenuli bismo, primjerice, Temeljni sporazum između Vlade Republike Hrvatske i Svjetske zdravstvene organizacije o uspostavi tehničko-savjetodavne suradnje (Narodne novine – Međunarodni ugovori, broj 5/06.); Sporazum o suradnji u oblasti zdravstvene zaštite SFRJ i ČSSR (Službeni list – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi, br. 6/64.) (sukcesija); i Konvenciju između Vlade FNRJ i Vlade NR Mađarske o sprječavanju i suzbijanju zaraznih bolesti (Službeni list – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi, br. 9/58.) (sukcesija).

#### 5.2.4. Sudska praksa

Medicinska djelatnost podvrgnuta je i sudskoj kontroli s ciljem da se osigura i zajamči da će se zdravstveni djelatnici u obavljanju svoje profesije pridržavati važećih standarda svoje struke te da će postupati s dužnom pozornošću. Granice dužne pažnje i odgovornosti određuju sudovi u svojim odlukama, pa je neprijeporno da je sudska praksa od iznimnog značenja za medicinsko pravo, a posebno jer puno pitanja koja nastaju u odnosima između zdravstvenih djelatnika i pacijenata nisu precizno i jednoznačno ili nisu uopće uređena pisanim pravnim pravilima.<sup>74</sup> Sudsku praksu sačinjava niz sudskih presuda kojima se pravna norma primjenjuje na isti način. Sudskom praksom kao izvorom prava naziva se donošenje više suglasnih presuda od strane istog suda o istom pravnom pitanju na temelju kojih se ustaljuje obvezujuća pravna norma. Sudska praksa nije izravan, nego neizravan izvor prava. Naime, rješavajući konkretan slučaj, sudac se ne može pozvati niti na koju svoju raniju presudu, niti pak na presudu višeg suda kao na neki propis. Ni pravna shvaćanja usvojena na sjednicama sudskih odjela ili na općim sjednicama Vrhovnog suda ne vezuju sudove odnosno odjele koji nisu sudjelovali u njihovu usvajanju. Sudska odluka nema u nas karakter presedana. Sudskoj praksi ne može se dati ono značenje koje ona ima u zemljama gdje postoji precedentno pravo. Odluke viših sudova formalno ne obvezuju niže sudove, ali stvarno je neizbježno da niži sudovi o njima vode račune iz različitih razloga (psihološki, odgovornost se prenosi na više sudove, čije se stajalište poštuje, i dr.). Odluka višeg suda djeluje na niži sud snagom svoje uvjerljivosti. Razumije se da sudac koji je uvjeren da je viši sud donio ispravnu presudu neće u konkretnom sličnom slučaju donositi drukčiju presudu, pa je utoliko i sudska praksa (engl. cases, franc. jurisprudence, njem. Rechtssprechung) neizravan izvor prava. Čak i u uvjetima iscrpnog reguliranja pisanim pravilima, kreativnoj funkciji sudske prakse ostaje značajna uloga u interpretaciji pravnih

---

<sup>74</sup> Usp. RADIŠIĆ, J., Medicinsko pravo, Beograd, 2004., str. 25. U sudskoj praksi medicinskog prava formirani su sudski (pravni) standardi poput dužne pozornosti liječnika kao standarda profesionalnog ponašanja, liječničke greške, opća pravila o teretu dokazivanja pretrpjela su izmjene i sl.

pravila. Naročito kad se radi o tekstovima koji zbog svoje nepotpunosti, nedorečenosti, praznina ili nedosljednog tretiranja određenih pitanja nužno iziskuju stvaralački doprinos onih koji ih primjenjuju.<sup>75</sup> Unatoč činjenici što sudska praksa, prema izloženome, ne predstavlja općevažeci izvor prava, odluke sudova u konkretnim predmetima izvor su prava za subjekte na koje se njihova pravomoćnost odnosi.<sup>76</sup> Sudska odluka djeluje kao izvor prava za same stranke za koje je u konkretnom slučaju donesena (*res iudicata facit ius inter partes*).<sup>77</sup> Možemo zaključiti, iako sudska praksa nije *de iure* izvor prava, ona *de facto* može biti izvor prava.

Osim što sudska praksa na području medicinskog prava ima iznimno značenje u popunjavanju pravnih praznina, ima i veliki utjecaj na prihvaćanje novih pravnih ideja i stajališta, kao i na zakonodavnu djelatnost (*de lege ferenda*), do te mjere da postoji mišljenje, i to ne samo u SAD-u nego i u zemljama Zapadne Europe, da je medicinsko pravo u velikoj mjeri djelo sudske prakse. Posebno se to odnosi na područje odgovornosti zdravstvenih djelatnika gdje su sudovi, tumačeći i prilagođavajući opća pravna pravila, tijekom vremena izgradili moderni sustav odgovornosti medicinskih djelatnika.<sup>78</sup>

### 5.2.5. Pravna znanost

Pravna znanost utječe na zakonodavca, na sudsku/arbitražnu praksu, na stvaranje i odgoj pravnika, ali i ostalih djelatnika. Metode provedbe toga utjecaja su neposredne (poznati pravници i drugi znanstveni radnici sudjeluju u radu savjetodavnih tijela zakonodavca, sude kao članovi sudskih i arbitražnih vijeća, djeluju kao eksperti kada na zahtjev suda daju pravno ili drugo stručno mišljenje itd.), ili posredne (članci, studije, znanstvena djela, znanstvene kritike normativnih propisa, prijedlozi za dopune, izmjene ili donošenje novih propisa i sl.). Znanstvena djela u kojima se teorijski obrađuju pravni problemi imaju veliko značenje za razvitak pravne znanosti, izravno utječu na stručno i znanstveno uzdizanje pravničkog kadra, ali nemaju snagu izravnog pravnog izvora.

Pravna znanost djeluje na sud samo snagom svoje uvjerljivosti, ali se sudac ne može u konkretnom slučaju pozvati na neko znanstveno djelo kao zakon. Iako pravna znanost uvelike utječe i na zakonodavca, ni zakonodavac se pri donošenju propisa ne poziva na stajalište doktrine, kao takve, ili istaknutih pravnika. Zato je pravna znanost danas samo neizravan izvor prava.<sup>79</sup> S druge strane, znanstvena i stručna djela iz područja prava imaju znatan utjecaj na stvaranje primjenu i izmjene pravnih pravila. Pravna znanost komentira, sistematizira, obrađuje i analizira pojedina pitanja s gledišta postojećeg prava, *de lege lata*, i daje prijedloge i upućuje na rješenja koja bi zakonodavac i sudska praksa ubuduće trebali imati u vidu (*de lege ferenda*). Znanstvenici i stručnjaci za pitanja medicinskog prava trebali bi redovito sudjelovati u pripremnim radovima za izradu i donošenje novih propisa iz područja medicinskog prava. Usto, pozitivni pravni propisi iz područja medicinskog prava predmet su stalnog znanstvenog proučavanja i tumačenja, što pomaže utvrđivanju pravnog smisla tih propisa, a time i

---

<sup>75</sup> Vidi TRIVA, S. - BELAJEC, V. - DIKA, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986., str. 37.

<sup>76</sup> *Ibid.*, str. 37.

<sup>77</sup> Tako VEDRIŠ, M. - KLARIĆ, P., *Građansko pravo*, Zagreb, 1998., str. 23.

<sup>78</sup> Usp. LAUFS, A. – UHLENBRUCK, W., *Handbuch des Artzrechst*, Munchen, 2002., str. 4.

<sup>79</sup> Vidi VEDRIŠ, M. - KLARIĆ, P., o. c., str. 23.

ispravnoj primjeni propisa u konkretnim slučajevima. Tako pravna zanaost, iako nije izravni izvor prava, posredno ima veliki uticaj na sudsku praksu i na zakonodavno reguliranje, pa joj se ne može osporiti zapaženu ulogu koju ima na razvitak medicinskog prava.

## 6. ZNAČAJ POZNAVANJA MEDICINSKOG PRAVA

1. Medicinska i pravna struka svugdje u svijetu su dvije elitne, iznimno cijenjene struke. To se može vidjeti i po načinu školovanja pripadnika tih dviju struka (integrirani studij), i po njihovom statusu u društvu, koji svakako uključuje i imovinski status. Financijski, odnosno ekonomski status nije zanemariv jer je to jedan od preduvjeta za te dvije struke da njihovi pripadnici mogu kvalitetno i predano (koncentrirano) raditi svoj humani posao. To je svakako i razumljivo jer se te dvije struke bave najznačajnijim ljudskim vrijednostima, kao što su život i zdravlje.

Na žalost, kod nas to nije slučaj. Svjedoci smo da su upravo te dvije struke kroz medije i u raznim domaćim i inozemnim izvješćima i analizama prozivane i spominjane s negativnim konotacijama. Sve je to dovelo do toga da je danas u našoj javnosti stvoreno uvjerenje i predrasuda kako nitko nije dobar liječnik i pravnik, a da su svi potkupljivi.

Koji su razlozi tome, teško je precizno kazati. Držimo da je jedan od razloga, možda ne isključivi i najveći, upravo nepoznavanje medicinskog prava. Vidjeli smo da postoji niz problema na koje samo medicinska i samo pravna struka ne mogu dati za širu javnost brz i eksplicitan odgovor, što potiče sumnje i nepovjerenje u te dvije struke. Od onih svakodnevnih problema poput prigovora savjesti, odnosno odbijanja medicinske pomoći iz vjerskih razloga, štrajka glađu bolesnika, pobačaja, pa do suvremenih problema poput eutanazije, patentiranja gena, kloniranja ili biološkog testamenta. Kontinuirani i brzi razvoj medicine, sve veći broj slučajeva i problema koji uznemiravaju najširu javnost (liječničke greške, mito, javna nabava u području zdravstva, neispravni medicinski uređaji, plagijati, problematika zdravstvenog osiguranja, umjetna oplodnja, liste čekanja i sl.) u kojima zdravstveni djelatnici i pravnici ne mogu samostalno iznaći kvalitetno rješenje, potiče sumnju i nepovjerenje u pripadnike medicinske i pravne struke.

Drugi razlog ovog negativnog trenda prema ovim dvjema strukama vidimo i u načinu donošenja propisa iz područja zdravstva. U njihovom donošenju u raznim fazama sudjeluju pripadnici drugih struka koji nisu najbolje upoznati s područjem koje ti propisi trebaju urediti, niti imaju temeljna pravna, nomotehnička znanja koja bi jamčila da ti propisi budu organska cjelina, te da budu provedivi u praksi. Te propise bi trebali pisati stručnjaci koji imaju znanja i iz područja medicine i iz područja prava, a pri tome nije od presudnog značenja u kojem području imaju veća znanja. Zato smatramo da je medicinsko pravo, odnosno zajednički rad medicinske i pravne struke jedan od preduvjeta i načina za povratak ugleda i statusa ovih dviju struka koji im tradicionalno pripada a koji sada u nas zasigurno nemaju, barem ne na onoj razini na kojoj bi trebali imati.

Kada govorimo o značaju medicinskog prava kao znanstvene discipline i grane prava na uređenje odnosa u području zdravstva, prvenstveno bi trebalo ukazati na edukacijski značaj medicinskog prava. Educiranje (budućih) zdravstvenih djelatnika na ovom području svakako bi pridonijelo prevenciji pogrešaka, umanjilo bi trend primjene tzv. defensive medicine i



omogućilo bi bolje ostvarivanje zajamčenih prava pacijenata. Naime, medicinsko pravo je u našem pravu (još uvijek) relativno nova znanstvena disciplina i grana, čiji bi razvitak trebao pridonijeti obrazovanju stručnjaka koji će raspolagati multidisciplinarnim znanjima. Postojanje polivalentno obrazovanih stručnjaka, odnosno stručnjaka koji će imati znanja iz područja prava, medicine i bioetike, korisno je i nužno zbog rješavanja brojnih problema multidisciplinarnog značaja koji se javljaju u obavljanju zdravstvene djelatnosti.

Bez pretenzija da obuhvatimo sve poslove koje bi specijalisti medicinskog prava mogli obavljati, odnosno kompetencije koje bi mogli i trebali steći izobrazbom, slobodni smo nabrojati neka od znanja, odnosno neke od potencijalnih poslova i zadataka specijalista medicinskog prava: znanja o osnovnim izvorima medicinskog prava, o ugovornom aspektu odnosa liječnik ili ustanova ili trgovačko društvo – pacijent, o pretpostavkama odgovornosti za štete u medicini, o pravnoj regulativi medicinski potpomognutog začeća, doniranja tkiva i organa, o pravnom uređenju uzimanja i presađivanja dijelova ljudskog tijela u svrhu liječenja i medicinski potpomognutog začeća, o pravnom uređenju zaštite osoba s duševnim smetnjama, pravnom uređenju prekida trudnoće, ugovoru o medicinskim uslugama, informiranom pristanaku pacijenta, odgovornosti za štete u medicini, osiguranju od odgovornosti, zdravstvenom osiguranju, o pravima i dužnostima liječnika s posebnim naglaskom na liječničku tajnu i vođenje liječničke dokumentacije, o uvjetima provođenja biomedicinskih istraživanja nad ljudima, o kaznenoj odgovornosti liječnika, o zaštiti potrošača kroz kazneno pravo, o odgovornosti za prijevarno postupanje u pružanju zdravstvenih usluga, o etičkim i pravnim problemima kloniranja i pobačaja, o pravnim aspektima intenzivne medicine s posebnim osvrtom na pitanja vezana uz eutanaziju, o pravnoj zaštiti HIV pozitivnih osoba odnosno osoba s AIDS-om, o inkriminacijama vezanim uz ovisnost, o upotrebi biomedicinskih spoznaja u kaznenom pravu i kriminologiji, o kaznenim djelima iz područja zdravstva (nesavjesno liječenje, samovoljno liječenje, nepružanje medicinske pomoći), o problematici pravne odgovornosti u uvjetima tinskog rada na relaciji liječnik, medicinska sestra, pacijent; o liječničkom zvanju i načelima obavljanja liječničke djelatnosti; pravima i obvezama liječnika u obavljanju liječničke djelatnosti; vrednovanju liječničke djelatnosti; radu i ustroju Hrvatske liječničke komore; Kodeksu medicinske etike i deontologije te disciplinskoj odgovornosti liječnika, o postupku sudske zaštite i ostvarivanja individualnih prava pacijenata; izvanparničnim, ovršnim i stečajnim postupcima u području zdravstva te ostvarivanju prava pacijenata i udruga za zaštitu pacijenata u postupku pred ustavnim sudom RH i pred Sudom za ljudska prava Vijeća Europe, prisilnoj hospitalizaciji, oduzimanju i vraćanju poslovne sposobnosti, parnicama radi utvrđivanja očinstva i materinstva, značaju medicine u predistražnom postupku, fiksiranju dokaza i donošenju presude, ulozi DNK u istraživanju kaznenih djela, ovlasti policije i tijela kaznenog postupka na tjelesne preglede okrivljenika i drugih osoba, na uzimanje mokraće, krvi, povjerljivih medicinskih uzoraka, analizu genetskog materijala, primjene medicinskih intervencija za potrebe kaznenog postupka, prisilnom liječenju pritvorenika, medicinskim uzrocima nesposobnosti okrivljenika da sudjeluje u kaznenom postupku, pravu na suodlučivanje, na obaviještenost; na prihvaćanje ili odbijanje pojedinoga dijagnostičkog, odnosno terapijskog postupka; na pristup medicinskoj dokumentaciji; na povjerljivost; na održavanje osobnih kontakata; na samovoljno napuštanje zdravstvene ustanove; na privatnost; na naknadu štete; o nastanku i razvoju zdravstvenih sustava kroz povijest, modelima financiranja i upravljanja zdravstvenim sustavima u svijetu, problemima i poteškoćama koje se pri tome javljaju, formalnim i neformalnim organizacijskim strukturama u zdravstvu, stanjem u zdravstvenom sustavu Hrvatske, mogućim mjerama i metodama koje se mogu poduzimati kako bi se osiguralo njegovo pravilno funkcioniranje i

ostvario javni interes zbog kojeg i postoji posebna regulacija tog područja društvenog života, o temeljnim institutima radnog i socijalnog prava, o propisima koji reguliraju ispitivanje, registraciju, proizvodnju i promet lijekova a posebno o izumima nebioloških i mikrobioloških postupaka i proizvoda; izumima koji se odnose na element izoliran iz ljudskog tijela ili proizveden tehničkim postupkom, uključujući odsječak ili djelomični odsječak gena; izumima koji se odnose na dijagnostičke ili kirurške postupke ili postupke liječenja koji se primjenjuju neposredno na ljudskom tijelu; postupcima kloniranja ljudskih bića, postupcima za modificiranje genetičkog identiteta zametne loze ljudskih bića, uporabi ljudskih embrija u industrijske ili komercijalne svrhe; patentnoj zaštiti izvedenih bioloških materijala; patentnoj zaštiti proizvoda koji sadrži ili se sastoji od genetičke informacije, ograničenja prava iz patenata, ograničenje učinaka s obzirom na patente iz područja biotehnologije, zaštiti generičkih lijekova, o štetnim zdravstvenim učincima okolišnih čimbenika, uvjeta i načina rada; ovisnosti zdravlja i bolesti o čimbenicima vezanim za neposredni životni i radni okoliš uključujući i izvanredna stanja; o uzrocima i prevenciji ozljeda na radu, profesionalnih bolesti, bolesti u svezi s radom kao i drugih bolesti koje su važne u morbiditetu radnika kao uzrok privremene ili trajne nesposobnosti za rad; o sindikatima i sindikalnom djelovanju u oblasti zdravstva, o osiguranju financiranja javno-zdravstvenih usluga, odnosu javnog i privatnog u zdravstvenom sustavu, ponude i potražnje zdravstvenih usluga, troškova bolničkih programa, poreznih poticaja itd.

3. Medicinsko pravo i stručnjaci koji posjeduju znanja iz područja medicinskog prava trebali bi imati značajnu ulogu kod izrade i donošenja novih propisa iz područja zdravstva, te kod usklađivanja naših propisa iz područja zdravstva s propisima međunarodnog prava, odnosno s propisima Europske unije, koji su brojni na ovom području.<sup>80</sup> Možemo kazati da je danas odnos pacijenta i liječnika sve više protkan pravnim pravilima pa se često koristi termin juridizacija medicine, kao kontinuirani postupak kontrole pružanja zdravstvenih usluga s posljedicom povećanja prava pacijenata i smanjenja ovlasti zdravstvenih radnika.<sup>81</sup>

4. Konačno, stručnjaci iz područja medicinskog prava trebali bi svojim radom (sudjelovanje u radu strukovnih komora, udruga, ministarstava, HZZO-a, bolnica, domova zdravlja i drugih zdravstvenih ustanova, te rješavanjem sporova u kojima je potrebno njihovo multidisciplinarno znanje, vještačenjem i sl.), znatno pridonijeti uspostavljanju i razvitku sudske i upravne prakse na ovom području, što bi u konačnici trebalo rezultirati i većom pravnom sigurnošću, a značajan doprinos trebali bi dati i razvitku medicinskopravne znanosti.

## 7. UMJESTO ZAKLJUČKA

Zbog svoje interdisciplinarnosti medicinsko pravo je vrlo kompleksno, pa zahtijeva od pravnika barem elementarno poznavanje medicinske problematike, ali i obrnuto.<sup>82</sup> Posebno se akcent

---

<sup>80</sup> Vidi MUJOVIĆ-ZORNIĆ, H. (2001). Pravo kao garant vršenja medicine, Bilten Jugoslovenskog udruženja za medicinsko pravo, septembar/decembar, 16.

<sup>81</sup> Usp. ŽUNIĆ, L., Značaj poznavanja medicinskog prava za zdravstvene radnike, seminarski rad – neobjavljeno, Split, 2009., str. 9.

<sup>82</sup> Upravo zbog povezanosti ove dvije struke, liječnicima je u svakodnevnom radu potrebno (prethodno) elementarno poznavanje pravnog aspekta, odnosno mogućih negativnih pravnih posljedica njihova rada, posebno jer često odluke moraju donositi u trenu. Liječnici su sve više izloženi kaznenim prijavama, građanskim tužbama i stegovnim postupcima zbog eventualnih propusta i grešaka u njihovom radu.

postavlja na poznavanje medicinske prakse i visokih standarda i dostignuća u području medicinske djelatnosti, jer je to, među ostalim, dovelo i do znatnog širenja instituta odgovornosti zdravstvenih djelatnika, ne samo u pogledu stručnog, lege artis postupanja, nego i u pogledu iskazivanja dužne pažnje i poštivanja tuđih i vlastitih prava tijekom obavljanja zdravstvene djelatnosti.<sup>83</sup> Sve to nužno traži i odgovarajući proces naobrazbe polivalentnih stručnjaka koji će moći udovoljiti tim zahtjevima. Osim što bi trebali biti detaljno upoznati s pravnim propisima i pravnom praksom iz područja zdravstva, pravnici bi trebali biti barem na općenitoj razini upućeni u medicinsku problematiku.<sup>84</sup> Temeljne spoznaje o tome pravnici bi mogli steći tijekom studiranja iz kolegija medicinsko (zdravstveno) pravo, sudska medicina i sudska psihijatrija.<sup>85</sup>

Na žalost, medicinsko/zdravstveno pravo, kao ni bioetika,<sup>86</sup> ne izučavaju se sustavno kao zasebni obvezni kolegiji na našim pravnim fakultetima,<sup>87</sup> dok se, suprotno, pod raznim nazivima, s različitim sadržajem i opsegom, te s različitim nastavnim programima, često nalaze u studijskim programima medicinskih i nekih drugih stručnih, preddiplomskih, diplomskih i poslijediplomskih studija, što držimo iznimno značajnim i pozitivnim.<sup>88</sup> Međutim, postoji mišljenje da unatoč tome njihova zastupljenost u studijskim programima medicinskih fakulteta nije zadovoljavajućam s obzirom na realno stanje koje se najbolje očituje kroz veliki broj tužbi protiv liječnika, opadanje interesa studenata za studiranje fakultetima zdravstvenih usmjerenja te malu ili gotovo nikakvu zainteresiranost za kirurške, anesteziološke, ginekološke i druge rizične specijalizacije.<sup>89</sup> Usprkos nedostatku (mogućnosti) stjecanja takvih specijaliziranih znanja, pravnici su prisiljeni pisati pravne propise iz područja medicinskog prava i primjenjivati ih u praksi. Nedostatak tih znanja naše pravnike dovodi u podređeni položaj u odnosu na pravnike iz Europske unije i drugih zemalja.

Značajan iskorak na planu izobrazbe stručnjaka iz područja medicinskog prava uradio je Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu ustrojavanjem poslijediplomskog specijalističkog studija Medicinsko pravo, koji ima za cilj obrazovanje specijalista medicinskog prava, kako bi mogli obavljati vodeće i najsloženije poslove u zdravstvenim ustanovama, pravosuđu,

---

<sup>83</sup> Tako MUJOVIĆ-ZORNIĆ, H. (2001). Pravo kao garant vršenja medicine, Bilten Jugoslovenskog udruženja za medicinsko pravo, septembar/decembar, 15.

<sup>84</sup> Podrobnije kod Gosić, N. (2008). Pravna perspektiva u bioetičkoj edukaciji u Hrvatskoj, referat održan na 9. Bioetičkom okruglom stolu Bioetika i medicinsko pravo u Rijeci.

<sup>85</sup> Usp. JELAČIĆ, O. (1977). O nastavi iz sudske medicine na pravnim fakultetima, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, XIV, str. 236.

<sup>86</sup> Jedna od najznačajnijih uloga bioetike upravo je njezina edukacijska uloga. Malo je vjerojatno da će zakonodavac pravnim normama u potpunosti urediti sve, često i prijeporne odnose u obavljanju medicinske djelatnosti, ako sama medicinska profesija jasno ne definira svoje ciljeve i načela. Ovo je posebno značajno zbog trenda zanemarivanja humanističkih u korist znanstvenih ciljeva u medicini. Tako BOGDANIĆ, M., Odnos moralnog i legalnog u medicinskoj etici – američko iskustvo 40 godina povezanosti bioetike i pravnog sustava, referat na 9. bioetičkom okruglom stolu »Bioetika i medicinsko pravo«, održanom u Rijeci, 15. i 16. svibnja 2008.

<sup>87</sup> Na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu izvodi se izborni kolegij Medicina i pravo, a na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Splitu izvodi se izborni kolegij Zdravstveno pravo.

<sup>88</sup> Primjerice, u svom studijskom programu Medicinski fakultet u Osijeku ima kolegije Pravo na život i Kako primijeniti Hipokratovu prisegu; Visoka zdravstvena škola u Zagrebu, Studij inženjera medicinske radiologije u planu ima (u planu) kolegij Zdravstveno pravo; Medicinski fakultet u Rijeci ima kolegije Medicinska etika i bioetika i Etika zdravstvene skrbi; Medicinski fakultet Sveučilišta u Splitu – Stručni studij Medicinske radiologije izvodi kolegij Zdravstveno pravo i etika i dr. Usto, na Medicinskom fakultetu Sveučilišta u Splitu izvode se i Medicinska etika, Etika u zdravstvu, Filozofija i bioetika u zdravstvenoj njezi.

<sup>89</sup> Usp. ŽUNIĆ, L., Značaj poznavanja medicinskog prava za zdravstvene radnike, seminarski rad – neobjavljeno, Split, 2009., str. 8.

visokoškolskim i drugim obrazovnim ustanovama, institutima te državnim i drugim javnim institucijama. Studij mogu upisati pristupnici koji su diplomirali na sveučilišnom studiju prava. Studij mogu upisati i pristupnici koji su diplomirali na medicinskom fakultetu ili na nekom od društvenih fakulteta: nakon upisa navedeni pristupnici moraju prije polaganja drugih ispita odslušati predavanja iz predmeta Uvod u pravo. Završetkom poslijediplomskog specijalističkog studija Medicinsko pravo, stječe se zvanje i kompetencije specijalista medicinskog prava, odnosno točnije specijaliste medicinskog prava. Polaznik stječe multidisciplinarno (pravno-medicinskoetičko) znanje i vještine koje omogućuju kritičku analizu i sposobnost primjene stečenih specifičnih znanja iz područja medicinskog prava u praksi. Polaznici koji steknu diplomu moći će obavljati složene i zahtjevne poslove viših razina odgovornosti u: zdravstvu, pravosuđu, javnoj administraciji (lokalnog, regionalnog, nacionalnog i međunarodnog značenja), profesionalnim i strukovnim udruženjima, obrazovnim institucijama, institutima, ustanovama kao samostalni eksperti iz područja medicinskog prava i dr. Na studiju se izvode obvezni kolegiji: Građansko pravo i medicina, Medicina i kazneno pravo, Liječničko pravo, Medicinsko građansko procesno pravo, Medicina i kazneni postupak, Pravo pacijenata, Sudska medicina, Uprava u zdravstvu, Radno i socijalno pravo u zdravstvu, te izborni kolegiji: Integrativna bioetika, Osobna prava, Zakonodavstvo na području lijekova, Pravno uređenje inventivne djelatnosti u medicini, Zdravstvena ekologija i medicina rada, CSI Split - Medicinska kriminalistika, Sudska psihijatrija, Sindikalno pravo u zdravstvu, Financiranje javnog zdravstva.<sup>90</sup>

Treba kazati da medicinska struka ima znatno veću tradiciju i uspostavljene sustave provođenja i kontrole izobrazbe i usavršavanja zdravstvenih djelatnika, negoli što je to slučaj s pravnom strukom. Štoviše, načini i dužnost permanetnog usavršavanja zdravstvenih djelatnika uređeni su i kogentnim normama. Osiguranje odgovarajućeg stupnja profesionalnosti postiže se, između ostalog, i tzv. postupkom trajne medicinske izobrazbe u kojem sudjeluju svi liječnici kojima je izdano Odobrenje za samostalan rad - licenca. Svaki liječnik kojemu je Hrvatska liječnička komora izdala licencu mora sudjelovati na raznim oblicima stručnih skupova (kongresi, simpoziji, tečajevi, stručni sastanci i slično. Također, trajno usavršavanje moguće je putem pisanja i objavljivanja znanstvenih i stručnih članaka), kako bi pratio suvremena dostignuća unutar struke.

Trajna medicinska izobrazba dakle, obuhvaća kontinuirano praćenje razvoja medicinske znanosti i stjecanje novih znanja i vještina (Pravilnik o sadržaju, rokovima i postupku trajne medicinske izobrazbe i provjere stručnosti liječnika Hrvatske liječničke komore, čl. 1.). Sudjelovanjem u postupku trajne medicinske izobrazbe liječnik ostvaruje uvjete za obnavljanje licence.<sup>91</sup> Liječniku koji udovoljava uvjetima za obavljanje liječničke djelatnosti propisanim zakonskim i podzakonskim aktima, Hrvatska liječnička komora treba izdati Odobrenje za samostalan rad – licencu (Zakon o liječništvu, čl. 13.). Odobrenje za samostalan rad – licenca javna je isprava kojom liječnik dokazuje svoju stručnu osposobljenost za samostalno obavljanje liječničke djelatnosti. Iako diploma medicinskog fakulteta dokazuje da je osoba stekla zvanje liječnika, licencom se dokazuje da osoba zadovoljava i ostale uvjete koje je zakonodavac predvidio za obavljanje liječničke djelatnosti (na primjer položen državni/stručni ispit). Licenca se izdaje na ime i prezime liječnika s rokom važenja, u pravilu,

---

<sup>90</sup> Vidi Studijski program poslijediplomskog specijalističkog studija »Medicinsko pravo« Split, 2008.

<sup>91</sup> Usp. BABIĆ, T. – ROKSANDIĆ, S., Osnove zdravstvenog prava, Zagreb, 2006., str. 103.

šest godina. Liječnik ima pravo i obvezu stručno se usavršavati kroz čitav radni vijek.<sup>92</sup> Uzevši u obzir nezaustavljiv i svakodnevni razvitak medicinske znanosti, trajna medicinska izobrazba liječnika nameće se kao *conditio sine qua non* za obavljanje liječničke djelatnosti. Obzirom da liječnici prilikom pružanja zdravstvene zaštite preuzimaju razne rizike koji proizlaze iz na primjer efikasnih, ali opasnih lijekova te iz sve kompliciranijih medicinskih aparata,<sup>93</sup> potreba trajne medicinske izobrazbe potpuno je opravdana. U Republici Hrvatskoj trajna medicinska izobrazba obvezna je za sve liječnike koji rade na poslovima neposredne zdravstvene zaštite i kojima je izdano Odobrenje za samostalan rad – licenca. Svi oblici trajne medicinske izobrazbe na kojima sudjeluju liječnici boduju se prema bodovnom sustavu iz Pravilnika o sadržaju, rokovima i postupku trajne medicinske izobrazbe i provjere stručnosti liječnika Hrvatske liječničke komore. Sudjelovanje u oblicima trajne medicinske izobrazbe može biti aktivno (predavači) i pasivno (»slušači«). Aktivnim i pasivnim sudionicima dodjeljuje se različit broj bodova, odnosno aktivno sudjelovanje vrednuje se većim brojem bodova od pasivnog sudjelovanja. Redovnu licencu liječnik može obnoviti ukoliko je u tijeku trajanja redovne licence skupio najmanje 120 bodova u postupku trajne medicinske izobrazbe (članak 20. Pravilnika o izdavanju, obnavljanju i oduzimanju odobrenja za samostalan rad – licence Hrvatske liječničke komore).

Sakupljeni broj bodova liječnik dokazuje potvrđnicama koje izdaje Hrvatska liječnička komora. Potvrdnica je dokument odnosno potvrda kojom se potvrđuje sudjelovanje na stručnom skupu i koja sadrži: službeni naziv organizatora skupa, mjesto i datum održavanja skupa, naziv skupa, broj dodijeljenih bodova za aktivne i pasivne sudionike, ime i prezime te broj licence liječnika kojemu se izdaje potvrdnica, žig i potpis predsjednika Hrvatske liječničke komore i žig i potpis organizatora (članak 13. Pravilnika o sadržaju, rokovima i postupku trajne medicinske izobrazbe i provjere stručnosti liječnika Hrvatske liječničke komore). Ukoliko liječnik ne sakupi potreban broj bodova u postupku trajne medicinske izobrazbe, za obnovu licence morat će pristupiti provjeri stručnosti pred Ispitnom komisijom Komore (članak 21. Pravilnika o izdavanju, obnavljanju i oduzimanju odobrenja za samostalan rad – licence Hrvatske liječničke komore). Provjera stručnosti sastoji se u preispitivanju liječničkih znanja odnosno praćenja suvremenih dostignuća unutar liječnikove specijalnosti odnosno opće medicine ako liječnik nije specijalist. Ispitna komisija sastoji se od tri člana, istaknutih stručnjaka iz područja medicine kojim se liječnik bavi (opća medicina, specijalistika odnosno uža specijalnost). Pravo liječnika na trajnu izobrazbu poslodavac bi trebao poštovati i osigurati liječniku odgovarajući broj slobodnih dana (Zakon o liječništvu, čl. 29. i Kolektivni ugovor za djelatnost zdravstva i zdravstvenog osiguranja, čl. 44.-46.).

Osnovna načela prema kojima se provodi trajna medicinska izobrazba propisana su člankom 2. Pravilnika o sadržaju, rokovima i postupku trajne medicinske izobrazbe i provjere stručnosti liječnika Hrvatske liječničke komore i njima je, među ostalim, obuhvaćeno i pravo na slobodan izbor u postupku trajne medicinske izobrazbe odnosno mogućnost i pravo svakog liječnika na izbor sadržaja i oblika trajne medicinske izobrazbe. U tom smislu lako je uočiti uzlazni trend izbora usavršavanja zdravstvenih djelatnika upravo na području medicinskog prava. Ovu

---

<sup>92</sup> Tako JEREN, T., Problemi u objektivnom ocjenjivanju vrijednosti trajne izobrazbe liječnika, Zbornik radova simpozija Bolnički liječnici u zdravstvu Republike Hrvatske i očuvanje njihova digniteta, Opatija, 2008., str. 33.

<sup>93</sup> Visdi KURTOVIĆ, A., Pretpostavke kažnjavanja liječnika, »Liječnička pogreška – medicinski i pravni aspekti«, Poslijediplomski tečaj stalnog medicinskog usavršavanja I. kategorije, Medicinski i Pravni fakultet u Splitu, Split, 2007., str. 94.

tvrdnju možemo poduprijeti činjenicama da je veliki broj zdravstvenih djelatnika upisao poslijediplomski specijalistički studij »Medicinsko pravo«, da su bili sudionici ili refrenti na nekoliko znanstvenih i stručnih skupova s tematikom iz područja medicinskog prava (kojima je pokrovitelj bio i ministar zdravstva), da se na medicinskim fakultetima izvodi ili se uvodi u studijske programe kolegij »Medicinsko/zdravstveno pravo« (ili njegove inačice) i sl. Stečena znanja zdravstvenim djelatnicima omogućit će kvalitetnije pružanje pomoći pacijentima (informed consent), ali će im svakako koristiti kako bi upoznali i kvalitetnije zaštitili svoja prava (građanska i kaznena odgovornost, liječnička tajna, svjedok, vještak itd.), u obavljanju upravljačkih funkcija i znanstvenog rada i sl.

Osobe koje se u vidu zanimanja bave poslovima iz područja medicinskog prava, ili su im znanja iz tog područja nužna iz drugih razloga (pacijenti, znanstvenici i sl.), mogućnost specijalizacije i stjecanja tih znanja mogu ostvariti i stjecati, osim kroz visokoškolski sustav, i sudjelovanjem na specijaliziranim savjetovanjima, radionicama, u radu na znanstvenim i stručnim projektima i bavljenjem znanstvenim radom, članstvom u strukovnim povjerenstvima, radnim skupinama (za izradu propisa) i sl. Posebno bi istaknuli nužnost osnivanja strukovnih udruga koje bi, između ostalog, trebale omogućiti i organizirati stjecanje specijalističkih znanja i kvalifikacija iz područja medicinskog prava (organiziranjem seminara i polaganjem specijalističkih ispita), donositi pravila struke i etičke kodekse, ostvarivati suradnju s drugim sličnim nacionalnim i inozemnim/međunarodnim udrugama (primjerice, udrugama pacijenata, pravnika u zdravstvu, sudsko-medicinskih vještaka i dr.) i komorama (primjerice, odvjetničkom, liječničkom).

## LITERATURA

- BABIĆ, T., ROKSANDIĆ, S.: Osnove zdravstvenog prava, Zagreb, 2006
- BOGDANIĆ, M., Odnos moralnog i legalnog u medicinskoj etici – američko iskustvo 40 godina povezanosti bioetike i pravnog sustava, referat na 9. bioetičkom okruglom stolu »Bioetika i medicinsko pravo«, održanom u Rijeci, 15. i 16. svibnja 2008
- BOŠKOVIĆ, Z.: Donesen je Zakon o zdravstvenom osiguranju zaštite zdravlja na radu, »Pravo i porezi«, god. XV, 2006., br. 9
- BOŠKOVIĆ, Z.: Medicina i pravo, Zagreb, 2007
- CALLAHAN, D.: Bioethics, In: Reich WT, editor. Encyclopedia of Bioethics. 2nd ed., New York, 1995
- CAPRON, A. M.: Law and Bioethics, Encyclopedia of Bioethics, vol. 3., str. 1329.-1335., ZATTI, P., Bioetica e diritto, »Rivista italiana di medicina legale, 1995., br. 17
- ČIZMIĆ, J.: Bioetika i medicinsko pravo, »Medicina«, Vol. 44, broj 2 - Tematski broj: Bioetika; U povodu 9. svjetskoga bioetičkog kongresa
- ČIZMIĆ, J.: Pojam, izvori i načela medicinskog prava, »Pravo i porezi«, god. XVI., 2007., br. 6
- DOURAKI, T.: Ethical and Legal Dimensions of Medical Confidentiality in European Law of Human Rights, »Pravni život«, god. LI, 2002., br. 9.
- FLETCHER, J. C. – BRODY, H.: Clinical Ethics, In: Reich WT, editor. Encyclopedia of Bioethics. 2nd ed., New York, 1995
- GIESEN, D.: International Medical Malpractice Law, London, 1988
- Gosić, N.: Pravna perspektiva u bioetičkoj edukaciji u Hrvatskoj, referat održan na 9. Bioetičkom okruglom stolu Bioetika i medicinsko pravo u Rijeci, 2008
- HERVEY, T. K. – Mc HALE, J., Health Law and the European Union, Cambridge, 2004

HLAČA, N.: O bioetici u povodu potpisa u Vijeću Europe dvaju međunarodnih dokumenata s bioetičkim sadržajima, »Vladavina prava«, god. II., 1998., br. 3-4

JAHNKE, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 10. Auflage, 5. Band, Leipzig, 1988

JELAČIĆ, O.: Osnove sudske medicine za studente prava, Split, 1981

JELAČIĆ, O.: O nastavi iz sudske medicine na pravnim fakultetima, »Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu«, god. XIV, 1997

JEREN, T.: Problemi u objektivnom ocjenjivanju vrijednosti trajne izobrazbe liječnika, Zbornik radova simpozija Bolnički liječnici u zdravstvu Republike Hrvatske i očuvanje njihova digniteta, Opatija, 2008

JONSEN A. R., JAMETON, A.: Medical Ethics, In: Reich WT, editor. Encyclopedia of Bioethics. 2nd ed., New York, 1995

JOVANOVIĆ, LJ.: Lekarska tajna – krivičnopravna razmatranja, Beograd, 1959

KENNEDY, I., GRUBB, A.: Medical Law – Text with Materials, London, 1991., MORGAN, Issues in Medical Law and Ethics, London, 2001

KLARIĆ, P., Odgovornost za štete u medicini, »Informator«, br. 5016-5017. od 3. i 6. travnja 2002

KLARIĆ, P.: Odštetno pravo, Zagreb, 2003

KOROŠEČ, D.: Medicinsko kaznensko pravo, Ljubljana, 2004

KURTOVIĆ, A.: Pretpostavke kažnjavanja liječnika, »Liječnička pogreška – medicinski i pravni aspekti«, Poslijediplomski tečaj stalnog medicinskog usavršavanja I. kategorije, Medicinski i Pravni fakultet u Splitu, Split, 2007

LAUFS, A., UHLENBRUCK, W.: Handbuch des Artzrecht, Munchen, 2002

MARIĆ, J, LUKIĆ, M.: Pravna medicina, Beograd, 1998

MATULIĆ, T., Bioetika, Zagreb, 2001 v ČIZMIĆ, J., Bioetika i medicinsko pravo, »Medicina«, Vol.44, broj 2 - Tematski broj: Bioetika; U povodu 9. svjetskoga bioetičkog kongresa Medicinska enciklopedija, knjiga 4., Zagreb, MCMLXIX

Medicinski leksikon, Zagreb, 1990

MEMETEAU, G.: Droit medical, Paris, 1986

MILIČIĆ, V.: Deontologija profesije liječnik, život čovjeka i integritet liječnika – ćudoredna raskrižja bioetike, Zagreb, 1996., Prilog B

MUJOVIĆ-ZORNIĆ, H.: Pravo kao garant vršenja medicine, Bilten Jugoslovenskog udruženja za medicinsko pravo“, septembar/decembar 2001

MUZUR, A., RINČIĆ LERGA, I., Etika i bioetika: sličnosti i razlike u odnosu prema pravu, referat održan na 9. bioetičkom okruglom stolu »Bioetika i medicinsko pravo«, održanog u Rijeci, 15. i 16. svibnja 2008., Program i sažeci

NIKOLIĆ, S., Etika zdravstvenih radnika danas, »Timočki medicinski glasnik«, vol. 28., 2003., broj 3- 4

Pravilnik o znanstvenim i umjetničkim područjima, poljima i granama, »Narodne novine«, br. 76/05

RADIŠIĆ, J.: Medicinsko pravo u svetu i kod nas, »Pravni informator«, 2002., br. 9.

RADIŠIĆ, J.: Medicinsko pravo, Beograd: Fakultet za poslovno pravo: Nomos, (2004)

RADOVANČEVIĆ, LJ.: RUŠINOVIĆ SUNARA, Đ.: Sadržaj i kontekst zdravstvenog prava i bioetike, referat na skupu Lošinjski dani bioetike, Mali Lošinj, Hrvatska, 13.-15. lipnja 2005

RADOVANČEVIĆ, LJ.: (Ko)relacije bioetike i zdravstvenog prava, referat održan na 9. Bioetičkom okruglom stolu »Bioetika i medicinsko pravo«, održanog u Rijeci, 15. i 16. svibnja 2008., Program i sažeci

RAMLJAK, A., VESEL, J.: Pravna medicina, Banja Luka, 1986

Reich WT, editor. Encyclopedia of Bioethics. 2nd ed., New York, 1995

SANDOR, J.: Data Protection in Health Care, Beyond Biomedical Use, »Frontiers of European Health Law«, Yearbook 2002

SORTA-BILAJAC, I., Od eutanazije do distanzacije, Rijeka, 2005

ŠEGOTA, I.: Nova medicinska etika (bioetika), Rijeka, 2000

ŠEGOTA, I.: Van Rensselaer Potter II – »otac« bioetike, Bioetički svesci 1999

ŠEPAROVIĆ, Z.: Granice rizika – Etičkopravni pristupi medicini, 3. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb: Informator., (1998)

ŠEPAROVIĆ, Z.: Granice rizika – Etičkopravni pristupi medicini, Zagreb, 1998

BOGDANIĆ, M., Odnos moralnog i legalnog u medicinskoj etici – američko iskustvo 40 godina povezanosti bioetike i pravnog sustava, referat na 9. bioetičkom okruglom stolu »Bioetika i medicinsko pravo«, održanom u Rijeci, 15. i 16. svibnja 2008

VISKOVIĆ, N., Kakva bioetika?, poglavlje u knjizi Nikola Visković »Sumorne godine – nacionalizam, bioetika, globalizacija«, Split, 2003

TRIVA, S., BELAJEC, V., DIKA, M.: Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 1986

VEDRIŠ, M. - KLARIĆ, P.: Građansko pravo, Zagreb, 1998

ŠEPAROVIĆ, Z., Granice rizika – Etičkopravni pristupi medicini, Zagreb, 1998

VISKOVIĆ, N.: Bioetika i biomedicinsko pravo, »Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu«, god. 32, 1995., br. 1-2

VISKOVIĆ, N.: Država i pravo, Zagreb: Birotehnika, (1995)

ZEČEVIĆ, D. i dr.: Sudska medicina i deontologija, Zagreb, 2004

ŽUNIĆ, LJ.: Značaj poznavanja medicinskog prava za zdravstvene radnike, seminarski rad – neobjavljeno, Split, 2009



# SUODGOVORNOST VIŠE OSOBA U ZDRAVSTVU

## SOODGOVORNOST VEĆ OSEB V ZDRAVSTVU<sup>1</sup>

### CO – RESPONSIBILITY OF MORE PERSONS IN HEALTH SERVICE

UDK: 614.25:347.56

*Blanka IVANČIĆ-KAČER, univ. dipl. pravnica  
Študentka Podiplomskega doktorskega študija iz civilnopravnih in družinskopravnih znanosti  
na Pravni fakulteti Univerze v Zagrebu, Hrvatska*

#### **POVZETEK**

*Avtorica se v tem delu ukvarja s problematiko odgovornosti za škodo v zdravstvu, vendar v primerih, ko za škodo ni odgovorna ene, ampak več oseb. Podrobno je analizirano vprašanje soodgovornosti v zdravstvu, pri čemer se posebej razdela odgovornost delodajalca, in še posebej vsake od oseb, ki se lahko pojavijo v verigi soodgovornosti za škodo, ki nastane v zdravstvu (zdravniki, medicinske sestre, nemedicinsko osebje, sam oškodovanec). Avtorica opozarja, da je najtežje ugotoviti obseg soodgovornosti v verigi, kar je še posebej pomembno v regresnem postopku.*

#### **KLJUČNE BESEDE**

*Škoda v zdravstvu, soodgovornost za škodo, odgovorne osebe za škodo v zdravstvu.*

#### **ABSTRACT**

*The author deals in this article with the problems of responsibility for damage in health care, but just in cases, when isn't given responsibility for the damage by one person, but by more persons. Detailed is analyzed the question of co – responsibility in health care. She specially give intention to the responsibility of employer and to every person which may appear in the chain of co – responsibility for the damage in health care (doctors, nurses, non-medical persons, the impaired himself). The author warns that is very difficult to find out the co – responsibility in the chain. This is very important in the regres procedure.*

#### **KEY WORDS**

*Damage in health service, co – responsibility for damage, responsible persons for the damage in health service.*

---

<sup>1</sup> Iako tekst radimo na temelju hrvatskog prava, rezultati su primjenivi i šire, jer se radi o materiji koja ne poznaje i ne priznaje granice.

## 1. UVOD

U životu je moguće da za neku štetu odgovara samo jedna osoba, ali i više osoba, i to na različite načine (svaka za sebe, odgovornost za drugoga, solidarna odgovornost, pravo na regres...). Primijenjeno na zdravstvo, radit će se o odgovornosti samo jednog subjekta (vjerujemo ipak rjeđe) ili o odgovornosti više subjekata. Predmet našeg rada je situacija u kojoj je potrebno najprije identificirati potencijalno odgovorne, te zatim odrediti njihov međusobni odnos kao i odnos prema oštećeniku, sve i uz, ako je potrebno, prijedloge de lege ferenda.

## 2. PRAVNA VRELA

Ustav Republike Hrvatske<sup>2</sup> je temeljno pravno vrelo za ovu materiju, kao i za bilo koju drugu materiju koja spada u hrvatski pravni sustav. Obzirom na to da se radi o području medicinskog (zdravstvenog<sup>3</sup>) prava, temeljno pravno vrelo nakon Ustava su i: Zakon o zdravstvenoj zaštiti<sup>4</sup> i Zakon o zdravstvenoj zaštiti stranaca u Republici Hrvatskoj,<sup>5</sup> Zakon o zaštiti prava pacijenata,<sup>6</sup> Zakon o kvaliteti zdravstvene zaštite,<sup>7</sup> Zakon o zdravstvenom osiguranju,<sup>8</sup> Zakon o obveznom zdravstvenom osiguranju,<sup>9</sup> Zakon o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju,<sup>10</sup> Zakon o liječništvu,<sup>11</sup> Zakon o sestrinstvu,<sup>12</sup> Zakon o ljekarništvu,<sup>13</sup> Zakon o stomatološkoj djelatnosti,<sup>14</sup> Zakon o medicinsko-biokemijskoj djelatnosti,<sup>15</sup> Zakon o medicinskim proizvodima,<sup>16</sup> Zakon o uzimanju i presađivanju dijelova ljudskog tijela u svrhu liječenja,<sup>17</sup> Zakon o krvi i krvnim pripravcima,<sup>18</sup> Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama,<sup>19</sup> kao i ostali zakonski i podzakonski akti koji na neposredan ili posredan način reguliraju materiju medicinskog prava.

---

<sup>2</sup> Ustav Republike Hrvatske NN 56/90., 135/97., 8/98. - pročišćeni tekst, 113/00., 124/00. - pročišćeni tekst, 28/01., 41/01. - pročišćeni tekst, 55/01. – dalje: Ustav.

<sup>3</sup> Često se pojavljuje dvojba je li ispravniji pojam medicinsko (medical law) ili zdravstveno pravo (health law). Smatramo da nije riječ o istoznačnicama. Ne ulazeći ovdje u detalje razlikovanja tih pojmova i u teoretiziranje, opredijelili smo se za sljedeće rješenje: iako granice i kriteriji i nisu baš najjasnije postavljeni, ako postavljamo odnos »širi« i »uži« smatramo da je pojam zdravstveno pravo širi. Vjerujemo i da su i jedno i drugo pojmovi koji su najšire prihvaćeni kao terminus technicus i da nema baš posebnog (osim teorijskog) značenja razjašnjavanje razlike između navedenih pojmova. Jedno moguće kompromisno rješenje je korištenje oba naziva, od čega da jedan bude u zagradama – npr. medicinsko (zdravstveno) pravo, a radi preglednosti rada naziv u zagradama nije nužno ponavljati.

<sup>4</sup> Zakon o zdravstvenoj zaštiti, NN 150/08 – dalje: ZZZ. Postoji i raniji propis istog naziva, NN 121/03, 48/05., 85/06, 117/08.

<sup>5</sup> Zakon o zdravstvenoj zaštiti stranaca u Republici Hrvatskoj, NN 114/97 – dalje: ZZSRH.

<sup>6</sup> Zakon o zaštiti prava pacijenata, NN 169/04, 37/08. (odluka i rješenje Ustavnog suda) - dalje: ZZPP.

<sup>7</sup> Zakon o kvaliteti zdravstvene zaštite, NN 107/07 – dalje: ZKZZ.

<sup>8</sup> Zakon o zdravstvenom osiguranju, NN 94/01, 88/02, 149/02, 117/03, 30/04, 177/04, 90/05 – dalje: ZZO.

<sup>9</sup> Zakon o obveznom zdravstvenom osiguranju, NN 85/06, 105/06, 118/06, 77/07, 111/07, 35/08, 150/08 – dalje: ZOZO.

<sup>10</sup> Zakon o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju, NN 85/06, 150/08 – dalje: ZDZO.

<sup>11</sup> Zakon o liječništvu, NN 121/03, 117/08 - dalje: ZOL.

<sup>12</sup> Zakon o sestrinstvu, NN 121/03, 117/08 - dalje: ZOS.

<sup>13</sup> Zakon o ljekarništvu, NN 121/03, 142/06, 35/08, 117/08 - dalje: ZOLJ.

<sup>14</sup> Zakon o stomatološkoj djelatnosti, NN 121/03, 117/08 - dalje: ZOSD.

<sup>15</sup> Zakon o medicinsko - biokemijskoj djelatnosti, NN 121/03, 117/08 - dalje: ZBKD.

<sup>16</sup> Zakon o medicinskim proizvodima, NN 67/08 – dalje: ZMP.

<sup>17</sup> Zakon o uzimanju i presađivanju dijelova ljudskog tijela u svrhu liječenja, NN 177/04, 45/09 – dalje: ZOT.

<sup>18</sup> Zakon o krvi i krvnim pripravcima, NN 79/06 – dalje: ZKKP.

<sup>19</sup> Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, NN 111/97, 27/98, 128/99, 79/02 – dalje: ZZODŠ.

Isto vrijedi i za niz općih akata koji nisu zakoni, ali ipak obvezuju, među kojima je niz etičkih kodeksa: Kodeks medicinske etike i deontologije<sup>20</sup> i Etički kodeks medicinskih sestara,<sup>21</sup> kao i Kodeks etike Društva inženjera medicinske radiologije.<sup>22</sup> Pravno vrelo je i Pravilnik o disciplinskom postupku Hrvatske liječničke komore,<sup>23</sup> koji uređuje stegovnu odgovornost liječnika, kao i Pravilnik o pravima i odgovornosti članova Hrvatske liječničke komore. Postoji i Međunarodni Kodeks medicinske etike iz davne 1945. god.<sup>24</sup> Najstarija kodifikacija liječničke etike je, ili se barem smatra da je najstarija, Hipokratova zakletva iz V. stoljeća prije nove ere.<sup>25</sup> Postoji niz zakona koji se ne tiču direktno ove materije, međutim daju odgovore na brojna pitanja koja se odnose na ovu materiju, kao što je Zakon o obveznim odnosima<sup>26</sup> i Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima,<sup>27</sup> a glede postupka Zakon o parničnom postupku.<sup>28</sup> U Kaznenom zakonu<sup>29</sup> ovo područje obuhvaća glavu petnaestu - kaznena djela protiv časti i ugleda (čl. 199. – 205.) i glavu osamnaestu - kaznena djela protiv zdravlja ljudi (čl. 238.– 249.).

Premda Republika Hrvatska nije članica EU, iznimno veliku ulogu imaju smjernice EU i drugi akti koji čine europsku pravnu stečevinu ili *acquis communautaire*. Posebno pravno značenje imaju međunarodni ugovori, koji temeljem Ustava imaju nadzakonsku snagu pod uvjetom ratificiranja i objave, a tu treba posebno spomenuti Konvenciju o ljudskim pravima i biomedicini<sup>30</sup> koja, pored ostaloga, pacijentima jamči i pravo na naknadu štete prouzročene medicinskom intervencijom. Također smatramo potrebnim spomenuti značaj Opće deklaracije o pravima čovjeka, Europske konvencije o ljudskim pravima, Deklaracije o promicanju prava pacijenata u Europi,<sup>31</sup> usvojenu na europskom savjetovanju Svjetske zdravstvene organizacije o pravima pacijenata u Amsterdamu 1994., Konvencije o građanskim i političkim pravima UN-a, UN Deklaracije o HIV/AIDS-u, Konvencije o pravima djeteta iz 1989., Deklaracije o pravima djeteta na zdravstvenu zaštitu iz 1998...

---

<sup>20</sup> Kodeks medicinske etike i deontologije, NN 55/08 - dalje: KMED. – vidjeti o tome detaljnije u: Vjekoslav Miličić, Deontologija profesije liječnik, Zagreb, 1996. god., prilog XXIV.

<sup>21</sup> Donesen 22. prosinca 2005. godine.

<sup>22</sup> Donesen 24. svibnja 2003. godine.

<sup>23</sup> Donesen je 29. listopada 2003. god, objavljen je na oglasnoj ploči Komore dana 04. studenoga 2003., a stupio na snagu 13. studenoga 2003. Tekst Pravilnika je objavljen i u Liječničkim novinama br. 29/04, a 12. svibnja 2007. donesene su njegove izmjene i dopune, koje su stupile na snagu 27. svibnja 2007. god.

<sup>24</sup> Više o tome vidjeti u: Vjekoslav Miličić, Deontologija profesije liječnik, Zagreb, 1996. god., prilog XXIV. Usvojen je na 3. generalnoj skupštini Svjetskog medicinskog udruženja u Londonu 1949. godine., a nadopunjavao je 1968 u Sydneyu i 1983. u Italiji.

<sup>25</sup> Vidjeti tekst u: Vjekoslav Miličić, op. cit., prilog XXIII.

<sup>26</sup> Zakon o obveznim odnosima, NN 35/05, 41/08 – dalje: ZOO. Zakon o obveznim odnosima, SL 29/78., 39/85., 46/85., 57/89., NN 53/91., 73/91., 111/93., 3/94., 7/96., 91/96., 112/99., 88/01.- dalje: ZOO 78

<sup>27</sup> Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN 91/96, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08. – dalje: ZV.

<sup>28</sup> Zakon o parničnom postupku, Sl. l. 4/77, 36/77, 36/80, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91, NN 53/91, 91/92, 112/99, 117/03, 84/08, 123/08. - dalje: ZPP.

<sup>29</sup> Kazneni zakon, NN 110/97, 27/98, 129/00, 51/01, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08 – dalje: KZ.

<sup>30</sup> Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini, NN MU 13/03-dalje: Konvencija.

<sup>31</sup> Deklaracije o promicanju prava pacijenata u Europi (Declaration on the Promotion of Patients Rights in Europe) Svjetske zdravstvene organizacije (»Amsterdamska deklaracija iz 1994. godine. Na temelju prihvaćenja te Deklaracije devet europskih zemalja donijelo je zakone koji reguliraju prava pacijenata: Finska, Norveška, Litva, Francuska, Danska, Island, Ukrajina, Norveška i Izrael dok su Austrija, Grčka, Mađarska, Bjelorusija, Slovačka, Slovenija i Švedska uvela ta prava u postojeću legislativu. U Hrvatskoj su temelji te Deklaracije uneseni u ZZPP, kojeg je je Hrvatski sabor donio 19. studenoga 2004. godine. - vidjeti o tome na: HČJZ – Hrvatski časopis za javno zdravstvo, na: <http://www.hczjz.hr/pr.php?id=12457&rnd>.

Neformalni izvori prava su pravna znanost i sudska praksa kao izvori prava sui generis. Sudska praksa djeluje snagom argumenta, ali i argumentom snage, s obzirom na to da viši sudovi imaju ovlast nametnuti svoje pravne stavove nižima. Pravna znanost daje odgovor na otvorena pitanja koja predstavljaju pravne praznine i na taj način pomaže sudovima u slučajevima kada zakonodavac nije dao odgovor ili je riječ o pitanju koje zahtijeva složeno tumačenje, te je potrebno da pravna znanost na njega da odgovor (ukoliko zakonodavac ne reagira na način da popuni pravnu prazninu ili ispravi nedorečenost) kako bi se izbjegla sudska praksa koja je loša i/ili neujednačena i osigurala vladavina prava i pravna sigurnost.

### 3. ANALIZA PROBLEMA SUODGOVORNOSTI U ZDRAVSTVU

#### 3.1. Definicija suodgovornosti

Ukoliko više osoba (dakle, najmanje dvije) odgovara za istu štetu, to se definira kao suodgovornost. Takvu situaciju je potrebno razlikovati, odnosno ne izjednačiti je u potpunosti sa situacijom u kojoj više osoba počinu istu štetu, jer to što su je počinili još uvijek ne znači da za nju odgovaraju. Ukoliko odgovaraju, i ima ih više, tada se radi o suodgovornosti.

U zdravstvu se može raditi i o odgovornosti jednog subjekta, ali i o odgovornosti više njih. Navodeći to, svjesno zanemarujemo činjenicu da u hrvatskom pravu u ogromnom broju slučajeva odgovara samo poslodavac, iznimka su oni slučajevi u kojima liječnik radi izvan bolnica i poliklinika i sličnih organizacijskih oblika, dakle kao liječnik pojedinac koji je istodobno sam sebi poslodavac (na odgovarajući način to s odnosi i na one koji obavljaju zdravstvenu djelatnost ne samo izvan već i protivno samom sustavu, dakle »na crno«). To radimo iz više razloga. Prvenstveno, današnje stanje se u skoroj budućnosti može i promijeniti – dakle, da ne odgovara samo poslodavac, kao drugo, čak i ako samo poslodavac odgovara, on ima pod određenim uvjetima pravo na regres, a ako do toga i dođe, nije isto radi li se o jednoj ili više osoba koje bi odgovarale ili suodgovarale prema poslodavcu, što znači da je tu situaciju potrebno detaljno analizirati, i to i de lege lata i de lege ferenda.

#### 3.2. Odgovornost za štetu - općenito

Pretpostavke odgovornosti za štetu (pored subjekata) moraju biti kumulativno ispunjene i to su:

- 1) subjekti;<sup>32</sup>
- 2) štetna radnja štetnika;<sup>33</sup>
- 3) šteta;<sup>34</sup>
- 4) uzročna veza između štetne radnje i štete (kauzalni neksus);<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> Subjekti odgovornosti za štetu su odgovorna osoba (osoba koja je dužna naknaditi štetu- najčešće je to štetnik, ali može biti i druga osoba koja umjesto njega odgovara, npr. roditelj za dijete) i oštećenik.

<sup>33</sup> Štetna radnja štetnika je postupak kojim se oštećeniku nanosi šteta (s obzirom na vrstu štetne radnje razlikujemo: izvanugovornu odgovornost, predugovornu odgovornost i ugovornu odgovornost) – vidjeti tako i više o tome u: Ivica Crnić, Naknada štete, Odgovornost za štetu i popravljivanje štete, Organizator, Zagreb, 1995., str. 4.-12.

<sup>34</sup> Šteta je umanjeње nečije imovine (obična šteta), sprječavanje njezina povećanja (izmakla korist) i povreda prava osobnosti (neimovinska šteta) – vidjeti čl. 1046., ZOO.

5) protupravnost.<sup>36</sup>

### 3.3. Štete u zdravstvu - općenito

U zdravstvu se može dogoditi bilo koja vrsta štete, od obične štete (damnum emergens - npr. izgubljena ili oštećena odjeća i obuća), preko izmakle dobiti (lucrum cessans - npr. duže bolovanje nego bi bilo da je sve obavljeno lege artis), pa do povrede prava osobnosti (bolovi, strahovi, ugled i dr., što po novom zakonskom rješenju u Republici Hrvatskoj više nije u samoj definiciji neimovinske štete, nego utječe na novčano odmjeravanje visine te štete). Nema ograničenja ni po visini štete pa već i hrvatska sudska praksa poznaje milijunske odštete.

Specifičnost šteta u zdravstvu ili medicinskih šteta je to što oštećenik dolazi kod liječnika s nadom da će mu se problem koji ima riješiti, da će mu liječnik pomoći, a umjesto toga doživi štetu, što poseban učinak može imati u onoj neimovinskoj komponenti, u jednom maksimalnom razočaranju, neovisno o tome koliko su izgledi (za ozdravljenje) inače bili realni ili nerealni.

