



**143. REDNA LETNA SKUPŠČINA SLOVENSKEGA ZDRAVNIŠKEGA DRUŠTVA
PRAVICE ZDRAVNIKOV**

Velenje, 13. in 14. oktober 2006

PRAVICE ZDRAVNIKOV V SLOVENIJI IN EVROPI (OSEBNOSTNOPRAVNI VIDIK)

PHYSICIANS' RIGHTS IN SLOVENIA AND EUROPE (FROM THE STANDPOINT OF
THE LAW OF PERSONAL RIGHTS)

Damjan Korošec

Pravna fakulteta, Univerza v Ljubljani, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana

Prispelo 2006-09-19, sprejeto 2006-09-26; ZDRAV VESTN 2006; 75: 645-51

Ključne besede *pravo; avtonomija pacienta; avtonomija zdravnika; privolitev pacienta; volja pacienta*

Izvleček *V Sloveniji kazensko pravo v praksi ne sankcionira zdravniškega posega, opravljenega neodvisno od privolitve pacienta. Tako stanje je posledica tradicionalno šibke razvitosti doktrine avtonomije pacienta v SFRJ in Sloveniji in ga je mogoče primerjalnopravno označiti kot ostanek minulih časov, ki se mu kaže čim prej odpovedati. Glede nekaterih vprašanj, kakršna so upravičenost ali opravičenost opustitve zdravniške pomoči samomorilcu, ki vnaprej zavrača pomoč v primeru spodletelega poskusa samomora, se slovenska pravna teorija, še bolj izrazito pa sodna praksa, iz različnih vzrokov še niso jasno opredelili. To ni stanje, ki bi koristilo pravni varnosti zdravnikov v Sloveniji. V glavnem pa so osebne pravice zdravnikov v Sloveniji sorazmerno spodobno razvite.*

Key words *law; patient's autonomy; physician's autonomy; patient's consent; patient's will*

Abstract *In Slovenia criminal law in practice does not put medical intervention performed ignoring patient's consent under sanction. This situation is a result of traditionally weakly developed doctrine of patient's autonomy in SFRY and Slovenia, and can be in terms of comparative law described as a remain of past era. With regard to several questions concerning the omission of medical aid to person, who commits suicide and refuses medical aid, Slovenian legal theory and even more the jurisprudence do not give clear answers. This is not a situation from which legal security of physicians would benefit. However, the personal rights of physicians can be described as relatively well developed.*

Uvod

Pravnik, ki naj na nekaj straneh prikaže pravice zdravnikov v Sloveniji in povrh vsega še v kontekstu vse Evrope, nima lahke naloge. Tudi omejitev na osebnotnopravne vidike je po nadrobnejši proučitvi prej dodaten problem kot razbremenitev. In izrazita strokovna specializiranost za kazensko pravo, kot v mojem osebnem primeru, sploh ni nujno prednost za obravnavo tako široke teme, kot si jo je zaželel organizator letošnje skupščine Slovenskega zdravniškega društva.

Kakor koli že, pravno najbolj varna pot iz podobno težavnih zagat je definirati izhodiščne pravne pojme

in utemeljiti omejitve preglednega prispevka. Najprej temeljno izhodišče prispevka: zdravnik. S tem pojmom bo še najmanj težav, četudi ni nujno v vseh pravnih sistemih preprosto izbrskati njegove nedvoumne definicije.¹ Le malenkostno poenostavljeno pa je mogoče trditi, da je po vsem poznanem svetu tipično dovolj jasno definiran kot oseba, ki izpolnjuje ustrezne pogoje izobrazbe (in usposobljenosti), kar

¹ V slovenskem Zakonu o zdravniški službi (ZZdrS), Ur. l. RS, št. 98/99, 67/02, 15/03, 2/04, 62/04 je npr. opredeljena pravica do opravljanja zdravniške službe, v bistvu pa ni nikjer neposredno pojma zdravnika. Uvodna funkcionalna opredelitev zdravnika kot »temeljnega odgovornega nosilca opravljanja zdravstvene dejavnosti« (določba drugega odstavka 1. člena ZZdrS) resnici na ljubo praktično nič ne pove o vsebini pojma.

pravni akt, praviloma zakon, veže na ustrezno opredeljene uradne listine kot dokazila (v Sloveniji diploma medicinske fakultete v Sloveniji oziroma ustrezno priznanje v tujini pridobljene izobrazbe)². Gre skratka za značilno formalno definicijo pojma zdravnik. Ta status pa je hkrati po vsem poznanem svetu temeljni pogoj za opravljanje zdravniške službe, to je, spet le nekoliko poenostavljeno, za zakonito delovanje zdravnika kot zdravnika.³ Poleg statusa zdravnika sem sodijo še drugi tipično formalni pogoji, med katerimi so najbolj očitni dokazilo o posebni usposobljenosti (poleg temeljne zdravniške izobrazbe), v prvi vrsti o opravljenem strokovnem izpitu, dovoljenje za samostojno opravljanje službe na določenem strokovnem področju in vpis v ustrezen razvid zdravnikov. Pravniku so to prav zaradi njihove formalnosti relativno pregledne in enostavne kategorije, ki v Sloveniji ne odstopajo bistveno od dostopnih ureditev po svetu. Za namene pričujočega preglednega prispevka bomo pojem zdravnik uporabljali kot sopomenko za zdravnika, ki opravlja zdravniško službo.

