

Strokovni članek
347.56:616-035.7

Nekatera pravna vprašanja v zvezi z odgovornostjo za zdravniško napako v sodni praksi

ANA BOŽIČ PENKO
dr. pravnih znanosti, vrhovna sodnica
na Vrhovnem sodišču RS

1. Odgovornost za škodo zaradi zdravniške napake in zaradi kršitve pojasnilne dolžnosti

Pravna teorija in sodna praksa sta enotni, da zdravnik ne ravna tako, kot je treba, kadar je poslabšanje pacientovega zdravja posledica njegovega strokovno nepravilnega ravnanja (strokovna medicinska napaka) ali kadar je ravnanje po strokovni plati sicer neoporečno (*lege artis*), vendar pacient v poseg v lastno telesno integriteto ni predhodno informirano privolil zaradi neizpolnjene ali nezadostno izpolnjene pojasnilne dolžnosti (kršitev pojasnilne dolžnosti).

2. Kaj je zdravniška napaka

Kako naj ravna zdravnik med zdravljenjem, je določeno s pravili zdravstvene stroke. Ta pravila pa ne dajejo definicije zdravniške napake (to bi namreč terjalo tudi težko predstavlljivo postavitev pravila o pravilnosti zdravljenja). Uporabljajo besedne zveze, kot so neustrezno zdravljenje in neustrezno ravnanje zdravstvenih delavcev,¹ vendar iz njih dovolj jasno izhaja razumevanje, da je zdravniška napaka ravnanje, ki ni v skladu s pravili stroke.

Ravnanje v nasprotju s pravili stroke je v sodni praksi ključna predpostavka odgovornosti za škodo, nastalo zaradi zdravniške napake, in sicer ne glede na to, ali odgovornost obravnavamo kot nepogodbeno ali kot pogodbeno.

¹ Glej na primer določbi 47. in 49. člena Zakona o pacientovih pravicah (ZPacP), Ur. l. RS, št. 15/08.

Tako odločbe Vrhovnega sodišča pojasnjujejo,² da je strokovna napaka zdravnika oziroma zdravstvenega osebja podana, kadar njihovo ravnanje ni v skladu z zahtevami zdravstvene doktrine; da je medicinska napaka odstopanje od profesionalnih standardov strokovnega ukrepanja, skrbnosti in pazljivosti, ki lahko povzroči kakršnokoli poslabšanje zdravja,³ oziroma da o strokovni napaki zdravnika govorimo, če ta ne ravna z večjo skrbnostjo, po pravilih zdravniške znanosti in stroke ter po običajih in če ne prepreči škode za pacienta oziroma povzroči, da se pacientu zdravje poslabša.⁴ V prvem delu gre za pravni standard skrbnosti dobrega strokovnjaka, ki je opredeljen v Obligacijskem zakoniku (OZ).⁵ Njegova vsebina je odvisna od okoliščin konkretnega primera in od izoblikovanih standardov vedenja in ravnanja, ki so tako raznoliki in vsebinsko soodvisni od spreminjajočih se dejanskih okoliščin, da jih v ni mogoče relativno določno opredeliti. V primeru skrbnosti zdravnika se sklicujejo na strokovne, poklicne standarde vedenja in ravnanja, ki veljajo na področju medicine. Sodišče s pomočjo izvedenca opredeli vsebino tega pravnega standarda, ugotovi, kaj v konkretnem primeru zahteva sodobna medicinska doktrina, strokovni standardi in normativi glede na razvitost zdravstvenega sistema v Republiki Sloveniji, kako bi zdravnik moral ravnati. Na podlagi informacij izvedenca in glede na okoliščine konkretnega primera sodišče odloči, ali ravnanje zdravnika v konkretnem primeru ustreza pravnemu standardu skrbnosti dobrega strokovnjaka ali od tega standarda odstopa.

K razlogom navedene odločbe dodajam, da imajo pravila znanosti in stroke takrat, ko so v funkciji napolnjevanja oziroma normativne konkretizacije pravnega standarda, naravo prava.⁶

V nadaljevanju je predstavljenih nekaj primerov odločitev, da je bila zagrešena zdravniška napaka, iz sodne prakse Vrhovnega sodišča.

Prvi primer.⁷ Medtem, ko je tožnica med operacijo ležala na operacijski mizi, je razkužilna tekočina zatekala do dela njenega telesa, kjer se je koža stikala s podlago operacijske mize. Koža je imela tesen stik z mokro podlago in ob delovanju električnega kirurškega noža je prišlo do spreminjanja električne energije v toplotno. Tožnica je utrpela opekline. Sodišče druge stopnje je zavrnilno prvostopenjsko sodbo zoper bolnico oziroma njeno zavarovalnico spremenilo in v vmesni sodbi zavzelo stališče, da ni šlo za situacijo, ki se ji ne bi dalo izogniti ter da se podobne situacije dogajajo in so predvidljive. Revizijsko sodišče je revizijo tožene stranke zavrnilo: izvajalci zdravstvenih storitev morajo medicinske (tehnične) pripomočke

² Zadeva II Ips 384/2009.

³ Zadeva II Ips 80/2011.

⁴ Zadeva II Ips 302/2011.

⁵ Ur. l. RS, št. 83/01, in spremembe.

⁶ Glej Zobec v Ude in dr., str. 330.

⁷ Zadeva II Ips 288/2012.

in naprave uporabljati pravilno, v skladu z navodili in relevantno strokovno literaturo, ter jih obvladati toliko, da lahko z njimi pravilno delajo in tudi da preprečijo morebitno škodo za pacienta, če bi se ti pokvarili; ker uporaba teh pripomočkov ni brez nevarnosti za pacientovo življenje in zdravje, so tudi zahteve glede skrbnosti pri njihovi uporabi (tudi v smislu nadzora in varnostnih ukrepov) zelo visoke. Izvajalci zdravstvenih storitev bi morali obvladati uporabo elektrokirurškega noža, ki je na splošno v kombinaciji s tekočino sposoben povzročiti tudi takšne poškodbe – opekline, do katerih ne bi smelo priti.

Drugi primer.⁸ Zaradi suma aspiracije tujka je bila tedaj 20-mesečna tožnica sprejeta na zdravljenje v bolnico. V diagnostične namene je bila opravljena bronhoskopija, pri kateri tujek ni bil najden, pač pa je pokazala stenozo desnega glavnega bronhija. Čez tri dni je bila znova opravljena bronhoskopija, tudi tedaj tujek ni bil najden, je pa bil ugotovljen gnojni izloček. Dan za tem je prišlo do spontanega pnevmotoraksa, zato je bil uveden dren. Po osmih dneh je bila opravljena tretja bronhoskopija, pri kateri je bronhoskopist ugotovil popolno zaporo desnega glavnega bronhija. Štiri dni kasneje je bila opravljena četrta bronhoskopija. Najdena je bila večja količina granulacijskega tkiva, ne pa tudi tujek.

