

Nina Cek Perhavec¹

Pojasnilna dolžnost in privolitev po pojasnilu

The Duty to Disclose and Informed Consent

IZVLEČEK

KLJUČNE BESEDE: avtonomija, privolitev po pojasnilu, pojasnilna dolžnost, odškodninska odgovornost

Privolitev v postopek zdravljenja ali v poseg predstavlja izjavo, s katero se ustvari pravno poslovno razmerje med pacientom in zdravnikom (zdravstveno organizacijo). Izjava mora biti informirana, kar pomeni, da mora predhodno zdravnik opraviti svojo pojasnilno dolžnost. Izjemo od obveznosti pojasniti pacientu vse okoliščine predvidenega posega predstavlja terapevtski privilegij. Poleg tega mora veljavna privolitev izpolnjevati tudi ostale predpostavke, in sicer mora biti pridobljena predhodno, tj. pred posegom, pacient mora biti sposoben veljavnega odločanja, podana pa mora biti svobodno, zavestno in v predpisani obliki. Tudi glede navedenih predpostavk obstajajo številne izjeme, le izjemoma pa je mogoče opraviti poseg tudi brez pacientove privolitve. Kršitev obveznosti pridobiti veljavno privolitev v poseg ima za posledico odškodninsko odgovornost zdravnika oziroma zdravstvene organizacije, če pacientu nastane škoda, ki je posledica dejstva, da v poseg ni veljavno privolil, četudi je bil poseg opravljen z vso potrebno skrbnostjo. Razlago vsebine pojasnilne dolžnosti in predpostavk veljavne privolitve po pojasnilu omogoča sodna praksa, ki pa je v tujih pravnih sistemih, zlasti anglosaškem, mnogo bolj razvita kot v slovenskem pravnem redu.

ABSTRACT

KEY WORDS: autonomy, informed consent, duty to disclose, civil liability

An individual seeking medical care is an active participant in his/her care and ultimately decides on the course of his/her treatment. Thus, before any procedure is performed, a patient must be provided with an informed consent. The elements of an informed consent are that the patient is given adequate and accurate information about what treatment is proposed, how it will be administered, the important benefits and risks of the treatment, alternative forms of treatment, and the consequences of no treatment. A signed patient's consent to treatment forms a legal document, which defines a legal relationship between the patient and the doctor (medical institution/health care agency). Legal experts agree that the principles of informed consent encompass the following areas: the patient understands relevant information, voluntarily gives consent, appreciates the situation and its consequences, and uses a logical thought process to compare risks and benefits of treatment options. An informed consent is also based on the fundamental belief that the patient has the right to have control over his/her body. This not only legally provides the patient with autonomy, but also encourages the ethical aspects of the patient's rational decision-making ability. Consequently, the patient has the right to refuse signing the informed consent. Informed consent need not be obtained when a real emergency exists and there is no opportunity to obtain consent.

¹ Nina Cek Perhavec, univ. dipl. pravnica, Ulica 15. maja 24, 6000 Koper; info@cek.si

A breach of duty to obtain a valid informed consent could result in the doctor's civil liability in case the patient suffers from negative results of the treatment, even if the treatment was provided with required professional care. The jurisprudence usually gives an explanation regarding the content of duty to disclose and of valid informed consent, but such jurisprudence is much more accessible in the Anglo-Saxon legal system than in the Slovenian legal system.

UVOD

Iz tradicionalno uveljavljenega paternalističnega koncepta v razmerju zdravnik – bolnik, v katerem bolnik z nameranim načinom lastnega zdravljenja ni bil vnaprej seznanjen, se je v drugi polovici 20. stoletja v ameriški praksi ustalila, nato pa tudi širše uveljavila doktrina zavestne privolitve (1). Splošni civilizacijski razvoj, povezan z razvojem in specializacijo medicine, tehnološkim razvojem ter mobilnostjo prebivalstva, je v okviru razmaha doktrine človekovih pravic začel postavljati v ospredje človekovo osebnost in s tem njegovo avtonomnost (2). K razvoju koncepta zavestne privolitve so botrovale tudi številne zlorabe paternalističnega koncepta in medicinski zločini iz druge svetovne vojne, na podlagi česar se je leta 1948 razvil Nürnberški kodeks, ki je sicer obravnaval poskuse na ljudeh in določil obveznost prostovoljnega pristanka preiskovanca v poseg, vendar pa so ta merila kasneje pripomogla tudi k izoblikovanju koncepta o zavestni privolitvi v zdravljenju, ne zgolj v medicinske preiskave. Nürnberški kodeks je namreč postavil v ospredje svobodno odločanje posameznika ter zahtevo po informiranosti pacienta, da lahko sprejme odločitev o načinu lastnega zdravljenja (1).

Na omenjenih osnovah se je načelo »zdravje je najvišji zakon« (lat. *salus aegroti suprema lex*) pričelo umikati načelu »volja je najvišji zakon« (lat. *voluntas aegroti suprema lex*) (2). Posledično se je v pravnih redih držav na podlagi temeljnih človekovih pravic in svoboščin začela pojavljati zakonodaja, ki je uredila pravno razmerje med bolnikom in zdravnikom oziroma zdravstveno organizacijo v okviru zdravstvenega sistema, definirala je naravo obveznosti iz tega razmerja in omogočila raz-

voj sodne prakse, s pomočjo katere je danes mogoče najti odgovore na marsikatera sporna vprašanja, ki se v razmerju zdravnik – pacient pojavljajo v praksi.

Ne gre tudi prezreti, da je bolnik v procesu zdravljenja zaradi tehnološkega razvoja in razvoja medicinske znanosti deležen vse bolj zahtevnih postopkov zdravljenja, obenem pa izpostavljen tudi širokemu spektru možnosti za doseganje cilja, ki ga zdravstvene storitve zasledujejo, najsi gre za cilj ozdravitve, rehabilitacije, paliativne oskrbe, izboljšanja videza ali spremljanja stanja. Pojasnilna dolžnost in posledično privolitev po pojasnilu (angl. *informed consent*) ne zajema zgolj postopkov zdravljenja, temveč veliko širši okvir postopkov, ki jih nudi zdravstveni sistem. Prav iz tega razloga postaja privolitev po pojasnilu v postopke zdravljenja vse bolj kompleksen proces, ki terja natančno pravno ureditev in dosledno izvedbo, ne zgolj na birokratski ravni, temveč na ravni vsebinskega informiranja, razumevanja pojasnil in končno upoštevanja pacientove odločitve. Na tem mestu je treba izpostaviti, da načelo avtonomije osebnosti ne velja le za pacienta, temveč tudi za zdravnika, saj se slednji ni dolžan ukloniti nobeni zahtevi, ki bi bila v nasprotju z njegovimi vrednotami in načeli medicinske etike (1).

V tem članku enakovredno obravnavamo institut pojasnilne dolžnosti in privolitve po pojasnilu, saj je njuno sosledje v neogibnem učinkovanju pogoj – izpolnitev. Prav tako poudarjamo, da se obveznost pojasnilne dolžnosti ne nanaša izključno na zdravnika, temveč tudi na druge zdravstvene delavce, v kolikor so izvajalci zdravstvenih posegov, za katere je privolitev po pojasnilu treba predhodno pridobiti.

RAZMERJE ZDRAVNIK – PACIENT IN POJASNILNA DOLŽNOST V SLOVENSKEM PRAVNEM REDU

Veljavna privolitve pacienta v poseg, ki je medicinsko indiciran in izveden po pravilih stroke (lat. *lege artis*), izključuje protipravno ravnanje zdravnika. Kazenski zakonik (KZ-1) namreč v 3. odstavku 125. člena izrecno določa, da naklepna povzročitev hude ali posebno hude telesne poškodbe pri zdravljenju ali zdravilski dejavnosti ni protipravna, če je bila privolitve dana v obliki in ob pogojih, ki jih določa zakon. Na tem mestu Kazenski zakonik napotuje na Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP) (3).

Vendar nas za namen obravnave v tem članku zanima zlasti vpliv privolitve po pojasnilu na civilno razmerje med zdravnikom in pacientom, saj je danes mogoče zatrditi, da je težišče odgovornosti zdravnikov prešlo s kazenskega na civilno pravno področje (2). Obveznost zdravnika je po svoji naravi obliacija prizadevanja, kar pomeni, da zdravnik ne jamči za izid zdravljenja, pač pa je njegova obveznost ravnati *lege artis* in si prizadevati za največje možne koristi procesa zdravljenja. V primeru, da krši profesionalno skrbnost, to je skrbnost, h kateri ga zavezuje pogodbeno razmerje s pacientom, je odškodninsko odgovoren za nastalo škodo, kar izvira iz kršitve njune pogodbe. Prav tako pa utegne biti odškodninsko odgovoren za škodo, ki nastane zaradi posega, če je le-ta nedopusten iz razloga, ker pacient vanj ni informirano privolil. Četudi je izkazano ravnanje *lege artis*, zdravnik odgovarja za škodo, ki v procesu zdravljenja nastane, in sicer zato, ker predhodno ni pridobil privolitve pacienta v poseg. V takem primeru namreč pravno poslovno razmerje med njima sploh ne nastane in zdravnik nima veljavne podlage, da bi posegal v pacientovo telesno integriteto. Na tem mestu govorimo o civilnem deliktu, za katerega morajo biti seveda poleg protipravnosti, ki jo predstavlja odsotnost privolitve, izpolnjene tudi preostale predpostavke odškodninske odgovornosti: krivda, škoda in vzročna zveza med opustitvijo obveznosti pridobiti veljavno privolitve in nastalo škodo. Pacient je v primeru spora dolžan dokazati tri od štirih predpostavk – da

za poseg zdravnik ni pridobil njegove privolitve po pojasnilu, da mu je s posegom nastala bodisi nepremoženjska bodisi premoženjska škoda ter da obstaja vzročna zveza med zdravnikovim neskrbnim ravnanjem in nastalo škodo. Da bi se razbremenil odškodninske odgovornosti, je zdravnik oziroma njegov delodajalec dolžan dokazati, da za nastalo škodo ni kriv.