Ono što treba posebno naglasiti je i specifičnost u odnosu na sudjelovanje više osoba u cijelom procesu davanja zdravstvene usluge. To znači da jedan uobičajeni slijed u pravilu uključuje:

1. Osjećaj boli ili bilo koje smetnje, čak i običnog osjećaja da je vrijeme za neku kontrolu, što dovede do javljanja liječniku, najčešće liječniku opće prakse (osobito iz razloga financijske naravi jer taj liječnik opće prakse jedini smije za njega napisati uputnicu);
2. Pregled u skladu s onim što obavlja liječnik opće prakse, što završava ili konstatacijom da ništa nije potrebno (što nije problem ako je stvarno tako, ali ako nije tako onda je početak lanca koji završava štetom, u najgoroj opciji i smrtnom posljedicom) ili uputnicom, uključujući i oznaku je li nešto hitno ili nije;
3. Dolazak kod specijalista, ponovo pregled, dijagnoza i liječenje (uključujući i mogući operativni zahvat), u bolnici ili izvan nje (ako je izvan nje, to najčešće znači i odlazak u ljekarnu preuzeti lijekove);
4. Svakom kontaktu s liječnikom prethodi i na neki način ga uvjetuje kontakt s medicinskom sestrom »na šalteru«, a unutar cijelog procesa liječenja su uključeni i brojni drugi, od onih koji su zdravstveni radnici samo zato jer im je ili samo radno mjesto u tom objektu (npr. zaštitari,

---

<sup>35</sup> Uzročna veza ili kauzalni nesus je veza koja mora postojati između štetne radnje i štete na način da se šteta javlja kao posljedica štetne radnje. Uzročna veza se ne predmnijeva, već je mora dokazati oštećenik (pacijent). On mora dokazati da njegovo pogoršano stanje zdravlja nije posljedica prirodnog, sudbinskog tijeka bolesti, nego liječničke greške. Položaj pacijenta je olakšan ako se primjenjuju pravila objektivne odgovornosti, npr. ako šteta potječe od nekog medicinskog aparata kao opasne stvari ili neke dijagnostičke ili terapijske mjere koja bi se mogla smatrati opasnom, jer se tada uzročna veza predmnijeva - vidjeti tako u: Petar Klarić, *Odgovornost zdravstvene ustanove i zdravstvenih djelatnika za štetu* (drugi dio), Hrvatska pravna revija, br. 9, rujan 2001., str. 35. Nastala šteta mora biti u uzročnoj vezi s dužnikovim nedopuštenim postupanjem. Uzročna veza je faktično pitanje koje u slučaju spora rješava sud, ovisno o svim okolnostima konkretnog slučaja - Vidjeti tako i više o tome u: Hrvoje Momčinović, *Ugovorna odgovornost za štetu* u Zborniku radova skupine autora: *Odgovornost za štetu*, Inženjerski biro d.d., Zagreb, 2006., str. 71. i 72.

<sup>36</sup> Protupravna je radnja štetnika ako je njom povrijeđen pravni propis. Vidjeti o tome više u: Hrvoje Kačer, Ante Perkušić, u: Vilim Gorenc i dr., *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, RRIF, Zagreb, listopad 2005., str. 1605. Razlozi za isključenje protupravnosti su: nužna obrana (čl. 1052. st.1., ZOO), stanje nužde (čl. 1052. str. 2., ZOO), dopuštena samopomoć (čl. 1053., ZOO) i pristanak oštećenika (čl. 1054., ZOO).

ali i električari i drugi »majstori«, uključujući higijeničare) ili čak na nekoj drugoj lokaciji obavljaju uslugu (npr. pripremu hrane) koja se konačno pruža u nekom zdravstvenom objektu (sam pojam zdravstveni objekt treba jako široko tumačiti kao bilo koji objekt u kojemu se obavlja ili bi se trebala obavljati neka zdravstvena usluga, to može biti i neko vozilo ili brod).

U navedenom lancu je dovoljan propust ili greška bilo koga pa da dođe do štete, pri čemu je jako lako (u smislu utvrđivanja odgovornosti) ako propust napravi onaj na kraju navedenoga lanca jer u tom slučaju oni prije njega s tim nemaju veze. Međutim, ako se propust dogodi negdje na početku lanca, onda je u pravilu sporno bi li se ono poslije odvijalo kako se odvijalo da tog propusta nije bilo. To znači i da treba utvrditi tko je i na koji način, makar i propustom, pridonio šteti. Školski primjer je sterilizacija operacijske dvorane. To je posao koji ne obavlja liječnik, nego niže medicinsko osoblje, od higijeničara pa dalje. Međutim, ako se to ne obavi i liječnik ipak započne operaciju, bit će odgovoran jer nije provjerio što je obavljeno, a ako je i dobio neutemelju potvrdu, a ipak je, da je uložio dužnu pažnju, mogao ili morao vidjeti da nešto nije u redu, bio bi odgovoran, odnosno suodgovoran za nastalu štetu.

Treba istaknuti da se u praksi najčešće pod pojmom odgovorne osobe u zdravstvu misli samo na liječnike i njihovog poslodavca. Stanje je međutim bitno drukčije. Točno je da poslodavac u velikoj mjeri odgovara za svoje zaposlenike, ali je također istina da se utvrđenje onoga tko je uzrokovao štetu nikako ne ograničava na liječnike, to je daleko širi krug koji uključuje čitav niz osoba, kako onih kojih će se svatko na upit ipak prisjetiti (npr. medicinske sestre) pa do onih kojih će se malo tko i nakon temeljitog razmišljanja sjetiti (npr. oni koji isporučuju bolničku opremu kao što su kreveti, posteljina, kuhari itd.).

### **3.4. Pravni položaj poslodavca po ZOO**

ZOO kao ključni propis u području odštetne odgovornosti ne spominje posebno nikakvog poslodavca u zdravstvu, nego se pod pojmom poslodavca obuhvaćaju svi poslodavci, pa tako i oni u zdravstvu. Važeća regulativa u Republici Hrvatskoj poslodavca stavlja u dosta težak položaj, da je najčešće samo pitanje visine štete, a ne i hoće li ili neće, barem u dijelu, biti usvojen tužbeni zahtjev nekog nezadovoljnog korisnika zdravstvenih usluga. Radi se o odredbama sadržanim u čl. 1061. ZOO koje glase:

Odgovornost poslodavca

Članak 1061.

- (1) Za štetu koju zaposlenik u radu ili u svezi s radom prouzroči trećoj osobi odgovara poslodavac kod kojega je radnik radio u trenutku prouzročenja štete, osim ako dokaže da su postojali razlozi koji isključuju odgovornost zaposlenika.
- (2) Oštećenik ima pravo zahtijevati popravlanje štete i neposredno od zaposlenika ako je štetu prouzročio namjerno.
- (3) Poslodavac koji je oštećeniku popravio štetu ima pravo zahtijevati od zaposlenika naknadu troškova popravljanja štete, ako je ovaj štetu prouzročio namjerno ili iz krajnje nepažnje.
- (4) Pravo iz stavka 3. ovoga članka zastarijeva u roku od šest mjeseci od dana kad je šteta popravljena.

Ono što treba posebno naglasiti je da je jako ograničena mogućnost da liječnik (ili drugi uzročnik štete) bude neposredno tužen, to je moguće samo ako je postupao namjerno, a

regres je ograničen na slučajeve namjere i krajnje (grube) nepažnje. Iz toga se jasno vidi da je položaj poslodavac dosta težak, odnosno nepovoljan.

Nadalje, pravni položaj poslodavca je obilježen i člankom 1063. ZOO koji glasi:

Predmnjeva uzročnosti

Članak 1063.

Šteta nastala u vezi s opasnom stvari, odnosno opasnom djelatnošću smatra se da potječe od te stvari, odnosno djelatnosti, osim ako se dokaže da one nisu bile uzrok štete.

Tko odgovara za štetu

Članak 1064.

Za štetu od opasne stvari odgovara njezin vlasnik, a za štetu od opasne djelatnosti odgovara osoba koja se njome bavi.

Predaja stvari trećoj osobi

Članak 1066.

(1) Umjesto vlasnika stvari, i isto kao on, odgovara osoba kojoj je vlasnik povjerio stvar da se njome služi ili osoba koja je inače dužna da je nadgleda a nije kod njega na radu.

(2) Ali će pored nje odgovarati i vlasnik stvari ako je šteta proizašla iz neke skrivene mane ili skrivenog svojstva stvari na koje joj nije skrenuo pozornost.

(3) U tom slučaju odgovorna osoba koja je isplatila naknadu oštećeniku ima pravo zahtijevati cijeli njezin iznos od vlasnika.

(4) Vlasnik opasne stvari koji ju je povjerio osobi koja nije osposobljena ili nije ovlaštena njome rukovati odgovara za štetu koja potekne od te stvari.

Iako pozitivno pravo ne daje jasno odgovor na pitanje koja je to djelatnost (pa i u medicini) opasna djelatnost i koja je to stvar opasna stvar (pa i u medicini), nego daje samo opće formulacije koje se odnose na sve djelatnosti i sve stvari, ipak neke smjernice nam daju i pravna znanost i sudska praksa. Moglo bi se zaključiti da se, polako ali sigurno, priznaje objektivna odgovornost u medicini,<sup>37</sup> ali još uvijek ne kao pravilo, nego prije kao iznimka, posebno u slučaju korištenja jako sofisticiranih uređaja.<sup>38</sup>

Na primjeru bilo kojeg uređaja bolnica kao poslodavac će biti ili vlasnik ili (npr. ako je uzeto u leasing ili najam) korisnik, što znači da će biti odgovorna i za taj uređaj kao opasnu stvar (neće svaki uređaj nužno biti opasna stvar, ali većina ipak hoće, kao npr. MC, CT i sl.). Dakle, ipak treba zaključiti da i regulativa u odnosu na same stvari – uređaje u prvom redu, nije povoljna za poslodavce. Ne stavljajući se na stranu poslodavaca (najčešće su to bolnice), treba zaključiti da je perspektiva ipak poskupljenje usluga u zdravstvu, jer se sve češće odštete (uključujući tu i one bez krivnje) iz nekog izvora jednostavno moraju alimentirati, a jedini izvor je (posredno ili neposredno) ipak samo i uvijek pacijent, odnosno korisnik zdravstvenih usluga.

---

<sup>37</sup> O objektivnoj odgovornosti u medicini vidjeti više u: Blanka Ivančić-Kačer, *Odgovornost za štetu u estetskom pravu*, Hrvatska pravna revija br. 2./2008., Inženjerski biro d.d., str. 75.-88.

<sup>38</sup> Vidjeti jednu konkretnu odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske u kritičkom osvrtu: Hrvoje Kačer, *Jedna novija odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske o objektivnoj odgovornosti u medicini*, Hrvatska pravna revija, Inženjerski biro d.d., broj 4 / 2008., str. 35.-40

### 3.5. Ostale moguće odgovorne osobe u zdravstvu

#### 3.5.1. Liječnici kao moguće odgovorne osobe

Liječnici su uvijek u prvom planu kao oni koju su uzrokovali neku štetu u zdravstvu i prečesto su unaprijed u medijima i općenito javnosti stavljeni na stup srama, što nije pravično i što nezasluženo blati sve liječnike kao struku.<sup>39</sup> Unutar strukture liječnika ipak treba razlikovati liječnike po različitim ulogama koje u odnosu na konkretnog pacijenta imaju (od dijagnostičara, preko onog tko npr. operira, uključujući tu i anesteziologa bez kojega nema operacije, pa do onoga tko na kraju napiše otpusno pismo), a treba ih razlikovati i po statusu (jedno je liječnik specijalizant, drugo je specijalist ili subspecijalist, treće je netko tko jest specijalist, ali ne za taj zahvat koji nema tko drugi obaviti, a stvar je hitna...).

U hrvatskom pozitivnom pravu<sup>40</sup> se od liječnika (a to se odnosi i na druge profesionalce u zdravstvu) zahtijeva da postupa s povećanom pažnjom, prema pravilima struke i običajima (pažnjom dobrog stručnjaka). Kad liječnik ne postupa s pažnjom dobrog stručnjaka,<sup>41</sup> radi se o običnoj nepažnji (culpa levis), a ako ne postupi ni onako kako bi postupio svaki prosječan liječnik, radi se o gruboj nepažnji (culpa lata) koja predstavlja viši stupanj krivnje.<sup>42</sup> Od liječnika se traži da svladava nove metode liječenja, a standard se određuje prema stanju znanstvenih spoznaja u vrijeme liječenja. Odgovornost liječnika je osobna (načelo: svatko odgovara za svoj čin i u granicama svoje krivnje), ali je situacija nešto složenija zbog timskog rada. Važno je pitanje što je s odgovornošću za provedbu pogrešne upute, odnosno odstupanja od upute. Prema navedenom načelu da svatko odgovara za svoj čin i u granicama

---

<sup>39</sup> U Hrvatskoj se sve više razmišlja o uvođenju tzv. »no fault compensation« sustava - sustava obeštećenja pacijenata bez traženja krivnje, prema uzoru na skandinavske zemlje (u ovakvim sustavima ili se ne mora dokazati krivnja liječnika za nastalu posljedicu ili pacijent ipak mora dokazati povredu dužne pažnje na strani liječnika, ali je standard dokaza snižen i postupovna pravila su pojednostavljena pa je moguće brže riješiti veći broj slučajeva, a u sustavima koji u potpunosti isključuju dokazivanje krivnje isključuje se i stigmatizacija liječnika. Ovakvom sustavu odgovornosti prigovara se da ne djeluje dovoljno preventivno, ne omogućuje punu kompenzaciju te da sniženi standard dokaza tamo gdje se traži stvara mogućnost za češću pojavu nepravednih kompenzacija- vidjeti tako u: Ksenija Turković, Novi pogledi u svijetu na odgovornost liječnika za liječničku grešku, izvor:

[www.pravo.hr/isite\\_view\\_3/Download/2006/05/16/Turkovic-lijecnicka\\_greska.doc](http://www.pravo.hr/isite_view_3/Download/2006/05/16/Turkovic-lijecnicka_greska.doc)). Osnovano je i Povjerenstvo sačinjeno od predstavnika Ministarstva zdravstva i socijalne skrbi, Hrvatske liječničke komore i Hrvatskoj liječničkog zbora, kojemu je zadatak izraditi koncepciju koja bi bila najbolja za nas. Naime, prema »no fault« sustavu bi se pacijentu omogućilo dobivanje odštete iz posebnog fonda namijenjenog za tu svrhu, i to bez pokretanja postupka pred tijelima Hrvatske liječničke komore ili pred sudovima, a ono što je jako dobro u tom modelu je što on uključuje obvezatnu prijavu i registraciju svih štetnih događaja tijekom provedbe dijagnostike ili liječenja – a to olakšava provedbu preventivnih mjera i povećava sigurnost pacijenata te se povećava vjerojatnost prijavljivanja svih grešaka jer se ne traži krivac, a i smanjuje se psihološki pritisak na liječnike, pa se tako smanjuje i opasnost od pravljenja pogrešaka - vidjeti o tome na:

<http://www.hlk.hr/default.asp?ru>.

<sup>40</sup> Čl. 10. st. 2. ZOO.

<sup>41</sup> U Engleskoj se standardom dužne pažnje smatra praksa koju prihvaća kao dobru liječnička profesija ili sudovi (tzv. Bolam test). Odgovornost je isključena ukoliko se liječnik ponaša u skladu s ustaljenom liječničkom praksom, no uvijek postoji mogućnost za pacijenta dokazati da određena ustaljena praksa nije savjesna. U nekim je državama (primjerice, u Njemačkoj, Poljskoj i Švedskoj) standard dužne pažnje je određen znanjem, sposobnošću i pažnjom iskusnog liječnika u određenom području (specijalizaciji)-više o tome u: Ksenija Turković, Novi pogledi u svijetu na odgovornost liječnika za liječničku grešku, izvor:

[www.pravo.hr/isite\\_view\\_3/Download/2006/05/16/Turkovic-lijecnicka\\_greska.doc](http://www.pravo.hr/isite_view_3/Download/2006/05/16/Turkovic-lijecnicka_greska.doc).

<sup>42</sup> Vidjeti tako i više o tome u: Petar Klarić, Martin Vedriš, op. cit., str. 598. i 599.



svoje krivnje, postupanje prema uputi ne isključuje odgovornost u slučaju kada je uputa očigledno nepodobna ili pogrešna.<sup>43</sup>

Međutim, problem je što je u pitanju pravni standard (pažnja dobrog stručnjaka) i u svakom konkretnom slučaju ga treba tumačiti, ovisno o okolnostima. Kada je u pitanju liječnik, situacija se razlikuje ovisno o tome je li riječ o liječniku opće prakse ili stručnjaku iz nekog određenog područja, specijalisti.<sup>44</sup> Čak i među specijalistima postoje velike razlike, tako da se pojedini liječnik subspecijalizacijom može dodatno školovati za neko još uže područje. Dakle, smatramo da se pod »pažnjom dobrog stručnjaka« od liječnika opće prakse očekuje da prepozna da neki problem iz određenog područja postoji i da je njegova dužnost da pacijenta uputi specijalisti, od kojega se očekuje mnogo veća preciznost i stručnost iz tog područja.

Profesionalna odgovornost za štetu je područje koje izaziva rasprave u stručnim krugovima zbog specifičnosti obveze profesionalca jer često u odnosu profesionalca prema stranci (u našem slučaju prema pacijentu) i prema trećim osobama nije jasna granica<sup>45</sup> između deliktne i kontraktne odgovornosti.<sup>46</sup> Nesporno je da, ako postoji ugovor i profesionalac neku obvezu iz ugovora povrijedi, riječ je o kršenju ugovorne obveze. Ako svojim aktivnim djelovanjem prema osobi s kojom nije u ugovornom odnosu povrijedi načelo *neminem laedere*, odgovornost je deliktna. Međutim, problem nastaje jer kod nekih intelektualnih profesija (a tu spadaju i zdravstvene) postoje određene obveze profesionalca i kada nema ugovorne obveze (postoje obveze na *facere* - obveza aktivnosti i kada nema ugovorne obveze, a ne samo obveza na *non facere* - nečinjenja nečeg što drugome smeta u vršenju njegovih aktivnosti). U anglosaksonskom pravu postoje fiducijarne obveze koje »proizlaze iz posebnog odnosa zasnovanog na povjerenju, a koji rađa dužnošću lojalnosti prema interesima šticećenika«.<sup>47</sup> Liječnička profesija je itekako »obilježena« s nužnošću postojanja povjerljivog odnosa između pacijenta i liječnika, te se može s pravom reći da, premda može biti slučaj da za štetu nanesenu pacijentu odgovara bolnica ili druga medicinska ustanova u kojoj je taj liječnik zaposlen, postoji i autonomna odgovornost liječnika ukoliko je povrijedio standarde profesionalnog ponašanja - riječ je o deliktnoj odgovornosti.<sup>48</sup>

Također, jednako kao što postoje slučajevi u kojima je konkretni liječnik sam uzrokovao neku štetu, postoje i slučajevi u kojima se radi o suodgovornosti više osoba – npr. radiolog je napravio lošu sliku i/ili je loše protumačio, povijest bolesti nije pravilno uzeta, sam pacijent je (ili njegova obitelj) dao pogrešne podatke o sebi koji su bitni za odluku, a nije bilo vremena za provjeru, niti razloga za sumnju u davatelja podataka itd.

---

<sup>43</sup> Vidjeti tako u: Anita Kurtović, Pretpostavke kažnjavanja liječnika u u Zborniku radova skupine autora, Liječnička pogreška- medicinski i pravni aspekti, Split, 2007., str. 96.

<sup>44</sup> O odgovornosti specijalizanata vidjeti više u: Blanka Ivančić-Kačer, Odgovornost specijalizanata za počinjenu liječničku grešku, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, građansko, trgovačko, radno i upravno pravo u praksi, Godišnjak 16, Organizator, Zagreb, 2009., str. 679.-700.

<sup>45</sup> O dvojbi da li se kod odgovornosti profesionalaca radi o ugovornoj (kontraktnoj) ili izvanugovornoj (deliktnoj) odgovornosti vidjeti u: Jon Holyoak and David Allen, Chapter 2, Negligence and the Professions, u Professional Liability Law and Insurance, edited by Ray Hodgins, LLP, London-New York, Hong Kong, 1996., str. 45 i dalje.

<sup>46</sup> Vidjeti više o tome u: Silvija Petrić, Problem pravne osnove profesionalne odgovornosti za štetu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v.25, br. 1, (2004), str. 213.

<sup>47</sup> Vidjeti tako i više u: Silvija Petrić, op. cit., str. 215.- 216. - prema Clerk & Lindsell on Torts, (Eighteen edition, General Editor: Anthony M. Dugdale), Sweet & Maxwell, London, 2000., str. 1541.-1555.; 451.- 456.

<sup>48</sup> To ne isključuje odgovornost ustanove.

### **3.5.2. Medicinske sestre kao moguće odgovorne osobe**

Medicinska sestra, iako najčešće nije u prvom planu kao odgovorna, nesporno može snositi odgovornost. To može biti zato jer nije provela odluku – naredbu ili nalog liječnika (ili sebi nadređene sestre npr. – nije dala lijek u određeno vrijeme), ali i iz drugih razloga, npr. zato što je jednostavno propustila uočiti neki simptom krize kod bolesnika. Ono što je jako bitno, ali i jako malo poznato izvan usko stručnih krugova je neobično rješenje u hrvatskom pozitivnom pravu, prema kojem medicinske sestre (vjerojatno uslijed organiziranog lobističkog pristiska) čini na određeni način manje odgovornim.

Radi se o čl. 21. ZOS koji glasi:

Medicinska sestra nije odgovorna za neprovedeni postupak u slučaju kada unatoč primjeni najboljeg znanja i vještina, poslodavac nije osigurao ordinirane lijekove, sredstva, minimalno potrebni pribor ili tehničku opremu u skladu s minimalnim standardima za provođenje uspješne zdravstvene njege.

U slučaju nemogućnosti provedbe ordiniranog postupka iz stavka 1. ovoga članka medicinska sestra obvezna je odmah pisano izvijestiti nadređenu osobu. Navedeno poboljšanje položaja medicinske sestre izaziva mnoga pitanja, a posebno zašto nešto slično ne vrijedi i za liječnike. Ipak, to je rješenje koje u prvom redu ima značenje u eventualnom postupku regresa, a oštećenik će ionako u pravilu tužiti samo poslodavca.

### **3.5.3. Nemedicinsko osoblje kao moguće odgovorne osobe**

Ovi subjekti kao moguće suodgovorni se najrjeđe spominju, iako je često realno stanje potpuno drukčije. Popis onih koji spadaju u ovu skupinu je nepregledan i uključuje baš sve koji na bilo koji način sudjeluju u davanju zdravstvene usluge. Tu su baš svi, od čuvara na ulazu u bolnicu, preko svih onih koji održavaju zdravstvene uređaje, koji nabavljaju, pripremaju i poslužuju hranu i lijekove, koji održavaju higijenu kako soba i opreme u sobi, tako i bilo čega izvan same sobe, pa sve do onih koji se brinu oko broja zdravstvenog osoblja, njihovog rasporeda i nadzora njihovog rada (npr. da se uoči da je netko premoren ili alkoholiziran) uključujući tu i ravnatelje ustanova.

### **3.5.4. Osobe izvan sustava**

Postoji velika mogućnost da štetu uzrokuje ili suuzrokuje i netko tko se zatekao uz pacijenta ili nečega što dođe ili treba doći u dodir s pacijentom, iako su to osobe iz sustava morale spriječiti. To uključuje npr. i one zlonamjerne, ali i dobronamjerne, npr. članove obitelji u posjetu izvan vremena i uvjeta propisanih tzv. kućnim redom. Svi oni, uz određeni splet okolnosti, mogu biti u lancu odgovornosti ili suodgovornosti.

### **3.5.5. Sam oštećenik**

Činjenica je da i sam oštećenik može biti suodgovoran ili čak i isključivo odgovoran za štetni događaj. Iako se to, barem prema dostupnim podacima, relativno rijetko događa, ni namjerno

ponašanje pacijenta suprotno ili samo različito od upute liječnika, nije nemoguće. Može se raditi o neuzimanju lijekova uopće, o neredovitom uzimanju lijekova, o pušenju, o naprezanju, o davanju nepotpunih ili lažnih podataka, čak i bježanju iz bolničkog kruga i dr. Sve to može biti doprinos oštećenika ili čak i isključiti odgovornost svih drugih. U stranoj praksi najveći doprinos evindentiranju i sankcioniranju ovakvih pojava daju osiguravatelji, ali to kod nas nije realno zbog male uloge osiguravatelja, posebno i zbog nepostojanja obveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti.<sup>49</sup>

### 3.6. Detalji o suodgovornosti

Ukoliko dođe do suodgovornosti više osoba, primjenjuju se pravila o suodgovornosti. Radi se o odredbama iz ZOO koje glase:

#### ODGOVORNOST VIŠE OSOBA ZA ISTU ŠTETU

Solidarna odgovornost

Članak 1107. ZOO

- (1) Za štetu koju je više osoba prouzročilo zajedno svi sudionici odgovaraju solidarno.
- (2) Poticatelj i pomagatelj te onaj koji je pomagao da se odgovorne osobe ne otkriju odgovaraju solidarno s njima.
- (3) Solidarno odgovaraju za prouzročenu štetu i osobe koje su je uzrokovale radeći nezavisno jedna od druge, ako se ne mogu utvrditi njihovi udjeli u nastaloj šteti.
- (4) Kad je nedvojbeno da je štetu prouzročila neka od dviju ili više određenih osoba koje su na neki način međusobno povezane, a ne može se utvrditi koja je od njih štetu prouzročila, te osobe odgovaraju solidarno.

Članak 1109.

- (1) Solidarni dužnik koji isplati više nego što iznosi njegov udio u šteti može zahtijevati od svakog od ostalih dužnika da mu naknadi ono što je platio za njega.
- (2) Koliko iznosi udio svakoga pojedinog dužnika, sud određuje s obzirom na težinu njegove krivnje i težinu posljedica koje su proistekle iz njegova djelovanja, odnosno propuštanja.
- (3) Ako se udjeli dužnika ne mogu utvrditi, na svakog pada jednak dio, osim ako pravičnost zahtijeva da se u konkretnom slučaju drukčije odluči.

Doprinos oštećenika vlastitoj šteti

Članak 1092. ZOO

- (1) Oštećenik koji je pridonio da šteta nastane ili da bude veća nego što bi inače bila ima pravo samo na razmjerno sniženu naknadu.

---

<sup>49</sup> U hrvatskom pravnom sustavu ne postoji obvezno osiguranje od profesionalne odgovornosti u medicini, što smatramo vrlo lošim rješenjem. Osiguranje od profesionalne odgovornosti je osiguranje u kojem osiguratelj preuzima obvezu da plati naknadu štete umjesto liječnika koji je učinio propust iz kojeg je slijedila šteta, odnosno ustanove koja za liječnika kao zaposlenika odgovara. Radi se o osiguranju u kojemu su zaštićene sve strane kojih se to tiče, odnosno njihov i pravni i stvarni položaj se poboljšava u usporedbi s današnjim. Ustanova koja odgovara za liječnika ima stabilan trošak koji plaća osiguravatelju čak i kada šteta nema (za razliku od današnje situacije u kojoj se plaća samo za štete koje su se dogodile, a kada toga nema nema ni troškova, osim ako je ustanova dragovoljno sklopila ugovor o osiguranju), ali zato nema mogućnosti kriza koje nastaju npr. kada nakon pravomoćnog okončanja neke parnice vjerovnik »sjedne« na žiro-račun ustanove i onemogućiti njezino normalno funkcioniranje, moguće i sam radnjama naplate (iako ne protupravno) dovede do neke štete.

(2) Kad je nemoguće utvrditi koji dio štete potječe od oštećenikove radnje ili propusta, sud će dosuditi naknadu vodeći računa o okolnostima slučaja.

Primijenjeno na hrvatsko pozitivno pravo, ove odredbe će najčešće doći u primjenu samo u postupku regresu. Pri tome treba ukazati da je neriješeno pitanje o tome koliko koga poslodavac može teretiti ako su (više njih) uzrokovali štetu u najblažem obliku krivnje (koji ne omogućava regres), a jedna ili više njih koji su suodgovorni ipak ima teži oblik krivnje koji omogućava regres – kako utvrditi, odnosno kako primijeniti npr. čl. 1109. st. 3. ZOO, nije potpuno jasno i bio bi bolje da je propisano da se u računu uzimaju u obzir i oni koji su krivi, a protiv kojih nema uvjeta za regres, jer bi u suprotnom moglo doći do čudnih situacija (premda postoji ograničenje iz stavka 4., ali ono nam ipak ne izgleda dovoljno).

Također, treba kazati i na to da će se često dogoditi da sam doprinos nije baš lako, ponekad ni moguće utvrditi, posebno ako se radi o udjelu neliječnika – naime, sam rad liječnika, posebno onaj odlučni, npr. operativni, je u pravilu lako rekonstruirati, za razliku npr. od neke nebrige koja uključuje sestre iz dvije smjene i sl.

#### **4. ZAKLJUČAK**

Odštetna odgovornost zdravstvenih djelatnika jedan je od vidova tzv. Profesionalne odgovornosti, pri čemu najčešće u lancu davanja zdravstvene usluge sudjeluje niz osoba, kako onih medicinske struke, tako i izvan nje. Ponekad će biti jako teško utvrditi njihov omjer suodgovornosti. To nije nevažno pitanje, iako će se u praksi (za sad, obzirom na primarnu odgovornost poslodavca) najčešće pojavljivati u tzv. regresnom postupku. Zato bi bilo poželjno imati bolju mogućnost utvrđivanja međusobne suodgovornosti.

#### **LITERATURA**

Clerk & Lindsell on Torts, (Eighteen edition, General Editor: Anthony M. Dugdale), Sweet & Maxwell, London, 2000

Crnić, I.: Naknada štete, Odgovornost za štetu i popravlanje štete, Organizator, Zagreb, 1995

Holyoak, J., Allen, D.: Chapter 2, Negligence and the Professions, u Professional Liability Law and Insurance, edited by Ray Hodgkin, LLP, London-New York, Hong Kong, 1996

Ivančić-Kačer, B.: Odgovornost specijalizirana za počinjenu liječničku grešku, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, građansko, trgovačko, radno i upravno pravo u praksi, Godišnjak 16, Organizator, Zagreb, 2009

Ivančić-Kačer, B.: Odgovornost za štetu u estetskom pravu, Hrvatska pravna revija br. 2./2008., Inženjerski biro d.d

Kačer, H., Perkušić, A. u: Vilim Gorenc i dr., Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRIF, Zagreb, listopad 2005

Kačer, H.: Jedna novija odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske o objektivnoj odgovornosti u medicini, Hrvatska pravna revija, Inženjerski biro d.d., broj 4 / 2008

Kurtović, A.: Pretpostavke kažnjavanja liječnika u u Zborniku radova skupine autora, Liječnička pogreška- medicinski i pravni aspekti, Split, 2007

Momčinović, H.: Ugovorna odgovornost za štetu u Zborniku radova skupine autora: Odgovornost za štetu, Inženjerski biro d.d., Zagreb, 2006

Petrić, S.: Problem pravne osnove profesionalne odgovornosti za štetu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v.25, br. 1, (2004)

Vjekoslav Miličić, Deontologija profesije liječnik, Zagreb, 1996. god., prilog XXIV

Ustav Republike Hrvatske (NN 56/90., 135/97., 8/98. - pročišćeni tekst, 113/00., 124/00. - pročišćeni tekst, 28/01., 41/01. - pročišćeni tekst, 55/01)

Deklaracije o promicanju prava pacijenata u Europi (Declaration on the Promotion of Patients Rights in Europe) Svjetske zdravstvene organizacije (Amsterdamska deklaracija; 1994)

Kazneni zakon (KZ; NN 110/97, 27/98, 129/00, 51/01, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08)

Kodeks medicinske etike i deontologije (KMED; NN 55/08)

Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini, NN MU 13/03-dalje: Konvencija

Zakon o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju (ZDZO; NN 85/06, 150/08)

Zakon o krvi i krvnim pripravcima (ZKKP; NN 79/06)

Zakon o kvaliteti zdravstvene zaštite, (ZKZZ; NN 107/07)

Zakon o liječništvu (ZOL; NN 121/03, 117/08)

Zakon o ljekarništvu (ZOLJ; NN 121/03, 142/06, 35/08, 117/08)

Zakon o medicinskim proizvodima (ZMP; NN 67/08)

Zakon o medicinsko - biokemijskoj djelatnosti (ZBKD; NN 121/03, 117/08)

Zakon o obveznim odnosima (ZOO; NN 35/05, 41/08)

Zakon o obveznom zdravstvenom osiguranju, NN 85/06, 105/06, 118/06, 77/07, 111/07, 35/08, 150/08 – dalje: ZOZO.

Zakon o parničnom postupku (ZPP; Sl. l. 4/77, 36/77, 36/80, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91, NN 53/91, 91/92, 112/99, 117/03, 84/08, 123/08)

Zakon o sestrištvu (ZOS; NN 121/03, 117/08)

Zakon o stomatološkoj djelatnosti (ZOSD; NN 121/03, 117/08)

Zakon o uzimanju i presađivanju dijelova ljudskog tijela u svrhu liječenja (ZOT; NN 177/04, 45/09)

Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (ZV; NN 91/96, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08)

Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama (ZZODŠ; NN 111/97, 27/98, 128/99, 79/02)

Zakon o zaštiti prava pacijenata, (ZZPP; NN 169/04, 37/08. (odluka i rješenje Ustavnog suda))

Zakon o zdravstvenoj zaštiti (ZZ; NN 150/08)

Zakon o zdravstvenoj zaštiti stranaca u Republici Hrvatskoj (ZZZSRH; NN 114/97)

Zakon o zdravstvenom osiguranju (ZZO; NN 94/01, 88/02, 149/02, 117/03, 30/04, 177/04, 90/05)

[www.pravo.hr/issue\\_view\\_3/Download/2006/05/16/Turkovic-lijecnicka\\_greska.doc](http://www.pravo.hr/issue_view_3/Download/2006/05/16/Turkovic-lijecnicka_greska.doc)

[www.hlk.hr/default.asp?ru](http://www.hlk.hr/default.asp?ru)

[www.pravo.hr/issue\\_view\\_3/Download/2006/05/16/Turkovic-lijecnicka\\_greska.doc](http://www.pravo.hr/issue_view_3/Download/2006/05/16/Turkovic-lijecnicka_greska.doc)



**NAKNADA ŠTETE U SLUČAJEVIMA MEDICINSKE ODGOVORNOSTI U PRAVU  
REPUBLIKE MAKEDONIJE**

**NADOMESTILO ŠKODE V PRIMERIH MEDICINSKE ODGOVORNOSTI V PRAVU  
REPUBLIKE MAKEDONIJE**

**THE DAMAGE COMPENSATION IN CASES OF MEDICAL RESPONSIBILITY IN THE  
LAW OF REPUBLIC OF MACEDONIA**

**UDK: 614.25:347.56(497.7)**

*Dr. Arsen JANEVSKI, univ. dipl. pravnik*

*Redni profesor*

*Pravna fakulteta »Justinijan Prvi« Univerze »Sv. Kiril i Metodij«, Skopje, Makedonija*

*Neda ZDRAVEVA, univ. dipl. pravnica*

*Asistentka*

*Pravna fakulteta »Justinijan Prvi« Univerze »Sv. Kiril i Metodij«, Skopje, Makedonija*

**POVZETEK**

*V tem delu avtorja opravita pregled materialnopravnih in procesnopravnih posebnosti in karakteristik odgovornosti za škodo v primerih medicinske napake in neprimernega zdravljenja v Republiki Makedoniji. Pri tem opredelita specifičnosti obligacijskih razmerij, ki nastanejo s povzročitvijo škode. Pri čemer se posebej osredotočita na specifičnost strank, škodna dejanja, škodo in vzročno zvezo. V povezavi s procesnopravnimi karakteristikami avtorja naredita pregled specifičnosti dokazovanja in svobodne sodne ocene. Hkrati pa na kratko prikažeta tudi tek pravnega postopka. Prav tako avtorja na kratko predstavita tudi sistem odločanja o premoženjskopravnih zahtevkih v kazenskem postopku Republike Makedonije. Avtorja zaključita, pri čemer upoštevata povečanje števila primerov medicinskih napak in neustreznega zdravljenja ter težo njihovih posledic, da mora pravo ponuditi ustrezne mehanizme, ki bodo omogočili odpravo škodnih posledic.*

**KLJUČNE BESEDE**

*Medicinska odgovornost, zdravniška napaka, neustrezno zdravljenje, materialna škoda, nematerialna škoda, nadomestilo škode, izvedenstvo, svobodna sodna ocena, odškodninska tožba.*

**ABSTRACT**

*In this paper the authors review the substantive and procedural specifics and characteristics of the liability for damages in cases of medical error and inappropriate medical treatment in the Republic of Macedonia. Hence, they determine the specifics of the obligation relations that arise from damages to others especially referring to the specifics of parties, harmful actions, damage and causality. In relation to the procedural characteristics, the authors review the real specifics of proof and free judicial evaluation, while briefly portraying the course of the*

*contentious procedure. The authors also briefly present the system of deciding on claims in the criminal procedure in the Republic of Macedonia. The authors conclude that given the increased number of cases of medical errors and inappropriate treatment and weight of their consequences, the law should provide mechanisms for recovery of the damages.*

#### **KEY WORDS**

*Medical liability, medical errors, inappropriate treatment, pecuniary damages, nonpecuniary damages, compensation, expert, free judge evaluation, damages claims.*

## **1. UVOD**

U Velikoj Britaniji medicinska greška je treći najčešći razlog smrtnosti, nakon raka i bolesti srca, sa 40.000 slučajeva godišnje. U Irskoj jedan od sto pacijenata doživi neku formu medicinske nestručnosti.<sup>1</sup> U SAD-u, kako rezultat medicinskih povreda godišnje ima 44.000 do 98.000 slučajeva.<sup>2</sup> U Republici Makedoniji nema oficijalne statistike, ali svedoci smo sve većeg broja smrtnih slučajeva kao posledica medicinske nestručnosti i grešaka u našim bolnicama.

Sa gledišta prava ova statistika, data ovde primera radi, znači odgovornost za činjenja ili nečinjenja (propuštanja) definirani kao »medicinska greška« (medical error) ili »medicinska nestručnost« (medical malpractice). Pravila koja se odnose na odgovornost zdravstvenih radnika su kompleksna i divergentna materija.

Terminom medicinska odgovornost najčešće označavamo odgovornost za medicinsku grešku, odnosno medicinsku nestručnost. U teoriji postoje relativno ujednačene definicije koje se svode na to da je reč o odgovornosti zbog nepostupanja u saglasnosti sa opšte poznatim i opšte prihvaćenim pravilima i standardima medicinske profesije, usled nedostatka odgovarajuće pažnje i opreza.<sup>3</sup>

Standardi medicinske profesije mogu se posmatrati sa dva aspekta koja su validna za pitanje medicinske greške – šta je lice koje pruža zdravstvenu zaštitu (zdravstveni radnik) dužno da obezbedi pacijentu i kako treba da to uradi. Na ova pitanja odgovor daju i pravo i medicina. Razvoj i standardizacija medicinskih postupaka koegzistira i nadopunjuje se sa odgovarajućim pravnim okvirom (zakoni o zdravstvenoj zaštiti, zakoni o pravima pacijenata i sl.) kao i sa samo-regulativom profesionalnih medicinskih organizacija (kodeksi, pravilnici i slični akti

---

<sup>1</sup> Impending Changes in the European Health Care Sector and the Effect on Risk Management and Malpractice Insurance, Insurance Issues Europe; General CologneRe, December 2002, <http://www.genre.com/sharedfile/pdf/InsIssuesEurope200212-en.pdf> [zadnja poseta 19.10.2009].

<sup>2</sup> Kohn LT, Corrigan JM, Donaldson M, et al., To Err Is Human: Building A Safer Health Szstem. Washington, DC, Institute of Medicine, 1999 [cited bz Zhan C. and Miller M., Excess Length of Staz, Charges, and Mortalitz Attributable to Medical Injuries During Hospitalization, JAMA, 290, 1868-1874, <http://jama.amaassn.org/cgi/content/full/290/14/1868?maxtoshow=&HITS=10&hits=10&RESULTFORMAT=&fulltext=Dr.+Chunliu+Zhan+and+Dr.+Marlene+R.+Miller&searchid=1&FIRSTINDEX=0&resourcetzpe=HWCIT#REF-JOC30828-2> [zadnja poseta 19.10.2009]

<sup>3</sup> Vidi Klarić P.: Odštetno pravo, Narodene Novine, Zagreb, 2003, str. 398-340; Radišić J.: Odgovornost zbog štete izazvane lekarskom greškom u lečenju i u obaveštavanju pacijenata, Nomos, Beograd, 2007, str. 73-85; Radišić J.: Medicinsko Pravo, Nomos, Beograd, 2007, str. 179-188; Turković K.: Novi pogledi u svjetu na odgovornost liječnika za liječničku grešku, Medicina in pravo - sodobne dileme, Maribor, 2006, str. 225; Draškić M.: Lekarska greška: teškoće definisanja, Medicina in pravo - sodobne dileme, Maribor, 2006, str. 245-250; Herring J: Medical Law and Ethics, Oxford Universitz Press, 2006, pp. 37-48



profesionalnih udruženja lekara). U ovoj interakciji mogu se izdvojiti različite klasifikacije medicinskih grešaka (taktičke ili tehničke; dijagnostičke, terapijske i profilaktičke), međutim u pravnom smislu, važno je pitanje dali je bilo moguće ili ne odoći tu grešku i dali ta greška povlači i odgovornost sama po sebi. Pri tome, medicinsku grešku treba razumeti kao objektivan pojam koji ne uključuje i pravnu ocenu i ne povlači, po automatizmu, medicinsku odgovornost. Pravnu ocenu za to dali će u konkretnom slučaju neko činjenje ili propuštanje imati pravnih posledica daje sud u datom postupku. Kada to ima elementa krivičnog dela, lice će odgovarati prema pravilima krivičnog prava, a u slučajima kada se kao rezultat određenog dejstva pojavljuje šteta, o postojanju odgovornosti za tu štetu i za njenu naknadu odlučivati će se po pravilima građanskog prava.

U ovom radu, medicinska odgovornost biće analizirana, pre svega, sa stanovišta građanskog prava Republike Makedonije, a pokušaćemo da uradimo presek najvažnijih materijalnopравниh pitanja i procesnopравниh karakteristika ovog instituta koji u zadnje vreme dobija sve veći značaj. Odgovornost v zdravstvu.

## **2. MATERIJALNOPРАВНА PITANJA MEDICINSKE ODGOVORNOSTI U PRAVU REPUBLIKE MAKEDONIJE**

Prema Zakonu o zdravstvenoj zaštiti (dalje u tekstu ZZZ),<sup>4</sup> član 55, korisnik zdravstvene zaštite<sup>5</sup> ima pravo da traži naknadu štete ako zbog učinjene greške ili neodgovarajućeg lečenja nastanu posledice, u saglasnosti sa propisima iz obligacionih odnosa.

Zakon o obligacionim odnosima Republike Makedonije (dalje u tekstu ZOO),<sup>6</sup> ne sadrži posebna pravila o medicinskoj odgovornosti.<sup>7</sup> O utvrđivanju odgovornosti primenjuju se opšta pravila odštetnog prava kada se jedno lice može smatrati odgovorno za štetu od činjenja ili propuštanja određenih radnji. Tako, kako bi se utvrdila odgovornost za štetu jednog lica, treba biti ispunjeno, kumulativno, nekoliko uslova: pored strana, treba da postoji činjenje ili nečinjenje koje dovodi do štete, šteta i uzročna veza između štete i štetne radnje, kao opšti uslovi. Dodatno treba da postoji i jedan poseban uslov: postojanje krivice (kao namera ili nepažnja) što će dovesti do subjektivne odgovornosti za štetu, ili postojanje rizika od opasne stvari ili opasne delatnosti što će dovesti do objektivne odgovornosti za štetu ili postojanje ugovorne obaveze i njena povreda što će dovesti do ugovorene odgovornosti.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Службен весник на Република Македонија бр. 38/91, 46/93, 55/95, 10/04, 84/05, 111/05, 65/06, 5/07, 77/08, 67/09.

<sup>5</sup> Zdravstvenu zaštitu čine mere, aktivnosti i postupci za čuvanje i unapređenje zdravlja i životne i radne sredine, prava i obaveze koje se ostvarivaju u zdravstvenom osiguranju, kako i mere, aktivnosti i postupci koji preuzimaju organizacije iz oblasti zdravstva za čuvanje i unapređenje zdravlja ljudi, sprečavanje i suzbijanje oboljenja, povreda i drugih narušavanja zdravlja, rano otkrivanje oboljenja i stanja zdravlja, navremo i efikasno lečenje i rehabilitacija, primenom stručno - medicinskih mera, aktivnosti i postupaka (član 2, ZZZ); Zdravstvena zaštita zasniva se na jedinstvu preventivnih, dijagnostičko - terapijskih i rehabilitacionih mera i na načelima dostupnosti, racionalnosti i kontinuiranosti, kao i na savremenim i potvrđenim dostignućima medicinskih i drugih nauka i etike zdravstvenih radnika (član 7, ZZZ).

<sup>6</sup> Службен весник на Република Македонија бр. 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09 и 161/09.

<sup>7</sup> Као на пример оне о одговорности у случајевима несрећа проузрокуване моторним возилима у дкретанју, одговорност за неиспран производ, одговорност за животинје, одговорност за штету од грађевине.

<sup>8</sup> Види Галев Г., Дабовиќ Анастасовска Ј: Облигационо право, ЦЕПРЕ, Скопје, 2009 стр. 349. 364.

Tako, imajući u vidu odredbe Zakona o zdravstvenoj zaštiti i Zakona o obligacionim odnosima opredeljujemo sledeće:

- a) strana štetnika - Kada je reč o medicinskoj odgovornosti, kao štetnik se može pojaviti zdravstvena organizacija<sup>9</sup> ili zdravstveni radnik/suradnik u zavisnosti od specifika slučaja.<sup>10</sup>
- b) Strana oštećenog - Oštećen, prema ZZZ-u je korisnik zdravstvene zaštite odnosno pacijent.<sup>11</sup> Međutim, ako primenimo pravila obligacionog prava, kada posledica lekarske greške ili nestručnosti je smrt pacijenata, kako oštećen se može javiti i treće lice – lice koje trpi štetu zbog smrti bliske osobe.
- c) Štetna radnja - U slučajevima medicinske odgovornosti štetna radnja sastoji se od činjenja ili propuštanja koje dovodi do štetu, pod uslovom to da je protivpravno, odnosno u greški ili neodgovarajućeg lečenja. Dalje, u vezi medicinske odgovornosti u određenim slučajevima mogu biti primenljiva pravila ZOO-a zbog nepružanje (uskraćivanje) neophodne pomoći, prema kojim onaj koji bez opasnosti za sebe neće pružiti pomoć osobi čije su život ili zdravlje, očitog ugroženi, odgovaraće za štetu koja je od toga nastala, ako on prema okolnostima slučaja je mogao da predvidi tu štetu.<sup>12</sup>
- d) Šteta - Šteta ja posledica greške ili neodgovarajućeg lečenja, odnosno nedavanja neophodne pomoći i može se pojaviti u svoja dva oblika: materijalna i nematerijalna šteta. Prema članu 142, ZOO-a, šteta je umanjenje nečije imovine (obična šteta) ili sprečavanje njenog povećanja (izmakla dobit), kako i povreda ličnih prava (nematerijalna šteta).<sup>13</sup>

Materijalna šteta koja se može pojaviti u slučajevima medicinske odgovornosti sastoji se pre svega u troškovima lečenja ili eventualne izmakle zarade u situacijama kad je oštećen pacijent. Tako, prema članu 184 ZOO-a,<sup>14</sup> onaj koji će drugome naneti telesnu povredu ili naruši mu zdravlje, dužan je da mu naknadi troškove oko lečenja i druge potrebne troškove u vezi s tim, kako i izgublenu zaradu zbog nesposobnosti za rad za vreme lečenja. Dalje, ako povređeni zbog potpune ili delimične nesposobnosti za rad gubi zaradu, ili su mu potrebe trajno povećane, ili su mogućnosti njegovog daljeg razvijanja i napredovanja uništene ili smanjene, odgovorno lice dužno je plaćati povređenom određenu novčanu rentu,<sup>15</sup> kao

---

<sup>9</sup> Vrste zdravstvenih organizacija, njihovo osnivanje i status uređeni su Zakonom o zdravstvenoj zaštiti, član 96 – 123.

<sup>10</sup> Član 185-186, ZOO: Odgovornost poslodavca za štetu koju prouzrokuje radnik.

<sup>11</sup> »Pacijent« je lice, bolesno ili zdravo, koje potraži ili kome se vrši određena medicinska intervencija sa ciljem da se sašuva i nanapredi zdravlje, speči bolest i druga zdravstvena stanja, lečenje ili zdravstvena nega i rehabilitacija. (član 4, stav 1, tačka 1, Zakon o zaštiti prava pacijenata (Службен весник на Република Македонија бр. 82/08 и 12/09).

<sup>12</sup> Član 171, stav 1, ZOO.

<sup>13</sup> Prema članu 9-a ZOO-a, svako fizičko i pravno lice, pored zaštite imovinskih prava ima i pravo zaštite svojih ličnih prava u skladu sa zakonom. Kao lična prava, u smislu ovog zakona podrazumevaju se pravo na život, telesnog i duševnog zdravlja, časti, ugleda, dostojanstva, ličnog imena, privatnost ličnog i porodičnog života, sloboda, intelektualno stvaralaštvo i druga lična prava. Pravna lica imaju sva navedena lična prava, osim ona prava koja su vezana za biološku suštinu fizičkog lica, a pogotovo prava dobrog glasa i ugleda, naziva odnosno firme, poslovne tanje, sloboda pretpriemaštva i druga lična prava ovih lica.

<sup>14</sup> Član 184 ZOO-a uređuje pritanje naknade štete u slučajevima telesne povrede ili narušavanje zdravlja, što je primenljivo koj slučajeva medicinske odgovornosti

<sup>15</sup> Naknada u obliku novčane rente, Član 177: (1) U slučaju smrti, telesne povrede ili oštećenja zdravlja, naknada se određuje po pravilu, u obliku novčane rente, doživotno ili za određeno vreme. (2) Novčana renta dosuđena na ime naknade štete plaća se mesečno unapred, ako sud ne odredi što drugo. (3) Poverilac ima pravo da zahteva potrebno obezbeđenje za isplatu rente, osim ako to prema okolnostima slučaja ne bi bilo opravdano. (4) Ako dužnik ne pruži obezbeđenje koje sud odredi, poverilac ima pravo da zahteva da mu se umesto rente isplati jedna ukupna svota čija se visina određuje prema visini rente i verovatnom trajanju poveriočevog života, uz odbitak odgovarajućih kamata. (5)

naknadu za tu štetu. Ukoliko usled medicine greške nastanu smrtne posledice, materijalnu štetu trpe bliske osobe preminulog/preminule.

Prema članu 182 ZOO-a oni imaju pravo naknade uobičajenih troškova njegove sahrane, kako i naknade troškova njegovog lečenja od zadobijenih povreda i druge potrebne troškove u vezi sa lečenjem, kao i zaradu izgublenu zbog nesposobnosti za rad. Lice koje je poginulo izdržavao ili redovno pomagao, kao i ono koje je po zakonu imalo pravo zahtevati izdržavanje od poginulog, ima pravo na naknadu štete koju trpi gubitkom izdržavanja, odnosno pomaganja. Ova šteta naknađuje se plaćanjem novčane rente, čiji se iznos odmerava s obzirom na sve okolnosti slučaja, a koji ne može biti veći od onoga što bi oštećenik dobijao od poginulog da je ostao u životu.<sup>16</sup> Nematerijalna šteta ogleda se kao povreda ličnih prava, odnosno u slučajevima medicinske štete moguće su povrede prava na život, telesnog i duševnog zdravlja, časti, ugleda, dostojanstva, ličnog imena, privatnosti ličnog i porodičnog života, kao prava garantirana Ustavom i zakonima,<sup>17</sup> gde direktna posledica su fizički i psihički bol i strah.

Nematerijalna šteta nadoknađuje se nematerijalno (moralna satisfakcija) i materijalno (materijalna satisfakcija) u slučajevima predviđenim zakonom (član 187-a, ZOO). U slučaju povrede ličnih prava, adekvatno za slučajeve medicinske odgovornosti, oštećeni može tražiti, a sud može narediti da se na trošak štetnika, objavi presuda ili nešto drugo preko čega se može ostvariti cilj koji se postiže pravičnom novčanom naknadom. Sud, ako nađe da težina povreda i okolnosti slučaja opravdavaju to, u slučajevima povrede ličnih prava dosuditi će pravičnu novčanu naknadu, nezavisno od naknade materijalne štete kao i u njenom odsustvu. Prilikom odlučivanja o zahtevu za naknadu nematerijalne štete, kao i o visini njene naknade, sud će voditi računa o značaju povređenog dobra i cilju kome služi ta naknada, ali i o tome da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njenom prirodom i društvenom svrhom.

U slučaju smrti ili teškog invaliditeta nekog lica, sud može dosuditi članovima njegove uže porodice (bračni drug, deca i roditelji) pravičnu novčanu naknadu nematerijalne štete. Takva naknada može se dosuditi i braći i sestrama, dedama i bakama, unucima i vanbračnom drugu

---

Iz ozbiljnih razloga poverilac može i u drugim slučajevima zahtevati, odmah ili docnije da mu se umesto rente isplati jedna ukupna svota.

<sup>16</sup> Član 183, ZOO.

<sup>17</sup> Prema članu 11, stav 1 Ustava Republike Makedonije čovečki je život neprikosnovljen, a prema član 39, stav 1, svako ima pravo na zdravstvenu zaštitu; prema članu 3, stav 1 Zakona o zdravstvenoj zaštiti svako ima pravo zaštite zdravlja; prema članu 2 Zakona o zaštiti prava pacijenata zaštitom pacijenata obezbeđuje se kvalitetna i kontinuirana zdravstvena zaštita, u skladu sa aktuelnim dostignućima u zdravstvu i medicini, u okviru sistema zdravstvene zaštite i zdravstvenog osiguranja, odgovarajuća pojedinačnim potrebama pacijenata, u odsustvu bilo kakvog fizičkog ili psihičkog zlostavljanja, sa potpunim poštovanjem dostojanstva njegove ličnosti i njegovog najboljeg interesa, pri čemu zakon definiše da pacijent ima prava propisana ovim ili drugim zaknom, ratifikovanom međunarodnom sporazumu, konvencijama, deklaracijama i drugim međunarodnim dokumentima koji se odnose na prava pacijenata. Pacijent ima pravo ostvarivanja prava propisana ovim zakonom (pravo pacijenata na učešće u odlučivanju, pravo informiranosti, pravo prihvatanja i odbijanja određene medicinske intervencije, zaštita pacijenta koji nije sposoban da da izjavu; prava u vezi zdravlja u Republici Makedoniji uređena su i drugim zakonima kako Zakon o mentalnom zdravlju («Службен весник на Република Македонија» бр. 71/06), Zakon o prekidanju trudnoće («Службен весник на Република Македонија» бр. 22/72, 18/76 и 19/95), Zakon o biomedicinski potpomognutom oplodjenju («Службен весник на Република Македонија», бр. 37/08), Zakon o uslovima uzimanja, razmenjivanja i presađivanja delova ljudskog tela zbog lečenja («Службен весник на Република Македонија», бр. 30/95, 139/08 ), Zakon o sigurnosti u snabdevanju krvlju («Службен весник на Република Македонија», бр. 110/07) i dr. Više o ličnim pravima i medicinske intervencije vidi Gavella N.: Osobna prava, I. dio, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2000, str. 74-112

ako je između njih i umrlog postojala trajnija zajednica života. U slučaju naročito teškog invaliditeta nekog lica, sud može dosuditi njegovom bračnom drugu, deci i roditeljima pravičnu novčanu naknadu za njihove duševne bolove. Pravo pravične novčane naknade imaju i roditelji začetog, a nerođenog deteta. Sud će na zahtev oštećenog dosuditi naknadu i za buduću nematerijalnu štetu ako je po redovnom toku izvesno da će ona trajati i u budućnosti.

Obaveza za isplatu pravične novčane naknade dospeva na dan donošenja prvostepene presude kojom se opredeljuje visina naknade. Pri odlučivanju o visini naknade sud će imati u vidu i vreme koje je prošlo od nastanka štete do donošenja odluke, ako dužina čekanja pravične novčane naknade i druge okolnosti to i opravdavaju.<sup>18</sup>

- e) Uzročna veza - Pitanje uzročne veze se treba posmatrati preko pitanja adekvatnosti kauzaliteta, t.e da je nastala posledica rezultat te greške ili neodgovarajućeg lečenja. Ovo pitanje koliko je pravno toliko je i pitanje medicinske ekspertize. Kad je reč o teretu dokazivanja, postoje različite opcije njegove alokacije u zavisnosti o tome dali je reč o medicinskoj odgovornosti zasnovane na krivici ili je reč o objektivnoj odgovornosti za štetu. Dok tradicionalna pravna teorija i praksa preferira odgovornost zasnovanu na krivicu, razvoj novih tehnika i tehnologija u medicini otvara mogućnost diskusije o mogućnosti da se medicinska odgovornost smatra za objektivnu odgovornost za štetu. Kad je reč o subjektivnoj odgovornosti, Zakon o obligacionim odnosima (član 145) teret dokazivanja alocira kod oštećenog koji treba dokazati postojanje kauzaliteta između radnje i štete.

Što se tiče pitanja krivice, štetnik treba dokazati da je postupio po pravilima struke, zbog postojanja presumpcije krivice štetnika. Pri ovome treba naglasiti da prema članu 145 zaštita prava pacijenta u naučnim istraživanjima, zaštita prava pacijenta uključenog u medicinsku nastavu, prava u vezi zahvata na ljudskom genomu, pravo pristupa medicinskom dosijeu, pravo poverljivosti, pravo na održavanje kontakta, pravo na samovoljno napuštanje zdravstvene ustanove, pravo privatnosti), bez diskriminacije na osnovu pola, rase, boje kože, jezika, veroispovesti, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili socijalnog porekla, pripadnosti nacionalnoj manjini, imovinskog stanja, poreklu po rođenju, seksualne orijentacije ili bilo kojeg drugog statusa.

Pacijent ima pravo na negu, lečenje i rehabilitaciju u skladu sa njegovim individualnim sposobnostima i potrebama i koji unapređuju njegovo zdravstveno stanje, kako bi se postigao najviši mogući nivo ličnog zdravlja, u skladu sa dostupnim metodama i mogućnostima medicine i u skladu sa propisima u oblasti zdravstvene zaštite i zdravstvenog osiguranja. U vezi Zakona o zaštiti prava pacijenata treba naglasiti da zakon predviđa prekršajne sankcije za pravno lice koje ne poštuje prava pacijenata.

ZOO-a presumiran je najniži stepen krivice - obična nepažnja ili drugi manji stepen nepažnje, a ukoliko oštećeni tvrdi da postoji nešto više on/ona to treba i dokazati. Na ovaj način se pacijent, odnosno oštećeno lice stavlja u povoljniji položaj. U situacijama kad je reč o šteti koja potiče iz opasne stvari odnosno opasne delatnosti kauzalitet prema članu 159 ZOO-a je pretpostavljen.

---

<sup>18</sup> Član 189, ZOO.

### **3. PROCESNOPRAVNA PITANJA MEDICINSKE ODGOVRNOSTI U PRAVU REPUBLIKE MAKEDONIJE**

Utvrđivanje postojanja prava naknade štete i odmeravanje visine te naknade, po pravilo se u makedonskom sistemu ostvaruje u građanskom parničnom postupku. Međutim, treba zabeležiti da se isto može ostvariti i u krivičnom postupku kad šteta proizlazi iz krivičnog dela. U produžetku razmotrit ćemo karakteristike oba postupka, sa posebnim akcentom na građanskom parničnom postupku za naknadu štete u slučajevima medicinske odgovornosti.

#### **3.1. O parničnom postupku za naknadu štete koja proizlazi iz medicinske odgovornosti**

Pravna zaštita subjektivnih prava iz korpusa raznih građanskopravnih odnosa (lične, porodične, poslovne, imovinske i druge građanskopravne odnose) u Makedoniji je regulirana Zakonom o parničnom postupku (u daljem tekstu: ZPP).<sup>19</sup> Ovde ćemo izložiti karakteristike ovog postupaka u parnicama za naknadu štete koja proizlazi iz medicinske odgovornosti.

#### **3.2. Povod za pružanje sudske zaštite**

Na zahtev ovlašćenog lica pravna zaštita se daje samo kada subjektivno pravo, ne može se ostvariti spontano, na uobičajeni način. Povodi ili razlozi za pružanje sudske zaštite na području medicinske odgovornost povezani su sa zahtevom za naknadu štete zbog povrede prava korisnika zdravstvenih usluga odnosno njemu bliskih lica.

#### **3.3. Nadležnost sudova u sporovima za nakanu štete**

Nadležnost sudova se određuje na osnovu Zakona o sudovima (u daljem tekstu: ZS).<sup>20</sup> U sudskom sistemu Republike Makedonije, sudsku vlast vrše osnovni sudovi, apelacioni sudovi, Upravni sud i Vrhovni sud Republike Makedonije. Građanski pravosudni sistem čine osnovni sudovi, apelacioni sudovi i Vrhovni sud Republike Makedonije. Osnovni sudovi (ukupno 27) na osnovu stvarne nadležnosti utvrđene zakonom sude u prvom stepenu i uspostavljeni su kao sudovi sa osnovnom nadležnošću i sudovi sa proširenom nadležnošću.<sup>21</sup>

U sporovima oko naknade štete, a uključujući i one u slučajevima medicinske odgovornosti u prvom stepenu odlučuju sudovi sa osnovnom stvarnom nadležnošću za potraživanja do 15.000 evra u denarnoj protivvrednosti, odnosno proširene nadležnosti u situacijama kad je vrednost spora veća od ovog iznosa. Apelacionih sudovi (Bitola, Gostivar, Štip i Skopje) su stvarno nadležni da odlučuju po žalbama protiv odluke osnovnih sudova. Vrhovni sud Republike Makedonije je stvarno nadležan da odlučuje o vanrednom pravnom leku protiv pravosnažne odluke sudova kad je to određeno zakonom. Mesna nadležnost za suđenje u sporovima oko naknade štete određuje se prema ZPP-u po pravilima opšte mesne

---

<sup>19</sup> Службен весник на Република Македонија □ бр. 79/2005, 110/2008 и 83/2009.