Bronhoskopija je natančna diagnostična in terapevtska metoda, ki je povezana s tveganjem in možnimi komplikacijami (še zlasti pri jemanju tkiva in odstranjevanju aspiriranega tujka), med temi pa so tudi pnevmotoraks in motnje ritma srca. Tveganje je večje pri pacientih z bolnimi pljuči in pri ponavljajočih se bronhoskopijah. In tako tveganje se je med četrto bronhoskopijo uresničil: prišlo je do zastoja srca zaradi tenzijskega pnevmotoraksa. Osebje je med oživljanjem pnevmotoraks kot vzrok srčnega zastoja izključilo zato, ker je imela tožnica že od prej (od pnevmotoraksa) vstavljen dren. Če bi bil dren prehodan, do tega ne bi moglo priti. Po 45 minutah oživljanja je osebje znova pomislilo, da je srčni zastoj povzročil pnevmotoraks, kar je bilo potrjeno z diaskopom, ki je bil ves čas na razpolago, saj je tožnica med posegom ležala na diaskopski mizi; po vbodu debele igle, skozi katero se vpihne zrak, v prsni koš, se je tožnično kardiorespiratorno stanje hitro izboljšalo. Ugotovilo se je, da je bil dren, ki ga je imela nameščenega od prej, zamašen, kar pred četrto bronhoskopijo ni bilo preverjeno na pravilen način (z rentgenskim slikanjem pljuč). Če bi zdravstveno osebje že na začetku reanimacije preverilo pnevmotoraks z uporabo diaskopa ter nanj takoj odreagiralo, bi bila reanimacija takoj uspešna in prvi tožnici ne bi nastala škoda (huda difuzna hipoksična ishemična poškodba možganov, katere posledica je cerebralna paraliza, motnja vida in govora ter huda upočasnitev umskega razvoja s posledično umsko manjrazvitostjo). Zaključek: invalidnost tožnice je posledica pomanjkanja kisika in krvi v možganih zaradi zastoja srca in zapoznelega reagiranja zdravstvenega osebja. Revizija zoper pravnomočno sodbo, s katero je bila tožnici prisojena odškodnina, je bila zavržena. Konkreten dejanski stan po prepričanju Vrhovnega sodišča ute-

⁸ Zadeva II Ips 342/2014.

meljuje materialnopravni sklep nižjih sodišč, da je bilo ravnanje toženčevega zdravstvenega osebja v kritičnem času *contra legem artis*.

Tretji primer.⁹ Tožnico je ginekologinja seznanila, da je noseča in da nosi dvojčka. Ker je bila nosečnost neželena, je bila tožnici, stari 17 let, pri nosečnosti 9 tednov in 2 dni, v bolnici opravljena umetna prekinitev nosečnosti. Iz bolnice je bila odpuščena v domačo oskrbo z navodilom o 7-dnevem počitku in kontrolnem pregledu pri izbranem ginekologu čez 3 ali 4 tedne. Izbrana ginekologinja v zdravstvenem domu je ob kontrolnem pregledu ugotovila normalno stanje po izvedeni umetni prekinitvi nosečnosti. Zaradi slabega počutja in znakov nosečnosti se je tožnica spet oglasila pri ginekologinji in tedaj je bilo ugotovljeno, da je z dvojčki v 20. tednu nosečnosti, kar je potrdil tudi nadaljnji pregled v bolnici. Tožnica se za ponovno umetno prekinitev nosečnosti ni odločila, ker bi bila ta zaradi dolgotrajnosti nosečnosti že nevarna za njeno življenje, umetna prekinitev nosečnosti pa bi bila opravljena tako, da bi »rodila mrtva otroka.« Tožnica je nato s porodom, ki je potekal brez posebnosti, rodila dva zdrava otroka. Povrnitev premoženjske in nepremoženjske škode je zahtevala od zdravstvenega doma. Razsojeno je bilo, da je medicinsko napako storila ginekologinja, ki je po posegu, s katerim naj bi bila nosečnost umetno prekinjena, na pregledu spregledala, da splav ni uspel. Ugovor deljene odgovornosti – zdravstveni dom je namreč uveljavljal, da bi se tožnica zanj lahko ponovno odločila, ko je bilo ugotovljeno, da je še vedno noseča, je bil na drugi stopnji zavrnjen. V revizijskem postopku podlaga odgovornosti ni bila izpodbijana. Zahtevek zoper bolnico je bil v enem od predhodnih sojenj zavrnjen, ker ginekologinja, ki je opravljala splav (dejansko je šlo za specializantko po niti mesecu in pol opravljene specializacije), ni ravnala v nasprotju s pravili stroke, pač pa je šlo za zaplet.¹⁰ Izid sojenja je bil naslednji: tožnici je bila prisojena odškodnina za nepremoženjsko škodo (strah, telesne bolečine, nevšečnosti), iz naslova premoženjske škode pa odškodnina za kritje dela stroškov preživljanja otrok za nazaj, za čas, ko je bilo zaradi njene težke materialne situacije preživninsko breme zanj objektivno pretežno, zavrnjen pa je bil zahtevek v obliki rente za vnaprej, ker se je njeno premoženjsko stanje izboljšalo. Stališče sodišč je bilo, da je zdravniška napaka nedvomno povzročila tožnici škodo v obliki preživljanja otrok, ki ga sama ob njihovem rojstvu ni bila finančno zmožna, da pa bi bilo stališče, da je toženkina odgovornost za preživljanje dvojčkov neodvisna od tožničnih finančnih zmožnosti,¹¹ nepravilna in v nasprotju z namenom odškodnine; rojstva zdravih otrok namreč ni moč označiti za škodo, zato je vprašanje škode povezano zgolj z njihovim preživljanjem, ki za starša (ki otrok ni želel) pomenijo neobičajno veliko finančno breme.

⁹ Zadeva II Ips 185/2016.

¹⁰ Zadeva II Ips 384/2009.

¹¹ Da bi morala torej odgovorna oseba (zdravnik oziroma zdravstvena organizacija) kriti vse stroške preživljanja otrok, rojenih po neuspešno opravljenih splavih.

Četrty primer.¹² Tožnica je uveljavljala odškodnino za premoženjsko in nepremoženjsko škodo, ker je zaradi zdravnikove strokovne napake med porodom prišlo do hipoksije možganov, kar je povzročilo njihovo okvaro in je vodilo v cerebralno paralizo. Rojena je bila kot druga od dvojčkov. Po doktrini je optimalen čas rojstva drugega dvojčka pol ure po rojstvu prvega. V konkretnem primeru se je prvi dvojček rodil po naravni poti, odločitev za carski rez za rojstvo tožnice pa je porodničar sprejel takoj po nastopu indikacij zanj in znotraj pol ure po prvem porodu; tožnica je bila rojena 41 minut za prvim dvojčkom. Pravnomočno je bilo odločeno, da zdravniške napake ni bilo, ampak je šlo za zaplet, ki izključuje odgovornost. Vrhovno sodišče je pravnomočno zavrnilo sodbo razveljavilo. Nižjima sodiščema, ki sta presodili, da porodničar ni ravnal nestrokovno, saj je odločitev za carski rez sprejel v pravilnem trenutku, je očitalo, da nista dogajanja v relevantnem časovnem obdobju presojali celovito, torej ali je porod kot celota (in ne samo do odločitve za carski rez) trajal predolgo, in ob upoštevanju medsebojnega vplivanja posameznih ukrepov ali opustitev in drugih subjektivnih in objektivnih okoliščin. Tudi dejstva, da je šlo za porod dvojčkov, ki pomeni še dodaten dejavnik tveganja, in da je po medicinski doktrini optimalen čas med njunima rojstvoma 30 minut. V zvezi s tem očitkom je ključnega pomena ugotovitev, ali bi do hipoksije možganov prišlo tudi v primeru, če bi bil porod v konkretnih okoliščinah dokončan prej kot v 41 minutah oziroma znotraj 30 minut, kot po medicinski doktrini znaša optimalen čas med rojstvom dvojčkov. Tega sodišče prve stopnje doslej zaradi zmotnega materialnopravnega izhodišča ni ugotavljalo. Šele nato bo mogoča presoja o tem, ali je bilo ravnanje zdravstvenega osebja zavarovanke tožene stranke v danih okoliščinah takšno, kot je bilo treba, in če ne, ali je podana pravno relevantna vzročna zveza med tem ravnanjem in škodo.

3. Komplikacija oziroma zaplet ni medicinska napaka

Komplikacija je zaplet, ki se zgodi med zdravljenjem, ki je sicer potekalo strokovno neoporečno in z največjo možno profesionalno skrbnostjo; zgodi se naključno in je kljub predvidljivosti ni mogoče preprečiti.