Obveznost zdravnika, da pridobi pacientovo privolitve v poseg, je v slovenskem pravnem redu opredelil Zakon o zdravstveni dejavnosti, ki je določil pravico vsakogar, da poda soglasje za kakršen koli medicinski poseg, in pravico vsakogar, da je predhodno obveščen o vseh možnih metodah diagnosticiranja in zdravljenja ter njihovih posledicah in učinkih (4). Zakon je izrecno določil tudi možnost, da pacient odkloni predlagani medicinski poseg. Navedeni predpis za podajo privolitve ni zahteval posebne obličnosti. Zadoščalo je, da je bila privolitve v poseg podana ustno, morebitni obrazci, ki so se uporabljali v praksi, pa so služili kot dopolnitev ustnega razgovora in bili v primeru spora tudi dokazno sredstvo, da je bila privolitve predhodno pridobljena.

ZPacP pa je na področju privolitve prinesel strožjo obličnost, ki velja zlasti za primere operativnih posegov in posegov, povezanih z večjim tveganjem ali večjo obremenitvijo. V teh primerih mora biti privolitve pridobljena na predpisanem obrazcu. Kadar pacient ni zmožen podati pisne privolitve, je treba njegovo privolitve pridobiti ustno v prisotnosti dveh polnoletnih prič in to privolitve dokumentirati na obrazcu, ob tem pa navesti razlog, zaradi katerega pisne privolitve ni mogoče pridobiti. Zakon tudi določa, da v kolikor pacient v medicinski poseg privoli, pisne privolitve pa noče dati, je treba to dejstvo in morebitne razloge dokumentirati na istem obrazcu in potrditi s podpisom dveh polnoletnih prič (5). Vsebinsko privolitvenega obrazca določa pravilnik (6).

VSEBINA POJASNILNE DOLŽNOSTI IN VELJAVNA PRIVOLITEV

Kot smo poudarili uvodoma, se je v zadnjem obdobju pod vplivom poudarjanja osebnost-

nih pravic in preko načela, da je človekova volja najvišji zakon, uveljavila doktrina privolitve po pojasnilu. Poleg osnovnih zahtev, ki so postavljene na teoretični ravni, je razmah sodne prakse in splošni razvoj te doktrine prinesel odgovore na številna vprašanja o tem, do kod seže pojasnilna dolžnost in kateri previdnostni ukrepi morajo biti izpolnjeni, da lahko govorimo o veljavno pridobljeni privolitvi.

Obveščенost

Temeljna predpostavka za veljavno privolitev je obveščенost pacienta. Za razliko od nekoč uveljavljene doktrine *The Physician Rule*, ki je predvidevala obstoj tistih pojasnil, ki jih je bil zdravnik zavezan podati kot skrben, povprečen zdravnik v skladu z običaji in s prakso drugih zdravnikov, se danes od zdravnika zahteva strožja skrbnost. Zdravnik je namreč zavezan k razgovoru s pacientom, v katerem mu na njemu dojemljiv način razjasni diagnozo bolezni, različne možnosti zdravljenja, morebitne nevarnosti in predvidljivost uspeha zdravljenja. Uveljavilo se je namreč pravilo *The Patient Rule*, po katerem je zdravnik dolžan pacienta seznaniti z vsemi možnimi bistvenimi nevarnostmi, ki jih prinaša s seboj predvideni poseg in ima zaradi tega bolnik pravico zanje izvedeti (2). Sprejeto je stališče, da mora biti pacient seznanjen z naravo posega. Ker gre za definicijo narave nekega procesa, ki vključuje bistvene značilnosti ali lastnosti stvari, je v ta pojem mogoče vključiti opis značaja posameznih dejanj, ki jih mora zdravnik podvzeti, ter učinke in namen, ki naj bi ga poseg dosegel. Kot primer je zaslediti seznanjenost pacienta s postopkom mišične biopsije, kar pa naj bi vključevalo tudi zadostno seznanjenost s postopkom kostne biopsije, do katerega pride istočasno, a neinformirano (7). Zlasti v primerih, ko pride do nepredvidenega posega, je torej bistvena presoja, katere informacije je imel pacient pred privolitvijo na razpolago in ali je njihov domet zajemal tudi značilnosti posega, ki sprva ni bil predviden. Doktrina privolitve po pojasnilu poleg opisa narave posega predvideva tudi seznanjenost pacienta s tveganji, stranskimi učinki in alternativnimi postopki zdravljenja. V obširni tuji, zlasti anglosaški sodni praksi, je najti odgovor na vprašanje, na

katera tveganja posega je zdravnik dolžan pacienta opozoriti. Ameriška doktrina je v okviru koncepta razumnega bolnika (angl. *prudent patient test*) razvila zahtevo, da se zdravnik pri pojasnjevanju tveganj ravna po potrebah preudarnega pacienta. V primeru Canterbury v Spence 464 F 2d 777 (1972) je ameriško pritožbeno sodišče poudarilo, da je nerealistično pričakovati, da bi zdravnik pacientu predstavil vsakršno tveganje predlaganega posega, z vidika pacienta pa je to nenazadnje tudi nepotrebno. Pacientova pravica do odločanja ustvarja meje dolžnosti razkriti podatke o poteku zdravljenja. Ta pravica se učinkovito uresničuje le, če zdravnik v skladu s pacientovimi potrebami presodi, kateri podatki so potrebni za njegovo odločitev. Tako mora razkriti vse tiste informacije, ki utegnejo vplivati na pacientovo odločitev. Na podlagi tega testa naj bi bil zdravnik tisti, ki je pristojen za prepoznavo možnih nevarnosti, obenem pa tudi za odločitev o tem, katere od teh so za konkretnega pacienta relevantne. Pri svoji odločitvi naj si pomaga z izkušnjami in občutkom, kako bi predvidoma reagiral povprečen razumni pacient. Sodišče je v tem primeru glede dileme, ali gre za objektivni ali za subjektivni test, izpostavilo, da test kljub vsemu ostaja objektivni glede na pacientove potrebe po podatkih in upoštevajoč primeren manevrski prostor za zdravnikovo presojo položaja. Sklepno iz argumentacije sodišča v navedenem primeru izhaja, da je tveganje relevantno za pacientovo odločitev takrat, ko bi razumna oseba s stališča zdravnikovega poznavanja njenih okoliščin zaznala tveganje kot pomembno pri odločanju o tem, ali privoli v postopek zdravljenja ali ne. V kasnejšem primeru Rogers v Whitaker (1993) je avstralsko višje sodišče obrazložilo, da je treba tveganje predočiti pacientu takrat, ko bi v okoliščinah konkretnega primera razumna oseba v pacientovi situaciji, ki bi bila opozorjena na nevarnost, tej nevarnosti tudi dejansko pripisala pomen (8). Angleška sodna praksa je medtem izhajala iz drugačne pozicije, iz tako imenovanega testa preudarnega zdravnika (*»prudent doctor test«*). Izhodišče slednjega je bilo v tem, da se obveznost razkritja tveganja presoja na podlagi standarda, kot je sprejet v okviru ustaljene medicinske prakse (8). Na tem mestu velja