<sup>20</sup> Службен весник на Република Македонија бр. 58/2006 и 35/2008.

<sup>21</sup> Član 23, stav , ZS.

nadležnosti, a mogu doći u vidu i pravila za neke posebne mesne nadležnosti.<sup>22</sup> Tako prema pravilima za opštu mesnu nadležnost, tužilac je dužan da podnese tužbu sudu na čije područje tuženi živi ili ima svoje prebivalište ukoliko je tuženi fizičko lice (član 39, ZPP). Ukoliko tuženi je pravno lice, opšte mesno nadležan je sud na čijem se nalazi sedište pravnog lica. (član 40, ZPP). U ovim sporovima moguća je primena i posebnog pravila za određivanje mesne nadležnosti, prema kome u sporovima za naknadu štete, pored suda opšte mesne nadležnosti, nadležan je i sud na čijem je području učinjena štetna radnja ili na čijem je području nastupila štetna posledica. Ako je šteta nastupila zbog smrti ili teških telesnih povreda, pored navedenih sudova, nadležan je i sud na čijem području tužilac živi odnosno ima svoje prebivalište. Tužba za imovinskopravne potraživanja prema licu za koje se ne može odrediti opšta mesna nadležnost u Republici Makedoniji može se podneti do bilo koji sud u državi na čijem se području nalazi neka imovina tog lica ili gde se nalazi stvar koja je predmet potraživanja.<sup>23</sup>

### 3.4. Sastav suda

Pravila za sastav suda određuju dali u konkretnom slučaju trebalo bi da sudi sudija pojedinac ili sud u zbornom sastavu (sudsko veće). U parničnom postupku Republike Makedonije pravilo je da sudovi sude u veću. Zakonom se može predvideti da određene stvari može da sudi sudija pojedinac. Tako, sudija pojedinac sudi sporove o imovinskopravnim zahtevima kada vrednost predmeta spora ne prelazi iznos od 600.000 denara.<sup>24</sup>

U toku postupka stranke se mogu dogovoriti da imovinskopravni spor sudi sudija pojedinac, bez obzira na vrednost spora. Kad sudi u veću, veće osnovnog suda se sastoji od jednog sudije i dvojice sudija porotnika. Apelacioni sudovi kao drugostepeni sudovi kada odlučuju po žalbi protiv odluke prvostepenog suda odlučuju u veću sastavljenom od tri sudije. Kad sudi u drugom stepenu na raspravi, veće drugostepenog suda sastoji od dvoje sudija i tri sudija porotnika. Pri odlučivanju o vanrednom leku - reviziji, Vrhovni sud Republike Makedonije sudi u veću od pet sudija.<sup>25</sup>

### 3.5. Stranke

U parničnom postupku u kome se rešavaju sporovi za naknadu štete aktivno legimirano je lice koje tvrdi da mu je prouzrokovana šteta U slučajevima medicinske odgovornosti kao tužilac se može javiti pacijent koji je pretrpeo štetu zbog greške ili nesaodvetnog lečenja, ili ukoliko je nastupila smrt pacijenta njemu bliska lica, pri čemu krug tih lica je utvrđen materijalopravnim odredbama ZOO-a.<sup>26</sup> Kao tuženi može se javiti zdravstveni radnik koji je preuzeo ili propustio činidbu. Često, kako pasivno legitimirani će se pojaviti više lica u svojstvu suparničara. Tako, na strani tuženog mogu se pojaviti više zdravstvenih radnika/saradnika,

---

<sup>22</sup> Član 38, stav 1, član 44, stav 1 i 2 i član 51 stav 1, ZPP.

<sup>23</sup> Povreda pravila za stvaru i mesnu nadležnost pretstavlja bitnu povredu odredba parničnog postupka zbog koje se mogu izjaviti redovni i vanredni pravni lekovi na način utvrđen zakonom.

<sup>24</sup> Nešto manje od 10.000 evra.

<sup>25</sup> Povreda pravila o sastavu suda pretstavlja bitna povreda odredba parničnog postupka zbog koje se mogu izjaviti redovni i vanredni pravni lekovi na način utvrđen zakonom.

<sup>26</sup> Vidi više u tački 1 ovog rada.

pravno lice gde obaljaju delatnost ili lice kod kojeg su osigureni od odgovornosti (ukoliko takvo postoji). Vrsta suparničarstva će zavistiti dali tuženi odgovaraju solidarno ili se tužitelj nalazi u dilemi pri izboru tuženog – eventualno (supsidijarno) suparničarstvo.<sup>27</sup>

### 3.6. Pokretanje postupka

Sporovi za naknadu štete rešavaju se po pravilima redovnog parničnog postupka, koji je uređen ZPP-om. Kao i svaki drugi parnični postupak, tako i parnični postupak za naknadu štete pokreće se tužbom (kondemnatorna tužba), a ZPP utvrđuje obavezni sadržaj tužbe.

### 3.7. Tok postupka

Parnični postupak u Republici Makedoniji ima nekoliko stadijuma: pripremanje glavne rasprave, glavna rasprava i donošenje odluke.

U stadijumu pripremanja glavne rasprave,<sup>28</sup> u sporovima za naknadu štete zbog medicinske odgovornosti nema posebnih specifika. U glavnoj raspravi<sup>29</sup> kod ovih sporova, specifično je pitanje dokazivanja (dokazni postupak<sup>30</sup>) i dokazna sredstva.

Nesumnjivo, u postupku za naknadu štete mogu se koristiti sva dokazna sredstva, koja se uobičajeno koriste u parničnom postupku.<sup>31</sup> Pri tome specifična su sledeća pitanja:

---

<sup>27</sup> Član 186, ZPP; O suparničarstvu vidi Janevski A., Zoroska Kamilovska T.: Граѓанско процесно право, Книга Прва, парнично право, Правен факултет »Јустинијан Први« – Скопје, Скопје, 2009, стр. 203 – 212.

<sup>28</sup> Stadijum pripremanja glavne rasprave ima nekoliko faza: prethodno ispitivanje tužbe, dostavljanje tužbe na odgovor, pripremno ročište i zakazivanje glavne rasprave. Prethodno ispitivanje tužbe je obavezna pripremna faza u kojoj se ispituje dali postoje potrebne procesne pretpostavke da se po tužbi postupi (dopuštenost tužbe, sposobnost stranki, njihovo zastupanje i sl.), a ukoliko postoje neke procesne smetnje da se iste otstrane ukoliko je moguće. Dostava tužbe tuženom je obavezna faza postupka. Tužba sa priložima dostavlja se tuženom na odgovor. Pozivom, kojim se tužba dostavlja, tuženi će biti predupređen da je dužan da da pismeni odgovor na tužbu u roku koji opredeli sud, a koji ne može biti kraći od 15 dana od dostave tužbe niti dulji od 30 dana od dana prijema tužbe. Ukoliko tuženi ne dostavi pismeni odgovor tužbe, a pod uslovom da su ispunjene i druge pretpostavke utvrđene zakonom, sud donosi presudu zbog nepodnošenja odgovora na tužbu na što će se tuženi posebno predupređiti u pozivu da da odgovor. Nakon prijema odgovora na tužbu ili nakon isteka roka za podnošenje odgovora na tužbu, sud može najkasnije u roku od 15 dan zakazati pripremno ročište. Radi se znači o fakultativnoj fazi pripreme glavne rasprave. Cilj pripremnog ročišta je otkloniti smetnje daljeg raspravljanja (ukoliko je odlučivanje po njih prethodno bilo odloženo), ali i da se sud koncentira na procesni materijal. Ukoliko se održava pripremno ročište, stranke su dužne da na to ročište iznesu sveukupni procesni materijal (činjenice i dokaze). Ukoliko se ovo ročište ne održava, iznošenje procesnog materijala je vremenski vezano za prvo ročište glavne rasprave.

<sup>29</sup> Glavna rasprava je centralni stadijum provostepenog postupka, koja se zasnova na principima neposrednog, usnog i javnog raspravljanja. Cilj glavne rasprave je da se utvrdi faktičko stanje i da se formira pravilna podloga za donošenje sudske odluke. Glavna rasprava se odvija na jedno ili na više raspravna ročišta, preko metodičnog razgovora između suda i stranaka. Stranke u svoja izlaganja iznose svoje zahteve, daju za njih obrazloženje i izjašnjavaju se po navodima, predlozima i zahtevima parničnog protivnika. Glavnom raspravom rukovodi precednik saveta.

<sup>30</sup> Za formiranje pravilne podloge sudske odluke centralno mesto zauzima dokazni postupak. Prema raspravnom načelu stranke iznose činjenice na koje zasnivaju svoje zahteve i predlažu dokaze o tim činjenicama. Sud ima ograničena istražna ovlašćenja: može utvrditi činjenice i izvoditi dokaze koje stranke nisu predložile, samo ukoliko reč o nedozvoljenim raspolaganjima stranaka. Sud odlučuje koje će od predloženih dokaza izvesti. On vodi računa da se u toku postupka izvedu svi prihvatljivi dokazi. Pored toga sud u toku postupka upozorava stranke o njihovoj dužnosti da iznesu sve relevantne činjenice i dokaze i potiče ih da to urade.

<sup>31</sup> Kao što su uvid, isprave, svedoci, veštaci i saslušivanje stranaka, prema procesnom režimu za ova dokazna sredstva, utvrđen Zakonom o parničnom postupku. Pritom, u postupak za sporove za naknadu štete može se pojaviti potreba

#### (a) Činjenice utvrđene u krivičnoj presudi

Kod postupka za naknadu štete usled medicinske odgovornosti, specifična se može pojaviti u situacijama kada sud odlučuje o tužbenom zahtevu koji je zasnovan na događaju za koji je doneta krivična presuda kojom se okrivljeni oglašava krivim (osudujuća krivična presuda). U ovim situacijama parnični sud je vezan za činjenice utvrđene krivičnom presudom koje su bitne za postojanje krivičnog dela i krivične odgovornosti počinioca. Prema tome, ako oštećeni podnese tužbu za naknadu štete, on će biti oslobođen dužnosti da dokazuje te činjenice, a parnični sud će biti dužan te činjenice da smatra utvrđenim. U situacijama medicinske odgovornosti ovo bi bilo slučaj ukoliko je pravosnažnom sudskom odlukom lice osuđeno za počinjeno krivično delo utvrđeno Krivičnim zakonikom Republike Makedonije.<sup>32</sup> Ovdje imamo u vidu pre svega krivična dela protiv zdravlja, a osobito nesavesno lečenje bolesnih (član 207, KZ)<sup>33</sup> i nepružanje medicinske pomoći (član 208, KZ)<sup>34</sup> ali i druga krivična dela za koja je specifikirano da ih može počiniti lekar u toku vršenja svoje delatnosti.<sup>35</sup>

#### (b) Podnošenje isprava

Kod tuženog mogu se naći isprave koje predstavljaju dokaz za tok lečenja, a od kojih se može utvrditi na koji se način lečenje sprovodilo. Prema članu 218 iz ZPP, sud može, rešenjem, pozvati tuženog da podnese ispravu, pri čemu Zakon određuje kada to lice ne sme odbiti da ovo učini. Ipak, stranka može u datim situacijama tvrditi da kod sebe ne poseduje taj dokaz. Kad bi ovo bilo slučaj, ostaje na sudu da ocenjuje od kakvog je zanačaja ovo ponašanje stranke.

#### (c) Veštačenje

Pitanje medicinske odgovornosti u mnogu čemu je pitanje medicinske ekspertize. Prema tome, u postupcima za naknadu štete, zbog utvrđivanja i razjašnjenja činjenica, odnosno u izvođenju dokaza o spornim činjenicama iz osobitog značenja će biti veštačenje, koje će omogućiti sudu da dobije stručna saznanja kojima on ne raspolaže.<sup>36</sup> Sud od veštaka<sup>37</sup> može

---

obezbeđivanja dokaza, odnosno izvođenje dokaza pre veremenskog momenta kada se to redovno vrši u parničnom postupku, na glavnoj raspravi. Kada postoji opravdan strah da se neki dokaz ne može izvesti ili da će njegovo kasnije izvođenje biti otežnuto, može u toku kao i pre pokretanja postupka predložiti da se ovaj dokaz izvede. Odluka kojom se prihvata predlog o obezbeđivanju dokaza, zajedno sa predlogom, dostavlja se protivnoj stranci na ročištu za obezbeđivanje dokaza, a ukoliko to nije moguće, onda kad to bude moguće.

<sup>32</sup> Krivični zakonik Republike Makedonije (Службен весник на Република Македонија“ бр. 37/96, 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 60/2006, 73/2006, 7/2008, 139/2008 и 114/09).

<sup>33</sup> Nesavesno lečenje bolesnih, Član 207: (1) Lekar koji pri ukazivanju lekarske pomoći primeni očigledno nepodobno sredstvo ili način lečenja ili ne primeni odgovarajuće higijenske mere ili upošte postupa nesavesno i time prouzrokuje pogoršanje zdravstvenog stanja nekog lica, kazni će se novčanom kaznom ili kaznom zatvor do tri godine. (2) Kaznom iz stava 1 će se kazniti i babica ili drugi zdravstveni radnik koji pri ukazivanju medicinske pomoći ili nege postupa nesavesno i time prouzroči pogoršanje zdravstvenog stanja jednog lica. (3) Ako je delo učinjeno iz nehata, počinioc će se kazniti novčanom kaznom ili kaznom zatvora do jedan godine. Ovoj član je u vezi sa članom 217 stav 1 koji predviđuje da ako kao rezultat dela iz člana 207 stav 1 i 2 neko lice je teško telesno povređeno ili mu je zdravlje teško.

<sup>34</sup> Neukazivanje medicinske pomoći, Član 208: (1) Lekar ili drugi zdravstveni radnik koj suprotno svojoj dužnosti ne ukaže neodložnu medicinsku pomoć licu koje se nalazi u opasnosti za život, kazniti će se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do jedne godine. (2) Ako zbog dela iz stava 1 nastupi smrt lica kojem nije ukazna medicinska pomoć, počinitelj će se kazniti zatvorom od šest meseci do pet godina.

<sup>35</sup> Kao što su: protivpravno prekidanje trudnoće u slučajima kada nepostoji saglasnot (član 129, stav 1 i 2), neovlašćeno otkrivanje tajne (član 150, KZ), polovi napad maloletnika koji nije napunio 14 godina života (član 188, KZ), obljava zloupotrebom položaja (član 189, KZ).

<sup>36</sup> Sistemski uređeno ZPP-om, član 235-248.



potražiti da da nalaz i mišljenje za predmet veštačenja (nakon detaljnog i pažljivog pregleda predmeta veštačenja). U slučaju kad veštak sudu daje nalaz, on u stvari obezbeđuje informacije samo za ono što je on našao primenom pravila svoje struke, bez da izvodi dalje zaključke za druge činjenice koje bi bile povezane sa onim što je on našao. Od veštaka se može potražiti da na osnovu njegovog nalaza da mišljenje za druge činjenice koje su uzročno povezane sa onim što je on našao (potpuno veštačenje koje se sastoji od nalaza i mišljenja). U ovom slučaju mišljenje veštaka je u stvari zaključak koji on primenom stručnog znanja izvodi na rezultate svog nalaza.<sup>38</sup> Međutim, pitanje veštačenja u parnicama za naknadu štete nije specifično sa stanovišta njegovog pravnog uređenja već »u teškoćama vezanim uz pronalaženje osoba koje su dovoljno stručne ali i dostatno objektivne za obavljanje te funkcije. Tako će, npr., biti teško pronaći osobe koje će veštačiti i time, između ostaloga, vrednovati rad koji su obavili vrhunski eksperti u određenoj struci, kao što će to biti slučaj kod medicinskog veštačenja u vezi sa štetom koja je navodno prouzrokovana nepravilnim radom u klinici medicinskog fakulteta i sl. Naime, standardni stalni sudski medicinski veštaci će redovito imati slabije stručne (i znanstvene) kvalifikacije od osoba čiji će rad trebati ocijeniti. Tu se, zatim, otvara i pitanje objektivnosti veštaka, njihove spremnosti da prevaziđu ograničenja koja nameće »profesionalna solidarnost«, »kolegijalnost«, izloženost mogućnosti da se sami nađu u situaciji osoba čiji će se ogovarajući rad ocjenjivati, itd.«<sup>39</sup> Tako, ne retko će se sresti da veštaci traže oslobođenje iz dužnosti (član 238, stav 2 i 3, ZPP), dok stranke a i sud će insistirati na izuzimanje veštaka (član 239, ZPP).

Poseban problem u vezi veštačenja u parnicama za naknadu štete će biti utvrđivanje uzročne veze (tamu gde se odgovara po pravilima subjektivne odgovornosti) između narušeno, počinilac će se kazniti kaznom zatvora od jedne do deset godina, kao i u vezi sa stavom 2 istog člana koji predviđa da ukoliko je nastupila smrt jednog ili više lica počinilac će se kazniti kaznom zatvora od najmanje četiri godine.

#### (d) Odmera visine naknade štete

Kada je reč o naknadi materijalne štete, Zakon o obligacionim odnosima kako primarni oblik naknade određuje vraćanje u prvobitnom stanju, a kad to nije moguće novčanu naknadu. U slučajevima naknade materijalne štete koja proizlazi iz medicinske odgovornosti, uobičajeno sud će odrediti novčanu naknadu (za troškove lečenja, izgubljenu zaradu, novčanu rentu ili uobičajene troškove sahrane u određenim situacijama). Pri tome, sud ima na raspolaganju dovoljno dokaza da se utvrdi iznos naknade. Problemi nastaju kada je u pitanju materijalna naknada nematerijalne štete (pravična novčana naknada), odnosno utvrđivanje materijalne satisfakcije u slučaju povrede ličnih prava. Veoma često u takvim situacijama, kada sud utvrdi da stranci pripada pravo na naknadu štete pojaviti će se noteškoće u određivanju iznosa naknade. U situacijama u kojima iznos naknade se ne može utvrditi, ili se može utvrditi samo sa nesrazmernim teškoćama, sud će za ovo odlučivati po slobodnoj oceni (član 209, ZPP).

---

<sup>37</sup> Prema ZPP-u, veštak po pravilu je fizičko lice, koje ima stručna poznavanja iz date oblasti. U opredeljenim situacijama veštačenje se može doveriti institucijama. Zakon utvrđuje prava i obaveze lica koje sud poziva za veštake.

<sup>38</sup> Vidi Dika M.: O vještacima i vještačenju u hrvatskom parničnom postupku, Зборник на Правниот Правниот факултет »Јустинијан Први« во Скопје во чест на Стефан Георгиевски, Правен факултет »Јустинијан Први« - Скопје, Скопје 2009, стр. 41-70.

<sup>39</sup> Dika M.: Sudski postupci radi ostvarivanja naknade za štetu počinjenu pružanjem profesionalnih usluga, neobjavljen rad, str. 9.

Neulazeći posebno u pitanja o značenju pravila slobodne ocene,<sup>40</sup> treba naglasiti da za primenu odredbe člana 209 ZPP-a trebaju biti ispunjeni dva uslova i to: prvo, sud, u postupak dokazivanja, a preko primene načela parničnog postupka da je utvrdio da postoji pravo naknade štete (praktično da je potvrdio da postoji obligacioni odnos prouzrokovanje štete kako rezultat lekarske greške ili neodgovarajućeg lečenja od kojeg za oštećenog kao strana odnosa postoji pravo da mu se ta šteta naknadi), i drugo da sud ne može utvrditi visinu naknade ili je to utvrđivanje povezano sa nesrazmernim teškoćama. Pri tome i u ovim situacijama sud će trebati da izvodi dokaze kako bi ocenio dali su stvarno ispunjeni uslovi za primenu slobodne ocene. Obzirom na to da materijalno pravo daje smer sudu da pri opredeljenju pravične novčane naknade vodi računa o jačini i trajanju povrede kojom su bili prouzrokovani fizičke i psihičke boli i strah,<sup>41</sup> kao i cilju kojem služi naknada, sud će veštačenjem utvrditi ove činjenice.<sup>42</sup> Sud će, u svakom slučaju, morati da obrazloži odluku koju donese, nakon što u celosti raspravi stanje stvari i zaključi glavnu raspravu. Nakon toga, sud, u stvari prelazi na zadnji stadijum – donošenje odluke nakon prethodno održanog većanja i glasanja.<sup>43</sup> U vezi sudskih odluka u sporovima za nadoknadu štete koja proizlazi iz medicinske odgovornosti ne postoje specifikacije.

### 3.8. Redovni i vanredni pravni lekovi

Protiv odluka donetih u postupku za naknadu štete, stranke mogu izjaviti sve redovne i vanredne pravne lekove predviđene u redovnom parničnim postupkom (redovni – žalba, vanredni - revizija i ponavljanje postupka).

### 3.9. Privremena (provizorna) zaštita – privremene mere

Kao i kod drugih parnica, tako i kod ovih, pre pokretanja i u toku sudskog postupka, kao i po njegovom završavanju sve dok nije sprovedeno izvršenje, sud može dozvoliti privremene mere za obezbeđivanje novčanog ili nenovčanog potraživanja.<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> Vidi Dika M: Odmeravanje naknade štete po slobodnoj oceni, *Годишник на Правниот факултет »Јустинијан Први«* – Скопје во чест на Стрезо Стрезовски, Том 41, 2004/2005, стр. 132 - 152

<sup>41</sup> Vidi i kod Crnić I.: *Neimovisnka šteta*, Pravne teme, Ogranizator, Zagreb, str. 85.

<sup>42</sup> U sudstvu je pojavljuju stavovi prema kojim stepen duševnih boli sud može sam utvrditi bez veštačenja OS ZG: Gž - 245-84 - SP 12/84-55, citirano prema Dika M., ibid, str. 164, fn 38.

<sup>43</sup> U parničnom postupku odlučiti znači da se autoritativno i bez sumnje reši neko sporno prvo pitanje. Odlučivanje znači primena prava. Odlukom iskazuju se pravne posledice koje apstraktnim pravnim normama su predviđene za jedan konkretan slučaj. Presuda se uvek sastavlja u pismenoj formi i obavezno sadrži uvod, dispozitiv, obrazloženje i pravnu pouku o upotrebi pravnih lekova. Sudske odluke se donose u dva oblika kao presude i rešenja. Sud može odlučiti o osnovanosti tužbenog zahteva i na osnovi izrečnih ili konkudentnih procesnih postupanja stranaka, kojim oni raspolažu zahtevima postavljenim u postupku.. Tako, postoji mogućnost da se donese presuda zbog nepodnošenja odgovora na tužbu, presuda zbog izostanka, presuda zbog odricanja od tužbenog zahteva i presuda na osnovu priznanja. Postoji mogućnost i za donošenje presude bez održavanja rasprave u slučajevima kada tuženi u odgovoru na tužbu prizna odlučujuće činjenice, nezavisno što je osporio tužbeni zahtev, pa precdnik veća bez zakazivanja ročišta za raspravu doneće presudu, pod uslovom da ne postoje druge smetnje za njeno donošenje.

<sup>44</sup> Uslovi za određivanje privremenih mera su: da poverilac učini verovatnim postojanje potraživanja i da učini verovatnim da će bez takve mere dužnik osujetiti ili značajno otežati naplatu potraživanja, time što svoju imovinu odnosno svoja sredstva otuđi, prikrije ili na drugi način njime raspolaže (za novčana potraživanja), odnosno da učini verovatnom opasnost da inače ostvarivanje potraživanja će biti osujećeno ili značajno otežnuto (za nenovčana potraživanja). Poverilac ne mora da dokazuje opasnost ako učini verovatnim da predloženom merom dužnik bi

#### 4. O NAKNADI ŠTETE U KRIVIČNOSM POSTOPKU

Dilemama i teškoćama kojim se suočava sudija u parničnom postupku, suočiće se i sudija u krivičnom postupku ukoliko se u krivičnom postupku raspravljaju zahtevi za naknadu štete koja proizlaze iz počinjenog krivičnog dela. Prema Zakonu o krivičnom postupku (dalje u tekstu: ZKP),<sup>45</sup> imovinskopravni zahtev koji je nastao zbog krivičnog dela raspraviće se po predlogu ovlašćenih lica<sup>46</sup> u krivičnom postupku, ako se time postupak ne bi značajno odlagao. U slučajevima krivične medicinske odgovornosti, imovinskopravni zahtevi sastoje u zahtevima za naknadu štete, a predlog za ostvarivanje imovinskopravnog zahteva može podneti lice koje je ovlašćeno da ostvaruje takav zahtev u parnici. U slučaju postojanja osiguranja, imovinskopravni zahtevi se mogu podneti i prema osiguravajućem društvu. Pri odlučivanju o imovinskopravnom potraživanju sud pred kojim se vodi postupak će ispitati okrivljenog o činjenicama navedenim u predlogu i će izviditi okolnosti što su važne za utvrđivanje imovinskopravnog zahteva.<sup>47</sup> Ako izvođenje imovinskopravnog zahteva značajno odlaže krivični postupak, sud će se ograničiti na prikupljanje onih podataka čije kasnije utvrđivanje ne bi bilo moguće ili bi bilo značajno otegnuto. U situacijama kada se u krivičnom postupku odlučuje o imovinskopravnim zahtevima, sud će presudom kojom se okrivljeni oglašava krivim, odlučivati potpuno ili delimično za imovinskopravni zahtev.<sup>48</sup> Ukoliko sud donese presudu kojom se okrivljeni oslobađa optužbe ili presudu kojom se odbija optužba ili kad rešenjem obustavi krivični postupak, ili odbacuje optužnica, sud će uputiti oštećenog da može ostvarivati svoj zahtev u parnici. U situacijama kad se sud oglasi nenadležnim za krivični postupak, sud će uputiti oštećenog da može prijaviti imovinskopravni zahtev u krivičnom

---

pretrepo samo neznačajnu štetu. Privremene mere obezbeđivanja novčanih i nenovčanih potraživanja detaljno su uređene Zakonom o obezbeđivanju potraživanja (Службен весник на Република Македонија бр. 87/2007 год.). Rešenjem kojim se dozvoljava privremena mera sud opredeljuje vremetrojanje te mere, a ako je je mera određena pre podnošenja tužbe ili pre pokretanja postupka sud će opredeliti rok u kojem poverilac treba da podnese tužbu ili da povede drugi postupak kako bi opravdao tu meru. Sud na predlog poverilaca će produžiti vremetrojanje te mere, pod uslovom da su se promenile okolnosti pod kojima je ona opredeljena. Ono što je osobito važno kod dozvoljavanja i izvršenja ovih mera je to da se one mogu izreći i izvršiti bez prethodnog izveštavanja i saslušanja protivničke stranke, ukoliko postoji opravdana sumnja da zaštita što se treba ostvariti ovim merama se ne može ostvariti kasnije. Ovim načinom se obebeđuje t.z. efekt iznenađenja lica koje je povredilo pravo. Postupak za dozvoljavanje privremenih mera vodi se po principu hitnosti. Opširnije za ovo vidi: Јаневски А., Зороска – Камиловска Т.: Обезбедување на побарувањата според Законот за обезбедување на побарувањата, Правен факултет Јустинијан Први – Скопје, Скопје, 2010, стр. 32-48.

<sup>45</sup> Član 97-108 ZKP-a (Службен весник на Република Македонија бр. 15/97, 44/2002, 74/2004, 83/2008 и 67/2009).

<sup>46</sup> ZKP opredeljuje da se predlog za ostvarivanje imovinskopravnih zahteva u krivičnom postupku podnosi do organa kod koga se podnosi i krivična prijava ili do suda ispred kojeg se vodi postupak i to najkasnije do kraja glavnog pretresa ispred prvostemenog suda. Predlagač je dužan da opredeli svoj zahtev i da podnese dokaze. Ovlašćena lica mogu se otkazati od predloga za ostvarivanje imovinskopravnog zahteva u krivičnom postupku do kraja glavnog pretresa i da to ostvare u parnici. Ako imovinskopravni zahtev, nakon predloga a pre krja glavnog pretresa, je prešao na drugo lice prema pravilima imovinskog prava, to će se lice pozvati da se izjasni dali ostaje pri predlogu. Ako se uredno pozvani ne javi, smatrati će se da je odustao od predloga.

<sup>47</sup> Pritom, sud je obavezan da prikupi dokaze i da izvidi šta je potrebno za odlučivanje po zahtevu i pre nego što se takav predlog iznese.

<sup>48</sup> Ukoliko dokazi u krivičnom postupku ne daju dovoljnu osnovu za potpuno ili delimično presuđivanje imovinskopravnog zahteva, a za njihovo naknado obezbeđivanje postoji opasnost neopravdanog odlaganja krivičnog postupka, sud će presudom dosuditi samo osnov ili osnov i delimično iznos imovinskopravnog zahteva, a za iznos imovinskopravnog zahteva ili ostatak tog iznosa će doneti dopunsku presudu. Ukoliko se ne može utvrditi iznos imovinskopravnog zahteva drugim dokazima, ili izvođene takvih dokaza dovodi do značajnog odugovlačenja postupka, sud će dopunskom presudom dosuditi iznos imovinskopravnog zahteva ili njegovog dela opredeljujući pravičnu naknadu. Protiv dopunske presude se može izjaviti žalba u roku od osam dana od dana njenog dostavljanja.

postupku koji započinje ili produžava nadležni sud. Pravosnažnu presudu kojom je odlučeno za imovinskopravni zahtev, sud može izmeniti u krivičnom postupku samo povodom ponavljanja krivičnog postupka, zahtevom za zaštitu zakonitosti ili zahtevom za vanredno preispitivanje pravosnažne sudske presude. Izvan ovih slučajeva, osuđeni odnosno njegovi naslednici samo u parnici mogu da traže promenu pravosnažne presude krivičnog suda kojom je odlučeno za imovinskopravni zahtev, i ako za to postoje uslovi za ponavljanje postupka prema odredbama koje važe za parnični postupak. Isto tako treba napomenuti da po predlogu javnog tužioca i ovlašćenih lica u krivičnom postupku mogu da se odrede privremene mere za obezbeđivanje imovinskopravnih potraživanja koja su nastala zbog izvršenja krivičnog dela prema odredbama koje važe za izvršenje i obezbeđenje potraživanja.<sup>49</sup>

## 5. ZAKLJUČAK

Sa obzirom da se broj slučajeva medicinskih greški i neodgovarajućeg lečenja i težina njihovih posledica povećava, pravo ne može ostati po strani. Ono se treba razvijati na način koji će omogućiti prikladnu zaštitu za obe strane – kako zdravstvenim ustanovama/radnicima tako pacijentima. Ukoliko ovo ne uspe, to će ozbiljno uticati na sistem zdravstvene zaštite i na pristup zdravstvenoj zaštiti. Ovo je osobito slučaj u zemljama u tranziciji kao Republika Makedonija. Sa stanovišta materijalnog prava, buduća reforma zakona o obligacionim odnosima verovatno treba da uključi i uređenje posebnih pravila medicinske odgovornosti. Sa stanovišta procesnih pravila, potraživanja za naknadu štete u slučajevima medicinske odgovornosti dele sudbinu drugih parnica. Ključnu ulogu igra sud i njegova ocena o tome šta je pravično a šta ne u datim situacijama. Dalje, buduća reforma sistema zdravstvena zaštite, mogla bi pretrpeti izmene u smeru obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti zdravstvenih radnika i ustanova, onako kako je to predviđeno i kod pravnih profesija primjerice. Pri tome, treba odgovarajuće oceniti kako će se ovaj sistem obezbediti, obzirom na iskustva da on značajno utiče na troškove lečenja. U svakom slučaju ostaje stara maksima da grešiti je ljudski, ali i zakletva... Ukoliko se verno držim ove zakletve, neka uživam u mom životu i praksi moje umetnosti, poštovan od strane svih ljudi za sva vremena, ali ukoliko zastranim sa nje ili je prekršim, nek me sve suprotno zadesi.

## LITERATURA

- Crnić I.: Neimovisna šteta, Pravne teme, Ogranizator, Zagreb  
Dika, M.: O vještacima i vještačenju u hrvatskom parničnom postupku, Zbornik na Pravniot fakultet »Justinijan prvi, Skopje  
Dika, M.: Sudski postupci radi ostvarivanja naknade za štetu počinjenu pružanjem profesionalnih usluga, neobjavljen rad  
Dika, M: Odmeravanje naknade štete po slobodnoj oceni, Pravniot fakultet »Justinijan prvi, Skopje  
Draškić M.: Lekarska greška: teškoće definisanja, Medicina in pravo - sodobne dileme, Maribor, 2006

---

<sup>49</sup> Član 106 ZKP-a koristi termin »Postupak za izvršavanje«, koji je neprikadan nakon donošenja Zakona o izvršenju (Службен весник на Република Македонија бр. 35/2005, 50/2006, 129/2006, 8/2008 и 83/09) i Zakona o obezbeđenju potraživanja (Службен весник на Република Македонија бр. 87/08).

Galev, G.: Dabovnik Anastasovska J: Obligaciono pravo, ЦЕПРЕ, Skopje, 2009

Gavella N.: Osobna prava, I. dio, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2000

Godišnik na Pravniot fakultet »Justinijan prvi« - Skopje, vo čest na Strezo Strezovski, 2004/2005, str. 132-152 (Годишник на Правниот факултет »Јустинијан Први«)

Herring J.: Medical Law and Ethics, Oxford Universitz Press, 2006

Janevski, A., Zoroska – Kamiloska, T.: Obezbeduvanje na na pobaruvanjata spored Zakonot za obezbeduvanje; Praven fakultet »Justinijan prvi, Skopje, Skopje, 2010

Janevski, A., Zoroska Kamilovska; T.: Gradžansko procesno pravo, Knjiga Prva; Praven fakultet »Justinijan prvi« – Skopje, 2009

Klarić P.: Odštetno pravo, Narodene Novine, Zagreb, 2003

Kohn LT, Corrigan JM, Donaldson M, et al.: To Err Is Human: Building A Safer Health Szstem. Washington, DC, Institute of Medicine, 1999 [cited bz Zhan C. and Miller M., Excess Length of Staz, Charges, and Mortalitz Attributable to Medical Injuries During Hospitalization, JAMA, 290, 1868-1874, <http://jama.amaassn.org/cgi/content/full/290/14/1868?maxtoshow=&HITS=10&hits=10&RESULTFORMAT=&fulltext=Dr.+Chunliu+Zhan+and+Dr.+Marlene+R.+Miller&searchid=1&FIRSTINDEX=0&resourcezpe=HWCIT#REF-JOC30828-2> [Vpogled: 19.10.2009]

Radišić J.: Medicinsko Pravo, Nomos, Beograd, 2007

Radišić J.: Odgovornost zbog štete izazvane lekarskom greškom u lečenju i u obaveštavanju pacijenata, Nomos, Beograd, 2007

Turković K.: Novi pogledi u svjeti na odgovrnost liječnika za liječničku grešku, Medicina in pravo - sodobne dileme, Maribor, 2006

Zakon o zaštiti prava pacijenata (Služben vesnik na republika Makedonija, št. 82/08 и 12/09)

Zakon o zaštiti prava pacijenata (Služben vesnik na republika Makedonija, št.. 82/08 и 12/09)

Impending Changes in the European Health Care Sector and the Effect on Risk Management and Malpractice Insurance, Insurance Issues Europe; General CologneRe, December 2002, <http://www.genre.com/sharedfile/pdf/InsIssuesEurope200212-en.pdf> [zadnja poseta 19.10.2009]

Krivični zakonik Republike Makedonije (Služben vesnik na republika Makeodnija, бр. 37/96, 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 60/2006, 73/2006, 7/2008, 139/2008 и 114/09)

Zakon o obligacionim odnosima Republike Makedonije ZOO; Služben vesnik na republika Makedonija, št. 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09 и 161/09)

Zakona o sudovima (ZS; Služben vesnik na republika Makeodnija, št. 58/2006 и 35/2008)

Zakonom o parničnom postupku (ZPP; Služben vesnik na republika Makeodnija, št. 79/2005, 110/2008 83/2009.

Zakonu o zdravstvenoj zaštiti (ZZZ; Služben vesnik na republika Makedonija, št. 38/91, 46/93, 55/95, 10/04, 84/05, 111/05, 65/06, 5/07, 77/08, 67/09



# ODŠKODNINSKA ODGOVORNOST ZDRAVNIKA

## PHYSICIAN'S TORT LIABILITY

UDK: 614.25:347.56

*Dr. Hrvoje KAČER, univ. dipl. pravnik  
Redni profesor  
Pravna fakulteta Univerze v Splitu*

### POVZETEK

*Besedilo se ukvarja z enim od najpomembnejših vprašanj medicinskega prava, in sicer s vprašanjem odgovornosti in znotraj tega s vprašanjem glede enega njenega segmenta – dvojnostjo med subjektivno in objektivno odgovornostjo. Avtor si prizadeva za okrepitev položaja oškodovanca s širjenjem področja objektivne odgovornosti, kakor tudi položaja škodovalca, in sicer z uvajanjem obvezne odgovornosti pred profesionalno dejavnostjo in širjenjem kulture prostovoljnega zavarovanja.*

### KLJUČNE BESEDE

*Škoda, odgovornost, krivda, zdravnik.*

### ABSTRACT

*This article focuses on one of the most important issues of medical law, the issue of liability and within that on one of its segments - the dilemma between subjective and objective liability. The author is committed to empower victims by broadening the scope of strict liability, but also the position of the harmful person with the introduction of statutory liability in professional activities and dissemination of the culture of voluntary insurance.*

### KEY WORDS

*Damage, liability, guilt, physician.*

## 1. UVOD

Iako se vrlo često (što opravdano što neopravdano) za mnoge teme rabi ista ili slična argumentacija i ista ili slična retorika, ipak je ne vrlo vjerojatno nego potpuno sigurno da među tzv. hit pravničke teme u posljednje vrijeme (recimo posljednjih nekoliko godina<sup>1</sup>) spada odgovornost (i to ne samo građanskopravna koja je neposredni predmet ovog rada, nego i druge, posebno i ona kaznenopravna<sup>2</sup>) liječnika<sup>3</sup> kao profesionalca<sup>4</sup> prema trećima. U

---

<sup>1</sup> To je vremenska odrednica u odnosu na područje bivše zajedničke države (SFRJ), a u tzv. razvijenom svijetu, posebno misleći pri tome na SAD, ta pojava datira daleko ranije.

<sup>2</sup> Iako, prema našem mišljenju, neopravdano.

<sup>3</sup> Makar, ističući odgovornost liječnika, nije nikako moguće zanemariti odgovornost ili suodgovornost drugih članova zdravstvenog tima, kako u užem (npr. medicinska sestra nazočna i aktivna u operacijskog sali) tako i u širem smislu (npr. tzv. bolnička logistika, od službe sigurnosti preko higijeničara pa do kuharica i poslužitelja).

<sup>4</sup> Upravo radi ovog statusa profesionalca se od liječnika zahtijeva mnogo više od neprofesionalca.

okviru te građanskopravne odgovornosti postavlja se čitav niz pitanja, čitav niz dvojbi, između kojih smo se odlučili analizirati prednosti i nedostatke dva osnovna modela odgovornosti – onaj subjektivni (prema krivnji) i onaj objektivni (bez krivnje), smatrajući da se radi o, ako ne najvažnijoj i najaktualnijoj dvojbi medicinskog prava, tada svakako o jednoj od najvažnijih i najaktualnijih dvojbi.

Iako je jasno koji su pravni izvori u odnosu na ovaj problem de lege lata i koja su pozitivnopravna rješenja u hrvatskom pravu<sup>5</sup> (ali i drugim pravima), temeljni cilj ovog rada je odrediti se koji model odgovornost je bolji između subjektivne i objektivne odgovornosti, dopuštajući pri tome ne samo tzv. čiste modele, nego i različite kombinacije ili odstupanja od tih »čistih« modela odgovornosti, te u skladu sa izvedenim zaključcima po potrebi predložiti Promjene de lege ferenda.

## 2. POVIJESNI RAZVITAK ODGOVORNOSTI LIJEČNIKA (KRATAK OPĆENITI PREGLED)

Radi se o pojavi koja se još bitno ranije javila u svijetu koji običavamo nazivati razvijenim Zapadom,<sup>6</sup> u kojemu je za brojne (najrazličitije) struke kojima se bave profesionalci kao djelatnošću, a najviše za liječnike, postalo gotovo nezamislivo da se netko takvom djelatnošću uopće bavi (zbog jako velikog broja šteta koje nastaju i njihove velike visine<sup>7</sup>) ako nije posebno osiguran od odgovornosti (bilo to na dobrovoljnom ili prisilnom – zakonskom osnovu, ili na oba istodobno) – smatra se da je osiguranje od odgovornosti<sup>8</sup> postalo condicio sine qua non normalnog obavljanja posla, bez kojega su ugroženi i pacijent (sa jedne strane jer liječnik neće moći mirno obavljati svoj posao, sa druge strane što, ako dođe do odgovornosti, u pravilu prijeti niz problema sa naplatom, kojih nema ili ih ima mnogo manje u slučaju kada je na strani dužnika /i/ osiguravateljno društvo) i liječnik i zdravstvena ustanova u kojoj (ili za koju) liječnik radi<sup>9</sup> i, kobčno, društvo u cjelini.

Izgleda da su u ovom trenutku (opravdano) praktično svi nezadovoljni – možda najviše liječnici koji (vjerujemo s punim pravom) tvrde da ne mogu bez opterećenja od tužbi mirno (a jedino tako je moguće maksimalno kvalitetno raditi) obavljati svoj težak i odgovoran posao, ali i pacijenti koji (vjerujemo s punim pravom) tvrde da jako teško ostvaruju svoja prava i da im u tome, svatko na svoj način, odmažu kako zakonodavac tako i sudska praksa koji pogoduju drugoj strani, kao i liječnici koji se nalaze u dvostrukoj ulozi – kao oni zbog kojih ustanova odgovara i kao oni koji (naravno ne u »svojem slučaju«) vještače izvan suda i u sudskim

---

<sup>5</sup> To je u prvom redu akon o obveznim odnoima (NN 35/05., 41/08.- u nastavku: ZOO), ali i čitav niz specijalnih propisa.

<sup>6</sup> Makar je zemljopisna odrednica već davno u bitnom izgubila svoj smisao.

<sup>7</sup> Prema nekim podacima u SAD godišnje u bolnicama umire 98.000 osoba uslijed medicinskih grešaka koje su se mogle izbjeći, što je broj veći od broja poginulih u prometnim nesrećama (43. 458) i više nego od AIDS-a (16. 516) – prema: Petar Klarić, *Odgovornost zdravstvene ustanove i zdravstvenih djelatnika za štetu* (Prvi dio), Hrvatska pravna revija, kolovoz 2001., str. 18., bilješka broj 8 i tamo navedi izvori. Slično i u: Stipan Janković, *Medicinski aspekti liječničke pogreške u svjetlu kliničke prakse*, u: *Liječnička pogreška – medicinski i pravni aspekti*, Zbornik radova sa savjetovanja, Sveučilište u Splitu – Medicinski fakultet i Pravni fakultet, Split, 2007., str. 130.

<sup>8</sup> Vidjeti više (iako samo sa aspekta pacijenata, što je samo jedan od mogućih aspekata) u: Maje Proso, *Osiguranje pacijenata za pretrpljene štete u sustavu pružanja zdravstvene zaštite*, Zbornik radova znanstvenog skupa AKTUALNOSTI ZDRAVSTVENOG ZAKONODAVSTVA I PRAVNE PRAKSE, Novalja, 20.-21. studenog 2009., str. 163.-178.

<sup>9</sup> Naravno, moguće je da liječnik radi i izvan zdravstvene ustanove, što je ipak (velika) manjina liječnika i razlika je u tome da taj liječnik (osim ako radi za drugog liječnika) ima ulogu i liječnika i poslodavca.



postupcima i na taj način u velikoj mjeri »sude«. Nezadovoljni su i poslodavci koji u postupcima u pravilu imaju ulogu tuženika i koji, posebno u aktualnoj situaciji materijalne neimaštine, smatraju da im odštete onemogućavaju normalan rad (posebno isplatu plaća i nabavku nužnog materijala) i uzrokuju daljnje štete i tako se stvara jedan gotovo začarani krug. Treba posebno naglasiti da je očit trend rasta<sup>10</sup> kako broja šteta koje se pojavljuju pred sudovima, tako i onih koje se riješavaju izvan sudova. Ne samo da nije daleka budućnost nego je ili bliska budućnost ili već i sadašnjost situacija u kojoj pacijenti ne traže samo second opinion kod liječnika, nego se, jednako kao i o svojem zdravlju, informiraju i o svojoj legalnoj poziciji u odnosu na onoga kome povjeravaju svoj život i zdravlje, posebno prije značajnijih operativnih zahvata i uopće onoga što se u smislu moguće štete smatra najrizičnijim, a glede čega nema razloga vjerovati da strane statistike ne bi mogle biti primjenjive i na našu stvarnost.<sup>11</sup> Prema nekim podacima, pogreške u liječenju su osmi uzrok smrti u SAD-u, a potkraj 1999. god. je u tamošnjim bolnicama umrlo između 44.000 i 96.000 bolesnika kao posljedica neke pogreške.<sup>12</sup> Ne treba kao pojavu isključiti ni one pacijente koji se zlonamjerno obraćaju liječniku imajući u prvom redu u vidu buduću odštetni zahtjev.<sup>13</sup>

### 3. POSTAVLJANJE I ANALIZA PROBLEMA

Već smo ukazali na to da je odštetna odgovornost liječnika (a to znači i onog tko za liječnika odgovara) veliki problem ovog trenutka medicinskog odnosno zdravstvenog prava.<sup>14</sup> Jasno je da se radi o složenom problemu kojiju sebi sadrži čitav niz manjih, parcijalnih problema (vrste štete, visina štete, suodgovornost, osiguranje od odgovornosti...), ali mi smo se u ovom tekstu koncentrirali (ograničili) na prednosti i mane sa jedne strane odgovornosti sa krivnjom i sa druge strane odgovornosti bez krivnje, sve na primjeru liječnika i tzv. medicinske štete i štete nastale u sklopu medicinske usluge.

---

<sup>10</sup> Naravno da je taj trend izraženiji u državama kao što je naša gdje su ti postupci do nedavno bili rijetkost, a manje izražen u državama kao što je SAD gdje ta »kultura« ili kultura zaštite svojih prava već odavno postoji, pa se brojevi mogu mijenjati samo ako stvarno poraste broj šteta (a ne, kao kod nas, ako poraste broj onih koji se odluče tražiti naknadu štete). Prema nekim podacima, u SAD je od 1970.-1975. god broj odštetnih parnica gotovo udvostručen, pri čemu treba znati da se tamo mnogo toga riješi u postupku mirenja i uopće izvan sudova. Svakako, broj zahtjeva upućenih osiguravateljima daleko premašuje broj onih pred sudovima.

<sup>11</sup> Prema novijim američkim podacima, na kirurške griješke otpada 50 % slučajeva, 33 % na nekirurške specijalnosti, a ostatak (17 %) na sve liječnike. Vidjeti tako i još niz statističkih podataka i tablica u: Stipan Janković, Medicinski aspekti u: Liječnička pogreška – medicinski i pravni aspekti, Zbornik radova sa savjetovanja, Sveučilište u Splitu – Medicinski fakultet i Pravni fakultet, Split, 2007., str. 129.-148.

<sup>12</sup> Vidjeti tako u: Ivica Crnić, Odgovornost liječnika za štetu, Organizator, Zagreb, 2009., str. 1.- vidjeti istom djelu i statističke podatke za hrvatsku praksu na str. 3-4.

<sup>13</sup> Treba biti realan i prihvatiti da je u takvoj situaciji riječ o prilično neravnopravnoj borbi sa jedne strane pripremljenog budućeg oštećenika i sa druge strane dobronamjernog i savjesnog liječnika koji na raspolaganju za davanje usluge ima samo ono što mu je moguće dobiti (na što u pravilu malo ili nikako može utjecati), a uslugu, svakako, treba pružiti.

<sup>14</sup> Postoje različita mišljenja je li pravilan jedan ili drugi naziv, kao i radi li se ili ne o sinonimima. Ono što praktično više nitko i ne spori je da se radi o posebnoj grani prava, iako je (kao i mnoge druge) svoj logian izvor (ali i nadomjestak) imala i ima u građanskom pravu. Vjerujemo da nema ni govora da bi se radilo o sinonimima i da, unatoč velike sličnosti, ipak stoji tvrdnja da je zdravstveno pravo ipak šire jer obuhvaća i pitanja kao što je zdravstveno osiguranje, javna nabava u zdravstvu i dr. Koliko je to sve zajedno otvoreno pitanje pokazuje i činjenica da se jedini specijalistički poslijediplomski studij iz ovog područja u RH zove MEDICINSKO PRAVO, dok se na istom visokom učilištu na dodiplomskom studiju izučava izborni kolegij pod nazivom ZDRAVSTVENO PRAVO.

Treba naglasiti da se šteta ili štetna radnja može počinuti i aktivnošću (npr. davanjem pogrešne dijagnoze) i pasivnošću ili nečinjenjem (odbijanjem pružanja pomoći npr.). Sama medicinska šteta se pak može definirati kao bilo koja šteta koja nastane u svezi bilo koje medicinske uluge, a pojam medicinske uluge, svaako, treba jako ekstenzivno (široko) tumačiti, rukovodeći se pri tome interesima potencijalnih oštećenika i ne želeći pri tome smanjenjem razine odgovornosti pogodovati nepažljivost i nemarnost i nestručnost potencijalnih štetnika – potrebno je naći (što je uvijek najteže) razumnu mjeru, razuman kompromis. Dodatno treba naglasiti i da se (bez ikakve dvojbe) na liječnike treba primijeniti i čl. 10. st. 2. ZOO koji glasi: Sudionik u obveznom odnosu dužan je u ispunjavanju obveze iz svoje profesionalne djelatnosti postupati s povećanom pažnjom, prema pravilima struke i običajima (pažnja dobrog stručnjaka).

### **3.1. Dvije vrste odgovornosti – odgovornost sa krivnjom i odgovornost bez krivnje - općenito**

Kod subjektivne odgovornosti treba (pored ostalih uvjeta) postojati i krivnja štetnika kao subjektivni element protupravnosti. Krivnja je subjektivni odnos štetnika prema uzrokovanju štete,<sup>15</sup> pa odgovornost po osnovu krivnje nazivamo još i subjektivnom odgovornošću. Za postojanje krivnje od odlučnog značenja su svijest i volja štetnika,<sup>16</sup> pa je utoliko potrebno da je naravna (fizička) osoba ubrojiva (sposobna za rasuđivanje) i poslovno ili barem deliktno sposobna. Sposobnost za liječničke pogreške u svjetlu kliničke prakse, rasuđivanje često se naziva i deliktnom sposobnošću.<sup>17</sup> Iako se ne radi o sinonimima treba navesti da u obveznom pravu deliktna sposobnost ima značenje sposobnosti odgovarati za počinjenu štetu, pri čemu se sposobnost rasuđivanja za one sa navršениh 14 godina pretpostavlja, a za one od 7-14 godina je treba dokazati. Prema odredbi članka 1050. ZOO osoba koja zbog duševne bolesti ili zaostalog umnog razvoja ili kojih drugih razloga nije sposobna za rasuđivanje, ne odgovara za štetu što je drugome prouzroči. Za štetu koju počine ove osobe odgovaraju osobe koje su na temelju zakona ili odluke nadležnog tijela ili ugovora bile dužne voditi nadzor nad njima u uvjetima odredbe članka 1055. ZOO (odgovornost za drugoga). Odredbom članka 1050 st. 2 i 3 ZOO posebno je regulirana odgovornost za štetu u stanju prolazne nesposobnosti. Poslovna sposobnost, pod uvjetom da je osoba duševno zdrava, stječe se s punoljetnošću, s kojim trenutkom je naravna ili fizička osoba u mogućnosti zasnivati valjane pravne poslove. Međutim, kod odgovornosti za štetu prevladava kriterij sposobnosti za rasuđivanje, pa je dobna granica (niža u odnosu na poslovnu) odgovornosti posebno određena odredbom članka 1051. ZOO.

Pravne osobe nemaju kvalitetu ubrojivosti, pa su deliktno sposobne već u činjenici priznate poslovne sposobnosti. Krivnja postoji kad je štetnik prouzročio štetu namjerno ili nepažnjom. Namjera (dolus). Štetnik postupa sa znanjem i hotimice. U ovom slučaju, štetnik želi uzrok

---

<sup>15</sup> Vidjeti tako u: Ivica Crnić, Naknada štete, Organizator, Zagreb, 1995. god. str. 20.

<sup>16</sup> Vidjeti tako u: Ivo Grbin, Pretpostavke odgovornosti za štetu i odgovornost po osnovi krivnje, Zakonitost broj 9-10/87, str. 989.

<sup>17</sup> Ubrojivost se naziva i deliktnom sposobnošću – vidjeti tako u: Petar Klarić - Martin Vedriš, Građansko pravo, Narodne novine, Zagreb, kolovoz 2008. god. str. 585, Ivica Crnić, Zakon o obveznim odnosima - napomene, komentari, sudska praksa i prilozi, II - bitno dopunjeno i izmijenjeno izdanje, Organizator, Zagreb, 2006., str. 706.

(štetnu radnju) i posljedicu (štetu). Ukoliko je štetnik svjestan da će posljedicom njegove radnje drugome nastupiti šteta ili da posljedicom njegove radnje može drugome nastupiti šteta, a njegova volja je usmjerena na postizanje takve posljedice, riječ je o izravnoj – direktnoj namjeri. Ukoliko štetnik nije siguran hoće li njegova radnja uzrokovati štetu, odnosno je li njegova radnja protupravna (on nije zainteresiran da dođe do štetne posljedice), ali unatoč tom ne odustaje od štetne radnje (on pristaje na štetnu posljedicu), riječ je o uvjetnoj – eventualnoj namjeri. U oba slučaja štetnik odgovara jer je dostatna svijest o vjerojatnosti štetne posljedice. U ocjeni namjere uzima se u obzir subjektivni odnos (svijest i volja) konkretnog štetnika (u svakom pojedinom slučaju) prema štetnoj radnji. Pri tom nisu od značaja objektivna – apstraktna mjerila (ponašanje drugih ljudi u sličnim okolnostima).

Nepažnja (culpa). Za razliku od namjere, nepažnja se određuje objektivno. Postupanje štetnika u ocjeni nepažnje sagledava se prema postupanju drugih ljudi u sličnim okolnostima i bez obzira na subjektivni odnos štetnika prema štetnoj radnji, odnosno štetnoj posljedicu. Štetnik ne želi štetnu posljedicu, niti na nju pristaje, međutim, svom postupanju nije pridao onu pažnju koja je redovita i uobičajena u pravnom prometu uopće, odnosno pažnju koja se u pravnom prometu zahtijeva u određenoj struci. Razlikuje se krajnja (gruba) i obična nepažnja. Ukoliko štetnik u svom postupanju nije upotrijebio ni onu pažnju koju bi upotrijebio prosječan čovjek, riječ je o krajnjoj (gruboj) nepažnji – culpa lata. Ukoliko štetnik u svom postupanju nije uporabio onu pažnju koju bi uporabio osobito pažljiv čovjek (pažnja dobrog domaćina, pažnja dobrog gospodarstvenika) riječ je o običnoj nepažnji – culpa levis.

U pravilu je za odgovornost štetnika potreban bilo koji stupanj krivnje, dakle i onaj najblaži. Međutim, u određenim okolnostima ZOO traži teži stupanj krivnje odnosno onaj najblaži nije dovoljan. Posebno treba naglasiti da se, kod pravila o predmnijevoj i dokazanoj krivnji u hrvatskom pravu, u smislu odredbe članka 1045 st.2 ZOO predmnijeva (znači ne treba ga dokazivati, ali je dopušten suprotan dokaz) samo najblaži stupanj krivnje štetnika – obična nepažnja, što je jako značajno i na određeni način smanjuje razliku između subjektivne i objektivne odgovornosti.

Štetnik koji odgovara prema pravilima subjektivne odgovornosti može se osloboditi odgovornosti ako dokaže da nije ispunjena koja od potrebnih pretpostavaka odgovornosti, posebice i da je šteta nastala bez njegove krivnje (ekskulpacija). Ukoliko se radi o predmnijevoj krivnji, teret dokaza je na štetniku, a ako se ne radi o predmnijevoj krivnji (npr. kod ugostiteljske ostave), teret dokaza je na oštećeniku. Granica do koje seže subjektivna odgovornost su tzv. slučajne štete, za koje ne odgovara onaj tko odgovara prema pravilima subjektivne odgovornosti i za koje vrijedi pravilo casum sentit dominus – vlasnik osjeća slučaj ili vlasnika pogađa slučaj.<sup>18</sup>

Već je u odredbama članka 1045 st. 3 i 4. ZOO postavljena odgovornost po kriteriju uzročnosti – cause<sup>19</sup> - to je tzv. objektivna odgovornost. Za štetu od stvari ili djelatnosti od kojih potječe povećana opasnost štete za okolinu odgovara se bez obzira na krivnju. Po kriteriju uzročnosti odgovara se i u drugim slučajevima predviđenim zakonom. Po ovom kriteriju štetnik odgovara

---

<sup>18</sup> Petar Klarić - Martin Vedriš, Građansko pravo, Narodne novine, Zagreb, kolovoz 2008. god. str. 611.

<sup>19</sup> Vidjeti tako u: Hrvoje Kačer - Ante Perkušić, u: Vilim Gorenc i dr., Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRIF, Zagreb, listopad 2005., str. 1614 i dalje. Slično i: Boris Vizner, Građansko pravo u teoriji i praksi, Vjesnik, Zagreb, 1962., tr. 550 i dalje.

već u pretpostavkama kada postoji uzročna veza između štetne radnje i štete, bez obzira na krivnju štetnika. Odgovara se, dakle, već na temelju objektivne činjenice da je šteta prouzročena (kriterij uzročnosti - kauzaliteta), pa se upravo zato ovu odgovornost naziva i objektivnom odgovornošću. Kod odgovornosti po ovom kriteriju štetnik se ne oslobađa odgovornosti dokazivanjem da nije kriv što se šteta dogodila (što više, krivnja štetnika se kod odgovornosti po ovom kriteriju niti ne predmnijeva, baš zato što je pravno irelevantna), nego se može osloboditi odgovornosti samo ukoliko dokaže da je šteta prouzročena a) višom silom, b) krivnjom samog oštećenog ili c) krivnjom neke treće osobe (članak 1067 ZOO). Postojanje uzročne veze kao jedne od pretpostavki odgovornosti, traži se kod svih kriterija odgovornosti za štetu. Međutim, ovisno da li se radi o odgovornosti po kriteriju krivnje ili po kriteriju uzročnosti postoji razlika u čemu se sastoji uzrok štete:

- a) Kada se radi o odgovornosti temeljem vlastite krivnje, uzročna veza mora postojati između vlastite nedopuštene radnje i nastale štete.
- b) Kada se radi o odgovornosti za drugoga, tada uzročna veza mora postojati između nedopuštene štetne radnje stvarnog/faktičnog štetnika (za kojeg odgovara odgovorna osoba / presumptivni štetnik) i nastale štete.
- c) Kada se radi o objektivnoj/uzročnoj odgovornosti, uzročna veza mora postojati između opasne stvari ili opasne djelatnosti i nastale štete (kako se radi o objektivnoj odgovornosti nije potrebno dokazivati štetnikovu nedopuštenu radnju).

Kod odgovornosti za štetu od opasne stvari ili opasne djelatnosti iznimno je u ZOO (članak 1063.) postavljena predmnijeva uzročnosti. Prema odredbi članka 1063. ZOO, šteta nastala u vezi s opasnom stvari odnosno opasnom djelatnošću smatra se da potječe od te stvari odnosno djelatnosti, osim ako se dokaže da one nisu bile uzrok štete (znači dopušten je protudokaz). Dakle, kad je šteta nastala u vezi s opasnom stvari odnosno opasnom djelatnošću, uzročna veza između štetne radnje i štete se ne dokazuje, uzročnost se predmnijeva. Oštećenik tako u ovom slučaju (kod opasne stvari odnosno opasne djelatnosti) ne mora dokazivati niti da šteta koju je pretrpio potječe od opasne stvari odnosno opasne djelatnosti, ako dokaže da su te stvari odnosno djelatnosti sudjelovale u štetnom događaju. S druge strane vlasnik opasne stvari, odnosno osoba koja se bavi opasnom djelatnošću u vezi s kojim je šteta nastala, moći će se u tom slučaju, osloboditi odgovornosti ako dokažu:

- a) da opasna stvar ili pak opasna djelatnost nisu bile uzrok štete, a koji razlozi za oslobođenje od odgovornosti su konkretizirani odredbom članka 1067. ZOO (oslobađa se odgovornosti u cijelosti ako šteta potječe od nepredvidivog uzroka, isključive radnje treće osobe, a djelomično ako je oštećenik djelomično pridonio nastanku štete, a ako je šteti djelomično pridonijela treća osoba, ona odgovara solidarno sa vlasnikom stvari, a dužna je snosti naknadu razmjerno težini svoje krivnje).<sup>20</sup>

ZOO pobliže ne određuje što se smatra opasnom stvari odnosno što se smatra opasnom djelatnošću. Svakako, ukupnost odredbi koje reguliraju ovu materiju upućuje da objektivna odgovornost nije predviđena za bilo kakvu opasnost, već samo za onu koje se ne može smatrati normalnom i/ili redovitom. Gotovo i nema stvari, pa i djelatnosti koje bi bile u potpunosti bezopasne. Brzi razvoj tehnike, izmjena i svakodnevno unaprjeđenje predmeta, te

---

<sup>20</sup> Vidjeti više u: Hrvoje Kačer - Ante Perkušić, u: Vilim Gorenc i dr., Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRIF, Zagreb, listopad 2005., str. 1652 i dalje.

sredstava za rad, stvaraju svaki dan nove opasnosti koje zakonom nije moguće unaprijed predvidjeti. Uz pravnu teoriju, upravo je zadaća sudske prakse odrediti što u okolnostima konkretnog slučaja predstavlja opasnu stvar ili pak opasnu djelatnost. Opasna stvar je svaka ona pokretna ili nepokretna koja čini povećanu opasnost prouzročenja štete za okoliš u kojem se nalazi:

- a) kako njenim samim postojanjem (npr. uskladištene opasne kemikalije),
- b) tako njezinom uporabom (npr. stavljanjem stroja u pogon), c) bilo zbog naročitog položaja u kojem se nalazi (npr. kamen na krovu kuće, automobil parkiran u strmoj ulici), d) bilo zbog svojih osobina ili nedostataka (npr. krava zle ćudi koja bode rogovima, konj koji udara nogama), a da sve te opasnosti postoje za okolinu unatoč poduzetih posebnih mjera sigurnosti, jer stvar ipak nije u potpunoj kontroli njezina vlasnika ili imatelja.

