

INŠTITUT ZA KRIMINOLOGIJO PRI PRAVNI FAKULTETI
V LJUBLJANI

KAZENSKA ODGOVORNOST ZDRAVNIKOV IN DRUGIH ZDRAVSTVENIH
DELAVCEV V SODOBNIH KAZENSKOPRAVNIH SISTEMIH

(Primerjalnopravna študija)

Ljubljana 1966

Financirali:

Sklad Borisa Kidriča v Ljubljani

Pravna fakulteta v Ljubljani

Univerza v Ljubljani

000002779

Inv. št. 1181

INSTITUT ZA EKSPERIMENTALNO PSIHOLOGIJO
V LJUBLJANI

PSIHOLOGIJA V ZVEZOVANEM IZOBRAŽEVANJU
SPOSILNOSTI V ZVEZOVANEM IZOBRAŽEVANJU
(Priloga k reviji Psihologija)

Avtorji: Prof. dr. Peter Kobe, Slavko Rupel, dr. Alenka Šelih

Svetovalec: Dr. Janez Milčinski

Redakcija: Prof. dr. Peter Kobe - dr. Alenka Šelih

Objavljeno leta 1982

Priloga k reviji
Psihologija
Instituta za eksperimentalno psihologijo
v Ljubljani

1982

II.

V S E B I N A

	Stran
I. PREDGOVOR.	IV
II. EVROPSKI KONTINENTALNI SISTEM.	IX
A. ROMANSKA SKUPINA	
Francija (dr. Alenka Šelih)	1
Belgija - " -	25
Italija (Slavko Rupel).	45
B. GERMANSKA - SREDNJE EVROPSKA SKUPINA	
Avstrija (dr. Alenka Šelih)	95
Nemčija (prof. dr. Peter Kobe)	114
Švica (dr. Alenka Šelih)	188
C. COMMON LAW SISTEM	
Anglija in	
Združene države S. Amerike	
(dr. Alenka Šelih)	207

III.

Stran

Č. SISTEM SOCIALISTIČNIH DRŽAV EVROPE

Sovjetska Zveza - RSFR (dr. Alenka Šelih)	237
Poljska (dr. Alenka Šelih)	252
Češkoslovaška (dr. Alenka Šelih)	279
Madžarska (prof. dr. Peter Kobe)	294
Uporabljena literatura	319

IV.

P R E D G O V O R

Študija "Kazenska odgovornost zdravnikov in drugih zdravstvenih delavcev v sodobnih pravnih sistemih" je bila najprej zasnovana kot študija o kazenski odgovornosti zdravstvenih delavcev za strokovne napake. Že prva pripravljalna dela v najprej načrtovanem okviru pa so pokazala, da je za sodobne veljavne pravne sisteme od starejših pa tudi do novejših to vprašanje samo eno izmed številnih vprašanj o kazenskopravnem vrednotenju zdravniškega poklicnega dela, med katerimi pa je zelo ozka notranja zveza, ki bi bila z umetno izdvojitvijo samo enega izmed njih porušena; takšen ožji prikaz bi nujno ostal enostranski in nepopolen. Proučevanje je bilo tako razširjeno in obsega naslednje skupine vprašanj:

I. Kazenskopravni značaj in učinek zdravniških posegov

1. Zdravniški poseg kot redna oblika zdravniškega poklicnega dela (kdaj je lahko kazenskopravno relevantno in kako):
2. Posebni zdravniški posegi
 - a) kozmetične operacije
 - b) umetna oploditev
 - c) sterilizacija in kastracija
 - č) umetni splav
 - d) transplantacije

V.

- II. Kazenska odgovornost zdravnika in pomožnih zdravstvenih delavcev za strokovne napake
 - 1. Predmet kazenskopravnega varstva
 - 2. Nevestno zdravljenje kot strokovna napaka v pravnem pomenu (pojem, objektivni in subjektivni znaki dejanskega stanja kaznivega dejanja, odgovornost za ravnanje drugega, kvalificirani primeri)
 - 3. Odklonitev pomoči
- III. Kazenskopravni učinek privolitve pacienta ali druge upravičene osebe
 - 1. Načelno stališče o privolitvi
 - 2. Dolžnost obveščanja, kazenskopravni učinek kršitve te dolžnosti
 - 3. Samovoljno zdravljenje
- IV. Problem evtanazije
 - V. Medicinski poskus na človeku s stališča kazenskega prava
 - VI. Razmerje med kazenskopravno in odškodninsko odgovornostjo
- VII. Predlogi de lege ferenda

Tu prikazana shema kaže, da je proučevanje omejeno vendar le na tista vprašanja zdravnikove dejavnosti, za katero je značilen poseben odnos zdravnika in pacienta v procesu zdravstvene profilakse, diagnostike in terapije ali pa, kjer gre za osnovno zdravnikovo dejavnost, ki jo ravno označuje izraz "zdravniški poseg". Iz tega konteksta sicer izstopajo vprašanja umetnega splava, umetne oploditve, evtanazije in medicinskih poskusov. Ta vpraša-

VI.

nja so vendar vključena v študijo, ker gre deloma za izredno pomembna vprašanja s področja populacijske politike, deloma pa za vprašanja, ki niso nova, so pa med obema vojnama in zlasti med drugo svetovno vojno in po njej prerasla ožji kazenskopravni okvir, pa tudi okvir tradicionalne zdravniške deontologije. Zlorabe, ki so neposredno vezane na fašistično ideologijo in prakso totalitarnih režimov, niso pa njihova posebnost, so vrgle temne sence na medicinsko prakso, vzburkale so pa tudi vest človeštva. Njihove obsodbe v procesih proti vojnim hudodelcem so prispevale k izoblikovanju konkretnjših in bolj jasnih standardov za zdravniško delo. Te in še druge okoliščine opravičujejo uvrstitev teh vprašanj v študijo preko tradicionalnih okvirov.

Metodološko je tudi ta študija, kot obe prejšnji takšni študiji na področju primerjalnega kazenskega prava, izvedena tako, da se daje za vsak obravnavani sistem po določenem redu kolikor mogoče zaokrožena slika sistema. Spredaj prikazana shema pa je rabila le za delovno shemo ne pa za šablono. Ker so pri študiji sodelovali trije delavci in ker za vse sisteme ni bila na voljo literatura in drugo gradivo, kot bi želeli, so med posameznimi prikazi tudi razlike tako glede vrstnega reda kot tudi glede obsega; nekatera vprašanja so tako nekje bolj poudarjena, drugje pa sploh niso obravnavana.

VII.

Tudi za regionalno razvrstitev po posameznih državah smo se držali že ustaljenega reda in načina. Prikaz po posameznih državah izhaja iz delitve na tri temeljne skupine (evropski kontinentalni sistem, Common law sistem in sistem socialističnih držav) s potrebnimi notranjimi združevanji v podskupine. Edino za pravo NDR je izjema in je prikaz tega prava (tudi zaradi skromnih virov), ki vendar temelji še na enotnem kazenskem zakoniku bivšega nemškega Reicha, priključen kar prikazu prava zvezne republike Nemčije.

Posebnost te študije je za razloček k prejšnjim študijam te vrste v tem, da sam predmet proučevanja terja naslonitev na splošna teoretična vprašanja kazenskega prava kot je n.pr.: pojem kaznivega dejanja, razmejitve med posameznimi elementi tega pojma, neprava opustitvena dejanja, malomarnost kot krivdna oblika, privolitev oškodovanca, vzročna zveza i. pod. Vsa ta vprašanja pa ni bilo mogoče obravnavati in extenso, gradivo, ki je v študiji o njih zbrano, predvsem pa bibliografski podatki in druga dokumentacija pa bodo lahko v korist prihodnjim študijam teoretične narave.

Glede na predmet študije je pa končno še nadaljna posebnost študije, da posega na področje zdravniške deontologije in tudi zadeva posebno strokovno področje. Tu je bila sodelavcem pri študiji posebno dragocena

VIII.

in nujna pomoč svetovalca prof. dr. Janeza Milčinskega, ki je pregledal rokopise in preprečil nekatere nepotrebne spodrsaljaje. Za to in za vso drugo pomoč mu izrekamo iskreno zahvalo. Kolikor so v študiji še pomanjkljivosti in s sodno medicinskega stališča neustrezni zaključki ali ocene, je odgovornost zanje seveda pri redaktorjih. Zahvaliti se moramo tudi Skladu Borisa Kidriča in Pravni fakulteti, ki sta študijo financirala in jo s tem tudi omogočila.

Ljubljana, decembra 1966.

Dr. Peter Kobe

Dr. Alenka Šelih

IX.

II. EVROPSKI KONTINENTALNI SISTEM

A. ROMANSKA SKUPINA

FRANCIJA	dr. A. Šelih
BELGIJA	- " -
ITALIJA	Slavko Rupel

FRANCIJA

I. Kazenskopravni značaj in učinek zdravniških posegov

1. Zdravniški poseg kot redna oblika zdravnikovega poklicnega dela

Pojem zdravniškega posega je mnogo širši kot samo kirurški poseg, pa vendar sta mu francoska civilnopravna in kazenskopravna praksa in teorija določili vsebino zlasti ob upoštevanju te vrste posegov, ki so najbrž kot zdravniški posegi najbolj tipični.