Če odmislimo kvadratne metre t. i. trenutno spornega ozemlja na meji z Republiko Hrvaško, je pravni pojem Slovenije v slovenskem pravu in tudi mednarodnopravno nedvoumno urejen in v okviru tega pravnega prispevka, namenjenega v prvi vrsti zdravnikom, o njem uvodoma ne kaže izgubljati besed. Ni pa se zato mogoče izogniti nekaj uvodnim besedam o Evropi. Za razliko od Slovenije pravniku ta pojem ne pove kaj dosti. Sploh ni zgolj humorna ugotovitev, da je Evropa prej meteorološki kot politični ali celo pravni pojem. Ne želim se spuščati v vprašanja primerjave standardov medicinske oskrbe, medicinskega znanja ali dobrin na področju zdravstva med državami, trdim pa, da je za pravnike jasno: Evrope ne gre enačiti s sezname članic mednarodnopravnih entitet, ki svoja imena kitijo z izpeljankami besede Evropa, kakršna sta zlasti Svet Evrope (SE) in Evropska unija (EU). Seveda Evropa tudi niso samo tehnološko in znanstveno, če hočete zdravstveno in medicinsko najbolj razvite države v naši okolici, niti t. i. nove demokracije, niti t. i. katoliške države, niti zgolj take, ki so z nami tako ali drugače primerljive na področju medicinskega ali kakšnega drugega prava. V vsakem primeru pa jih je odločno preveč, da bi jih vse zajeli v pričujoči pregledni prispevek! V izogib neizbežno kompleksnemu političnemu in zgodovinsko-političnemu opredeljevanju nabora relevantnih pravnih sistemov in nujno vsestransko mučnim poskusom prikrivanja nepoznavanja podrobnosti številnih tujih pravnih ureditev, naj glede Evrope uvodoma opozorim le na tole. Nisem še srečal pravnika, ki bi dokazal suvereno obvladanje medicinskega prava desetih pravnih ureditev ali bi jih bil sposoben v razumno kratkem času vsaj v glavnih obrisih primerjalno dojeti. Tudi sam brez dvoma nisem tak. V tem preglednem prispevku bom zato slovenske rešitve in poglede primerjal z nekaterimi

vzorčno izbranimi ureditvami članic EU (zlasti Nemčije, Avstrije, Francije) in ene kandidatke za članstvo v EU, Hrvaške, in z nekaj malega mednarodnega prava. Posebno pozornost bom pri tem posvetil Nemčiji. Ta država je razvila ustavno in materialnopravno teorijo, ki slovita kot eni najbolj dodelanih na svetu, še prav posebej pa nemško pravo po svetu velja za tisto, ki je najprej in najbolj jasno artikuliralo probleme avtonomije, samoodločbe in svobodnega razvoja osebnosti in njihov odraz na področju privolitve oškodovanca v pravni teoriji in praksi, kar se je do danes razvilo v enega glavnih stebrov sodobnega medicinskega prava nasploh.

In končno še uvodoma o pojmu pravica. Na tem mestu se ni primerno spuščati v podrobnosti teorij o pravu in naravi pravic. Za potrebe tega pregleda naj zadošča, če pravico pravno zelo neambiciozno opredelimo kot pravno zavarovano upravičenje, da subjekt (v našem primeru zdravnik) na določen način ravna.⁴ Naj nam bo kot uvodni argument za dodatno omejitev vsebine dovoljen tudi poudarek, da za razliko od dolžnosti subjekt ni izpostavljen pravnim sankcijam, kadar pravice ne izkoristi: pravici se (čeprav npr. pri mnogih človekovih pravicah z značilno omejenim učinkom) za razliko od dolžnosti lahko pravno bolj ali manj svobodno tudi odpovemo. Med pravice sodijo najbolj elementarne pravice, utrjene od razsvetljenstva in meščanskih revolucij kot naravne in univerzalne pravice vseh ljudi (in torej tudi tistih s statusom zdravnika), imenovane človekove pravice, posebne pravice v pravnih postopkih (zlasti pravice obdolžencev pa tudi npr. prič), pravice iz delovnega razmerja, pravice, ki so neposredno zasidrane v ustavi (t. i. ustavne pravice) in tiste, ki to niso. Ločimo izrazito premoženjskopravne pravice (do plačila za opravljeno delo, do nadomestila škode) in pravice, ki so v glavnem moralne narave (pravica biti naveden kot soavtor znanstvenega članka), zelo različne in zelo številne pravice.

Ta prispevek se omejuje na osebne pravice oziroma obravnava pravice zdravnika z vidika osebnostnega prava. Za kaj gre? Stara šolska definicija uči, da so osebne pravice »pravice, ki gredo človeku kot takemu [...], da se tičejo neposredno osebe, človekovih osebnih dobrin.«⁵ Take pravice so na primer pravica do osebnega dostojanstva, pravica do zasebnosti, pravica do osebne (telesne in duševne) celovitosti in druge.⁶ Naštete pravice so znane tudi pod pojmom človekove pravice, zato se zastavlja vprašanje, kakšno je razmerje med človekovimi pravicami in osebnostnimi pravicami. Posamezni slovenski avtorji⁷ opozarjajo na težavnost razmejitve oziroma na prelivanje med tema dvema kategorijama. Po njihovem mnenju naj bi tudi slovenska ustava izhajala iz sodobnih spoznanj o prežemanju človekovih in osebnostnih pravic, na kar naj bi kazala določba 35. člena Ustave,⁸ ki

⁴ Tako Pavčnik A. (ur.), Pravo, str. 264.