Ni medicinska napaka; če je škoda nastala zaradi zapleta med ali po zdravljenju, odgovornosti za škodo ni, če je zdravnik ravnal v skladu s pravili stroke.

Navedeno ilustriram z opisom dveh primerov iz sodne prakse Vrhovega sodišča v zadevah, v katerih je bilo odločeno, da ni šlo za zdravniško napako, temveč za zaplet oziroma komplikacijo pri zdravljenju.

¹² Zadeva II Ips 73/2015.

Prvi primer.¹³ Pacientka s sumom na rakovo obolenje je bila sprejeta v bolnico zaradi diagnostične laparoskopije. Specialisti anesteziologi pred operativnim posegom niso opravili alergoloških preiskav. Pri uvajanju v anestezijo je prišlo do anafilaktičnega šoka, zaradi katerega je prišlo do hude trajne poškodbe možganov; pacientka je bila šest let nepokretna, nato je umrla. Po doktrini prehodni alergološki testi niso priporočljivi; opravljajo se samo pri tistih bolnikih, ki so anafilaktični šok (že) preživeli in morajo biti ponovno operirani ter se pri njih sumi na alergijo na določene substance. Do podobne reakcije pride le v enem primeru na 6250 anestezij. Ravnanje anesteziologinje ni odstopalo od profesionalnih standardov strokovnega ukrepanja, zato je zavrnitev tožbenega zahtevka materialnopravno pravilna. Zelo nizka statistična pojavnost reakcij pri uvodu v anestezijo, kakršno je doživela pokojna, zlasti pa na medicinski ekspertizi temelječa ugotovitev, da po strokovni literaturi pri pokojni ni bilo razlogov za opravljanje alergoloških testov na anesteziološke učinkovine, omogoča sklep, da poslabšanje pokojničinega zdravja ni posledica strokovne zdravniške napake, temveč naključnega zapleta, ki ga kljub predvidljivosti s strokovno neoporečnim in ustrezno skrbnim ravnanjem ni bilo mogoče preprečiti.

Drugi primer.¹⁴ Tožnikova nepremoženjska škoda je posledica izredno hude akutne alergijske reakcije na kontrastno sredstvo, vbrizgano pri intravenski urografiji – kontrastni rentgenski preiskavi sečil. Tožnik je kontrastno rentgensko preiskavo sečil opravil ob 8. uri, pred njo so ga povprašali, ali ima morebitne reakcije nanjo in ali je alergičen na jod, njegovi odgovori so bili nikalni. Nato mu je bilo vbrizganih 30 ml kontrastnega sredstva, ki vsebuje jod. Predhodno testiranje z manjšo količino vbrizganega kontrasta po doktrini ni potrebno in se ne opravlja več, ker lahko že najmanjša količina intravenozno vbrizganega joda povzroči povsem enako reakcijo kot končno vbrizgana količina. Tožnik med rentgensko preiskavo ni kazal znakov reakcije na vbrizgani jod. Nobene reakcije ni zaznal niti zdravnik, ki je preiskavo odredil, ko je dve uri in pol po preiskavi, ob 10.30, tožnika pregledal in tudi tožnik mu ni poročal o slabšem počutju. Malo pred 13.30 je tožnika, ki je doživel zelo redko in predvsem zelo pozno hudo reakcijo na kontrastno sredstvo, ki bi se lahko končala tudi s smrtjo, namreč anafilaktični šok, v bolnišničnih prostorih opazil drug zdravnik, ki je odredil pregled v ambulanti internistične prve pomoči, od koder so tožnika nato odpeljali na oddelek za intenzivno terapijo; zdravljenje reakcije je bilo ustrezno, sicer tožnik ne bi preživel. Do tako hude reakcije na kontrastno sredstvo, kot jo je doživel tožnik, prihaja pri tovrstnih preiskavah zelo redko, tako pozno pa še precej redkeje (pri 94 % preiskovancev se simptomi pojavijo že v prvih 20 minutah po vbrizganju kontrasta). Izredno nizka statistična pojavnost tovrstnih reakcij ter mnenja izvedencev, da ravnanje medicinskega osebja pred preiskavo, med njo in po preiskavi ni odstopalo od profesionalnih standardov strokovnega ukrepanja, skrbnosti in pazljivosti, omogoča sklep, da po-

¹³ Zadeva II Ips 214/2008.

¹⁴ Zadeva II Ips 88/2009.

slabšanje tožnikovega zdravja ni posledica strokovne zdravniške napake, temveč naključnega zapleta, ki ga kljub predvidljivosti s strokovno neoporečnim in ustrezno skrbnim ravnanjem ni bilo mogoče preprečiti. Zavrnitev zahtevka je zato materialnopravno pravilna.

Sodna praksa je o tem, da zaplet izključuje zdravniško napako, vseskozi nespremenjena in enotna.¹⁵

Ni pa izključena odgovornost za škodo, nastalo zaradi zapleta, v primeru kršitve pojasnilne dolžnosti. O tem v nadaljevanju.

4. Podlaga odgovornosti: nepogodbena ali pogodbena (civilni delikt ali kršitev pogodbe)?

4.1. Nepogodbena odgovornost

Za nepogodbeno odgovornost nasploh je značilno, da nastopi, ko subjekta odgovornosti za škodo v času nastanka škodnega dogodka nista bila v pogodbenem razmerju. Odgovornost temelji neposredno na zakonu (na primer škode iz prometnih nesreč).

Podlaga nepogodbene odgovornosti je 131. člen Obligacijskega zakonika.¹⁶

Predvsem v starejši slovenski judikaturi se je odgovornost za medicinsko napako (ob drugačnem mnenju teorije, ki se je že tedaj zavzemala za pogodbeno odgovornost¹⁷) presojala praktično samo po nepogodbeni podlagi. Dilema je bila le, ali je odgovornost krivdna ali objektivna. Obveljala je opredelitev za krivdno odgovornost.¹⁸

Oškodovanec (pacient) je moral dokazati protipravnost zdravnikovega ravnanja, ki se je kazalo v kršitvi pravil stroke, svojo škodo ter vzročno zvezo med njo in zdravnikovim protipravnim ravnanjem, zdravnikova krivda pa se je domnevala. Zdravnik se je krivde (in s tem odgovornosti, ker morajo biti elementi civilnega delikta podani kumulativno) razbremenil, če je dokazal, da je ravnal s profesionalno skrbnostjo (s skrbnostjo strokovnjaka).

¹⁵ Glej na primer odločbe II Ips 506/ 1992, II Ips 385/2006, II Ips 1145/2008, II Ips 80/2011.

¹⁶ Člen 131 OZ:

- (1) Kdor drugemu povzroči škodo, jo je dolžan povrniti, če ne dokaže, da je škoda nastala brez njegove krivde.
- (2) Za škodo od stvari ali dejavnosti, iz katerih izvira večja škodna nevarnost za okolico, se odgovarja ne glede na krivdo.
- (3) Za škodo ne glede na krivdo se odgovarja tudi v drugih z zakonom določenih primerih.

¹⁷ Glej Cigoj, str. 108 in 147.

¹⁸ Prim. Betetto, str. 3–5.

Vrhovno sodišče je, na primer,¹⁹ zapisalo, da ker je bilo ugotovljeno, da ni podan eden od elementov odškodninskega delikta, to je vzročna zveza med tožnično škodo in uporabljenim načinom zdravljenja, ter ker je dokazano, da ni bilo nedopustnega ravnanja, tožena stranka tožnici ni odškodninsko odgovorna.