Francoska sodišča niso zdravniških posegov v pravem pomenu nikoli štela za kazniva dejanja telesne poškodbe. Postavila pa so načela za to, kdaj je določeno dejanje zdravnika mogoče šteti za zdravniški poseg. Vsebina zdravniškega posega je varovanje bolnikovega zdravja - in samo posegi, s katerimi zdravnik (ali sicer kvalificirana oseba) varuje oziroma skuša varovati človeško zdravje s privolitvijo pacienta, je mogoče šteti za zdravniški poseg.¹ To varstvo in skrb za človeško zdravje lahko seveda pogosto zahtevata določene tvegane ukrepe. Pri tem pa mora zdravnik vendarle presojudati, ali je

¹ Savatier - Auby - Péquinot, *Traité de Droit Medical*, Paris, 1956, str. 248.

Po mnenju J. Milčinskega je definicija očitno preozka, ker ne zajema obveznega zdravljenja, ki se izvrši proti volji pacienta - včasih tudi na zdravi osebi (cep-ljenje, fluorografiranje).

takšen ukrep v sorazmerju z izboljšanjem, ki ga naj prinese.

Nekaznivost zdravniških posegov so skušali izvajati iz dolžnosti pomagati sočloveku v nevarnosti, ki je v francoskem kazenskem zakoniku posebej sankcionirana; menili so, da je zdravnikovo ravnanje šteti za ravnanje v skrajni sili; in končno so šteli, da je zdravnik ekskulpiran zaradi oškodovančeve (bolnikove) privolitve v skladu z načelom volenti non fit iniuria. Vendar so bila to le teoretična razmišljanja, ki jim praksa ni sledila. Danes pa je tudi v teoriji prevladalo mnenje, da je zdravnikov poseg nekazniv po eni strani zato, ker je dovoljen², dovoljen pa je ravno zaradi svoje posebne vsebine in namena, ki smo ju omenili.

Zdravniški poseg postane praviloma pravno relevanten tedaj, če ne doseže svojega namena in je to mogoče pripisati krivdi zdravnika ali točneje zdravstvenega delavca. Razlog za kaznovanje je tedaj slabo izvrševanje določene družbene funkcije, ki je malomarno glede

² Ulysse, X. L'Action thérapeutique devant la loi pénale, Aix - en - Proviñce, 1960, str. 58

na nastale posledice, ne pa v samem bistvu³.

Pri tem lahko nastopi civilnoppravna ali kazenskoppravna odgovornost zdravnika - oškodovanci se pri izbiri poti mnogo pogosteje poslužujejo prve možnosti.

2. Posebni primeri zdravniških posegov

Razvoj posameznih medicinskih ved in uvedba nekaterih novih tretmanov sta v zadnjem času zastavila nekaj novih problemov tudi na pravnem - civilnoppravnem in kazenskoppravnem - področju.⁴ Gre za take vrste posegov, ki po svoji naravi in vsebini niso zdravniški posegi v tradicionalnem pomenu besede, pa jih danes štejejo mednje. Gre za take posege kot so: kozmetične operacije, umetna oploditev, sterilizacija oziroma kastracija, umetni splav in transplantacije.

Temeljni pogoji ki mora biti izpolnjen za to, da je zdravniški poseg dopusten, je varovanje bolnikovega zdravja - ta pa pri teh novih oblikah posegov ponekod, vsaj po mnenju nekaterih francoskih teoretikov, ni iz-

³ Prim. J. L. Costa, Les infractions involontaires du point de vue de la responsabilité pénale en France, VII. Francosko jugoslovanski pravniki dnevi, 1963, referat, str. 14

⁴ Kornprobst L. Responsabilité du Médecin devant la loi et la Jurisprudence Françaises, Paris, 1957, str. 495 i.n.

polnjen v celoti ali pa sploh ne. Zato se seveda zastavlja vprašanje, ali so taki posegi dopustni, oziroma v kakšnem obsegu; pod kakšnimi pogoji jih je mogoče izvajati in kakšne pravne posledice lahko nastanejo zaradi njih. Medtem ko je pri ostalih zdravniških posegih v nekaterih primerih dovoljeno ravnati brez bolnikove privolitve, je ta privolitev pri teh primerih nujno potrebna. Vendar ne more biti bolnikova privolitev edino vodilo za zdravnika, ki vrši svoj poklic, ki ga danes ne vrednotimo več kot samo svoboden poklic, temveč predvsem kot posebno socialno službo. Varovanje človeškega zdravja in telesne integritete mora pomeniti zdravniku temeljno vodilo, ki ga mora upoštevati. To merilo zahteva tedaj, da ne izvršuje takih kozmetičnih operativnih posegov, ki bi bili zelo tvegani. Sterilizacija oziroma kastracija lahko izvrši le, če obstoje za to pomembni zdravstveni razlogi, ki narekujejo tak ukrep.⁵

Francoski teoretiki odklanjajo tudi umetno oploditev - v kolikor gre za oploditev s spermo moškega, ki ni zakonski mož žene. Dasi po njihovem mnenju zdravnik v tem primeru ne more kazenskopravno odgovarjati, pa obstoja prav gotovo civilnopravna odgovornost, ker gre v bistvu za dejanje, s katerim se ustanavlja nezakonsko očetovstvo.⁶

⁵ Savatier - Auby, n.d. str. 249, prim. tudi Kornprobst, n.d. str. 607 i.n.

⁶ Glej поблиže D. Giesen, Die künstliche Insemination als ethisches und rechtliches Problem, Bielefeld, 1962, str.99-106

Umetni splav je kot poseben ukrep reguliran v zakoni-ku o javnem zdravju in je dovoljen samo, če je življe-nje noseče žene zaradi nosečnosti resno ogroženo. So-cialnih indikacij za splav torej francoska teorija in praksa ne poznata. Zdravnik, ki meni, da je potrebno izvršiti umetni splav, se mora posvetovati z dvema drugima zdravnikoma (od katerih mora biti eden izvede-nec pri civilnem sodišču) in šele po skupnem posvetu lahko pismeno odločijo o tem, da se izvrši splav. Po-trebna pa je seveda tudi privolitev noseče žene. Splav je poleg tega penaliziran še kot posebno kaznivo de-ja-nje, pri katerem je okoliščina, da ga je izvršil zdrav-nik, obteževalna (317. člen CP)⁷.

Problem zase predstavljajo končno različne transplanta-cije. Pri tem poudarjajo, da ni nobenih pomislekov, ka-dar gre za odvzem takih stvari, ki jih človeški organi-zem obnavlja (kri). Vprašanje pa je, ali je dopustna in opravičljiva vsakršna transplantacija organov, zaradi katerih bo zdravje tistega, ki je organ daroval, znat-no poslabšana⁸.

II. Kazenska odgovornost zdravnika in pomožnih zdravstve-nih delavcev za strokovno napako

1. Predmet kazenskopravnega varstva

Strokovno napako zdravstvenih delavcev zlasti zdravnikov

⁷ Code Pénal

⁸ Savatier - Auby, n.d. str. 252

so vedno vrednotili kot napako, ki ogroža življenje ljudi ali telesno integriteto. Kasneje se je pridružila odgovornosti za tako napako še odgovornost za odklonitev pomoči, ki so jo priklicali v življenje novi pogoji sožitja med ljudi in nov razvoj odnosov med njimi. Razvojna pot zdravniške odgovornosti za strokovno napako je vodila tedaj od odgovornosti za kaznivo dejanje telesne poškodbe ali uboja iz malomarnosti (izjemoma tudi naklepno) dalje in v novejšem času⁹ se ji je pridružila še nova oblika odgovornosti, odgovornost za odklonitev pomoči.

Predmet kazenskopravnega varstva je tedaj po eni strani temeljna dobrina, ki jo varuje kazensko pravo - življenje in telesna integriteta v klasični obliki, po drugi pa tudi človeško zdravje.

2. Nevestno zdravljenje kot strokovna napaka v pravem pomenu

Kazensko pravo lahko postane relevantno za zdravnika v zvezi z izvrševanjem njegovega poklica, če gre za poseg, ki vsebinsko predstavlja vitium artis in obstoja pri tem zdravnikova krivda.

⁹ Določba o odgovornosti za odklonitev pomoči je bila sprejeta v francoski kazenski zakonik leta 1945, čl. 63 CP

Pri kaznivem dejanju telesne poškodbe ali uboja iz malomarnosti je dejanje samo lahko bodisi storitev, bodisi opustitev¹⁰. Ker gre za delikte poškodovanja, je nujno, da prepovedana posledica tudi nastopi. Če zdravljenje ali kak drug zdravniški poseg ne povzroči posledice, predvidene v kazenskem zakoniku, ravnanje zdravnika ni kaznivo, čeprav je bilo morda s stališča poklicne veščine in pravil zgrešeno. Nastala posledica vpliva seveda na to, za kakšno dejanje gre. Pri tem moramo upoštevati še možnost, da gre v teh primerih za hudo telesno poškodbo, kvalificirano s smrtjo.

Poleg nastopa posledice je bistven objektivni element tega kaznivega dejanja še vzročna zveza. Smrt pacienta ali telesna poškodba morata biti v vzročni zvezi z ravnanjem zdravnika. Če bi torej posledica nastopila neodvisno od zdravnikove intervencije, zdravnik ni kazensko odgovoren¹¹.

¹⁰ Porotno sodišče v Parizu je (10. 2. 1954) obsodilo zaradi uboja iz malomarnosti zdravnika, ki je operiral poškodovanca s kompliciranimi odprtimi zlomi, pa se ni prepričal, ali je pacient pred operacijo dobil injekcijo proti tetanusu. Bolnik pa je nato umrl zaradi tetanusa. Prim. Ulysse, n.d. 41.