⁵ Finžgar, str. 11; glej tudi Novak, Odškodnina, str. 228 in sl.

⁶ Glej Novak, Osebnostnopravni, str. 13–26.

⁷ Npr. Polajnar-Pavčnik A. v delu, citiranem v opombi 4, str. 150 in sl. Tudi Novak, O naravi, str. 991 in nasl.

⁸ Ur. l. RS/I, št. 33/91, RS 42/97, 66/00 in 24/03.

² To izhaja iz zakonodaje na področju visokega šolstva v povezavi z ZZdrS in Zakonom o zdravstveni dejavnosti, Ur. l. RS, št. 9/92, 26/92-popr., 37/95, 8/96, 90/99, 31/00, 45/01, 2/04 in 80/04.

³ V slovenskem pravem redu glej zlasti pogoje za opravljanje zdravniške službe v določbi 10. člena ZZdrS.

zagotavlja »nedotakljivost človekove telesne in duševne celovitosti, njegove zasebnosti ter osebnostnih pravic«. Ta določba naj bi osebnostne pravice povzdignila na raven človekovih pravic in jim zagotovila tudi ustavno-pravno varstvo.⁹ Po drugi strani pa Ustava s tem, ko nekatere osebnostne pravice izpostavi v 35. členu, za druge pa pusti splošno opredelitev »osebnostne pravice«, ustvari t. i. splošno generalno klavzulo, s katero se varujejo vse osebnostne pravice, tudi tiste, ki se bodo morda v prihodnosti še pojavile kot odziv na nove tehnične možnosti poseganja v osebnostne dobrine posameznika (ne poznamo zaključenega kroga osebnostnih pravic). Tuja pravna teorija namreč opozarja, da se je osebnostnopravno varstvo prej osredotočalo predvsem na klasične dobrine (na primer življenje, zdravje, telo), medtem ko se z industrijskim in tehnološkim razvojem ter novimi tveganji, ki jih prinaša razvoj, osebnostno pravo sedaj osredotoča na številne druge t. i. neklasične dobrine varstva osebnostnih pravic.¹⁰ Mnoge od teh neklasičnih dobrin je morala pravna znanost šele odgovarjajoče oblikovati prav zaradi razvoja drugih znanosti. Težišče osebnostnopravnega varstva se je npr. pri medicini s klasičnih dobrin začelo prenašati na varstvo osebnostne integritete, avtonomije in samoodločbe pacienta. V javnem pravu so se razbohotile raziskave t. i. medicinskega ali zdravniškega paternalizma in pojavljati so se začele zahteve po njegovi jasni normativni zamejitvi: nove meje donedavno nespornih pravic zdravnika, temelječe na osebnostnih pravicah pacienta.^{11, 12} Sodobnim osebnostnopravnim dobrinam je poleg ustavnega varstva zagotovljeno tudi civilnopravno varstvo s pomočjo ugotovitvenega, opustitvenega, prepovednega, odstranitvenega, odškodninskega in obogatitvenega zahtevka¹³ in značilno bogato kaznovalnopravno varstvo, vključno s kazenskim.¹⁴ To pomeni, da osebnostne pravice posameznika ne ščitijo samo pred nedopustnimi posegi države, temveč intenzivno tudi pred nedopustnimi posegi posameznikov (kot formalno prirejenih subjektov). Takšna večplastna zavarovanost osebnostnih pravic na področju ustavnega, civilnega, kazenskega, pa tudi na drugih področjih prava jih dela v pravu za ene najbolj kompleksnih, fascinantnih, kot bomo na primeru nekaterih izmed njih poskusili prikazati v nadaljevanju, pa še posebej za zdravnike tudi odločilnih pravic pri njihovem vsakdanjem delu.

Pravica zdraviti in njene meje

V pričujočem preglednem prispevku je mogoče prikazati le pravno najbolj zanimive osebnostne pravice zdravnika. In med njimi je že lep čas daleč spredaj prav domet zdravnikove pravice zdraviti in njene meje v osebnostnih pravicah pacienta. Za še najbolj problematično ta hip v pravu velja reševanje življenja z medicinskim posegom kljub (vnaprejšnjemu) nasprotovanju pacienta in kazenskopravna utemeljitev dovoljenosti oziroma prepovedanosti takega početja.