4.2. Pogodbena odgovornost

Odgovornost za škodo je pogodbena, ko je škoda posledica kršitve pogodbe. Podlaga zanjo je 243. člen OZ²⁰ v zvezi z 246. členom istega zakona.²¹

Teoretiki, kot je bilo zapisano že zgoraj, pretežno zagovarjajo stališče, da je razmerje med pacientom in zdravnikom pogodbene narave.²² Nepogodbene narave je le, ko mora zdravnik opraviti nujen medicinski poseg, pacient pa je v stanju, ki mu ne dopušča oblikovanja lastne volje. Takšno je tudi stališče Vrhovnega sodišča v najnovejših odločbah,²³ po katerih je razmerje med zdravnikom in pacientom praviloma pogodbene narave; izjema velja na primer tedaj, ko zdravnik ravna v nuji. Sklicevanje na strokovno napako pomeni uveljavljanje poslovne odškodninske odgovornosti.

¹⁹ II Ips 357/2004.

²⁰ Člen 243 OZ:

(1) Upnik ima pravico do povračila navadne škode in izgubljenega dobička, ki bi ju dolжник moral pričakovati ob kršitvi pogodbe kot morebitni posledici kršitve pogodbe glede na dejstva, ki so mu bila takrat znana ali bi mu morala biti znana.

(2) V primeru prevare ali namerne neizpolnitve ter neizpolnitve iz hude malomarnosti ima upnik pravico zahtevati od dolžnika povrnitev celotne škode, ki je nastala zaradi kršitve pogodbe, ne glede na to, ali je dolжник vedel za posebne okoliščine, zaradi katerih je nastala.

(3) Če je pri kršitvi obveznosti nastala za upnika poleg škode tudi kakšna korist, jo je treba pri odmeri odškodnine primerno upoštevati.

(4) Stranka, ki se sklicuje na kršitev pogodbe, mora storiti vse razumne ukrepe, da bi se zmanjšala škoda, ki jo je ta kršitev povzročila, drugače lahko druga stranka zahteva zmanjšanje odškodnine.

(5) Določbe tega člena se smiselno uporabljajo tudi za neizpolnitev obveznosti, ki niso nastale iz pogodbe, če ni za posamezne izmed njih v tem zakoniku določeno kaj drugega.

²¹ Člen 246 OZ: Če v določbah tega odseka ni drugače določeno, se za povrnitev škode, nastale s kršitvijo pogodbene obveznosti, smiselno uporabljajo določbe tega zakonika o povrnitvi nepogodbene škode.

²² Tako na primer Polajnar Pavčnik, str. 92–98, Klarić, Ovčak Kos, str. 2.

²³ Na primer v zadevah II Ips 342/2014, II Ips 207/2015, II Ips 297/2015. Drugače še na primer v zadevi II Ips 102/2014, kjer pojasnjuje, da zdravstvena ustanova odškodninsko odgovarja po načelu krivdne odgovornosti z obrnjenim dokaznim bremenom. Oškodovanec mora dokazati obstoj treh predpostavk (protipravnost, škodo in vzročno zvezo), odgovorna oseba pa se bo odškodninske odgovornosti razbremenila, če bo dokazala, da za nastalo škodo, čeprav vzrok zanjo izvira iz njene sfere, ni kriva. Enako Višje sodišče v Ljubljani v odločbi II Cp 2457/2009, II Cp 1594/2016, II Cp 381/2016.

Ravnanje zdravnika v nuji, ko pacient ni sposoben dati privolitve, se v teoriji obravnava kot nujna gestija. Podlago za tako ravnanje ima zdravnik v določbi 28. člena Zakona o pacientovih pravicah:

»Če pacient ni sposoben odločanja o sebi ali ni zmožen izraziti svoje volje, se lahko opravi nujna medicinska pomoč brez njegove privolitve.«

v zvezi z določbo 12. točke 2. člena istega zakona:

»Nujna medicinska pomoč je neodložljivo ravnanje, ki je potrebno za ohranitev življenjsko pomembnih funkcij ali za preprečitev nepopravljivega in hudega poslabšanja zdravstvenega stanja.«

Stališča Vrhovnega sodišča, ali je v primeru nujne gestije zdravnikova odgovornost deliktna, še ni.

4.3. Čas in oblika sklenitve pogodbe

Pogodba med pacientom in zdravnikom oziroma zdravstveno ustanovo je konkludentno sklenjena že takoj, ko se pacient zgleda pri zdravniku in ni več dvoma, da bo zdravnik opravil vsaj nekatere zdravstvene storitve.

Tako tudi Vrhovno sodišče:²⁴ pogodbeno razmerje je vzpostavljeno ob soglasju volj obeh pogodbenih strank, ki se lahko izjavi tudi na konkludenten način;²⁵ revizijsko sodišče ugotavlja, da je pogodba o opravljenju zdravstvenih storitev sklenjena konkludentno v trenutku, ko se pacient zgleda pri zdravniku (tudi v primeru predhodnega napotila), ta pa na podlagi informacij pacienta začne izvajati ukrepe, ki jih je mogoče uvrstiti v krog izvajanja zdravstvene dejavnosti v širšem smislu.²⁶

4.4. Pravna narava pogodbe

V teoriji se pogodba o izvajanju zdravstvenih storitev večinoma opredeljuje kot podjemna pogodba.²⁷ Tako opredelitev sprejema tudi Vrhovno sodišče.²⁸ Hkrati teorija opozarja, da se

²⁴ II Ips 95/2015.

²⁵ Prim. 15. in 18. člen OZ.

²⁶ Po določbi prvega odstavka 1. člena Zakona o zdravstveni dejavnosti (ZZDej, Ur. l. RS, št. 9/92, in spremembe) zdravstvena dejavnost obsega ukrepe in aktivnosti, ki jih po medicinski doktrini in ob uporabi medicinske tehnologije opravljajo zdravstveni delavci oziroma delavke in zdravstveni sodelavci oziroma sodelavke pri varovanju zdravja, preprečevanju, odkrivanju in zdravljenju bolnikov in poškodovancev.

²⁷ Polajnar Pavčnik, str. 94; Cigoj, str. 108 in 147.

²⁸ Na primer v odločbah II Ips 342/2014, II Ips 207/2015.

pri tej vrsti pogodbe zdravnik zaveže, da bo vložil vso skrb, ki jo njegova stroka zahteva, da bi bolnik okreval (da bo torej ravnal *lege artis*), za zdravje pa ne odgovarja.²⁹ Zdravnikova obli-gacija je torej obligacija prizadevanja (izjemoma, na primer pri lepotnih posegih, sterilizaciji, splavu, laboratorijskih preiskavah, izdrtju ali vsaditvi zoba in podobno je obligacija rezul-tata). Zato nekateri avtorji menijo, da gre iz razloga, ker obligacija prizadevanja ni tipično izpolnitveno ravnanje pri podjemni pogodbi, dejansko za mandatno pogodbo³⁰ oziroma za še nepoimenovan (inominanten) kontrakt, ki bi ga bilo primerno zakonsko urediti kot pogodbo o zdravstveni storitvi.³¹

4.5. Pomen razlikovanja pravnih podlag odgovornosti

a) Razlika v obsegu odškodnine oziroma pravno priznanih škod

Ob stališču, da oškodovancu za škodo, ki je posledica kršitve pogodbe, ne pripada odškodni-na za nepremoženjsko škodo, oškodovanec lahko uveljavlja odškodnino za nepremoženjsko škodo le po deliktne podlagi.