Opasnu djelatnost čine sve one ljudske aktivnosti kojima se stvara povećana opasnost štete za okoliš. Pri tom nije od značaja potječe li ta djelatnost od opasne stvari ili je djelatnost opasna sama po sebi, bez neke sveze s opasnom stvari. U primjeni odredbe čl.173 RZOO-a, sudska praksa je cijnila da od neke djelatnosti prijeti povećana opasnost samo onda kada u njezinom redovnom toku, već po samoj njezinoj tehničkoj prirodi, načinu obavljanja, može biti ugroženo zdravlje ili imovina, tako da to ugrožavanje iziskuje povećanu pažnju osobe koja obavlja tu djelatnost.<sup>21</sup> U teoriji se navodi da jedna djelatnost predstavlja povećanu opasnost kada u njezinom redovitom tijeku, već po samoj njezinoj tehničkoj prirodi i načinu obavljanja, mogu biti ugroženi životi i zdravlje ljudi i imovine, tako da to ugrožavanje iziskuje povećanu pozornost osoba koje obavljaju tu djelatnost kao i osoba koje s njom dolaze u obzir.<sup>22</sup> U sudskoj praksi postoje brojne odluke koje opasnom stvari smatraju stube koje nemaju rukohvat, brodicu na motorni pogon, ruševnu zgradu, automobil, dotrajalo i stari stablo, pas čuvar – bernardinac, poljoprivredni stroj za guljenje kukuruza, divljač na javnoj cesti, kao i koje opasnom djelatnošću smatraju komplicirani porod, izvođenje počasne paljbe, trening vojnih osoba, vatromet na nogometnoj utakmici, ronilački zadaci, rad s herbicidima...<sup>23</sup>

### **3.2. Subjektivna i objektivna odgovornosti u medicini (de lege lata i de lege ferenda)**

Činjenica je da hrvatski zakonodavac ni na jednom mjestu nije izrijekom propisao objektivnu odgovornost liječnika odnosno onoga tko za liječnika (poslodavac) odgovara. Ipak, nije nigdje tu odgovornost ni isključio. To stvarno znači da primjenom zakonskih odredbi na konkretan slučaj, i to odredbi koje se ne odnose direktno na medicinske štete i medicinske usluge općenito, treba zaključiti radi li se u konkretnom slučaju ili ne o objektivnoj odgovornosti. To znači i da je na primjenjivačima prava, u prvom redu sudovima i sucima, jako odgovoran

---

<sup>21</sup> 21 Vs, Rev-298/88 od 13.10.1988.PSP 43/76, vidjeti tako i u: Ivica Crnić, Zakon o obveznim odnosima - napomene, komentari, sudska praksa i prilozi, II - bitno dopunjeno i izmijenjeno izdanje, Organizator, Zagreb, 2006., str. 755.

<sup>22</sup> Vidjeti tako u: Petar Klarić - Martin Vedriš, Građansko pravo, Narodne novine, Zagreb, kolovoz 2008. god. str. 615., slično i u: Veseljko Šeparović, Odgovornost za štetu od opasne stvari ili opasne djelatnosti; Zakonitost broj 9-10/87, str. 1000.

<sup>23</sup> Vidjeti (uključujući oznake sudskih odluka) u: Ivica Crnić, Zakon o obveznim odnosima - napomene, komentari, sudska praksa i prilozi, II - bitno dopunjeno i izmijenjeno izdanje, Organizator, Zagreb, 2006., str. 756.-761.

postupak tumačenja u kojemu se moraju pridržavati pravila tumačenja.<sup>24</sup> Sa aspekta pravne sigurnosti i vladavine prava ovakvo rješenje nije baš idealno, ono objektivno omogućava samovolju ili voluntarizam primjenjivača prava, iako se to često uljepšava tvrdnjom da se stvarno radi o pogodovanju sudačke kreativnosti (što je samo po sebi nešto pozitivno). To znači i nužan povećani oprez svih zainteresiranih jer postoji mogućnost da sudovi u jednom trenutku promijene stavove (tako nešto se nije baš jednom dogodilo, primjera ima mnogo), što, za razliku od novog propisa (koji je također uvijek moguće donijeti), ne podrazumijeva nikakav poseban postupak, nikakvu vakaciju ni mogućnost pripreme do početka primjene koja, po naravi stvari, ima i mora imati povratni učinak, jer pred sudove dolaze stvari - slučajevi koji su se već dogodili (ponekad i godinama prije). Ako se ovo dogodi, položaj liječnika (i zdravstvenih ustanova i uopće poslodavaca) će biti još nezavidniji nego danas i vjerojatno je ilustrativna izjava jednog anonimnog liječnika u jednom hrvatskom dnevniku<sup>25</sup> koji je, objašnjavajući odlazak relativno velikog broja afirmiranih ginekologa u kratkom vremenu u privatnu praksu, izjavio da je to vrlo logično jer tamo će zaraditi barem dvostruko više i biti barem dvostruko manje odgovorni<sup>26</sup> (jer sve što je složenije upućuju u bolnicu).

Daljnja činjenica je da je u europskom pravu već zabilježen pokušaj uvođenja objektivne odgovornosti u profesionalnim djelatnostima »na velika vrata«, ali nije uspio.<sup>27</sup> Pitanje je samo hoće li se taj pokušaj ponoviti (i sa kakvim ishodom) ili neće. Međutim, u suvremenoj teoriji odštetnog prava sve su glasnjiji zahtjevi za uvođenjem objektivne odgovornosti za ovo područje odštetnog prava ili za njegove dijelove. Kao ključni razlozi navode se, s jedne strane, masovna uporaba različitih aparata i uopće ubrzano uvođenje visoke tehnologije u medicini (CT, laparoskopija, laparotomija, robotička kirurgija, endoskopija, laser, telemedicina, zračenja itd.) a s druge strane, anonimizacija i depersonalizacije odnosa liječnik-pacijent i očito inzistiranje pacijenata da se obavi što više što složenijih pretraga (nije dosta rendgensko snimanje nego CT, nije dosta CT nego MR, sutra neće biti dosta MR nego...). Prema umjerenijem gledištu pravila bi objektivne odgovornosti trebalo primjenjivati barem na one najopasnije vidove medicinskih zahvata, kao što su kirurški zahvati, nuklearna medicina, transplantacija i sl.<sup>28</sup> I u postojećoj hrvatskoj sudskoj praksi, dapače još u primjeni propisa kojije prethodio ZOO, postoje, makar rijetke i svakako kao iznimke od općeg pravila, odluke prema kojima u određenoj situaciji postoji objektivna odgovornost.<sup>29</sup>

---

<sup>24</sup> Vidjeti više o tumačenju u: Hrvoje Kačer, Građanskopravna odgovornost liječnika za pogrešku, Zbornik radova znanstvenog skupa AKTUALNOSTI ZDRAVSTVENOG ZAKONODAVSTVA I PRAVNE PRAKSE, Novalja, 20.-21. Studenog 2009., str. 30.-34. I tamo naveeni izvori.

<sup>25</sup> Slobodna Dalmacija od 14.01.2007.

<sup>26</sup> Ako je možda ono prvo i dvojbeno ovo drugo je više nego jasno, dapače notorno.

<sup>27</sup> 1990. God. je Komisija EZ podnijela prijedlog Vijeću EZ da se uvede objektivna odgovornost za ugovore o davanju usluga, čime se htjelo izjednačiti položaj davatelja usluga sa položajem proizvođača stvari s nedostatkom koji objektivno odgovara za štete nastale od takvog proizvoda. Prigovori predstavnika profesionalnih djelatnosti (odvjetništvo, arhitektura, notari...) su ukazivanjem na nemogućnost takvog paušalnog izjednačavanja različitog spriječili prihvaćanje takve direktive (smjernice). Ostaje vidjeti hoće li se i kada inicijativa (što je formalno uvijek moguće) obnoviti, ovaj put sa jačim argumentima ili boljim ozračjem kod onih koji odlučuju. Vidjeti više u: Andrew Geddes, Product and Service Liability in the EEC, Sweet & Maxwell, London, 1992.

<sup>28</sup> Vidjeti tako u: Petar Klarić, Odgovornost zdravstvene ustanove i zdravstvenih djelatnika za štetu (Prvi dio), Hrvatska pravna revija, kolovoz 2001., str. 26.

<sup>29</sup> Npr. za komplicirani porod koji za rodilju predstavlja povećanu opasnost i koji od liječnika zahtijeva povećanu pažnju od one pri uobičajenom porodu bolnica odgovara po načelu objektivne odgovornosti - Žs u Zagrebu Gžn-1699/02 od 14. 10. 2003., prema: Ivica Crnić, Zakon o obveznim odnosima - napomene, komentari, sudska praksa i prilozii, II – bitno dopunjeno i izmijenjeno izdanje, Organizator, Zagreb, 2006., str. 759.-760., odluka pod brojem 23. Vidjeti i odluku Vrhovnog suda SRH Rev 1865/83 od 23.02.1984. god., Sudska praksa 1/84 prema kojoj bolnica, kao

Ono o čemu bi svakako trebalo voditi računa je činjenica da danas postoji sudska praksa koja uglavnom (ali i uz iznimke<sup>30</sup>) prihvaća subjektivnu odgovornost liječnika, a negira objektivnu odgovornost. Međutim, strani trendovi, za koje je za očekivati da, prije ili poslije, u ovom ili onom opsegu, dođu i do nas, idu u pravcu zagovaranja i širenja objektivne odgovornosti. Preostaje odrediti se de lege ferenda polazeći od već navedenog stava da sadašnja normativa ipak nije dobra i da bi sa aspekta pravne sigurnosti i vladavine prava trebalo uvesti preciznu normativu u kojoj će unaprijed, bez mogućnosti bilo čije (pa i sudske) samovolje, biti jasno o kakvoj se odgovornosti radi. Prema našem mišljenju, uvijek kada se radi o nečem složenijem, o značajnijoj uporabi moderne tehnike i aparature, o zahvatima koji su objektivno uvijek jako rizični (npr. totalna anestezija, svaki oblik kirurgije) rješenje treba biti objektivna odgovornost. Kada to nije tako, radilo bi se o subjektivnoj odgovornosti. Međutim, kada je nešto dvojbeno, obzirom na to da je medicina u svojoj ukupnosti jako složena i postaje svakim danom sve složenija, trebalo bi se smatrati da se radi o objektivnoj odgovornosti. Pravi problem je u tome što je jako teško odrediti se što to u medicini nije složeno i prilično opasno – je li itko odgovoran može kazati da je rutinski sistematski pregled učenika ili radnika na kojemu se ne otkrije početni oblik karcinoma nešto što ne zaslužuje objektivnu odgovornost? Slično vrijedi i za čitav niz (praktično većinu) situacija, tako da stvarno treba očekivati (ili barem dopustiti) da praktično sve medicinske usluge dođu u status objektivne odgovornosti, bilo to učinjeno u obliku nove zakonske odredbe ili pak nove sudske prakse. Ako se navedeni scenarij ostvari (a vjerojatno hoće) treba ozbiljno anticipirati posljedice takve situacije, a to je prihvatiti činjenicu da će zdravstvo za sve korisnike morati (zbog povećanih odštetnih davanja) postati skuplje. To znači da treba nalaziti rješenja kako bi se što spremnije dočekalo neizbježno. Jedna ili možda čak i jedina izgledna mogućnost u tom smislu je uporaba polica osiguranja, počevši od obveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti pa do onih dobrovoljnih. Sigurni smo da je velika štata što se to već davno nije učinilo, a što se više bude odgađalo, cijena kašnjenja će biti sve viša. Za one koji jako strahuju kako bi objektivna odgovornost značila veliku opasnost za potencijalne štetnike treba još jednom naglasiti da hrvatski model odgovornosti za štetu, koji uključuje predmnjevanu krivnju u najblažem obliku (ali koji je dovoljan za odgovornost) već sada u velikoj mjeri smanjuje razliku između objektivne i subjektivne odgovornosti. Tu razliku se može još i više smanjiti, od uporabe različitih modela osiguranja od odgovornosti koji se u našem pravu već rabe, pa do uvođenja drugih modela poznatih u stranom pravu, od kojih je možda najpoznatiji tzv. skandinavski model. Međutim, treba priznati da nije baš za očekivati i da trajno ostane sadašnji model odgovornosti poslodavca koji (barem u praksi) praktično i ne može doći do regresa koji je uvjetovan ili namjerom ili krajnjom nepažnjom. Ipak, treba pohvaliti dio rješenja koji spriječava izravno utuženje liječnika (čl. 1061. st. 2. ZOO), osim ako je štetu uzrokovao namjerno (što već i kao mogućnost treba gotovo isključiti, osim ako bi se radilo o potpuno bolesnoj osobi).

---

imatelj medicinsko-tehničkih uređaja odgovara po principu uzročnosti samo za štetu koju, uslijed opasnih svojstava uređaja, pretrpi radnik bolnice ili netko treći, dok pacijentima za čije se liječenje opasna stvar koristi, bolnica odgovara samo u slučaju kada postoji krivnja njezinih radnika odnosno ako su isti propustili provjeriti ispravnost uređaja prije upotrebe odnosno ako njime ispravno ne rukuju – vidjeti u: Sunčana Roksandić Vidlička, Davatelji zdravstvenih usluga i najčešće povrede prilikom obavljanja zdravstvene djelatnosti, u: Liječnička pogreška – medicinski i pravni aspekti, Zbornik radova sa savjetovanja, Sveučilište u Splitu – Medicinski fakultet i Pravni fakultet, Split, 2007., str. 251.

<sup>30</sup> Hrvoje Kačer, Jedna novija odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske o objektivnoj odgovornosti u medicini, Hrvatska pravna revija, broj 4 / 2008., str. 35.-40

#### 4. ZAKLJUČAK

Ukupna problematika medicinskog prava je toliko složena da su se već pojavili i prijedlozi (za sada ipak stidljivi) da se uvede Hrvatski medicinski zakonik, iako Republika Hrvatska još nema ni građanski zakonik. Neovisno o tome hoće li do toga i kada doći, već sama inicijativa pokazuje da se radi o složenim pitanjima od velikog općeg značenja. Unutar ukupne problematike, problem objektivne ili subjektivne odgovornosti ne samo da nije zanemariv, nego je i jako značajan. U ovom tekstu smo se založili za jačanje položaja oštećenike širenjem područja objektivne odgovornosti, ali i položaja štetnika uvođenjem obvezne odgovornosti od profesionalne djelatnosti i širenjem kulture dobrovoljnog osiguranja.

#### LITERATURA

- Crnić, I.: Naknada štete, Organizator, Zagreb, 1995
- Crnić, I.: Odgovornost liječnika za štetu, Organizator, Zagreb, 2009
- Crnić, I.: Zakon o obveznim odnosima - napomene, komentari, sudska praksa i prilozi, II - bitno dopunjeno i izmijenjeno izdanje, Organizator, Zagreb, 2006
- Geddes, A.: Product and Service Liability in the EEC, Sweet & Maxwell, London, 1992.
- Grbin, I.: Pretpostavke odgovornosti za štetu i odgovornost po osnovi krivnje, Zakonitost broj 9-10/87
- Janković, S.: Medicinski aspekti u: Liječnička pogreška – medicinski i pravni aspekti, Zbornik radova sa savjetovanja, Sveučilište u Splitu – Medicinski fakultet i Pravni fakultet, Split, 2007
- Kačer, H., Perkušić, A.: v: Gorenc, V. i dr.: Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRIF, Zagreb, listopad 2005
- Kačer, H.: Građanskopravna odgovornost liječnika za pogrešku, Zbornik radova znanstvenog skupa AKTUALNOSTI ZDRAVSTVENOG ZAKONODAVSTVA I PRAVNE PRAKSE, Novalja, 20.-21. Studenog 2009
- Kačer, H.: Jedna novija odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske o objektivnoj odgovornosti u medicini, Hrvatska pravna revija, broj 4 / 2008
- Klarić, P., Vedriš, M.: Građansko pravo, Narodne novine, Zagreb, kolovoz 2008
- Klarić, P.: Odgovornost zdravstvene ustanove i zdravstvenih djelatnika za štetu (Prvi dio), Hrvatska pravna revija, kolovoz 2001
- Proso, M.: Osiguranje pacijenata za pretrpljene štete u sustavu pružanja zdravstvene zaštite, Zbornik radova znanstvenog skupa AKTUALNOSTI ZDRAVSTVENOG ZAKONODAVSTVA I PRAVNE PRAKSE, Novalja, 20.-21. studenog 2009
- Sunčana Roksandić Vidlička: Davatelji zdravstvenih usluga i najčešće povrede prilikom obavljanja zdravstvene djelatnosti, u: Liječnička pogreška – medicinski i pravni aspekti, Zbornik radova sa savjetovanja, Sveučilište u Splitu – Medicinski fakultet i Pravni fakultet, Split, 2007
- Šeparović, V.: Odgovornost za štetu od opasne stvari ili opasne djelatnosti; Zakonitost broj 9-10/87
- Vizner, B.: Građansko pravo u teoriji i praksi, Vjesnik, Zagreb, 1962
- Zbornik radova sa savjetovanja, Sveučilište u Splitu – Medicinski fakultet i Pravni fakultet, Split, 2007
- Odluka Vrhovnog suda SRH Rev 1865/83 od 23.02.1984. god.,  
Vs, Rev-298/88 od 13.10.1988.PSP 43/76



# **E. KAZENSKOPRAVNI VIDIKI ZDRAVLJENJA**



Dr. Zlatko DEŽMAN, univ. dipl. pravnik  
Izredni profesor  
Pravna fakulteta Univerze v Mariboru  
Višji sodnik  
Višje sodišče Maribor

#### POVZETEK

Kazenskopravno varstvo pacientovih pravic (ZPacP) je najtesneje povezano s vprašanjem zanesljivega prepoznavanja kaznivega dejanja malomarnega zdravljenja v sodni praksi. Ugotavljanje takšnega kaznivega dejanja je namreč vezano na vrsto sistematično povezanih predpostavk, ki morajo biti izpolnjene, da je mogoče na argumentirano sprejemljiv način zatrjevati njegov obstoj. Ključni problem je namreč razlikovanje tega kaznivega dejanja od zdravniških, strokovnih napak, ki jim ni mogoče pripisati kazenskoprnega pomena. Zato zahteva metodologija njegovega ugotavljanja poznavanje njegove pojmovne zgradbe. Šele ta omogoča odgovor na vprašanje, ali ima ta zakon tudi svoj kazenskopravni vidik in kakšna razlaga jih povezuje s strukturo pojma tega kaznivega dejanja. Metodologija njegovega ugotavljanja je namreč vezana na vrsto sistematično povezanih pravnih predpostavk, ki tvorijo pomensko shemo, v okviru katere je potrebno presojati kaznivo dejanje malomarnega zdravljenja v smislu 179. člena KZ-1. Te so oprte predvsem na naslednja vprašanja: ali je domnevna strokovna napaka posledica kršitve dolžnostnega ravnanja, ali je kršitev dolžnostnega ravnanja v kazenskopravno pomembni vzročni zvezi z nastalo posledico in če je, ali so podane okoliščine, ki izključujejo protipravnost, ali je storilec ravnal v opravičljivi ali neopravičljivi dejanski zmoti in zato malomarno in s kakšno vrsto te malomarnost, ter ali je ravnal tudi v odnosu do hujše posledice malomarno, se pravi do posledice do katere pride, če pacient umre. Avtor kratko razloži tudi pomen 125. člena KZ-1.

#### KLJUČNE BESEDE

Zakon, zdravniška napaka, standard dolžnostnega ravnanja, kriteriji za presojanje kršitve dolžnostnega ravnanja, malomarno zdravljenje, struktura pojma malomarnostnega kaznivega dejanja, vzročna zveza, prepovedana posledica, protipravnost, opravičljiva in neopravičljiva dejanska zmeta, malomarnost, krivda.

#### ABSTRACT

Criminal law protection of patient's rights is most closely related to the issue of reliable identification of a criminal offence of negligent medical treatment in case law. Determination of such crimes is linked to a series of systematically related assumptions that must be met, so that one is able to assert its existence in an argumentative acceptable way. A key problem is distinguishing this criminal offence from the medical, technical errors, which could not be attributed to the importance of criminal sense. Therefore, the methodology of its assessment requires knowledge of its conceptual structure. Only this allows the answer to the question

*whether this law also has its criminal law aspects, and explains what connects them to the structure of the concept of the crime. The methodology of its assessment is linked to a series of systematically related legal assumptions that form the semantic scheme, under which it is necessary to assess criminal negligent treatment in terms of Art. 179 Penal Code-1. They are drawing mainly on the following issues: whether the alleged professional misconduct from disregard the responsibility to conduct a breach of responsibility to conduct the criminal important causal connection to the damage effect and where, or whether there are circumstances which exclude criminal liability, or the perpetrator acted justified or unjustified in fact and so carelessly, and with what type of negligence, and whether he acted in relation to the consequences of a negligent, says the consequences that occur if the patient dies. Those are precisely the issues this paper is dealing with. The author shortly explains also the meaning of Art. 125 Penal Code-1.*

#### **KEY WORDS**

*Law, medical error, standard of duty handling, criteria for judgment of duty handling, negligent healing, structure of the term negligent criminal offence, causation, forbidden consequence, unlawfulness, excusable and non-excusable mistake in fact, negligence, guilt.*

### **1. UVOD**

Zakon o varstvu pacientovih pravic (ZpacP)<sup>1</sup>, ki je vstopil v veljavo 27. 2. 2008 ureja tudi varstvo pacientov pred malomarnim zdravljenjem. To pa je uresničljivo le, če je kaznivo dejanje malomarnega zdravljenja ugotovljeno po sprejemljivih kriterijih. Področje zdravstvene dejavnosti je tvegano področje. V epicentru subtilnega odnosa pacient zdravnik preži namreč nenehna nevarnost zdravniške zmot, ki ima lahko *za oba* usodne posledice. Sodobna medicina slovi po svoji učinkovitost in naglem razvoju, vendar so njen neizogibni spremljevalec tudi medicinske napake, kot posledica strokovnih zmot. Tako na primer Nacionalna akademija znanosti ZDA ugotavlja, da gre na področju zdravstvene dejavnosti za pravo „epidemijo strokovnih zmot,“ in da so njihove posledice po obsegu primerljive s posledicami prometnih nesreč.<sup>2</sup> Zaradi zdravniških napak trpi nedoločeno število ljudi resne poškodbe, ali pa celo izgubi življenje, čeprav bi se bilo mogoče nekaterim izmed teh zmot izogniti.<sup>3</sup> Katere naj bi bile te, je treba medicinsko in pravno ovrednotiti skladno s teorijo in prakso tako po Evropi kakor tudi pri nas.<sup>4</sup> Deklaracija o malomarnosti zdravnikov namreč v

---

<sup>1</sup> Zakon o pacientovih pravicah (ZpacP), Ur. l. RS, št.15/2008 z dne 11. 2. 2008. Namen tega zakona je predvsem ta, da uredi to področje bolj sistematično, terminološko jasneje (2. člen), postopkovno manj diskriminatorno (3. in 7. člen) in v pogledu pacientove volje bolj avtonomno, še zlasti glede njegove pravice, da privolitev v medicinski poseg kadarkoli prekliče (31 člen), še zlasti pa, da se se upošteva njegova v naprej izražena volja (32. in 34. člen), ter da zagotovi pogoje za pacientovo kakovostno in varno zdravstveno oskrbo, ki naj temelji na zaupanju in spoštovanju med pacientom in zdravnikom ali drugimi zdravstvenimi delavci (1. člen). Pravno priznana večja mera pacientove avtonomnosti naj bi mu zagotovila tudi več dejanske in pravne varnosti pred premalo kakovostno zdravstveno oskrbo (11. člen), kar naj bi vplivalo na to, da bi postal odnos med pacientom in zdravnikom bolj partnerski, saj v njem naj ne bi več dominiral zdravnik. O kazenskopravnem pomenu tega zakona gl. D Korošec: Zakon o pacientovih pravicah posebej z vidika kazenskega prava, GV založba, Pravna praksa, št. 13. in njegov članek: Zakon o pacientovih pravicah - predlog v javni obravnavi, GV založba, Pravna praksa, št 10, str. od 22. Korošec ugotavlja, da zakon bistvenih sprememb na kazenskopravno področje ne prinaša.

<sup>2</sup> A. Merry and A. McCall Smith: *Errors, Medicine and Law*, Cambridge, University Press 2001, st. I. Avtorja navajata število 98 000 telesno poškodovanih in mrtvih letno.

<sup>3</sup> A. Merry and A. McCall Smith: op. kot pod 2, str 1.

<sup>4</sup> A. Dolenc: *Zdravniška napaka, Medicinsko izvedenstvo*, Univerza v Ljubljani, Medicinska fakulteta, Ljubljana 1998, stt. 18.

četrtem členu opozarja, da je potrebno "ustvariti predvsem pogoje za aktivno nasprotovanje neargumentiranim in pavšalnim obtožbam zdravnikov, ki jih širijo pretežno novinarji in odvetniki, da bi tako zavrla negativen razvoj, ki v svojem končnem stadiju ne škoduje prvenstveno prizadetemu, to je zdravstvu, ampak bolniku in državi."<sup>5</sup> Zato je potrebno jasno razlikovanje posledic, ki so nastale zaradi zdravniške malomarnosti od posledic, ki so rezultat nesrečnega naključja, ter tako poskrbeti zlasti za *pošteno in enakovredno obravnavanje tako bolnikov kot zdravnikov*.<sup>6</sup> To je sicer posebna naloga nacionalnih zdravniških združenj, ki skrbijo za standarde kakovostnega zdravljenja in ravnanja pri medicinskih posegih,<sup>7</sup> vendar zadeva to neposredno tudi kazensko pravo. Zato je prepoznavanje kazenskopravno relevantne zdravniške napake izziv za teorijo in prakso tako na medicinskem kot na pravnem področju,<sup>8</sup> kjer ustvarja svojevrsten spoznavni problem metodološke narave. Že sam izraz „zdravniška napaka“ se namreč pojavlja v različnih miselnih zvezah in sicer<sup>9</sup>: 1. kot ravnanja "contra legem artis", se pravi kršitve dolžnostnega ravnanja; 2. kot sinonim za opravičljivo strokovno zmoto; 3. za nesrečen medicinski primer oz. komplikacijo<sup>10</sup> in 4. kot napaka pri zdravljenju, ki obsega vse ukrepe zdravniškega in ostalega medicinskega osebja (strokovna napaka v širšem pomenu besede). Vendar ugotovitev, da je bila storjena takšna napaka, se pravi da je bil kršen standard dolžnostnega ravnanja, pa le indicira kaznivo dejanje malomarnega zdravljenja, kajti za njegov obstoj mora biti izpolnjena še vrsta drugih kazenskopravnih predpostavk.<sup>11</sup> Kazensko pravo namreč lahko uresničuje svoj družbeni smoter na področju zdravstvene dejavnosti le, če so njegovi kriteriji za presojanje ravnanja zdravnikov in drugih zdravstvenih delavcev dovolj precizni, da onemogočajo, da se prevali nanje breme kazenske odgovornosti, ker so v dogodek z domnevno prepovedano posledico sicer vpleteni, pa njihovo ravnanje z njenim nastankom ni v kazenskopravno relevantni vzročni zvezi. V nasprotnem se namreč lahko zgodi, da neutemeljena kazenskopravna represija izrine sodobno medicino v defenzivno držo z nič man usodnimi posledicami, kot so tiste, ki naj bi jih na svojstven način preprečevalo v skrajnem primeru tudi kazensko pravo. Zato je potrebna jasna konceptualna podlaga za razlikovanje kaznivega dejanja malomarnega zdravljenja v smislu 26. člena Kazenskega zakonika KZ-1<sup>12</sup> od drugih negativnih pojavov na področju zdravstvene dejavnosti. To velja še zlasti, ker 26. člen KZ-1 spreminja tudi zakonsko formulacijo malomarnosti kot oblike krivde. Njegova najmarkantnejša novost je predvsem ta,

---

<sup>5</sup> A. Dolenc: op. kot pod 4. pod naslovom „Načela svetovnega zdravniškega (WMA) in zdravniška napaka,“ str. 81.

<sup>6</sup> Eno od načel Svetovnega zdravniškega združenja opozarja tudi na potrebo, da se zakonsko zagotovi varnost zdravnika pred težavami, ki niso nastale zaradi njihove malomarnosti in da je zato potreben preventivni družbeni refleksi, vendar se lahko izkaže krivičnost obtožb šele po določenih postopkih, ki ovirajo očitke nestrokovnega zdravljenja zaradi malomarnosti. Gl. A. Dolenc, op. kot pod 3, str. 15.

<sup>7</sup> A. Dolenc: op. kot pod 4, str. 81.

<sup>8</sup> A. Dolenc: Uvodne misli, Zdravniška napaka, Medicinsko izvedenstvo, Univerza v Ljubljani, Medicinska fakulteta, Ljubljana 1998, str. 15.

<sup>9</sup> J. Radišić: Medicinsko pravo, Beograd 2002, str. od 157 do 165.

<sup>10</sup> V. Flis: Ali naj ima medicinska napaka pomembno mesto v obravnavanju človeških napak, Zbornik kot pod 4, str. od 145 do 153. A. Flis: Katalogizacija medicinskih napak, V. Flis: Medicinska napaka, oba članka v zborniku Medicina in pravo II, Odgovornost zdravnika, Medicinska napaka, Slovensko zdravniško društvo v Mariboru in Pravniško društvo v Mariboru, Maribor 1994, str. od 47 do 67 in od 110 do 113.

<sup>11</sup> Tako nekateri domnevajo, da je potrebno takšno napako jemati v izhodišču povsem objektivno, ker sama ne vsebuje vrednostne sodbe v pravnem pogledu, ker pomeni le to, da je zdravnik ravnal v nasprotju s predpisi. Tako npr. Radišić, gl. J. Radišić, op. kot pod 9, str. 165. Strokovne napake namreč prav v izhodišču ni mogoče obravnavati kot vrednostno nevtralne. Ta lahko postane to šele po presoji s stališča medicinske etike in deontologije.

<sup>12</sup> Kazenski zakonik (KZ-1) je pričel veljati dne 1. 11. 2008

da znatno zaostreje penalizacijo.<sup>13</sup> Takšna zaostritev kazni, ki predstavlja v seštevku kar za pet let višjo kazen od kazni po KZ, zaostreje tudi vprašanje, pod kakšnimi pravnimi predpostavkami je mogoče zatrjevati obstoj tega kaznivega dejanja, ki se lahko stori tako v zvezi s *pojasnilno dolžnostjo*,<sup>14</sup> *diagnosticiranjem*, *medicinskimi posegi*, kakor tudi v *postopkih ostale zdravstvene oskrbe*. Te predpostavke so oprte predvsem na naslednja metodološka vprašanja: 1. ali je domnevna strokovna napaka posledica kršitve dolžnostnega ravnanja; 2. ali je kršitev dolžnostnega ravnanja v kazenskopravno pomembni vzročni zvezi z nastalo posledico in če je, 3. ali so podane okoliščine, ki izključujejo protipravnost; 4. ali je storilec ravnal v opravičljivi ali neopravičljivi dejanski zmoti in zato malomarno; 5. s kakšno vrsto te malomarnosti in 6. ali je bil v odnosu malomarnosti tudi do hujše posledice. Le v takšnem kontekstu je mogoče odgovoriti na vprašanje, ali ima nemara ZPacP tudi svoj kazenskopravni vidik in na katero pojmovno področje sodijo nekateri njegovi pojmi v strukturi pojma kaznivega dejanja malomarnega zdravljenja. Zato so ti pojmi predmet tega prispevka.

## 2. NEKAJ METODOLOŠKIH IZHODIŠČ

Za razumevanje pravnih pojmov, s pomočjo katerih vstopamo v stik z kazenskopravno relevantno stvarnostjo, je potrebno poznavanje njihovega obsega in vsebine. Zato je potrebno tudi pojem kaznivega dejanja malomarnega zdravljenja razgraditi po logičnem, metodološkem principu divizije (*divisio*) na njegove podpojme, kot njegove strukturalne elemente in jim določiti njihov medsebojni logični odnos kot odnos celote in delov te celote.<sup>15</sup> Vsako racionalno spoznanje je namreč lahko le v pojmovnem spoznanju, kajti vsak premet spoznavanja določa s svojimi posebnostmi tudi metodološke značilnosti svojega proučevanja.<sup>16</sup> Vsak predmet spoznavanja določa s svojimi lastnostmi specifičen metodološki postopek, ki skozi pojme poudarja njegove bistvene značilnosti. Če je o teh pojmi in njihovem medsebojnem logičnem odnosu dosežen konsenz, dobijo ti svoj nadosebni in zato objektivni pomen.<sup>17</sup> Kot temeljna kategorija logike so pojmi nosilci smisla, zaradi katerega dobivajo pojavi, ki naj jim ustrezajo, nadosebni in zato objektivni pomen, kajti pravni pojmi so znanstveni pojmi.<sup>18</sup> Tak metodološki pristop je potreben tudi pri obravnavani temi, ker na področje ugotavljanja kaznivega dejanja ni mogoče vdirati stihijsko. Metodologija ugotavljanja

---

<sup>13</sup> Ob nespremenjeni zakonski formulaciji kaznivega dejanja malomarnega zdravljenja iz I. odstavka 190. člena prejšnjega Kazenskega zakonika (KZ), določa KZ-1 v I. odstavku 179. člena kazen zapora **do treh let**, se pravi bistveno strožjo kazni, kot jo je določal prejšnji zakon. Po I. odstavku 190. čl. KZ je bila namreč zagrožena za takšno kaznivo dejanje zdravniku in zdravstvenemu delavcu kazen zapora **le do enega leta**. Razlika v kaznih pa je sedaj toliko večja, ker jima grozi IV. odstavka 179. člena KZ-1 s kaznijo zapora **do osmih let, če pacient umre** (II. odstavek tega člena). Po določilu 129. člena KZ je bila za kaznivo dejanje povzročitve smrti iz malomarnosti, ki je bilo lahko storjeno v steku s tem kaznivim dejanjem, zagrožena namreč kazen zapora **do petih let**, torej za takšno kaznivo dejanje, za katero je po 118. členu KZ-1 zagrožena kazen zapora **od šestih mesecev do petih let**. Zaradi večjih strokovnih pomanjkljivosti pri zdravnikovem delu ali zaradi napak, lahko Zdravniška zbornica zdravniku izreče **opomin, zahteva strokovno izpopolnjevanje, mu odvzame licenco ali predlaga druge ukrepe za zagotavljanje kakovosti zdravniškega dela ministrstvu**. Gl. 59. čl. Zakona o zdravniški službi (ZZdrS, Ur. l. RS, št. 98/1999 z dne 3. 12. 1999), o notranjem nadzoru pa 76. čl. Zakona o zdravstveni dejavnosti (ZZDe, Ur. l. RS, št. 9/92 z dne 21. 2. 1992). **Ali niso lasten občutek krivde, strokovna kompromitacija, negativno javno mnenje in celo izguba službe, dovolj hude sankcije in ali je za vzdrževanje medicinske etike res potrebna grožnja s tako strogo kazenskopravno represijo?**

<sup>14</sup> M. Deisinger: Kazenski zakonik s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2002, str. 286.

<sup>15</sup> B. Sešić: Osnovi logike, Naučna knjiga, Beograd 1997, str.15.

<sup>16</sup> A. Prerenič: Nekateri ontološki problemi prava, Antropos 1-2, Ljubljana 1986, str. 157.

<sup>17</sup> E. Schneider: Logika za pravnike, Cankarjeva založba, Ljubljana 1994, str. od 35 do 96.

<sup>18</sup> B. Sešić: op kot pod 15, str.144 in 145.

kaznivega dejanja je vezana na vrsto sistematično povezanih pravnih predpostavk, ki tvorijo pomensko shemo, v okviru katere je potrebno presojati in obrazložiti tudi to kaznivo dejanje. Posamezne predpostavke namreč pojasnjujejo, zakaj so možne tako enostranske predstave o zdravniški napaki, ki naj bi jo pogojevala malomarnost in zakaj toliko različnih diskurzov in toliko različnih mnenj. Bolj kot je določen pojav kompleksen, bolj enostranske predstave vsiljuje. To pa je tudi razlog, da se pojmu zdravniške napake pristopa na področju medicine predvsem kazuisično.<sup>19</sup> Javnosti pa reagira s parcialnim pristopom po principu emocionaliziranega, laičnega, medijskega, kvazistrokovnega ali političnega diskurza.<sup>20</sup> Vsebinska utemeljenost pravne odločitve namreč zahteva prepričljive razloge o tem, kako sta bila znotraj določenega pravnega okvira določena konkretni in zakonski dejanski stan in kako se nanju navezujejo določene pravne posledice.<sup>21</sup> To ontološko dejstvo zahteva sintezo, kot odsev načina vrednotenja. Pravno odločanje je iskanje premis, oblikovanje premis in njihova uporaba za argumentirano pravno razsojanje.<sup>22</sup> Te premise so oporne točke, topična mesta (*topoi*), s pomočjo katerih se zanesljiveje premosti razdaljo med zgornjo in spodnjo premiso sodniškega silogizma in iz katerih v razpravi o obstoju kaznivega dejanja malomarnega zdravljenja izvajamo racionalne argumente. Zato si v nadaljevanju oglejmo strukturo pojma tega kaznivega dejanja.

### 3. STRUKTURA POJMA KAZNIVEGA DEJANJA MALOMARNEGA ZDRAVLJENJA

V teoriji, zakonodaji in sodni praksi ostaja dokaj pogosto prezrto, da ima malomarnostno kaznivo dejanje svoj specifičen objektivni in subjektivni dejanski stan s sorazmerno kompleksno pojmovno zgradbo, ki jo je najbolj izčrpno dognala nemška doktrina.<sup>23</sup> Tako torej malomarnost ni le oblika krivde.<sup>24</sup> Splošni pojem malomarnostnega kaznivega dejanja tvori pomensko shemo, v okviru katere je mogoče razložiti sleherno malomarnostno kaznivo dejanje.<sup>25</sup> Po tem pojmovanju sloni malomarnostno kaznivo dejanje, kot sicer vsako kaznivo dejanje, na treh temeljnih pojmi in sicer: 1. izvršitvenem dejanju kot njegovem zakonskem bistvu (*Tatbestand*); 2. protipravnosti (*Rechtswidrigkeit*) in 3. krivdi (*Schuld*). Ti pojmi pa imajo zopet lastno strukturo in medsebojni logičen odnos. Za malomarnostna, ogrožitvena in opustitvena dejanja je značilno, da predstavlja njihovo zakonsko bistvo kršitev objektivnega dolžnostnega ravnanja „oziroma nevrednega ravnanja,“ (*Handlungsunwert*), kot kršitve standarda dolžne skrbnost in previdnosti pri opravljanju kakšne tvegane, a družbeno koristne

<sup>19</sup> Gl. Zbornik, op kot pod 4 ter J. Radišić: Medicinsko pravo, Beograd 2002.

<sup>20</sup> Izkušnje kažejo, kako vztrajno je lahko prepričanje, da je bila zdravniška malomarnost vzrok za pacientovo smrt, čeprav je sodišče ugotovilo, da je zdravnica ravnala vzorno in postavila pravilno diagnozo v optimalnem času in tudi pravočasno in pravilno ukrepala. Gl. sklep Okrožnega sodišča v Mariboru Ks 284/2000 z dne 18. 10. 2000 v zvezi s sklepom Višjega sodišča v Mariboru I Kp 868/2000 z dne 20. 12. 2000.

<sup>21</sup> M. Pavčnik: Argumentacija v pravu, Cankarjeva založba, Ljubljana 1991, str. 140.

<sup>22</sup> R. Alexy: Theorien der juristischen Argumentation, Die Theorien des rationalen Diskurses als Theorien der juristischen Begründung, Nachwort (1991), Antwort auf einige Kritiker die Deutsche Bibliothek - CIP, Suhrkamp 1996, str. 39 in 40.

<sup>23</sup> B. Shünemann: Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeiten – und Gefährdungsdelikte, Juristische Arbeitsblätter, (JA 1975, StR S. 113), str. 435-444, (JA StR S 122), (JA 1975, StR S 136), str. 575-584, (JA 1975, StR S 136), str. 647-656, (JA 1975, StR S 176), str. 715-724, (JA 1975, StR S 194), str. 787-798, München 1975.

<sup>24</sup> Na to opozarjam zato, ker se ustvarja prepričanje, da je nemška zakonodaja bistveno drugačna, popolnejša od naše. V bistvu pa nemška zakonodaja malomarnosti zakonsko ne opredeljuje, temveč prepušča teoriji in sodni praksi, da določi njeno vsebino kakor tudi sam pojem malomarnostnega kaznivega dejanja. Gl. A. Dolenc: Kazenskopravna odgovornost za zdravniško napako doma in drugod, op. kot pod 4, str. 70.

<sup>25</sup> KZ-1 v 26. členu poskuša zakonodajalec opredeliti pojem malomarnost natančneje kot jo je določal 18. čl. KZ, vendar nomotehnično premalo dosledno, pa tudi premalo dorečeno.

dejavnosti, pri kateri veže storilca *garantna dolžnost*, da ohranja to tveganje v okvirih, ki jih določa tak standard. To pa pomeni, da je kazenskopravni pomen takšnega njenega ravnanja potrebno presojeti po pravilih zdravniške znanosti in stroke, se pravi po strokovnih merilih ali *standardih, kajti s stališča teh standardov se presoja kazenskopravni pomen njihovih kršitev*.<sup>26</sup>

### 3.1. ZPacP in standard dolžnostnega ravnanja

Pojem "standard", se uporablja na normativnih področjih kot so etika, deontologija in pravo, na katerih predmet vrednotenja sicer spreminja svojo konkretno vsebino, odvisno od posebnosti vsakega primera zase, vendar ostaja v svojem bistvu isti oziroma nespremenjen, osredotočen le na določen tip ravnanja. Tak standard je ravnanje zdravnika oziroma zdravstvenega delavca glede na 1. in 2. odstavku 179. člena KZ-1 zahteva po ravnanju v skladu z zdravniško znanostjo oziroma zdravstveno dejavnostjo in stroko (*Vorliegen einer objektivsortgtaltswidrigen Handlung*). ZPacP v 11. členu namreč zagotavlja pacientu na najrazličnejših področjih medicinske dejavnosti *primerno kakovostne in varne zdravstvene storitve v skladu z medicinsko doktrino*, torej *povprečno skrbno* ravnanje *lege artis*, ki ga je mogoče zahtevati od vsakega *povprečno skrbnega* zdravnika oziroma zdravstvenega delavca. To zahtevano skrbnost pa plemeniti vsak zdravstveni delavec s svojo *osebno in poklicno etiko*, h kateri ga zavezuje tudi Kodeks medicinske deontologije. V pojem tega kaznivega dejanja je namreč vgrajen pravni standard, standard kršitve dolžnostnega ravnanja (*Vorliegen einer objektivsortgtaltswidrigen Handlung*), kar pomeni, da imamo opravka z *medicinskim standardom* znotraj *kazenskopravnega standarda*, določenega s strukturo pojma malomarnega zdravljenja. Le grob eksces, kršitev medicinskega standarda dolžnostnega ravnanja namreč lahko preraste v to kaznivo dejanje, seveda če se pacientovo zdravje zaradi tega *občutno poslabša* ali če pacient zaradi tega celo umre, kajti *kazniva dejanja* so lahko le takšna ravnanja, ki imajo *svoj jasen negativni moralnoetični temelj*. Zdravnikova dolžnost, da nudi pacientu zahtevano zdravniško oskrbo je namreč večplastna, ker se v standardu dolžnostnega ravnanja tesno prepletajo etične, deontološke in pravne zahteve bolj kot na kateremkoli drugem področju družbenega življenja. Etične, strokovne in pravne dolžnosti zdravnika so v bistvu medsebojno dobesedno zlite ene v druge. V tej normativni prepletenosti prevladujejo *etična načela*, ker opredeljujejo vsebino zdravnikovih strokovnih in pravnih dolžnosti. Medicinska deontologija je hkrati medicinska etika in obratno. Vsebina etičnih norm namreč odreja obseg in vsebino tako zdravnikovim strokovnim kot pravnim dolžnostim. Prav zaradi takšne njihove medsebojne prepletenosti se doživljajo etične zahteve hkrati tudi kot pravne, čeprav terjajo tudi te jasno medsebojno razlikovanje,<sup>27</sup> ne glede na to, da je kazenskopravna presoja vezana na *medicinske standarde*, o katerih se mora najprej izjasniti medicinska stroka. Kršitev medicinskega standarda, ki sovпада s kazenskopravno relevantnimi posledicami, je le iztočnica za kazenskopravno presojo, pri kateri impresija o teži teh posledicah ne sme zamegliti zahteve, da se presoja ravnanje *ex ante* in ne s stališča *ex post*. Kdaj je tak standard kršen na kazenskopravno relevanten način in kdaj gre nemara le za naključni splet, se pravi za koincidenco, se presoja po kriterijih, ki jih prikazuje naslednja

---

<sup>26</sup> M. Pavčnik: op. kot pod 16, str. 142 in 143.

<sup>27</sup> Uresničevanje takšne zakonske zahteve po *primerni, kakovostni in varni zdravstveni oskrbi* pa naj bi zdravstveni delavci plemenitili z etičnimi in deontološkimi zahtevami, ki predstavljajo ideal poslanstva njihovega življenjsko pomembnega poklica. Gl. npr. A. Dolenc: Medicinska etika in deontologija, Dokumenti s komentarjem, Založba Tangram, Ljubljana 1993, str. od 439 do 449 in od 526 do 537.



shema, s katero je določen prav tako kazenskopравни standard malomarnostnega kaznivega dejanja.<sup>28</sup>

## I

### Izvršitveno dejanje

1. Kršitev dolžnostnega ravnanja
2. Posledica, ki ustreza pojmu prepovedane posledice (zakonskemu opisu dejanja)
3. Štiristopenjska zveza med izvršitvenim dejanjem in posledico
  - 3.1 Naravna vzročna zveza po ekvivalenčni teoriji
  - 3.2 Adekvatna vzročna zveza po teoriji adekvatne vzročnosti
- 3.3 Hipotetična vzročna zveza (teorija o prenehanju funkcije dolžnostnega ravnanja)
  - 3.4 Zahteva, da se uresniči prav tista posledica, ki naj bi jo spoštovanje dolžnostnega ravnanja preprečilo

## II.

### Protipravnost kot definitivna ocena o kazenskopravnem pomenu dejanja

#### A

#### Okoliščine, ki izključujejo protipravnost

#### III. odst. 51. člena Ustave R Slovenije

1. pojasnilna dolžnost
2. ozaveščena privolitev pacienta v medicinski poseg

#### B

#### *Posegi brez pacientovega dovoljenja - nadomestne oblike privolitve v medicinski poseg*

1. nujna medicinska pomoč - (skrajna sila 2.odst. 32. čl. KZ-1),
2. silobran-omejitev odločanja staršev (35., 36. čl. ZPacP in 22. čl. KZ-1),
3. spoštovanje vnaprej izražene volje pacienta, da se opusti določena medicinska pomoč (34. čl. ZPacP)
4. pacienti s težavami v duševnem zdravju (37. čl. ZPacP)
5. začasna nesposobnost pacienta, da odloča o sebi (38. čl. ZPacP) itd..

## III.

#### Krivda

1. prištevnost
2. dejanska zmota (30. čl. KZ-1)
  - 2.1 opravičljiva medicinska napaka (Beruffeler),
  - 2.2 neopravičljiva medicinska napaka (Verbotsirrtum) kot posledica malomarnosti( 26. čl. KZ.-1) :

---

<sup>28</sup> Na potrebo po večstopenjski analizi opozarja tudi Korošec, ki se sklicuje na Roxina. Po Roxinu je namreč tak pristop zagotovilo, da se odvrne praksa od nesistematičnega sklepanja, „slepega drezanja po pravnih pojmih“. Gl. D. Korošec: Medicinsko pravo, Cankarjeva založba, Pravna fakulteta v Ljubljani, Ljubljana 2004, str. 103 in 105. Gl. Npr. Claus Roxin: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre, München 1982.

a) zavestne malomarnosti,  
b) nezavestne malomarnosti,  
3. malomarnost kot krivda za hujšo posledico

Zato si na kratko oglejmo njihove bistvene značilnosti in njihov medsebojni odnos.

### 3.2 Izvršitveno dejanje kaznivega dejanja malomarnega zdravljenja

Pojem kaznivega dejanja temelji na pojmu izvršitvenega ravnanja. V izvršitvenem dejanju se namreč objektivizira storilčev subjektivni odnos do nastanka prepovedane posledice. Izvršitveno dejanje pri kaznivem dejanju malomarnega zdravljenja je kršitev standarda dolžnostnega ravnanja, kar indicira malomarno ravnanje. Zato zastavlja vprašanje kriterijev za ugotavljanje vzročne zveze takšnega ravnanja s posledico, (Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges), ki v svoji pojavni obliki ustreza pojmu prepovedane posledice (*Erfolgsunwerf* des tatbestandsmäßigen Erfolges). Ta je kazenskoopravno relevantna le, če jo je mogoče objektivno pripisati takšnemu ravnanju (*objektive Zurechnung*). Za vzročno zvezo pri takšnih kaznivih dejanjih je značilno, da njeno pojmovanje v naturalističnem pomenu ne zadošča. Vzročnost pri teh dejanjih je *namreč juridična konstrukcija*, ki temelji na idejnih izhodiščih štirih teorij o kazenskoopravnemu pojmovanju vzročnosti. Na področju nemške doktrine temelji na štiristopenjskem nivoju presojanja (Viestufige Zurechnungszusammenhang zwischen Handlung und Erfolg) in sicer: 1. **ekvivalenčna teorija** (Realzusammenhang nach Äquivalenztheorie), 2. **teorija o adekvatni vzročnosti** (Adäquatzusammenhang nach der Adäquananztheorie), 3. **teorija o rizični zvezi s povečanim tveganjem** (Risikoszusammenhang nach der normativen Risikoerhöhungstheorie) in 4. **teorija o hipotetični vzročnosti** (Hypotötishetzusammenhang nach Hipotötishetheorie). Na to opozorilo zato, ker se pojmuje vzročnost pri teh kaznivih dejanjih predvsem v naravoslovnem pogledu, kajti pri malomarnostnem kaznivem dejanju je vzročnost *pravna konstrukcija*. To dokazujejo tudi razprave o zdravniški napaki, ki se opirajo izključno na ekvivalenčno teorijo in teorijo adekvatne vzročnosti.<sup>29</sup> Zato se omejujem le na bistvene značilnosti teh teorij.

#### 3.2.1 Ekvivalenčna teorija

Med teorijami o vzročnosti se najpogosteje omenja ekvivalenčno teorijo, kar je razumljivo, da je ta najbližja naravnemu pojmovanju vzročnosti. Njena tvorca sta Maximiljan V. Buri in Julius Glaser. Minimalni pogoj za obstoj storitvenega kaznivega dejanja je namreč, da je ravnanje storilca v naravni vzročni zvezi s prepovedano posledico, in to ne glede na to, ali ravna ta naklepno ali malomarno. Zato so kriteriji, po katerih se presoja vzročnost po principu te teorije, zgolj naravoslovni, kajti vzročnost samo ugotavljamo po metodi izkustva in s pomočjo izvedenstva. Šele potem, ko je vzročnost v naturalističnem pomenu besede znana, lahko postane predmet kazenskoopravnega ocenjevanja. To ocenjevanje se giblje v mejah zakonskega opisa kaznivega dejanja, kajti njegova funkcija je v tem pogledu predvsem ta, da omeji vzročnost dogajanja le na ravnanje, ki ustreza opisu določenega kaznivega dejanja, iz katerega rezultira prepovedana posledica. Ta teorija se pogosto povezuje s teorijo *conditio*

---

<sup>29</sup> Gl. Zbornik, op kot pod 4, tako tudi S. Ceković, N Djurdjević in soavtorji: Medicinsko pravo, Istitut društvenih nauka, Centar za pravna istraživanja, Beograd 1998.

*sine qua non*, ki v bistvu ni teorija, temveč le teoretična formula, po kateri je ravnanje storilca v vzročni zvezi s prepovedano posledico, le če je njegovo ravnanje nujni pogoj za njen nastanek.

### 3.2.2 Teorija adekvatne vzročnosti

Za razliko od ekvivalenčne teorije, teorija o adekvatni vzročnosti *presega ontološko pojmovanje* kavzalitete in daje poudarek vrednostnemu kriteriju. Standard dolžnostnega ravnanja zahteva *primerno* kakovostno in varno zdravstveno oskrbo (11. čl. ZPacP), se pravi takšno, ki jo je, glede na konkretni primer in na ustaljeno medicinsko doktrino ter ob rednem toku dogodkov, od zdravnika mogoče običajno pričakovati. Kaznivo dejanje je namreč le takšno ravnanje, ki ima svoj *jasen negativen moralno-etični temelj*. Zato teorija adekvatne vzročne zveze poudarja, da so samo *redne, običajne in tipične vzročne zveze relevantne*, ker le iz takšnih vzročnih zvez izvirajo redne, običajne, tipične posledice, ker so samo te *predvidljive in zato odvrnljive. Samo takšne posledice je namreč mogoče preprečiti z dolžnostnim ravnanjem*. Zato se zastavlja vprašanje, na kakšen način določiti kriterije, ki določajo, kdaj je ravnanje storilca adekvatni vzrok prepovedani posledici in kakšna mora biti stopnja verjetnosti njenega nastanka. V tem pogledu je potrebno upoštevati vse okoliščine, ki so lahko objektivno vplivale na predstavo domnevnega storilca o razvoju vzročnega toka.<sup>30</sup>

### 3.2.3 Teorije rizične zveze o povečanem tveganju

Medicinsko področje je tvegano področje, saj naj bi bilo tveganje prisotno celo pri banalnih posegih. Zato ta teorija zastavlja vprašanje, ali tveganje storilca ostaja v mejah družbeno dopustnega tveganja, kajti tveganje, ki ostaja v teh mejah, izključuje protipravnost storilčevega ravnanja.

### 3.2.4 Teorije hipotetične vzročnosti

Temeljna premisa teorije o hipotetični vzročnosti je ta, da storilcu, ki je kršil dolžnostno ravnanje, ni mogoče pripisati prepovedane posledice, če se ugotovi, da bi do nje prišlo tudi v primeru, ko bi ravnal v skladu z zahtevami dolžnostnega ravnanja. Zato je za hipotetično vzročnost značilno, da vodi do *prenehanja varstvene funkcije dolžnostnega ravnanja*, kajti kazenskopravno relevantne vzročne zveze med storilčevim ravnanjem in posledico, ki sicer ustreza pojmu prepovedane posledice, ni, če se ugotovi, da le-te z dolžnostnim ravnanjem ne bi bilo mogoče preprečiti. S pomočjo te teorije torej ugotovimo *ratio legis*, zakonski smisel juridičnega pojmovanja vzročnosti pri malomarnostnih, ogrožitvenih in opustitvenih kaznivih dejanjih. S stališča te teorije je potrebno vselej pretehtati naslednja vprašanja:

1. ali je obstajala dolžnost storilca, da ravna na določen način, zato da nastanek prepovedane posledice prepreči;
2. ali bi lahko storilec glede na te okoliščine z dolžnostnim ravnanjem dejansko preprečil nastanek prepovedane posledice in

---

<sup>30</sup> A. Šelih: Pogoji in meje kazenske odgovornosti zdravstvenih delavcev, zlasti zdravnika, Pravo in medicina, uredila Ada Polajnar-Pavčnik, Dragica Wedam-Lukič, Cankarjeva založba, Ljubljana 1998, str. od 174 do 178.

3. ali je bilo v konkretnih okoliščinah sploh mogoče kaj storiti, da se takšna posledica prepreči.

V primeru, da se ugotovi, da bi do prepovedane posledice prišlo, tudi če storilcu očitane kršitve ne bi bilo, potem to pomeni, da gre za *koincidenca*, naključno časovno in prostorsko zvezo, zaradi katere se lahko prenažno *domneva obstoj* naravne in zato tudi kazenskopravno relevantne vzročne zveze z občutnim poslabšanjem pacientovega zdravstvenega stanja ali celo z njegovo smrtjo. V takšnem primeru ostaja namreč ravnanje domnevnega storilca tega kaznivega dejanja le na nivoju kršitve strokovnega standarda in zato na nivoju etične in deontološke problematike. Pomen te teorije je torej predvsem ta, da poudarja zahtevo po pravilni oceni naključnih dejavnikov in na tak način prispeva k prepoznavanju kazenskopravno relevantne vzročne zveze. Če prezremo to zahtevo, potem to pomeni, da ostaja vzročnost tudi pri *ogrožitvenih*, *opustitvenih* in *malomarnostnih* kaznivih dejanjih predvsem ontološki, naravoslovni pojem, ki potrebam po racionalnem kazenskopravnem varstvu na področju tveganih, a družbeno koristnih dejavnosti, *ne zadošča*. Prav zaradi tega spoznanja vzročnost pri teh dejanjih ni le naturalistična temveč je tudi *juridična kategorija*. S pomočjo hipotetične vzročnosti se torej ugotavlja, ali ni naravna vzročna zveza med kršitvami standarda dolžnostnega ravnanja in kazenskopravno relevantno poškodbeno posledico morda *naključna*, kajti le v nasprotnem ji je mogoče pripisati kazenskopravni pomen. Seveda ima reševanje vprašanja, ali bi dolžnostno ravnanje v določeni situaciji preprečilo nastanek prepovedane posledice, svoj smisel le s stališča ravnanja tistega, ki ga je zavezovalo. Njegovo ravnanje lahko zato primerjamo samo s tistim hipotetičnim vedenjem, ki bi predstavljalo izpolnitev dolžnostnega ravnanja.

Teorija o hipotetični vzročnosti si sorazmerno s težavo utira pot v sodno prakso, ker se zdi kot sofizem vprašanje „kaj bi bilo, če takšne kršitve ne bi bilo?“ Odgovor „isto,“ namreč izniči predhodno konstatacijo o obstoju vzročne zveze po ekvivalenčni teoriji, kakor tudi po teoriji o adekvatni vzročnosti.

### 3.3 Protipravnost

Protipravnost je definitivna ocena o kazenskopravnem pomenu dejanja, ki je podana, če ni okoliščin, ki bi jo izključevale na podlagi kakšne permissivne norme (*Nichteingreifen spezieller Rechtfertigungsgründe*). Takšne norme so tudi že omenjene določbe ZPacP, ki dopuščajo medicinske posege ob spoštovanju pacientove volje oziroma tistih, ki jo nadomeščajo, ali pa ali pa jih prepovedujejo. Te pa so navedene v shemi pod točko II A in B. Z ugotovitvijo, da je dejanje protipravno je namreč zaključen postopek presojanja objektivnih okoliščin in da se lahko nadaljuje s presojanjem krivde.

### 3.4. Krivda

**Dejanska zмотa** je **napačna predstava** storilca o vzročnem dogajanju. V dejanski zmoti je storilec, če se ob storitvi dejanja ni zavedal okoliščin, ki jih zakon določa kot znake kaznivega dejanja, ali če zmotno misli, da so podane takšne okoliščine, zaradi katerih je njegovo dejanje dopustno in zato nekaznivo. Po določilu 2. odstavka 30. člena KZ-1 namreč ni kriv, kdor stori dejanje v **dejanski zmoti**, razen če je zapadel v takšno zmoto zaradi svoje **malomarnosti** (3. odstavka 30. člena KZ-1). Razlikovanje med kazenskopravno irelevantno in relevantno

**medicinsko napako zaradi zmote** temelji na razlikovanju med neizogibno (*opravičljivo*) in izogibno (*neopravičljivo*) dejansko zmoto. Obema vrstama zmote je skupno to, da ima storilec **napačno predstavo o razvoju vzročnega toka**. Razlikujeta pa se po tem, da pri **neizogibni** zmoti storilec ni bil dolžan, da si ustvari pravilno predstavo o vzročnem dogajanju, pri **izogibni** zmoti pa bi takšno predstavo moral imeti, saj bi se takšni zmoti lahko izognil, če bi upošteval zahteve dolžnostnega ravnanja in nastanek prepovedane posledice preprečil. Takšna zmota je prepovedana zmota (*Verbotsirrtum*). Zato je takšna zmota sinonim za *malomarnost*. Ugotovitev, da je bila medicinska napaka *neizogibna* postane torej vrednostno nevtralna, s stališča spoznanja, da zdravniku ali drugemu zdravstvenemu delavcu po presoji njegovega ravnanja *ex post* s stališča *ex ante*, ni mogoče ničesar očitati niti v etičnem niti v deontološkem in zato tudi ne v pravnem pogledu. Spoznanje o takšni napaki je lahko zato le prispevek k novim izkušnjam medicinske znanosti in stroke.<sup>31</sup> Ob ugotovitvi, da ravnanje storilca ustreza pojmu kršitve dolžnostnega ravnanja, preostane sodni praksi le, da po ustaljenih kriterijih razreši vprašanje, ali je storilec ravnal z zavestno (*luxuria*) ali nezavestno malomarnostjo (*negligentia*).<sup>32</sup> Pri zavestni malomarnosti ima storilec kaznivega dejanja malomarnega zdravljenja *aktualno zavest* o možnosti nastanka prepovedane posledice. Ima sicer pravilno predstavo o možnem razvoju vzročnega toka, ker se glede na konkretne okoliščine zaveda, da se lahko ta izteče v občutno poslabšanje pacientovega zdravstvenega stanja, ali celo v njegovo smrt, vendar lahkomišelnost misli, da se to ne bo zgodilo, ali pa da bo nastanek takšne posledice preprečil. Pri nezavestni malomarnosti pa storilec takšne predstave o možnosti nastanka prepovedane posledice nima, čeprav bi jo, glede na zahteve medicinske znanosti in stroke, ter na svoje osebne lastnosti in strokovne izkušnje, moral imeti. V takšnem primeru gre torej le za njegovo *potencialno zavest* o možnosti nastanka prepovedane posledice.<sup>33</sup>

#### 4. ALI RES RAZGLAŠA 125. ČLEN KZ-1 ZDRAVLJENJE ZA KAZNIVO DEJANJE?

Med zdravniki se kot svojevrstna dilema zastavlja vprašanje, ali je zdravljenje kaznivo dejanje in to zato, ker III. odstavek 125. člena KZ-1 določa, da naklepna povzročitev hude ali posebno hude telesne poškodbe pri zdravljenju ali zdravilski dejavnosti ni protipravna, če je bila privolitev dana v obliki in ob pogojih, ki jih določa zakon.<sup>34</sup> Čeprav je s to določbo še posebej določeno, da poškodbe, ki jih zdravnik povzroči v postopku zdravljenja, niso protipravne in zato tudi ne kazniva dejanja, je takšna določba povsem nepotrebna. Nepotrebna je namreč

---

<sup>31</sup> Tudi na tem občutljivem področju namreč velja *Errare humanum est*.