Po veljavnem slovenskem pravu zdravnik (ki sme opravljati zdravniško službo) načeloma sme zdraviti (tukaj nas, kot rečeno, zanimajo zdravnikove pravice in ne dolžnosti, še posebej pa siva cona med pravicami in dolžnostmi), vendar le, če zato pravočasno pridobi ustrezno kvalificirano privolitve pacienta. ZZdrS kot izhodišče v določbi 43. člena zelo jasno postavi: »Zdravnik mora seznaniti bolnika s predvidenimi diagnostičnimi postopki in s predlaganim zdravljenjem« in »ne sme ukrepati brez bolnikove privolitve [...]«. Konvencija SE o biotehnologiji in človekovih pravicah¹⁵ pravi v 5. členu: »Zdravstveni poseg se sme opraviti šele potem, ko je bila oseba, ki jo to zadeva, o njem poučena in je vanj prostovoljno privolila. To osebo je treba predhodno ustrezno poučiti o namenu in naravi posega kot tudi o njegovih posledicah in tveganjih. Oseba, ki jo to zadeva, lahko privolitve kadar koli svobodno prekliče.« Predlog najnovejšega Zakona o pacientovih pravicah (EVA 2005-2711-0080), ki je, če sem prav informiran, ta čas še vedno v javni obravnavi, že med uvodnimi določbami ugotavlja, da »pravice pacienta temeljijo« zlasti tudi na splošnem načelu »samoodločbe vsakogar glede posegov v celovitost njegovega telesa in duševnosti« in hkrati »pravice vsakogar do primerne, kakovostne in varne zdravstvene oskrbe ter enakopravne obravnave«. Z vidika pravice zdravnika zdraviti to pomeni, da sme zdraviti vsakogar, vendar le primerno, kakovostno in varno, pod enakopravnimi pogoji in zlasti(!) le, če pacient to dovoli. Slednje prvič v slovenski zakonodajni zgodovini bogato konkretizirajo še številne določbe predloga zakona, zlasti v poglavjih s povednimi naslovi »Pravica [pacienta] do obveščeniosti in sodelovanja« (členi 15 do 21), »Pravica [pacienta] do odločanja o sebi in privolitve po pojasnilu« (členi 23 do 25), »Pravice pacientov, ki so nesposobni privolitve« (členi 26 do 30) in »Pravica [pacienta] do upoštevanja vnaprej izražene volje« (31. člen). Osebno menim, da bi se Slovenija po sprejemu teh določb predloga Zakona o pacientovih pravicah na podlagi razpoložljivih podatkov primerjalnopravno vsaj po preglednosti in nedvoumnosti zakonske ureditve meja zdravnikove pravice zdraviti, ki jih postavljajo osebnostne pravice pacienta uvrstila v sam evropski vrh.

⁹ Polajnar-Pavčnik A. v delu, citiranem v opombi 4, str. 150 in sl.

¹⁰ Novak v delu, citiranem v opombi 7, str. 991 in nasl.

¹¹ Primerjaj npr. klasično slovensko osebnostnopravno monografijo, citirano v opombi 5 in bistveno bolj v pravice pacienta usmerjeno novejšo literaturo o osebnostnih pravicah v zdravstvu, citirano v pričujočem prikazu.

¹² Glede določenih izjemnih oblik posmrtnega varstva osebnostnih pravic v slovenski pravni teoriji glej zlasti Novak, Posmrtno, str. 128 in nasl.

¹³ To varstvo zagotavlja Obligacijski zakonik (OZ), Ur. l. RS, št. 83/01, 32/04 in 28/06.

¹⁴ V slovenski kazenskopravni publicistiki glej pregledno Korošec, Medicinsko kazensko pravo.

¹⁵ Zakon o ratifikaciji konvencije o varstvu človekovih pravic in dostojanstva človeškega bitja v zvezi z uporabo biologije in medicine (konvencija o človekovih pravicah v zvezi z biomedicino) in dodatnega protokola o prepovedi kloniranja človeških bitij h konvenciji o varstvu človekovih pravic in dostojanstva človeškega bitja v zvezi z uporabo biologije in medicine, Ur. l. RS-MP, št. 17/98. V najnovejši slovenski pravni literaturi glej kratko o skladnosti slovenskega medicinskega prava s to konvencijo Novak, Zdravstveni, str. 9.

A kaj, če zdravnik prestopi meje pravice zdraviti, ki mu jih pravo postavlja v pacientovi volji? Če zdravi brez predpisanega preverjanja pacientove volje (v določenih primerih tudi volje pacientovih staršev ali skrbnikov) ali celo protipravno zdravi kljub pacientovemu (vnaprejšnjemu) nasprotovanju? Tukaj ureditve in ne nazadnje pravna kultura v Sloveniji ta hip (še) močno odstopajo od stanja v pravno razvitih oziroma t. i. primerljivih evropskih državah in tudi sprejem na obravnavanem področju sicer izvrstnega predloga Zakona o pacientovih pravicah v trenutni obliki sam po sebi ne bo spremenil dosti. Za kaj gre? Pravo potrebuje razčiščen koncept, na kateri ravni notranje zgradbe prepovedanega ravnanja (delikta) je zdravljenje brez ustrezne pacientove privolitve prepovedano in s tem potencialno kaznivo. Po pravnih učinkih ni vseeno, ali privolitev pacienta iz zdravnikovega v zdravljenje usmerjenega in po vseh ostalih medicinskih merilih sicer tehnično korektnega, če hočete: (tudi) primernega, kakovostnega in varnega ravnanja izključuje protipravnost ali ima kakšen drug, bolj radikalen učinek (da se s tem nevtralizira že npr. izhodiščna hipoteza o zdravnikovi kaznivosti poseganja v tuje telo, t. i. bit prepovedanega dejanja zoper telo ali kakšno drugo osebnostno dobrino). Na tem mestu ni primeren poglobljen prikaz t. i. splošnega pojma delikta in pravnih fines, zato naj mi bo dovoljena naslednja poenostavitve.¹⁶ Zaradi izrazito objektivne koncepcije izpolnjenosti biti inkriminacije kot prvega elementa splošnega pojma kaznivega dejanja po svetu velja, da zdravniki vsaj potencialno vsakodnevno, množično izpolnjujejo biti kaznivih dejanj telesnih poškodb. To je najbolj očitno v zvezi s kirurškimi posegi, pa tudi pri vnašanju raznovrstnih zdravil v telo bolnika. Prav zato kazensko pravo potrebuje jasno argumentirano teoretično stališče, zakaj zdravniki pri opravljanju zdravniške službe ne odgovarjajo množično za kazniva dejanja telesnih poškodb ali kakšna druga kazniva dejanja zoper pacientove osebnostne dobrine in predvsem pravo vlaga velike napore v argumentacijo in normativno formulacijo vloge volje pacienta pri tem. Slovenija pa je tu še vedno velika posebnost.¹⁷