Navedeno pojasnjujejo naslednji razlogi odločbe sodišča (druge stopnje):³² Zakonska ureditev poslovne odškodninske odgovornosti se glede na neposlovno (deliktno) odškodninsko odgo-vornost od nje razlikuje tudi v pogledu obsega škode (243. člen Obligacijskega zakonika). Na podlagi poslovne odškodninske odgovornosti, ki je v neizpolnitvi obveznosti oziroma zamudi z izpolnitvijo, ima oškodovanec pravico zgolj do povračila navadne škode in izgubljenega dobička, pa še to le v tistem obsegu, ki ga je dolžnik lahko pričakoval ob kršitvi pogodbe kot možno posledico glede na dejstva, ki so mu bila takrat znana ali bi mu morala biti znana, razen (drugi odstavek 243. člena Obligacijskega zakonika) v primeru prevare ali namerne neizpolnitve ter neizpolnitve pogodbe iz hude malomarnosti. V tem primeru merilo pričako-vanosti ni pogoj za uveljavitev celotne škode, vendar v obsegu navadne škode in izgubljenega dobička. Pri pogodbeni (poslovni) odškodninski odgovornosti oškodovanec (upnik) glede na citirana določila veljavnega Obligacijskega zakonika ni upravičen do povračila nepremoženj-ske škode, kar pa je seveda popolnoma neživljenjsko in tudi v nasprotju s pravico do povračila škode, ki jo daje Zakon o zdravstveni dejavnosti.

To stališče je sodna praksa Vrhovnega sodišča v zadnjem času presegla – oškodovancu prizna-va odškodnino za nepremoženjsko škodo tudi, ko ta izvira iz kršitve pogodbe.

²⁹ Polajnar Pavčnik, str. 94.

³⁰ Ovčak Kos.

³¹ Klarić, str. 385.

³² Odločba Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 2457/2009.

b) Razlika v zastaralnem roku

Pri deliktne odgovornosti je zastaralni rok za odškodninske terjatve 3 leta, odkar je oškodovanec zvedel za škodo in za povzročitelja, in največ 5 let od nastanka škode (prvi in drugi odstavek 352. člena Obligacijskega zakonika).

Odškodninska terjatev za škodo, nastalo s kršitvijo pogodbene obveznosti, zastara v času, določenem za zastaranje te obveznosti (tretji odstavek 352. člena Obligacijskega zakonika).

O tem naslednji primer iz sodne prakse sodišča druge stopnje.³³ Škodo – šlo je sicer za kršitev pojasnilne dolžnosti in ne za zdravniško napako v ožjem pomenu, kar je glede vprašanja zastaranja nebitveno – je pritožbeno sodišče opredelilo kot pogodbeno. Ugovor zastaranja porodnišnice je zavrnilo z razlogi:

- da za zastaranje pogodb o zdravstvenih storitvah ni predpisan poseben rok (v smislu tretjega odstavka 352. člena Obligacijskega zakonika), zato odškodninske terjatve za škodo iz teh pogodb zastarajo v splošnem 5-letnem roku;
- da začne rok teči prvi dan po dnevu, ko je oškodovanec imel pravico zahtevati izpolnitev pogodbe, kar je po kršitvi pogodbe, in po tistem, ko je zvedel za škodo;
- da sta starša za obseg škode tožnika zvedela septembra 2006, ko je tožnik dopolnil leto in pol in je bila zato tožba, vložena septembra 2011, vendar pred potekom 5 let, odkar sta zvedela za škodo, pravočasna.

c) Razlika v ekskulpacijskih razlogih

Odgovornosti za nepogodbeno škodo po pravilih krivdne odgovornosti se zdravnik razbremeni, če dokaže, da ni kriv za škodo (prvi odstavek 131. člena Obligacijskega zakonika), odgovornosti za pogodbeno škodo pa, če dokaže, da pogodbe ni mogel izpolniti ali da je zamudil z izpolnitvijo zaradi okoliščin, ki so nastale po sklenitvi pogodbe in jih ni mogel preprečiti, odpraviti ali se jim izogniti (240. člen istega zakona).

Primer iz sodne prakse je zgoraj, v točki a) že povzeta odločba.

d) Razlika v krogu oškodovancev

Če je škoda nepogodbena, ima oškodovanec pravico do odškodnine za premoženjsko in nepremoženjsko škodo, pravico do odškodnine za duševne bolečine zaradi smrti ali posebno hude invalidnosti bližnjega pa imajo tudi njegovi bližnji.

Kot že rečeno, po novejši sodni praksi tudi pri pogodbeni škodi odškodnina za nepremoženjsko škodo ni (več) izključena.³⁴ Nadalnje vprašanje je, ali je do nje upravičen samo pacient

³³ Nova, revizijsko še ne preizkušena sodba odločba Višjega sodišča v Kopru I Cp 480/2016.

³⁴ Glej Božič Penko.

kot neposredni oškodovanec ali – enako kot pri nepogodbeni škodi – tudi njegovi bližnji kot posredni oškodovanci, če pacient umre ali postane posebno hud invalid.

Sodišče druge stopnje³⁵ je prisodilo odškodnino za nepremoženjsko škodo staršem in bratu pacienta, ki je ob porodu utrpel najtežjo hipoksično-ishemično encefalopatijo, ki je privedla do hude stopnje cerebralne paralize, ki pomeni katastrofalno škodo; Vrhovno sodišče pa je obravnavalo odškodninsko zadevo po tožbi staršev, ki sta zahtevala odškodnino od zdravstvenega doma za nepremoženjsko škodo zaradi smrti sina, ker naj bi tam zaposlena zdravnica ravnala napačno, zaradi česar ni preprečila sinove smrti. Ugodilno drugostopenjsko sodbo je spremenilo tako, da je zahtevek zavrnilo, a iz drugih razlogov in ne zaradi pomanjkanja aktivne legitimacije staršev.³⁶

4.6. Prosta izbira podlag odgovornosti?

Klarić meni, da bi bilo treba oškodovancu prepustiti odločitev, po kateri podlagi bo uveljavljal odškodnino, oziroma mu dati možnost izbrati podlago, ki je zanj glede na okoliščine primera ustrenejša (manj obremenjujoča). Taka naj bi bila ureditev v številnih državah (vključno s tistimi s sistemom *common law*), pri čemer naj bi te ureditve dajale prednost deliktne odgovornosti.

Domače sodne prakse, ki bi tezi o možnosti izbire podlage odgovornosti izrecno bodisi pritrdila bodisi jo ovrgla, ni. V resnici pa ji sodišča tiho sledijo: ne zavračajo zahtevkov po nobeni podlagi zaradi nesklepčnosti.

5. Kaj je pojasnilna dolžnost

Pacient je subjekt in ne objekt zdravljenja, zato je spoštovanje njegove volje, razen izjemoma, pri zdravljenju vrhovno načelo.³⁷ Pojasnilna dolžnost in z njo povezana doktrina ozaveščene privolitve je instrument, ki pacientu omogoča uresničenje njegove ustavne pravice do samoodločbe, ki jo zagotavlja splošna določba o varstvu osebnostnih pravic iz 35. člena Ustave Republike Slovenije in spoštovanje prepovedi prisilnega zdravljenja iz tretjega odstavka 51. člena Ustave.

Konkretizira jo določba 20. člena Zakona o pacientovih pravicah:

³⁵ Zadeva Višjega sodišča v Kopru I Cp 480/2016.

³⁶ Odločba II Ips 183/2015.

³⁷ Glej odločbe Vrhovnega sodišča II Ips 83/2013 in II Ips 94/2015 ter Ustavnega sodišča Up-2595/08.

(1) Pacient ima pravico, da je zaradi uresničevanja pravice do samostojnega odločanja o zdravljenju in pravice do sodelovanja v procesu zdravljenja obveščen o:

- svojem zdravstvenem stanju in verjetnem razvoju ter posledicah bolezni ali poškodb;
- cilju, vrsti, načinu izvedbe, verjetnosti uspeha ter pričakovanih koristih in izidu predlaganega medicinskega posega oziroma predlaganega zdravljenja;
- morebitnih tveganjih, stranskih učinkih, negativnih posledicah in drugih neprijetnosti predlaganega medicinskega posega oziroma predlaganega zdravljenja, skupaj s posledicami njegove opustitve;
- morebitnih drugih možnosti zdravljenja;
- postopkih in načinih zdravljenja, ki v Republiki Sloveniji niso dosegljivi ali niso pravice iz obveznega zdravstvenega zavarovanja.