<sup>32</sup> Kaznivo dejanje je namreč storjeno iz malomarnosti, če storilec ne ravna s potrebno pazljivostjo, se pravi s takšno skrbnostjo, katera bi mu glede na njegove osebne lastnosti in glede na okoliščine omogočala, kaj storiti ali opustiti, da prepovedano posledico odvrne. Takšno kaznivo je storjeno, kadar storilec lahko pričakuje prepovedano posledico, vendar vanjo ne privoli, posledica pa nato nastane, ker je iz lahkomišelnosti pravočasno ne odvrne. Storilec pa ne stori kaznivega dejanja iz malomarnosti, če kljub potrebni pazljivosti povzroči prepovedano posledico, ki je ni bilo mogoče pričakovati in tudi ne predvideti njenega odvrnanja. Na tem mestu ne razpravljamo o kriterijih za njuno razlikovanje, ker v tem kontekstu to ni bistveno. Gl. originalen zakonski tekst v določbi 26. člena KZ-1, kateri pa glede svoje ustreznosti potrebuje analizo in morebitno drugačno formulacijo, ki jo zahteva pojmovna delitev malomarnostnega kaznivega dejanja v objektivnem in subjektivnem pogledu.

<sup>33</sup> P. Novoselec: *Promene u strukturi nehatnih delikata, Naša zakonitost*, br. 2, Zagreb 1995, gl.tudi P. Novoselec: *Sloboda i krivnja u krivičnom pravu*, Osjek, 1987.

<sup>34</sup> O tem glej: dr Vojko Flis, dr. med, Jelka Reberšek Gorišek dr. med; *Nekatera huda protislovja v noveli, dotikajočih se zdravljenja*, 18. posvetovanje Medicina in pravo na temo Pacientova avtonomija v novi zakonodaji in praksi, Maribor, marec 2009, str 27.

zato, ker ne upošteva enotnosti pravnega sistema. Protipravnost zdravnikovega ravnanja je dovolj jasno izključena že s tistimi določbami Zakona o varstvu pacientovih pravic, ki podrobno določajo, kdaj se šteje, da je pacient v zdravniški poseg privolil. Zato določbe III. odstavka 125. člena KZ-1 ni mogoče razumeti drugače kot določbe, ki še enkrat poudarja izključitev protipravnosti zdravniškega posega v telesno celovitost pacienta, zaradi česar v dejanskem smislu nastane telesna poškodba, vendar brez protipravnosti. Poseg je mogoče oceniti kot kaznivo dejanje šele, če je podana protipravnost. To je tisto področje, kjer se v koliziji različnih družbenih vrednot tehta njihov pomen in medsebojni odnos. Zdravniški poseg v telesno celovitost v naturalističnem pomenu besede lahko povzroči tako hudo, kakor tudi celo posebno hudo telesno poškodbo. Če ne bi bila izključena protipravnost, je takšno ravnanje storilca kaznivo. Poškodbi, ki sta zaradi potreb zdravljenja naklepno povzročeni, v povsem naturalističnem pomenu besede ustrezata zakonskemu bistvu (*Tatbestand*) kaznivega dejanja hude oziroma posebno hude telesne poškodbe v smislu 123. in 124. člena KZ.-1. Z njuno uresničitvijo se namreč tipizira njuna protipravnost, ki pa to kljub vsemu ni, če so podani za to posebni razlogi pravne narave, ki so določeni s takšno permisivno normo, kot jo vsebuje III. odstavek 125. člena KZ-1, s katerim je izključena protipravnost njihove povzročitve ob predpostavki, da je tak zdravniški poseg v pacientovo telesno celovitost, kot ga predstavljata huda in posebno huda telesna poškodba, opravljen lege artis. Da je določbo III. odst. 125. čl. KZ-1 mogoče razumeti le tako, je razvidno tudi iz IV. odstavka tega člena. Ta namreč določa, da ostaja brez vpliva na izključitev protipravnosti dejanja iz III. odstavka 125. člena, če je poškodovanec, se pravi pacient, dano privolitev preklical. Zato se torej ob takih pogojih vprašanje protipravnosti zdravnikovega ravnanja sploh ne postavlja, kaj šele vprašanje njegove krivde. ZPacP vsebuje tudi rešitve za primere, ko je pacientovo zdravstveno stanje takšno, da privolitve ne more dati. Če zdravnik ravna v skladu z varstvom pacientovih pravic je zaščiten že na nivoju izključitve protipravnosti. Sicer pa so vse pravne predpostavke kaznivosti razvidne iz predhodnega teksta. Vprašanje, ali je zdravljenje kaznivo dejanje, torej ne zveni kot retorično vprašanje, temveč le kot sofizem.

## 5. SKLEP

Za odnos med pacientom in zdravnikom je značilno subtilno razmerje, ki ga zaradi življenjske pestrosti ni mogoče preprosto ujeti v toge okvire kazenskopravne dogmatike. Bistvo tega odnosa predstavlja na eni strani pacientovo zaupanje, da bo zdravnik storil skladno s pravili medicinske stroke vse, kar je potrebno, da se mu zdravje izboljša ali da mu celo reši življenje, na drugi strani pa pripravljenost zdravnika, da takšnim pričakovanjem zadosti in hkrati s tem tudi zahtevam svoje stroke. Prav takšno zaupanje in pričakovanje sta tisto, kar zdravnika obvezuje tako moralno in strokovno ter naposled tudi pravno. Najmočnejši *notranji varovalni mehanizem* pred strokovnimi napakami oziroma nevestnim, malomarnim zdravljenjem, je na prvem mestu *medicinska etika*. Njenega vpliva na zdravnikov vesten odnos do pacienta, *ne more nadomestiti nobena druga normativna sila* in zato verjetno tudi ne kazensko pravo. Medicinska etika pa naj bi bila celo po mnenju zdravnikov težko privzgojljiva in še težje zadržana odlika zdravnika in to toliko bolj, ker ji sodoben, stresen način življenja iz najrazličnejših razlogov ni naklonjen.<sup>35</sup> Bistvo zdravstvene dejavnosti torej ni le strokovnosti, temveč se *od zdravstvenih delavcev pričakuje humanost, zavzetost, požrtvovalnost, poklicna*

---

<sup>35</sup> I. Jakša: Širše pojmovanje zdravniške napake in njene prevencije, Zdravniška napaka, Medicinsko izvedenstvo, Univerza v Ljubljani, Medicinska fakulteta, Ljubljana 1998, str. 119.

predanost in plemenitost, se pravi osebne lastnosti, ki se jih s kazenskopravno prisilo ne da izsiliti. Poudarek na *humanosti* tega zahtevnega in odgovornega poklica pa zahteva tudi *humanost* pri presojanju njihove morebitne krivde za domnevno kaznivo dejanje malomarnega zdravljenja. Potreben je *ustrezen posluš za slabosti, ki izvirajo iz nepopolnosti človeške narave*. Tej namreč ni vselej dano, da zadosti določenim željam, pričakovanjem in zahtevam. Napaka na tem področju je že sama po sebi tragična in to toliko bolj, kolikor večje je nesorazmerje med njeno subjektivno platjo in težo njenih posledic. Zato impresija o posledicah, nastalih ob zdravljenju, na racionalno presojo ne sme imeti vpliva. Zdravstvenih delavcev, glede na delikatnost njihovega poklica, seveda ni potrebno privilegirati, temveč od njih zahtevati le tisto previdnost in skrbnost, ki je bila glede na njihova strokovna merila v konkretnem primeru objektivno potrebna in subjektivno mogoča.<sup>36</sup>

## UPORABLJENA LITERATURA

1. Alexy Robert: *Theorije der juristischen Argumentation, Die Theorien des rationalen Diskurses als Theorien der juristischen Begründung*, Nachwort (1991), Antwort auf einige Kritiker die Deutsche Bibliothek - CIP, Suhrkamp 1996;
2. Ceković Vuletić Simonida, Djurdjević Nenad in soavtorji: *Medicinsko pravo*, Istitut društvenih nauka, Centar za pravna istraživanja, Beograd 1998;
3. Deisinger Mitja: *Kazenski zakonik s komentarjem*, GV Založba, Ljubljana 2002;
4. Dolenc Anton: *Kazenskopravna odgovornost za zdravniško napako doma in drugod*, Medicinsko izvedenstvo, Univerza v Ljubljani, Medicinska fakulteta, Ljubljana 1998;
5. Dolenc Anton: *Medicinska etika in deontologija*, Dokumenti s komentarjem, Založba Tangram, Ljubljana 1993;
6. Dolenc Anton: *Načela svetovnega zdravniškega (WMA) in zdravniška napaka*, Medicinsko izvedenstvo, Univerza v Ljubljani, Medicinska fakulteta, Ljubljana 1998;
7. Dolenc Anton: *Uvodne misli, Zdravniška napaka*, Medicinsko izvedenstvo, Univerza v Ljubljani, Medicinska fakulteta, Ljubljana 1998;
8. Dolenc Anton: *Zdravniška napaka*, Medicinsko izvedenstvo, Univerza v Ljubljani, Medicinska fakulteta, Ljubljana 1998;
9. Flis Vojko: *Ali naj ima medicinska napaka pomembno mesto v obravnavanju človeških napak*, Medicinsko izvedenstvo, Univerza v Ljubljani, Medicinska fakulteta, Ljubljana 1998;
10. Flis Vojko: *Katalogizacija medicinskih napak*, Medicina in pravo II, Odgovornost zdravnika, Medicinska napaka, Slovensko zdravniško društvo v Mariboru in Pravniško društvo v Mariboru, Maribor 1994;
11. Flis Vojko: *Medicinska napaka*, Medicina in pravo II, Odgovornost zdravnika, Medicinska napaka, Slovensko zdravniško društvo v Mariboru in Pravniško društvo v Mariboru, Maribor 1994;
12. Flis Vojko, Rebršek Gorišek Jelka: *Nekatera huda protislovja v noveli, dotikajočih se zdravljenja*, 18. posvetovanje Medicina in pravo na temo Pacientova avtonomija v novi zakonodaji in praksi, Maribor, marec 2009, str 27.
13. Jakša Iztok: *Širše pojmovanje zdravniške napake in njene prevencije*, Zdravniška napaka, Medicinsko izvedenstvo, Univerza v Ljubljani, Medicinska fakulteta,

---

<sup>36</sup> J. Radišić: *Lekarske greške u svetlosti pravnih razmatranja*, Aktuelni pravni problemi u medicini, Institut društvenih nauka, Centar za pravna istraživanja, Beograd 1996, str. 185.

- Ljubljana 1998;
14. Jakulin Vid: Dejanska zmot, Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani, Ljubljana 2005, letnik IXV;
  15. Korošec Damjan: Medicinsko pravo, Cankarjeva založba, Pravna fakulteta v Ljubljani, Ljubljana 2004;
  16. Korošec Damjan: Zakon o pacientovih pravicah posebej z vidika kazenskega prava, GV založba, Pravna praksa, št. 13;
  17. Korošec Damjan: Zakon o pacientovih pravicah - predlog v javni obravnavi, GV založba, Pravna praksa, št. 10;
  18. Merry Alan and McCall Smith Alexander: Errors, Medicine and Law, Cambridge, University Press 2001;
  19. Novoselec Petar: Promene u strukturi nehatnih delikata, Naša zakonitost, br. 2, Zagreb 1995;
  20. Novoselec Petar: Sloboda i krivnja u krivičnom pravu, Osjek, 1987.
  21. Pavčnik Marjan: Argumentacija v pravu, Cankarjeva založba, Ljubljana 1991;
  22. Prerenič Anton: Nekateri ontološki problemi prava, Antropos 1-2, Ljubljana 1986;
  23. Radišić Jakov: Lekarske greške u svetlosti pravnih razmatranja, Aktuelni pravni problemi u medicini, Institut društvenih nauka, Centar za pravna istraživanja, Beograd 1996;
  24. Radišić Jakov: Medicinsko pravo, Beograd 2002;
  25. Schneider Egon: Logika za pravnike, Cankarjeva založba, Ljubljana 1994;
  26. Sešić Bogan: Osnovi logike, Naučna knjiga, Beograd 1997;
  27. Shünemann Bernd: Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit – und Gefährdungsdelikte, Juristische Arbeitsblätter, (JA 1975, StR S. 113), (JA StR S 122), (JA 1975, StR S 136), (JA 1975, StR S 136), (JA 1975, StR S 176), (JA 1975, StR S 194), München 1975;
  28. Šelih Alenka: Pogoji in meje kazenske odgovornosti zdravstvenih delavcev, zlasti zdravnika, Pravo in medicina, uredila Ada Polajnar-Pavčnik, Dragica Wedam-Luki, Cankarjeva založba, Ljubljana 1998;

#### **UPORABLJENA ZAKONODAJA**

1. Kazenski zakonik (KZ-1), Ur. l. RS, št. 55/2008 z dne 4. 6. 2008 in št. 66/2008 z dne 1. 7. 2008;
2. Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP), Ur. l. RS, št. 15/2008 z dne 11. 2. 2008;
3. Zakon o zdravstveni dejavnosti (ZZDe), Ur. l. RS, št. 9/92 z dne 21. 2. 1992;
4. Zakon o zdravniški službi (ZZdrS), Ur. l. RS, št. 98/1999 z dne 3. 12. 1999.

#### **UPORABLJENA ODLOČBA**

1. Sklep Okrožnega sodišča v Mariboru Ks 284/2000 z dne 18. 10. 2000 v zvezi s sklepom Višjega sodišča v Mariboru I Kp 868/2000 z dne 20. 12. 2000;



# ALI JE ZDRAVLJENJE JE KAZNIVO DEJANJE?

## IS HEALING CRIMINAL OFFENCE

UDK: 616:343.232(497.4)

Dr. Vojko FLIS, dr. medicine  
UKC Maribor

### POVZETEK

Avtor iz medicinskega zornega kota polemično obravnava vnos novega člena v kazenski zakonik Republike Slovenije (KZ-1). Gre za novi 125. člen KZ-1, ki po vzoru nemške zakonodaje in na temelju nemške pravne teorije medicinske posege same po sebi obravnava kot kaznivo dejanje telesne poškodbe. Avtor polemično obravnava nekatere temelje nemške pravne teorije telesnih poškodb. V izvedbeni obliki 125. člen KZ-1 odpravlja protipravnost s pridobitvijo kvalificirane privolitve, pri čemer se blanketno sklicuje na drugo zakonodajo, v tem primeru na Zakon o pacientovih pravicah in Zakon o duševnem zdravju. Avtor opozarja na protislovja v pravni ureditvi izjav volje v slednjih dveh zakonih in njihov vpliv na tolmačenje 125. člena KZ-1. Posebne težave se pojavljajo pri nujni medicinski pomoči, kjer pravna ureditev izjav volje bistveno odstopa od ureditve v Oviedski konvenciji. V zaključku avtor opozori na sorodno zakonodajo (avstrijsko), kjer je izvedbena oblika (kazenski zakonik) drugačna od slovenske, čeprav sloni na podobnih pravno teoretičnih temeljih kot nemški zgled.

### KLJUČNE BESEDE

Zdravljenje, kaznivo dejanje, medicinska pomoč, pojasnilna dolžnost, samoodločanje.

### ABSTRACT

The author is discussing the introduction of a new article in the Penal Code-1 of the Republic of Slovenia from a medical point of view. This is the new Art. 125 of the Penal Code-1, where on the model of German law and based on German legal theory, medical interventions in themselves are treated as a criminal injury. The author polemically discusses some of the foundations of German legal theory of physical injuries. Implementing a form of the Art. 125 of the Penal Code-1, it eliminates the unlawfulness after acquiring a qualified consent, with blank reference to other legislation, in this case the Patient's Rights Act and the Mental Health Act. The author points out the contradictions in the regulation of declarations of will in the latter two Acts and their impact on the interpretation of the Art. 125 of the Penal Code-1. Particular problems arise with the emergency medical service, where regulation of declarations of will significantly deviates from that of the Oviedo Convention. In conclusion, the author is drawing attention to related legislation (Austrian), where the implementation form (Penal Code) is different from the Slovenian, although it is inspired by similar legal theoretical basis as the German example.

### KEY WORDS

Healing, criminal offence, medical help, informed consent, self-determination.

## 1. UVOD

S prvim novembrom leta 2008 je stopil v veljavo nov Kazenski zakonik (KZ-1) Republike Slovenije<sup>1</sup>. Prinesel je nekatere novosti, ki so bile v javnosti predmet razprav (prepovedana tvorba živih bitij, protislovja pri kazenski obravnavi mladostnikov, ipd.). Novost, ki se dotika zdravniškega poklica in ki ostro zareže v doslej utečen odnos med zdravnikom in bolnikom, ni bila deležna posebne javne obravnave, kaj šele razprave. Celo v obdobju priprave KZ-1 so bile razprave o tem poglavju zelo borne. Morda je razumljiva odsotnost razprav znotraj pravne stroke. Ni pa razumljiva odsotnost razprave znotraj medicinskih krogov. V pričujočem prispevku bom skušal pokazati na protislovnost in spornost izpeljave omenjene spremembe in na njen škodljiv vpliv na zdravljenje. Razprava o tem členu ni možna brez poseganja na področje pravne stroke, za kar se kot zdravnik vnaprej opravičujem. Zdravnikom, ki jim je pravni jezik pri obravnavi medicine neredko tuj, se ga bo zdelo preveč, pravnikom ga bo zagotovo premalo. Slednjim se opravičujem tudi zaradi neredko poenostavljenega prikaza pravno teoretičnih pogledov na predstavljeno problematiko. Njihova podrobnejša razčlenitev bi močno presežala namene tega pisanja (na primer obravnava dihotomije v nemškem kazenskem pravu med samo bitjo kaznivega dejanja in privolitvijo, ki odpravlja protipravnost kaznivega dejanja, kar je za medicinsko kazensko pravo tega modela ključnega pomena). Iz istega razloga je omejeno tudi število citatov. V obravnavi novosti KZ-1, dotikajočih se medicine, se ni bilo mogoče izogniti vključitvi Zakona o pacientovih pravicah in Zakona o duševnem zdravju. Oba govorita o izjavah volje pri zdravljenju in sta neločljivo povezana s spremembami v KZ-1.

Morda odsotnost pravne razprave o spremembah v KZ, dotikajočih se zdravljenja, kaže na splošno soglasje pravnih strokovnjakov o tem, da je sprememba dobrodošla. Po mnenju nekaterih pravnih strokovnjakov namreč zdravnikova pravica do zdravljenja v prejšnji kazenski ureditvi ni imela jasno zastavljenih meja.<sup>2</sup> Primerjalno pravno naj bi šlo za tako resno pomanjkljivost, da jo je bilo potrebno čim prej odpraviti (ni bilo jasne kazensko pravne protipravnosti samovoljnega zdravljenja, ne znotraj inkriminacije telesnih poškodb, ne sicer).<sup>3</sup> KZ-1 je s pravno teoretičnega zornega kota to domnevno pomanjkljivost odpravil z novim 125. členom. Določba ureja izključitev kaznivega dejanja pri telesnem poškodovanju s soglasjem poškodovanca. Zaradi lažjega razumevanja kasnejše razprave člen navajam v celoti:

## 2. IZKLJUČITEV KAZNIVEGA DEJANJA PRI TELESNEM POŠKODOVANJU S SOGLASJEM POŠKODOVANCA (125. ČLEN)

*»(1) Povzročitev lahke telesne poškodbe (122. člen) ni protipravna, če je poškodovanec privolil vanjo. V tem primeru se pri mladoletni ali slabotni osebi upošteva privolitev, če jo v skladu z zakonom v skrbi za njuno zdravje da tisti, ki zastopa take osebe.*

---

<sup>1</sup> Uradni list RS, št. 55-2008 z dne 4.6.2008.

<sup>2</sup> Korošec D. Pravice zdravnikov v Sloveniji in Evropi (osebnostno pravni vidik). Zdrav Vestn 2006.

<sup>3</sup> Korošec D. Pravice zdravnikov v Sloveniji in Evropi (osebnostno pravni vidik).

*(2) Naklepna povzročitev hude (123. člen) ali posebno hude (124. člen) telesne poškodbe ni protipravna, če je poškodovanec privolil vanjo in pri tem niso bile prizadete koristi koga drugega ali ogrožena kakšna skupna pravna vrednota.*

*(3) Ne glede na prejšnji odstavek naklepna povzročitev hude ali posebno hude telesne poškodbe pri zdravljenju ali zdravilski dejavnosti ni protipravna, če je bila privolitev dana v obliki in ob pogojih, ki jih določa zakon.*

*(4) Če je poškodovanec med storitvijo kaznivega dejanja hude ali posebno hude telesne poškodbe prej dano privolitev preklical, to na izključitev protipravnosti dejanj po prejšnjem odstavku ne vpliva, v drugih primerih po drugem odstavku tega člena pa se storilec, ki začete dejanja po preklicu ni dokončal, ne kaznuje za njegov poskus oziroma se ne kaznuje za dokončano lažje dejanje, zajeto v poskusu hujšega kaznivega dejanja.«*

Člen navidezno ne daje posebnih izhodišč za morebitna protislovja ali ugovore. Govori o telesnem poškodovanju s soglasjem poškodovanca in če to prevedemo vsaj v zdravnikom nekoliko bolj razumljiv jezik, potlej govori o tem, da je zdravljenje brez bolnikove privolitve kaznivo dejanje. Protipravnost mu odvzema zakonita privolitev. Ali drugače: zdravljenje, ki s seboj prinaša elemente naklepne hude ali posebej hude telesne poškodbe, je samo zase kaznivo dejanje. Z bolnikovo privolitvijo to kaznivo dejanje ni v nasprotju z zakonom (ni protipravno). Člen sicer ne uporablja besede zdravljenje. Vendar šele razumevanje pravno teoretičnega ozadja daje ustrezna izhodišča za razumevanje omenjenega člena.<sup>4</sup> Če bi člen namreč hoteli na bolj preprosti ravni razumeti brez poznavanja pravno teoretičnega ozadja, bi morebiti domnevali, da se zelo ozko nanaša zgolj na kirurško stroko. Za kirurgijo je značilno (še posebej za klasično), da ob vstopanju v telo praviloma vsaj toliko načne telesno celovitost bolnika, da bi lahko na načelni ravni v pravnem jeziku prav vsak kirurški poseg označili vsaj kot lahko telesno poškodbo. Toda 125. člen se ne nanaša zgolj na kirurgijo.

## **2.1. Pogled v teoretično ozadje 125. člena**

Člen sloni na dogmatski tezi iz nemškega naturalističnega koncepta pojmovanja telesne poškodbe.<sup>5</sup> Po tej tezi je prav vsak poseg v telesno celovitost človeka kaznivo dejanje telesne poškodbe. Medicinska strokovnost, etika, dobrobit za bolnika, koristnost dejanja, namen ali kakršni koli drugi morebitni (tudi tehtni) pomisleki na to dogmatsko tezo nimajo prav nobenega vpliva. V praktičnem smislu je to tezo mogoče izoblikovati v člen zakona zgolj z uporabo pojma telesna poškodba. Pravo lahko namreč v svoj teoretični aparat dovolj učinkovito zajame le konkretnost in realnost človeškega telesa. V teoretičnem smislu človeka obravnava predvsem kot telesno bitje. Ostale razsežnosti človeka kot bitja je pravo zmožno na povsem koherenten način zajeti v svoj teoretični aparat le skrajnimi težavami in zgolj z velikimi napori. Morda se dober zgled za tak pravni pogled skriva v pravnem stavku, da je človek, ki telesa nima več, deležen le določenih (razumljivo zelo omejenih) oblik pravnega varstva (načelo pietete).<sup>6</sup> Ali drugače: 125. člen, ki v svoji dikciji govori o telesni poškodbi,

---

<sup>4</sup> Korošec D. Medicinsko kazensko pravo; Bošnjak M. Razvoj sodobne biomedicine in kazensko pravo. Doktorska disertacija. Univerza v Ljubljani. Pravna fakulteta 2002.

<sup>5</sup> Korošec D. Medicinsko kazensko pravo.

<sup>6</sup> Bošnjak M. Razvoj sodobne biomedicine in kazensko pravo.

razume ta pojem kot kakršno koli dokazljivo ali merljivo poseganje v telesno celovitost (zaradi zdravil, narkoze, ipd.).<sup>7</sup> Nanaša se torej na zdravljenje, ki ima merljive posledice. Slednje pa je značilno za skorajda vse postopke zdravljenja v sodobni zahodni medicini. Z vidika zdravnika pravna dogma naturalističnega koncepta telesne poškodbe na praktični ravni pomeni, da je tudi povsem uspešno in zelo učinkovito zdravljenje brez kvalificirane privolitve kaznivo dejanje. Zgolj namen (pomagati bolniku v stiski) in izvrstna izpeljava zdravljenja (*lege artis*), celo s popolno ozdravitvijo (*restitutio ad integrum*), sami po sebi ne izključujejo protipravnosti kaznivega dejanja.

Če k temu dodamo še skrajno libertaren (v pravnem pogledu) pogled na vprašanje svobode razpolaganja s telesom in življenjem, po katerem je pravno razpolaganje posameznika s svojim telesom (življenjem) povsem in brez omejitev brezmejno<sup>8</sup>, potlej pridemo do navidezno nesporne in samoumevne razlage vnosa 125. člena v KZ. Ker je tudi v kazenskem zakoniku potrebno svobodno razpolaganje s svojim telesom ustrezno zavarovati, mora kazenski zakonik vsebovati posebno inkriminacijo samovoljnega zdravljenja, v katerega so uvrščeni vsi zdravniški posegi brez veljavne privolitve.<sup>9</sup> Hkrati pa iz pravno teoretičnega zornega kota vključitev take inkriminacije ustrezno kazensko pravno varuje tudi pravico bolnika do privolitve po pojasnilu (pravice bolnikov temeljijo na načelu samoodločbe glede posegov v telesno celovitost). Z zornega kota zdravnika to pomeni, da sme v skladu z zakonom zdraviti le tiste bolnike, od katerih pridobi kvalificirano privolitve.<sup>10</sup> Kot kvalificirana privolitev se šteje privolitev, ki je skladna z Zakonom o pacientovih pravicah.<sup>11</sup>

## 2.2. Protislovja na teoretični ravni

Če odmislimo vprašanje, zakaj so morali avtorji slovenskega KZ-1 povzeti in formalno tudi zelo okorno izoblikovati togo dogmatsko normo iz nemške pravne teorije (zakaj v izvedbi niso posnemali francoskega ali avstrijskega zgleda?<sup>12</sup>), potlej se navkljub vsemu ni mogoče izogniti dejstvu, da sta obe tezi, torej teza o povsem brezmejnem razpolaganju s svojim telesom in naturalistični kazensko pravni pogled na naravo telesnih poškodb, v povezavi z medicino sporni.

Naturalistični koncept obravnave telesnih poškodb v kazenskopravni teoriji, še posebej ortodoksni nemški pristop, ima številne (vidne) nasprotnike celo v Nemčiji. Anglosaške pravne teorije o istih zagatah na tem mestu ni mogoče enakopravno obravnavati, saj se celotna slovenska (nemška) zakonodaja od nje preveč razlikuje.<sup>13</sup> V Nemčiji številni teoretiki prava skušajo ortodoksni tezi o kazensko pravni naravi vseh posegov v telesno celovitost človeka oporekati na primer z dejstvom, da je zdravljenje v veliko primerih družbeno koristno dejanje, da je v večjem deležu namenjeno obravnavi bolezni, popravi telesnih okvar in da samo zase že

---

<sup>7</sup> Majunke P. *Anaesthesie und Strafrecht*. Ferdinand Enke Verlag. Stuttgart 1988.

<sup>8</sup> Bošnjak M. Razvoj sodobne biomedicine in kazensko pravo.

<sup>9</sup> Korošec D. Pravice zdravnikov v Sloveniji in Evropi (osebnostno pravni vidik); Korošec D. Medicinsko kazensko pravo.

<sup>10</sup> Korošec D. Pravice zdravnikov v Sloveniji in Evropi (osebnostno pravni vidik).

<sup>11</sup> Korošec D. eds. *Zakon o pacientovih pravicah s komentarjem*, Založba Gospodarski vestnik. Ljubljana 2009.

<sup>12</sup> Beppel A. *Aertzliche Aufklaerung in der Rechtsprechung. Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Aertzlichen Aufklaerung in Deutschland, Oesterreich und der Schweiz*. Universitaetsverlag Goettingen 2007.

<sup>13</sup> Somerville MA. *Medical interventions and the criminal law: lawful or excusable wounding?* McGill Law Journal, 1980.

zgolj zaradi slednjega razloga ne more biti predmet inkriminacije.<sup>14</sup> Hkrati opozarjajo, da ima teza pri obravnavi kaznivih dejanjih zoper telo zelo hude, celo nerešljive zagate z opredelitvijo telesnih okvar, ki jih na primer povzročajo nekatere okužbe (zglede – okužba s HIV virusom).

Nasprotniki jim upravičeno odgovarjajo, da številni zdravniški posegi sami zase niso namenjeni zdravljenju (lepotna kirurgija, odvzem organov, ipd) in da je zdravje kot nedvoumen pojem težko opredeliti. Posledično je na teoretični ravni še težje nedvoumno opredeliti pojem zdravljenja. Zavračajo tudi pojem dobrobiti zdravljenja za bolnike (iz pravno teoretičnega zornega kota), družbeno koristnost pa zavračajo iz zornega kota varovanja avtonomije posameznika, v slovenskem prostoru pa kot ostanek razmišljanja iz nekih preteklih časov (2).<sup>15</sup>

Vendar nerešena teoretična vprašanja pri obravnavi nemškega naturalističnega koncepta telesnih poškodb in biti kaznivih dejanj upravičeno dovoljujejo vsaj vprašanje, zakaj v praktični izpeljavi (kazenski zakonik) ni mogoče poiskati pogleda, ki bi v kazensko pravnem smislu (tudi teoretičnem) lahko zaobšel težave nemškega modela, še posebej zaradi tega, ker nemška ureditev v Evropi ni edina in prav tako ne prevladujoča. Hude zagate ortodoksnega pogleda in njegovega popolnega ignoriranja medicinske znanosti z njeno etiko in filozofijo se kažejo že na povsem preprosti ravni primerjave dveh primerov: če si bo zdravnik drznil brez privolitve zdraviti poškodovanca, ki ga je telesno iznakazila poškodba (ki je zdravniku tudi odprla poti v telo) in ga bo ozdravil, potlej ni mogoče govoriti o tem, da je storil kaznivo dejanje poseganja v telesno celovitost. Telesno celovitost je zmaličila poškodba. Zdravnik je popravil posledice poškodbe, sam v telesno celovitost, ki je več ni bilo, pač ni posegal. A če si bo zdravnik brez privolitve drznil zdraviti bolnika z zlohrotnim tumorjem, bo stvar drugačna. Telesno celovitost je sicer načel tudi tumor, a zdravniku poti v telo ni odprl. Če bo zdravnik hotel tumor odstraniti, si bo moral sam napraviti vstopna vrata v telo. Ker je s tem okrnil telesno celovitost bolnika, je v skladu z nemško ortodoksno tezo storil kaznivo dejanje telesne poškodbe.

Če si ogledamo drugo tezo (v družboslovnem pogledu popolna avtonomija posameznika), potlej bi bilo pričakovati, da bodo avtorji KZ-1 z vpeljavo 125. člena tako dosledno in v sozvočju z omenjeno tezo spremenili prav vse ostale člene KZ, dotikajoče se medicine (a tudi ostalih področij življenja). A jih niso. 125. člen vnaša namreč še eno novost - to je sporazumno kaznivo dejanje, ki prav v primeru sporazuma ni sankcionirano (sporazum odpravlja protipravnost). Takih zgledov sporazumnih kaznivih dejanj je v družbi izven medicine kar nekaj, pa kazenski zakonik zanje ne zahteva kvalificirane privolitve. Najbolj očiten zgled iz športnega področja je boks. Dve odrasli osebi si v boksarskem ringu lahko (morata) naklepno zadajati zelo hude telesne poškodbe. Njuno početje ni kaznivo dejanje, kvalificirana privolitev pa v KZ za ta in podobne športe (na primer hokej) tudi ni predpisana.

Posebej trd oreh v pravno teoretičnem pogledu je iz zornega kota povedanega samomor (medicinsko so vsi primeri odhajanja iz življenja pomembni zaradi številnih in izjemno občutljivih etičnih vprašanj). Samomor sam zase ni kaznivo dejanje. Pomoč pri samomoru je. Če bi sledili tezam iz teoretičnega ozadja 125. člena, potlej je kazensko sankcioniranje pomoči pri samomoru nesmisel. V primeru sporazuma med obema vpletenima osebama (zdravnik-bolnik) namreč 125. člen uvaja uporabo instituta odprave protipravnosti pri naklepni povzročitvi hude ali posebej hude telesne poškodbe (kvalificirana privolitev po 125. členu KZ).

<sup>14</sup> Kaufmann A. eds. *Moderne Medizin und Strafrecht*, CF Mueller Juristischer Verlag, Heidelberg 1989.

<sup>15</sup> Korošec D. *Pravice zdravnikov v Sloveniji in Evropi (osebnostno pravni vidik)*.

Če je to dovoljeno v 125. členu, potlej ni razloga, da kazensko pravo inkriminira pomoč pri samomoru, kjer gre za povsem enak sporazum (huda ali posebej telesna poškodba se vedno lahko končata s smrtjo). A z medicinskega kota se stvar na tem mestu še zdaleč ne zaključí. Bolnik, ki zaradi velikih izgub krvi drsi v povsem nesmiselno smrt in odklanja transfuzijo krvi, načelno opravlja samomor. Vendar mu zdravnik s transfuzijo krvi ne sme pomagati, saj zanjo nima kvalificirane privolitve (bolnik tak postopke odklanja). To je načelno dober zgled pomoči pri samomoru z opustitvenim dejanjem, ki pa ni sankcionirana, saj se v takem primeru hitro uporabi bolnikova pravica do samoodločbe. V čem pa je, ob podpori teze o popolni avtonomiji posameznika, ta samoodločba drugačna od samoodločbe pri "klasičnem" samomoru? A očitno je v takih primerih pogled na samomor drugačen kot pri "klasičnem" samomoru. Ta pogled se v Sloveniji odraža v posebnem strokovnem in družbenem odnosu do samomora.<sup>16</sup> S tem kajpak ni prav nič narobe. Toda ko v pravno argumentacijo vnesemo družbeni odnos in posebno družbeno skrb za posameznika, se teza o popolni avtonomiji posameznika sesuje. Ali drugače: šele sedaj se je povsem upravičeno vprašati, kakšna je družbena korist od vpeljave nemške dogmatske opredelitve zdravljenja kot kaznivega dejanja v KZ RS?

Toda na stvar lahko pogledamo tudi iz drugega zornega kota: bolnik, ki želi storiti samomor, se lahko z zdravnikom dogovori za poseg, ki bo poleg posebej hude telesne poškodbe pomenil še smrt. V slednjem miselnem konstrukt nam skozi široko odprta vrata dodatno vstopi še evtanazija. Kot končna posledica je sicer v KZ inkriminirana (umor). A jo bo kot tako težko prepoznati, saj se bo dogodila znotraj veljavnih zakonskih predpisov. Tokrat skozi odprta vrata 125. člena KZ-1.

Teza o popolni avtonomiji posameznika se končno povsem sesuje vase ob vprašanju nalezljivih bolezni. Medtem ko 125. člen dogmatsko togo zagovarja absolutistični pogled na popolno avtonomijo posameznika in v svoji teoriji zdravljenje kot družbeno koristno početje zavrača z opominjanjem na posledice nekih minulih časov<sup>17</sup> (3), se v 177. členu KZ-1 teoretični pristop obrne na glavo. 177. člen govori o prenašanju nalezljivih bolezni in o prisilnih ukrepih zoper avtonomijo posameznika. Člen v svojem prvem odstavku namreč pravi, da kdor se ne ravna po predpisih ali odredbah, s katerimi pristojni organ odredi pregled, razkuženje, izločitev bolnikov ali kakšne druge ukrepe za zatiranje ali preprečevanje nalezljivih bolezni pri ljudeh in s tem povzroči, da se nalezljiva bolezen razširi, se kaznuje z denarno kaznijo ali zaporom do enega leta. Gre za eklatanten in grob poseg v avtonomijo posameznika. A vključitev tega člena v KZ-1 se opravičuje prav z družbeno skrbjo ali celo zaskrbljenostjo zaradi javne morale.<sup>18</sup> Pravna stroka skuša zadrego ob tako očitnih zgledih vlečenja različno obarvanih zajcev iz klobuka neobstoječih koherentnih teoretičnih temeljev zakriti z novo tezo, tokrat tezo o različnem tehtanju pravnih dobrin.<sup>19</sup> Iz teoretično pravnega zornega kota je taka rokohitrska menjava tez prav malo podobna resnemu znanstvenemu diskurzu. Tehtanje različnih pravnih dobrin je namreč inherentno povsem arbitrarno in eklektično početje, odvisno od številnih družbenih vplivov, razmerij moči v družbi, številnih drugih družbenih mehanizmov in socioloških teorij, da o filozofiji in njenih različnih šolah niti ne govorimo. Tudi

---

<sup>16</sup> Korošec D. Medicinsko kazensko pravo.

<sup>17</sup> Korošec D. Medicinsko kazensko pravo.

<sup>18</sup> Korošec D. Medicinsko kazensko pravo.

<sup>19</sup> Samostojna kazenskopravna zaščita bolnikove pravice do samoodločanja je v Nemčiji – nekaterim prizadevanjem navkljub – še vedno želja pravne politike; o različnem tehtanju pravnih dobrin glej tudi Selinšek L. Kazensko pravo. Založba Gospodarski vestnik. Ljubljana 2007.

s tem ni prav nič narobe. A ob takem stanju stvari je vsaj presenetljivo neomajno vztrajanje na stališču, da je nemška dogmatska in ekstremno ortodoksna teza o naravi kaznivih dejanj zoper telesno celovitost tako izvrstna in dodelana, da o drugih teoretskih konceptih ni smiselno niti razpravljati.

In končno ob 125. členu KZ-1 še vedno ostaja ter vztraja 178. člen, ki govori o opustitvi zdravstvene pomoči. Ta člen inkriminira tisto, kar 125. člen odpravlja!? Člen pravi, da se zdravnik ali drug zdravstveni delavec, ki v nasprotju s svojo poklicno dolžnostjo ne pomaga bolniku ali komu drugemu, ki je v nevarnosti za življenje, kaznuje z zaporom do enega leta. V 125. členu je govora o popolni avtonomiji osebnosti in o absolutni pravici do samoodločanja (ko gre za zdravljenje). V 125. členu tako ni več prav nobenega mesta, niti za molekulo tiskarskega črnila ga ni, za kakršno koli zdravnikovo dolžnostno ali prisilno poklicno ravnanje. Zdravnik lahko vendar v skladu s tem členom svoje znanje in pravila stroke zakonito uporabi šele po pridobitvi kvalificirane privolitve!

### 2.3. Zagate z izjavami volje

Nekateri pravni strokovnjaki so mnenja, da opredelitev zdravljenja, sloneča na nemških pravno teoretičnih dogmatskih tezah in udejanjena v 125. členu KZ, ne poslabšuje pravnega položaja zdravnika v družbi.<sup>20</sup> Taka dikcija daje slutiti, da je bil člen vpeljan zaradi zdravnikov! Toda ali si je mogoče zaradi animoznosti do neke poklicne skupine v zakonskem tekstu, kot je Kazenski zakonik, dovoliti ogrožanja celotnega prebivalstva? Člen namreč poslabšuje dejanski položaj bolnikov.

Če namenoma odrinemo načrtovano zdravljenje, kjer je kvalificirano privolitev načelno mogoče pridobiti na zakonsko veljaven način (a tudi tam se pojavljajo številne zagate, izhajajoče iz 125. člena KZ-1), ob stran, še vedno ostaja vprašanje nujne medicinske pomoči. Snovalci KZ-1 se s tem vprašanjem niso ukvarjali pretirano poglobljeno. V 125. členu KZ-1 govorijo namreč o privolitvi, dobljeni v obliki in ob pogojih, ki jih določa zakon. V mislih imajo privolitev, kot jo določa Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP). Kazenski zakonik se na tem mestu torej blanketno sklicuje na neko drugo zakonsko normo.

V ZPacP pa se je (ne)namerno zapisalo, da je mogoče posege nujne medicinske pomoči opraviti brez bolnikove privolitve le v primerih, ko bolnik ni zmožen odločanja o sebi ali ko ni zmožen izraziti svoje volje (28. člen ZPacP). S tako dikcijo ZPacP bistveno odstopa od Oviedske konvencije<sup>21</sup>, ki je krovni evropski dokument, ko gre za etično in pravno obravnavo občutljivih medicinskih vprašanj.

Oviedska konvencija v svojem 8. členu nujna stanja obravnava takole:

Kadar zaradi nujnega stanja ni mogoče dobiti ustrezne privolitve, se sme takoj opraviti vsak medicinsko potreben poseg v korist zdravja posameznika, ki ga to zadeva.

---

<sup>20</sup> Korošec D. Medicinsko kazensko pravo.

<sup>21</sup> Konvencija Sveta Evrope o varovanju človekovih pravic in dostojanstva človeškega bitja v zvezi z uporabo biologije in medicine (Oviedska konvencija). <http://www.kme-nmec.si>.

Razlike med 28. členom ZPacP in 8. členom Oviedske konvencije niso zgolj teoretične, minorne ali besedotvorne. Oviedska konvencija se je pri nujnih medicinskih stanjih izognila opisu ali opredelitvi bolnikove zmožnosti odločanja ali presojanja. Kar je povsem razumljivo in je bilo storjeno po dolgih in tehtnih razpravah. Pri nujnih medicinskih stanjih gre za dogodke, ki potekajo v hudi časovni stiski, kjer je v pravnem pomenu pravo voljo prizadetih bolnikov težko ugotavljati in kjer bi postavljanje vrednot ortodoksno normativnega prava pred vrednoto varovanja življenja pomenilo, da številni bolniki tega prava v vsej njegovi globini in širini najbrž ne bodo več potrebovali. Človek, ki telesa nima več, je pač deležen le določenih oblik pravnega varstva (načelo pietete).

Slovenski ZPacP v povezavi s 125. členom KZ očitno stvari vidi drugače. Nujno medicinsko pomoč je možno nuditi le bolnikom (zbolelim zaradi telesnih bolezni), ki niso zmožni odločanja in bolnikom, ki niso zmožni izraziti svoje volje.

Značilen zgled za bolnika, ki ni zmožen odločanja, je v komentarju k ZPacP nezavesten bolnik. Vendar na postaje nujne medicinske pomoči ali na urgentne centre pripeljejo le manjši delež nezavestnih bolnikov. Vsi ostali, ki so pri zavesti, so iz strogo pravnega zornega kota zmožni izraziti svojo voljo. Prava ne zanima, ali je ta volja prava. Volja obstaja, kakršna koli pač že je in ker je tam, je torej potrebno od bolnika najprej pridobiti kvalificirano privolitev in šele potlej pričeti z zdravljenjem. Če si zdravnik ne pridobi kvalificirane privolitve, opravlja kaznivo dejanje. Če mora ob tem opraviti še nujen poseg, ki nemara zahteva odpiranje ene izmed velikih telesnih votlin (na primer prsnega koša), gre najmanj za kaznivo dejanje naklepne povzročitve hude telesne poškodbe. Za nujno medicinsko pomoč in posledično za bolnike je tako gledanje blago rečeno katastrofalno in hudo škodljivo.

Podoben zgled je bolnik, ki zaradi obilne krvavitve drsi v hemoragični šok. Tak bolnik je lahko do zadnjega pri zavesti. Vsako odlašanje z ustreznim zdravljenjem je zanj usodno. Toda dokler je pri zavesti, je zmožen izražati voljo in je od njega v skladu z 28. členom ZPacP in grožnjo 125. člena KZ potrebno pridobiti kvalificirano privolitev. Po opisu in komentarju k ZPacP, ki razlaga, kaj vse mora biti storjeno (po obliki, vsebini in obsegu), da zdravnik pridobi zakonito (kvalificirano) privolitev<sup>22</sup>), je mogoče sklepati, da bo za ta proces zelo uren zdravnik porabil vsaj trideset minut. Po preteku tega časa se bo najbrž moral s svojci pogovarjati o podpisu drugih pravnih listin. A jih ne bo podpisoval bolnik. Podpisnik bo zdravnik. Domnevati je mogoče, da bo med njimi tudi mrliški list. Zgled je resničen in ni miselni konstrukt. Na enem izmed sodišč v RS še vedno teče obravnava zoper zdravnike, ki so zdravili bolnika, ki je zaradi obilne krvavitve iz zgornjih prebavil drsel v ireverzibilni hemoragični šok. Večkratne endoskopske sklerozacije krvaveče želodčne razjede niso bile uspešne. Bolnik je bil urgentno operiran in je preživel. Njegov odvetnik pred sodiščem vztraja na trditvi, da bolnik v kirurški poseg ni privolil na zakonit način. Zdravniki niso čakali, da bi bolnik padel v nezavest (da bi bil torej nezmožen izražati svojo voljo). Ker so ga operirali, ko je še bil pri zavesti, bolnikov odvetnik vztraja pri stališču, da je bil zmožen izražati svojo voljo. Dejstvo, da je bila morebiti zaradi hemoragičnega šoka motena, ga iz pravno teoretičnega zornega kota ne zanima.

Tudi naslednji primer je resničen. Bolnica je zaradi astmatičnega napada zdrsnila v hudo dihalno stisko. Ekipa nujne medicinske pomoči je takoj prihitela na kraj dogodka. Zdravnik iz

---

<sup>22</sup> Korošec D. eds. Zakon o pacientovih pravicah s komentarjem, Založba Gospodarski vestnik, Ljubljana 2009.



ekipe je kolegici pojasnil, da jo bo moral intubirati. Verbalno in neverbalno je odločno ter povsem jasno izrazila svojo voljo in poseg odklonila. Zdravnik iz ekipe nujne medicinske pomoči jo je zaradi resnosti njenega stanja kljub temu intubiral. Ko si je kasneje opomogla, se mu je osebno zahvalila, da ji je rešil življenje. Povedala mu je, da v trenutku dihalne stiske ni bila zmožna jasno razmišljati in da so bili njeni odzivi zaradi pomanjkanja zraka znak neznosne duševne stiske in panike. V skladu z 28. členom ZPacP in 125. členom KZ bi jo zdravnik moral pustiti umreti. Njene navzven izražene zmotne in napačne volje si namreč ne bi smel razlagati s patofiziološkimi dogajanjem v telesu (tudi pomanjkanje kisika vpliva na zmožnost racionalne presoje), temveč bi jo moral v skladu z ortodoksnimi pravnimi pogledi upoštevati in bolnico prepustiti ozkim pravnim normam in končnemu stanju človeka brez telesa.

Našteli bi lahko še številne podobne primere. A oba opisana primera dovolj zgovorno kažeta na absurdnost veljavne zakonske ureditve in poleg vsega še na grotesknost hkratnega obstoja 125. in 178. člena KZ-1.

Nezmožnost koherentne enakopravne kazensko pravne (a tudi civilno pravne) teoretične obravnave bolnikov končno kaže tudi nov Zakon od duševnem zdravju (Uradni list RS, št.77/2008). Na tem mestu je zanimiv zgolj tisti del, ki se ukvarja z nujno medicinsko pomočjo duševnim bolnikom in izjavami volje (te so v tej povezavi pomembne zaradi blanketnega sklicevanja KZ na pridobivanja kvalificirane privolitve). Primerjava z ZPacP in 125. členom KZ je zanimiva zgolj zaradi tega, ker kaže, kako pravo v svoji izvedbeni obliki razume filozofski dualizem telesa in duha. Zakon o duševnem zdravju namreč omogoča zdravljenje in hospitalizacijo na zaprtem oddelku tudi brez privolitve bolnika. Sprejem na zdravljenje brez privolitve je v primeru nujnih stanj v psihiatriji možen pred sklepom sodišča v vseh primerih, kadar je zaradi narave duševne bolezni to nujno potrebno. Ta pravno teoretični dualizem je dovolj poveden: pri zdravljenju telesnih bolezni je praviloma vsak slehernik, ki ni v nezavesti; zmožen izraziti svojo voljo in dolžan dati kvalificirano privolitev, pri zdravljenju duševnih bolezni pa se a priori vsakemu bolniku, ki ima hudo duševno bolezen (in se slučajno znajde v očeh drugih kot kandidat, ustrezajoč členom Zakona o duševnem zdravju), zakonsko odreka zmožnost izjavljanja volje. Ali drugače: ko gre za vprašanja človeškega telesa (le z njim lahko pravna teorija nekaj resnega počne), se mu je pri nujnih medicinskih primerih pravo pripravljeno odreči (telo lahko tudi umre) na račun ugotavljanja bolnikove izražene volje. Ko gre pa za resnično pomembno vprašanje stanja volje (duševni bolnik), te volje ni potrebno ne ugotavljati in ne upoštevati (možen in dovoljen je povsem zakonit in grob poseg (kazensko pravno indiferenten) v telesno avtonomijo bolnika - zdravljenje in odvzem prostosti brez privolitve ali celo ob bolnikovem nasprotovanju.

Morda je videti ukvarjanje s pacientovo voljo pretirano, vendar ne smemo pozabiti, da nemški pravni model obravnave medicinskega kazenskega prava v celoti pade ali obstoji prav na tem vprašanju, ki ga obe stroki razumljivo vidita povsem različno. Kvalificirana privolitev je po nemškem modelu *conditio sine qua non* za odpravo protipravnosti kaznivega dejanja zdravljenja! Zanj pa je potrebno ustrezno stanje volje (zdravljenje je sporazumno kaznivo dejanje – sporazum mu jemlje protipravnost). Prav obravnava izjav volje in njihovo različno razumevanje (medicinski in pravni pogled sta pri tem vprašanju tako različna, da bolj ne bi mogla biti) je ena izmed najšibkejših točk nemškega pravnega modela medicinskega kazenskega prava. A tudi nasploh je obravnava izjav volje ena izmed najšibkejših točk

teoretičnega prava. Kot smo že omenili, pravo teoretično mnogo lažje shaja s človekovim telesom kot z njegovim duhom, voljo ali razumom.<sup>23</sup>

Ali gre drugače?

Primerjava s pravnimi ureditvami vseh evropskih držav se na tem mestu ne zdi povsem primerna. Za to obstaja več razlogov. Viden slovenski teoretik kazenskega prava opisuje (2), da še ni srečal pravnika, ki bi suvereno (primerjalno) obvladal medicinsko kazensko pravo vsaj desetih evropskih držav. Domnevati je torej mogoče, da so pravne ureditve tega področja sila različne. A če so tako različne, se utemeljeno zastavi vprašanje, zakaj tudi Slovenija ne more imeti svoje ureditve? Kajpak ne zaradi tega, da bi pač imeli še eno različno ureditev, temveč zaradi tega, da bi našli sprejemljivo rešitev, ki bi se ustrezno odzvala na vse zagate, znane iz ostalih ureditev. Hkrati ta različnost seveda zelo nazorno kaže, da je mogoče stvari urediti drugače. Isti avtor (2) ponuja odgovor: Slovenija povzema nemški model, ker slednji slovi kot najbolj dodelan. Če bi torej želeli opraviti primerjalno analizo z ostalimi pravnimi ureditvami (zakaj denimo Slovenija ne povzema francoske?), bi se srečali s skorajda aksiomatskim očitkom, da Slovenija absolutno ne zmore brez slovečega nemškega modela. O aksiomih pa ni preproste razprave. A če Slovenija na tem področju resnično ne zmore ustrezno delovati brez nemškega modela, se takoj zastavi vprašanje, ali obstaja pravna ureditev, sloneča na nemškem modelu, ki to področje ureja drugače. Obstaja, v naši soseščini. Avstrijska zakonodaja skorajda v vseh podrobnostih sledi nemškemu teoretičnemu konceptu kazensko pravne obravnave telesnih poškodb, vendar se v izvedbi (kazenski zakonik) zaveda šibkosti tega modela in ima v kazenskem zakoniku odredbe, ki upoštevajo vsaj zagate, dotikajoče se nujne medicinske pomoči, ali primerov, ko iz različnih utemeljenih razlogov ni mogoče pridobiti kvalificirane privolitve za medicinski poseg.<sup>24</sup>

V 110. členu avstrijskega kazenskega zakonika zakonodajalec obravnava samovoljno zdravljenje (zdravljenje brez pridobljene kvalificirane privolitve).<sup>25</sup> V prvem odstavku tega člena je navedena zagrožena kazen za primere popolnoma nedvoumnega samovoljnega zdravljenja (takega primera v Avstriji še niso obravnavali, kajti v vsakem civilnem pravu so dovoljene vse oblike izražanja volje in odsotnost obličnosti privolitve – kvalificirana privolitev – še ne pomeni, da privolitve ni bilo.<sup>26</sup> Za tak primer avstrijski zakonodajalec predvideva zaporno kazen šestih mesecev ali denarno kazen v višini 360 dnevni zaslužkov. V drugem odstavku zakonodajalec pojasnjuje, da je v primerih, ko privolitve ni bilo mogoče pridobiti in

---

<sup>23</sup> Seveda gre za temeljno vprašanje, ali *lege artis* izpeljan medicinski poseg oziroma zdravljenje, storjeno brez veljavne privolitve bolnika oziroma njegovega pooblaščenca, pomeni zgolj nespoštovanje pravice o samoodločanju ali pa gre za dejanje telesne poškodbe. Odgovor na to vprašanje namreč odgovori tudi na vprašanje, kaj naj se takem primeru kaznuje: naj se kaznuje nespoštovanje volje ali naj se kaznuje storjena telesna poškodba? V avstrijskem kazenskem in civilnem pravu so prevladujoča mnenja o tem vprašanju diametralno nasprotna. Avstrijski zglede je naveden z razlogom. Gre za zakonodajo, ki v izvedbi kazenskega zakonika odstopa od nemškega zglede; glej tudi Bernat E. Zdravnikova pojasnjevalna dolžnost – prikaz avstrijskega prava. V: Flis V, Gorišek J., Ivanjko Š., Planinšec V. eds. Medicina in pravo III. Slovensko zdravniško in pravniško društvo v Mariboru, Maribor 1995.

<sup>24</sup> Bepel A. Aertzliche Aufklaerung in der Rechtspechung. Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Aertzlichen Aufklaerung in Deutschland, Oesterreich und der Schweiz. Universitaetsverlag Goettingen 2007.

<sup>25</sup> Bepel A..

<sup>26</sup> V avstrijskem pravnem redu velja načelo, da operacije, ki jih zdravnik izvede medicinsko upravičeno in *lege artis*, same po sebi ne izpolnjujejo kriterijev naklepne telesne poškodbe (83. člen StGB-Strafgesetzbuch, avstrijski kazenski zakonik). Po novem slovenskem 125. členu KZ ja prav nasprotno: medicinsko upravičeni in *lege artis* opravljeni zdravniški posegi sami po sebi izpolnjujejo kriterije za naklepno telesno poškodbo.

ko bi zaradi odlaganja medicinskega posega lahko bilo resno ogroženo življenje bolnika, zdravnik kazensko odgovoren (po prvem odstavku tega člena) le takrat, ko dejansko ni šlo za nujen poseg in ko se je zdravnik ob polnem upoštevanju vse strokovne skrbnosti tega zavedal.

Če to primerjamo s 125. členom KZ-1 RS je razlika očitna.<sup>27</sup> Slovenskega zakonodajalca (piscev kazenskega zakonika) posebnosti medicine kot vede, stroke ali znanstvenega področja z izjemno razvito, dodelano in svetovno slovečo etično in filozofsko mislijo ne zanimajo. Prav tako ga ne zanima vpliv zakonodaje na bolnike. Zdravljenje je v slovenski kazenski zakonodaji obravnavano kot običajno kaznivo dejanje zoper telo, kjer se kazen odmerja po stopnji telesne poškodbe. Po odpiranju prsnega koša brez kvalificirane privolitve je za to dejanje (vsaj huda telesna poškodba) zagrožena zaporna kazen na primer do petih let (lahko je tudi višja). Srž razlike se kajpak ne nahaja zgolj v višini zagrožene kazni, temveč v povsem jasno razvidnem drugačnem izhodiščnem obravnavanju medicine v avstrijski kazenski zakonodaji.

### 3. ZAKLJUČEK

Iz dosegljive slovenske pravne literature ni razvidno, zakaj je bilo potrebno 125. člen s točno takim besedotvorjem vključiti v KZ. V tej literaturi<sup>28</sup> je mogoče zaznati animoznost do zdravniškega poklica ali povedano drugače – željo pravne politike po prav takem členu. Morda bi se ob tem lahko pomislilo tudi na širše učinke take zakonske ureditve - 125. člen namreč ogroža bolnike. Za gašenje vsaj enega izmed vogalov te goreče hiše bi bilo smiselno spremeniti vsaj dikcijo Zakona o pacientovih pravicah v delu, ki govori o nujni medicinski pomoči in jo nadomestiti z ustrežno dikcijo Oviedske konvencije. Smiselna bi bila kajpak tudi sprememba celotnega 125. člena KZ-1. Ko smo to vprašanje načeli na enem izmed srečanj med zdravniki in pravniki, je bilo slišati pomirjujoče besede, da naj vendarle računamo na razumnega in modrega sodnika. Veliko bolje bi kajpak bilo računati na razumnega in modrega zakonodajalca. Slednjega očitno ni. In ker se vsak račun brez krčmarja izide z zelo nepredvidljivimi posledicami, je tudi nemogoče napovedati, kako bo 125. člen KZ-1 dodatno vplival na odnose med zdravniki in bolniki takrat, ko se bodo po novem členu KZ-1 pričeli prvi kazenski procesi zoper zdravnike. Saj ni potrebno, da bo zdravnik obsojen. Dovolj bosta javno ožigosanje med samim procesom, da je kriminalce in preblisk spoznanja, da je zdravljenje kot tako v Sloveniji v svojem bistvu kaznivo dejanje. Ta očitek ne izvira iz užaljenosti neke poklicne skupine (zdravnikov). Dotika se med ostalim tudi perečega vprašanja ureditve izvensodnih poravnav v odškodninskih primerih, kjer je poslabšanja bolnikovega stanja posledica spornih razlogov (tudi domnevnih zdravniških napak). Prav to področje bi v Sloveniji potrebovalo sodobnejšo ureditev. Dvomljivo je, ali jo bomo ob vnosu 125. člena dočakali v razumnem

---

<sup>27</sup> Tudi avstrijski pravni teoretiki ne sprejemajo brez pomislekov mnenja avstrijskega pravnega uka, ki dopušča, da lahko *lege artis* in medicinsko upravičeni zdravnikovi posegi pomenijo zgolj kršitev pravice do samoodločanja (glej 12, str. 104). Na drugi strani pa so mnenja, po katerih se šele s z bolnikovo privolitvijo odstrani stanje telesne poškodbe, v smislu pomena kaznivega dejanja in nezakonnosti, privedla do dejanskega prevzema tolmačenj nemškega prava in tako tudi do rabe 83. člena StGB (naklepna telesna poškodba). Tega pa avstrijski zakonodajalec zaradi samostojne penalizacije kršitev pravic o samoodločanju bolnika vendarle ni hotel, zato 110. člen StGB (StGB - Strafgesetzbuch, avstrijski kazenski zakonik, glej tudi 12, str. 104-105).

<sup>28</sup> Korošec D. Pravice zdravnikov v Sloveniji in Evropi (osebno pravni vidik); Korošec D. Medicinsko kazensko pravo; Kazenski zakonik: KZ-1 in KZ-UPB1. (Bele I, Deisinger M, Jakulin V – avtorji dodatnega besedila), Založba Gospodarski vestnik, Ljubljana 2008.

času. Že sedaj pa je mogoče brez pretirane jasnovidnosti trditi, da bo iskanje kvalificirane privolitve za vsako ceno (v izogib kazenskemu pregonu) škodljivo vplivalo na običajne procese ugotavljanja in zdravljenja bolezni predvsem na področju nujne medicinske pomoči.

## LITERATURA

1. Uradni list RS, št. 55-2008 z dne 4.6.2008
2. Korošec D. Pravice zdravnikov v Sloveniji in Evropi (osebnostno pravni vidik), Zdravniški vestnik, 2006;75:645-61.
3. Korošec D. Medicinsko kazensko pravo. Pravna fakulteta in Cankarjeva zložba, 2004.
4. Bošnjak M. Razvoj sodobne biomedicine in kazensko pravo, Doktorska disertacija. Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, 2002.
5. Majunke P. Anaesthesie und Strafrecht, Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart 1988.
6. Korošec D eds. Zakon o pacientovih pravicah s komentarjem, Založba Gospodarski vestnik. Ljubljana 2009.
7. Beppel A. Aertzliche Aufklaerung in der Rechtspechung, Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Aertzlichen Aufklaerung in Deutschland, Oesterreich und der Schweiz, Universitaetsverlag Goettingen, 2007.
8. Somerville MA, Medical interventions and the criminal law: lawful or excusable wounding? McGill Law Journal, 1980;26:82-96.
9. Kaufmann A. eds. Moderne Medizin und Strafrecht, CF Mueller Juristischer Verlag, Heidelberg 1989.
10. Selinšek L., Kazensko pravo, Založba Gospodarski vestnik, Ljubljana, 2007.
11. Konvencija Sveta Evrope o varovanju človekovih pravic in dostojanstva človeškega bitja v zvezi z uporabo biologije in medicine (Oviedska konvencija), <http://www.kme-nmec.si>
12. Bernat E. ,Zdravnikova pojasnjevalna dolžnost – prikaz avstrijskega prava, v: Flis V, Gorišek J., Ivanjko Š., Planinšec V. eds. Medicina in pravo III. Slovensko zdravniško in pravniško društvo v Mariboru. Maribor 1995.
13. Kazenski zakonik: KZ-1 in KZ-UPB1. (Bele I., Deisinger M., Jakulin V. – avtorji dodatnega besedila), Založba Gospodarski vestnik, Ljubljana 2008.