Tako rekoč vsi pravniki bivše skupne Jugoslavije so zdravljenje v okviru opravljanja zdravniške službe dolgo razglašali kot načeloma nekaznivo na podlagi t. i. družbene koristnosti zdravstva, kar je bil v bistvu nekakšen samostojen, posplošen in vnaprejšen razlog izključenosti protipravnosti (telesnih poškodb pacienta pri zdravljenju in tudi drugih ogrožitev in poškodb pacientovih dobrin). Privolitev pacienta kot oškodovanca pri tem vsaj v kazenskem pravu ni imela nobene ključne ne teoretične ne praktične vloge. V tem smislu je bila medicinska dejavnost edina človekova dejavnost, ki je uživala tako poseben kazenskoopravni status. Celo vojski in policiji (državam tradicionalno najbolj priljubljenim institucijam) je bilo treba glede

posamičnih ravnanj, ki bi utegnili izpolnjevati zakonske znake kakšnih inkriminacij, vključno s telesno poškodbo, od primera do primera iskati konkretne zakonske podlage za izključevanje protipravnosti (upravičenosti) svojih ukrepov, ne glede na morebiten še tako plemenit (državovarstven, človekoljuben) konkreten motiv posameznega posega v osebnostne pravice ljudi. Tako radikalno medicini prijazno posebno obravnavanje medicine, kakršnega je gojila jugoslovanska in v njenih nedrjih tudi slovenska doktrina materialnega kazenskega prava, je po tihem postalo posebna svetovna redkost. Zdi se, da predvsem zato, ker ni več skladno z modernimi svetovnimi standardi dostojanstva človeka, še bolj pa varovanja njegove samoodločbe, avtonomije in svobodnega razvoja osebnosti, kar vse se je v sodobnem medicinskem pravu – kot smo videli zgoraj – uveljavilo kot zelo viden teoretični cilj.

V Evropi bistveno bolj uveljavljen pristop k presoji protipravnosti v medicini izhaja iz veljavne privolitve pacienta kot bolj ali manj nujnem pogoju za izključeno protipravnost ravnanj znotraj opravljanja zdravniške službe, v prvi vrsti telesnih poškodb, ki pri tem (zaradi objektivne narave izpolnjenosti biti inkriminacije kot prvega elementa splošnega pojma kaznivega dejanja) naravno množično nastajajo. V novejšem francoskem kazenskem pravu npr. medicina sicer še naprej uživa določen poseben status, vendar je pacientova privolitev eden od štirih pogojev, ki morajo biti kumulativno izpolnjeni za izključitev protipravnosti zdravniškega posega (poleg privolitve še ustrezna medicinska kvalifikacija storilca, namen zdravljenja in tehnična pravilnost medicinskega posega).¹⁸ Pri tem francoska teorija ni zelo nedvoumna glede obstoja telesnih poškodb kot logičnih posledic zdravniške dejavnosti in še zlasti ne glede vpetosti bolnikove volje v splošni pojem kaznivega dejanja. Nasprotno pa je po veljavni nemški sodni praksi in vidnem delu tamkajšnje teorije pacientova privolitev brez dvoma ključni, osrednji razlog za izključevanje protipravnosti medicinskih posegov. Če ni bilo veljavne pacientove privolitve v zdravniški poseg noben, še tako plemenit namen zdravljenja, še tako velik objektivni uspeh zdravniškega posega in še tako velika verjetnost, da bi pacient, ki neupravičeno ni bil vprašan po privolitvi, tako privolitev sicer dal (tu je treba ločiti problematiko novega, v praksi še ne povsem uveljavljenega in v teoriji spornega instituta t. i. hipotetične privolitve, ki ima v Nemčiji vsaj v teoriji potencialni vpliv le na t. i. pripisljivost telesne poškodbe zdravniku, v nobenem primeru pa nima vpliva na kazensko protipravnost medicinskega posega), ne morejo sami po sebi odvzeti protipravnosti zdravniškemu posegu (konkretno potencialno znotraj splošnih inkriminacij telesnih poškodb). Upoštevanje pacientove volje je tukaj zraslo v načeloma osrednji ključ do nekaznivosti zdravnika.

Nekatere države (na primer Avstrija v § 110 in Hrvaška v členu 241 njihovih kazenskih zakonikov) so spre-

¹⁶ Nadrobneje glej Korošec v delu, citiranem v opombi 14, Splošni del, str. 39–166.

¹⁷ V nadaljevanju o mestu privolitve pacienta v splošnem pojmu kaznivega dejanja povzeto po Korošec, Biomedicinska strokovna napaka, str. 549–72.