(2) Pojasnila iz prejšnjega odstavka mora zdravnik, odgovoren za zdravljenje, pojasniti pacientu v neposrednem stiku, obzirno, na pacientu razumljiv način oziroma skladno z individualnimi sposobnostmi sprejemanja informacij, v celoti in pravočasno. Za operativni ali drug medicinski poseg, povezan z večjim tveganjem ali večjo obremenitvijo, pacientu da razumljiva ustna in pisna pojasnila zdravnik, ki bo opravil medicinski poseg, če to ni mogoče, pa drug zdravnik, ki je usposobljen za tak medicinski poseg.

(3) Pacient ima pravico do sprotnega in podrobnega obveščanja o poteku zdravljenja ter po koncu medicinskega posega oziroma zdravljenja pravico do obveščenosti o rezultatu zdravljenja oziroma morebitnih zapletih.

(4) Pacient, ki ni sposoben odločanja o sebi, uresničuje pravice po tem členu v skladu z zmogljivostmi, ki jih dopušča njegova sposobnost razumevanja.

6. Razmerje med pojasnilno dolžnostjo in sklenitvijo pogodbe o zdravstvenih storitvah ter podlaga odgovornosti

Gre za vprašanje, ali je izpolnitev pojasnilne dolžnosti pogoj za sklenitev pogodbe o opravljanju zdravstvenih storitev. Relevantno je zato, ker je od njega odvisna podlaga odgovornosti za škodo zaradi kršitve pojasnilne dolžnosti.

Če je odgovor pritrdilen – če je izpolnitev pojasnilne dolžnosti pogoj za veljavno sklenitev pogodbe, potem v primeru kršitve pojasnilne dolžnosti pogodba ni bila veljavno sklenjena in je odgovornost za škodo zaradi kršitve pojasnilne dolžnosti deliktna. Če je odgovor nikalen – če izpolnitev pojasnilne dolžnosti ni pogoj za veljavno sklenitev pogodbe, je odgovornost za škodo zaradi kršitve pojasnilne dolžnosti pogodbena.

Enotnega stališča v teoriji in v sodni praksi ni.

V sodni praksi se je za pritrtilen odgovor še pred kratkim zavzela sodba pritožbenega sodišča,³⁸ ki obrazloži, da je odgovornost zdravstvenega zavoda za pacientovo škodo pri strokovni napa-ki poslovna, pri kršitvi pojasnilne dolžnosti pa neposlovna (deliktna).

Najnovejša sodna praksa pa večkrat zavzame nasprotno stališče: da je izpolnjevanje pojasnilne dolžnosti del pogodbenih obveznosti zdravnika. Pogodba je torej sklenjena pred podajanjem pojasnil pacientu in izpolnjevanje pojasnilne dolžnosti ni predpostavka za veljavno sklenitev pogodbe o zdravstvenih storitvah. Pri pravilni izpolnitvi pojasnilne dolžnosti ne gre za vprašanje izoblikovanja svobodne in resne volje kot pogoja za veljavnost sklenitve pogodbe o opravljanju zdravstvenih storitev, temveč za zaščito pravice ozaveščene privolitve v posamezen medicinski poseg v okviru izpolnjevanja pogodbenih obveznosti iz že sklenjene pogodbe; odgovornost za škodo zaradi kršitve pojasnilne dolžnosti je torej pogodbena, in ne deliktna.³⁹

7. Pomen pojasnilne dolžnosti ter razmerje med pojasnilno dolžnostjo in privolitvijo v poseg

Po pravkar predstavljenih stališčih zdravnik in pacient najprej skleneta pogodbo o opravljanju zdravstvenih storitev, nato zdravnik poda pacientu ustrezna pojasnila, in šele za tem sledi izpolnjevanje drugih obveznosti iz pogodbe: diagnosticiranje, zdravljenje.

V okviru izpolnjevanja teh obveznosti so (lahko) potrebni različni posegi, pacient kot subjekt razmerja pa ima pravico odločiti, ali bo vanje privolil ali ne. Poseg, opravljen brez privolitve, je protipraven. Predpostavka za pravno veljavnost privolitve v poseg je pacientova svobodna in prava volja. Ta se lahko oblikuje le, če je pacient ustrezno obveščen o diagnozi bolezni, poučen o možnih načinih zdravljenja, o morebitnih nevarnostih, o predvidljivosti uspeha pa tudi o možnih posledicah odklonitve zdravniške pomoči. Povedano drugače: privolitev mora biti ozaveščena.

Pojasnilna dolžnost vsebuje pojasnilo tveganja, terapevtsko pojasnilo in pojasnilo diagnoze.⁴⁰

Pravilno opravljena pojasnilna dolžnost je pogoj za veljavnost privolitve v poseg, ali, kot je natančneje pojasnilo Vrhovno sodišče: pravilna izpolnitev pojasnilne dolžnosti je načeloma pogoj za veljavnost pacientove privolitve v izvedbo medicinskih posegov, ki sami po sebi predstavljajo poseg v njegovo telesno integriteto, in sicer ne glede na to, ali gre za terapevtske ali za diagnostične postopke.⁴¹

³⁸ Zadeva Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 2666/2014.

³⁹ Tako Vrhovno sodišče v sodbi II Ips 94/2015 in Višje sodišče v Ljubljani v sklepu II Cp 1439/2016.

⁴⁰ Polajnar Pavčnik, str. 110, Krušič Mate, str. 26–28, sodbi II Ips 99/2006, II Ips 94/2015.

⁴¹ Sodba II Ips 94/2015.

Učinki privolitve se presojuje po določbah Zakona o pacientovih pravicah.

Privolitev je potrebna tudi v primeru, ko se med posegom pokaže potreba po razširitvi posega. Vrhovno sodišče je v več odločbah pojasnilo, da mora zdravnik, če med operacijo ugotovi, da je potreben dodaten poseg, operacijo prekiniti in dodatni poseg lahko izvede šele, če pacient z njim soglaša.⁴² Brez posebne privolitve lahko operacijo razširi le v primeru, da bi prekinitvev posega pomenila resno nevarnost za pacientovo življenje in zdravje. Pri tem mora presoditi tudi, kakšno nevarnost bi vnovična operacija pomenila za pacientovo zdravje. V primeru, ko je razširitev posega predvidljiva, pa mora zdravnik pacienta nanjo opozoriti in dobiti vnaprejšnje soglasje.

Eden od primerov, ko je bilo odločeno,⁴³ da je podana odškodninska odgovornost zdravstvene ustanove zaradi kršitve pojasnilne dolžnosti (čeprav je zdravljenje potekalo v celoti *lege artis*) je naslednji. Tožnica je imela na desni strani vratu na dotik bolečo tvorbo. Bila je napotena na zdravljenje v bolnišnico. Kirurg, njen poznejši operater, ji je tvorbo prikazal kot nenevaren benigni tumor, njegovo predlagano operativno odstranitev pa kot krajši nezapleten medicinski poseg. Tožnica je privolila v tak poseg. Med operacijo je bilo ugotovljeno, da gre za nevrilemom, tvorbo, nastalo iz živčne ovojnice in izhajajočo iz živčnega pleteža, ki jo je treba prav 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 korektno (*lege artis*) dokončal. Ne glede na to, da med operacijo ni bila zagrešena nobena strokovna napaka, se je uresničilo zgoraj omenjeno tveganje: pri tožnici, ki prej ni imela nobene od teh težav, je nastopila pareza desne roke z ohromitvijo moči in gibljivosti in postala je 50-odstotna invalidka. Nesporno je, da tožnica s spremenjeno diagnozo in temu ustrezno spremenjeno tehniko in zahtevnostjo operacije in z zvečanim tveganjem ni bila seznanjena, sodišče prve stopnje pa je ugotovilo, da v primeru, če bi bila o navedenem informirana, ne bi privolila v operativni poseg. Zato in ker je bilo ugotovljeno, da prekinitvev posega in vnovična operacija v primeru, da bi se tožnica zanjo odločila, ne bi bila povezana z nerazumnim tveganjem, dvoma o protipravnosti ravnanja zdravnika ne more biti. S tem argumentom je Vrhovno sodišče zavrnilo revizijo zoper sodbo, s katero je bila tožnici pravnomočno prisojena odškodnina.