¹¹ Tako je n.pr. kazensko sodišče v Doñai-ju oprostilo od obtožbe zaradi kaznivega dejanja uboja iz malomarnosti zdravnika, ki je pacienta operiral in hkrati sam anesteziral (ne da bi oskrbel za to opravilo drugega zdravnika ali medicinsko sestro, kakor zahtevajo profesionalna pravila), po operaciji pa je pacienta takoj zapustil. Ni bilo namreč dokazov za to, da je bila

Če pa se ugotovi obstoj vzročne zveze, je vseeno ali je posredna ali neposredna¹². Vzročna zveza med zdravnikovim ravnanjem in posledico se lahko pokaže takoj, ali kasneje¹³.

Pri odgovornosti za strokovne napake v pravem pomenu, je posebno pomembno vprašanje krivde. Hkrati je to isto vprašanje, ki je bilo - in je še - med zdravniki najbolj osporavano.

Problem najbolje osvetli naslednji podatek: Leta 1830 je francoska medicinska akademija podala kot ekspert v primeru, ko je zdravnik med porodom prerezal novorojenčku obe roki, otrok pa je to preživel, a ostal težak invalid, načelno mnenje, da lahko zdravnik odgovarja za strokovne pogreške samo v primerih, ko "zavestno in

zdravnikova malomarnost vzrok za kasnejšo pacientovo smrt, Ulysse, n.d. str. 51

¹² Tako je bil obsojen (leta 1956) zaradi uboja iz malomarnosti zdravnik v naslednjem primeru: Medicinska sestra, ki bi morala ohladiti določene inštrumente, potrebne pri neki operaciji med porodom, jih je polila z etrom, ki se je vnel. Sestra je za hip izgubila kontrolo in je spustila iz rok steklenico z etrom, ki je padla na tla in se razbila. Prišlo je do eksplozije in požara. Ob eksploziji so se zdravnik in njegovi sodelavci umaknili in pustili nezavestno pacientko v ognju, kjer je zgorela, cit. po Ulysse, n.d. str. 51.

¹³ Pred francoskim kazenskim sodiščem je bil obsojen za uboj iz malomarnosti zdravnik, ki je pri opera-

premišljeno z zlemi in hudodelskimi nameni nepravilno uporabi poklicne metode"¹⁴.

Ni treba posebej poudariti, da je tako ekstremno stališče danes že obsoletno in da je mnogo različnih razlogov za spremembo takega gledanja. Takšno naziranje pa vendarle odraža še danes živo tendenco, naj se državna represija ne vmešava v to področje.

Danes, ko se število kaznivih dejanj iz malomarnosti močno povečuje, tudi tega področja ni mogoče izključiti iz sfere kazenskopravnega obravnavanja, čeprav je gotovo res, da ne bi bilo oportuno, obravnavati vsak primer zdravniške napake v tem okviru.

Ker je vprašanje krivde temeljnega pomena za to materijo, je potrebno, da vsaj bežno označimo pojem in oblike krivde v francoskem kazenskem pravu. Kazenski zakonik o naklepu in malomarnosti na sploh molči in samo pri posameznih kaznivih dejanjih navaja, da so lahko izvršena naklepno ali iz malomarnosti. Tako sta sodna praksa in teorija izoblikovali vsebino pojma naklepa in malomarnosti. Pri tem pa sta - kar se tiče malomarnosti - izhajala predvsem iz določb, ki se nanašajo na uboj oziroma telesno poškodbo, povzročene iz malomarnosti. Tako se razprave o malomarnosti sučejo okrog definicije 319.čl.

ciji pozabil v pacientovem trebuhu pinceto in je bila za to potrebna ponovna operacija po dveh letih, ki ji je pacient podlegel, cit.po Ulysse, n.d. str.51.

¹⁴ Prim. Ulysse, n.d. str. 20

kazenskega zakonika, ki določa, da se kaznuje tisti, ki "par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, aura commis involontairement un homicide....", medtem ko se pri telesni poškodbi nanašajo na takšno povzročitev, ki je posledica..... "du défaut d'adresse ou de précaution..."

Francoska teorija obravnava malomarnost enotno kot Code Pénal in ne loči med zavestno in nezavestno malomarnostjo. Nekateri avtorji¹⁵ jo definirajo kot položaj, ko je storilec dejanje sicer hotel, ne da bi hotel povzročiti posledico, ki bi jo bil moral in mogel preprečiti.

Glede na posebno naravo zdravnikovega dela so oblike malomarnosti, ki nastajajo pri njegovih napakah, različne. V teoriji pri tem ločijo, ali gre za napako pri diagnosticiranju ali med zdravljenjem. Dalje obravnavajo ločeno napake kirurgov in končno obravnavajo malomarnost še v odnosu do privolitve pacienta in v primerih, ko zdravnik zapusti pacienta med zdravljenjem¹⁶.

Sodišča so na splošno upoštevala kot ekskulpacijski razlog primere, ko so obstojali med zdravniki spori o tem, ali je bilo mogoče uporabiti namesto uporabljene metode kakšno bolj primerno. Enako so obravnavali tudi primere, ko je zdravniku sicer bilo mogoče očitati malomarnost,

¹⁵ Stefani - Levasseur, Droit pénal général, Paris 1957, str. 134.

¹⁶ Prim. Ulysse, n.d. str. 36 - 49, prim. Kornprobst, n.d., str. 213 i.n.

a je bil primer urgenten in zdravnik ni mogel izbirati med metodami in sredstvi.

Med napakami med zdravljenjem najdemo najčešče preveliko ali napačno doziranje zdravil. Previdnost v zvezi s predpisovanjem zdravil je zlasti potrebna sedaj, ko se število zdravil stalno veča in obstojajo večje nevarnosti pri njihovi uporabi¹⁷. Zdravnik lahko odgovarja tudi za napačno aplikacijo zdravljenja¹⁸.

Podobni so tudi primeri pri preveč intenzivnem obsevanju z rentgenskimi ali drugimi podobnimi žarki¹⁹.

Za posebno obliko malomarnosti štejejo napake kirurgov, kadar jih je mogoče obravnavati v okviru kazenskoprnega pojma malomarnosti. Takoj spočetka moramo ugotoviti, da se ti primeri zelo redko pojavljajo pred sodišči. Med njimi so najpogostejši taki, ko kirurg pozabi kakšen inštrument v pacientovem telesu.

¹⁷ Spomnimo se samo na tragične izkušnje s thalidomidom, zlasti v Zahodni Nemčiji, Belgiji in Angliji.

¹⁸ Tako je bil (1956) obsojen zaradi kaznivega dejanja uboja iz malomarnosti zdravnik, ki je pacientu (otroku) vbrizgal drugo injekcijo seruma proti tetanusu takoj po prvi, kar je v nasprotju s pravili stroke, otrok pa je kasneje zaradi tega umrl, cit. po Ulysse, n.d. str. 41.

¹⁹ Prim. Laporte, *Thérapeuthique médicale* et responsabilité pénale du médecin, *Revue de Dr. pén. et de Crim.*, mars, 1964, št. 6, str. 552 i.n.

Francoska praksa je obravnavala v okviru kaznivega dejanja uboja in telesne poškodbe tudi primere, ko je zdravnik prevzel pacienta v oskrbo, pa kasneje ni zanj pravilno skrbel, pacient pa je za to umrl, ali se mu je zdravje poslabšalo²⁰. To je razumljivo, saj je bilo kaznivo dejanje odklonitve pomoči uvedeno šele leta 1945, torej relativno pozno. Vendar je treba dokazati, da zdravnik hote ni prišel k pacientu, ko je bil klican; da bi mu gotovo rešil življenje, če bi zanj skrbel in da bi bilo mogoče poklicati drugega zdravnika, če bi se on ne zavezal, da bo pacienta zdravil.

Vprašanje zdravnikove krivde je - kot vidimo, - važno predvsem, kadar gre za odgovornost pri kaznivem dejanju uboja ali telesne poškodbe, storjenih iz malomarnosti, torej pri odgovornosti za strokovne napake v ožjem pomenu. Nasprotja med stališči zdravnikov in pravnikov so očitna zlasti tu: medtem ko trdijo prvi, da pravniki, kot nestrokovnjaki ne morejo presoјati

²⁰ Prim. Laporte, n.d. str. 565; tu se navaja primer zdravnika, ki je bil obsojen, ker je nadaljeval z dajanjem intravenozne injekcije, čeprav je pacient od začetka dejanja injekcije tožil, zaradi hudih bolečin, zdravnik pa bi moral vedeti, da lahko pride do komplikacij, ki lahko povzročijo vaskularni spazmi in kasneje gangreno, zaradi česar je potrebna amputacija - kar se je tudi zgodilo.

vprašanja o bistvu profesionalne krivde in da zato sodna praksa v teh primerih ne odraža adekvatno resničnosti, trdijo drugi, da je obratno ravno sodna praksa pokazala velik smisel za realno presojo tega problema in je le zelo redko in izjemoma prekoračila okvire, ki jih zastavlja predvsem vprašanje zaupanja ljudi v zdravnika.

V zvezi z odgovornostjo zdravnika je tudi vprašanje odgovornosti za ravnanje drugega. Francoska kazensko-pravna literatura in judikatura tega problema v tej zvezi sicer ne obravnavata - pojavlja pa se seveda pogosteje pri presoji civilnopravne, zlasti odškodninske odgovornosti.