¹⁸ Pregled francoske teorije povzet po Korošec v delu, citiranem v opombi 14, str. 50–51. Nadrobneje glej tam citirano francosko literaturo.

jele posebno inkriminacijo samovoljnega zdravljenja, kamor uvrščajo vse zdravniške posege, ki so opravljeni brez veljavne privolitve, nadomestne ali domnevane privolitve bolnika. S sprejemom takih inkriminacij so zakonodajalci teh držav upali, da je vprašanje kaznivosti zdravnika oziroma drugih zdravstvenih delavcev za telesno poškodbo pacienta zaradi medicinskega posega brez njegove veljavne privolitve končno rešeno. Posebej (skrajno razvita) nemška kazensko-pravna teorija, ki zelo nadrobno analizira razmerja med inkriminacijami telesnih poškodb in morebitnimi novimi inkriminacijami samovoljnega zdravljenja (v nemškem kazenskem pravu jih sicer zamašimo) pa opozarja, da pri samovoljnem zdravljenju kot posebni inkriminaciji po naravi stvari ne gre za posebno (specialno) inkriminacijo telesnih poškodb, ampak zgolj za kaznivo dejanje zoper samoodločbo. Zaradi tega ostaja še vedno odprto, kaj in v kakšni meri (naj) izključuje protipravnost telesnih poškodb. Poenostavljeno je mogoče povzeti, da posebna inkriminacija samovoljnega zdravljenja ne more in ne more izpodriniti trenutno v Nemčiji večinsko uveljavljenega koncepta načelnega varovanja samoodločbe in avtonomije uporabnika zdravstvenih storitev prek konstrukcije telesnih poškodb ob neveljavni privolitvi ali vsaj nadomestni oziroma domnevani privolitvi.¹⁹

In kaj vse to pomeni za slovenskega zdravnika? Zaradi sistematičnega zanemarjanja t. i. privolitvene doktrine v tradicionalnem slovenskem kaznovalnem pravu, v slovenskem kazenskem pravu ni vključitve malomarnega ignoriranja privolitve oziroma zavrnitve bolnika s strani zdravnika v pojem medicinska napaka in z njim v okviru inkriminacije malomarnega zdravljenja, niti ne poznamo posebne inkriminacije samovoljnega zdravljenja (zdravljenja, ki se ne bi oziralo na bolnikovo voljo). V trenutnem slovenskem kazenskem pravu tako niti posebna inkriminacija malomarnega zdravljenja (»Malomarno zdravljenje« iz 190. člena KZ) kot že na prvi pogled osrednji steber posebne dela medicinskega kazenskega prava niti katera koli druga inkriminacija in njena tradicionalna razlaga (tu gre zlasti za inkriminacijo telesnih poškodb) ne morejo resno, sistemsko ustrezno zaščititi pacientove avtonomije. Zato – in ne glede na predpisano kazen za prekršek (tudi) v predlogu Zakona o pacientovih pravicah zaradi različnih kršitev avtonomije pacienta – avtonomije in samoodločbe bolnika v Sloveniji sploh ne moremo šteti za kazensko-pravni dobrini, njihovega še tako grobega zanikanja in prezrtja pa ne za kazensko-pravno relevantno biomedicinsko strokovno napako. V tem smislu je zdravnikova pravica zdraviti v Sloveniji primerjalnopravno preveč absolutna, preširoka.

Če je že (po Evropi) zdraviti brez ustrezne pacientove privolitve prepovedano vse tja do zdravnikove kaznivosti za kaznivo dejanje (telesne poškodbe), kako pa je z opustitvijo zdravljenja? Ali zdravnik z vidika osebnostnega prava res nič ne tvega, če spoštuje npr. samomorilčevo vnaprej izraženo voljo, da ne želi

pomoči? Kaj pa, če se v takem primeru zdravnik loti z medicinskim posegom reševati življenje kljub nedvoumnem, formalno nespornem (vnaprejšnjem) pacientovem zavračanju medicinske pomoči (pri tem ne mislim na vnaprejšnje opredelitve pacienta, da ne želi zdravljenja, ki naj bi podaljšalo življenje v položaju, ko je skorajšnja smrt neizogibna, ali pa da ne želi zdravljenja, ki naj bi podaljšalo življenje v položaju, ko bo bolezen ali poškodba povzročila tako hudo invalidnost, da bo oseba dokončno izgubila telesno ali duševno sposobnost, da bi skrbela sama zase, kot to v Sloveniji npr. kot upoštevne opredelitve primerjalnopravno zelo avantgardno ureja novi predlog Zakona o pacientovih pravicah v določbi 31. člena, ampak mislim predvsem na oživljanje samomorilcev). V sodobnem medicinskem pravu v glavnem velja kot nesporno, da je tako teoretično kot tudi praktično človekova volja umreti lahko svobodna, samomorilski podvig zavestno, preiščljeno dejanje, »odraz avtonomije posameznika«²⁰ in ne kar avtomatično odraz duševne patologije. Enako danes vsaj v pravni teoriji v glavnem velja za nesporno, da zdravnik ne sme biti pravno zavezan podaljševati tuje življenje zoper svobodno voljo prizadetega. Teoretiki²¹ eksplicitno ali implicitno kritizirajo veljavno stališče nemškega pravosodja, po katerem je neprepričitev tujega samomora načeloma protipravna (Vrhovno sodišče ZRN od sodbe *BGHSt 6, 147* meni, da je samomorilcu potrebno pomagati »najkasneje takrat, ko izgubi zavest«). Tudi osebno moram priznati, da se mi zgornje stališče večinske nemške kazensko-pravne teorije v zvezi z razpravljanjem o življenju ne zdi nujno cinizem, vendar ob hkratnem opozorilu, da po znanih podatkih v Sloveniji še ni tako jasno oblikovanega in argumentiranega stališča pravosodja v tovrstnih zadevah, in da zato zdravniku ni mogoče dati enoznačnega pravnega nasveta. V pomoč pri odločanju naj ponudim zgolj naslednje ugotovitve.