⁴² Na primer v zadevah II Ips 99/2006, II Ips 9/2000, II Ips 16/2003 in II Ips 716/2006.

⁴³ Zadeva II Ips 716/2006.

8. Vsebina (obseg, natančnost) pojasnila in njegova odvisnost od vrste tveganja

Zaradi kršitve pojasnilne dolžnosti zdravnik odgovarja, če je pacientu nastala pravno priznana škoda zato, ker se je uresničilo katero od tistih tveganj, na katera bi moral biti opozorjen, pa ni bil, in sicer tudi tedaj, če je bil medicinski poseg opravljen v skladu z medicinsko doktrino oziroma *lege artis*.

V prvem od predstavljenih primerov⁴⁴ je tožnica privolila v kolonoskopijo. Med preiskavo je zdravnica na sluznici črevesa opazila polip in ga odstranila. To je opravila strokovno, v skladu z veljavno doktrino. Kljub temu je pri tožnici po posegu prišlo do predrta črevesne stene, kar je eden od možnih zapletov pri posegu odstranitve polipov, ki pa ga ni mogoče vnaprej predvideti. Tožnica je bila zaradi tega istega dne zvečer hospitalizirana in pozneje tudi operirana. Zdravnica tožnici ni povedala, da je našla polip, da ga je treba in zakaj ga je treba odstraniti, da ga bo in na kakšen način ga bo odstranila, o možnosti poznejše operativne namesto takojšnje odstranitve polipa in o možnih (vsaj najpogostejših) zapletih ob in po samem posegu. Da je polip odstranila, je tožnici povedala šele po tistem, ko je tožnico že zbolelo. Zdravnica tožnici niti po posegu ni povedala, kakšni so možni zapleti, na kaj mora biti pozorna, in ji ni dala nadaljnjih napotkov. Tožnica ni privolila v odstranitev polipa, saj je zanj zvedela šele po tistem, ko je bil že opravljen. Pojasnilna dolžnost ni bila izpolnjena. Ker tožnica ni privolila v poseg, saj sploh ni vedela, da bo opravljen, je bil poseg, ki je bil sicer opravljen strokovno in brez zdravniške napake, nedopusten in je bilo z njim poseženo v tožničino telesno integriteto. Zdravstvena ustanova, v kateri je bil poseg opravljen, je bila zavezana k plačilu odškodnine.⁴⁵

Obseg pojasnilne dolžnosti je odvisen od okoliščin vsakega posameznega primera, zato ga ni mogoče natančno opredeliti vnaprej za nedoločeno število primerov. V splošnem velja, da zdravnik ni dolžan pacienta poučiti o vseh možnih nezaželenih učinkih posega, je pa v vsakem primeru odločilno, da zdravnik pacienta pouči o bistvenih okoliščinah, ki mu omogočajo, da spozna pomen svoje privolitve ter da ima dovolj podlage za odločitev za ali proti zdravljenju, da ga morebitne škodljive posledice ne bi presenetile, ker jih ni pričakoval.⁴⁶ V poglavitnih obrisih in na ustrezen način mu mora prikazati stanje ter podati prognozo in opozorilo na običajno, redno tveganje.⁴⁷ Obseg pojasnilne dolžnosti je Vrhovno sodišče⁴⁸ opredelilo s tremi načeli.

⁴⁴ Zadeva II Ips 43/2013.

⁴⁵ Po deliktne podlagi.

⁴⁶ Tako Vrhovno sodišče na primer v odločbah II Ips 72/2009, II Ips 65/2012 in II Ips 174/2012.

⁴⁷ Sodba II Ips 99/2006.

⁴⁸ V zadevi II Ips 94/2015.

Prvo načelo: obseg in podrobnost pojasnila morata biti v obratnem sorazmerju z nujnostjo posega.

Drugo načelo: opozorilo se mora nanašati na *redna tveganja* medicinskega posega, kamor spadajo tipična in statistično pogostejša tveganja.

Splošna tveganja mora zdravnik pacientu pojasniti zlasti takrat, kadar ima pacient predvideni poseg zmotno za povsem nenevarnega. Zadostuje splošno pojasnilo v smeri vpliva posega oziroma tveganj, to je posredovanje splošnega vtisa resnosti in usmerjenosti spektra tveganj, tako da pacient nima iluzij o tem, kaj ga lahko doleti ob neuspehu posega. V primeru, ko obstaja več tveganj, katerih posledice pacienta prizadenejo na enak način, načeloma zadošča že opozorilo na tisto tveganje, ki pacienta prizadene najhuje.⁴⁹

Tipično tveganje je tisto, ki je lastno samemu posegu, torej posebej značilno za naravo določenega medicinskega posega. Po sodni praksi posamezno tveganje ni tipično ali netipično že samo zato, ker je ali ker ni pogosto. Izjema so primeri, ko gre za statistično tako ekstremno nizko pojavnost, da se domneva, da pri razumnem pacientu obstoj takšnega tipičnega tveganja ne bi vplival na privolitev v poseg. Opozorilo na tveganje, ki je tipično, a redko, je sestavni del pojasnilne dolžnosti ravno zaradi načela obratne sorazmernosti med obsegom pojasnilne dolžnosti in nujnosti posega in načela primerjave posledic uresničenega tveganja pri opravljenem medicinskem posegu s posledicami opustitve posega. Ker gre pri opozorilu na tipična tveganja za uporabo strokovnega znanja, lastnega zdravnikom, je dolžnost opozorila nanje toliko bolj logična. Če bi pojasnilno dolžnost zožili le na statistično upoštevana tveganja in bi pri redkih tipičnih tveganjih zanemarili druge kriterije, ki lahko vplivajo na privolitev, bi bila pravica do informirane privolitve tako izvotljena, da pacient, katerega volja je pri odločanju za zdravljenje bistvena, ne bi razpolagal s podatki, ki bi mu omogočali vsebinsko uresničitev te pravice.⁵⁰

Tretje načelo: opozorilo mora upoštevati tudi *redka tveganja* predvidenega posega, če ta lahko ob svoji uresnitvi tako ogrožajo pacientovo življenje in zdravje, da so primerljiva z naravnim potekom zdravljenе bolezni ali ga celo presegajo in bi lahko vplivala na pacientovo privolitev.

Najprej predstavljam primer, ko je bilo odločeno, da je zdravnik kršil pojasnilno dolžnost.⁵¹ Tožnica je bila sprejeta v bolnico zaradi operativne odstranitve pooperacijske kile. Prejela je spinalno anestezijo. Šest ur in pol po prejemu anestezije je bilo ugotovljeno, da ne čuti nog. Pregled z magnetno resonanco je pokazal hematoma, ki je bil odstranjen z operacijo, opravljeno

⁴⁹ Sklep II Ips 140/2015.

⁵⁰ Sodba II Ips 94/2015.