izpostaviti primer iz angleške sodne prakse Bolam v Friern Hospital Management Committee (1957), na podlagi katerega se je izoblikoval t. i. Bolamov test in je v angleškem pravnem redu poznan kot prvo pravilo, ki se je izoblikovalo v zvezi z odgovornostjo zdravstvenega oseba v primeru, ko ravna v skladu s sprejeto prakso, čeprav bi morebiti kdo drug ravnal drugače. Bistveno za presojo, ali je zdravnik pridobil veljavno soglasje, je, kaj bi v konkretnem primeru storilo »odgovorno telo usposobljenih oseb«, torej zdravstveno osebo v okviru sprejete splošne prakse. Nadalje se je v primeru Hedley Byrne & Co. Ltd. v Heller & Partners Ltd. [1964] izoblikovalo pravilo razumnega zanašanja (*reasonable reliance*) pacienta na zdravnikovo profesionalno presojo. Iz tega pravila izhajajo, da se pacient zanese na nasvete zdravstvenega oseba, torej mora pojasnilo vsebovati vse svetovalne aktivnosti, vključujoč komunikacijo glede diagnoze, prognoze, svetovanje tako glede terapevtskih kot neterapevtskih možnosti zdravljenja ter razkritje vseh relevantnih podatkov (9). Kasneje je v angleškem primeru Sidaway v Bethlem Royal Hospital Governors [1985] Lord Scarman zavzel stališče, da je treba upoštevati tiste posebne okoliščine tveganja, ki bi jih konkretni pacient vzel za relevantno podlago svoji odločitvi, če bi bil z njimi seznanjen. V tem primeru je Lord Bridge zavzel stališče, da je dolžan zdravnik pojasniti vsa pomembnejša tveganja, katerih možnost, da se uresničijo, je v dometu desetih odstotkov (10). V kasnejšem primeru Pearce v United Bristol Healthcare NHS Trust [1999] je Lord Woolf izpostavil, da izraza vidno tveganje (angl. *significant risk*), ki ga omenja primer Sidaway, ni mogoče precizno napolniti z odstotkom tveganja, vendar pa, da tveganja, ki se uresniči v enem do dveh promilih, nikakor ni mogoče smatrati za pomembnejše, zato tudi pojasnilna dolžnost glede tovrstnih tveganj ni podana (8). V razvoju preko navedene sodne prakse se je teoretično stališče uskladilo pri tem, da se šteje, da je zdravnik, ki ni ravnal v skladu s pacientovimi potrebami po informacijah, ravnal v nasprotju s sprejeto medicinsko prakso. Priporočilo oddelka za zdravje vlade Velike Britanije napotuje k uporabi standarda pomembnega tveganja, ki bi utegnilo vplivati na presojo

razumnega pacienta. V zvezi s pojmom »pomembno tveganje« omenja kriterij resnih ali pogostih tveganj. V primeru, da se pacientu poraja dvom ali ima kakršnekoli skrbi, naj se zdravnik prepriča, da je v zvezi s temi tveganji pacient informiran, ne glede na to, da so morebiti zanemarljiva ali redka. Zdravnik naj na vprašanja vedno odgovarja odkrito (8).

Čeprav se strinjamo, da odstotek pojavnosti ne more biti merilo dometa pojasnilne dolžnosti glede tveganj posega, lahko zaključimo, da je nedvomno podana pojasnilna dolžnost za tista tveganja, ki so resna, ogrožajoča ali statistično pogostejše prisotna. Obseg in podrobnost pojasnila je v obratnem sorazmerju z nujnostjo posega (11). Vrhovno sodišče Republike Slovenije (RS) je v sodbi II Ips99/2006 razsodilo, da zdravnik ni dolžan pacienta poučiti o vseh možnih nezaželenih učinkih, ampak mu mora v poglavitnih obrisih in na ustrezen način prikazati stanje, ga seznaniti s prognozo in ga opozoriti na običajno, redno tveganje (11). V konkretnem primeru je šlo pri tožniku za odstranitev dveh maščobnih bul (sum na liposarkom), zaradi česar je bil napoten k plastičnemu kirurgu, ki mu je obe buli operativno odstranil. Ker tudi med operacijo po preiskavi »zmrzli rez« zdravnik bule ni mogel zanesljivo opredeliti, se je odločil za odstranitev tumorja in okolnega nenormalnega tkiva, saj je le histološka preiskava lahko izključila maligni proces. Kožo in podkožje je nato zašil pod preveliko tenzijo, zato so šivi bodisi prerezali tkivo na robovih rane, se razvezali, ali pa se je material, iz katerega so šivi, pretrgal. Pri tožniku je nato prišlo do zapleta z zaprtjem rane. Sodišče je ugotovilo, da zdravnik ni kršil pojasnilne dolžnosti zato, ker tožnika ni seznanil z drugimi načini zapiranja ran. Argumentiralo je, da je pomembno, da zdravnik pacientu razloži, kako veliko je tveganje za nastanek negativnih posledic do katerih pride kljub *lege artis* izpeljanemu posegu med posegom in po njem, da je dolžan pojasniti nadaljnji razvoj nezdravljene bolezni, možno zdravstveno stanje po izpeljanem zdravljenju, obrazložiti, kateri so pozitivni učinki posega in katere so vse stranske posledice zdravljenja, ki lahko ogrožajo njegovo telesno integriteto in življenje. Sodba opozarja tudi na dokaj uporabljivo stališče avstrijske sodne prakse, da sta stopnja in obseg

pojasnjevanja odvisni predvsem od okoliščin posameznega primera in da ne drži, da bi bilo treba pojasnjevati šele pri desetodstotnem tveganju, pod tveganjem pod enim promilom pa nikoli.

Upoštevat je namreč treba primere, ko določena, sicer redka, tveganja predvidene ga posega tako ogrožajo pacientovo življenje oziroma zdravje, da so primerljiva z naravnim potekom bolezni ali ga celo presejajo. V takih primerih bo pacient moral pretehtati, ali ne bi raje še naprej živel s svojimi dosedanjimi težavami in z nevarnostmi, ali pa se bo odločil za zdravljenje z velikimi spremljajočimi tveganji (13). V sodbi II Ips 736/2005 je Vrhovno sodišče RS obravnavalo primer, pri katerem se je tožnica v bolnišnici zdravila zaradi pljučne tuberkuloze (14). Prejemala je zdravilo rifabutin (Mycobutin®) in še dvoje drugih zdravil, ob sprejemu pa je zdravnico seznanila, da jemlje kontracepcijske tablete Stediril M®. Med zdravljenjem ni dobila nobenih pojasnil o vplivu rifabutina in drugih zdravil na učinkovitost kontracepcijskih tablet. Dva meseca po odpustu iz bolnišnice je pri ginekologu izvedela, da je noseča in je zaradi medicinskih indikacij opravila umetno prekinitve nosečnosti. Sodišče je razsodilo, da je bila v konkretnem primeru kršena pojasnilna dolžnost zdravnika, ker tožnica ni bila seznanjena s stranskimi učinki zdravila za zdravljenje tuberkuloze. Ker je bila zdravnica seznanjena s tem, da tožnica jemlje kontracepcijske tablete, predpisano zdravilo pa zmanjšuje njihovo učinkovitost, bi bila dolžna tožnico o tem obvestiti. Nadalje se je Vrhovno sodišče RS v sodbi II Ips 166/2005 soočilo tudi s primerom tožnice, pri kateri je zaradi operativnega posega prišlo do okvare mečničnega živca kot posledice utesnitvenega sindroma (15). Sodišče je ugotovilo, da je tveganje za tovrstno okvaro med tremi in desetimi odstotki, prav tako pa je bilo v postopku ugotovljeno, da se tožnica ob primernem pojasnilu o kooperativnih tveganjih ne bi odločila za operacijo. Zaključilo je, da je kršitev pojasnilne dolžnosti vzrok vse škode, ki je tožnici nastala v zvezi z operacijo. V sodbi Vrhovnega sodišča RS II Ips 306/1995 se je sodišče ukvarjalo tudi s primerom tožnice, ki naj ne bi bila seznanjena s tveganjem, ki ga za zdravje otroka prinaša nosečnost po 35. letu staro-

sti matere in z diagnostičnim postopkom amniocenteze (16). Sodišče je sicer tožbo kot neutemeljeno zavrnilo, saj je ugotovilo, da je bila pojasnilna dolžnost izpolnjena. Iz argumentacije sodbe izhaja naslednje: v obravnavanem primeru je bila vsekakor podana pojasnilna dolžnost zdravnika, ki je spremljal nosečnost pacientke. Ker medicinska veda pozna tveganja v zvezi z nosečnostjo v določeni starosti in ker je z ustreznimi preiskavami mogoče ugotoviti bolezen otroka in omogočiti materi, da se glede na to odloči za prekinitve nosečnosti, je nedvomno obstajala zdravnikova dolžnost seznaniti mater in ji omogočiti odločitev o rojstvu otroka, saj pojasnilna dolžnost ne obsega zgolj bolezenskih stanj, temveč na primer tudi nosečnost, in ne zgolj posegov, ki jih priporoča zdravnik, ampak tudi tiste, za katere se odloči pacient.

Izjemo od obveščnosti pacienta predstavlja t. i. terapevtski privilegij. Gre za pravico zdravnika, da v bolnikovo korist zamolči nekatera dejstva, če bi popolno pojasnilo lahko pomenilo resno nevarnost za bolnikovo zdravje ali psihično stanje. Mišljeni so primeri posebno občutljivih, psihično labilnih oseb, pri katerih bi natančno prikazovanje vseh tveganj utegnilo bolnika prestrašiti ali na drugačen način negativno vplivati na potek zdravljenja (2). Ker gre za izjemo, se tovrstne situacije v skladu z argumentacijo v pravu interpretirajo ozko. Terapevtski privilegij naj bi se tako uporabil izključno v tistih primerih, ko je pričakovati, da bi podane informacije pri pacientu povzročile nezmožnost sprejeti racionalno odločitev. Na tem mestu velja omeniti, da je zdravnik tisti, ki je dolžan dokazati, da so v konkretnem primeru obstajale okoliščine, zaradi katerih je upravičeno verjel, da bi razkritje podatkov pacientu povzročilo škodljive posledice v procesu pacientovega odločanja in da bi s tem ravnal v nasprotju z njegovimi interesi.