Posebej je treba opozoriti, da sta si npr. nemška kazensko-pravna teorija in sodna praksa izrazito enotni v stališču, da prisilna prepričitev tujega samomora načeloma ni protipravna. »Konstrukt prisiljenja [in z njim kaznivost za kaznivo dejanje] pri prepričitvi samomora drugega bi bil neskladen s trenutnim razumevanjem prava« zapiše reprezentativno *R. Schmitt*.²² Povzeti je mogoče, da po sodobnem razumevanju medicinskega prava v Evropi, pa četudi po razpoložljivih podatkih praktično nikjer zakonsko izrecno urejeno, ne ravna zavržno in s tem protipravno, kdor prisilno reši tuje življenje (drugega prisilno odvrne od samomora). To velja za vse ljudi, ne zgolj za zdravnike. Argumenti so v glavnem v (kriminalitetno-politični) dolžnosti države, da poskuse reševati življenje drugega jasno odobrava. Za zdravnika to pomeni, da pravno vselej sme reševati življenje samomorilca, celo čeprav ima ta pri sebi še tako vero-

²⁰ Koch, *Rechtfertigung*, str. 257. Avtor sicer opozarja, da po nemškem pravu prisilna prepričitev tujega samomora načeloma ne more obveljati za protipravno (*ibidem*).

²¹ Delo, citirano v prejšnji opombi, str. 257. Stališče velja za reprezentativno za veliko večino sodobne nemške kazensko-pravne teorije.

²² Schmitt, *Der Arzt*, str. 869.

¹⁹ Povzeto po Korošec v delu, citiranem v opombi 14, str. 163–66.

dostojne pisne izjave, da reševanja ne želi. Vendar to velja zgolj za poskuse samomora in kvečjemu še za kakšne tem zelo podobne drastične neposredne ogrožitve življenja. Enaka logika zdravnika ne razbremeni odgovornosti (za telesno poškodbo, prisiljenje, samovoljno zdravljenje ipd.) v vseh drugih primerih vsiljene medicinske pomoči.

Nasploh je mogoče trditi, da tako v Sloveniji kot v državah okoli nas velja pravica zdravnika, da ne sodeluje aktivno v samodestruktivnem vedenju pacienta, od blagih »preurejanj telesne zunanosti« pa vse tja do evtanazijske usmrtitve. Ker nas tukaj zanimajo pravice zdravnika, ne bomo poudarjali absolutne prepovedi evtanazije (kaznivosti za umor v takem primeru), pač pa lahko postavimo trditev, da obstaja splošno priznana »pravica zdravnika ne sodelovati aktivno pri usmrtitvi človeka«, pa tudi pri vseh drugih posegih v telo drugega, za katerega ni jasne medicinske indikacije (ni mogoča konstrukcija ohranjanja ali vzpostavljanja zdravja kljub širokemu konceptu pojma zdravje v sodobni medicini) in hkrati tudi ne kakšnega drugega izrazitega, na ustavi utemeljenega interesa pacienta za tak poseg (svobodno odločanje o rojstvu otrok, svoboden razvoj osebnosti vključno s pravico razpolagati s svojo zunanjo podobo). Po mnenju evropske pravne stroke je tako dopustna zavrnitev različnih posegov lepote narave, med drugim tudi npr. religiozno motiviranega obrezovanja dečka.²³ Takšne zavrnitve niso upravičene (skladne s pravom) preko instituta ugovora vesti, pač pa neposredno iz narave zdravniške službe, kot izhaja iz prava (pri nas zlasti iz ZZdrS) in različnih osebnostnih oziroma človekovih pravic zdravnika kot človeka.

Še nekaj drugih osebnostnih pravic zdravnika

Seveda ima zdravnik v Sloveniji, podobno kot v praktično vseh državah Evrope, tudi številne druge osebnostne pravice. Jasno je, da zgolj zaradi statusa zdravnika ali med opravljanjem zdravniške službe ne sme biti okrnjena njegova pravica do življenja, telesne celovitosti in zdravja. Tudi zdravnik sme zavrniti zdravniško pomoč v okoliščinah, ko lahko zgolj s pasivnostjo zavaruje svoje življenje. Pravo ne zahteva, da se zdravnik odpove svojemu zdravju, da rešuje zdravje drugih. Ima tudi načelno pravico do silobrana, kot jo splošno določa kazensko pravo, tudi pri obrambi pred pacientom. Ima pravico do zasebnosti, časti in dobrega imena. Ima pravico (tukaj nas pač zanima zgolj ta plat), da zadrži zase, in sicer zavaruje osebne podatke pacienta pred vsemi, razen pred pacientom samim in tistimi, ki jih za to pooblasti pacient ali imajo določene pravice po zakonu tudi brez pacientovega pooblastila (npr. starši). Izjeme so, poenostavljeno povedano, še situacije skrajne sile (izdaja pomembnih podatkov za reševanje pomembnih dobrin) in t. i. terapevtski privilegij zdravnika (t. i. obzirni molk glede zdravstvenega stanja), ki pa ju oba v Evropi v pravni teoriji in praksi razlagajo skrajno restriktivno. Temeljno vodi-

lo zdravniku tukaj je brez dvoma: v prav vseh primerih izdaje osebnih podatkov je treba skrbno in previdno tehtati upravičenost v konkretni zadevi. Pravočasni posvet s pravnikom ne more škoditi. Tudi pri strokovnih posvetih z drugimi zdravniki je treba osebne podatke pacienta varovati, kolikor je le mogoče. In še tole: tudi glede pacientovih osebnih podatkov, ki jih je ta ali kdo drug že objavil, za zdravnika še naprej velja splošna dolžnost varovanja.