**KAZENSKA ODGOVORNOST IN INFORMIRANA PRIVOLITEV:  
ALI JE ZDRAVLJENJE RES KAZNIVO DEJANJE?**

**CRIMINAL LIABILITY AND INFORMED CONSENT:  
IS MEDICAL INTERVENTION REALLY CRIMINAL OFFENCE?**

UDK: 616.343.232(497.4)

Peter GOLOB, univ. dipl. pravnik

*[...naklepna povzročitev hude ali posebno hude telesne poškodbe pri zdravljenju ali zdravilski dejavnosti ni protipravna, če je bila **privolitev** dana v obliki in ob pogojih, ki jih določa zakon.]*

**POVZETEK**

Avtor si v izhodišču zastavlja vprašanje, ali kazenskopravna analiza dejanj z namenom zdravljenja - po novem (125. člen Kazenskega zakonika)- mora, lahko, ali sploh sme upoštevati namen zdravljenja pri izključevanju kaznivosti teh dejanj? Pri tem se izrecno omejuje samo na dejanja, ki so popolnoma lege artis. Gre torej za vprašanje samostojne vrednosti zdravljenja oziroma zdravja mimo ali celo nasproti volji zdravljenega. Ob tem si zastavlja še vprašanje, kako privolitev oškodovanca vpliva na kaznivost dejanj z namenom zdravljenja in kje so pasti privolitve pacienta, ali specifično slovenske pasti privolitve pacienta, v zdravljenje s stališča zdravnika in za bolnika. V odgovoru skuša razčlenjevati tezo ali je zdravljenje po novem kaznivo dejanje?

**KLJUČNE BESEDE**

Zdravljenje, privolitev pacienta, kaznivo dejanje, protipravnost.

**ABSTRACT**

At the outset the author discuss the question whether a criminal law analysis of actions intending to heal - newly (Art. 125 of the Penal Code) – must, can or even are allowed to consider the purpose of treatment to exclude the criminality of the actions. Therefore the question is the autonomous value of the treatment or health beyond or even against the will of the treated. Further question is how the consent of the impaired affects the criminality of the actions with the intention to heal and where the traps of the patient's consent are, or specifically what are the Slovenian traps of patient's consent to treatment, from the view of the physician and the patient. Searching the response, the paper tries to analyze the thesis whether the treatment under the new legislation is a criminal offence.

**KEY WORDS**

Healing, patient's consent, criminal offence, unlawfulness.

## 1. UVOD

Novi Kazenski zakonik (KZ-1)<sup>1</sup> prinaša vsaj dve za zdravnika pomembni spremembi. KZ-1 je jasno določil, da nekatera dejanja niso protipravna, če vanje privoli oškodovanec in z dejanjem niso bile prizadete koristi koga drugega ali ogrožena kakšna skupna pravna vrednota.<sup>2</sup> S tem je bila v Sloveniji uzakonjena delitev kazenskopravnih dobrin na splošne in nerazpoložljive ter osebne in (omejeno) razpoložljive.<sup>3</sup> Tako po KZ-1 o protipravnosti telesne poškodbe - s tem da v povzročitev telesne poškodbe privoli ali ne - odloča oškodovanec s svojo subjektivno presojo poškodovanja te kazenskopravne dobrine. Poleg tega je KZ-1 izrecno opredelil, da je tudi povzročitev telesne poškodbe v okviru zdravljenja protipravna, če ni pokrita z veljavno privolitvijo.<sup>4</sup> Ob takšni zakonski ureditvi si lahko zastavimo vsaj dve vprašanji. Prvo je vprašanje odnosa kazenskega prava do dejanj z namenom zdravljenja. Ali kazenskopravna analiza dejanj z namenom zdravljenja - po novem - mora, lahko, ali sploh sme upoštevati namen zdravljenja pri izključevanju kaznivosti teh dejanj? Pri tem se omejujem predvsem na dejanja, ki so popolnoma lege artis. Gre torej za vprašanje samostojne vrednosti zdravljenja oziroma zdravja mimo ali celo nasproti volji zdravljenega. Drugo vprašanje že deloma ponuja odgovor na prvo in se glasi, kako privolitev oškodovanca vpliva na kaznivost dejanj z namenom zdravljenja in kje so pasti privolitve pacienta, ali specifično slovenske pasti privolitve pacienta, v zdravljenje s stališča zdravnika in za bolnika. Tema dvema bi lahko dodali še mobilizacijsko vprašanje: ali je torej zdravljenje po novem kaznivo dejanje?

## 2. O PROTIPRAVNOSTI

Ob sprejemanju Kazenskega zakonika (KZ-1) so potekale strokovne<sup>5</sup> in splošne razprave, ki so zajemale tako posebni kot splošni del zakonika. Splošni del kazenskega zakonika je duša materialnega kazenskega prava, podlaga za analizo dejanj, storilcev in njihovega odnosa do dejanj ter za odmero kazni za vsa kazniva dejanja. Slovensko kazensko pravo pozna tridelnost splošnega pojma kaznivega dejanja.<sup>6</sup> Da je dejanje kaznivo, mora izpolnjevati tri elemente kaznivega dejanja. Dejanje je kaznivo, če izpolnjuje bit kaznivega dejanja, je protipravno in obstaja kazenska odgovornost storilca. Izpolnjevanje biti kaznivega dejanja je v večini primerov jasno. Življenjska zgodba se mora pokrivati z opisom dejanja v posebnem delu kazenskega zakonika. Protipravnost in kazenska odgovornost sta instituta splošnega dela kazenskega zakonika. Za potrebe tega prispevka se bom omejil le na protipravnost, saj ta vzbuja največ vznemirjenja pri razumevanju položaja zdravnika v zvezi s splošnim kaznivim dejanjem<sup>7</sup> povzročitve telesne poškodbe po KZ-1. **Protipravnost** je očitek ravnanju, ki

---

<sup>1</sup> KZ-1 Ur.l. RS 5/2008 in KZ-1A Ur.l. RS 93/2009

<sup>2</sup> 125. člen KZ-1

<sup>3</sup> Več o splošnih in osebnih ter razpoložljivih in nerazpoložljivih kazenskopravnih dobrinah v Korošec D. 2004 predvsem str. 52 - 74

<sup>4</sup> 3. odstavek 125. člena KZ-1

<sup>5</sup> Kritika načina spreminjanja kazenske zakonodaje z (ne)argumentom primerjalnega prava je dobro podana v članku Ambrož M.

<sup>6</sup> Takšen teoretični pristop je identičen nemškemu. Nova ureditev izključitve protipravnosti kaznivega dejanja pa je res še korak bolj v smer »zoprne« nemške sistematičnosti. Ob tem morda bolj kot nemška sistematičnost moti slovenska usmerjenost na zdravniško napako kot primarno kaznivo dejanje (nemški model) in ne na zdravniško napako kot primarno odškodninsko kategorijo (anlo-ameriški model).

<sup>7</sup> Poleg splošnih kaznivih dejanj, ki jih lahko stori kdorkoli, poznamo tudi posebna kazniva dejanja, ki jih lahko storijo le določene osebe (npr. kaznivo dejanje malomarnega zdravljenja lahko stori le zdravnik ali drug zdravstveni delavec).

objektivno nasprotuje pravni normi, da nasprotuje tudi pravu kot sistemu norm in vrednot v celoti in je zato zavržno. V vseh primerih, ko je protipravnost izključena, o kaznivosti dejanja ne moremo govoriti, čeprav dejanje ustreza biti kaznivega dejanja, torej opisu dejanja v posebnem delu kazenskega zakonika. Vsa v posebnem delu veljavnega kazenskega zakonika izrecno naštetá in opisana in samo ta dejanja so kazniva in nosijo s seboj apriorno protipravnost. V določenih okoliščinah ali zaradi pogojev in vedno izjemoma, je protipravnost lahko izključena in s tem dejanje ni kaznivo.

Pogled v stari Kazenski zakonik (KZ)<sup>8</sup> pokaže, da je dejanje povzročitve telesne poškodbe kaznivo. Odsotnost določila o izključitvi protipravnosti povzročitve telesne poškodbe s privolitvijo, kot ga pozna 125. člen KZ-1, bi vodila v sklep, da je vsaka povzročitev telesne poškodbe pred KZ-1 končala na sodišču. Zakaj torej državna tožilka ni preganjala boksarja, ki je nasprotniku povzročil telesno poškodbo? Oškodovanec v kazenskem pravu ne more razpolagati z bitjo kaznivega dejanja, je pa še pred uveljavitvijo KZ-1 v kazenskopravni teoriji (ne pa zapisano v kazenskem zakoniku) veljalo, da v omejenem obsegu in le določena ravnanja niso kazniva zaradi izključenosti protipravnosti.<sup>9</sup> Lahko bi rekli, da sta boksarja z registracijo pri boksarski zvezi in s prijavo na boksarsko tekmovanje pristala na telesno poškodovanje v skladu s pravili igre v boks. Tega za povzročitev enakih poškodb zunaj ringa in med naključnima dvobojevalcema pred diskoteko ne moremo reči. Zato so ti dvoboji končali vsaj na mizi državne tožilke.<sup>10</sup> KZ-1 je jasno določil, da je prav *privolitev* tista, ki bo - po izrecni volji oškodovanca in zaradi izključenosti protipravnosti - pri kaznivem dejanju povzročitve telesne poškodbe odvrnila državno tožilko od pregona domnevnega povzročitelja kaznivega dejanja. Dosedanje tožilsko »toleriranje«<sup>11</sup> dejanj, ki so izpolnjevala bit kaznivega dejanja in so implicirala privolitev oškodovanca, je postalo, vsaj za kaznivo dejanje povzročitve telesne poškodbe, s KZ-1 jasna norma. Tudi za pretepače pred diskoteko.<sup>11</sup>

Problem - se zdi - nastopi, ker slovenska kazenskopravna teorija pred KZ-1 za izključevanja kaznivosti telesnih poškodb v medicini ni opravičevala s privolitvijo pacienta, ampak z družbeno koristnostjo medicinskih posegov<sup>12</sup>, vsaj tistih z namenom zdravljenja. Družbena koristnost ne govori kot privolitev o razpolaganju pacienta z neko osebno kazenskopravno dobrino, ampak o razpolaganju družbe v celoti ali v našem primeru določene družbene/poklicne skupine, s kazenskopravno dobrino. Ta trditev je upravičena, saj v kontekstu družbene koristnosti o kaznivosti ravnanja odloča le (ne)skladnost ravnanja s pravili stroke, pravila pa določa stroka sama. Takšna ureditev zanika osebno vrednost kazenskopravne dobrine (npr. telesne celovitosti) ali vsaj podreja njeno osebno vrednost neki splošni vrednosti. Nekaznivost ene vrste ravnanj zato, ker storilec pripada določeni družbeni/poklicni skupini in/ali ker ima/naj bi imel rezultat njegovega ravnanja nek širši

---

<sup>8</sup> Kazenski zakonik (KZ) Ur.l. RS 63/1994, 70/1994, 23/1999, 40/2004, 495/2004-UPB1

<sup>9</sup> O izključitvi protipravnosti pred KZ-1 in sicer ločeno o privolitvi, samopoškodbi in poškodbi v športu (čeprav se zdi, da gre za isto vprašanje - namreč privolitev) v Bavcon L. in Šelih A. str. 201-3

<sup>10</sup> Točnosti na ljubo: nekatera dejanja niso bila odkrita, za nekatera pa je tožilec menil, da niso družbeno nevarna in jih ni preganjal.

<sup>11</sup> Primer je anekdotičen in ne pomeni, da s svojim vedenjem pretepača nista kršila kakšne druge norme npr. s področja javnega reda ali da dejanje samo ne pomeni takšnega razpolaganja, ki ni dovoljeno, ker prizadene koristi koga drugega ali ogroža kakšno skupno pravno vrednoto.

<sup>12</sup> Tudi v tem primeru utemeljeno zgolj v teoriji kazenskega prava in ne tudi zapisano v splošnem delu KZ. Glej Bavcon L. in Šelih A. str. 203-4

družbeni pomen, spominja na raskolnikansko paradigmo<sup>13</sup>, ki lahko hitro postane past, če izključitev kaznivosti ni zapisana tudi v zakonu. Ne glede na to, ali imamo zdravstvene posege za same po sebi družbeno koristne ali ne, verjetno ni sporno, da imajo določena ravnanja v medicini za posledico telesne poškodbe in tudi ne, da te poškodbe pacienti sprejemajo. Zdravniki praviloma vemo, zakaj bi pacienti morali takšne poškodbe sprejemati. Bolj je vprašljivo zakaj pacienti te poškodbe sprejemajo. Ne verjamem, da je v večini primerov moč trditi, da pacienti sprejemajo telesne poškodbe v procesu zdravljenja kot koristne za družbo, torej kot nekaj družbeno koristnega. Verjamem, da jih praviloma sprejemajo zato, ker jih imajo za sebi koristne, ali manjše zlo zanje osebno in ne za družbo. Še manj je verjetno, da se posameznik čuti dolžnega podvreči zdravstvenemu posegu zato, da bi koristil družbi. Na nek način družba celo predvideva, da takšnega čuta ni, saj z zakonom določa pogoje, kdaj je prisilno pridržanje zaradi zdravstvenih razlogov ali celo prisilno zdravljenje dopustno.<sup>14</sup> Izrecno ravnanje proti volji pacienta je sicer korak dlje v smeri stran od avtonomnega odločanja pacienta<sup>15</sup>, kot je ravnanje brez znanega mnenja pacienta. Obema pa je skupno neupoštevanje pogleda pacienta na stanje stvari. Pogled pacienta je namreč v bistvu drugačen kot pogled s strani. Prvi pozna le pacientovo (svojo) največjo korist, medtem ko drugi ponuja pacientovo največjo *zdravstveno* korist kot njegovo (in družbeno) največjo korist. Med njima je pomembna vsebinska razlika. Pacientova največja *zdravstvena* korist se oblikuje izven pacienta, je objektivno ugotovljiva, kot znanstveno medicinsko dejstvo. Znanstveno v smislu metodološke gotovosti, ki omogoča preverjanje in oceno pravilnosti sklepanja. Pacientova največja korist, pa se oblikuje v pacientu samem in je ugotovljiva samo na podlagi pacientove izjave, je metodološko nejasna, nepreverljiva in subjektivna. Drugače povedano, gre za razliko med tem, da zdravnik že ve, kaj je za pacienta najboljše in tem, da pacient že ve kaj je zanj najboljše. To, da zdravnik že ve kaj je za pacienta najboljše, ta izrazi s tem, da predstavi možnosti zdravljenja. To, da pacient že ve kaj je zanj najboljše, pa ta izrazi s privolitvijo ali zavrnitvijo zdravljenja.

### 3. O PRIVOLITVI

Pri privolitvi pacient – v našem primeru oškodovanec zaradi telesne poškodbe - sam izključi protipravno dejanje tako, da izjavi, da bo dejanje zanj sprejemljivo, da torej vanj privoli. Pomembno je, da privoli veljavno. **Privolitev** je v splošnem veljavna, če je zagotovljena sposobnost, voljnost in zavestnost privolitve. Glede na KZ-1 pa privolitev v telesno poškodbo ni veljavna, če prizadene koristi koga drugega ali ogroža kakšno skupno pravno vrednoto (t.i. omejena razpoložljivost osebne kazenskopravne dobrine).<sup>16</sup> Veljavnost privolitve je zagotovilo naslovljencem, da je bila privolitev podana na način, da jo je moč sprejeti kot objektivno dano (sicer subjektivno sprejeto). Privolitev je enostranska izjava volje in voljnost ali izjava na strani

---

<sup>13</sup> Raskolnikov v Zločinu in kazni F.M. Dostojevskega zastavi tezo, v kateri je določenim, dovoljeno storiti naklepno kaznivo dejanje zoper določene druge zaradi specifičnih značilnosti storilcev in žrtev. V razpravi skozi alter ego pa razvije tezo, da so naklepna kazniva dejanja lahko dopustna, če imajo družbeno korist. Na koncu se mu ta logika ne izide.

<sup>14</sup> Npr. v Zakonu o nalezljivih boleznih (ZNB-UPB1) Ur.l. RS 33/2006) in Zakonu o duševnem zdravju (ZDZdr) Ur.l. RS 77/2008.

<sup>15</sup> Avtonomija pacienta je v Sloveniji ustavnopravno varovana. Glej tudi Korošec D. 2009, str. 51-2

<sup>16</sup> Vsaj zaradi tega je koncepcija, po kateri bi nekdo privolil v hudo telesno poškodbo z namenom, da se ta konča s smrtjo, protipravna.



naslovljenca ne vplivata na njen obstoj ali veljavnost.<sup>17</sup> Privolitev enostransko in ne v sporazumu z naslovljencem privolitve odpravlja protipravnost kaznivega dejanja telesne poškodbe po KZ-1.

Po tretjem odstavku 125. člena KZ-1 hude telesne poškodbe pri zdravljenju, ne glede na drugi odstavek istega člena niso protipravne<sup>18</sup>, če je privolitev dana v *obliki in ob pogojih*, ki jih določa zakon. KZ-1 se za oceno veljavnosti privolitve (izpolnjevanja oblike in pogojev) ozira na določila izven zakonika.<sup>19</sup> Z uporabo blanketne norme KZ-1 sprejema možnost razvoja pojma privolitve v medicinskem pravu, čeprav na račun načela zakonitosti v kazenskem pravu. Privolitev je bila v Sloveniji na novo ekstenzivno urejena z Zakonom o pacientovih pravicah (ZPacP).<sup>20</sup> Poleg ZPacP v Sloveniji to področje urejata še Zakon o duševnem zdravju in Oviedska konvencija.<sup>21</sup> Oviedski konvenciji gre posebno mesto, saj ni samo nek tehten, premišljen ... mednarodni dokument, po katerem bi se bilo lepo zgledovati, je mednarodni »zakon« - torej konvencija – in kot taka pogodbenice veže. V Sloveniji je bila uveljavljena še pred ZPacP in ZDZdr.<sup>22</sup> Oviedska konvencija – s celim naslovom Konvencija o varstvu človekovih pravic in dostojanstva človeškega bitja v zvezi z uporabo biologije in medicine (Konvencija o človekovih pravicah v zvezi z biomedicino) - ni bila sprejeta zato, ker bi pogodbenice razumele biomedicino kot družbeno koristnega pospeševalca človekovih pravic, ampak zato, ker v biomedicini vidijo možnega kršitelja človekovih pravic.<sup>23</sup> V svojem jedru zavrača primat višjega cilja, npr. družbene koristnosti medicinskega poizkusa, nad voljo potencialnega oškodovanca. Namenjena je razvijanju in utrjevanju človekovih pravic pri uporabi biomedicine in hkrati ohranja občutek za biomedicinsko stvarnost.

Osreden predpis, ki v Sloveniji ureja vprašanje privolitve v medicinski poseg je ZPacP. ZPacP pozna več vrst privolitve, tako po obličnostnih zahtevah kot po upravičencih. Ko govorimo o privolitvi imamo praviloma v mislih pisno **osebno privolitev** v elektiven zdravstveni poseg s povečanim tveganjem (pregovorno v operacijo). Če za tovrstne posege privolitev ni več posebnost in ZPacP uveljavlja primerjalno-pravno primeren način varstva avtonomije pacienta v procesu zdravljenja, je vprašanje privolitve za nujne medicinske posege bolj problematično. Okoliščine v primerih, ko je potrebna nujna medicinska pomoč, praviloma onemogočajo zagotavljanje formalizmov zahtevanih za veljavnost privolitve, zato poznamo posebne ureditve v zvezi s privolitvijo v teh primerih. Za nujno medicinsko pomoč ZPacP določa, da se, če pacient ni sposoben odločanja o sebi ali ni zmožen izraziti svoje volje, nujna medicinska

---

<sup>17</sup> Tu se izogibam vprašanju bistvene zmote pacienta pri razpolaganju s kazenskopravno dobrino in vlogi zdravnika pri tem.

<sup>18</sup> Verjetno gre za pomen: [... niso protipravne *le*, ...]. Takšen pomislek naj mi bo dovoljen, saj se je zakonodajalcu (že spet) na več mestih zareklo kot npr., da se kaznuje, kdor komu vzame življenje, ko pa je jasno, da se kaznuje le kdor drugemu vzame življenje, saj samomor ni kazniv.

<sup>19</sup> Korošec D. 2008, str. 59

<sup>20</sup> Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP) Ur.l. RS 15/2008

<sup>21</sup> Zakon o ratifikaciji Konvencije o varstvu človekovih pravic in dostojanstva človeškega bitja v zvezi z uporabo biologije in medicine (Konvencija o človekovih pravicah v zvezi z biomedicino) in Dodatnega protokola o prepovedi kloniranja človeških bitij h Konvenciji o varstvu človekovih pravic in dostojanstva človeškega bitja v zvezi z uporabo biologije in medicine (MVCPB) Ur.l. RS-MP, št. 17/1997

<sup>22</sup> Na podlagi 8. člena Ustave Republike Slovenije (Ur. l. RS 33/1991, 42/1997, 66/2000, 24/2003, 69/2004 in 68/2006) se pri nas ratificirane mednarodne pogodbe uporablja neposredno, drugi akti pa morajo biti z njimi in Ustavo usklajeni.

<sup>23</sup> Glej preambulo k Oviedski konvenciji.

pomoč opravi brez *njegove* privolitve<sup>24</sup>. Gre za vsebinsko prazno določilo. Če pacient ni sposoben odločanja o sebi ali ni zmožen izraziti svoje volje, seveda ne more dati veljavne privolitve ali zavrnitve ne za programske in ne za nujne medicinske posege. Za osebe, ki niso sposobne odločanja o sebi ali niso zmožne izraziti svoje volje, privolitev v ali zavrnitev posega podajo nadomestni privolitelji ali zdravstveni pooblaščenec. **Nadomestna privolitev** je druga vrsta privolitve po ZPacP. Nadomestni privolitelji ne morejo zavrniti nujne medicinske pomoči.<sup>25</sup> To ne pomeni, da v razumnih okoliščinah nadomestnega privolitelja ali zdravstvenega pooblaščenca ni potrebno vprašati za privolitev na način, da bo ta lahko veljavna. Ker pa v večini nujnih primerov ni mogoče izpolniti pogojev, po katerih bi lahko bodisi pacient sam ali pa nadomestni privolitelj veljavno privolil (vprašljiva je vsaj možnost ustrezno izvesti pojasnilo), je potrebno – v odsotnosti uporabnega določila ZPacP – poseči po Ovijski konvenciji. Ta v 8. členu določa, da se, kadar zaradi nujnega stanja ni mogoče dobiti ustrezne<sup>26</sup> privolitve, sme takoj opraviti vsak medicinsko potreben poseg v korist posameznika, ki ga to zadeva. Nujno medicinsko pomoč je ob določenih pogojih torej možno zakonito opraviti tudi brez privolitve.<sup>27</sup>

Kje torej tiči privolitvena past? Privolitvena past tiči pri pacientih, ki po medicinskih kriterijih potrebujejo nujno medicinsko pomoč ali poseg, so sposobni odločati o sebi in izraziti svojo voljo ter v poseg ne privolijo ali ga celo izrecno odklanjajo. Tako imenovana negativna pravica do zdravstvenega varstva je v Sloveniji človekova pravica<sup>28</sup>, pacienta pa je v zdravljenje moč prisiliti le na podlagi zakona<sup>29</sup>. Kaj je s privolitveno sposobnostjo pacienta, ki potrebuje nujno medicinsko pomoč, je težavno vprašanje. Za potrebe te razprave domnevam, da pacient privolitveno sposobnost ohrani, tudi ko potrebuje nujno medicinsko pomoč<sup>30</sup>, saj bi v nasprotnem primeru bili ponovno pri vprašanjih iz prejšnjega odstavka. Kaj se potem zgodi, ko zaradi slabšanja zdravstvenega stanja pacient, ki je poseg odklonil, izgubi sposobnost odločanja o sebi ali sposobnost izraziti svojo voljo? Upoštevanje ZPacP lahko za odklonitve nujne medicinske pomoči odgovorimo le, da če gre za okoliščine, ki jih zajema pravica do upoštevanja vnaprej izražene volje, potem je ukrepanje jasno. Ravnanje mora biti skladno z določili o vnaprej izraženi volji. V odsotnosti drugih določil ZPacP vezanih na privolitev/zavrnitev v primeru nujne medicinske pomoči se zdi, da se lahko obrnemo na 8. člen Ovijske konvencije. Vendar Ovijska konvencija ne govori o odklonitvi nujne medicinske pomoči, temveč o okoliščinah, ko zaradi nujnega stanja ustrezne privolitve/zavrnitve sploh ni moč pridobiti. S tem trčimo ob meje privolitvene teorije v slovenskem prostoru pa tudi širše in se pravna analiza vprašanja nevarno prelija v moralno. Zdrs v interpretaciji je neizbežen, zato bom na tem mestu namerno pragmatičen in ne analitičen. Osebnostna celovitost zajema tudi pravice v zvezi z razumevanjem teka svojega življenja, kar do neke mere potrjuje tudi kazensko pravo, ki ne pozna kaznivosti poskusa samomora. Vseeno pa sem mnenja, da trenutna zakonodaja ne dopušča koncepcije, po kateri bi zdravnik pacienta, ki je sposoben odklonil nujno medicinsko pomoč, kasneje pa mu zaradi

---

<sup>24</sup> 28. člen ZPacP, poudarek P.G.

<sup>25</sup> 36. člen, 8. odstavek 37. člena in 3. odstavek 38. člena ZPacP

<sup>26</sup> Od ustreznega upravičenca in na ustrezen način.

<sup>27</sup> Gre dejansko za opravljanje nujne medicinske pomoči v skladu s pacientovo domnevano voljo. Glej Korošec D. 2004, str. 152-65

<sup>28</sup> 3. odstavek 51. člena Ustave RS

<sup>29</sup> Na podlagi Zakona o nalezljivih boleznih (ZNB-UPB1Ur.l. RS 33/2006) in Zakona o duševnem zdravju.

<sup>30</sup> Verjetno je res prav nasprotno, kot je to dobro prikazano v Flis V. str. 34-5

poslabšanja grozi smrt, pustil umreti. Še vedno bo za zdravnika imperativ rešiti življenje.<sup>31</sup> Pa četudi za ceno telesne poškodbe in mimo privolitve. Še toliko bolj, ker v nasprotnem zdravniku grozi bistveno verjetnejša ovadba za kaznivo dejanje opustitve zdravstvene pomoči.<sup>32</sup> In čeprav na prvi pogled neživljenjsko togo, tudi kazensko pravo pozna zdrav razum. V kazenskem pravu namreč privolitev ni edina okoliščina, ki izključuje kaznivost. Ko gre za kolizijo dveh pravnih vrednot, v kazenskem pravu za manjše zlo lahko najdemo opravičilo v institutu skrajne sile.<sup>33</sup> V skrajni sili – poenostavljeno – storiti manjše zlo, da bi se preprečilo večje nezakrivljeno zlo, ni kaznivo. Institut skrajne sile implicira kolizijo dveh kazenskopravnih dobrin, v našem primeru življenja in telesne ali osebnostne nedotakljivosti. Seveda bo sodišče pri tem tehtalo - tehtanje je imanentno odločanju v sodstvu<sup>34</sup> - med relativno vrednostjo poškodovanih ali ogroženih kazenskopravnih dobrin. Rezultat tehtanja je vedno negotov. Pri tem nam je lahko v uteho, da je po KZ-1 življenje večja dobrina kot telesna celovitost.

#### 4. SKLEPNO

Očitno je, da se za zdravnika v Sloveniji pravno okolje spreminja. V **Sloveniji je z novim kazenskim zakonikom pacient (p)ostal gospodar svojega telesa, tudi ko gre za posege vanj v zdravstvene namene, pa če to hoče ali ne.** Koliko gre pri takšni ureditvi za lovljenje izostalih (libertarnih) standardov v razmerju pacient-zdravnik in koliko zgolj za urejevalno obsesivnost zakonodajalca, ki želi urediti več in boljše kot je dobro, je drug predmet razprave. Namen zdravljenja, pa tudi zdravje samo, ob povzročitvi telesne poškodbe z namenom zdravljenja nimata nobene lastne kazensko-pravne vrednosti, dokler pacient (lahko) tako hoče. Vsekakor pa glede na predpise in ob deontološko ustrezno odmerjenem pristopu k bolniku tudi v Sloveniji zdravljenje samo po sebi še ni kaznivo dejanje.

#### LITERATURA

1. Kazenski zakonik (KZ-1) Ur.l. RS 5/2008, 93/2009
2. Korošec D. Medicinsko kazensko pravo. Pravna fakulteta in Cankarjeva založba, Ljubljana, 2004
3. Ambrož M. Spremembe slovenske materialne kazenske zakonodaje in argument primerjalnega prava. Podjetje in delo 2008 Letn. 34, št. 6/7: 1420-26
4. Kazenski zakonik uradno prečiščeno besedilo (KZ-UPB1) Ur.l. RS 95/2004
5. Bavcon L. in Šelih A. Kazensko pravo. Splošni del. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1996
6. Zakon o nalezljivih boleznih - uradno prečiščeno besedilo (ZNB-UPB1)Ur.l. RS 33/2006
7. Zakonu o duševnem zdravju (ZDZdr) Ur.l. RS 77/2008.

---

<sup>31</sup> Podobno o tem tudi Ustavno sodišče v svoji Odločbi št. U-I 60/03-02 (40. točka obrazložitve) in Korošec D. 2009 str. 151in 173

<sup>32</sup> O možnih kaznivih dejanjih v tem primeru glej še Korošec D. 2009, str. 151

<sup>33</sup> 32. člen KZ-1.

<sup>34</sup> Iustitia ima v eni roki meč v drugi tehtnico.

8. Korošec D.,ur. Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP) s komentarjem. GV Založba, Ljubljana, 2009
9. Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP) Ur.l. RS 15/2008
10. Zakon o ratifikaciji Konvencije o varstvu človekovih pravic in dostojanstva človeškega bitja v zvezi z uporabo biologije in medicine (Konvencija o človekovih pravicah v zvezi z biomedicino) in Dodatnega protokola o prepovedi kloniranja človeških bitij h Konvenciji o varstvu človekovih pravic in dostojanstva človeškega bitja v zvezi z uporabo biologije in medicine (MVCPB) Ur.l. RS-MP, št. 17/1997
11. Ustava Republike Slovenije Ur. l. RS 33/1991, 42/1997, 66/2000, 24/2003,69/2004 in 68/2006
12. Flis V. Zdravljenje je kaznivo dejanje. ISIS 2010 (XIX)1:31-7
13. Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije št. U-I 60/03-02, Ur.l. RS 131/2003

*Dr. Damjan KOROŠEC  
Redni profesor  
Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani*

**POVZETEK**

*V Sloveniji kazensko pravo v praksi ne sankcionira zdravniškega posega, opravljenega neodvisno od privolitve pacienta. Tako stanje je posledica tradicionalno šibke razvitosti doktrine avtonomije pacienta v SFRJ in Sloveniji in ga je mogoče primerjalno pravno označiti kot ostanek minulih časov, ki se mu kaže čim prej odpovedati. Glede nekaterih vprašanj, kakršna so upravičenost ali opravičenost opustitve zdravniške pomoči samomorilcu, ki vnaprej zavrača pomoč v primeru spodletelega poskusa samomora, se slovenska pravna teorija, še bolj izrazito pa sodna praksa, iz različnih vzrokov še niso jasno opredelili. To ni stanje, ki bi koristilo pravni varnosti zdravnikov v Sloveniji. V glavnem pa so osebne pravice zdravnikov v Sloveniji sorazmerno spodobno razvite.*

**KLJUČNE BESEDE**

*Pravo, avtonomija pacienta, avtonomija zdravnika, privolitev pacienta, volja pacienta.*

**ABSTRACT**

*In Slovenia criminal law in practice does not put medical intervention performed ignoring patient's consent under sanction. This situation is a result of traditionally weakly developed doctrine of patient's autonomy in SFRY and Slovenia, and can be in terms of comparative law described as a remain of past era. With regard to several questions concerning the omission of medical aid to person, who commits suicide and refuses medical aid, Slovenian legal theory and even more the jurisprudence do not give clear answers. This is not a situation from which legal security of physicians would benefit. However, the personal rights of physicians can be described as relatively well developed.*

**KEY WORDS**

*Law, patient's autonomy, physician's autonomy, patient's consent, patient's will.*

**1. UVOD**

Pravnik, ki naj na nekaj straneh prikaže pravice zdravnikov v Sloveniji in povrh vsega še v kontekstu vse Evrope, nima lahke naloge. Tudi omejitev na osebno pravne vidike je po nadrobnejši proučitvi prej dodaten problem kot razbremenitev. In izrazita strokovna

---

<sup>1</sup> V soglasju za avtorjem in uredniki je ta članek ponatisnjen.

specializiranost za kazensko pravo, kot v mojem osebnem primeru, sploh ni nujno prednost za obravnavo tako široke teme, kot si jo je zaželel organizator letošnje skupščine Slovenskega zdravniškega društva.

Kakor koli že, pravno najbolj varna pot iz podobno težavnih zagat je definirati izhodiščne pravne pojme in utemeljiti omejitve preglednega prispevka. Najprej je navrsti temeljno izhodišče prispevka: zdravnik. S tem pojmom bo še najmanj težav, četudi ni nujno v vseh pravnih sistemih preprosto izbrskati njegove nedvoumne definicije<sup>2</sup>. Le malenkostno poenostavljeno pa je mogoče trditi, da je po vsem poznanem svetu tipično dovolj jasno definiran kot oseba, ki izpolnjuje ustrezne pogoje izobrazbe (in usposobljenosti), kar pravni akt, praviloma zakon, veže na ustrezno opredeljene uradne listine kot dokazila (diploma medicinske fakultete v Sloveniji oziroma ustrezno priznanje v tujini pridobljene izobrazbe)<sup>3</sup>. Gre skratka za značilno formalno definicijo pojma zdravnik. Ta status pa je hkrati po vsem poznanem svetu temeljni pogoj za opravljanje zdravniške službe, to je, spet le nekoliko poenostavljeno, za zakonito delovanje zdravnika kot zdravnika<sup>4</sup>. Poleg statusa zdravnika sem sodijo še drugi tipično formalni pogoji, med katerimi so najbolj očitni dokazilo o posebni usposobljenosti (poleg temeljne zdravniške izobrazbe), v prvi vrsti o opravljenem strokovnem izpitu, dovoljenje za samostojno opravljanje službe na določenem strokovnem področju in vpis v ustrezen razvid zdravnikov. Pravniku so to prav zaradi njihove formalnosti relativno pregledne in enostavne kategorije, ki v Sloveniji ne odstopajo bistveno od dostopnih ureditev po svetu. Za namene pričujočega preglednega prispevka bomo pojem zdravnik uporabljali kot sopomenko za zdravnika, ki opravlja zdravniško službo.

Če odmislimo kvadratne metre t. i. trenutno spornega ozemlja na meji z Republiko Hrvaško, je pravni pojem Slovenije v slovenskem pravu in tudi mednarodnopravno nedvoumno urejen in v okviru tega pravnega prispevka, namenjenega v prvi vrsti zdravnikom, o njem uvodoma ne kaže izgubljeni besed. Ni pa se zato mogoče izogniti nekaj uvodnim besedam o Evropi. Za razliko od Slovenije pravniku ta pojem ne pove kaj dosti. Sploh ni zgolj humorna ugotovitev, da je Evropa prej meteorološki kot politični ali celo pravni pojem. Ne želim se spuščati v vprašanja primerjave standardov medicinske oskrbe, medicinskega znanja ali dobrin na področju zdravstva med državami, trdim pa, da je za pravnike jasno: Evrope ne gre enačiti s seznama članic mednarodnopravnih entitet, ki svoja imena kitijo z izpeljankami besede Evropa, kakršna sta zlasti Svet Evrope (SE) in Evropska unija (EU). Seveda Evropa tudi niso samo tehnološko in znanstveno, če hočete zdravstveno in medicinsko najbolj razvite države v naši okolici, niti t. i. nove demokracije, niti t. i. katoliške države, niti zgolj take, ki so z nami tako ali drugače primerljive na področju medicinskega ali kakšnega drugega prava. V vsakem primeru pa jih je odločno preveč, da bi jih vse zajeli v pričujoči pregledni prispevek! V izogib neizbežno kompleksnemu političnemu in zgodovinsko-političnemu opredeljevanju nabora relevantnih pravnih sistemov in nujno vsestransko mučnim poskusom prikrivanja nepoznavanja podrobnosti številnih tujih pravnih ureditev, naj glede Evrope uvodoma opozorim le na tole. Nisem še srečal pravnika, ki bi dokazal suvereno obvladanje medicinskega

---

<sup>2</sup> V slovenskem Zakonu o zdravniški službi (ZZdrS), Ur. l. RS, št. 98/99, 67/02, 15/03, 2/04, 62/04 je npr. opredeljena pravica do opravljanja zdravniške službe, v bistvu pa ni nikjer neposredno pojma zdravnika. Uvodna funkcionalna opredelitev zdravnika kot »*temeljnega odgovornega nosilca opravljanja zdravstvene dejavnosti*« (določba drugega odstavka 1. člena ZZdrS) resnici na ljubo praktično nič ne pove o vsebini pojma.

<sup>3</sup> To izhaja iz zakonodaje na področju visokega šolstva v povezavi z ZZdrS in Zakonom o zdravstveni dejavnosti, Ur. l. RS, št. 9/92, 26/92-popr., 37/95, 8/96, 90/99, 31/00, 45/01, 2/04 in 80/04.

<sup>4</sup> V slovenskem pravem redu glej zlasti pogoje za opravljanje zdravniške službe v določbi 10. člena ZZdrS.

prava desetih pravnih ureditev ali bi jih bil sposoben v razumno kratkem času vsaj v glavnih obrisih primerjalno dojeti. Tudi sam brez dvoma nisem tak. V tem preglednem prispevku bom zato slovenske rešitve in poglede primerjal z nekaterimi vzorčno izbranimi ureditvami članic EU (zlasti Nemčije, Avstrije, Francije) in ene kandidatke za članstvo v EU, Hrvaške, in z nekaj malega mednarodnega prava. Posebno pozornost bom pri tem posvetil Nemčiji. Ta država je razvila ustavno in materialnopravno teorijo, ki slovita kot eni najbolj dodelanih na svetu, še prav posebej pa nemško pravo po svetu velja za tisto, ki je najprej in najbolj jasno artikuliralo probleme avtonomije, samoodločbe in svobodnega razvoja osebnosti in njihov odraz na področju privolitve oškodovanca v pravni teoriji in praksi, kar se je do danes razvilo v enega glavnih stebrov sodobnega medicinskega prava nasploh.

In končno še uvodoma o pojmu pravica. Na tem mestu se ni primerno spuščati v podrobnosti teorij o pravu in naravi pravic. Za potrebe tega pregleda naj zadošča, če pravico pravno zelo neambiciozno opredelimo kot pravno zavarovano upravičenje, da subjekt (v našem primeru zdravnik) na določen način ravna<sup>5</sup>. Naj nam bo kot uvodni argument za dodatno omejitev vsebine dovoljen tudi poudarek, da za razliko od dolžnosti subjekt ni izpostavljen pravnim sankcijam, kadar pravice ne izkoristi: pravici se (čeprav npr. pri mnogih človekovih pravicah z značilno omejenim učinkom) za razliko od dolžnosti lahko pravno bolj ali manj svobodno tudi odpovemo. Med pravice sodijo najbolj elementarne pravice, utrjene od razsvetljenstva in meščanskih revolucij kot naravne in univerzalne pravice vseh ljudi (in torej tudi tistih s statusom zdravnika), imenovane človekove pravice, posebne pravice v pravnih postopkih (zlasti pravice obdolžencev pa tudi npr. prič), pravice iz delovnega razmerja, pravice, ki so neposredno zasidrane v ustavi (t. i. ustavne pravice) in tiste, ki to niso. Ločimo izrazito premoženjskopravne pravice (do plačila za opravljeno delo, do nadomestila škode) in pravice, ki so v glavnem moralne narave (pravica biti naveden kot soavtor znanstvenega članka), zelo različne in zelo številne pravice.

Ta prispevek se omejuje na osebne pravice oziroma obravnava pravice zdravnika z vidika osebnostnega prava. Za kaj gre? Stara šolska definicija uči, da so osebne pravice »pravice, ki gredo človeku kot takemu [...], da se tičejo neposredno osebe, človekovih osebnih dobrin«<sup>6</sup>. Take pravice so na primer pravica do osebnega dostojanstva, pravica do zasebnosti, pravica do osebne (telesne in duševne) celovitosti in druge<sup>7</sup>. Naštete pravice so znane tudi pod pojmom človekove pravice, zato se zastavlja vprašanje, kakšno je razmerje med človekovimi pravicami in osebno pravicami. Posamezni slovenski avtorji<sup>8</sup> opozarjajo na težavnost razmejitve oziroma na prelivanje med tema dvema kategorijama. Po njihovem mnenju naj bi tudi slovenska ustava izhajala iz sodobnih spoznanj o prežemanju človekovih in osebnostnih pravic, na kar naj bi kazala določba 35. člena Ustave<sup>9</sup>, ki zagotavlja »nedotakljivost človekove telesne in duševne celovitosti, njegove zasebnosti ter osebnostnih pravic«. Ta določba naj bi osebne pravice povzdignila na raven človekovih pravic in jim zagotovila tudi ustavnopravno varstvo<sup>10</sup>. Po drugi strani pa Ustava s tem, ko nekatere osebne pravice izpostavi v 35. členu, za druge pa pusti splošno opredelitev »osebne pravice«, ustvari t. i.

---

<sup>5</sup> Tako Pavčnik A. (ur.), Pravo, str. 264.

<sup>6</sup> Finžgar, str. 11; glej tudi Novak, Odškodnina, str. 228 in sl.

<sup>7</sup> Glej Novak, Osebnostnopravni, str. 13–26.

<sup>8</sup> Npr. Polajnar-Pavčnik A. v delu, citiranem v opombi 5, str. 150 in sl. Tudi Novak, O naravi, str. 991 in nasl.

<sup>9</sup> Ur. l. RS/l, št. 33/91, RS 42/97, 66/00 in 24/03.

<sup>10</sup> Polajnar-Pavčnik A. v delu, citiranem v opombi 5, str. 150 in sl.

splošno generalno klavzulo, s katero se varujejo vse osebnostne pravice, tudi tiste, ki se bodo morda v prihodnosti še pojavile kot odziv na nove tehnične možnosti poseganja v osebnostne dobrine posameznika (ne poznamo zaključenega kroga osebnostnih pravic). Tuja pravna teorija namreč opozarja, da se je osebnostno pravno varstvo prej osredotočalo predvsem na klasične dobrine (na primer življenje, zdravje, telo), medtem ko se z industrijskim in tehnološkim razvojem ter novimi tveganji, ki jih prinaša razvoj, osebnostno pravo sedaj osredotoča na številne druge t. i. neklasične dobrine varstva osebnostnih pravic<sup>11</sup>. Mnoge od teh neklasičnih dobrin je morala pravna znanost šele odgovarjajoče oblikovati prav zaradi razvoja drugih znanosti. Težišče osebnostno pravnega varstva se je npr. pri medicini s klasičnih dobrin začelo prenašati na varstvo osebnostne integritete, avtonomije in samoodločbe pacienta. V javnem pravu so se razbohotile raziskave t. i. medicinskega ali zdravniškega paternalizma in pojavljati so se začele zahteve po njegovi jasni normativni zamejitvi: nove meje donedavno nespornih pravic zdravnika, temelječe na osebnostnih pravicah pacienta<sup>1213</sup>. Sodobnim osebnostnopravnim dobrinam je poleg ustavnega varstva zagotovljeno tudi civilnopravno varstvo s pomočjo ugotovitvenega, opustitvenega, prepovednega, odstranitvenega, odškodninskega in obogatitvenega zahtevka<sup>14</sup> in značilno bogato kaznovalnopravno varstvo, vključno s kazenskim<sup>15</sup>. To pomeni, da osebnostne pravice posameznika ne ščitijo samo pred nedopustnimi posegi države, temveč intenzivno tudi pred nedopustnimi posegi posameznikov (kot formalno prirejenih subjektov). Takšna večplastna zavarovanost osebnostnih pravic na področju ustavnega, civilnega, kazenskega, pa tudi na drugih področjih prava jih dela v pravu za ene najbolj kompleksnih, fascinantnih, kot bomo na primeru nekaterih izmed njih poskusili prikazati v nadaljevanju, pa še posebej za zdravnike tudi odločilnih pravic pri njihovem vsakdanjem delu.

## 2. PRAVICA ZDRAVITI IN NJENE MEJE

V pričujočem preglednem prispevku je mogoče prikazati le pravno najbolj zanimive osebnostne pravice zdravnika. In med njimi je že lep čas daleč spredaj prav domet zdravnikove pravice zdraviti in njene meje v osebnostnih pravicah pacienta. Za še najbolj problematično ta hip v pravu velja reševanje življenja z medicinskim posegom kljub (vnaprejšnjemu) nasprotovanju pacienta in kazenskopravna utemeljitev dovoljenosti oziroma prepovedanosti takega početja.

Po veljavnem slovenskem pravu zdravnik (ki sme opravljati zdravniško službo) načeloma sme zdraviti (tukaj nas, kot rečeno, zanimajo zdravnikove pravice in ne dolžnosti, še posebej pa siva cona med pravicami in dolžnostmi), vendar le, če zato pravočasno pridobi ustrezno kvalificirano privolitev pacienta. ZZdrS kot izhodišče v določbi 43. člena zelo jasno postavi: »Zdravnik mora seznaniti bolnika s predvidenimi diagnostičnimi postopki in s predlaganim zdravljenjem« in »ne sme ukrepati brez bolnikove privolitve [...]«. Konvencija SE o

---

<sup>11</sup> Novak v delu, citiranem v opombi 8, str. 991 in nasl.

<sup>12</sup> Primerjaj npr. klasično slovensko osebnostnopravno monografijo, citirano v opombi 7 in bistveno bolj v pravice pacienta usmerjeno novejšo literaturo o osebnostnih pravicah v zdravstvu, citirano v pričujočem prikazu.

<sup>13</sup> Glede določenih izjemnih oblik posmrtnega varstva osebnostnih pravic v slovenski pravni teoriji glej zlasti Novak, Posmrtno, str. 128 in nasl.

<sup>14</sup> To varstvo zagotavlja Obligacijski zakonik (OZ), Url. l. RS, št. 83/01,32/04 in 28/06.

<sup>15</sup> V slovenski kazenskopravni publicistiki glej pregledno Korošec, Medicinsko kazensko pravo.



biotehnologiji in človekovih pravicah<sup>16</sup> pravi v 5. členu: »Zdravstveni poseg se sme opraviti šele potem, ko je bila oseba, ki jo to zadeva, o njem poučena in je vanj prostovoljno privolila. To osebo je treba predhodno ustrezno poučiti o namenu in naravi posega kot tudi o njegovih posledicah in tveganjih. Oseba, ki jo to zadeva, lahko privolitev kadar koli svobodno prekliče.« Predlog najnovejšega Zakona o pacientovih pravicah (EVA 2005-2711-0080), ki je, če sem prav informiran, ta čas še vedno v javni obravnavi, že med uvodnimi določbami ugotavlja, da »pravice pacienta temeljijo« zlasti tudi na splošnem načelu »samoodločbe vsakogar glede posegov v celovitost njegovega telesa in duševnosti« in hkrati »pravice vsakogar do primerne, kakovostne in varne zdravstvene oskrbe ter enakopravne obravnave«. Z vidika pravice zdravnika zdraviti to pomeni, da sme zdraviti vsakogar, vendar le primerno, kakovostno in varno, pod enakopravnimi pogoji in zlasti(!) le, če pacient to dovoli. Slednje prvič v slovenski zakonodajni zgodovini bogato konkretizirajo še številne določbe predloga zakona, zlasti v poglavjih s povednimi naslovi »Pravica [pacienta] do obveščeniosti in sodelovanja« (členi 15 do 21), »Pravica [pacienta] do odločanja o sebi in privolitve po pojasnilu« (členi 23 do 25), »Pravice pacientov, ki so nesposobni privolitve« (členi 26 do 30) in »Pravica [pacienta] do upoštevanja vnaprej izražene volje« (31. člen). Osebno menim, da bi se Slovenija po sprejemu teh določb predloga Zakona o pacientovih pravicah na podlagi razpoložljivih podatkov primerjalno pravno vsaj po preglednosti in nedvoumnosti zakonske ureditve meja zdravnikove pravice zdraviti, ki jih postavljajo osebne pravice pacienta uvrstila v sam evropski vrh.

A kaj, če zdravnik prestopi meje pravice zdraviti, ki mu jih pravo postavlja v pacientovi volji? Če zdravi brez predpisanega preverjanja pacientove volje (v določenih primerih tudi volje pacientovih staršev ali skrbnikov) ali celo protipravno zdravi kljub pacientovemu (vnaprejšnjemu) nasprotovanju? Tukaj ureditev in ne nazadnje pravna kultura v Sloveniji ta hip (še) močno odstopajo od stanja v pravno razvitih oziroma t. i. primerljivih evropskih državah in tudi sprejem na obravnavanem področju sicer izvrstnega predloga Zakona o pacientovih pravicah v trenutni obliki sam po sebi ne bo spremenil dosti. Za kaj gre? Pravo potrebuje razčiščen koncept, na kateri ravni notranje zgradbe prepovedanega ravnanja (delikta) je zdravljenje brez ustrezne pacientove privolitve prepovedano in s tem potencialno kaznivo. Po pravnih učinkih ni vseeno, ali privolitev pacienta iz zdravnikovega v zdravljenje usmerjenega in po vseh ostalih medicinskih merilih sicer tehnično korektnega, če hočete: (tudi) primerne, kakovostne in varne ravnanja izključuje protipravnost ali ima kakšen drug, bolj radikalen učinek (da se s tem nevtralizira že npr. izhodiščna hipoteza o zdravnikovi kaznivosti poseganja v tuje telo, t. i. bit prepovedanega dejanja zoper telo ali kakšno drugo osebno dobro). Na tem mestu ni primeren poglobljen prikaz t. i. splošnega pojma delikta in pravnih fines, zato naj mi bo dovoljena naslednja poenostavitev<sup>17</sup>. Zaradi izrazito objektivne koncepcije izpolnjenosti biti inkriminacije kot prvega elementa splošnega pojma kaznivega dejanja po svetu velja, da zdravniki vsaj potencialno vsakodnevno, množično izpolnjujejo biti kaznivih dejanj telesnih poškodb. To je najbolj očitno v zvezi s kirurškimi posegi, pa tudi pri vnašanju raznovrstnih zdravil v telo bolnika. Prav zato kazensko pravo potrebuje jasno argumentirano teoretično stališče, zakaj zdravniki pri opravljanju zdravniške

---

<sup>16</sup> Zakon o ratifikaciji konvencije o varstvu človekovih pravic in dostojanstva človeškega bitja v zvezi z uporabo biologije in medicine (konvencija o človekovih pravicah v zvezi z biomedicino) in dodatnega protokola o prepovedi kloniranja človeških bitij h konvenciji o varstvu človekovih pravic in dostojanstva človeškega bitja v zvezi z uporabo biologije in medicine, Ur. l. RS-MP, št. 17/98. V najnovejši slovenski pravni literaturi glej kratko o skladnosti slovenskega medicinskega prava s to konvencijo Novak, Zdravstveni, str. 9.

<sup>17</sup> Nadrobneje glej Korošec v delu, citiranem v opombi 15, Splošni del, str. 39–166.

službe ne odgovarjajo množično za kazniva dejanja telesnih poškodb ali kakšna druga kazniva dejanja zoper pacientove osebnostne dobrine in predvsem pravo vlaga velike napore v argumentacijo in normativno formulacijo vloge volje pacienta pri tem. Slovenija pa je tu še vedno velika posebnost<sup>18</sup>.

Tako rekoč vsi pravniki bivše skupne Jugoslavije so zdravljenje v okviru opravljanja zdravniške službe dolgo razglašali kot načeloma nekaznivo na podlagi t. i. družbene koristnosti zdravstva, kar je bil v bistvu nekakšen samostojen, posplošen in vnaprejšen razlog izključenosti protipravnosti (telesnih poškodb pacienta pri zdravljenju in tudi drugih ogrožitev in poškodb pacientovih dobrin). Privolitev pacienta kot oškodovanca pri tem vsaj v kazenskem pravu ni imela nobene ključne ne teoretične ne praktične vloge. V tem smislu je bila medicinska dejavnost edina človekova dejavnost, ki je uživala tako poseben kazenskoopravni status. Celo vojski in policiji (državam tradicionalno najbolj priljubljenim institucijam) je bilo treba glede posamičnih ravnanj, ki bi utegnili izpolnjevati zakonske znake kakšnih inkriminacij, vključno s telesno poškodbo, od primera do primera iskati konkretne zakonske podlage za izključevanje protipravnosti (upravičenosti) svojih ukrepov, ne glede na morebiten še tako plemenit (državovarstven, človekoljuben) konkreten motiv posameznega posega v osebnostne pravice ljudi. Tako radikalno medicini prijazno posebno obravnavanje medicine, kakršnega je gojila jugoslovanska in v njenih nedrjih tudi slovenska doktrina materialnega kazenskega prava, je po tistem postalo posebna svetovna redkost. Zdi se, da predvsem zato, ker ni več skladno z modernimi svetovnimi standardi dostojanstva človeka, še bolj pa varovanja njegove samoodločbe, avtonomije in svobodnega razvoja osebnosti, kar vse se je v sodobnem medicinskem pravu – kot smo videli zgoraj – uveljavilo kot zelo viden teoretični cilj.

V Evropi bistveno bolj uveljavljen pristop k presoji protipravnosti v medicini izhaja iz veljavne privolitve pacienta kot bolj ali manj nujnem pogoju za izključeno protipravnost ravnanj znotraj opravljanja zdravniške službe, v prvi vrsti telesnih poškodb, ki pri tem (zaradi objektivne narave izpolnjenosti biti inkriminacije kot prvega elementa splošnega pojma kaznivega dejanja) naravno množično nastajajo. V novejšem francoskem kazenskem pravu npr. medicina sicer še naprej uživa določen poseben status, vendar je pacientova privolitev eden od štirih pogojev, ki morajo biti kumulativno izpolnjeni za izključitev protipravnosti zdravniškega posega (poleg privolitve še ustrezna medicinska kvalifikacija storilca, namen zdravljenja in tehnična pravilnost medicinskega posega)<sup>19</sup>. Pri tem francoska teorija ni zelo nedvoumna glede obstoja telesnih poškodb kot logičnih posledic zdravniške dejavnosti in še zlasti ne glede vpetosti bolnikove volje v splošni pojem kaznivega dejanja. Nasprotno pa je po veljavni nemški sodni praksi in vidnem delu tamkajšnje teorije pacientova privolitev brez dvoma ključni, osrednji razlog za izključevanje protipravnosti medicinskih posegov. Če ni bilo veljavne pacientove privolitve v zdravniški poseg noben, še tako plemenit namen zdravljenja, še tako velik objektivni uspeh zdravniškega posega in še tako velika verjetnost, da bi pacient, ki neupravičeno ni bil vprašan po privolitvi, tako privolitev sicer dal (tu je treba ločiti problematiko novega, v praksi še ne povsem uveljavljenega in v teoriji spornega instituta t. i. hipotetične privolitve, ki ima v Nemčiji vsaj v teoriji potencialni vpliv le na t. i. pripisljivost telesne poškodbe zdravniku, v nobenem primeru pa nima vpliva na kazensko protipravnost

---

<sup>18</sup> V nadaljevanju o mestu privolitve pacienta v splošnem pojmu kaznivega dejanja povzeto po Korošec, Biomedicinska strokovna napaka, str. 549–72.

<sup>19</sup> Pregled francoske teorije povzet po Korošec v delu, citiranem v opombi 14, str. 50–51. Nadrobneje glej tam citirano francosko literaturo.

medicinskega posega), ne morejo sami po sebi odvzeti protipravnosti zdravniškemu posegu (konkretno potencialno znotraj splošnih inkriminacij telesnih poškodb). Upoštevanje pacientove volje je tukaj zraslo v načeloma osrednji ključ do nekaznivosti zdravnika.

Nekatere države (na primer Avstrija v § 110 in Hrvaška v členu 241 njihovih kazenskih zakonikov) so sprejele posebno inkriminacijo samovoljnega zdravljenja, kamor uvrščajo vse zdravniške posege, ki so opravljeni brez veljavne privolitve, nadomestne ali domnevane privolitve bolnika. S sprejemom takih inkriminacij so zakonodajalci teh držav upali, da je vprašanje kaznivosti zdravnika oziroma drugih zdravstvenih delavcev za telesno poškodbo pacienta zaradi medicinskega posega brez njegove veljavne privolitve končno rešeno. Posebej (skrajno razvita) nemška kazenskopravna teorija, ki zelo nadrobno analizira razmerja med inkriminacijami telesnih poškodb in morebitnimi novimi inkriminacijami samovoljnega zdravljenja (v nemškem kazenskem pravu jih sicer zaman iščemo) pa opozarja, da pri samovoljnem zdravljenju kot posebni inkriminaciji po naravi stvari ne gre za posebno (specialno) inkriminacijo telesnih poškodb, ampak zgolj za kaznivo dejanje zoper samoodločbo. Zaradi tega ostaja še vedno odprto, kaj in v kakšni meri (naj) izključuje protipravnost telesnih poškodb. Poenostavljeno je mogoče povzeti, da posebna inkriminacija samovoljnega zdravljenja ne more in ne more izpodriniti trenutno v Nemčiji večinsko uveljavljenega koncepta načelnega varovanja samoodločbe in avtonomije uporabnika zdravstvenih storitev prek konstrukcije telesnih poškodb ob neveljavni privolitvi ali vsaj nadomestni oziroma domnevani privolitvi<sup>20</sup>.

In kaj vse to pomeni za slovenskega zdravnika? Zaradi sistematičnega zanemarjanja t. i. privolitvene doktrine v tradicionalnem slovenskem kaznovalnem pravu, v slovenskem kazenskem pravu ni vključitve malomarnega ignoriranja privolitve oziroma zavrnitve bolnika s strani zdravnika v pojem medicinska napaka in z njim v okviru inkriminacije malomarnega zdravljenja, niti ne poznamo posebne inkriminacije samovoljnega zdravljenja (zdravljenja, ki se ne bi oziralo na bolnikovo voljo). V trenutnem slovenskem kazenskem pravu tako niti posebna inkriminacija malomarnega zdravljenja (»Malomarno zdravljenje« iz 190. člena KZ) kot že na prvi pogled osrednji steber posebnega dela medicinskega kazenskega prava niti katerakoli druga inkriminacija in njena tradicionalna razlaga (tu gre zlasti za inkriminacije telesnih poškodb) ne morejo resno, sistemsko ustrezno zaščititi pacientove avtonomije. Zato – in ne glede na predpisano kazen za prekršek (tudi) v predlogu Zakona o pacientovih pravicah zaradi različnih kršitev avtonomije pacienta – avtonomije in samoodločbe bolnika v Sloveniji sploh ne moremo šteti za kazenskopravni dobrini, njihovega še tako grobega zanikanja in prezrtja pa ne za kazenskopravno relevantno biomedicinsko strokovno napako. V tem smislu je zdravnikova pravica zdraviti v Sloveniji primerjaln opravno preveč absolutna, preširoka.

Če je že (po Evropi) zdraviti brez ustrezne pacientove privolitve prepovedano vse tja do zdravnikove kaznivosti za kaznivo dejanje (telesne poškodbe), kako pa je z opustitvijo zdravljenja? Ali zdravnik z vidika osebnostnega prava res nič ne tvega, če spoštuje npr. samomorilčevo vnaprej izraženo voljo, da ne želi pomoči? Kaj pa, če se v takem primeru zdravnik loti z medicinskim posegom reševati življenje kljub nedvoumnem, formalno nespornem (vnaprejšnjem) pacientovem zavračanju medicinske pomoči (pri tem ne mislim na vnaprejšnje opredelitve pacienta, da ne želi zdravljenja, ki naj bi podaljšalo življenje v

---

<sup>20</sup> Povzeto po Korošec v delu, citiranem v opombi 15, str. 163–66.

položaju, ko je skorajšnja smrt neizogibna, ali pa da ne želi zdravljenja, ki naj bi podaljšalo življenje v položaju, ko bo bolezen ali poškodba povzročila tako hudo invalidnost, da bo oseba dokončno izgubila telesno ali duševno sposobnost, da bi skrbela sama zase, kot to v Sloveniji npr. kot upoštevne opredelitve primerjalno pravno zelo avantgardno ureja novi predlog Zakona o pacientovih pravicah v določbi 31. člena, ampak mislim predvsem na oživljanje samomorilcev). V sodobnem medicinskem pravu v glavnem velja kot nesporno, da je tako teoretično kot tudi praktično človekova volja umreti lahko svobodna, samomorilski podvig zavestno, premišljeno dejanje, »odraz avtonomije posameznika«<sup>21</sup> in ne kar avtomatično odraz duševne patologije. Enako danes vsaj v pravni teoriji v glavnem velja za nesporno, da zdravnik ne sme biti pravno zavezan podaljševati tuje življenje zoper svobodno voljo prizadetega. Teoretiki<sup>22</sup> eksplicitno ali implicitno kritizirajo veljavno stališče nemškega pravosodja, po katerem je nepreprečitev tujega samomora načeloma protipravna (Vrhovno sodišče ZRN od sodbe *BGHSt 6, 147* meni, da je samomorilcu potrebno pomagati »najkasneje takrat, ko izgubi zavest«). Tudi osebno moram priznati, da se mi zgornje stališče večinske nemške kazenskopravne teorije v zvezi z razpravljanjem o življenju ne zdi nujno cinizem, vendar ob hkratnem opozorilu, da po znanih podatkih v Sloveniji še ni tako jasno oblikovanega in argumentiranega stališča pravosodja v tovrstnih zadevah, in da zato zdravniku ni mogoče dati enoznačnega pravnega nasveta. V pomoč pri odločanju naj ponudim zgolj naslednje ugotovitve.

Posebej je treba opozoriti, da sta si npr. nemška kazenskopravna teorija in sodna praksa izrazito enotni v stališču, da prisilna preprečitev tujega samomora načeloma ni protipravna. »Konstrukt prisiljenja [in z njim kaznivost za kaznivo dejanje] pri preprečitvi samomora drugega bi bil neskladen s trenutnim razumevanjem prava« zapiše reprezentativno *R. Schmitt*<sup>23</sup>. Povzeti je mogoče, da po sodobnem razumevanju medicinskega prava v Evropi, pa četudi po razpoložljivih podatkih praktično nikjer zakonsko izrecno urejeno, ne ravna zavržno in s tem protipravno, kdor prisilno reši tuje življenje (drugega prisilno odvrne od samomora). To velja za vse ljudi, ne zgolj za zdravnike. Argumenti so v glavnem v (kriminalitetno- politični) dolžnosti države, da poskuse reševati življenje drugega jasno odobrava. Za zdravnika to pomeni, da pravno vselej sme reševati življenje samomorilca, celo čeprav ima ta pri sebi še tako verodostojne pisne izjave, da reševanja ne želi. Vendar to velja zgolj za poskuse samomora in kvečjemu še za kakšne tem zelo podobne drastične neposredne ogrožitve življenja. Enaka logika zdravnika ne razbremeni odgovornosti (za telesno poškodbo, prisiljenje, samovoljno zdravljenje ipd.) v vseh drugih primerih vsiljene medicinske pomoči.