3. Odklonitev pomoči

V nekaterih zakonodajah najdemo tudi posebno določbo, ki penalizira odklonitev pomoči, kot poseben primer nevestnega poklicnega dela. Čeprav pa se miselnost, da je zdravnik zaradi svoje poklicne usposobljenosti dolžan nuditi pomoč med prvimi, uveljavlja kot posebna deontološka norma, ne moremo trditi, da bi prodrla tudi v kazensko pravo in kršitev te norme sankcionirana kot posebno kaznivo dejanje.

Francoski zakonik odklonitve pomoči v taki obliki ne obravnava. Samo izjemoma je francoska praksa štela odklonitev pomoči za kaznivo dejanje hude telesne poškodbe,

če je nastala prepovedana posledica in so obstojali tudi vsi drugi znaki tega kaznivega dejanja.

Odklonitev pomoči pa je vendarle sankcionirana in sicer kot splošno državljanska dolžnost. V kazenski zakonik²¹ je bila uvedena z zakonom o pomoči državljanom pravosodnim organom in organom javne varnosti leta 1945 (člen 63. al. 2 kazenskega zakonika).

Za to, da je dejanje kvalificirano kot opustitev nudenja pomoči, je potrebno, da storilec hote (zavestno) ne nudi pomoči osebi, ki je v nevarnosti, pa bi to lahko storil, brez nevarnosti zase ali za koga drugega bodisi s svojim osebnim ravnanjem ali pa s tem, da bi poklical pomoč.

Iz objektivnih vidikov je potrebno tedaj, da storilec ne nudi pomoči, toda le, če je oškodovanec v nevarnosti. Oblike opustitve so zelo različne²¹.

Temeljno vprašanje, ki ga je treba rešiti - kolikor zadeva objektivne znake kaznivega dejanja - je vprašanje nevarnosti. Dolžnost nudenja pomoči obstoja namreč

²¹ Francoska sodišča so štela, da je zdravnik izvršil to kaznivo dejanje, ker ni hotel obiskati bolnika, ki je bil v smrtni nevarnosti. Obsojen je bil tudi zdravnik, ki ni nudil pomoči novorojenčku, rojenemu s sedmimi meseci in pol, ker je menil, da ni bil živ rojen, otrok pa je po 36 urah umrl, c. 4. Code Pénal v zbirki Petits Codes Dalloz, Dalloz, Pariz, 1961, str. 41.

samo v primeru, če se oseba, ki pomoč išče, nahaja v nevarnosti. Pri tem ni važno kakšne narave je ta nevarnost, in kaj je njen vzrok. Pač pa mora biti grozeča in stalna in pomoč mora biti nujno potrebna. Ne zadošča samo presumpcija v nevarnosti - kar pomeni, da se mora zdravnik sam prepričati o tem, kakšna je. To teorijo tako imenovano presumirane nevarnosti (le péril présumé) so kasneje često kritizirali²², hkrati pa je služila kot osnova naziranju, da mora biti nevarnost taka, da je potrebna takojšna akcija. Namen zakona je bil namreč predvsem sankcionirati egoistično ravnanje tistega, ki ve, da se nekdo nahaja v nevarnosti, pa mu vendarle ne pomaga.

Francoska, pa tudi belgijska teorija in praksa pa v okviru kaznivega dejanja opustitve pomoči, ki ga štejeta za čisto opustitveno dejanje, zavračata storitev dejanja z opustitvijo (comission par omission)²³.

Odklonitev pomoči je delikt ogrožanja, zato ni potrebno, da bi posledica (n.pr. poškodba ali smrt) nastopila. Tudi krivdno vprašanje pri tem kaznivem dejanju je enostavnejše kot pri kaznivem dejanju telesne poškodbe.- To dejanje mora biti izvršeno naklepno.

Sankcija, ki jo zakonik predpisuje za to kaznivo dejanje,

²³ Prim. Levasseur, L'omission de porter secours, Rev. intern. de Dr. Pen., 1955/3 - 4, str. 412.

²² Prim. Ulysse, n. d. str. 66 i. n.

je kazen zapora od 3 mesecev do 5 let in denarna kazen od 360 do 15.000 NF, ki ju lahko sodišče izreče alternativno.

Odklonitve prve pomoči francosko kazensko pravo posebej ne obravnava. Odklonitev pomoči nasploh je namreč zasnovana tako široko, da ni bilo potrebno urejati še tako specializirano kaznivo dejanje.

III. Kazenskopravni učinek privolitve pacienta ali druge upravičene osebe

1. Načelno stališče

Francoska teorija in praksa zdravniškega posega kot takega nikoli nista šteli za kaznivo dejanje telesne poškodbe. Zato tudi privolitev pacienta ni imela tako velikega pomena kot n.pr. v nemški kazenskopravni teoriji in praksi. Privolitvi pacienta posvečajo mnogo večjo pozornost v okviru civilnega prava²⁴. Auby, Savatier in Péquignot sicer zatrjujejo, da ugotavljajo in ocenjujejo sodišča civilnopravno in kazenskopravno krivdo enako. Ker pa pojmujejo razmerje med zdravnikom in pacientom v civilnem pravu kot pogodbeno razmerje, pripisujejo pacientovi privolitvi v civilnem pravu mnogo večji pomen. Ne moremo reči, da obstoja enotno stališče o tem vpraša-

²⁴ Prim. Savatier - Auby - Péquignot, n.d. str. 223 in tam navedeno, prim. tudi Ulysse, n.d. str. 44 i.n.

nju tako v teoriji kot v praksi. In prav gotovo tudi ni mogoče postaviti vedno in povsod veljavnega načela. Stališče zdravnikov samih in pravnikov se med seboj močno razlikujejo in najdemo lahko take zahteve, da mora biti privolitev "éclairée et libre" kot zahteve, da zadošča tudi privolitev, ki ni dana v tako širokem obsegu.

Z vprašanjem privolitve pa je seveda neposredno povezano vprašanje, v kakšnem obsegu je zdravnik dolžan obvestiti bolnika o njegovi bolezni in o možnih posledicah.

2. Dolžnost obveščanja

Tudi to vprašanje v francoski teoriji in praksi ni enotno obravnavano. Sodna praksa pozna sicer nekaj primrov, ko so sodišča zahtevala, da mora biti pacientova privolitev dana, potem, ko mu je zdravnik pojasnil pomen posameznih posegov in možnih posledic; kršitev te dolžnosti ima lahko za posledico kazenskopravno (ali civilnopravno) odgovornost zdravnika, kolikor obstojajo še drugi znaki kaznivega dejanja.

Že prej citirani avtorji tako stališče odklanjajo. Po njihovem mnenju je zdravnik dolžan sicer pojasniti pacientu poseg, ki ga namerava izvršiti, vendar tako, da ga pacient dojame in ne izgubi zaupanja v zdravnika. Če pa zdravnik pacientovo privolitev izrabi in izvede tudi

posege, na katere pacient ni pristal, lahko ima to za posledico kazensko ali civilno odgovornost zdravnika²⁵.

3. Obvezno zdravljenje

Svobodna privolitev pacienta glede zdravljenja je močno omejena ali celo izključena, če je zdravljenje obvezno. Tako zdravljenje se je uveljavilo - v omejenem obsegu - v sodobni družbi in temelji na misli o tem, da je treba bolnike, katerih bolezen je nevarna za okolico, zdraviti tudi prisilno. Razvojno gledano je to znak določene "socializacije" medicine, ki je očitna zlasti v zadnjih dveh desetletjih.

Francoski pravni sistem pozna obvezno zdravljenje glede alkoholikov, pri spolnih boleznih, uživalcih mamil in duševno bolnih. Kot posebno kategorijo zdravniških posegov, ki so obvezni, je treba omeniti še obvezna cepljenja. Določbe o tem so združene v zakoniku o javnem zdravju (Code de Santé publique). Zdravljenje teh bolezni seveda ni obvezno v vsakem posameznem primeru: kot glavni kriterij lahko štejemo nevarnost bolezni za druge. Obvezno zdravljenje alkoholikov je možno takrat, če so nevarni za svojo okolico; uživalcem mamil, ki izvrše kazniva dejanja povezana s prekupčevanjem, razpečevanjem i.p. mamil, lahko sodišče izreče tudi poseben prisilni ukrep zdravljenja. Bolnike, okužene s kakšno

²⁵ Savatier - Auby, n.d. str. 228

spolno boleznijo, mora zdravnik, ki to ugotovi, opozoriti, da so se dolžni zdraviti in če ti to odklonijo, je dolžan to sporočiti zdravstveno administrativnim organom, ki lahko odrede obvezno zdravljenje; obvezno zdravljenje se lahko odredi tudi zoper tistega, ki je bolnika okužil (če se ga ugotovi). Pacientova privolitev je močno okrnjena ali celo izključena pri duševnih bolnikih. Predpisi zakonika o javnem zdravju sicer ločijo med "prostovoljnim" in "prisilnim" sprejemom v ustrezen zavod, vendar tudi v prvem primeru ne gre za zdravljenje na podlagi svobodne in zavestne privolitve pacienta, temveč zdravljenje po privolitvi neke druge osebe, za katero ni potrebno, da bi bila bolnikov sorodnik. O začetku zdravljenja (to je o sprejemu) odloči zdravnik. Obvezno zdravljenje v pravem pomenu je predvideno za primere, ko bolnik moti javni red - prvi ukrepi v takih primerih so prepuščeni županu oziroma policijskim komisarjem, o njih pa morajo poročati policijskemu prefektu.