To, da zdravnik za svoje delo nujno potrebuje določene informacije o pacientu in pogosto od pacienta, še ne pomeni, da sme kar tako zavrniti zdravniško pomoč, če mu pacient takšnih informacij noče razkriti. Tudi najbolj nesodelujoči pacienti in lažnivci so upravičeni do zdravniške pomoči. Zdravnik v primeru, ko mu pacient laže o svojem zdravstvenem stanju in zdravljenju zgolj ne sme biti pravno odgovoren za potek zdravljenja (kot to v slovenskem pravu zelo logično opredeljuje določba 48. člena ZZdrS), nima pa načelne pravice zdravljenja kar zavrniti oziroma opustiti. To neposredno izhaja iz bogato razvite doktrine avtonomije pacienta v sodobnem medicinskem pravu in ne nazadnje tudi iz zakonov.

Po mojem trdnem prepričanju je prav z vidika sodobne doktrine avtonomije pacienta nevzdržno paternalistično, če pacient ne more uporabiti kartice zdravstvenega zavarovanja, ne da bi zdravnik iz nje videl podatkov o zdravilih, ki so mu bila predpisana v določenem obdobju (pa četudi zgolj tistih na stroške zdravstvenega zavarovanja in tudi, če kakšnih od teh, kot npr. zdravil za zdravljenje okužb s HIV, ni med njimi). Tu je ena brez dvoma osrednjih dobrin sodobnega medicinskega prava – avtonomija pacienta žrtvovana drugim ciljem, katerih večvrednost še ni bila zadovoljivo utemeljena. Upravičevanje takšnega žrtvovanja prav s koristjo pacienta, kakršno smo v zadnjih mesecih srečevali v Sloveniji, je z vidika osebnostnih pravic manipulativno in paternalistični regres *par excellence!* Pravno nedvoumno priznana možnost, da pacient s posebno izjavo tudi zdravniku prepereči vpogled v podatke o zdravilih na kartici zdravstvenega zavarovanja, je zato cilj, ki se z vidika pravne doktrine avtonomije pacienta ponuja kar sam in zoper katerega po mojem mnenju družba, ki svobodo posameznika iskreno ceni, tudi ne more imeti resnih etičnih ugovorov.

Sklepno

V Sloveniji so zdravnikom priznane skoraj vse osebnostne pravice, kot jih poznajo tudi v primerjanih drugih državah po Evropi. Zaradi tradicionalno šibke razvitosti doktrine avtonomije pacienta v SFRJ in Sloveniji zdravnikova pravica zdraviti nima ustreznih meja v kazenskem pravu (ni jasne kazenskopravne protipravnosti samovoljnega zdravljenja, ne znotraj inkriminacije telesnih poškodb, ne sicer). Tu gre primerjalnopravno za ostanek minulih časov, ki se mu kaže čim prej odpovedati. Glede nekaterih vprašanj, kakršna so upravičenost ali opravičenost opustitve zdravniške pomoči samomorilcu, ki vnaprej zavrača pomoč v primeru spodletelega poskusa samomora, se slovenska pravna teorija, še bolj izrazito pa sodna

²³ Glej npr. Korošec, Obrezovanje.

praksa iz različnih vzrokov še nista jasno opredelili. To ni stanje, ki bi koristilo pravni varnosti zdravnikov v Sloveniji. V glavnem pa so osebne pravice zdravnikov v Sloveniji sorazmerno spodobno razvite.

Viri

1. Pavčnik A ur. Pravo, leksikon Cankarjeve založbe. Ljubljana: Cankarjeva založba; 2003.
2. Finžgar A. Osebnostne pravice. Ljubljana: Slovenska akademija znanosti in umetnosti, 1985.
3. Novak B. Odškodnina za duševne bolečine zaradi kršitve pravic osebnosti. Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani, letnik LVIII. Ljubljana: Pravna fakulteta; 1998. p. 227–35.
4. Novak B. Osebnostnopravni vidik razmerja zdravnik-duševni bolnik pri motnjah hranjenja. V: Tomori M ur. Pravni in forenzični vidik motenj v nadzoru impulzov (Lokarjevi dnevi 2002). Ljubljana: Združenje sodnih izvedencev za psihiatrijo; 2002. p. 13–26.
5. Pavčnik M et al. Pravo in medicina. Ljubljana: Cankarjeva založba; 1997.
6. Novak B. O naravi osebnostnih pravic. Podjetje in delo 2000; 6-7; 991–9.
7. Novak B. Posmrtno varstvo osebnosti. Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani. Ljubljana: Pravna fakulteta; 2000. p. 107–28.
8. Korošec D. Medicinsko kazensko pravo. Ljubljana: Cankarjeva založba; 2004.
9. Novak B. Zdravstveni predpisi – Uvodna pojasnila. Ljubljana: Gospodarski vestnik založba; 2006.
10. Korošec D. Biomedicinska strokovna napaka in kazensko pravo. Javna uprava 2006; 2-3: 549–72.
11. Koch HG. Rechtfertigung und Entschuldigung bei medizinischer Tätigkeit. In: Rechtfertigung und Entschuldigung – Rechtsvergleichende Perspektiven, Vol. IV. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht; 1995. p. 213–68.
12. Schmitt R. Der Arzt und sein lebensmüder Patient. Juristenzeitung 1984; 19. p. 866–9.
13. Korošec D. Obrezovanje – nepravna banalnost kirurškega posega. Pravniki 1995 (9-10): 557–67.