Predhodnost

Privolitev mora biti pridobljena pred posegom, razen v primerih, ko zaradi nezmožnosti odločanja o sebi pacient ni zmožen izraziti svoje volje, obstaja pa potreba po nujni medicinski pomoči. V vsakodnevni praksi se pojavljajo primeri, pri katerih med posegom, za katerega obstaja veljavna pacientova privo-

litev, zdravnik ugotovi, da je potreben dodaten poseg. Vrhovno sodišče RS je v sodbi II Ips 716/2006 zaključilo, da mora v primeru, ko zdravnik med operacijo ugotovi, da je potreben dodatni poseg, operacijo prekiniti in dodatni poseg lahko izvede šele, če pacient z njim soglaša (17). V konkretnem primeru je šlo za to, da je bila pacientka napotena na odstranitev na dotik boleče tvorbe na desni strani vratu, kirurg pa ji je svetoval operativno odstranitev s krajšim, nezapletenim medicinskim posegom, saj naj bi šlo za nenevaren benigni tumor. Pacientka je na tak poseg pristala. Med posegom je bilo ugotovljeno, da gre za nevrinom, ki ga je treba glede na povezanost z živčnim pletežem odstraniti z drugačno, mikroskopsko operacijsko tehniko in s posegom, ki je zahtevnejši in dolgotrajnejši od tistega, na katerega je tožnica pristala, ter ki je za razliko od tega povezan z izrazito povečanim tveganjem neugodnega vpliva posega na funkcijo živčevja in z občutnejšimi neugodnimi posledicami za pacienta. Kirurg je operacijo po spremenjeni ugotovitvi diagnoze nadaljeval in jo strokovno dokončal. Čeprav med posegom ni bila zagrešena nobena napaka, se je uresničilo tveganje, in sicer je pri tožnici nastopila pareza desne roke z ohromitvijo moči in gibljivosti. Sodišče je v svoji obrazložitvi navedlo, da lahko zdravnik brez posebne privolitve operacijo razširi le v primeru, če bi prekinitev posega pomenila resno nevarnost za pacientovo življenje in zdravje. Pri tem mora presoditi tudi, kakšno nevarnost bi ponovna operacija pomenila za pacientovo zdravje. V primeru, ko je razširitev posega predvidljiva, mora zdravnik pacienta nanjo opozoriti že prej in pridobiti vnaprejšnje soglasje. Tudi v sodbi II Ips 16/2003 je Vrhovno sodišče RS izrazilo stališče, da je šlo za kršitev pojasnilne dolžnosti v primeru, da je zdravnik pacientko seznanil, da bo operacija na hrbtenici izvedena na enem, izjemoma na dveh nivojih, dejansko pa jo je izvedel na treh nivojih (18).

Z vidika informacij, ki naj bi jih zajemalo pojasnilo, podano pred posegom, je v splošnem mogoče strniti naslednje: razen v izjemnih primerih naj bi pojasnilna dolžnost obsegala tudi možne nepredvidene posege, do katerih lahko pride, zlasti če predstavljajo večje tveganje od tveganja, ki ga predstavlja predvideni

poseg. V kolikor se med posegom izrazi potreba po izvedbi drugačnega ali dodatnega posega, ki v prvotnem pojasnilu ni bil zajet, je treba s posegom prekiniti in soglasje pridobiti, razen v primeru, da bi to povzročilo nastanek nesorazmerne škode po principu tehtanja med koristjo in tveganjem nepredvidenega posega (če bi bilo s tem ogroženo pacientovo zdravje in/ali življenje).

Pri obravnavi predhodnosti soglasja pa je treba izpostaviti tudi primere, ko je soglasje podano na podlagi vnaprej izražene volje. Primerjalno pravno je tovrstni pravni institut znan kot t. i. *living will* ali »*advance directive*« in se v ZDA izvaja bodisi v obliki individualne vnaprejšnje izjave volje bodisi s pooblastitvijo neke osebe, ki se namesto pacienta po njegovih navodilih odloča o njegovem zdravljenju (19). ZPacP določa, da sme polnoletni pacient, ki je sposoben odločanja o sebi, za tiste primere, ko 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 zdravljenje ne daje upanja na ozdravitev oziroma izboljšanje zdravja ali lajšanje preživetja, pač pa le podaljšuje preživetje, na predpisanem obrazcu vnaprej izraziti svojo voljo glede zdravljenja oziroma opustitve le-tega (5). Enako velja za primere, ko bi mu medicinski poseg oziroma zdravstvena oskrba podaljšala življenje v položaju, ko bo bolezen ali poškodba povzročila tako hudo invalidnost, da bi dokončno izgubil telesno ali duševno sposobnost, da bi skrbel zase. Praktično gre za prepoved zdravljenja za tiste primere, ko pacient ne bo sposoben podati veljavne privolitve. V teh primerih pacient izrazi voljo, še predno nastopi indikacija za izvedbo medicinskega posega. Enako kot v drugih primerih je takšna privolitev k opustitvi zdravljenja veljavna le, če je pacient s strani izbranega osebnega zdravnika, pred njeno izjavo poučen o posledicah in pomenu odločitve, s tem da je v ta postopek vključeno tudi hkratno pojasnilo zastopnika pacientovih pravic. Ko nastopi situacija, v kateri se pacientova opredelitev izkaže za aktualno, se je zdravnik dolžan prepričati, da so okoliščine primera res takšne, kot jih je imel pacient ob svoji izjavi v mislih. Veljavnost izjave je omejena na pet let, vselej pa jo lahko pacient

s pisno izjavo prekliče ali spremeni po načelu, da je volja spremenljiva vse do poslednjega trenutka (lat. *voluntas ambulatoria est usque ad vitae supremum exitum*). Za pacientovo vnaprejšnjo izjavo velja stroga obličnost, saj se dokumentira na predpisanem obrazcu, pred izjavo pa izbrani osebni zdravnik in zastopnik pacientovih pravic pacienta natančno poučita o pomenu in posledicah njegove odločitve. V primeru dvoma v obstoj oziroma preklic izjave zdravnik takšne vnaprej izražene volje ni več dolžan upoštevati, in sicer v skladu z načelom v dvomu v korist življenja (lat. *in dubio pro vitam*).

Na tem mestu je ob nekoliko kompleksnejši nomotehniko na mestu razlaga, kdaj je vnaprej izražena volja za zdravnika zavezujoča in kdaj se uporabi le kot smernica pri odločanju o zdravljenju. Zdravnik je dolžan opustiti zdravstveno oskrbo pri pacientu, ki je oskrbo vnaprej prepovedal, če in ko pacient trpi za neozdravljivo boleznijo, zdravljenje pa ne daje upanja na ozdravitev, izboljšanje zdravja ali lajšanje trpljenja, temveč samo podaljšuje preživetje. Glede na določbo 39. člena zakona, ki daje pacientu pravico do preprečevanja in lajšanja trpljenja ter paliativne oskrbe in s tem nalaga obveznost zdravstveni organizaciji, da uresničujev te pravice zagotovi, menimo, da lahko predstavlja pacientova vnaprej izražena volja tudi hkratno odpoved pravici do preprečevanja in lajšanja trpljenja. Posledično to pomeni, da zdravstvena organizacija preprečevanja in lajšanja trpljenja v takšnem primeru pacientu ne sme vsiljevati (do preklica). Pri obravnavi vnaprej izražene volje, ki pride v poštev izključno v primerih hudih bolezni, v razpravi neogibno trčimo na kolizijo med pravico pacienta, da se odloči o koncu življenja, ki bi mu ga medicina lahko podaljšala (ne pa tudi prispevala k njegovi ozdravitvi), in dolžnostjo zdravnika, da izvede vse ukrepe, ki življenje podaljšujejo (v okviru obveznosti zagotavljanja zdravstveno oskrbo, lajšanje trpljenja in paliativno nego). Ne glede na to, kaj dejansko v praksi prinašajo življenjske situacije pacientov, ki se soočajo z dejstvom neozdravljivosti, in na drugi strani zdravnikov, ki so dolžni zagotavljati paliativno oskrbo, lahko zatrdimo, da je bolnikova vnaprejšnja volja, da se mu ne podaljšuje življenja, legitima in

jo je zdravnik, če so seveda izpolnjeni postopkovno-oblikovni pogoji za njeno veljavnost, dolžan spoštovati.

Na drugi strani pa zakon v zvezi z obravnavano tematiko predvideva tudi situacije, ko bi pacientu zdravstvena oskrba podaljšala življenje v položaju, ko bo bolezen ali poškodba povzročila tako hudo invalidnost, da bo dokončno izgubil telesno ali duševno sposobnost, da bi skrbel zase, pacient pa vnaprej izrazi voljo, da takšne oskrbe ne želi. V tem primeru vnaprej izražena volja za zdravnika ni zavezujoča, marveč predstavlja smernico, ki jo je dolžan upoštevati pri odločanju o zdravljenju. Ta položaj je s stališča zdravnikovega dolžnega ravnanja še veliko zahtevnejši. Od njega namreč terja tehtanje med koristmi, ki jih pacientu, katerega bolezen ali poškodba ni terminalna, prinaša predvidena zdravstvena oskrba, in njegovimi vnaprej izraženimi željami o tem, da življenja, v katerem je dokončno telesno ali duševno nesposoben, ne želi. Na to etično dilemo pa je s pravnega vidika praktično nemogoče podati enoznačen odgovor. Lahko le poudarimo, da je pacientovo smernico po našem mnenju treba obravnavati kot poglavitno, saj postavlja pravico do samoodločanja pravna ureditev na prvo mesto.