Kot obvezen zdravniški poseg moramo omeniti še obvezno cepljenje. Francoski zakonik o javnem zdravju našteva kot obvezno cepljenje proti tuberkulozi, proti kozam, davici in tetanusu. Starši oziroma varuhi mladoletnikov so kazensko odgovorni za kršitev te dolžnosti.

IV. Problemi evtanazije

Prepoved evtanazije izvajajo francoski teoretiki iz temeljne dolžnosti zdravnika, da varuje človeško življenje tudi tedaj, ko lajša bolečino. To dolžnost je sprejel tudi deontološki kodeks²⁶. Lajšanje bolečin tedaj ne sme biti naperjeno zoper zdravje bolnika, zlasti pa ne sme zdravnik za to, da bi bolečine olajšal, povzročiti, ali pospešiti smrt pacienta, čeprav na njegovo zahtevo in čeprav bi z gotovostjo vedel, da gre za neozdravljivo bolezen.

V kazenskopravnem pogledu je evtanazija uboj. Taki primeri so vendarle redki in storilce porota često oprosti²⁷. Bistvo problema pa seveda ni kazenskopravno, temveč deontološko.

V. Medicinski poskus na človeku s stališča kazenskega prava

Medicinski poskus na človeku je kot pojem dobil v zadnjih dvajsetih ali tridesetih letih močno negativen pomen. To je razumljivo, saj se je tako eksperimentiranje povsem izrodilo v nemških koncentracijskih taboriščih in ga lahko danes le obsojamo.

²⁶ Prim. Kornprobst, n.d. str. 518

²⁷ Prim. Louis Kornprobst, n.d. str. 518

Uvajanje novih metod pa je po drugi strani nosilec napredka v medicinski znanosti in zato je potrebno določiti meje dovoljenega in prepovedanega pri medicinskem poskusu na človeku.

Francoska kazenska sodišča so le redko obravnavala primere nedovoljenih poskusov na pacientih - kvalificirani so bili kot hude telesne poškodbe ali uboji²⁸. Vedno pa so poskus zaradi poskusa samega obsojala. Zdravniški krogi pa so hkrati s sodišči določili tudi kriterije za to, da lahko zdravnik uporabi nove metode in izvrši nove posege. Medicinska akademija je leta 1952 sprejela tri kriterije, ki morajo biti izpolnjeni, da je tak poseg dovoljen: oseba, na kateri se naj uporabi nova metoda, mora biti bolna; poseg oz. metoda mora biti izvršena oz. uporabljena izključno le v interesu tega bolnika; in stopnja rizika mora biti v sorazmerju z nevarnostjo, ki grozi²⁹. S temi omejitvami, ki zagotavljajo, da bo nova metoda uporabljena le v dobro pacienta zato, da bi se njegovo zdravstveno stanje zboljšalo, s temi

²⁸ Leta 1859 sta bila obsojena dva zdravnika, ki sta pacientu, ki se je zdravil zaradi garij injicirala virus sifilisa, da bi ugotovila, ali je sekundarni sifilis nalezljiv. Primer je v francoskih sodnih analih izjemen, povzeto po Kornprobst, n.d. str. 506

²⁹ Prim. Kornprobst, n.d., str. 515

omejitvami in ob upoštevanju ostalih načel profesionalne etike pa je tudi medicinski poskus na človeku dopusten.

VI. Razmerje med kazenskopravno in odškodninsko odgovornostjo

Oškodovanec - pacient ima v primeru, če je utrpel škodo na zdravju in so podani ostali pogoji za odgovornost zdravnika, enake možnosti v okviru kazenskega ali civilnega prava. Lahko tedaj bodisi predlaga uvedbo kazenskega postopka in se mu pridruži s premoženjskopравnim zahtevkom v adhezijskem postopku, lahko pa vloži civilno tožbo in zahteva odškodnino.

Čeprav ima oškodovanec v obeh primerih možnost doseči odškodnino in je seveda kazenski postopek znatno cenejši in zato bolj pristopen, je število kazenskih in civilnih zadev s tega področja v razmerju 1 : 20, kot navaja Ulysse³⁰. Po njegovem mnenju pa število teh primerov (civilnopравnih in kazenskopravnih) sploh ne odraža dejanskega stanja, ker je očitno premajhno. Gotovo je res, da se pacient le redko in najbrž težko odloči za tožbo v tako delikatnih primerih, kot so primeri zdravniške odgovornosti. Tu ne gre le za pravna vprašanja, ki so tako v kazenskem kot v civilnem postopku zelo zapletena, temveč tudi - in morda predvsem - za poseben odnos do

³⁰ Prim. Ulysse, n.d. str. 52

do zdravnikov in do zdravniškega poklica ter za poseben zaupen položaj, ki ga uživajo. Po mnenju številnih francoskih avtorjev pa zdravnik osebno civilno odgovornost (odškodnino) le redko prevzame na lastna bremena, ker je zavezanec skoraj pri vseh primerih socialno zavarovanje. Francoski avtorji zato tudi menijo, da je čut odgovornosti pri zdravnikih zaradi tega manjši.

VII. Stališča de lege ferenda in ocena sistema

Zdravniški poklic se je razvijal kot svoboden poklic, ki ga je pravo kot celota urejalo le v zelo omejenem obsegu. Šele v zadnjem času, ko smo priče razširjenju števila in načinov zdravniških posegov, pa tudi povečani nevarnosti teh posegov, se je povečal tudi vpliv družbe na zdravstvo sploh.

Francoski pravni sistem je vsa vprašanja s področja zdravstva uredil enotno v zakoniku o javnem zdravju (iz leta 1953). Ta obravnava različna vprašanja, povezana z izvrševanjem zdravniškega poklica, kot posebna poklicna vprašanja.

Kazensko pravo obravnava zdravnik^{ih napake} v okviru splošnih norm, kot so telesne poškodbe ali uboji iz malomarnosti in opustitev pomoči. Uporaba teh norm pa je zelo redka in le izjemna. Pogostejša je odškodninska odgovornost zdravnika in drugih zdravstvenih delavcev -

v teh primerih pa je zavezana stranka običajno socialno zavarovanje. Primeri osebne kazenskopravne ali civilnopravne odgovornosti zdravnikov so zato res zelo redki.

Francoski avtorji so si edini v tem, da je treba kazenskopravne norme uporabiti le in ultima linea; poudarjajo pa, da bi bilo treba povečati odgovornost zdravnikov v okviru njihovih lastnih poklicnih organizacij v skladu z določili zdravniškega deontološkega kodeksa.

B E L G I J A

I. Kazenskopravni značaj in učinek zdravniških posegov

1. Zdravniški poseg, kot redna oblika zdravniškega poklicnega dela

Belgijska doktrina se je, kolikor lahko sodimo po razpoložljivih virih, bolj malo ukvarjala z vprašanjem, kakšna je vsebina zdravniškega posega po pravno teoretični plati. "Umetnost zdravljenja" - l'art de guérir - je bila vedno družbeno priznana dejavnost, pri kateri so njene pozitivne strani, njena koristnost odtehtale negativne, t.j. morebitno povzročitev telesne poškodbe, ali pa kakšno drugo tveganje za zdravje ali življenje pacienta.

Pri reševanju problemov, povezanih z izvrševanjem zdravniškega poklica, sta se belgijska teorija in praksa v precejšnji meri naslonili na francoske rešitve. Edina izjema je penalizacija opustitve pomoči kot splošne državljanske dolžnosti, ki so se ji belgijski teoretiki, javnost in parlament upirali vse do leta 1961, medtem ko jo pozna francosko kazensko pravo že od leta 1945.

Medtem ko uspelega zdravniškega posega ne štejejo eo ipso za kaznivo dejanje telesne poškodbe, pa nastane kazenska odgovornost zdravnika pri neuspelem posegu v okviru kaznivega dejanja telesne poškodbe ali uboja iz malomarnosti.

Stališča posameznih avtorjev o vprašanju vrednotenja zdravniškega posega so različna. Tako sodi Constant n.pr., da je mogoče opravičiti zdravniški (kirurški) poseg le kot ravnanje v skrajni sili, Ryckmans pa problema zdravniškega posega kot kaznivega dejanja sploh ne omenja¹.

2. Posebni primeri zdravniških posegov

a) Kozmetične operacije so prvi med posegi, ki nas tu zanimajo. Belgijska stališča v tem vprašanju ne prinašajo večjih novosti. Constant meni, - v skladu s svojim načelnim stališčem o vsebini in vrednotenju zdravniškega posega - da pri kozmetičnih operacijah ni mogoče govoriti o stanju skrajne sile - po njegovem mnenju taki posegi tedaj niso zdravniški posegi in so v načelu kaznivi ne glede na posledico².

¹ Prim.: Constant, Manuel de Droit Pénal, I, Liège, 1959, str. 573; Ryckmans, Les Droits et les Obligations des Médecins, Bruxelles, 1959.

² Constant, n.d., str. 574.

Ryckmansovo mnenje je bolj realistično in bolj diferencirano³. Pri teh posegih loči med primeri, kjer je namen zdravljenja podan, ko želi zdravnik odpraviti določeno fizično napako, ki ima pomembne posledice za bolnikovo duševno zdravje. V drugo skupino pa šteje primere, kjer zdravnik "popusti ženski kokesteriji" in izvršuje določene posege samo zaradi estetskih razlogov, ne da bi obstojal kakršenkoli namen zdravljenja.