Nasploh je mogoče trditi, da tako v Sloveniji kot v državah okoli nas velja pravica zdravnika, da ne sodeluje aktivno v samodestruktivnem vedenju pacienta, od blagih »preurejanj telesne zunanosti« pa vse tja do evtanazijske usmrtnitve. Ker nas tukaj zanimajo pravice zdravnika, ne bomo poudarjali absolutne prepovedi evtanazije (kaznivosti za umor v takem primeru), pač pa lahko postavimo trditev, da obstaja splošno priznana »pravica zdravnika ne sodelovati aktivno pri usmrtitvi človeka«, pa tudi pri vseh drugih posegih v telo drugega, za katerega ni jasne medicinske indikacije (ni mogoča konstrukcija ohranjanja ali vzpostavljanja zdravja kljub

---

<sup>21</sup> Koch, *Rechtfertigung*, str. 257. Avtor sicer opozarja, da po nemškem pravu prisilna preprečitev tujega samomora načeloma ne more obveljati za protipravno (*ibidem*).

<sup>22</sup> Delo, citirano v prejšnji opombi, str. 257. Stališče velja za reprezentativno za veliko večino sodobne nemške kazenskopravne teorije.

<sup>23</sup> Schmitt, *Der Arzt*, str. 869.

širokemu konceptu pojma zdravje v sodobni medicini) in hkrati tudi ne kakšnega drugega izrazitega, na ustavi utemeljenega interesa pacienta za tak poseg (svobodno odločanje o rojstvu otrok, svoboden razvoj osebnosti vključno s pravico razpolagati s svojo zunanjo podobo). Po mnenju evropske pravne stroke je tako dopustna zavrnitev različnih posegov lepote narave, med drugim tudi npr. religiozno motiviranega obrezovanja dečka<sup>24</sup>. Takšne zavrnitve niso upravičene (skladne s pravom) preko instituta ugovora vesti, pač pa neposredno iz narave zdravniške službe, kot izhaja iz prava (pri nas zlasti iz ZZdrS) in različnih osebnostnih oziroma človekovih pravic zdravnika kot človeka.

### 3. ŠE NEKAJ DRUGIH OSEBNOSTNIH PRAVIC ZDRAVNIKA

Seveda ima zdravnik v Sloveniji, podobno kot v praktično vseh državah Evrope, tudi številne druge osebnostne pravice. Jasno je, da zgolj zaradi statusa zdravnika ali med opravljanjem zdravniške službe ne sme biti okrnjena njegova pravica do življenja, telesne celovitosti in zdravja. Tudi zdravnik sme zavrniti zdravniško pomoč v okoliščinah, ko lahko zgolj s pasivnostjo zavaruje svoje življenje. Pravo ne zahteva, da se zdravnik odpove svojemu zdravju, da rešuje zdravje drugih. Ima tudi načelno pravico do silobrana, kot jo splošno določa kazensko pravo, tudi pri obrambi pred pacientom. Ima pravico do zasebnosti, časti in dobrega imena. Ima pravico (tukaj nas pač zanima zgolj ta plat), da zadrži zase, in sicer zavaruje osebne podatke pacienta pred vsemi, razen pred pacientom samim in tistimi, ki jih za to pooblasti pacient ali imajo določene pravice po zakonu tudi brez pacientovega pooblastila (npr. starši). Izjeme so, poenostavljeno povedano, še situacije skrajne sile (izdaja pomembnih podatkov za reševanje pomembnih dobrin) in t. i. terapevtski privilegij zdravnika (t. i. obzirni molk glede zdravstvenega stanja), ki pa ju oba v Evropi v pravni teoriji in praksi razlagajo skrajno restriktivno. Temeljno vodilo zdravniku tukaj je brez dvoma: v prav vseh primerih izdaje osebnih podatkov je treba skrbno in previdno tehtati upravičenost v konkretni zadevi. Pravočasni posvet s pravnikom ne more škoditi. Tudi pri strokovnih posvetih z drugimi zdravniki je treba osebne podatke pacienta varovati, kolikor je le mogoče. In še tole: tudi glede pacientovih osebnih podatkov, ki jih je ta ali kdo drug že objavil, za zdravnika še naprej velja splošna dolžnost varovanja.

To, da zdravnik za svoje delo nujno potrebuje določene informacije o pacientu in pogosto od pacienta, še ne pomeni, da sme kar tako zavrniti zdravniško pomoč, če mu pacient takšnih informacij noče razkriti. Tudi najbolj nesodelujoči pacienti in lažnivci so upravičeni do zdravniške pomoči. Zdravnik v primeru, ko mu pacient laže o svojem zdravstvenem stanju in zdravljenju zgolj ne sme biti pravno odgovoren za potek zdravljenja (kot to v slovenskem pravu zelo logično opredeljuje določba 48. člena ZZdrS), nima pa načelne pravice zdravljenje kar zavrniti oziroma opustiti. To neposredno izhaja iz bogato razvite doktrine avtonomije pacienta v sodobnem medicinskem pravu in ne nazadnje tudi iz zakonov.

Po mojem trdnem prepričanju je prav z vidika sodobne doktrine avtonomije pacienta nevzdržno paternalistično, če pacient ne more uporabiti kartice zdravstvenega zavarovanja, ne da bi zdravnik iz nje videl podatkov o zdravilih, ki so mu bila predpisana v določenem obdobju (pa četudi zgolj tistih na stroške zdravstvenega zavarovanja in tudi, če kakšnih od teh,

---

<sup>24</sup> Glej npr. Korošec, Obrezovanje.

kot npr. zdravil za zdravljenje okužb s HIV, ni med njimi). Tu je ena brez dvoma osrednjih dobrin sodobnega medicinskega prava – avtonomija pacienta žrtvovana drugim ciljem, katerih večvrednost še ni bila zadovoljivo utemeljena. Upravičevanje takšnega žrtvovanja prav s koristjo pacienta, kakršno smo v zadnjih mesecih srečevali v Sloveniji, je z vidika osebnostnih pravic manipulativno in paternalistični regres *par excellence!* Pravno nedvoumno priznana možnost, da pacient s posebno izjavo tudi zdravniku prepreči vpogled v podatke o zdravlilih na kartici zdravstvenega zavarovanja, je zato cilj, ki se z vidika pravne doktrine avtonomije pacienta ponuja kar sam in zoper katerega po mojem mnenju družba, ki svobodo posameznika iskreno ceni, tudi ne more imeti resnih etičnih ugovorov.

#### 4. SKLEPNO

V Sloveniji so zdravnikom priznane skoraj vse osebnostne pravice, kot jih poznajo tudi v primerjanih drugih državah po Evropi. Zaradi tradicionalno šibke razvitosti doktrine avtonomije pacienta v SFRJ in Sloveniji zdravnikova pravica zdraviti nima ustreznih meja v kazenskem pravu (ni jasne kazenskopravne protipravnosti samovoljnega zdravljenja, ne znotraj inkriminacije telesnih poškodb, ne sicer). Tu gre primerjalno pravno za ostanek minulih časov, ki se mu kaže čim prej odpovedati. Glede nekaterih vprašanj, kakršna so upravičenost ali opravičenost opustitve zdravniške pomoči samomorilcu, ki vnaprej zavrača pomoč v primeru spodletelega poskusa samomora, se slovenska pravna teorija, še bolj izrazito pa sodna praksa iz različnih vzrokov še nista jasno opredelili. To ni stanje, ki bi koristilo pravni varnosti zdravnikov v Sloveniji. V glavnem pa so osebnostne pravice zdravnikov v Sloveniji sorazmerno spodobno razvite.

#### VIRI

1. Pavčnik A ur. Pravo, leksikon Cankarjeve založbe. Ljubljana: Cankarjeva založba; 2003.
2. Finžgar A. Osebnostne pravice. Ljubljana: Slovenska akademija znanosti in umetnosti, 1985.
3. Novak B. Odškodnina za duševne bolečine zaradi kršitve pravic osebnosti. Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani, letnik LVIII. Ljubljana: Pravna fakulteta; 1998. p. 227–35.
4. Novak B. Osebnostnopravni vidik razmerja zdravnik–duševni bolnik pri motnjah hranjenja. V: Tomori M ur. Pravni in forenzični vidik motenj v nadzoru impulzov (Lokarjevi dnevi 2002). Ljubljana: Združenje sodnih izvedencev za psihiatrijo; 2002. p. 13–26.
5. Pavčnik M et al. Pravo in medicina. Ljubljana: Cankarjeva založba; 1997.
6. Novak B. O naravi osebnostnih pravic. Podjetje in delo 2000; 6-7; 991–9.
7. Novak B. Posmrtno varstvo osebnosti. Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani. Ljubljana: Pravna fakulteta; 2000. p. 107–28.
8. Korošec D. Medicinsko kazensko pravo. Ljubljana: Cankarjeva založba; 2004.
9. Novak B. Zdravstveni predpisi – Uvodna pojasnila. Ljubljana: Gospodarski vestnik založba; 2006.
10. Korošec D. Biomedicinska strokovna napaka in kazensko pravo. Javna uprava 2006; 2-3: 549–72.
11. Koch HG. Rechtfertigung und Entschuldigung bei medizinischer Tätigkeit. In: Rechtfertigung und Entschuldigung – Rechtsvergleichende Perspektiven, Vol. IV. Freiburg im

- Breisgau: Max- Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht;1995. p. 213–68.
12. Schmitt R. Der Arzt und sein lebensmüder Patient. Juristenzeitung 1984; 19. p. 866–9.
13. Korošec D. Obrezovanje – nepravna banalnost kirurškega posega. Pravnik 1995 (9-10): 557–67.





# POLOŽAJ PACIENTA V POSTOPKU ZDRAVLJENJA IN PREPREČEVANJA NALEZLJIVIH BOLEZNI

## PATIENT RIGHTS IN MEDICAL CARE AND PREVENTION MEASURES REGARDING INFECTIOUS DISEASES

UDK: 614.217:616-052(497.4)

*Prim. Jelka REBERŠEK GORIŠEK, dr. med.  
UKC Maribor*

### POVZETEK

Pacient je v postopku zdravljenja subjekt enako kot zdravnik, kar izhaja iz Kodeksa Medicinske deontologije in iz številnih konvencij in določb, zlasti iz Zakona o pacientovih pravicah. V tem zakonu so navedene vse pravice pacienta, navedene pa so tudi omejitve pacientovih pravic. V prispevku bodo omenjene tiste, ki se nanašajo na postopke preprečevanja in zdravljenja nalezljivih bolezni, kadar gre za širšo družbeno skrb. Omejitve pacientovih pravic so navedene tudi v Zakonu o nalezljivih boleznih, prav tako iz razloga zaščite ohranitve javnega zdravja, pa tudi zaščite pacienta. Kazenski zakonik pa prinaša določbe o prenašanju nalezljivih bolezni in o prisilnih ukrepih zoper avtonomijo posameznika. V postopkih preprečevanja in zdravljenja nalezljivih bolezni ima pacient omejene pravice predvsem zaradi širšega interesa v javnem zdravstvu. Kljub tem omejitvam pa je treba upoštevati bolnika v vlogi subjekta tudi v postopkih preprečevanja in zdravljenja nalezljivih bolezni.

### KLJUČNE BESEDE

Pacient, nalezljive bolezni, omejitve pravic.

### ABSTRACT

In the course of medical treatment the patient has the autonomy as it follows from the Medical deontology Code and numerous conventions and acts, particularly from the Patient's Rights Act, dealing the rights and its limitations as well. In this contribution the author discuss the provisions regarding prevention and healing of contagious diseases, when the broader social intervention is necessary. The Contagious Diseases Act consist special preventive measures to protect public health and the health of a patient. The Criminal Code specially incriminates the actions against the preventive and protecting measures in cases of contagious diseases. However the patient in the proceedings connected with contagious diseases needs to be regarded as the subject.

### KEY WORDS

Patient, contagious diseases, limitation of rights.

## 1. UVOD

Nalezljive bolezni skozi vso zgodovino človeštva predstavljajo velik problem zaradi širjenja, visoke obolevnosti in smrtnosti po vsem svetu. Nalezljive bolezni so bile in so še spremljevalke vojn in naravnih nesreč. Širijo se epidemično in pandemično in vzbujajo strah in paniko pri ljudeh. Zato so vedno predstavljale problem naroda in države, ne samo posameznika. Ljudje so se že od nekdaj izogibali bolnikov z nalezljivo boleznijo. Enostavni in učinkovit ukrep pred njihovim preprečevanjem je bila že od nekdaj izolacija bolnika. Z nastankom družbenih formacij in držav je bilo razumljivo, da so države sprejemale najrazličnejše ukrepe za preprečevanje nalezljivih bolezni in da so jih ljudje sprejemali zaradi svoje zaščite. Kljub izjemnemu napredku medicinske znanosti, razvoja uspešnosti cepiv in serumov ter protimikrobnih zdravil, žal še tudi danes nismo opravili z nalezljivimi boleznimi. Vedno znova se pojavljajo bodisi nove, bodisi stare nalezljive bolezni v novi podobi in se z globalizacijo sveta hitro širijo in vzbujajo strah in paniko pri ljudeh. Zato tudi danes države po svetu z zakonskimi akti, odredbami in priporočili ter z medsebojnimi koordiniranimi akcijami sprejemajo ukrepe za preprečevanje in širjenje nalezljivih bolezni.

## 2. UKREPI PROTI ŠIRJENJU NALEZLJIVIH BOLEZNI

V večini držav je s tem namenom odrejena obvezna prijava nalezljivih bolezni pristojni uradni osebi ali službi, ki poskrbi za potrebne ukrepe ob pojavu posamezne nalezljive bolezni ali obstoju nevarnosti za epidemično širjenje.

Ukrepi proti širjenju nalezljivih bolezni zajemajo tudi prisilne ukrepe kot so pregledi, zdravljenja obolelega (ih), izolacijske ukrepe doma ali v zdravstvenih ustanovah, cepljenja, po potrebi tudi druge. Ti ukrepi zelo posegajo v osebne pravice posameznika, omejujejo avtonomijo posameznika (zlasti pravico sprejeti ali odkloniti zdravljenje), vendar so nujni zaradi širšega interesa oziroma družbene skrbi za ohranjanje javnega zdravja. Niso pa samo v korist in zaščito drugih, ampak ščitijo tudi prizadetega posameznika.

Čeprav mora zdravnik skrbeti za svojega pacienta je nejasno, ali mora skrbeti tudi za tretje, ki niso njegovi pacienti. Zastavlja se vprašanje, ali je zdravnik npr. dolžan opozoriti svojce na nevarnost, ki jo zanje predstavlja pacient ali pa je dolžan kot tajnost ohraniti podatke o pacientovem zdravju. Pravniki poudarjajo, da je treba v takšnih primerih tehtati dva zavarovana interesa. Če zaradi nalezljive bolezni posameznika grozi drugim osebam nevarnost za njihovo zdravje, je interes varovanja zdravja močnejši od interesa varovanja tajnosti osebnih podatkov.

V procesu zdravljenja in odgovornosti za pacienta zdravnik ugotovi ali bi vsaj po razumnem sklepanju moral ugotoviti, da je pacient nevaren za druge v naslednjih primerih:

- zdravnik diagnosticira prenosljivo nalezljivo bolezen, ki lahko povzroči resne okužbe drugih oseb ali celo njihov smrt in se prenaša s spolnimi stiki ali kako drugače;
- psihiater zdravi duševnega bolnika in ugotovi, da je bolnik nevaren sebi in okolici.

Takšen zdravnik mora upoštevati tudi interes varstva tretjih pred širjenjem nalezljivih bolezni. Zdravnik mora svojemu pacientu razložiti potek zdravljenja nalezljive bolezni in kako naj preprečuje razširjanje bolezni. Zdravniki so prva linija obrambe pred nalezljivimi boleznimi.

Pacientu morajo natančno določiti tudi preventivne ukrepe, ki so odvisni od načina prenosa bolezni. Poseben poudarek mora nameniti preventivnim ukrepom pri prenosu spolno prenosljivih bolezni. Pri tem smejo odrediti določene sanitarne ukrepe npr., da mora pacient ostati v karanteni za določen čas ali da se mora držati ukrepov za varno spolnost. Pomembno je tudi, da se bolniku pojasni čas trajanja preventivnih ukrepov.

### 3. OBSEG POTREBNE SKRBI ZA TRETJE

Prisilni ukrepi niso uveljavljeni, da bi varovali zdravje pacienta, katerega dobro počutje oz. stanje je že narušeno, temveč so ukrepi namenjeni varovanju zdravja tretjih. Dolžnost zdravnika se v takšnih okoliščinah razširja na razmerje do oseb, ki so v dosegu škodljivih posledic. Tretja oseba, katere zdravje je ogroženo zaradi bolezni pacienta, ki mu je zdravnik dal napačen nasvet, ima v ameriškem pravu razlog za tožbo zoper zdravnika. Problem pa je, kako velik je krog oseb, ki spadajo v zaščiteno rizično skupino. Dolžnost ukrepanja zaradi AIDS ni samo v razmerju do poročenih partnerjev, vendar v takem primeru ni dolžnosti skrbi za pacientovo razširjeno družino, ker niso v nevarnosti okužbe zaradi omejenega načina prenašanja. Velja pa za vsakokratnega spolnega partnerja, ki je vselej v nevarnosti okužbe. V ameriškem sodnem primeru je zaradi transfuzije s krvjo okuženo z aidsom prišlo do prenosa bolezni na druge osebe, ker zdravnik, ki je zvedel za okuženo transfuzijo, ni opozoril niti pacienta niti njegovih staršev. Nekaj let pozneje je po polnoletnosti okuženi s spolnimi stiki okužil partnerico, vendar za svojo pozitivnost ni vedel.<sup>1</sup>

Lečeči zdravnik je tudi v RS najpomembnejši dejavnik pri preprečevanju širjenja nalezljivih bolezni. Med ukrepe preprečevanja spada tudi pravočasno obveščanje. Pri tem si nasprotujeta dva pravno zavarovana interesa, pravica do varstva osebnih podatkov in pravica tretjih do zdravja. Odločitev je odvisna od tega, kateri interes prevlada. Prisilni ukrepi so dopustni, če se mora interes za varovanje zasebnosti pacienta umakniti širšemu interesu v varovanju drugih oseb zaradi širjenja nevarnih bolezni.<sup>2</sup> Zdravnik mora opraviti potrebne korake da morebitne žrtve opozori na nevarnost. Obvešča policija ali drugi pristojni organi, ki ukrepajo v smislu zakonitih predpisov.

Obstajajo službena pravila, komu se pove za okužbo in niso enaka za vse nalezljive bolezni. Na splošno velja, da je pri posebej občutljivih podatkih treba še posebej skrbno ravnati. Potrebna je velika diskretnost. Pri spolno prenosljivih okužbah, je mogoče širše nasloviti javne pozive, da je čas za večjo ozaveščenost prebivalcev in da so organizirana testiranja za vsakogar, ki želi izključiti možnost okužbe.

Če zdravnik npr. ugotovi okužbo z meningokokom mora takoj obvestiti pristojne službe. Obveščanje je pri nas dobro urejeno in sproži timsko delo več strokovnjakov (infektologi epidemiologi, mikrobiolog po potrebi se vključujejo tudi drugi).

---

<sup>1</sup> Andrew Grubb, Judith Laing, Principles of Medical Law, Oxford University Press, , Oxford, , 2004, str. 337 in nasl.

<sup>2</sup> Več glej, Vesna Rijavec, Problemi varstva osebnih podatkov v sodnih postopkih v zvezi s procesnimi dejanji strank, Podjetje in delo, Letn. 22 (1996), št. 5/6, Ljubljana: Gospodarski vestnik, 1996, str. 921-935.

#### **4. SLOVENSKA ZAKONODAJA IN POLOŽAJ PACIENTA V POSTOPKU ZDRAVLJENJA NALEZLJIVIH BOLEZNI**

Opozoriti je treba na najpomembnejša določila zakonov, ki določajo ukrepe za preprečevanje širjenja nalezljivih bolezní in omejujejo s tem povezano avtonomijo posameznika. Slovenija ima poseben Zakon o nalezljivih bolezní (ZNB).<sup>3</sup>

V 10. členu so navedeni posebni ukrepi za preprečevanje in obvladovanje nalezljivih bolezní in v 5. točki tega člena tudi osamitev (izolacija), karantena, obvezno zdravljenje ter poseben prevoz bolnika, v 6. členu pa cepljenja (imunizacija in imunoprofilaksa) ter zaščita z zdravili (kemoprofilaksa).

Z ukrepom izolacije lečeči zdravnik, območni zavod za zdravstveno varstvo ali Inštitut za varovanje zdravja (IVZ) RS omeji svobodno gibanje, kadar to lahko povzroči direkten ali indirekten prenos bolezní na druge osebe (18. člen ZNB).

V hujših primerih, kadar je to nujno zakon omogoča odreditev karantene, ki še strožje omejuje svobodno gibanje. Določa obvezne zdravstvene preglede zdravim osebam, ki so bile ali za katere se sumi, da so bile v stiku z nekom, ki je obolel za kugo, virusno hemoragično mrzlico (Ebola, Lassa, Marburg) v času njegove kužnosti. Karanteno odredi minister za zdravje na predlog IVZ RS. Zoper odločbo o karanteni ni pritožbe.<sup>4</sup>

V primeru večjih epidemij ali naravnih nesreč zakon omogoča izjemne ukrepe, ki jih lahko odredita minister, pristojen za zdravje in vlada. Takšni ukrepi se lahko nanašajo na opravljanje zdravstvene dejavnosti v posebnih pogojih, prepustitev prostorov v uporabo za zdravstvene potrebe, določanje posebnih nalog. V primerih določenih nalezljivih bolezní pa vlada lahko odredi tudi posebne pogoje za potovanje v državo, omeji gibanje prebivalstva, prepove zbiranje ljudi v javnih mestih, odredi obvezno cepljenje ali omeji promet blaga ali izdelkov.

#### **5. PRISILNO ZDRAVLJENJE**

Ukrepi, povezani z omejevanjem širjenja nalezljivih bolezní, slonijo na Ustavi Republike Slovenije. Izhodišče predstavlja 51. člen, ki zagotavlja pravico do zdravstvenega varstva vsem prebivalcem. V tem členu je vsebovano tudi načelo prostovoljnega zdravljenja. Vendar ima slednje načelo izjemo. Nikogar ni mogoče prisiliti k zdravljenju, razen v izjemnih primerih, ki jih določa zakon. Kužne bolezni, ki lahko nevarno ogrožajo zdravstveno varstvo vseh prebivalcev, so taka izjema. V takih primerih je država dolžna z ustreznimi ukrepi zagotoviti, da bodo vsi prebivalci deležni ustrezne zaščite oziroma ustreznih zdravstvenih ukrepov. Pomembno je določilo ZNB, da se morajo osebe, ki zbolijo ali za katere se sumi, da so zbolele za nalezljivo boleznijo, zdraviti v vsakem primeru, ko bi opustitev zdravljenja ogrozila zdravje drugih ali povzročila širjenja nalezljivih bolezní (20. člen ZNB).

21. in celotni 22. člen ZNB določata cepljenje, kemoprofilakso, obseg obveznega cepljenja in razloge za opustitev cepljenja. Navedeni členi ZNB omejujejo popolno avtonomijo

---

<sup>3</sup> Ur. l. RS, št. 33/2006 UPB-1.

<sup>4</sup> Vojko Flis, Bolnikova pravna varnost, Revija Zdravje, 27 Julij, 2010.

posameznika v prid splošne družbene koristi, pa tudi v njegovo zaščito. Novela iz leta 2005 je nekoliko drugače uredila izvajanje obveznega cepljenja, saj so bile nekatere določbe zakona iz leta 1995 v neskladju z Ustavo. Zakon namreč ni urejal pravic posameznikov pri ugotavljanju upravičenih razlogov za opustitev obveznega cepljenja, prav tako pa ni urejal postopka za uveljavljanje teh razlogov. Zakon tudi ni urejal odškodninske odgovornosti države za škodo posameznikov, ki nastane zaradi obveznega cepljenja.<sup>5</sup>

Leta 2008 je bil sprejet Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP).<sup>6</sup> Četrti člen ZPacP govori o uresničevanju in omejevanju pacientovih pravic in tudi določa, da so pacientove pravice lahko omejene s področja zagotavljanja javne varnosti in javnega zdravja ter kadar bi bile ogrožene pravice drugih oseb.

5. člen ZPacP navaja seznam pacientovih pravic, med temi tudi pravico do samostojnega odločanja o zdravljenju. Ta pravica je omejena z določili 4. člena ZPacP.

21. člen ZPacP govori o sodelovanju pacienta in pravi, da ima pacient pravico, da po pridobitvi pojasnil (20. člen) dejavno sodeluje pri izbiri načina zdravljenja. Tudi ta člen ima omejitve pri obveznih ukrepih proti širjenju nalezljivih boleznih.

30. člen ZPacP v prvem odstavku omejuje avtonomijo pacienta, ki je sposoben odločati o sebi in ima pravico predlagati medicinski poseg ali oskrbo zavrniti, razen kadar bi to ogrozilo življenje ali h uje ogrozilo zdravje drugih.

Leta 2008 je bil sprejet tudi nov Kazenski zakonik (KZ-1)<sup>7</sup> Republike Slovenije, ki je zelo pomemben tudi za medicinsko stroko. Člen 125 KZ-1 strogo zagovarja tezo o popolni avtonomiji posameznika na področju medicinske stroke.

Člen 177 KZ-1 govori o prenašanju nalezljivih boleznih in o prisilnih ukrepih zoper avtonomijo posameznika. Omenjeni člen v svojem prvem odstavku namreč pravi, da kdor se ne ravna po predpisih ali odredbah, s katerimi pristojni organ odredi pregled, razkuževanje, izločitev bolnikov ali kakšne druge ukrepe za zatiranje ali preprečevanje nalezljivih boleznih pri ljudeh in s tem povzroči, da se nalezljiva bolezen razširi, se kaznuje z denarno kaznijo ali zaporom do enega leta.

## 6. SKLEP

Podpiram vse ukrepe, ki preprečujejo širjenje nalezljivih boleznih in s tem zagotavljajo varnost vseh državljanov. V dolgoletni klinični praksi sem se pri zdravljenju in preprečevanju širjenja nalezljivih boleznih srečevala z najrazličnejšimi ukrepi tudi s karanteno, redno pa z osamitvijo bolnikov (ali okuženih) zaradi različnih nalezljivih boleznih in z vsemi oblikami preprečevanja nalezljivih boleznih (cepljenje, kemoprofilaksa). Bolni ali zdravi se ukrepom zdravljenja ali

---

<sup>5</sup> Predlog Zakona o nalezljivih boleznih, avgust 2007;  
[http://www.mz.gov.si/fileadmin/mz.gov.si/pageuploads/aktualno/javna\\_razprava/zakon\\_o\\_nalezljivih\\_boleznih/predlog\\_znb\\_javna\\_razprava.pdf](http://www.mz.gov.si/fileadmin/mz.gov.si/pageuploads/aktualno/javna_razprava/zakon_o_nalezljivih_boleznih/predlog_znb_javna_razprava.pdf).

<sup>6</sup> Ur. l. RS, št. 15/2008.

<sup>7</sup> Ur. l. RS, št. 55/2008; 66/2008; 39/2009; 55/2009.

zaščite praviloma ne upirajo. Nikoli nismo potrebovali pri tem pomoči organov za notranje zadeve. Strah pred nalezljivimi boleznimi in njihovim širjenjem, ki pogosto potekajo z visoko smrtnostjo je v ljudeh močno zakoreninjen. V tej skrbi za družbeno korist in varnost morda premalo razmišljamo o posamezniku z nalezljivo boleznijo, ki je s temi ukrepi tudi sam zaščiten, vendar je zaradi široke družbene skrbi izgubil avtonomijo odločanja in je lahko izpostavljen tudi prisilnim ukrepom, a bi se ukrepom določenim za preprečevanje nalezljivih bolezni upiral. Problem posameznika predstavlja poleg izgube avtonomije tudi problem osamitve (izolacije), s tem povezane osamljenosti, stikov z družino, pomanjkanja socialnih stikov in drugih komunikacijskih poti.<sup>8</sup> Tudi komunikacijski odnos med zdravnikom in bolnikom ni takšen kot bi si ga oba v partnerskem odnosu želela, saj je omejen s številnimi ukrepi in tudi okoljem. Prav zaradi tega je tudi v takšnih okoliščinah potrebno ohraniti pacientovo lastnost subjekta. V takšnem okolju je potrebna predvsem zelo obsežna zdravnikova pojasnilna dolžnost, ki se ne nanaša samo na bolezen in z njo povezane vrste tveganj, ki je povzročila nujne ukrepe, ampak naj bo mnogo širša, če se želi ohraniti temeljni odnos med zdravnikom in bolnikom, to je zaupanje.<sup>9</sup> Morda bi v takšnih pogojih bila v veliko pomoč tudi prisotnost druge osebe, ki bi ji bolnik (posameznik) zaupal bodisi kot zagovornik ali pa prisotnost varuha človekovih pravic oziroma njegov namestnik v vlogi individualnega zaščitnika posamezniku. Problemi se porajajo tudi pri izvajanju obveznega cepljenja. Pojavljajo se posamezniki in organizirane združbe, ki odklanjajo obvezna cepljenja pri sebi in tudi pri njihovih otrocih in s tem ogrožajo zaščito drugih. Pri tem navajajo številne razloge, tudi podatke, da cepljenja v drugih državah niso obvezna. Zakonska določila so smiselna, če se v praksi izvajajo. Morda bi v novem ZNB, ki se pripravlja o tej problematiki, pred sprejetjem obsežnejše razpravljali in morda dosegli cilj obveznega cepljenja, tudi z več avtonomije posameznika in to ne samo na področju odločanja ampak tudi odgovornosti, ki jo s tem prevzema.

#### LITERATURA:

- Grubb A, Laing J., Principles of Medical Law, Oxford University Press, , Oxford, , 2004.  
Flis V., Bolnikova pravna varnost, Revija Zdravje, 27 Julij, 2010.  
Flis V., Reberšek Gorišek J., Pojasnilna dolžnost in v kakšni obliki? Medicina in Pravo; izbrana poglavja 2001, 2002, 2003. Maribor: Splošna bolnišnica 2004.  
Milčinski J., Medicinska etika in deontologija, Dopisna delavska univerza, Ljubljana 1982; 75-83.  
Rijavec V., Problemi varstva osebnih podatkov v sodnih postopkih v zvezi s procesnimi dejanji strank, Podjetje in delo, Letn. 22 (1996), št. 5/6, Ljubljana: Gospodarski vestnik, 1996, str. 921-935.

---

<sup>8</sup> Janez Milčinski. Medicinska etika in deontologija. Dopisna delavska univerza. Ljubljana 1982; 75-83.

<sup>9</sup> Vojko Flis, Jelka Reberšek Gorišek. Pojasnilna dolžnost in v kakšni obliki? Medicina in Pravo; izbrana poglavja 2001, 2002, 2003. Maribor: Splošna bolnišnica 2004.

# KOMUNIKACIJSKI ODNOSI MED ZDRAVNIKOM, BOLNIKOM IN SVOJCI

## COMMUNICATION'S RELATIONS BETWEEN PHYSICIAN, PATIENT'S AND CLOSE RELATIVES

UDK: 614.253(497.4)

Prim. Jelka REBERŠEK GORIŠEK, dr. medicine  
UKC Maribor

### POVZETEK

*Odnosi med zdravnikom in bolnikom v sodobni družbi temeljijo na partnerstvu, ki vsaki strani nalaga pravice in dolžnosti. V ta odnos so ponavadi vključeni tudi svojci oz. skrbniki bolnika. Za dober komunikacijski odnos sta v osnovi potrebna zaupanje in medsebojno spoštovanje vseh vključenih strani. Na uspešnost komunikacije in dobre odnose pa vplivajo številni dejavniki. Izrednega pomena sta pojasnilna dolžnost zdravnika in bolnikova privolitev za zdravljenje. Pomanjkljiva komunikacija in s tem slabše informiranje bolnikov povzroča večino sporov med izvajalci zdravstvenih storitev in bolniki. Avtorica na koncu predlaga nekaj poti k izboljšanju komunikacijskih odnosov.*

### KLJUČNE BESEDE

*Odnos zdravnik-bolnik, komunikacija, pojasnilna dolžnost.*

### ABSTRACT

*In modern society, relations between physicians and patients are based on a partnership where each side is charged with rights and duties. In this relationship the close relatives or patient's caregivers are involved as well. Fundamental for a good communication relationship are trust and mutual respect between all parties involved. The effectiveness of communications and good relations is affected by many factors, explanatory duty of the physician and patient's informed consent before treatment being of paramount importance. A lack of communication, and by this worse information of patients, represent the main disputes between healthcare providers and patients. Finally, the author proposes some ways to improve communication relationships.*

### KEY WORDS

*Physician-patient relation, communication, informed consent.*

### 1. UVOD

Sprememba tradicionalnega patriarhalnega odnosa med zdravnikom in bolnikom v partnerski odnos je privedla do bistvenih sprememb. V partnerskem odnosu sta zdravnik in bolnik subjekta z vsemi pravicami in dolžnostmi, ki jih takšen odnos nalaga. V komunikacijskem odnosu sodelujejo običajno tudi svojci ali skrbniki bolnika. Uspešnost komunikacijskih poti ni odvisna samo od njih, ampak na te odnose vplivajo tudi številni dejavniki. Zelo pomemben dejavnik je okolje, v katerem zdravstveni proces poteka, medsebojni odnosi med

zdravstvenimi izvajalci, pogovori med bolniki, organiziranost zdravstva na lokalnem in nacionalnem nivoju in ne nazadnje klima družbe, v kateri živimo in standardi vrednot, ki jih upoštevamo. Vsak od teh dejavnikov ima bolj ali manj pomemben vpliv na komunikacijski odnos in pri vsakem od teh se lahko kaj zalomi ali ne gre v pravo smer.

## 2. TEMELJI DOBRE KOMUNIKACIJE

V zdravstveni dejavnosti tako kot v številnih drugih potekajo raznotere komunikacijske poti in odnosi. Temeljni odnos je partnerski odnos med zdravnikom in bolnikom, ki se odvija s kontinuiranimi komunikacijskimi odnosi ves čas zdravljenja. V te odnose so vključeni tudi svojci ali skrbniki bolnika. Ne glede na vpliv zunanjih dejavnikov, je najčešče izpostavljen le komunikacijski odnos med zdravnikom in bolnikom oziroma njegovimi svojci. Javnost in medije zanimajo dogajanja na zdravstvenem področju, tako dosežki kot pomanjkljivosti, kar je razumljivo, če poudarjamo, da je zdravje naša največja vrednota. Iz poročila mariborske varuhinje bolnikovih pravic izhaja, da glavnino sporov med zdravstvenimi izvajalci in bolniki (pa tudi njihovimi svojci) predstavlja pomanjkljiva komunikacija. Slaba ali pomanjkljiva komunikacija je pogosto predmet razprav v strokovnih in drugih revijah, vendar pogosto izpostavlja le problem odnosa med zdravnikom - bolnikom ali njegovimi svojci brez celostne obravnave problema.

Dober komunikacijski odnos temelji predvsem na zaupanju in medsebojnem spoštovanju zdravnika, bolnika in svojcev. Zdravnik prispeva v ta odnos svoje strokovno znanje, izkušnje, poštenost, etičnost ter spoštovanje, sočutje in skrb za bolnika. Dobra pojasnilna dolžnost je bistveni del partnerskega odnosa in dobrega komunikacijskega odnosa in je tudi zakonska obveza zdravnika.

Izvajanje dobre pojasnilne dolžnosti je težka naloga, saj pogosto zajema tudi širše probleme bolnika, ki niso v neposredni zvezi z boleznijo, temveč so lahko s socialnih vidikov vzrok zanjo.

V odnosu zdravnika do bolnika so izražene tudi karakterne lastnosti zdravnika in njegove veščine komunikacije. Bistvo zdravnikovega dela je delati dobro za korist bolnika, zato bi se za ta poklic morali odločati ljudje s temi lastnostmi. Za znanja s področja komunikacij mora praviloma poskrbeti zdravnik sam.

Bolnikova dolžnost je na podlagi razumljive in razumljene pojasnilne dolžnosti dati ozaveščeno privolitev za zdravljenje. Ozaveščeno privolitev mu olajšajo (ali otežujejo?) številni obrazci s pisnimi obrazložitvami za potek bolezni in za morebitna tveganja v postopku zdravljenja.

Zanimivo bi bilo ugotoviti, koliko številni obrazci z opisom pogosto zapletenih postopkov zdravljenja prispevajo k dobri komunikaciji. Bolnik je čedalje bolj zdravstveno ozaveščen tudi iz medijev, interneta, knjig in drugih virov in zelo mu je v pomoč Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP). Če bolnik na podlagi vseh teh znanj in dobre pojasnilne dolžnosti, ki je kontinuiran proces v postopku zdravljenja, izraža zaupanje v zdravnika in to zaupanje ohranja, predstavlja to zelo dober komunikacijski odnos in velik prispevek k uspešnosti zdravljenja. Enaki temelji veljajo za dober komunikacijski odnos tudi s svojci. Posebno pozornost je potrebno nameniti na področju pojasnilne dolžnosti staršem otrok.



### 3. NAJPOGOSTEJŠE POMANJKLJIVOSTI KOMUNIKACIJSKIH ODNOSOV

V klinični praksi najpogostejše opazimo naslednje pomanjkljivosti. Neizvajanje ali slabo in nepopolno izvajanje pojasnilne dolžnosti ali prenos izvajanja pojasnilne dolžnosti na druge zdravstvene izvajalce v postopku zdravljenja pomeni slab in pomanjkljiv komunikacijski odnos. Slabo izvajanje pojasnilne dolžnosti praviloma ni vezano na pomanjkanje strokovnega znanja ampak pogosto na druge dejavnike. Često je razlog slabšega informiranja bolnika ali njegovih svojcev pomanjkanje časa, predvsem zaradi preobremenitve zdravnika. Tudi možnosti zdravljenja so čedalje večje, po drugi strani pa omejene zaradi finančnih stroškov, kar je s pojasnilno dolžnostjo včasih težko pojasniti bolniku. Pojasnilo o finančnih omejitvah, neredko prispeva k nastanku konfliktne situacije.

Neustrezna organiziranost zdravstva s čakalnimi dobami na funkcionalne in druge preiskave ter na terapevtske obravnave in tudi opremljenost v zdravstvu vzbujata lahko v bolniku nezaupanje v postopek zdravljenja, kar pelje v poslabšanje komunikacijskih odnosov. Tudi slabša večšina komunikacije zdravnika in karakterne lastnosti tako zdravnika kot bolnika ali njegovih svojcev lahko prispevata k pomanjkljivem komunikacijskem odnosu ali ga celo prekinejo.

### 4. POTI K IZBOLJŠANJU KOMUNIKACIJSKIH ODNOSOV

Sprotno reševanje nastalih komunikacijskih motenj z odkritim dialogom med vsemi partnerji v procesu zdravljenja in celostna obravnava problematike nastalega konflikta je pot k reševanju konfliktov in njihovemu preprečevanju. Prvi korak k izboljšanju komunikacije so pogovori med lečečim zdravnikom, bolnikom in po potrebi tudi s svojci. »Lepa beseda lepo mesto najde«, je star pregovor, ki je pogosto zelo učinkovit v praksi. Zato si je za pogovor potrebno vzeti čas in s pojasnjevanjem odpravljati vzroke nastalih komunikacijskih motenj.

Zdravnikov velik problem je čas, preobremenitev in lahko tudi neustrezna organiziranost v zdravstvu. Kako pomembno si je vzeti dovolj časa za pogovore med zdravniki in bolniki, se kaže pri obravnavi bolnikov pri zasebnikih, kjer je manj komunikacijskih pomanjkljivosti. Zato si je v ustreznih zakonskih aktih potrebno prizadevati za določitev časa namenjenega komunikacijskim odnosom med zdravnikom in bolnikom ter njegovimi svojci.

Preobremenitev zdravnikov bo še nadalje velika, saj je znano pomanjkanje zdravnikov v Sloveniji, ob tem pa tudi neenakomerna porazdelitev zdravnikov po področjih. Nov zakon o zdravstveni dejavnosti, ki prihaja v obravnavo, narekuje še večje obremenitve zdravnikov, kar bo povzročilo, da bodo zdravniki imeli še manj časa in to ne bo v korist izboljšanju medsebojne komunikacije z bolniki.

Pri pomanjkljivih komunikacijskih odnosih med zdravnikom in bolnikom je potrebna celostna obravnava teh problemov. Ukvarjati se je treba tudi s problemi organiziranosti v zdravstvu in s tem povezane odgovornosti. V družbenem okolju, zlasti v civilni družbi in medijih je potrebno vzpostaviti učinkovite mehanizme, ki bodo vnašali med ljudi zaupanje v zdravstveni sistem. Zelo težko je delati v klimi, kjer vlada nezaupanje v zdravstvo, dnevno pa iščejo pomoč v zdravstvenih ustanovah tisoči bolnikov, ki jim zaupanje v zdravnikovo znanje, njegovo skrb in pomoč vliva upanje v dober iztek zdravljenja. Reševanje strokovnih napak in zapletov v

zdravstvu naj teče po uveljavljenih poteh s konstruktivnim ciljem izboljšav in preprečevanja nadaljnjih nepravilnosti v zdravstvu, tudi z motom, da ni nihče kriv, dokler mu krivda ni dokazana.

Komunikacije se je potrebno učiti in najbolje bi bilo s tem pričeti že v času študijskih let. Tudi mediacija je pomemben prispevek h komunikacijskim odnosom in prav gotovo predstavlja eno izmed poti za reševanje nespretnih komunikacijskih odnosov oziroma pomanjkljivosti, pa jo v zdravstvu premalo uporabljamo.

## LITERATURA

1. Janez Milčinski. Medicinska etika in deontologija. Dopolna delavska univerza. Ljubljana 1982; 75-83.
2. Uradni list RS št. 15/2008
3. V. Flis. Zdravljenje je kaznivo dejanje. *Isis*, januar 2010: 36–6.
4. Ada Polajnar Pavčnik. Temeljne pravice kot osebne pravice, Temeljne pravice, Cankarjeva založba. Ljubljana, 1997.
5. V. Flis, J. Reberšek Gorišek. Pojasnilna dolžnost in v kakšni obliki? *Medicina in Pravo*; izbrana poglavja 2001, 2002, 2003. Maribor: Splošna bolnišnica 2004.
6. A. Dolenc. Etični pogled na odnos zdravnik-bolnik. *Medicina in Pravo*; izbrana poglavja 2001, 2002, 2003. Maribor: Splošna bolnišnica, 2004.
7. Z. Krušič Mate. Pravica do zasebnosti v medicini. Založba GV. Ljubljana, 2010.

# NEMOČ ZDRAVNIKOV PSIHIATROV IN KAZENSKIH SODNIKOV PRI OBRAVNAVI SPLOŠNO NEVARNIH STORILCEV KAZNIVIH DEJANJ

## HELPLESSNESS OF MEDICAL PSYCHIATRISTS AND CRIMINAL COURT JUDGES IN DEALING WITH GENERALLY DANGEROUS CRIMINAL OFFENDERS

UDK: 343.91-056.34(497.4)

*Dr. Barbara NERAT, univ. dipl. pravnica  
Okrajna sodnica  
Kazenski oddelek Okrajnega sodišča v Mariboru*

### POVZETEK

*Skozi prispevek je na kratko predstavljeno alarmantno stanje, do katerega pride v trenutku, ko se v javnosti pojavi splošno nevaren storilec<sup>1</sup> kaznivega dejanja – bodisi izvršitelj kaznivega dejanja, ki mu ne gre očitati krivde in torej ni kazensko odgovoren. Lahko je to delinkvent, ki je popolnoma prišteven in zatorej njegova kazenska odgovornost sploh ni vprašljiva, je pa »nevaren« za okolico. V vsakem primeru tako zdravniki psihiatri kot kazenski sodniki obstanejo pred dilemo: kam s takšnim storilcem in kako z njim postopati? Avtorica skuša najti ustrezno pot, kako zakonodajno (materialno, procesno in izvršilno) oblikovati ter podrejeno temu pravosodno in medicinsko terapevtsko obravnavati forenzičnega bolnika.<sup>2</sup>*

### KLJUČNE ABSTRACT

*Kaznivo dejanje, prištevnost, kazenska odgovornost, psihiater, duševna bolezen.*

### ABSTRACT

*The paper briefly presents an alarming situation, which occurs at when a generally dangerous offender appears in the public – either an executor of the criminal offence, for what he should not be reproached guilty and therefore is not criminally liable, or a delinquent, who is fully imputable and therefore his criminal liability is not questionable at all, but is »dangerous« for the neighborhood. In any case, both medical psychiatrists and criminal court judges are often faced to a dilemma: where to put such offenders and how to proceed with him. The author tries to find an adequate way how to deal with a forensic patient in the sense of legislation (substantively, procedurally and executively) jurisdiction and medica treatment..*

### KEY WORDS

*Criminal offence, imputability, criminal liability, psychiatrist, mental illness.*

---

<sup>1</sup> V nadaljevanju prispevka bo upoštevalje skoraj matematično formulo izvršitev = storitev + opustitev namesto dogmatično pravilni implementiranega termina izvrševalec uporabljen žargonski izraz storilec kaznivega dejanja. Namen poenostavitve je lažje razumevanje procesne situacije obdolženega. Končno tudi sodna praksa v obsodilnih meritornih odločitvah praviloma obdolženega naziva storilec kaznivega dejanja.

<sup>2</sup> Žargonsko, zaradi poenostavitve in lažjega razumevanja, se za take storilce kaznivih dejanj uporabljata izraza »forenzični bolniki« oziroma »forenzični storilci«.

## 1. UVOD

»Je že tako - kako sva si različna!«, bi lahko nekoliko šaljivo iz besedila slovenske zimzelene melodije opisali temeljni problem kritičnega ovrednotenja kazenskega sodnika in zdravnika psihiatra na staro, novo in prihodnjo materialno kazensko ureditev statusa in (možnosti) postopanja s forenzičnimi bolniki. V prvi vrsti je namreč nujno izpostaviti nemir in tesnobo še zmeraj prisotnih nerazrešenih dilem, ki vzklijejo takoj, ko trčita pravzaprav dve inkompatibilni stroki – kazensko pravo in psihiatrija, vsaka znanost s svojstvenim pogledom.<sup>3</sup>

Razlike kričeče izstopajo že na (začetni) točki gledanja na človeka in njegovo delovanje v svetu.<sup>4</sup> Kazenskopravni vidik se takoj osredotoči na človekovo ravnanje oziroma vlogo volje v ukrepanju zoper splošno nevarnega storilca kaznivega dejanja, medtem ko ima naravoslovno misleči zdravnik oziroma dinamično psihološko usmerjeni psihiater - čeravno nepopolni - vpogled v daleč nazaj segajočo verigo organskih procesov in psiholoških dogajanj, ki stoje za storilčevim aktualnim ravnanjem.<sup>5</sup>

Medtem ko kazenski sodniki grajamo ravnanje storilca, ki se ne ujema s prepovednimi in zapovednimi pravnimi normami, pa »krivda« v modelu psihiatrovega pojmovanja človeka v razmerju do okolice nima pravega mesta. Njegovo ravnanje namreč psihiater le bolj ali manj razume in ga skuša v določeni meri razložiti – enkrat bolj kot neposredno reakcijo človeka na okoliščine, v katerih se je znašel, drugič spet ob večjem vključevanju struktur in dogajanj (organskih ali dinamično psiholoških) znotraj njegove osebnosti. te strukture so v veliki meri že začrtane v zgodnji mladosti forenzičnega bolnika, pravzaprav segajo še v zgodovino pred rojstvom, ki je oblikovala njihove specifikke, s tem pa tudi splošni vzorec človekovih reakcij. V tej sklenjeni verigi determinant človekovega doživljanja in ravnanja, kot ustreza psihiatričnemu modelu, praktično ni prostora za »voljo«, ki jo iščemo kazenski sodniki kot znak kaznivega dejanja. Ni prostora za energijo in mehanizem, ki ju storilec s protipravnim namenom lahko kadarkoli mobilizira.<sup>6</sup>

Prav tako je psihiatru tuja tudi nadaljnja konsekvence pravniškega sklepanja, ki se začenja s predstavo o svobodni volji, kjer kazen deluje zlasti kot povračilni ukrep. Obratno se na strani zdravnika analogna veja zaključuje s terapijo in rehabilitacijo. Čeravno nekateri medicinski terapevtski ukrepi ustvarjajo represiven videz, je to mogoče razumeti z vidika vedenjske terapije kot poskus forenzičnega bolnika »odučiti« nekaterih deviantnih navad.<sup>7</sup>

Faze postopanja kazenskega sodnika na eni in zdravnika psihiatra na drugi strani, v trenutku, ko vstopita v stik s forenzičnim bolnikom, katerega ravnanje je označiti kot splošno nevarno, gre prikazati skozi naslednjo tabelo:

---

<sup>3</sup> Milčinski L., Etični vidiki psihiatričnega izvedenstva, Forenzična psihiatrija 18 – referati dveh posvetovanj, Katedra za psihiatrijo Medicinske fakultete v Ljubljani, Univerzitetna psihiatrična klinika Ljubljana, Ljubljana, 1990, str. 34.

<sup>4</sup> Filozofska koncepcija kazenskega prava in kazenske odgovornosti sloni na »predpostavki o človeku, ki ga je narava obdarila z absolutno svobodo, naravnimi pravicami in čistim razumom«. Povzeto po Bavcon L., Neki teoretski problemi krivične odgovornosti, Revija za kriminologijo i krivično pravo, št. III, str. 305 do 330, Beograd, 1965.

<sup>5</sup> Klasična doktrina kazenskega pravosodja sloni »na delih cerkvenih očetov, na sholastični filozofiji in moralni filozofiji 17. stoletja«. Tako Kinberg O., Les problemes fondamentaux de la criminologie, Cujas, Paris, 1957.

<sup>6</sup> Prim. Leferenz H., Die Beurteilung der Glaubwürdigkeit, Handbuch der forensichen Psychiatrie II, Springer Verlag, 1972, str. 1324.

<sup>7</sup> Milčinski L., že cit., str. 35.

faza	kazenski sodnik	zdravnik psihiater
1	Ugotavljanje dejanskega stanja z večjim poudarkom na dejanju	Fenomenološka osvetlitev subjektovega vedenja z večjim poudarkom na človekovi osebnosti
2	Ugotavljanje krivde	Biopsihosocialna in dinamično psihološka analiza primera
3	Odmera kazni	Odločitev za ustrezno terapijo in rehabilitacijo

**Tabela:** Shematična primerjava postopanja s forenzičnim bolnikom v kazenskem sodstvu in na področju psihiatrije, Forenzična psihiatrija, Ljubljana, 1990, str. 36.

Kazensko sodstvo in forenzična psihiatrija pa se, ko je v ospredju urejanje odnosov med splošno nevarnim storilcem in okolico, razhajata tudi na izjemno pomembni, pravzaprav izhodiščni točki: brez dvoma obe stroki pod drobnogled zajemata tako forenzičnega bolnika kot širšo okolico, toda jasno je, da je primarna skrb kazenskega prava okolico zavarovati pred ravnanji nevarnega storilca, čeravno na način, ki bo čim bolj obvaroval tudi njegov interes, medtem ko psihiatrija pristopa zrcalno, primarno torej varuje forenzičnega bolnika, čeprav naj bi ta skrb ne šla na škodo reda in miru v okolici.<sup>8</sup> Na tako obrazloženo lahko torej sklepamo, da so razlike med pristopom kazenskega pravosodja in medicine v razmerju do forenzičnega bolnika diametralno nasprotne že v samem temeljnem izhodišču, vsled česar je težko predstavljivo, da bi v konkretni kazenski zadevi pristopila skladno. Tudi izid kazenskega postopka in kasneje medicinske terapevtske obravnave ne prinese usklajenih mnenj, sprejemljivih za obe znanstveni disciplini, saj kazenski sodnik in psihiater nastopata vsak v svoji vlogi. Prav zato bi bilo nepravilno pričakovati preložitve obveznosti in zadolžitve iz enega na drugega strokovnjaka.<sup>9</sup>

## 2. KRITIČEN POGLED S STRANI KAZENSKEGA SODSTVA

Glede na stalno konstantno primerjanje z materialnimi ureditvami močnih pravnih redov nekaterih posebej izstopajočih držav članic Evropske unije, je treba opozoriti na dejstvo, da je imel že Kazenski zakonik (KZ)<sup>10</sup> v primerjavi z nemškim kazenskim zakonikom (StGB)<sup>11</sup> pomanjkljivo lestvico osebnih, moralno neobarvanih ukrepov kot sredstev za varstvo okolice pred splošno nevarnimi storilci kaznivih dejanj, kar pa je pravzaprav zanemarljivo v primerjavi z revolucionarno spremembo (in zmedo), ki jo je v materialni kazenski prostor vnesel novo sprejet Kazenski zakonik – 1 (KZ-1)<sup>12</sup> konec leta 2008, ki je vse medicinske terapevtske ukrepe v obliki varnostnih ukrepov enostavno črtal. Negotovost je bila celo tolikšna, da se je na podatek Višjega sodišča v Ljubljani Ministrstvu za pravosodje, da v strokovnih krogih

<sup>8</sup> Milčinski L., že cit., str. 36.

<sup>9</sup> Tipični vlogi, ki ju prevzamejo psihiatri, bi šlo označiti kot »*trmastega strokovnjaka*« na eni, in »*rezervnega angela pravosodja*« na drugi strani. Prvi ne kaže pravega posluha za pričakovanja sodišča, drugi pa takorekoč zataji svoj primarni poklic. Ko išče na lestvici med tema dvema skrajnostima mesto, ki mu še najbolj ustreza, še posebno pa, če želi to raven delovanja preseči, mu je poleg strokovnega znanja in izkušenj potrebna še vrsta priporočil in navodil, da bi potrebam sodišča lahko ustregel, a istočasno ne izgubil svoje identitete kot psihiater. Povzeto po Milčinski L., že cit., str. 36 in 37.

<sup>10</sup> Kazenski zakonik (KZ), Ur.l. RS, št. 95/2004.

<sup>11</sup> Deutsches Strafgesetzbuch (StGB), BGBl. I S. 3322, BGBl. I S. 2674 in nasl.

<sup>12</sup> Kazenski zakonik (KZ-1), Ur. list RS, št. Ur.l. RS, št. 55/2008 (66/2008 popr.), 39/2009.

prevladuje razlaga, da je Zakon o duševnem zdravju (ZDZdr)<sup>13</sup> zakon iz 376. člena KZ-1, odzval Direktorat za zakonodajo s področja pravosodja (v nadaljevanju: Direktorat) s kratkim pojasnilom, da ZDZdr ni zakon iz 376. člena KZ-1. ZDZdr se je začel uporabljati dne 12.08.2009, pri čemer je postavil sodno prakso pred nenavadno dilemo. Sodišča so se namreč začela vpraševati, ali je to zakon, ki ga napoveduje 376. člen KZ-1. Po tem določilo se namreč uporabljajo 64., 65. in 2. ter 4. odstavek 63. člena KZ/94 le še do uveljavitve zakona, ki bo urejal ukrepe obveznega psihiatričnega zdravljenja neprištevnih in bistveno zmanjšano prištevnih storilcev kaznivih dejanj. Dilema, ali je tak zakon morda prav ZDZdr, pa se postavlja zato, ker le-ta skozi določilo 112. člena opredeljuje, da se sodni postopki, ki so se začeli pred začetkom uporabe tega zakona, nadaljujejo in končajo po tem zakonu.<sup>14</sup> Po tej razlagi naj bi bil namen zakonodajalca pri sprejemu prehodnih določb KZ-1 in ZDZdr glede izrekanja medicinskih varnostnih ukrepov v kazenskem postopku ta, da ZDZdr:

*»le vzpostavi pravni okvir za celostno in dolgoročno zasnovano varstvo duševnega zdravja v Republiki Sloveniji ter uskladi obstoječo zakonodajo z odločbo Ustavnega sodišča Republike Slovenije, št. U-I-60/03-20, vendar brez posegov v kazenske postopke, saj za posege v kazenske postopke v ZDZdr nikjer ni pravne podlage, niti niso v prehodnih določbah ZDZdr navedene določbe Zakona o kazenskem postopku (ZKP)<sup>15</sup> od 491. do 496. člena ali Kazenskega zakonika iz leta 1994 kot razveljavljene.«<sup>16</sup>*

Glede na navedeno je Vrhovno sodišče RS ocenilo, da poseben zakon iz 376. člena KZ-1 v zvezi z izrekanjem medicinskih varnostnih ukrepov v kazenskih postopkih še ni bil sprejet. To pomeni, da v kazenskih postopkih še vedno velja prehodno določilo 376. člena KZ-1, ki določa uporabo 64. in 65. člena ter določbi 2. in 4. odstavka 63. člena KZ. Pojasnilo je prej kot ne skopo in ne pripomore k rešitvi v sodni praksi nastale dileme, čeprav se slednja naj že sklicuje, ko išče izhod iz kontroverzne zakonske ureditve, ki je nastala zaradi nekaterih pomanjkljivosti ZDZdr. Pojasnilu Direktorata je sodna praksa, prej polna dvomov, brez zadržkov sledila, kot da bi šlo za načelno mnenje Vrhovnega sodišča ali za odločbo Ustavnega sodišča, pri tem pa prezrlo, da je razlaga zakonov v pristojnosti sodišča.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Sodnikov informator, št. 11/2009, . že cit., str. 3.

<sup>14</sup> Povzeto po Dežman Z., Ali je ZDZdr zakon iz 376. člena KZ-1?, Pravna praksa, 26.11.2009, Ljubljana, 2009, priloga, str. 6 do 8.

<sup>15</sup> Zakon o kazenskem postopku (ZKP), Ur. list RS, št. 32/07, 40/07, 102/07 in nasl., ter ZKP-1, Ur. list RS, št. 89/08, do ZKP-J.

<sup>16</sup> Sodnikov informator, št. 11/2009, Vrhovno sodišče RS, z dne 21.09.2009, Ljubljana, str. 2 in .3.

<sup>17</sup> Da je tako, kaže naslednji primer iz sodne prakse: senat Okrožnega sodišča v Mariboru je s sklepom, opr. št. Ks 759/2009 z dne 21.08.2009 na predlog predsednice senata, pred katero naj bi bila glavna obravnava, zavrgel predlog za izrek varnostnega ukrepa obveznega psihiatričnega zdravljenja neprištevnemu storilcu kaznivega dejanja umora, ki je bil že od predkazenskega postopka na podlagi sklepa nepravdnega sodišča, opr. št. Pr 15/09 z dne 10.06.2009, proti volji nameščen na oddelku za psihiatrijo. Cit. sklep je bil izdan na podlagi določil ZDZdr. V obrazložitvi odločitve se je kazenski izvenrazpravni senat skliceval na določbo 376. člena KZ-1 in 122. člena ZDZdr. Pritožbeno sodišče je po pritožbi ODT s sklepom, opr. št. I Kp 216/09 z dne 04.09.2009 izpodbijano sodno odločbo razveljavilo, ker je za bistveno kršitev določb ZKP štelo, da »izpodbijani sklep nima razlogov o odločilnih dejstvih, ker iz sklepa ni razvidno, na podlagi katerih okoliščin zastopa prvostopenjsko sodišče stališče, da je ZDZdr zakon, ki naj bi po 376. členu KZ-1 urejal varnostne ukrepe neprištevnih in bistveno zmanjšano prištevnih storilcev.«. Senat je s sklepom Ks 855/09 z dne 09.09.2009 ponovno odločal in obrazložitev dopolnil. Zoper tak sklep se je ponovno pritožila obtožba. ODT je v obširnih razlogih navedel, zakaj bi bilo nevzdržno, če bi veljal ZDZdr za zakon iz 376. člena KZ-1, ter predlagal, da se postopek za izrek varnostnega ukrepaobveznega psihiatričnega zdravljenja in varstva v zdravstvenem zavodu dopusti, podrejeno pa, da se dopusti izvedba postopka za sprejem osebe v oddelek pod posebnim nadzorstvom brez privolitve, na podlagi sklepa sodišča. Pritožbeno sodišče je na ponovno pritožbo tožilstva sklep spremenilo in s sklepom, opr. št. I Kp 235/09 z dne 29.09.2009 predlog za izrek varnostnega ukrepa dopustilo, obrazložitev pa oprlo

Prepad med kazenskim sodstvom na enem in forenzično psihiatrijo na drugem bregu, ki ga povzroča omenjena pravna praznina, naj bi najbrž subtilno zakril primarno zaenkrat še neobstoječi *lex specialis*, ki bo v prihodnosti urejal ukrepe obveznega psihiatričnega zdravljenja neprištevnih in bistveno zmanjšano prištevnih storilcev, očitno sekundarno, nekoliko bolj posredno pa tudi dne 23.07.2008 razglašeni ZDZdr. Ukrepi obveznega psihiatričnega zdravljenja neprištevnih in bistveno zmanjšano prištevnih storilcev po uveljavitvi zakona, ki bo urejal take ukrepe, ne bodo več varnostni ukrepi, ampak bodo to ukrepi nekazenske narave, ki se bodo izrekli po določilih pričakovanega posebnega zakona, kot gre sklepati iz vsebine 376. člena KZ-1. Vendar bi zakonodajalec takšen model postopanja s storilci z duševnimi motnjami lahko uveljavil tudi brez spremembe krivdnega načela.<sup>18</sup> Ob predpostavki, da so postopek po ZKP nadomestile določbe ZDZdr, so določbe ZKP *ex lege* razveljavljene, ker je z odpravo terapevtskih varnostnih ukrepov kazensko procesno pravo izgubilo svoj proceduralni predmet. V takem kontekstu je toliko bolj problematična razlaga, da 376. člen KZ-1 še vedno napoveduje zakon, ki šele prihaja. Če se namreč domneva, da bo potreben še neki drug poseben zakon, to pomeni napoved neki unikatni ureditvi, ki ne bo primerljiva z nobenim od evropskih pravni sistemov, ki urejajo problematiko neprištevnih storilcev kaznivih dejanj v prav takem zakonu, kot je ZDZdr.<sup>19</sup>

Pojasnilo Direktorata torej ne daje (popolnega in zadovoljivega) odgovora na s strani stroke zastavljeno vprašanje. Ne le zato, ker odgovora ne gre razbrati zgolj na podlagi ugibanja o razmerju med 376. členom KZ-1 in 112. členom ZDZdr, temveč tudi iz razloga, ker je treba izpostavljeni prehodni določbi KZ-1 in ZDZdr premotriti iz več zornih kotov:

- a) razlogov za izločitev terapevtskih varnostnih ukrepov iz kazenske zakonodaje,
- b) smisla prehoda od kazenskopravnega obravnavanja oseb s težavami v duševnem zdravju na civilni model, in
- c) stališča načina, na katerega naj se ZDZdr dopolni, da bo zadostil še nekaterim kazenskopravnim zahtevam ter s tem postal evropsko primerljiv zakon.<sup>20</sup>

Kazenski sodniki pa ne bomo imeli zgolj »skupnih« problemov, ki si jih bomo delili z zdravniki psihiatri in nepravdnimi sodniki, marveč nas čaka spopad z nekaterimi osnovnimi instituti kazenskega materialnega prava ter elementi splošnega pojma kaznivega dejanja. Soglašati je s stališčem nekaterih teoretikov, da je tudi takrat, ko je krivda le predpostavka kazni, povsem vseeno, ali se bodo neprištevnim storilcem izrekli ukrepi, predvideni s kazenskim, civilnim ali upravnim pravom, ker se v nobenem od teh primerov ne izreka kazen. In nadalje, da je pravilna trditev,<sup>21</sup> da se »ne more reči, da sistemi, ki izrekajo varnostni ukrep obveznega psihiatričnega zdravljenja v okviru kazenskega postopka, manj dosledno uveljavljajo načelo krivde kot sistemi, ki izrekajo prisilno hospitalizacijo neprištevnim storilcem kaznivih dejanj v

---

na že navedeno obrazložitev Direktorata. V nadaljnjem postopku je bil na predlog ODT s sklepom, opr. št. Ks 937/2009 z dne 08.10.2009 znova odrejen pripor, obdolženi pa v skladu z 2. odstavkom 491. člena ZKP nameščen na Oddelek za psihiatrijo. To pomeni, da se zoper njega izvajata oba omejitvena ukrepa hkrati, torej po ZDZdr in po KZ-1.