Sposobnost odločanja

Pri ugotavljanju sposobnosti odločanja kot predpostavke veljavne privolitve se je v teoriji razvil funkcionalni pristop, na podlagi katerega je relevanten ne samo status pacienta (statusni pristop), pač pa je treba v vsakem konkretnem primeru opraviti tudi oceno, ali je oseba za odločitev kljub zakonski domnevi o nesposobnosti odločanja sposobna privoliti. Slovenski pravni red na ravni izpodbojne zakonske domneve odvzema sposobnost odločanja trem kategorijam oseb: otrokom do 15. leta, osebam s težavami v duševnem zdravju ter osebam, ki so začasno nesposobne odločanja o sebi.

Zakon je predvidel tudi primer, ko pacient, ki je sicer sposoben odločati o sebi, za primer in za čas svoje nesposobnosti odločanja o sebi, vnaprej pooblasti drugo osebo, ki bo kot zdravstveni pooblaščenec na podlagi njegovega overjenega pisnega pooblastila odločala o nje-

govih pravicah v zvezi s postopki zdravljenja oziroma oskrbe.

Ko gre za otroke do 15. leta starosti, zakon omogoča zdravniku, da glede na otrokovo zrelost oceni, ali je za privolitev sposoben, pri čemer se glede okoliščin, ki govorijo o sposobnosti odločanja o sebi, praviloma posvetuje s starši oziroma skrbnikom. Velja domneva, da otrok do 15. leta ni privolitveno sposoben, razen če zdravnik ugotovi nasprotno. Enako lahko pri otroku nad 15. letom starosti zdravnik oceni, da zaradi nezadostne zrelosti za privolitev ni sposoben; velja namreč obratna domneva, da je otrok nad 15. letom privolitveno sposoben (5). Zdravnik je za privolitev v tehnično malenkostni medicinski poseg dolžan pridobiti privolitev enega od staršev, če sta prisotna oba in se glede privolitve ne strinjata, pa zdravnik pridobi nadomestno soglasje konzilija v največjo možno korist otroka (če to ni mogoče, pa od drugega zdravnika, ki ni vključen v proces otrokovega zdravljenja). Za operativni poseg ali poseg, povezan z večjim tveganjem ali obremenitvijo, oziroma poseg, ki utegne imeti pomembne posledice za otroka, se v vsakem primeru zahteva soglasje obeh staršev. Če soglasja ne dosežeta, lahko predlagata, da jima pri odločitvi pomaga Center za socialno delo (CSD). Seveda je na mestu vprašanje, kaj stori izvajalec zdravstvenih storitev, če se starša ne sporazumeta, niti ne predlagata posredovanja CSD. Glede nujne medicinske pomoči je na podlagi izrecne zakonske določbe jasno, da soglasja zdravnik ne potrebuje. V primerih, ko ne gre za nujno medicinsko pomoč, starša pa ne soglašata glede posega, bi moral izvajalec zdravstvenih storitev obvestiti CSD, ta pa je dolžan v skladu s 120. členom Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih zagotoviti potrebne ukrepe, ki jih zahteva varstvo otrokovih pravic in koristi (20). To doseže bodisi z odvzemom otroka staršem in dodelitvijo v vzgojo in varstvo drugi osebi (če gre za zanemarjanje otrokovega varstva) ali pa s postavitvijo posebnega skrbnika, ki nato poda nadomestno soglasje, seveda po nujnem postopku, bodisi z odločitvijo sodišča v sporu med starši o izvrševanju roditeljske pravice po nepravdnem postopku, ki je prav tako nujen. V praksi se nedvomno lahko pojavi tudi vprašanje, kako daleč gre zdravnikova dolž-

nost zagotoviti nujno medicinsko pomoč ob agresivnem, fizičnem nasprotovanju staršev ali skrbnikov, če na primer želi eden od staršev svojega otroka fizično odnesti iz bolnišnice, otrok pa bi potreboval takojšnjo medicinsko pomoč. V takšnem primeru naj bi priskočila na pomoč policija, ker ima pooblastila na podlagi splošnih pravil o delovanju policije, zdravnik pa je dolžan nuditi nujno medicinsko pomoč (21).

Pri pacientih, ki imajo težave v duševnem zdravju ali težave iz drugega vzroka, poseg dovoli zakoniti zastopnik, če ga oseba ima. Zakon v tem primeru nalaga zdravniku obveznost, da kljub veljavno pridobljenemu soglasju v primeru, da zakoniti zastopnik ne odloča v najboljšo zdravstveno korist pacienta, o tem obvesti pristojni organ, ki je zastopnika postavil (CSD). Iz te določbe je razviden poseben varstveni režim, ki ga pravni red zagotavlja najšibkejšim uporabnikom zdravstvenih storitev.

V primeru, da oseba s tovrstnimi težavami nima zakonitega zastopnika, vendar pa po presoji zdravnika njegove težave vplivajo na zmožnost razsojanja, je izvajalec zdravstvenih storitev dolžan začeti postopek za postavitve zakonitega zastopnika. V položaju, ko se pri zdravniku pojavi dvom v pacientovo sposobnost privolitve, je dolžan pričeti s postopkom pridobivanja nadomestnega soglasja. Le na ta način se namreč izogne možnosti, da bi bila privolitev neveljavna. Pristojni organ bo namreč v postopku postavitve zakonitega zastopnika preveril, ali so izpolnjeni pogoji in v kolikor bo ocenil, da je oseba sposobna odločiti o sebi, zastopnika ne bo postavil. Se pa izvajalec zdravstvenih storitev na tem mestu nedvomno lahko znajde tudi pred dilemo, ali zagotoviti zdravstveno oskrbo brez nepotrebne odlašanja, ali počakati na odločitev pristojnega organa, kar s časovnega vidika podaljšuje postopek oskrbe. Menimo, da je tudi v tem primeru dolžan uporabiti standard iz 14. člena zakona, ki v okviru pravice do spoštovanja pacientovega časa terja presojo nujnosti posega v skladu s pacientovo največjo zdravstveno koristjo in preprečitvijo resne zdravstvene škode zanj. V primerih potrebe po medicinski pomoči, ko je zdravstveno storitev treba opraviti takoj, bi bil postopek postavitve zakonitega zastopnika v škodo pacientu,

zato se je izvajalec dolžan poslužiti možnosti pridobivanja nadomestnega soglasja po osebah, ki privolitev v poseg lahko dajo. Dokler zakoniti zastopnik ni postavljen, namreč lahko privolitev dajo osebe, ki jih zakon določa kot nadomestne privolitелje (osebe v izključujočem vrstnem redu – pacientov zakonec/zunajzakonski partner/partner istospolne skupnosti, pacientovi otroci ali posvojenci, pacientovi starši oziroma posvojiteljji, pacientovi bratje ali sestre, pacientovi stari starši, pacientovi vnuki). Zakon določa, da nadomestni privolitелji »lahko« podajo veljavno soglasje v navedenem primeru. To utegne ustvariti t. i. pravno praznino takrat, ko osebe, ki soglasje »lahko« podajo, privolitev odklonijo, ali pa takrat, ko takšnih oseb ni na razpolago. V primeru, da soglasja nadomestnih oseb, kot jih določa zakon, ni mogoče pridobiti, zakonske določbe ni mogoče širše interpretirati tako, da bi iskali soglasje zunaj kroga zakonsko predvidenih oseb, zato menimo, da je dolžan izvajalec obvestiti CSD, ki po nujnem postopku postavi skrbnika za posebni primer. Lečeči zdravnik namreč ne more nadomestiti nadomestne privolitve, razen če ga zakon k temu izrecno pooblašča, kar pa je le v primeru, ko obstajajo nadomestni privolitелji, vendar pa med seboj ne dosežejo soglasja. Do trenutka postavitve skrbnika lahko v takšnem primeru izvajalec opravi le tiste medicinske posege, za katere se privolitev ne zahteva, to pa je le nujna medicinska pomoč ter tehnično malenkostni posegi, ki so privolitveno nesposobnemu pacientu v največjo korist, zdravnik pa ni vedel ali ni mogel vedeti, da pacient oziroma nadomestni privolitелj malenkostnemu posegu nasprotuje (5). Pri osebah, ki so zgolj začasno nezmožne odločati o sebi, izvajalec zdravstvenih storitev nima pravne podlage, da bi obvestil CSD in na ta način začel postopek za postavitve zakonitega zastopnika, marveč v tem primeru pridobiva nadomestno soglasje pacientovih sorodnikov. Zakon sicer izrecno določa, da nadomestni privolitелji ne morejo zavriniti nujne medicinske pomoči pacientu, čeprav je jasno, da se za nujno medicinsko pomoč privolitev na podlagi 28. člena istega zakona niti ne zahteva. Iz napisanega lahko zaključimo, da je zakon deloma nejasen, deloma pa tudi nekoherenten, marsikaterih kočljivih situacij,

ki bi terjale obravnavo zakonodajalca, pa ne ureja. Tako je pričakovati, da se bodo pravne praznine napolnile preko sodne prakse.