Stališče francoskega sodstva, ki ga je sprejela tudi belgijska praksa, je sprva odklonilo take posege in je štelo za odškodninsko odgovornega zdravnika, ki je s takim posegom povzročil telesno poškodbo, čeprav ni bila podana njegova krivda in je ravnal lege artis. V novejšem času pa so tako strogo stališče kritizirali in zahtevali, da se oceni stopnja tveganja in šteje zdravnika odgovornega le v primerih, če obstoja tudi njegova krivda.

V zvezi s temi posegi je treba ugotoviti, da so sodni primeri, na katere se teoretiki sklicujejo, relativno stari (pred letom 1939), medtem ko so se ti posegi razširili zlasti po drugi svetovni vojni. Zdi se, da se tudi Ryckmans nagiba k mnenju, da je treba priznavati tudi kozmetičnim posegom značaj zdravniških posegov v

³ Ryckmans, n.d., str. 433 i.n.

precejšnjem obsegu. Poleg ostalih pogojev za dopustnost takšnih posegov poudarja zlasti pomen privolitve, ki mora biti dana ob polnem spoznanju vseh nevarnosti posega. Samo ob takih pogojih - in če ne obstoja nesorazmerno veliko tveganje - je kozmetični poseg mogoče šteti za zdravniški poseg.

b) Umetno oploditev in probleme, ki so z njo povezani, belgijski avtorji redkeje načenjajo.

c) Pogosteje se belgijska teorija ukvarja z vprašanji sterilizacije in kastracije. Constant⁴ odklanja oba posega kot nedovoljena. Pri tem ne loči med primeri, ko se izvrši zdravniški poseg zaradi zdravniške (psihiatrične) indikacije, zaradi evgeničnih indikacij, kot kontracepcijski ukrep, ali kot poseben ukrep zoper seksualne delinkvente⁵. Podobno stališče zavzema tudi

⁴ Constant, n.d. str. 710

⁵ Constant navaja, da se je z vprašanji sterilizacije in kastracije ukvarjal II. kongres gibanja za družbeno varstvo leta 1949 v Liègu in sprejel naslednjo resolucijo: "Considérant que la théorie de la transmission héréditaire des maladies mentales ne repose pas sur des certitudes scientifiques suffisantes; Considérant que la stérilisation eugénique des anormaux est contraire à la dignité humaine, à la liberté de conscience et au respect de l'intégrité corporelle et qu'elle est, en outre, susceptible d'extensions dangereuses; Considérant que la doctrine de

R. Grosemans⁶, ki sodi, da sta sterilizacija in kastracija posega, ki pomenita telesno poškodbo in ki pomenita napad na človekovo integriteto. Ta pa je tudi predmet javnega varstva in zato posameznik z njo ne more svobodno razpolagati. Privolitev v takih primerih zdravnika zato ne more opravičiti⁷. Sterilizacija ali kastracija (in v bistvu velja isto za umetno oploditev in

l'hédéríté criminelle est très discutée et que la stérilisation préventive des délinquants ne se justifie pas; Considérant que la castration pénale est inadmissible et qu'elle contredit l'effort contemporain d'humaniser le droit; Le II^e Congrès de défense sociale:
 a) rejette la stérilisation eugénique, même du consentement du sujet, la stérilisation préventive des criminels et la castration pénale;
 b) est d'avis que l'effort doit s'exercer dans le sens de l'action curative et de la lutte contre les facteurs exogènes des maladies mentales".

⁶ R. Grosemans, Considérations juridiques et déontologiques sur les stérilisations opératoires sur l'homme, Rev. de Dr. Pén. et de Crim. 1960 - 1961, št. 10, str. 875 - 898.

Po podatkih J. Milčinskega so sterilizacijo iz medicinskih razlogov (celo brez privolitve oz. vednosti ženske) zagovarjali že pred desetletji celo konservativni porodničarji in ginekologi (Stöckl, Durst). Danes štejejo za medicinski razlog tudi že samo multipariteto - le da se o kriterijih razhajajo (n.pr. po šestem porodu ali osmi nosečnosti in šestih živih otrocih itd.).

⁷ Prim. Grosemans, n.d. str. 878, 886

kozmetične posege), ki sta izvršeni brez zdravniške indikacije, brez namena zdravljenja, presegata tudi okvir poklicnih pravil in zdravniške deontologije in kot taka prenehata biti zdravniški poseg. Grosemans odklanja oba posega tudi pri psihično devriranih osebah, pri seksualnih delinkventih in zlasti seveda kot posebno kontracepcijsko sredstvo⁸. Enako stališče zavzemajo tudi drugi belgijski avtorji - bodisi pravniki - bodisi zdravniki⁹. Edini so si v tem, da sta sterilizacija in kastracija dopustni le, če se izvršita zaradi resne nevarnosti za življenje ali zdravje pacienta.

d) Podobno odklonilno stališče, kakor do sterilizacije in kastracije zavzemata belgijska teorija in praksa tudi do umetnega splava. Splav je načeloma kazniv, Okoliščina, da ga izvrši zdravnik je kvalifikatorna okoliščina (353, čl. CPB).¹⁰ Glede dovoljenega splava se belgijska stališča povsem približujejo francoskim - oziroma

⁸ Prim. Grosemans, n.d. str. 896

⁹ Jules Simon, Le Consentement de la victime justifie-t-il les lésions corporelles, Rev. de Dr. Pén. et de Crim. 1933, str. 457 - 476, Rufin Schokaert, Précis de Cours de Déontologie Médicale, Louvain, 1940, ki zlasti odklanja sterilizacijo iz evgeničnih razlogov, češ da so podatki o dednosti premalo zanesljivi, Heger - Gilbert, Déontologie Médicale, 1946 - vse citirano po Grosemansovi študiji, str. 896 - 897

¹⁰ Kratico CPB uporabljamo za Code pénal Belge iz leta 1867.

so najbrž nastala tudi pod njihovim vplivom. Umetni splav je dopusten le, če je podana medicinska indikacija zanj: če je izvršen zato, da se reši življenje noseče ženske, ki ji porod grozi s smrtjo. Zdravnik se mora pri tem posvetovati s svojimi stanovskimi tovariši in mora kljub vsemu podvzeti vse, da bi ohranil tudi otrokovo življenje¹¹.

II. Kazenska odgovornost zdravnika in pomožnih zdravstvenih delavcev za strokovno napako

1. Predmet kazenskopravnega varstva

Belgijsko kazensko pravo, na katero v precejšnji meri vpliva francosko, varuje v okviru strokovne napake zdravnika isto dobrino kot vsi ostali kazenskopravni sistemi - življenje in telo. To pomeni, da se strokovna napaka zdravnika obravnava na klasičen način, kot telesna poškodba ali uboj iz malomarnosti.

¹¹ Prim. Ryckmans, n.d. str. 533.

Po mnenju J. Milčinskega pojasnujemo medicinsko indikacijo na splošno širše: prepreči naj škodo za zdravje ali življenje. Kadar je omejena samo na odklonitev nevarnosti za življenje, govorimo o vitalni indikaciji.

To pravno varstvo je od 1961 razširjeno tudi na opustitev pomoči. Uvedbi te splošne dolžnosti nudenja pomoči pa je nasprotoval precejšen del teoretikov, praktikov in politikov, češ da posega pravo v tem primeru na področje morale, da je dolžnost nudenja pomoči izrazito moralna dolžnost, odvisna od vsakega posameznika in - ne nazadnje - da so dolžnost nudenja pomoči sankcionirali pogosto totalitarni režimi (Nemčija 1935, Italija 1930).

2. Nevestno zdravljenje kot strokovna napaka v pravem pomenu

Strokovna napaka zdravnika se nanaša praviloma in predvsem na napake, ki jih izvrši zdravnik med zdravljenjem, ne pa tudi napake pri diagnosticiranju¹².

Po objektivni strani mora biti povzročena telesna poškodba, ali pa nastopiti smrt bolnika. Ves problem se torej obravnava v okviru klasičnih kaznivih dejanj zoper življenje in telo (čl. 418, 419, 420 CPB). Specialnega predpisa, ki bi se nanašal samo na odgovornost

¹² Po mnenju J. Milčinskega razumemo z zdravljenjem proces v treh zaporednih fazah: diagnozo, indikacijo in terapijo. V ostalem pa ni prida pomembno, za pravno oceno, v kateri izmed treh faz se zgodi napaka. Kajti napaki v diagnozi sama po sebi sledi (objektivno) napačna indikacija in neustrezna terapija.

zdravnika (ali zdravstvenega tehnika oziroma kakšnega drugega pomočnika) za strokovne napake ali na njegovo poklicno dolžnost zdravljenja belgijsko kazensko pravo ne pozna. Eden od vzrokov je gotovo tudi to, da gre za stare predpise, ki so se uveljavili v časih, ko ni bilo potrebe po takšni ožji profesionalni penalizaciji; ter se odraža verjetno tudi odpor zdravnikov - in tudi širše javnosti - do vmešavanja kazenskega pravosodja v stvari, ki sodijo po njihovem mnenju samo v kodeks zdravniške etike, ki naj bi se obravnavala samo v tem okviru.

Kot smo videli, tudi v drugih pravnih sistemih, je oblika izvršitve strokovne napake v pravem pomenu običajno storitev. Belgijski teoretiki pa v zvezi z objektivnimi okoliščinami teh dejanj posebej poudarjajo pomen nastopa posledice in zlasti vzročne zveze.