⁵¹ Sodba II Ips 94/2015.

no že uro in pol po ugotovitvi, da tožnica ne čuti nog. Kljub operaciji je ostala popolna trajna plegija obeh nog, najverjetneje zato, ker je bila prebodena subarahnoidalna žila v hrbteničnem kanalu ob uvajanju anestezije. Anestezistka tožnice na tveganje plegije ob spinalni anesteziji ni opozorila. Ugotovljeno je bilo, da je tako tveganje redko, a je ne glede na redkost tipično, saj je za spinalno anestezijo tipično poseganje v spinalni kanal. Opravljeni poseg (odstranitev kile) ni bil življenjsko nujen, zato bi moralo biti pojasnilo prilagojeno posledicam morebitnega realiziranega tveganja (paraplegija) v razmerju s posledicami pacientovega zdravstvenega stanja (kila). Ker je paraplegija kot uresničenje navedenega tveganja z vidika kakovosti pacientovega življenja nedvomno veliko hujša od bolezenskega stanja, ki so ga skušali sanirati z operacijo pooperativne kile, je to le še dodatni razlog, zaradi katerega bi morala biti tožnica z možnostjo paraplegije seznanjena. Gre namreč za okoliščine, ki se ne izidejo v domnevi, da nizka pojavnost zapleta pri razumnem pacientu ne bi vplivala na njegovo privolitev v medicinski poseg. Ker anesteziologinja tožnice na opisano tveganje pred posegom ni opozorila, je prekršila pogodbene obveznosti; zdravstvena ustanova zato odgovarja za nastalo škodo. Do odškodnine so upravičeni tudi posredni oškodovanci.

V naslednjem predstavljenem primeru⁵² je bilo razsojeno, da kršitve pojasnilne dolžnosti ni bilo. Tožnik je prestal operacijo odstranitve hemoroidov. Pred operacijo je bil obveščen o tveganjih vnetja in krvavitve, ne pa tudi sepse, do katere je prišlo po operaciji. V pravdi je trdil, da je bila njegova privolitev v medicinski poseg neveljavna, ker ni bil obveščen o sepsi kot morebitnem tveganju; sporno je bilo, v kolikšnem obsegu bi ga moral zdravnik obvestiti, oziroma se je presojalo o tem, ali je sepsa tipično tveganje. Revizijsko sodišče je soglašalo s presojo sodišč prve in druge stopnje o ustreznosti obsega pojasnila, čeprav tožnik o sepsi ni bil obveščen. Zdravnik mora pacientu pojasniti tipična tveganja, to so takšna, ki so posebej značilna za poseg in se jim tudi ob največji možni skrbnosti in opravljanju posega brez napak vedno ni mogoče izogniti ter so tako pomembna, da so sposobna vplivati na pacientovo odločitev. Pojasnilo ni potrebno, če nastane škoda le v izjemno redkih primerih in je domnevati, da pri razumnem pacientu omenjeno tveganje ne bi vplivalo na privolitev v poseg. Po mnenju revizijskega sodišča je bil tožnik ustrezno obveščen o negativnih tveganjih krvavitve in vnetja, izjemno redkih negativnih posledic posega, kot je sepsa (zgolj 0,001-odstotna pogostnost) pa ni mogoče uvrstiti med tipična tveganja, ki bi od zdravnika terjala ustrezno pojasnilo. Zahteva po pojasnilu, ki bi upoštevalo tudi tako izjemna tveganja, bi bila do zdravnikov prestroga.

⁵² Zadeva II Ips 174/2012.

9. Posebnosti sodne prakse o položaju oškodovanca v pravdi

Razmerje med pacientom in zdravnikom oziroma zdravstveno organizacijo je razmerje civilnega zasebnega prava, za katero je značilna prirejenost položajev njegovih subjektov.⁵³ Je pa položaj pacienta v odškodninski pravdi zoper zdravnika za škodo, ki izvira iz zdravniške napake ali iz kršitve pojasnilne dolžnosti, praviloma težji: zaradi zdravnikovega škodnega ravnanja ali opustitve je njegovo zdravje okvarjeno oziroma še poslabšano glede na stanje pred škodnim dogodkom, da je vzrok njegove škode ravno zdravnikovo ravnanje ali opustitev in da je bilo to protipravno, mora kot laik dokazovati v pravdi, v kateri mu nasproti stoji strokovnjak z relevantnega medicinskega področja, ki ima na voljo vse podatke o poteku zdravljenja in podobno.

Sodna praksa položaj oškodovanca nekoliko lajša z mehčanjem nekaterih sicer do tožnika strogih procesnih institutov. Tako je na primer Vrhovno sodišče odločilo, da je dopusten informativni dokaz z izvedencem medicinske stroke, da bi se ugotovilo, ali je tožnikova škoda posledica medicinske napake ali zapleta, in da je dopustna dopolnitev dejanskih trditev po prejemu izvedenskega mnenja, saj tožnik kot laik te presoje sam ni bil zmožen.⁵⁴ Je pa po mnenju Vrhovnega sodišča primernejši strožji pristop pri presoji pravočasnosti trditev v zvezi s kršitvijo pojasnilne dolžnosti, saj trditveno breme o tem, ali in koliko ji je bilo pojasnjeno, za stranko ni pretežno: posebno strokovno znanje se za to ne zahteva, relevantna dejstva lahko zazna sama.

Kot ustrezen dokazni standard za dejstva, ki utemeljujejo vzročno povezavo med ravnanjem zdravnika in škodnim dogodkom, je namesto prepričanja sprejelo pretežno verjetnost.⁵⁵

Z materialnopravnega vidika oškodovančev položaj blaži pristop sodišč, ki za zdaj kot sklepčne obravnavajo tako tožbe, ki uveljavljajo in temu ustrezno substancirajo deliktno odgovornost, kot tiste, ki uveljavljajo pogodbeno odgovornost.

10. Sklep

O številnih pravnih vprašanjih v zvezi z odškodninskimi zahtevki za škodo, nastalo z zdravniško napako oziroma kršitvijo pojasnilne dolžnosti, se je sodna praksa, kot sem skušala prikazati zgoraj, že izrekla in uskladila. Številna pa jo, če bo sistem ostal tak, kot je zdaj, in če se bo naraščanje števila tovrstnih pravnih pravnih pravnih nadaljevalo, še čakajo.

⁵³ Ovčak Kos, str. 1.

⁵⁴ Zadeva II Ips 302/2011.

⁵⁵ Zadeva II Ips 671/2008.

Literatura

- BETETTO, N. Odškodninski spori zaradi zdravniške napake. *Pravna praksa*, 1996, št. 6, str. 3–5.
- BOŽIČ PENKO, A. Razmislek in sodna praksa Vrhovnega sodišča o nekaterih aktualnih vprašanjih odškodninskega prava v zvezi z nepremoženjsko škodo. *Pravni letopis*. Ljubljana: Inštitut za primerjalno pravo, 2016.
- CIGOJ, S. *Institucije obligacij*. Ljubljana: Uradni list SR Slovenije, 1989.
- KLARIĆ, P. *Odštetno pravo*. Zagreb: Narodne novine, 2003.
- KRUŠIČ MATE, Z. *Pravica do zasebnosti v medicini*. Ljubljana: GV Založba, 2010.
- OVČAK KOS, M. *Civilnopravna odgovornost zdravnikov*. Ljubljana: Aletheia, 2017.
- POLAJNAR PAVČNIK, A. (ur.), WEDAM LUKIĆ, D. (ur.). *Pravo in medicina*. Ljubljana: Cankarjeva založba, 1998.
- UDE, L. (ur.), in drugi. *Pravdni postopek, zakon s komentarjem*, 3. knjiga, Ljubljana: Uradni list RS in GV Založba, 2009.