Specialna ureditev glede na splošni ZPacP je za primer zdravljenja duševnih motenj določena v Zakonu o duševnem zdravju (22). Konvencija o varstvu človekovih pravic in dostojanstva človeškega bitja v zvezi z uporabo biologije in medicine (Oviedska konvencija) določa, da se osebi s hudo duševno motnjo sme brez njene privolitve opraviti poseg z namenom zdravljenja te motnje le, kadar bi opustitev takšnega zdravljenja verjetno znatno škodovala njenemu zdravju (23). Tako lahko sklepamo, da za primer zdravljenja duševnih motenj velja, da so duševni bolniki načeloma zmožni odločati o sebi in da daje pravna ureditev njihovi avtonomiji večjo veljavo kot sicer. Posledično tudi Zakon o duševnem zdravju določa drugačen postopek odločanja o zdravljenju brez privolitve, pri čemer velja poseben varovalni režim pacienta v postopku, ki vključuje pravico do odvetnika, postopek pa opravi sodišče (22). Vprašanje privolitve osebe, ki je podvržena zdravljenju duševne motnje, tako terja bistveno obširnejšo obravnavo, ki pa presega namen tega članka.

Presoja o tem, ali je pacient sposoben odločati o sebi, je torej na zdravniku. Prav slednji bo v primeru spora nosil dokazno breme o tem, da je bila v konkretnem primeru izpodbita domneva nesposobnosti (otrok do 15. leta, oseba s težavami v duševnem zdravju, oseba, ki je začasno nesposobna odločati o sebi). Na tem mestu lahko izpostavimo, da po pregledu sodne prakse v bazi www.sodisce.si ni najti primera, ko bi sodišče že pravnomočno odločilo v zadevi, kjer bi obravnavalo vprašanje sposobnosti privolitve. Vendar pa je pred Okrožnim sodiščem v Ljubljani v teku pravda, v kateri sodišče obravnava prav primer pacientke z domnevnimi težavami v duševnem zdravju. V ta namen je ob odsotnosti podrobnejših določb v slovenski zakonodaji kot tudi ob odsotnosti sodne prakse glede tega vprašanja treba izpostaviti teoretična izhodišča, ki so se izoblikovala v primerjalnem pravu. V argumentaciji se pojavljajo zaključki, da oseba ni sposobna veljavno privoliti v medicinski poseg, če so pri njej prisotne oslabitve ali motnje mentalnih funkcij, zaradi katerih

ni zmožna odločati o privolitvi ali zavrnitvi določenega zdravljenja.

Kot relevantna za presojo slednjega se izpostavljajo naslednja vprašanja:

- Ali je oseba zmožna razumeti in ohraniti informacije, ki so podlaga odločitvi?
- Ali je oseba zmožna uporabiti informacije in jih v procesu odločanja tudi pretehtati?
- Ali kompulzivna motnja ali fobija zavira zavest o informacijah, ki so pacientu predstavljene?

Bistveno pri presoji sposobnosti osebe za veljavno privolitev je ugotavljanje njene sposobnosti razumeti naravo, namen in posledice tega posega (8).

Ko gre za začasno nesposobnost odločanja o sebi, velja omeniti t. i. začasne dejavnike (kot so npr. šok, huda bolečina, stanje pod vplivom droge, panika), ki pa morajo, da bi izključile sposobnost privolitve, biti takšne intenzitete, da je zmožnost odločanja povsem odsotna. Tako se v zvezi s strahom, ki pri pacientu povzroči paniko, omenja nezmožnost odločanja v primeru, da je strah takšne intenzitete, da paralizira voljo in posledično onemogoči sposobnost odločitve. Mental Capacity Act 2005 je v Veliki Britaniji prav izrecno določil, da je oseba nezmožna podvzeti veljavno privolitev, če je nezmožna razumeti informacije, ki so za presojo relevantne, če je nezmožna ohraniti te informacije, če jih je nezmožna pretehtati in o njih komunicirati (verbalno ali na druge načine) (24). Kot primer se v tuji literaturi omenja Re MB (*Medical treatment*) [1997], v katerem je bila pacientka sprejeta v bolnišnico v 40. tednu nosečnosti, vaginalni porod pa je predstavljal visoko tveganje za smrt ali poškodbe fetusa, tako da je soglašala s carskim rezom (8). Kasneje je zaradi fobije, ki se je pojavila ob strahu pred instrumenti ob operaciji, zadnji trenutek soglasje preklcala. Sodišče je odločilo, da je bil operativni poseg kljub odsotnosti soglasja zakonit, saj je očitno trpela za začasno nezmožnostjo odločanja o sebi in torej ni bila sposobna podati veljavne opustitve v poseg, ki je bil medicinsko indiciran.

Sklepno v zvezi z nadomestnimi soglasji poudarjamo še, da morajo biti tudi slednja dokumentirana na predpisanem privolitvenem obrazcu.

Svobodna volja

Po načelu »nobena krivica se ne godi tistemu, ki jo hoče« (lat. *volenti non fit injuria*) je volja pacienta tista, ki načeloma izključi protipravnost posega v njegovo telesno dobrino. V določenih okoliščinah se lahko pojavi vprašanje, ali je ta volja podana svobodno, saj je le taka pravno veljavna. Lahko se zgodi, da pacient sicer izrazi svojo voljo, vendar jo oblikuje v miselnem procesu, na katerega vplivajo zunanji pritiski, ki ustvarijo pogoje za to, da prava volja ni izražena. Na primer, zapornik, podvržen zdravljenju s strani zaporniškega osebja, ki je po naravi svoje vloge v prvi vrsti pazniško osebje, lahko pri zaporniku, ki je deležen medicinske oskrbe, povzroči odločitev za poseg, ki se jim sicer ne bi podvrigel, drug primer so lahko vojne okoliščine itd.

Prav tako se za veljavno svobodno privolitev zahteva, da je podana v odsotnosti kakršnega koli pritiska s strani medicinskega osebja, torej ob odsotnosti vpliva, za katerega je od razumnega pacienta pričakovati, da se mu ne bo podvrigel. Če je pacient ustrašovan, pomeni, da ni sposoben izoblikovati svobodne volje. Od zdravnika je tako pričakovati ustrezno skrbnost, ki upošteva večjo ranljivost pacientov v času odločanja, na podlagi česar se je dolžan izogniti vsakršnemu ustrašovanju ali vplivu na pacienta, ki presega okvir njegove pojasnilne dolžnosti. V ameriški sodni praksi je poznan primer 20-letne nosečnice, ki je bila prepeljana v bolnišnico po prometni nesreči. Njena mati je bila pripadnica religije Jehovine priče, medtem ko pacientka ne. Za tem, ko je nosečnico obiskala njena mati, je pacientka obvestila zdravnike, da odklanja krvno transfuzijo in se pozanimala o alternativnih možnostih. Pred privolitvijo v carski rez je podpisala obrazec, v katerem je navedla, da ne želi krvne transfuzije, vendar ji pred tem ni bilo pojasnjeno, da utegne biti slednja nujno potrebna za ohranitev njenega življenja ali odvracanje resne poškodbe. Po rojstvu otroka se je njeno zdravstveno stanje poslabšalo in sodišče je razsodilo, da je kljub odklonitvi uvedba transfuzije zakonita. Sodišče je pojasnilo, da je zdravstveno osebje dolžno presoditi, ali gre pri konkretni privolitvi za odraz pacientkine prave volje. Seveda se ima pacient vso pravico posvetovati s tretjimi osebami, zlasti člani svoje dru-

žine, pri čemer ni pomembno, kako močnemu vplivu je izpostavljen, vse dokler ta vpliv ne poseže v samostojnost pacientove odločitve. Torej se je treba vprašati, ali pacient poda izjavo zato, ker je to odraz njegove volje, ali zato, da si zagotovi »mir v hiši« (8).

V tovrstnih primerih lahko gre za zelo subtilen vpliv, ki pa ga je dolžno zdravstveno osebe v razgovoru s pacientom prepoznati in nanj ustrezno reagirati, zlasti tako, da se v pogovoru s pacientom razčisti, kakšna je njegova prava volja in katero odločitev je pripisati vplivu njegove okolice. Seveda ni pričakovati, da bodo izvajalci zdravstvenih storitev kar po svobodni presoji bolnikovo odločitev šteli za neveljavno, saj praviloma velja, da je pacientova odločitev takšna, kot jo izrazi. Tudi obveznost, da bi izvajalec v takšnem primeru pridobil nadomestno soglasje sorodnikov zaradi začasne nezmožnosti odločanja, bi bila v nasprotju z njenim namenom, zlasti če bi vpliv na odločitev izviral ravno iz sfere oseb, ki so predvidene kot nadomestni privoljitelji. V tem primeru bi, če je po oceni zdravnika zmožnost razsojanja zaradi pritiskov okolice v bistveni meri omajana, prišlo v poštev le pridobivanje nadomestnega soglasja preko skrbnika za posebni primer. Vendar pa v resnici najbrž niti ni pričakovati, da bi bil vpliv drugih oseb na odločitev pacienta tako močan, da bi lahko šteli, da je njegova svobodna volja povsem onemogočena. Tako ob odsotnosti pravne ureditve ostaja obveznost zdravnika slediti pacientovi izraženi volji, če le pritiski okolice niso takšni, da bi bistveno vplivali na zmožnost njegovega razsojanja, kar pa je treba razlagati strogo restriktivno in le v izrazito izraženih izjemnih primerih.