Vsa teža problema leži tudi v belgijskem kazenskem pravu na vprašanju krivde zdravnika. Pri obravnavanju krivde moramo tako kot pri mnogih drugih inštitutih upoštevati dejstvo, da izvira in temelji na francoskem kazenskem zakoniku in se vsebinsko nanj tesno naslanja. Zakonik sam posebej ne definira niti naklepa niti malomarnosti - pač pa določa vsebino malomarnosti ob kaznivem dejanju uboja in telesne poškodbe, izvršenih iz malomarnosti. O malomarnosti govori tedaj, če ima dejanje, ki ga

je storilec sicer hotel, takšne posledice, ki jih ni želel povzročiti niti posredno niti neposredno, pa bi jih mogel in moral preprečiti¹³. Kazenski zakonik označuje malomarnost pri telesni poškodbi kot "... une négligence, une maladresse, un défaut de prudence, de prevoyance, ou de précaution" (418, člen CPB).

V teoriji velja načelo, da zadošča za malomarnost v kazenskopravnem smislu še tako majhna stopnja krivde. Vendar pa vsi vedo, da je to načelo v praksi močno omiljeno in da tožilstva uvajajo postopek oziroma obtožujejo le v primerih zelo hude očitne malomarnosti¹⁴. Posebna značilnost obravnavanja zdravniške malomarnosti pa je v tem, da štejejo krivdo v kazenskem in civilnem pravu za vsebinsko povsem enaki¹⁵.

Kazen, ki jo predvideva belgijski kazenski zakonik za kaznivo dejanje uboja iz malomarnosti, je zapor najmanj treh mesecev ali do dveh let in denarna kazen od 50 do 1.000 frankov. Kaznivo dejanje telesne poškodbe iz malomarnosti pa je kaznivo z zaporom od 8 dni do 6 mesecev in z denarno kaznijo od 50 do 500 frankov ali z eno izmed obeh teh kazni (čl. 419 in 420 CPB).

¹³ Prim. Constant, n.d. str. 221

¹⁴ Prim. Ryckmans, n.d. str. 372

¹⁵ Prim. Ryckmans, n.d. str. 374

Kot posebnost moramo omeniti še penalizacijo 421. čl. CPB, ki določa posebne kazni (od 26 do 200 frankov in zapor od 8 dni do enega leta ali alternativno) za primer, ko storilec iz malomarnosti povzroči bolezen ali nesposobnost za delo s sredstvi, ki bi lahko povzročile smrt ali hudo škodo na zdravju.

Odgovornost vodje za ravnanje drugega rešuje belgijska teorija (sklicujoč se samo na francosko judikaturu) predvsem v okviru civilnega prava, ki ugotavlja, da so ravnatelji klinik odgovorni za delo svoje ustanove, vsak zdravnik pa za delo osebja (zlasti sester), ki mu je neposredno podrejeno¹⁶.

3. Odklonitev pomoči

Omenili smo že, da pozna belgijski kazenski zakonik odklonitev pomoči kot splošno državljansko dolžnost, ki je bila uvedena ob precejšnjem nasprotovanju šele leta 1961 (čl. 422 bis CPB). Inkriminacija izhaja iz obče človeške dolžnosti nuditi pomoč drugemu in penalizira le najbolj očitne primere človeškega egoizma. Belgijski teoretiki se pri tem močno zgledujejo po svojih zahodnih sosedih - Francozih.

Kaznivo dejanje opustitve pomoči predvideva, da storilec opusti osebno pomoč ali ne organizira pomoči osebi, ki je v hudi nevarnosti bodisi, da je to ugotovil oseb-

¹⁶ Prim. Ryckmans, n.d. str. 464

no, ali da mu je sporočil nekdo, ki je prosil za njegovo pomoč. Potrebno pa je, da se niti on, niti kdo drug s tem ne izpostavlja resni nevarnosti.

Med objektivnimi okoliščinami je bistvenega pomena nevarnost, v kateri se nahaja oškodovanec. Te nevarnosti (un péril grave) zakon ne definira. Med parlamentarno razpravo o tem vprašanju je bilo zavzeto stališče, da mora biti nevarnost taka, da bi oškodovanec zaradi nje lahko izgubil življenje ali bil hudo poškodovan¹⁷. Zateva se nevarnost, ki je trajna, dejanska in resnična. Za opustitev pomoči je določena enaka kazen kot za telesno poškodbo izvršeno iz malomarnosti. Constant ugotavlja, da je ta kazen v nesorazmerju z obema prejšnjima, ker gre vendar za naklepno kaznivo dejanje, čeprav je res, da storilec opustitvenega kaznivega dejanja nima istega animi nocendi kot tisti, ki izvrši izvršitveno kaznivo dejanje¹⁸.

III. Kazenskopравни učinek privolitve pacienta ali druge opravičene osebe

1. Načelno stališče o privolitvi

O vrednotenju privolitve oškodovanca na sploh ne daje belgijski kazenski zakonik nobenih meril. Avtorji pa se

¹⁷ Prim. Constant J. La Repression des abstentions coupables, Rev. de Dr. Pén. et Crim. 1961, št. 3, str.222

¹⁸ Prim. Constant, La Repression.... str. 250

strinjajo v tem, da nima privolitev praviloma nobenega vpliva na obstoj ali neobstoj kaznivega dejanja¹⁹. Po mnenju večine avtorjev ni mogoče dati prednosti privolitvi zainteresiranega, kjer gre za dejanja, ki kršijo javni red.

Privolitev je po mnenju belgijskih teoretikov potrebna, kadar gre za zdravniški poseg (zlasti kirurško operacijo). Vendar pa privolitev ni razlog, ki edini izključuje protipravnost. Kot smo videli, štejejo nekateri avtorji zdravniški poseg za ravnanje v skrajni sili, drugi vidijo v tem višjo silo i. pod.²⁰

Razlog za to, da je zdravniški poseg dovoljen, išče tedaj večina piscev drugod in ne v privolitvi, čeprav vsi poudarjajo, da je za tak poseg privolitev potrebna. Brez privolitve lahko - in celo mora - izvršiti zdravnik poseg le, če bolnik soglasja ne more dati, če ni sposoben izraziti svojo voljo. Tudi v takih primerih, kjer vemo, da gre praviloma za otroke ali nezavestne paciente, pa se po možnosti zahteva privolitev tistega, ki ima pravico dati privolitev²¹. V nujnih primerih lahko tedaj

¹⁹ Prim. Constant, Manuel, str. 604 i. n. isti avtor navaja, da so istega mnenja Braas, Droit Pénal, str. 155, Prins, Science Pénale et Droit positif, n^{os} 346 i. n.

²⁰ N. pr. Braas, n. d. citirano po Constant, Manuel, str. 569.

²¹ Odločba sodišča v Bruxelles-u 11. 1. 1962 povzeto po judikatih Rev. de Dr. Pén. et Crim 1963/64, str. 1043

zdravnik izvrši poseg tudi brez privolitve v skladu z maksimo "Nécessité fait loi".

Pri vprašanjih, povezanih s privolitvijo, moramo ločiti med primeri, kjer zdravljenje ni posebno nevarno in tistimi, kjer je zdravljenje povezano z večjo nevarnostjo za zdravje ali celo življenje pacienta. Pri posegih prve vrste se izrecna privolitev ne zahteva, kjer se predpostavlja. Pač pa je taka privolitev potrebna pri vseh ostalih posegih²². Iz tega izhaja tedaj, da je zdravljenje bolnikova pravica, da ga lahko tudi odkloni.

Če zdravnik zato izvrši poseg brez privolitve bolnika, proti njegovi volji ali s privolitvijo, ki je bila izsiljena ali zmotna, se njegova odgovornost poveča. Belgijski avtorji sicer ne navajajo, da zdravnik s tem izvrši kaznivo dejanje zoper svobodo osebnosti, temveč se omejujejo na ugotovitev, da nosi ves riziko posega sedaj zdravnik, kar ima seveda posledice predvsem na civilnopravnem področju²³.

2. Dolžnost obveščanja

Francoska in belgijska doktrina obravnavata dolžnost obveščanja v okviru pacientove privolitve. Privolitev mora biti popolna, jasna (consentement éclairé). Dolžnost

²² Prim. Ryckmans, n.d. str. 399

²³ Prim. Ryckmans, n.d. str. 399

obveščanja obstoja le v primerih, ko gre za nevarne posege, o katerih učinkih mora biti bolnik seznanjen; šele privolitev dana potem, ko je zdravnik bolnika seznanil s samim posegom, z nevarnostmi, ki so zvezane z njim in z možnimi posledicami, šele taka privolitev se šteje za polno ^mpravno privolitev.

Načeloma bi moral tedaj zdravnik vedno razložiti bolniku vsak bolj nevaren poseg ter zlasti opozoriti na z njim zvezane nevarnosti. To načelo pa je lahko - kakor je sicer pravilno - tudi dvorezno, ker lahko tako pojasnilo povzroči hud psihičen pretres. Zato je v praksi dolžnost obveščanja omejena na to, da opozori zdravnik bolnika na značilnosti in nevarnosti posega v takšni meri, ki se mu zdi primerna za to, da ohrani bolnikovo psihično ravnotežje in mir. Pravno pravilo se mora tedaj ukloniti interesom bolnika in sodišča to navadno v precejšnji meri upoštevajo²⁴.