<sup>18</sup> Povzeto po Baucon P., (Kazensko)pravni položaj oseb z duševnimi motnjami, Pravniki, Ljubljana, 2009, letnik 64, št. 5-6, str. 251 do 283.

<sup>19</sup> In prav s takimi evropskimi pravnimi sistemi se trudimo biti primerljivi, ugotavlja Dežman Z., že cit., str. 6.

<sup>20</sup> Povzeto po Dežman Z., že cit., str. 6.

<sup>21</sup> Tako Novoselec P., Kritički osvrt na neke odredbe općeg dijela Kaznenog zakona, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 7 (2000) 2, str. 263 do 293.

okviru civilnega postopka.«.<sup>22</sup> Zdi se, da se avtorji KZ-1 niso zavedali vseh razsežnosti posledic, ki so oziroma bodo nastale z novim konceptom krivde, temelječe na 24. členu KZ-1, saj je iz uvodnih pojasnil h KZ-1 razvidno, da se je želelo predvsem razločevati izraz »kazenska odgovornost« od izraza »krivda« in posledično do zamenjave izraza »kazenska odgovornost« z izrazom »krivda«.<sup>23</sup>

Na prvi pogled kaže, da je zakonodajalec ravnal dosledno, ko v KZ-1 ni uvrstil določb o varnostnih ukrepih medicinske narave, ki se izrekajo neprištevnim in bistveno zmanjšano prištevnim storilcem.<sup>24</sup> Vendar pa je hkrati v KZ-1 uvrstil določbe o varnostnih ukrepih nemedicinske narave (prepoved opravljanja poklica, odvzem vozniškega dovoljenja in odvzem predmetov), kar je za sodnika nekoliko konfuzno, saj je ohranil dosedANJI pluralistični sistem kazenskih sankcij in tako tudi ni nobenega tehtnega razloga, da se tudi reakcija na manifestacijo splošno nevarnih prištevnih ali bistveno zmanjšano prištevnih oziroma neprištevnih, duševno motenih storilcev ne bi obravnavala kot (varnostni) ukrep, zajet v sistem kazenskih sankcij, zaobsežen skozi določila KZ-1.<sup>25</sup> To še posebej velja, ker se tudi prištevnim storilcem ne izrekajo (varnostni) ukrepi medicinske narave, ker so krivi, marveč zato, ker so nevarni!<sup>26</sup>

Kot »bodeča neža« je nova koncepcija krivde protislovna še na eni točki: če je krivda temelj vsem kazenskim sankcijam in se neprištevnim storilcem ne morejo izreči, ker ti ne morejo biti krivi in tako tudi ne storiti kaznivega dejanja, potem se bistveno zmanjšano prištevnim storilcem, ki pa so krivi (červno je stopnja krivde zmanjšana), *a contrario* lahko izrečejo kazenske sankcije, torej tudi varnostni ukrepi. Pri tem je treba znova poudariti, da se sicer varnostni ukrepi, tudi kadar se izrekajo krivim storilcem, ne izrekajo zato, ker so ti krivi, ampak zato, ker so nevarni za okolico.<sup>27</sup>

Glede na navedeno in v izogib izpostavljenim nedoslednostim, zavoljo katerih je pričakovati težave v sodni praksi, bi zakonodajalec moral znova uzakoniti krivdno načelo nulla poena sine culpa, v sistem kazenskih sankcij znotraj določil kazenskega zakonika pa ponovno »vgraditi« ukrepe medicinske narave.

### 3. KRITIČEN POGLED S STRANI PSIHIATRIČNE STROKE

Okoli tri desetletja nazaj je v večini svetovnih psihiatrij veljalo načelo, da psihiatrija predvsem varuje okolico pred nevarnimi, nepredvidljivimi in kakorkoli že nevšečnimi duševno bolnimi.<sup>28</sup> To prepričanje se je dotaknilo tudi domače medicinske stroke. Vendar je novo časovno obdobje v ospredje postavilo drugačno miselnost, psihiatrija se je začela čedalje bolj usmerjati v zdravljenje, spoštovanje pravic bolnika, v kakovost njegovega življenja. Na oddelkih za

---

<sup>22</sup> Povzeto po Turković K., Pravni položaj osoba sa duševnim smetnjama protiv kojih se vodi kazneni postupak, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 4 (1997) 1, str. 80.

<sup>23</sup> Prim. obrazložitev v Bele I., Deisinger M., Jakulin V., Uvodna pojasnila h KZ-1, že cit., str. 65, 66 in 69.

<sup>24</sup> Baucon P., že cit., str. 275.

<sup>25</sup> Enako stališče Baucon P., že cit., str. 275.

<sup>26</sup> Enako stališče Baucon P., že cit., str. 275 in za hrvaško kazensko pravo Novoselec P., že cit., str. 270.

<sup>27</sup> Baucon P., že cit., str. 275.

<sup>28</sup> Kobal M. F., Psihopatologija za varnostno in pravno področje, Ministrstvo za notranje zadeve, Visoka policijsko-varnostna šola, pridružena članica UL, Ljubljana, 2000, str. 232 do 234.



psihiatrijo so se odločno začela opuščati orodja zapora: rešetke na oknih, zaklenjena vrata, nekdanj značilen »pazniški« odnos do bolnikov. Večina duševno bolnih po kratkem času bolnišnico zapusti, domnevno so pripravljene za nadaljnje življenje med običajnimi ljudmi, saj jim je na voljo razvejana ambulantna in dispanzerska dejavnost. Ob takšni usmeritvi psihiatrije naj bi praktično prenehalo nekdanj neposredno sodelovanje z organi kazenskega pregona oziroma pravosodja nasploh, vključno z zagotavljanjem varnosti medicinskega osebja, nedelinkventnih bolnikov ter ostalih tretjih oseb, ki prihajajo v stik s forenzičnim bolnikom za čas njegove namestitve v bolnišnico. Sodelovanje med strokama je postalo zgolj posredno, temelječe na zakonskih določilih, ki sicer na splošno veljajo za medicinsko zakonodajo.<sup>29</sup> V času veljavnosti KZ se je očitalo, da kazenska stroka ne sprejema novejšega stališča psihiatrične stroke, ki v duševno motenem storilcu kaznivega dejanja po novem prepoznava predvsem bolnika, potrebnega zdravljenja in terapije, v katero naj se država s svojimi prisilnimi ukrepi sploh ne bi vmešavala.<sup>30</sup>

Toda treba je vedeti, da takšno, domala idilično podobo psihiatrije kaj hitro skazijo bolniki, ki so najhuje moteni, storilci kaznivih dejanj, sovražni do soljudi. V težnji ustvariti bolniku prijazno in vsestransko razumevajočo medicinsko stroko, so včasih zdravniki psihiatri, pa tudi spremljajoče medicinsko osebje, ravnali nekoliko naivno do sebe in drugih s tem, ko so minimalizirali oziroma podcenjevali stopnjo nevarnosti v bolnišnico nameščenih storilcev kaznivih dejanj. Le-ti so še sedaj kot ostali bolniki obravnavani na t.i. varovanih oddelkih oz. enotah za intenzivno psihiatrično zdravljenje, običajnih oddelkih zaprtega tipa, kjer se zdravijo duševni bolniki in kjer ni ustrezno usposobljenih paznikov, ki bi nevarne storilce varovali. Slednji, bodisi v okviru boleznj odvisnosti, seksualnih deviacij, osebnosti ali kakšnih drugih motenj, hudo obremenjujejo okolico. Po drugi strani pa imajo pravico, da se v okviru izvajanja medicinskega terapevtskega ukrepa počutijo varne, da v zdravniku psihiatru vidijo zaupanja vredno osebo, ki izpovedi forenzičnega bolnika ne bo nemudoma posredoval kriminalistu, državnemu tožilcu ali kazenskemu sodniku.<sup>31</sup>

Kako mora torej ravnati psihater, kadar ga policist, kriminalist, državni tožilec ali kazenski sodnik povpraša o znakih in simptomih, pomembnih za ugotovitev morebitnega motečega vedenja, ki ga kaže njegov sedanji ali nekdanji bolnik ob storitvi določenega družbi nevarnega kaznivega dejanja? Jasno je, da sodišče odloča s pomočjo izvida in mnenja v kazenski postopek pritegnjenega neodvisnega izvedenca psihiatrične stroke. Toda kljub temu pa ni gotovo, kakšno prihodnost je pričakovati pri obravnavanju duševno bolnih, ki so glede na

---

<sup>29</sup> V zadnjih tridesetih letih je bilo ukinjeno prijavljanje forenzičnih bolnikov Centrom za socialno delo, kjer so bili podatki o njih dostopni laični javnosti. Prav tako je bilo odklanjano začasno sprejemanje potencialno nevarnih ali nevščičnih bolnikov ob obiskih pomembnih tujih državljanov. Varovanje osebnih in zdravstvenih podatkov ter vsega, kar psihiatrom zaupajo forenzični bolniki, je postalo za psihiatrično stroko najvišje načelo. Iz takšnih stališč se nujno porajajo določene napetosti in nesporazumi. Z upoštevanjem specifičnih zahtev ene in druge stroke jih je mogoče odpraviti, omiliti ali zagotoviti sodelovanje, seveda z ustrezno zakonski podlago. Povzeto po Kobal M. F., že cit., str. 234.

<sup>30</sup> Pri duševno motenem storilcu pa ob problemu zdravljenja, ki ga resnici na ljubo resnično lahko rešuje izključno psihiatrična stroka, ne gre prezreti tudi širšega, socialnega problema, tj. zagotovitve varnosti človeka in njegovih vrednot, slednje sodi v pristojnost institucij države. Več o tem v Bele I., že cit., str. 379.

<sup>31</sup> V Kodeksu etičnih načel delavcev v psihiatriji je podano vodilo, kako naj psihiatri ravnajo z s strani duševno bolnega zaupano vsebino: »Karkoli je psihater izvedel od bolnika ali je bilo med preiskavo zapisano, mora ostati zaupno, razen, če bolnik psihiatra odveže poklicne molčečnosti ali če razkritje zaupnih podatkov narekuje vitalni javni interes oziroma je za bolnika tako najboljše. Vendar moramo bolnika v teh primerih nemudoma obvestiti o prekršenju molčečnosti.«. Kodeks etičnih načel delavcev v psihiatriji, Havajska deklaracija, 1977.

določila materialne kazenske zakonodaje opredeljeni kot splošno nevarni storilci kaznivih dejanj.

Na tem mestu ne bo odveč omeniti vsaj nekaj zornih kotov, iz katerih lahko osvetlimo odgovornost zdravnikov psihiatrov v razmerju do vprašanja odvzema prostosti forenzičnemu bolniku:

- a) Zdravniki psihiatri bi lahko civilnopravno, tj. odškodninsko odgovarjali za škodo, ki bi jo povzročili s protipravnim odvzemanjem prostosti v zvezi z izvedbo medicinskega terapevtskega ukrepa do forenzičnega bolnika,<sup>32</sup>
- b) lahko bi skladno t.i. *nadzorstveni garantni dolžnosti*<sup>33</sup> odgovarjali tudi zato, ker ne bi uporabili medicinskega terapevtskega ukrepa namestitve v forenzično bolnišnico, ko bi bili za to izpolnjeni pogoji, in bi to bodisi forenzičnemu bolniku bodisi tretji osebi povzročilo škodo,<sup>34</sup>
- c) ne gre izključiti niti disciplinske odgovornosti po pravilih delovnega prava,
- d) prav tako obstaja možnost odgovornosti zdravnikov psihiatrov z vidika strokovne etike,

nenazadnje pa je njihovo delo pod pretnjo kazenske odgovornosti, na primer za protipravni odvzem prostosti.

#### 4. ZAKLJUČEK

Ali bo torej psihiatrična stroka tista, ki bo sprejela dosedanjo odgovornost kazenskih sodnikov in po novem sama - ob stranskem, iz KZ-1 izpeljanem posebnem zakonu - presojala okoliščine, na podlagi katerih bo določenemu storilcu kaznivih dejanj moč nadeti oznako »nevaren«?

V praksi je že naleteti na negotovanja in nenavdušenje tako med vrstami kazenskih sodnikov kot zdravnikov psihiatrov. Oboji, vsak iz svojega zornega kota, namreč zakonodajalca opozarjamo na številne pasti, ki se utegnejo pojaviti kot rezultat revolucionarne spremembe na področju materialne kazenske zakonodaje. Medtem ko kazenski sodniki ugotavljamo, da je

---

<sup>32</sup> Predvsem sodiščem v Združenih državah Amerike ni tuja presoja odškodninske odgovornosti zdravnikov psihiatrov iz naslova škode, ki so jo prizgodaj odpuščeni forenzični bolniki povzročili tretjim osebam. Skozi zadevo »Semler proti Psychiatric Institute of Washington DC« (538 F 2d 121) iz leta 1976 je nakazana bojazen, da bi takšna praksa destimulativno delovala na zdravnike psihiatrične stroke glede odpuščanja psihiatričnih bolnikov. Povzeto po Dika M., Prisilni smeštaj i prisilno zadržavanje osoba s duševnim smetnjama prema Prijedlogu ZZODS-a, v Goreta M., Jukić V. (ur.), Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama: ideje, norme, implementacija, evalvacija, Medicinska naklada: Psihijatrijska bolnica Vrapče, Zagreb, 2000, str. 55 do 83.

<sup>33</sup> Med t.i. *nadzorstvene garantne dolžnosti* uvrščamo tiste, kjer varstvo določene kazenskopravne dobrine pred ogrožitvami in poškodbami izvira iz oblasti nosilca garantne dolžnosti nad virom nevarnosti za kazenskopravno dobro. Konkretnije je kot vir garantne dolžnosti sem uvrščen tudi nadzor nad protipravnimi ravnanji drugih z omejeno odgovornostjo za taka ravnanja - zlasti oseb s težavami v duševnem zdravju - ki so v razmerju nadzora s strani nosilca dolžnosti, pa tudi v drugih izrazitih razmerjih podrejenosti v javnopravno hierarhično urejenih sistemih, kamor je šteti tudi forenzično bolnišnico. Podrobneje o sodobnem pogledu na funkcionalno teorijo garantnih dolžnosti v Bavcon L., Šelih A., Korošec D., Ambrož M., Filipčič K., Kazensko pravo – splošni del, 5. izdaja, Uradni list RS, Ljubljana, 2009, str. 161 in 162.

<sup>34</sup> Zelo zanimiv je primer iz sodne prakse ZDA »Tarasoff proti Regent of the University of California« (529 P 2d 55) iz leta 1974, ko je bila Univerzitetna Psihiatrična klinika spoznana za odgovorno povzročitve škode, saj njeni zdravniki psihiatri niso ugotovili, podrejeno temu pa opozorili na nevarnost forenzičnega bolnika, kar bi po presoji sodišča morali storiti. Do izraza je prišla koncepcija o psihiatrih kot javnih varuhih. Več o tem Baucon P., že cit., str. 388.

za kakršenkoli ukrep medicinske narave, ki ima namen in vsebino kazenske sankcije v povezavi z odvzemanjem prostosti potrebno dosledno treba upoštevati načelo zakonitosti in pravne države ter izpostavljam možnost (nevarnost) pod pretvezo navideznega namena odstranitve nevarnega storilca iz okolice ter s tem preprečitve izvršitve novih istovrstnih kaznivih dejanj, uporabiti samovoljno represijo tam, kjer to skozi presojo sodišča ne bi bilo dopustno, pa zdravniki psihiatri opozarjajo na pasti, ki se izpostavljajo skozi njihovo strokovno področje. Slednji namreč, ko v ospredje postavljajo nujnost uvedbe instituta forenzične bolnišnice, zagotovo nimajo v mislih nase prevzeti odgovornosti v obsegu, kot le-ta bremeni kazensko sodstvo.

Medtem ko si kazenski sodniki skozi implementacijo instituta forenzične bolnišnice po tihem želimo razširitev registra kazenskih sankcij in spekter novih možnosti ukrepanja zoper nepredvidljive nevarne storilce, pa zdravniki psihiatri najbrž zmotno pričakujejo, da bo obravnavani institut »očistil« sedaj varovane psihiatrične oddelke - kot jih večkrat sami poimenujejo - »*nevarnih bolnikov*«, za katere domnevajo, da jim je potrebno dosmrtno ali vsaj dolgoletno zdravljenje.

## 5. PRAVNI VIRI

Zakon o duševnem zdravju, ZDZdr, Ur. list RS, št. 55/08.  
Kodeks etičnih načel delavcev v psihiatriji, Havajska deklaracija, 1977.  
Kazenski zakonik (KZ), Ur. l. RS, št. 95/2004-UPB1.  
Kazenski zakonik (KZ-1), Ur. list RS, št. Ur.l. RS, št. 55/2008 (66/2008 popr.), 39/2009.  
Zakon o kazenskem postopku (ZKP), Ur. list RS, št. 32/07, 40/07, 102/07 in nasl., ter ZKP-1, Ur. list RS, št. 89/08, do ZKP-J.  
Deutsches Strafgesetzbuch (StGB), BGBl. I S. 3322, BGBl. I S. 2674 in nasl. StGB.

## 6. JUDIKATURA

Sodnikov informator, št. 11/2009, Vrhovno sodišče RS, z dne 21.09.2009, Ljubljana, str. 2 in 3.  
Zadeva »*Semler proti Psychiatric Institute of Washington DC*« (538 F 2d 121) 1976.  
Zadeva »*Tarasoff proti Regent of the University of California*« (529 P 2d 55) 1974.  
Sklep izvenrazpravnega senata Okrožnega sodišča v Mariboru, opr. št. Ks 759/2009.  
Sklep nepravdnega oddelka Okrajnega sodišča v Mariboru, opr. št. Pr 15/09.  
Sklep Višjega sodišča v Mariboru, opr. št. I Kp 216/09.  
Sklep izvenrazpravnega senata Okrožnega sodišča v Mariboru, opr. št. Ks 855/09.  
Sklep Višjega sodišča v Mariboru, opr. št. I Kp 235/09.  
Sklep izvenrazpravnega senata Okrožnega sodišča v Mariboru, opr. št. Ks 937/2009.  
Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije, št. U-I-60/03-20.

## 7. LITERATURA

Bavcon L.: Neki teoretski problemi krivične odgovornosti, Revija za kriminologijo i krivično pravo, št. III, str. 305 do 330, Beograd, 1965.  
Bavcon L., Šelih A., Korošec D., Ambrož M., Filipčič K.: Kazensko pravo – splošni del, 5. izdaja,

Uradni list RS, Ljubljana, 2009, str. 161 in 162.

Baucon P.: (Kazensko)pravni položaj oseb z duševnimi motnjami, Pravniki, Ljubljana, 2009, letnik 64, št. 5-6, str. 251 do 283.

Bele I., Deisinger M., Jakulin V.: Uvodna pojasnila h KZ-1, že cit., str. 65, 66 in 69.

Dežman Z.: Ali je ZDZdr zakon iz 376. člena KZ-1?, Pravna praksa, 26.11.2009, Ljubljana, 2009, priloga, str. 6 do 8.

Dika M.: Prisilni smeštaj i prisilno zadržavanje osoba s duševnim smetnjama prema Prijedlogu ZZODS-a, v Goreta M., Jukić V. (ur.): Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama: ideje, norme, implementacija, evalvacija, Medicinska naklada: Psihijatrijska bolnica Vrapče, Zagreb, 2000, str. 55 do 83.

Kinberg O.: Les problemes fondamentaux de la criminologie, Cujas, Paris, 1957.

Kobal M. F.: Psihopatologija za varnostno in pravno področje, Ministrstvo za notranje zadeve, Visoka policijsko-varnostna šola, pridružena članica UL, Ljubljana, 2000, str. 232 do 234.

Lefrenz H.: Die Beurteilung der Glaubwürdigkeit, Handbuch der forensichen Psychiatrie II, Springer Verlag, 1972, str. 1324.

Milčinski L.: Etični vidiki psihiatričnega izvedenstva, Forenzična psihiatrija 18 – referati dveh posvetovanj, Katedra za psihiatrijo Medicinske fakultete v Ljubljani, Univerzitetna psihiatrična klinika Ljubljana, Ljubljana, 1990.

Novoselec P.: Kritički osvrt na neke odredbe općeg dijela Kaznenog zakona, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 7 (2000) 2, str. 263 do 293.

Turković K.: Pravni položaj osoba sa duševnim smetnjama protiv kojih se vodi kazneni postupak, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 4 (1997) 1, str. 80.

# NEPOSREČEN POSKUS UMESTITVE STATUSA FORENZIČNIH BOLNIKOV V DOLOČILA ZAKONA O DUŠEVNEM ZDRAVJU (ZDZDR)<sup>1</sup>

## AN UNFORTUNATE ATTEMPT TO STATUS PLACEMENT OF FORENSIC PATIENTS IN TERMS OF THE MENTAL HEALTH LAW

UDK: 613.86(497.4)

*Dr. Barbara NERAT, univ. dipl. pravnica  
Okrajna sodnica  
Kazenski oddelek Okrajnega sodišča v Mariboru*

### POVZETEK

*Z ZDZdr se Slovenija umešča med države, ki so prešle od kazenskopravnega urejanja pravnega položaja oseb s težavami v duševnem zdravju na civilni model. Namen take zakonske ureditve je preseči stigmatizacijo takih oseb in diskriminatoren način njihovega obravnavanja ne glede na to, ali njihovo ravnanje v objektivnem pogledu ustreza kateremu od kaznivih dejanj, opredeljenem v Kazenskem zakoniku – 1 (KZ-1).<sup>2</sup> Avtorica izpostavlja argumente, zakaj gre v razmerju do forenzičnih bolnikov ureditev zakonodajalca opredeliti kot neposrečen poskus.*

### KLJUČNE BESEDE

*Duševno zdravje, stigmatizacija, kazenski zakonik, kaznivo dejanje.*

### ABSTRACT

*By The Mental Health Law, Slovenia is interposed between countries that have moved from criminal regulation of the legal status of persons with mental health problems to the civilian model. The purpose of this legal regulation is to overcome the stigmatization of such persons and the discriminatory manner of their treatment, regardless of whether their conduct in an objective view corresponds to one of the criminal offences defined in the Penal Code - 1. The author highlights the arguments why the regulation of the legislator in relation to forensic patients is defined as an unfortunate attempt.*

### KEY WORDS

*Mental health, stigmatization, penal code, criminal offence.*

### 1. UVOD

Hospitalizacijo proti volji duševnega bolnika je skozi določila ZDZdr dojeti predvsem v civilnopравни biti, torej kot tako, ki se ne izvaja na podlagi odločitve (kazenskih) sodišč v zvezi s storitvijo kaznivega dejanja. Zadosten razlog za takšno namestitev v bolnišnici je že sam obstoj

---

<sup>1</sup> Zakon o duševnem zdravju (ZDZdr), Ur. list RS, št. 77/2008.

<sup>2</sup> Nazorno razčlenjuje to problematiko Baucon P., Varstvo oseb z duševnimi motnjami, Pravniki, 62 (2007) 6-8, str. 373 do 402.

določenega zdravstvenega stanja, ki pomeni nevarnost za okolico ali za samo osebo z duševnimi motnjami.<sup>3</sup>

Iz napotilne določbe 376. člena Kazenskega zakonika – 1 (KZ-1)<sup>4</sup> izhaja, da bo urejal ukrepe obveznega psihiatričnega zdravljenja neprištevnih in bistveno zmanjšano prištevnih storilcev nek – zaenkrat neimenovan – posebni zakon. Na vprašanje, ali bi ta *lex specialis* lahko bil Zakon o duševnem zdravju (ZDZdr), so sodišča s strani Direktorata za zakonodajo s področja pravosodja sicer dobila negativen odgovor, s kratkim pojasnilom, da ZDZdr ni zakon iz 376. člena KZ-1.

## 2. DEFINICIJA IZHODIŠČ

Prav zato, ker ZDZdr sledi odločbi ustavnega sodišča, št. U-1-60/03, bi moral urediti problematiko duševnega zdravja »celostno in dolgoročno«, česar pa ne stori prav zato, ker ne ureja prehoda od kazenskega na nepravdni postopek.<sup>5</sup> Sklicevanje na to ustavno določbo odgovora na vprašanje razmerja med 376. členom KZ-1 in 112. členom ZDZdr ne pojasnjuje, ker le opozarja na pomanjkljivosti Zakona o nepravdnem postopku (ZNP),<sup>6</sup> ne da bi se ukvarjalo z idejo, da se terapevtski varnostni ukrepi izločijo iz kazenske zakonodaje.<sup>7</sup> Na tem mestu je iz razloga lažjega razumevanja vsebine obravnavanega zakona omeniti, da se je skozi bolezen posameznega storilca iz razloga lažjega razumevanja treba dotakniti tudi duševne in socialne patologije.<sup>8</sup> Številne psihopatološke teorije v zvezi s kriminaliteto najpogostejše motnje razvrščajo v štiri večje skupine:

- a) čustvene motnje,
- b) duševne motnje,
- c) sociopatsko osebnost in
- d) specifično spoznavno delovanje (spoznavne vzorce).<sup>9</sup>

V sklopu duševnih motenj je le-te treba razdeliti v dve podvrsti, in sicer jih je treba ločiti na t.i. organsko pogojene duševne motnje, ki so posledica dednosti in poškodb, ter t.i. funkcionalno pogojene duševne motnje brez očitne možganske patologije, kjer kljub temu prihaja do spoznavnih, zaznavnih, spominskih in drugih motenj. Pri storilcih kaznivih dejanj so najpogosteje diagnosticirane nevroze, psihoze in motnje obvladovanja.<sup>10</sup>

---

<sup>3</sup> Bavcon P., že cit., str. 385.

<sup>4</sup> Kazenski zakonik (KZ-1), Ur. list RS, št. 55/2008 (66/2008 popr.), 39/2009.

<sup>5</sup> Dežman Z., Ali je ZDZdr zakon iz 376. člena KZ-1?, Pravna praksa, 26.11.2009, Ljubljana, 2009, priloga, str. 6 do 8.

<sup>6</sup> Zakon o nepravdnem postopku (ZNP), Ur. list SRS, št. 30/86 (20/88 - popr.).

<sup>7</sup> To je povsem razumljivo, ker je bila ta odločba izdana dne 04.08.2003, ko se o odpravi teh ukrepov iz kazenske zakonodaje še ni razmišljalo. Zato je odveč razlaga, da ta odločba v kazenski postopek ni posegla, kot je odveč tudi pojasnilo, da določbe 491. do 496. člena ZKP niso razveljavljene. Povzeto po Dežman Z., že cit., str. 6.

<sup>8</sup> Patologija posameznika nima samo biološke in psihološke podlage, temveč nanjo vplivajo tudi drugi dejavniki, npr. alkoholizem, narkomanija ter spolne in druge bolezni, ki povzročajo duševne motnje pri človeku, kar je moč označiti tudi kot odziv storilca na kulturno dezintegracijo. Povzeto po Meško G., Kriminologija, Fakulteta za varnostne vede, Univerza v Mariboru, str. 137, Ljubljana, 2006.

<sup>9</sup> Podrobneje o tem v Masters R., Robertson C., Inside Criminology, Engelwood Cliffs, Prentice Hall, 1990.

<sup>10</sup> Duševne motnje so še vedno predmet znanstvenega proučevanja. Na področju psihiatrije je namreč veliko nesoglasij glede opredelitev, klasifikacij, vzrokov, metod za identifikacijo, diagnozo in obravnavo. Psihatri kot pomembne dejavnike za deliktno vedenje v nadaljnjem življenju med drugim omenjajo pomanjkanje toplih stikov s starši, zanemarjenost in ločitev od staršev, poudarjajo pa tudi pomanjkljivo disciplino in vzgojo storilcev, ki so je bili

ZDZdr sicer na podlagi določila 2. odstavka 1. člena določa postopke sprejema bolnikov na zdravljenje bodisi na oddelek pod posebnim nadzorom psihiatrične bolnišnice, bodisi v obravnavo v varovani oddelek socialno varstvenega zavoda, ali v nadzorovano obravnavo oziroma v obravnavo v skupnosti. Vendar je pa nujno opozoriti, da ta v slovenski pravni prostor umeščeni »prišlek« ne izhaja iz kazenske sfere in ni specializirano niti ekskluzivno namenjen sankcioniranju ter obravnavi nevarnih storilcev kaznivih dejanj, marveč nasploh posameznikom z duševnimi motnjami, katerih navadno kriminalna preteklost ne obremenjuje in se zgolj zdravijo oziroma obravnavajo v mreži izvajalcev programov in storitev za duševno zdravje.<sup>11</sup>

Skladno določilo 3. točke 2. člena ZDZdr je duševna motnja opredeljena kot začasna ali trajna motnja v delovanju možganov, ki se kaže kot spremenjeno mišljenje, čustvovanje, zaznavanje, vedenje ter dojemanje sebe ali okolja. Neprilagojenost moralnim, socialnim, političnim ali drugim vrednotam sama po sebi ne šteje za duševno motnjo. Iz pravkar navedene zakonske opredelitve pojma duševne motnje je tako že na prvi pogled razvidno, da je le-ta ovrednotena v novi zakonodaji skozi izključno nepravdni vidik, kjer ni zaznati niti zametkov materialno kazenskega pogleda, ki bi nakazovali kakršnokoli rešitev obravnavane pravne praznine v kazenski zakonodaji. Se pa razbere, da imajo osebe, ki so izvršile kaznivo dejanje pod vplivom katere take duševne motnje, po sodobni ureditvi pravico do zdravljenja pod enakimi pogoji kot vsaka druga duševno bolna oseba. Zato ZDZdr v dobršni meri že ureja pravni položaj tudi takih oseb s težavami v duševnem zdravju, ki so v objektivnem pogledu izvršile kazniva dejanja, ki upravičujejo oceno, da so nevarne za okolico in je zatorej njihovo psihiatrično zdravljenje z ali brez njihove privolitve potrebno. V kolikor je namreč razlaga Direktorata za zakonodajo s področja pravosodja<sup>12</sup> jasna, potem so zelo nejasne določbe 12. in 39. člena ter 2. alineje 2. odstavka 30. člena in 40. člena ZDZdr.<sup>13</sup>

Nadalje tudi ostaja nedorečeno, pod katerimi pogoji lahko okrožni državni tožilec (ODT) predlaga začetek nepravdnega postopka za sprejem na zdravljenje v psihiatrično bolnišnico na oddelek pod posebnim nadzorom, brez privolitve izvršitelja kaznivega dejanja.<sup>14</sup> Tak ukrep je skozi določila ZDZdr predviden za osebe, ki zaradi svojih duševnih motenj<sup>15</sup>:

- a) ogrožajo življenje drugih, ali
- b) hudo ogrožajo njihovo zdravje, ali pa
- c) jim povzročajo hudo premoženjsko škodo, pa je zaradi takega njihovega nevarnega vedenja treba odrediti prisilno hospitalizacijo.

Ali ne ustreza pravkar opisano ravnanje takih oseb v objektivnem pogledu v skupino kaznivih dejanj zoper življenje in telo, zoper človekovo zdravje in zoper premoženje oziroma h kaznivemu dejanju povzročitve splošne nevarnosti, ko se je na predlog ODT izrekel terapijski

---

deležni v času otroštva. Več o tem v prispevku Thornton W. E., Voigt L., *Delinquency and Justice*, Mc. Graw Hill, New York, St. Louis, London, 1992.

<sup>11</sup> Zdravnik oz. zdravnica glede na zdravstveno stanje posamezne osebe ob sprejemu v bolnišnico določi t.i. načrt zdravljenja, tj. načrt zdravstvenih storitev. Pravni vir: Zakon o duševnem zdravju (ZDZdr), UL RS, št. 77/2008.

<sup>12</sup> Sodnikov informator, št. 11/2009, Vrhovno sodišče RS, z dne 21.09.2009, Ljubljana, str. 2 in .3.

<sup>13</sup> Dežman Z., že cit., str. 7.

<sup>14</sup> Prim. 1. odstavek 40. člena ZDZdr.

<sup>15</sup> Prim. 3. točka 1. odstavka 3. člena ZDZdr.

varnostni ukrep po KZ/94 (Ur. list RS, št. 95/2004-UPB1)?<sup>16</sup> S tako zakonsko ureditvijo v preventivnem pogledu potemtakem ni nastala nobena vrzel, zaradi katere bi bil potreben še kakšen poseben zakon, saj ZDZdr ureja nepravdni postopek z enakimi procesnimi jamstvi, kot so bila zagotovljena v kazenskem postopku. Ukrepi, ki jih določa ZDZdr, se po svoji vsebini ne razlikujejo od ukrepov po KZ/94, a z razliko, da nad njihovim izvrševanjem izvaja sodni nadzor nepravdno sodišče. Zato se tudi v tem pogledu izkaže, da je ZDZdr (lahko) zakon iz 376. člena KZ-1 in da zato terapevtski varnostni ukrepi po KZ/94 ne veljajo več.

### 3. KRITIKA UREDITVE

Glede na obstoječo (dvoumno) pravno (ne)ureditev je čutiti nujno potrebo po materialni kazensko pravni podlagi za ureditev statusa forenzičnih bolnikov kot nevarnih storilcev kaznivih dejanj zunaj in popolnoma ločeno od nepravdne zakonodaje, saj je sinonim za psihiatrično bolnišnico glede na določilo 15. točke 2. člena ZDZdr psihiatrična klinika, psihiatrična bolnišnica oziroma psihiatrični oddelek splošne bolnišnice, ki opravlja specialistično bolnišnično in specialistično ambulantno zdravljenje ter konziliarno dejavnost s področja psihiatrije. ZDZdr kot je zasnovan nima ne teže niti pristojnosti poseči v sistem kazenskega materialnega prava ter sistemsko organizirati posebne forenzične bolnišnice, hkrati pa tudi urediti problematiko duševnih bolnikov z nevarnostjo kriminalnih dejanj, katerim bi kazenska sodišča lahko še naprej namesto kazni zapora izrekala po naravi sicer medicinski, a po vsebini vendarle materialni kazenski ukrep obveznega psihiatričnega zdravljenja. Tako pa kaže, da bodo forenzični bolniki še naprej nameščeni na psihiatričnih oddelkih, kjer bodo bivali skupaj z duševno bolnimi brez kriminalne preteklosti.<sup>17</sup>

Sledi strnjen prikaz nekaterih najpomembnejših pomanjkljivosti z vidika forenzičnih bolnikov, t.i. »kazenskih pacientov«, ne glede na njihovo duševno zdravje in stopnjo kazenske odgovornosti.<sup>18</sup>

ZDZdr ne loči posebej postopka za obravnavo neprištevnih in bistveno zmanjšano prištevnih storilcev in kazenske paciente obravnava skupaj z navadnimi, civilnimi pacienti, katerim je diagnosticirana duševna motnja. Zanimivo je dejstvo, da so na Hrvaškem kot eno izmed največjih pomanjkljivosti prvotnega besedila Zakona o zaščiti osoba s duševnim smetnjama (ZZODS)<sup>19</sup> navajali prav neupravičeno izenačevanje dveh kategorij potencialno nevarnih pacientov, ki je v praksi povzročilo številne težave (izdajo številnih strokovno, etično in zakonsko spornih sodnih odločitev in na njih utemeljenih sklepov o prisilni namestitvi in njenem kasnejšem podaljšanju, o odobritvi terapevtskih izhodov, o odobritvi ali neodobritvi »forenzičnega« statusa ipd.).<sup>20</sup> Pri tem so prvotnemu besedilu 22. člena ZZODS<sup>21</sup> – ki je

---

<sup>16</sup> Dežman Z., že cit., str. 7.

<sup>17</sup> Da postopek pridržanja proti volji in prisilna namestitvev »civilnih« oziroma »nekazenskih« bolnikov ter postopek pridržanja proti volji in prisilna namestitvev »kazenskih« bolnikov ostaneta ločena ter da slednji še naprej ostane v pristojnosti kazenskega prava, se zavzema tudi Baucon P., v že cit., str. 393.

<sup>18</sup> V nad. povzeto po Baucon P., (Kazensko)pravni položaj oseb z duševnimi motnjami, že cit., str. 275.

<sup>19</sup> Zakon o zaščiti osoba s duševnim smetnjama (ZZODS), Narodne novine, št. 111 z dne 22.10.1997 (spremenjen dne 26.11.1999 in 27.07.2002).

<sup>20</sup> Baucon P., že cit., str. 276.

<sup>21</sup> Določba 1. odstavka 22. člena hrvaškega ZZODS v prevodu glasi: »Oseba s hudo duševno motenostjo, ki zaradi svoje duševne motenosti resno in neposredno ogroža lastno življenje ali zdravje ali varnost oziroma življenje ali zdravje ali



vsebinsko primerljiv z določbo 1. odstavka 39. člena ZDZdr – očitali, da je primarno namenjeno izključno reguliranju hospitalizacije proti volji t.i. »civilnih« pacientov, ki niso izvršili nobenega kaznivega dejanja (niti prekrška), ampak je njihova napotitev v psihiatrično ustanovo pogojena predvsem z visoko stopnjo njihove nevarnosti za okolico ali zase. Poleg tega ta tip nevarnosti praviloma traja nekaj ur ali dni, le redko pa tudi nekaj tednov, in se nikakor ne more primerjati z nevarnostjo neprištevnih forenzičnih pacientov, ki navadno traja nekaj let (in dlje, tudi do konca storilčevega življenja!) in ki je najbolj opredeljena s prognozo pričakovane ponovitve nekega hudega »kaznivega« dejanja.<sup>22</sup> Ti očitki so povzročili spremembe ZZODS, ki so najbolj poudarile posebnosti postopka z neprištevnimi storilci.<sup>23</sup> Te izkušnje in argumente bi moral upoštevati tudi slovenski zakonodajalec.

Neupravičeno izenačevanje »civilnih« in »kazenskih« pacientov se v ZDZdr kaže že v povsem neustrezni terminologiji,<sup>24</sup> iz katere izvirajo tudi številne postopkovne posledice. Tako je že v 3. točki 2. člena ZDZdr (ki sicer ureja pomen izrazov, uporabljenih v zakonu) opredeljena duševna motnja kot »začasna ali trajna motnja v delovanju možganov, ki se kaže kot spremenjeno mišljenje, čustvovanje, zaznavanje, vedenje ter dojemanje sebe in okolja«. Medtem ko je po KZ-1 je duševna motnja le biološki pogoj neprištevnosti oziroma bistveno zmanjšane prištevnosti, pomeni v ZDZdr mešanico med biološkimi in psihološkimi vzroki neprištevnosti oziroma bistveno zmanjšane prištevnosti, pri čemer pa manjka opredelitev neprištevne osebe oziroma eventualno bistveno zmanjšano prištevne osebe, ki bi vsebovala oba pogoja neprištevnosti oziroma bistveno zmanjšane prištevnosti (če bi urejanje ukrepov obveznega psihiatričnega zdravljenja bistveno zmanjšano prištevnih storilcev ostalo izven dometa kazenskega prava).<sup>25</sup>

#### 4. FORENZIČNA BOLNIŠNICA

V forenzični bolnišnici, ki bi lahko delovala v okviru psihiatrične bolnišnice skozi prizmo določil ZDZdr, v kolikor bi seveda ta institut materialno kazensko pravo implementiralo skozi vsebino bodisi *lex generalis* (KZ-1) bodisi *lex specialis* (posebnega zakona, ki bi urejal medicinske terapevtske ukrepe zoper deliktne ravnanja neprištevnih in bistveno zmanjšano prištevnih storilcev kaznivih dejanj), bi morali biti ob zdravstvenem osebju zaposleni tudi varnostniki, posebej usposobljeni za delo v takšni ustanovi. Da je varovanje forenzičnih bolnikov nujno potrebno, pa pričajo že ideje po ustanovitvi t.i. forenzičnih zaporov, vsebinsko enakega namena kot forenzična bolnišnica, le da bi bili ti locirani znotraj zaporov, kar pa se v preteklosti za psihiatrično stroko ni izkazalo kot sprejemljiva rešitev. S stališčem zdravnikov psihiatrov se gre strinjati, saj je sledeč načelu pravne države, načelu sorazmernosti med vrsto

---

varnost drugih oseb, se lahko namesti v psihiatrično ustanovo brez njene privolitve, po postopku za prisilno zadržanje in prisilno namestitev, predpisanem s tem zakonom.«.

<sup>22</sup> Goreta M., Kritički osvrt na položaj neubrojivih bolesnika u novom hrvatskom zakonodavstvu – psihijatrijski pristup, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 6 (1999) 2, str. 567.

<sup>23</sup> Tako tudi Novoselec P., Kritički osvrt na neke odredbe općeg dijela kaznenog zakona, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 7 (2000) 2, str. 272, skladno pa Baucon P., že cit., str. 276 pojasnjuje, da se sicer ni spremenilo samo besedilo 22. člena ZZODS, se je pa (med drugim) spremenilo zlasti besedilo 44. člena ZZODS in sploh določbe VII. poglavja ZZODS z naslovom »Postopek prisilne namestitve neprištevnih storilcev in obsojencev«, torej kazenskih pacientov. Po novem je sedaj v ZZODS postopek za neprištevne storilce kaznivih dejanj, za katere je namestitev proti njihovi volji odredilo sodišče v kazenskem postopku, urejen posebej.

<sup>24</sup> Baucon P., Varstvo oseb z duševnimi motnjami, Pravnik, 62 (2007), št. 6-8, str. 398 in 399.

<sup>25</sup> Baucon P., že cit., str. 277.

in teži kaznivega dejanja in izbranim medicinskim ukrepom institut forenzične bolnišnice in ne forenzičnega zapora tema, katero je potrebno iz vseh zornih kotov osvetliti na področju kazenskega materialnega prava. V prvi vrsti je namreč treba zagotoviti varstvo temeljnih človekovih pravic in svoboščin ter dosledno upoštevati načelo omejenosti represije. Splošni namen implementacije instituta forenzične bolnišnice v materialni kazenski prostor gre dojeti kot enakega oz. enakovrednega namenu določene kazenske sankcije, medtem ko bi posebni namen uvedbe tega instituta morda utegnil odpraviti stanja ter odstraniti okoliščine, ki bi lahko vplivale na ponovitev določenih kaznivih dejanj (npr. zoper življenje in telo, spolno nedotakljivost, premoženje), izvršenih s strani forenzičnega bolnika.

Izrek ukrepa namestitve neprištevne oziroma eventualno bistveno zmanjšano prištevne osebe v forenzično bolnišnico bi bilo treba vezati na obstoj hudih motenj take osebe in na nevarnost za okolico, ki je podana v primeru velike verjetnosti, da bi taka oseba zaradi hudih duševnih motenj, ki so povzročile neprištevnost<sup>26</sup> (oziroma bistveno zmanjšano prištevnost) lahko znova izvršila dejanje, za katerega zakon (tj. kazenski zakonik) predvideva kazen (oziroma v primeru bistveno zmanjšane prištevnosti: kaznivo dejanje).

Iz 1. odstavka 39. člena ZDZdr izhaja, da je sprejem (ustrezneje: namestitve) osebe v oddelek pod posebnim nadzorom brez njene privolitve dopusten zaradi zdravljenja, medicinske indikacije, v kolikor so kumulativno izpolnjeni naslednji pogoji:

- a) če ogroža svoje življenje ali če huje ogroža svoje zdravje (t.i. »vitalna« indikacija), ali
- b) če ogroža življenje drugih ali huje ogroža zdravje drugih ali povzroča hudo premoženjsko škodo drugim (t.i. »socialna« indikacija) ali sebi.<sup>27</sup>

Postavi pa se vprašanje, ali je popolna izenačitev t.i. »civilnih« in »kazenskih« proti volji nameščenih oseb varna iz vidika varovanja temeljnih pravic in svoboščin človeka. Določba 1. odstavka 39. člena ZDZdr namreč kaže, da je v času zdravljenja najpomembnejši kriterij visoka stopnja akutne nevarnosti (zase in za okolico), ne pa stopnja verjetnosti (nevarnosti) ponovitve nekega drugega hudega (kaznivega) dejanja,<sup>28</sup> za katerega kazenski zakonik predvideva kazen, zaradi iste psihopatologije.

Skozi določbo 1. odstavka 40. člena ZDZdr je razbrati, da se »postopek za sprejem osebe v oddelek pod posebnim nadzorom brez privolitve na podlagi sklepa sodišča začne na predlog izvajalca psihiatričnega zdravljenja, centra za socialno delo, koordinatorja nadzorovane obravnave, najbližje osebe ali državnega tožilstva«. Navedeno pomeni, da se predvideva obravnava pred sodiščem, kjer ima okrožni državni tožilec pristojnost podati predlog po namestitvi.<sup>29</sup>

Dejstvo je, da se določbe iz XXVIII. poglavja ZKP (491. do 497. člen), ki urejajo t.i. varnostne ukrepe medicinske narave, (zaenkrat) še niso spremenile oziroma uskladile z vsebino KZ-1 in

---

<sup>26</sup> Prim. določilo 44. člena ZZODS.

<sup>27</sup> Baucon P., že cit., str. 277.

<sup>28</sup> Iz hrvaške pravne ureditve prim. Goreta M., Nekoliko priloga za komentar Zakona o zaščiti osoba s duševnim smetnjama, v Goreta M., Jukić V. (ur.), Zakona o zaščiti osoba s duševnim smetnjama: ideje, norme, implementacija, evalvacija, Medicinska naklada: Psihijatrijska bolnica Vrapče, Zagreb, 2000, str. 321.

<sup>29</sup> Končno bi lahko šlo tudi za vprašanje prehoda iz kazenskega v civilni (nepravdni) postopek, meni Baucon P., že cit., str. 277.

ZDZdr. Tako je z začetkom uporabe ZDZdr postalo sporno, katera zakonska določila uporabiti za kazenske paciente, saj pri odgovoru na to vprašanje ZDZdr in ZKP konkurirata.

Glede na to, da so predmet obravnave storilci (kaznivih) dejanj, za katera kazenski zakon predvideva kazensko sankcijo, bi bila pravilna uporaba ZKP na način, da bi neprištevnost oziroma bistveno zmanjšano prištevnost ugotavljalo kazensko sodišče znotraj kazenskega postopka in tudi končno izreklo ukrep namestitve v forenzično bolnišnico (bodisi kot ukrep v obsegu sistema kazenskega materialnega prava bodisi kot ukrep s področja duševnega zdravja, razumljivo pod pogojem spremenjenega in ustrezno dopolnjenega ZDZdr). Le kazensko sodišče je namreč tekom ugotavljanja stopnje prištevnosti storilca spoznalo njegovo osebnost. V kazenskem postopku se tudi – v smislu doktrine obstoječega modela ZKP - bolj, popolnoma in po resnici ugotavlja dejansko stanje. Končno ZKP vsebuje bistveno več procesnih kvatel kot nepravdni postopek, ki že zaradi svoje narave, zgradbe in manjših pravnih jamstev ni primeren za izrekanje takšnih ukrepov medicinske narave.<sup>30</sup>

Pravna ureditev po 1. odstavku 40. člena ZDZdr, tj. da lahko državni tožilec vloži predlog za namestitev morda na nek način subtilno odkazuje na večjo ustreznost kazenskega kot nepravdnega postopka, čeravno ZDZdr o razmerju (prehodom) med kazenskim in nepravdnim postopkom ne vsebuje nobenih določil.<sup>31</sup>

Najbrž bi bilo logično in praktično, da stopnjo (ne)prištevnosti ugotavlja kazensko sodišče v kazenskem postopku, na podlagi izvida in mnenja sodnega izvedenca psihiatrične stroke. Začetek uporabe ZDZdr tega dejstva ni spremenil, že zavrlojlo namena, cilja in zgradbe kazenskega postopka. Prav tako po zaenkrat veljavnem ZKP kazensko sodišče ugotavlja in ocenjuje nevarnost storilca za okolico. Končno je kazensko sodišče najbolj usposobljeno za izrekanje ukrepa namestitve splošno nevarnega storilca v forenzično bolnišnico (bodi v predkazenskem ali kazenskem postopku) in tudi večje varovati pravni položaj kazenskih pacientov z vidika varstva njihovih pravic in svoboščin. Nenazadnje pa prav tako ne gre spregledati, da zakonodajalec ne v določilih ZKP niti v ZDZdr ni predvidel točke (trenutka) prehoda iz kazenskega v nepravdni postopek.<sup>32</sup>

V kolikor bi sodna praksa izbrala »popotovanje iz kazenskega v nepravdni postopek« in temu primerno uveljavila model, po katerem bi neprištevnost ugotavljalo kazensko sodišče v kazenskem postopku, nevarnost za okolico (in zase) pa civilno sodišče v nepravdnem postopku, bi vsled neustreznih določil ZDZdr nastala z vidika psihiatrije nesmiselna situacija. Namreč: izvedenstvu v kazenskem postopku bi na podlagi 43. člena ZDZdr po že zelo kratkem času (čez nekaj dni) sledilo novo izvedenstvo v nepravdnem postopku.<sup>33</sup>

Ob že izpostavljenih je zaznati še več nesmislov novega, dodatnega »nepravdnega« izvedenstva, med drugim:

---

<sup>30</sup> Baucon P., že cit., str. 277.

<sup>31</sup> Za hrvaško pravno ureditev prim. Šumanović M., Aktualnosti u primjeni Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, v Goreta M., Jukić V. (ur.), Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama: ideje, norme, implementacija, evalvacija, Medicinska naklada: Psihijatrijska bolnica Vrapče, Zagreb, 2000, str. 227.

<sup>32</sup> Baucon P., že cit., str. 279.

<sup>33</sup> Oba izvida in mnenja bi temeljila na istih podatkih iz biografije in psihičnega statusa forenzičnega bolnika, zaradi česar je logično, da se obe oceni sprejemata v okviru istega postopka, meni Baucon P., že cit., str. 279.

- a) pacienti bi se najverjetneje pošiljali k sodnemu izvedencu psihiatrične stroke, ki je svoj izvid in mnenje podal že v kazenskem postopku;
- b) izvedenstvo, ki bi eventualno se na zaupalo novemu, »zunanjemu« izvedencu (brez možnosti vpogleda v prejšnjo dokumentacijo, opravljeno morda celo na podlagi enega samega osebnega pregleda) ne bi moglo škodeti za enako kakovostno kot tisto, opravljeno po najvišjih strokovnih standardih v okviru kazenskega postopka;<sup>34</sup>
- c) izvedenstvo, ki bi bilo zaupano zunanjemu izvedencu, kateri bi dobil na vpogled prvo mnenje, ne bi moglo škodeti za neodvisno in »neokuženo« od najprej izdelanega izvida in mnenja – obstaja velika verjetnost, da bi bilo drugo, naknadno izdelano izvedensko mnenje prepis izvirnega izvida in mnenja.<sup>35</sup>

Ukrepi proti volji, predvideni v ZDZdr, so resda podobni ukrepu forenzične namestitve, vendar jih kljub temu ne pomenijo namestitve forenzičnih bolnikov, saj ni izreklo kazensko sodišče, pa tudi sicer v sebi ne skrivajo »kazenske narave«, saj »nimajo roka trajanja«. Dejansko so časovno neomejeni, kar je za kaznovalno pravo nesprejemljivo in premalo določno. Pri ukrepu sprejema:

- a) na zdravljenje v psihiatrično bolnišnico v oddelek pod posebnim nadzorom brez privolitve na podlagi sklepa sodišča se sicer določi t.i. čas zadržanja, ki ne sme biti daljše od šestih mesecev, a se lahko podaljšuje, vsakič za največ šest mesecev,<sup>36</sup>
- b) v obravnavo v varovani oddelek socialnovarstvenega zavoda brez privolitve na podlagi sklepa sodišča se lahko zadržanje določi za največ eno leto, a se lahko podaljšuje vsakič za največ šest mesecev,<sup>37</sup>
- c) na zdravljenje v nadzorovano obravnavo brez privolitve na podlagi sklepa sodišča se oseba sprejme v nadzorovano obravnavo za obdobje, ki ne sme biti daljše od šestih mesecev, a se lahko podaljšuje, vsakič za največ šest mesecev.<sup>38</sup>

Predstavljeni načini sprejemov na zdravljenje in v medicinsko obravnavo vnovič dokazujejo izenačenost režima za »kazenske« in »civilne« paciente. Še več: glede na ureditev ZDZdr pomeni nova ureditev korak nazaj, premik na stanje pred letom 1995, tj. preden je začel veljati KZ, ko je bilo trajanje varnostnih ukrepov medicinske narave časovno neomejeno.<sup>39</sup>

Upošteva vse navedeno, se kot šibka točka ZDZdr pokaže neprehodnost od kazenskega na nepravdni postopek. V tem se trenutna domača ureditev razlikuje od drugih podobnih evropskih zakonov.<sup>40</sup> To pa seveda spet ne pomeni, da bi bil ZDZdr s strani 376. člena KZ-1 negiran. Problematika duševnega zdravja bo namreč urejena bolj »celostno in dolgoročneje«, v kolikor bo zakonodaja s tega področja bolj konsistentna. Le-to bo moč doseči zgolj in samo, če bo ZDZdr urejal tudi tak prehod.<sup>41</sup>

<sup>34</sup> Prim. določbo 43. in 44. člena ZDZdr.

<sup>35</sup> Možen je tudi drugačen scenarij, saj se lahko zgodi, da je drugi izvid in mnenje zrcalno nasproten prvemu, kar pa pod vprašaj postavi njegovo strokovno težo, na kar opozarja Goreta M., že cit., str. 313.

<sup>36</sup> Prim. določbo 1. odstavka 48. in 70. člena ZDZdr.

<sup>37</sup> Prim. določbo 2. odstavka 48. in 2. odstavka 77. člena ZDZdr.

<sup>38</sup> Prim. določbo 3. odstavka 48. in 1. odstavka 83. člena ZDZdr.

<sup>39</sup> Baucon P., že cit., str. 280.

<sup>40</sup> Izpostaviti je britanski t.i. Mental Health Act iz leta 1983, ki je postal zgled za urejanje pravnega položaja storilcev kaznivih dejanj s težavami v duševnem zdravju.

<sup>41</sup> Dežman Z., že cit., str. 7.

V vseh pravnih sistemih, ki so prešli s kazenskega na civilni model,<sup>42</sup> urejajo pravni položaj oseb s težavami v duševnem zdravju prav takšni zakoni, kot je ZDZdr, vendar z razliko, da vsebujejo tudi določila, ki urejajo prehod s kazenskega v civilni (nepravdni) postopek. To, kar obstoječemu ZDZdr manjka, pa so prav take določbe. Toda ugotovljena pomanjkljivost ne negira njegove veljave in tako tudi ne postavlja vprašanja, ali je ZDZdr zakon iz 376.člena KZ-1.

K takšnemu razmišljanju gre strniti, da se prej kot vprašanje, ali je ZDZdr zakon iz 376. člena KZ-1 izpostavi vprašanje celovitosti tega zakona. Ker le-tej ni zadoščeno, povzroča obstoječa zakonska ureditev sodnikom izpostavljene teoretične in praktične probleme.<sup>43</sup>

## 5. ZAKLJUČEK

Slovenija ni edina država, ki bi opuščala kazenskopravno obravnavanje storilcev kaznivih dejanj in prenašala pristojnost s kazenskega na civilno sodišče. Za tak model je značilno, da se v kazenskem postopku uporabljajo določbe materialnega in procesnega prava, ki zadevajo vprašanje, ali je obdolženi sploh storilec, ali ne obstajajo morda okoliščine, ki izključujejo protipravnost njegovega ravnanja, oziroma katere druge okoliščine, ki bi lahko poleg njegove neprištevnosti izključevale krivdo. Če so le-te podane, potem (kazensko) sodišče izreče oprostilno sodbo. V kolikor pa se ugotovi, da izključuje krivdo le njegova neprištevnost, potem se postopek nadaljuje po določbah ZDZdr, ki urejajo prehod od kazenskega k civilnemu postopku.<sup>44</sup> Nenazadnje tako ureditev prevzema tudi Hrvaška, ki ureja tak prehod z Zakonom o varstvu oseb z duševnimi motnjami. Zgolj zaradi lažje predstave vzporednic z domačo pravno ureditvijo: postopek je urejen tako, da kazensko sodišče na podlagi mnenja izvedenca psihiatra ugotovi, da ima obdolženi motnje, da je neprišteven in da je hkrati nevaren za okolico, ter s sklepom odredi njegovo namestitev proti volji, ki se začne izvajati s pravnomočnostjo sklepa, medtem ko nepravdnemu sodišču dostavi sodbo, s katero se ugotavlja, da je storil kaznivo dejanje v stanju neprištevnosti, sklep o namestitvi proti volji, izvid in mnenje sodnega izvedenca psihiatra ter drugo listinsko dokumentacijo, opredeljeno v 45. členu ZZODS. Prav to pa so določbe, ki v postopku sprejema na zdravljenje brez privolitve, ki ga urejajo določbe od 39. do 68. člena ZDZdr, manjkajo in s katerimi je treba ta zakon ustrezno dopolniti.

Seveda je takšna razlaga razmerja med 376. členom KZ-1 in 112. členom ZDZdr lahko le ena od možnih, vendar dokaj jasno kaže na ključno pomanjkljivost trenutne zakonske ureditve.

## 6. PRAVNI VIRI

Zakon o duševnem zdravju (ZDZdr), Ur. list RS, št. 77/2008.

---

<sup>42</sup> Prim. Garačić A., Prelazak neubrojivih osoba iz kaznenog u civilni postupak, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo, št. 2/1999, str. 575 do 584.

<sup>43</sup> S katerimi se ob identični zakonski problematiki že vrsto let soočata teorija in praksa na Hrvaškem. Tako Dežman Z., že cit., str. 7.

<sup>44</sup> Đurđević Z., Pravni položaj počinitelja kaznenih djela s duševnim smjetnjama u Engleskoj, Kanadi i Francuskoj, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo, št. 2/1999.

Kazenski zakonik (KZ-1), Ur. list RS, št. Ur.l. RS, št. 55/2008 (66/2008 popr.), 39/2009.  
Zakon o nepravdnem postopku (ZNP), Ur. list SRS, št. 30/86 (20/88 - popr.).  
Kazenski zakonik (KZ/94), Ur list RS, št. 95/2004-UPB1.  
Zakon o zaštitu osoba s duševnim smetnjama (ZZODS), Narodne novine, št. 111 z dne 22.10.1997 (spremenjen dne 26.11.1999 in 27.07.2002).  
Mental Health Act, 1983.

## 7. JUDIKATURA

Sodnikov informator, št. 11/2009, Vrhovno sodišče RS, z dne 21.09.2009, Ljubljana, str. 2 in 3.

## 8. LITERATURA

Baucon P.: Varstvo oseb z duševnimi motnjami, *Pravnik*, 62 (2007) 6-8, str. 373 do 402.  
Baucon P.: (Kazensko)pravni položaj oseb z duševnimi motnjami, *že cit.*, str. 275.  
Dežman Z.: Ali je ZDZdr zakon iz 376. člena KZ-1?, *Pravna praksa*, 26.11.2009, Ljubljana, 2009, priloga, str. 6 do 8.  
Garačić A.: Prelazak nebrojivih osoba iz kaznenog u civilni postupak, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo*, št. 2/1999, str. 575 do 584.  
Goreta M.: Kritički osvrt na položaj nebrojivih bolesnika u novom hrvatskom zakonodavstvu – psihijatrijski pristup, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 6 (1999) 2, str. 567.  
Goreta M., Jukić V. (ur.): Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama: ideje, norme, implementacija, evalvacija - Nekoliko priloga za komentar Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, Medicinska naklada: Psihijatrijska bolnica Vrapče, Zagreb, 2000, str. 321.  
Masters R., Robertson C.: *Inside Criminology*, Engelwood Cliffs, Prentice Hall, 1990.  
Meško G.: *Kriminologija*, Fakulteta za varnostne vede, Univerza v Mariboru, str. 137, Ljubljana, 2006.  
Nerat B.: Psihiater in kazenski sodnik v pravni praznini sistema kazenskih sankcij, *Zdravniški vestnik*, Ljubljana, 2010.  
Novoselec P.: Kritički osvrt na neke odredbe općeg dijela kaznenog zakona, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 7 (2000) 2, str. 263 do 293.  
Šumanović M., Aktualnosti u primjeni Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, v Goreta M., Jukić V. (ur.): Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama: ideje, norme, implementacija, evalvacija, Medicinska naklada: Psihijatrijska bolnica Vrapče, Zagreb, 2000, str. 227.  
Thorton W. E., Voigt L.: *Deliquency and Justice*, Mc. Graw Hill, New York, St. Louis, London, 1992.