Zavestna privolitev

V okviru presoje zavestnosti privolitve se dotaknemo kategorije zmožnosti razumeti in ohraniti informacije o predlaganem načinu zdravljenja oziroma posegu. Pacient mora imeti v prvi vrsti zmožnost prepoznati in pretehtati podatke, ki so v določenih okoliščinah relevantni. Če se zgodi napaka v razumevanju informacij ali če je pacient zmeden glede le-teh, v poseg ni sposoben zavestno privoliti. Posebno skrb glede zavestne privolitve zahteva položaj, ko podaja privolitev v poseg oseba, ki je mlajša od 15 let in zdravnik gle-

de na njeno zrelost oceni, da je sposobna privolitve. Prav tu se najbolj evidentno izpostavi potreba po ugotavljanju, ali je privolitev zavestna, takšna pa je, če pacient razume naravo posega, za katerega se zahteva njegova privolitev, in posledice, ki jih takšen poseg ima. V tovrstnih primerih utegne priti do nastanka konfliktna situacije, v kateri otrok, za katerega zdravnik glede na njegovo zrelost oceni, da je sposoben privoliti v poseg, privoli v zdravstveno oskrbo, starša pa se z njo ne strinjata. Zdravnik je načeloma dolžan upoštevati voljo otroka, če je ta po njegovi presoji sposoben privolitve, voljo staršev pa v takšnem primeru prezreti. V primeru dvoma, ali je otrok sposoben privoliti v poseg ali ne, je na mestu odločitev, da se pridobi nadomestno soglasje staršev. V tem primeru je otrokova volja nezavezujoča, čeprav zakon daje otroku pravico, da se upošteva njegovo mnenje, če ga je sposoben izraziti in če razume njegov pomen in posledice. Ta pravica je po vsebini t. i. naravna obveznost, saj mnenja otroka dejansko nihče ni dolžan upoštevati glede na to, da je veljavna le nadomestna privolitev in ne otrokova. Če bi zakonodajalec v resnici želel doseči spoštovanje otrokove volje, bi moral tudi za primere konflikta med njegovo voljo in voljo nadomestnih privoliteljev predvideti posredovanje neodvisnega organa (CSD), bodisi zdravniškega konzilija ali pa postavitev skrbnika za posebni primer. Veljavna ureditev tovrstnih situacij, žal, ne ureja, pač pa ureja izključno otrokovo soglasje ali pa nadomestno soglasje staršev, odvisno od tega, ali je otrok sposoben privoliti v poseg.

Zavestnost privolitve se utegne kot predpostavka izraziti tudi v situaciji, ko pacient nima stabilnega mentalnega profila, do česar privedejo določene okoliščine, ki sočasne narave, na primer izčrpanost ali bolečine. V tuji sodni praksi je znanih veliko primerov neprivolitev v carski rez med porodom, ki je za žensko in plod predstavljal tveganje. Bolečine ali izčrpanost lahko v takšnih primerih povzročijo odsotnost zavestne privolitve (8).

Zavestna privolitev je tista, pri kateri mentalna zmožnost odločanja vključuje popolno zmožnost percepcije, zmožnost pretehtati odločilna dejstva in doseči racionalno odločitev na podlagi teh relevantnih dejstev. Tudi sicer nezmožna oseba je v t. i. lucidnem sta-

nju lahko zmožna podati veljavno privolitve v poseg, če njen proces percepcije tedaj izpolnjuje pogoje za razumevanje vsake od teh faz (8).

Vendar pa velja na tem mestu še poudariti, da odločitev pacienta ni nujno racionalna, da bi ji priznali status veljavne privolitve. Tudi če odločitev nima razloga ali če je razlog tak, da nima razumne podlage, je ob spoštovanju ostalih predpostavk treba šteti, da je pacient v poseg veljavno privolil oziroma ga je veljavno odklonil. Takšni primeri so izraziti zlasti pri religioznih nagibih pacientov (npr. odklonitev transfuzije). Pacient tudi ni dolžan obrazložiti zdravniku, zakaj se za predlagani način zdravljenja ni odločil, je pa zdravnik v skladu z zakonom v primeru zavrnitve zdravstvene oskrbe dolžan poskusiti pacienta prepričati v oskrbo, če oceni, da bi zavrnitev lahko ogrozila njegovo življenje ali mu povzročila nepopravljivo škodo.

Obličnost

Obličnost, tj. zahteva, da mora biti izjava pridobljena v predpisani obliki, je pogojna predpostavka veljavne privolitve. Zakon namreč določa, da mora biti v pisni obliki pridobljena privolitev le za poseg, ki je povezan z večjim tveganjem ali večjo obremenitvijo. Pričakovati je, da bo vsebino tega pravnega standarda napolnila sodna praksa. Zaenkrat tovrstnih primerov v slovenski sodni praksi ni zaslediti. Ni namreč mogoče vnaprej opredeliti, kateri poseg je povezan z večjim tveganjem ali obremenitvijo, nedvomno pa je z večjim tveganjem povezan tisti poseg, ki utegne imeti za konkretnega pacienta, upoštevajoč torej njegovo zdravstveno stanje, ireverzibilne škodljive posledice. Ker zakon ne postavlja jasne meje med posegi, za katere zahteva pisno soglasje, je v primeru dvoma smiselno pridobiti izjavo pacienta v pisni obliki. Sam postopek pridobivanja soglasja namreč načeloma ni različen za en ali za drug primer, različna je le oblika, v kateri je pacientova izjava podana. Breme dokazovanja glede veljavno pridobljenega soglasja je v vsakem primeru na izvajalcu zdravstvenih storitev, saj se od pacienta v sporu ne zahteva, da bi dokazoval negativna dejstva o tem, da soglasja ni podal. Sodna praksa se bo v bodoče morala opredeliti tudi do vprašanja, kakšne pravne

posledice ima opustitev pisne privolitve v poseg na pravno razmerje zdravnik – pacient v primerih, ko uspe izvajalec zdravstvenih storitev dokazati, da je uspel pridobiti ustno izjavo, ki izpolnjuje preostale predpostavke veljavne privolitve, razen obličnosti. V tem primeru bo moralo sodišče najprej zavzeti stališče do tega, kakšen je namen, ki ga s predpisano obličnostjo določa zakon, bodisi gre za dokazni namen (lat. *forma ad probationem*) ali je to pogoj za veljavnost izjave (lat. *forma ad valorem*). Glede na izrecno zakonsko zahtevo, da mora biti izjava pridobljena v pisni obliki, menimo, da je pisnost pogoj za veljavnost izjave. K takšnemu sklepanju poleg jezikovne razlage zakona vodi tudi argumentacija sodbe II U 119/2011 Upravnega sodišča RS, ki daje privolitvenemu obrazcu pri ugotavljanju veljavnosti privolitve poseben pomen. Sodišče v navedeni sodbi ugotavlja, da standardiziran obrazec, ki poleg podatkov pacienta in diagnoze vsebuje le na obrazcu natisnjeno navedbo, da mu je lečeči zdravnik razložil vse morebitne zaplete, ki spremljajo zdravljenje in lahko ogrozijo njegovo zdravje in življenje, medtem ko podrobneje obrazložitev predlaganega posega, kot je določena z vsebino, opredeljeno v 27. členu ZpacP, ne vsebuje, predstavlja neizpolnjeno ali nezadostno izpolnjeno pojasnilno dolžnost, posledično pa privolitev po pojasnilu ni pridobljena (25). Sodišče je sicer pri presoji upoštevalo tudi druge ugotovitve (strokovne komisije, pregleda pacienta v drugi ustanovi), vendar je iz obrazložitve razvidno, da zahtevo po pravilni in popolni izpolnjenosti privolitvenega obrazca daje posebno težo.

Po drugi strani se utegne v sodni praksi pojaviti tudi primer, ko je pacient sicer podpisal privolitveni obrazec, vendar pa dejansko privolitev po pojasnilu ni bila veljavno pridobljena. Takšen primer je najti v angleški sodni praksi, in sicer v primeru Chatterton v Gerson [1981], kjer je bilo ugotovljeno, da je bila sicer izjava podana v predpisani obliki, vendar pa je bila privolitev izjavljena le formalno in ne dejansko. Posledično je britanski National Health Service (NHS) v svoji publikaciji leta 2001 podal navodila zaposlenim v zdravstvu, v katerih je opredeljeno, da veljavnost privolitve ni odvisna od oblike, v kateri je podana. Pisna privolitev običajno služi

dokazu, da je bila privolitev pridobljena, vendar ob odsotnosti volje, pravih informacij in sposobnosti privolitve, podpis obrazca ne ustvarja veljavne privolitve (8).

ZDRAVSTVENA OSKRBA BREZ PRIVOLITVE

Medicinska pomoč se pacientu ob odsotnosti privolitve lahko nudi le v primeru, da ta potrebuje nujno medicinsko pomoč, pa ni sposoben odločanja o sebi ali pa svoje volje ni zmožen izraziti. Nujna medicinska pomoč je neodložljivo ravnanje, ki je potrebna za ohranitev življenjsko pomembnih funkcij ali za preprečitev nepopravljivega in hudega poslabšanja zdravstvenega stanja (5). Ker gre za izjemo od splošne zahteve po predhodni privolitvi po pojasnilu, se ta izjema razlaga restriktivno. V kolikor ne gre za medicinsko pomoč, ki bi reševala pacientovo življenje ali odvrčala resne in hude posledice na njegovem zdravju, ta določba ne pride v poštev. Predpostavki, ki morata biti poleg nujnosti pomoči podani, tj. sposobnost odločanja o sebi in sposobnost izraziti voljo, smo obravnavali že predhodno. Poleg tega je mogoče ob odsotnosti privolitve poseg opraviti tudi v primeru, ko le-ta ni povezan z večjim tveganjem ali večjo obremenitvijo, vendar pacient ni sposoben odločanja o sebi, zdravnik pa predhodno ni vedel in ni ni mogel vedeti, da je pacient ali oseba, ki lahko veljavno nadomesti privolitev, temu posegu nasprotoval, pri čemer privolitve te osebe ni bilo mogoče pridobiti v razumnem času, poseg pa je pacientu v največjo zdravstveno korist (5). Iz slednje, dokaj zapletene zakonske določbe, ki jo je kot izjemo v skladu z argumentacijskimi pravili prav tako treba razlagati restriktivno, razberemo, da je zdravnik tisti, ki oceni, kaj je pacientu v največjo korist, ne da bi za poseg pridobil veljavno privolitev. Na tem mestu se zakon še najbolj približa paternalističnemu modelu doktrine privolitve po pojasnilu, ki ga sicer zakon v splošnem odklanja in daje prednost avtonomističnim konceptom odločanja o lastnem zdravljenju.

ZAKLJUČEK

V obravnavi tematike veljavne privolitve v zdravljenju ali v poseg lahko zaključimo, da

se sodna praksa slovenskih sodišč še ni v zadostni meri poglobljeno ukvarjala s posameznimi vprašanji, ki se pojavljajo ob presoji predpostavk privolitve in njene vsebine, da bi bilo moč govoriti o ustaljeni sodni praksi kot pravnem viru. Zakonodajca je sicer že leta 2008 postavila relativno določen temelj sodni presoji, tako da je odsotnost prakse na tem področju najverjetneje pripisati siceršnji pravni kulturi na področju medicinskega prava, za katero lahko zatrdimo, da je v fazi razvoja in da je glede na njen vse širši domet šele v prihodnje pričakovati, da bo sodstvo odgovorilo na številne dileme, ki se pojavljajo v zvezi z vzpostavljanjem ali kršitvijo razmerja zdravnik – pacient.

Z vidika izpostavljanja posameznih primerov sodni presoji velja še poudariti, da je kljub načelni močnejši zaščiti šibkejše stranke, pacient v sodnih postopkih izpostavljen zelo visokemu tveganju uspeha v pravdi zaradi dejstva, da so sodni izvedenci stanovski kolegi toženih oseb (oziroma njihovih delodajalcev), zaradi česar se stranke vse pogosteje poslužujejo dokaznih predlogov po postavitvi sodnih izvedencev iz tujine, kar pa žal zanje (vsaj za čas spora) predstavlja veliko višji strošek kot sicer. Prav zaradi ekonomskega tveganja se stranke redkeje odločajo za sodne postopke, ko gre za tovrstna pravna razmerja. Izvedenec igra namreč v pravdi zelo pomembno vlogo in je uspeh stranke v največji meri odvisen od njegovega mnenja, saj kot pomočnik sodišča nudi potrebno strokovno presojo glede vsebine pojasnilne dolžnosti zdravnika in na drugi strani obsega obveščenosti pacienta, nadalje glede pojasnitve, ali je bila privolitev pridobljena predhodno, na podlagi svobodne volje in zavestne privolitve. Prav izvedenec bo sodišču v konkretnem primeru tudi povedal, ali je poseg povezan z večjim tveganjem ali obremenitvijo, na podlagi česar bo sodišče lahko sklepalo o zahtevi po obličnosti privolitve. Izvedenec bo podal tudi mnenje, ali so bili izpolnjeni pogoji za to, da je zdravnik opravil poseg brez privolitve pacienta. Kot izhaja iz navedenega, je spor, v katerem tožeča stranka – oškodovanec zatrjuje, da poseg ni bil opravljen na podlagi veljavne privolitve, v veliki meri odvisen od dela izvedenca medicinske stroke, prav zato pa je še večja dolžna skrbnost na sodišču, da zagotovi objek-

tivnost in nepristranost izvedeniškega mnenja.

Dokazno breme glede tega, da je bila privolitev v poseg veljavno pridobljena, je na toženi stranki (torej na zdravniku oziroma zdravstveni organizaciji), zaradi česar je sodišče na podlagi 215. člena Zakona o pravnem postopku dolžno v primeru, da na podlagi izvedenih dokazov ne more zanesljivo ugotoviti dejstev, ki se tičejo posameznih predpostavk veljavne privolitve, tožbenemu zahtevku ugoditi, če je seveda pacientu nastala premoženjska ali nepremoženjska škoda (26).

Obravnavana tematika je sicer v vsakdanji praksi morebiti nekoliko prezrta zaradi vnaprej predpisanih obrazcev, ki onemogočajo razmislek in poglobljanje v okoliščine posameznega primera, vendar pa je zaradi posledic, ki jih tovrstna izjava v pravnem razmerju zdravnik – pacient ima, s pravnega vidika zelo pomembna, kot je razvidno iz zgornje razčlenitve pa obenem terja izredno subtilno obravnavo. Zdravniku tako v procesu zdravljenja ni zaupana le skrb za pacientovo dobrobit, temveč tudi skrb za njegovo svobodno odločitev.

LITERATURA

1. Flis V. Doktrina o zavestni privolitvi (Informed Consent). Pravo in medicina. Ljubljana: Cankarjeva založba; 1998. p. 119–63.
2. Polajnar-Pavčnik A. Obligacijski vidiki razmerja med bolnikom in zdravnikom. Pravo in medicina. Ljubljana: Cankarjeva založba; 1998. p. 89–118.
3. Kazenski zakonik (KZ-1) 2008. Uradni list RS št. 55/2008.
4. Zakon o zdravstveni dejavnosti (ZZDej) 1992. Uradni list RS št. 9/1992.
5. Zakon o pacientovih pravicah 2008. Uradni list RS št. 15-455/08
6. Pravilnik o obrazcih o pisnih izjavah volje pacienta 2008. Uradni list RS št. 82/2008.
7. Grubb A. Principles of Medical Law. Oxford: OUP; 2004.
8. M. Stauch and K. Wheat with J. Tingle, Text, Cases and Materials on Medical Law, Routledge Cavendish; 2005.
9. Bolam v Friern Hospital Management Committee [internet]. Wikipedia; 2013 [citirano 2013 Mar 31]. Dosegljivo na: http://en.wikipedia.org/wiki/Bolam_v_Friern_Hospital_Management_Committee
10. Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital and the Maudsley Hospital [internet]. 1995 [citirano 2012 Dec 29]; Dosegljivo na: http://judgmental.org.uk/judgments/UKHL/1985/%5B1985%5D_UKHL_1.html
11. Betetto N. Zdravniška odgovornost: Pojasnilna dolžnost zdravnika, primerjalno pravni prikaz. Pravna praksa 2000; 29/2000:34
12. Sodba II Ips 99/2006, evidenčna številka VS0011032
13. Bernat E. Zdravnikova pojasnilna dolžnost – prikaz iz avstrijskega prava. Medicina in pravo III. 1995; 111–4
14. Sodba II Ips 736/2005, evidenčna številka VS09854
15. Sodba II Ips 166/2005, evidenčna številka VS09723
16. Sodba II Ips 306/1995, evidenčna številka VS02747
17. Sodba II Ips 716/2006, evidenčna številka VS0011651
18. Sodba II Ips 16/2003, evidenčna številka VS07369
19. Obrazložitev členov zakona o pacientovih pravicah [internet]. Ministrstvo za zdravje; 2012 [citirano 2012 Nov 2]. Dosegljivo na: http://www.mz.gov.si/fileadmin/mz.gov.si/pageuploads/mz_dokumenti/zakonodaja/zakoni_sprejeti_na_vladi/Microsoft_Word_-obrazlozitev_clenov_zakona_o_pac_prav_splet_070607.pdf
20. Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR) 2004. Uradni list RS št. 69/2004.
21. Balazic J. et al. Zakon o pacientovih pravicah s komentarjem. Ljubljana: GV Založba, 2009.
22. Zakon o duševnem zdravju (ZDZdr) 2008. Uradni list RS št. 77/2008.
23. Konvencija o varstvu človekovih pravic in dostojanstva človeškega bitja v zvezi z uporabo biologije in medicine: Konvencija o človekovih pravicah v zvezi z biomedicino (Oviedska konvencija) 1997 [internet]. Komisija Republike Slovenije za medicinsko etiko; 2013 [citirano 2013 Apr 1]. Dosegljivo na <http://www.kme-nmec.si/Docu/Okonvencija.pdf>
24. Mental capacity act 2005 [internet]. Legislation.gov.uk; 2005 [citirano 2012 Dec 29]. Dosegljivo na: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/part/1>
25. Sodba II U 119/2011
26. Zakon o pravnem postopku 1999. Uradni list RS št. 26/1999.