IV. Problem evtanazije

Belgijsko kazensko pravo ne pozna uboja na zahtevo kot privilegirane oblike uboja. Pa tudi vse oblike evtanazije belgijski pravniki odklanjajo in jih štejejo za navadne uboje²⁵. Privolitev po njihovem mnenju ne more vplivati na obstoj takega kaznivega dejanja kot je uboj, ka-

²⁴ Prim. Ryckmans, n.d. str. 388 - 390

²⁵ Prim. Constant, Manuel, str. 604 - 605

terega preprečevanje, vrednotenje in zatiranje je stvar javnega in družbenega reda. Če bi dopustili evtanazijo v najožjem obsegu - uboj neozdravljivo bolne osebe, ki hudo trpi - bi vendarle ravnali zoper načelo o nedotakljivosti človeškega življenja, tega načela pa ni mogoče kršiti, ne da bi to imelo hude posledice za varstvo človeka in njegovega življenja na sploh. Nekateri avtorji dopuščajo evtanazijo v okviru, ki v bistvu ne seže preko načel najstrožje zdravniške etike, namreč takrat, ko zdravnik uporablja blažilna sredstva pri umirajočem, čeprav se hkrati zaveda, da mu s tem tudi krajša življenje²⁶.

Ko razpravljajo o tem problemu, ugotavljajo posamezni pisci²⁷, po moralni in psihološki plati problema, da tisti, ki izvrši evtanazijo, pravzaprav projicira svojo lastno bolečino ob pogledu na položaj bolnika nanj samega - odtod usmiljenje z bolnikom, pri katerem sploh ne vemo, kakšno je njegovo notranje življenje in dožemanje, temveč ga presojava le s svojega lastnega stališča.

²⁶ Prim. De Laet, L'Euthanasie, Bruxelles - Médical, 1950, št. 53, str. 2747 i.n. M. De Laet, Le Médecin devant trois problèmes actuels de déontologie, ista revija, 1952, št. 27, str. 1410.

²⁷ Prim. M. Rateau, L'Euthanasie et sa Réglementation pénale, Rev. de Dr. Pén. et de Crim., 1964/65, str. 38 i.n. CH. Debuyst, Quelques Reflexions sur l'Homicide par Pitié, ista revija, 1962/63, str. 814 i.n.

O razpravljanju o vprašanju evtanazije v Belgiji pa ne moremo mimo primera, ki je pred leti vzburkal, lahko rečemo, vso svetovno javnost. Gre za primer Suzanne Vandepuut, ki je svojemu sedem dni staremu otroku, ki se je bil rodil hudo pohabljen, dala uspavalo, zaradi česar je umrl. Uspavalo ji je dal zdravnik, ki je vedel, čemu je namenjeno. Oba sta bila - hkrati z materjo in sestro storilke - obtožena umora, toda porota ju je na glavni obravnavi 11. 11. 1961. v Liègu oprostila.

Ta proces je sprožil številne komentarje v dnevnem tisku in prispevke številnih strokovnjakov. Vsi ti so enotno obsodili dejanje in izjavljali, da ta primer ne sme postati precedens v sodni praksi. Temeljna dolžnost zdravnika je danes slej ko prej ista kot v Hipokratovih časih: varovati človekovo življenje in spoštovati njegovo nedotakljivost.²⁸

V. Medicinski poskus na človeku s stališča kazenskega prava

Podobno kot v drugih sistemih tudi belgijski odklanja izvrševanje poskusov na zdravem človeku, eksperimenti-

²⁸ Prim. J. Milčinski, Dva obraza evtanazije, Naši razgledi, XII/2 z dne 26. 1. 1963 in več prispevkov v Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé 1963/1, Revue internationale de Criminologie et de Police technique, 1962/4.

ranje zaradi eksperimentiranja. Isto velja tudi za izvajanje poskusov na pacientu, če niso izvršeni z namenom zdravljenja. Interes bolnika mora biti za zdravnika prvenstven in zdravnik nima pravice izvajati na bolniku poskusa zaradi svojega znanstvenega interesa²⁹. Takšno stališče pa ne izključuje možnosti uporabe novih metod in novih sredstev. To pravico ima zdravnik vedno, če skuša s tem rešiti bolnika in je preskusil že vsa druga sredstva. V drugih primerih mora ravnati pri uporabi novih metod in novih sredstev nadvse skrbno ter mora zlasti upoštevati vsa pravila stroke. Pri uporabi takih metod je potrebno seveda tudi, da je stopnja rizika posega v sorazmerju s koristjo, ki se jo pričakuje od posega.

VI. Razmerje med kazenskopravno in odškodninsko odgovornostjo

V belgijski sodni praksi najdemo relativno malo primerov, ki se nanašajo na odgovornost zdravnikov. Tudi belgijski pisci se v glavnem naslanjajo na francoske judikate. Iz podatkov, ki so nam na razpolago, pa lahko ven-

²⁹ Prim. Ryckmans, n.d. str. 409.

Po mnenju J. Milčinskega bi bilo preveč enostavno, če bi enačili zdravnikov znanstveni interes z osebnim interesom. Le-ta je praviloma sekundaren, primaren pa interes medicine, konkretno interes bodočih generacij bolnikov na uspešnejšem zdravljenju. Kadar

darle sklepamo, da je civilna odgovornost zdravnika pogostejša in bolj običajna, pa tudi v literaturi ji je odmerjen večji del in je deležna večje pozornosti³⁰.

VII. Ocena sistema

Belgijsko kazensko pravo se v celoti zelo pogosto opira na stališča in mnenje francoske teorije, prav tako pa tudi na francosko prakso.

Zato nas ne more presenetiti dejstvo, da naletimo tudi na področju kazenske odgovornosti zdravnikov na mnogo stičnih točk.

Obema sistemoma je skupno, da ocenjujeta zdravniški poseg predvsem po njegovi vsebinski plati, to je, po njegovem namenu. S formalnopravnimi problemi zdravniškega posega se tudi belgijska teorija ne ukvarja pogosto.

Značilno pa je, da zelo ozko tolmačijo skoraj vse posebne zdravniške posege in skušajo njihovo uporabo čim bolj omejiti. To velja zlasti za splav, sterilizacijo in kastracijo, prav tako pa tudi za evtanazijo. Vprašanje je, ali odražajo ta stališča širša, globlje zakoninjena pojmovanja ali ne - zlasti ko vemo, da je

pri oceni poskusa zaslutimo, da je pri raziskovalcu prevladal osebni interes, postanemo zelo previdni pri etičnem vrednotenju poskusa.

³⁰ Prim. zlasti Ryckmans, n.d.

ravno v tej deželi porota oprostila storilko uboja iz usmiljenja Suzanno Vandepuut in je ta oprostitev odjeknila širom po svetu.

V oceni belgijskega sistema je treba, končno, vsaj omeniti izredno močan in dolgotrajen odpor ne le široke javnosti, temveč tudi pravnikov in politikov, zoper uvedbo penalizacije opustitve pomoči. Nasprotniki inkriminacije tega kaznivega dejanja so se sklicevali zlasti na to, da je dolžnost nudenja pomoči moralna dolžnost in je ne gre pravno regulirati; morda pa se je v tem, močno individualističnem stališču odrazila tudi miselnost, ki dovoljuje, da si kroji posameznik sam obseg dolžnosti, ki jih bo sprejemal in pravil, ki jih bo spoštoval - čeprav gre to v škodo širših interesov družbe.

I T A L I J A

I. Kazenskopravni značaj in učinek zdravniških posegov

1. Zdravniški poseg kot redna oblika zdravstvenega poklicnega dela

Če hočemo razpravljati o zdravniškem posegu, to je o posegu zdravnika in drugega zdravstvenega osebja in vrednotiti to ravnanje s stališča kazenskega prava in stališča civilnopravne odgovornosti, moramo najprej razčistiti nekaj osnovnih pojmov. Predvsem, kaj je zdravniški poseg. Razumljivo je, da niti italijanski kazenski zakonik,¹ niti Državljanski zakonik², niti Zbirka sanitarnih predpisov³ ne vsebujejo kakršnihkoli definicij zdravniškega posega. Zato moramo za to uporabiti definicijo, ki jo je postavila in jo uporablja italijanska teorija. Francesco Introna⁴ uporablja definicijo, ki jo je že leta 1914 postavil F. Grispigni.⁵

Zdravniški poseg pojmuje kot vsak poseg v človeški

¹ Codice Penale (CP) iz leta 1931, noveliran leta 1948

² Codice Civile (CC) iz leta 1942

³ Testo Unico Leggi Sanitarie iz leta 1934

⁴ Francesco Introna: La responsabilita professionale nell' esercizio delle arti sanitarie, Padova 1955

⁵ Francesco Grispigni: Responsabilita penale per il trattamento medico chirurgico arbitrario, La Scuola Positiva 1914

organizem, izvršen po pravilih medicinske znanosti z namenom, popraviti organizem zaradi izboljšanja fizičnega ali psihičnega zdravstvenega stanja. Zdravniški poseg predvideva torej neko patološko stanje, ki ga je povzročila telesna ali duševna bolezen. Z zdravniškim posegom naj se to stanje spremeni in povrne v normalno stanje. Vse to pa naj se izvrši po nekih pravilih znanosti, pri čemer pa niso mišljeni kaki konkretni pozitivni predpisi, temveč vsako delovanje, ki ni v nasprotju z ustaljenimi načeli sodobne znanosti.

Na katere osebe pa se vse to nanaša? Italijanski pozitivni predpisi razvrščajo vse zdravstveno osebje in tako lahko točno preciziramo, na katere osebe, zaposlene v zdravstvu, se nanaša naše razpravljanje. Čl. 99 Zbirke sanitarnih predpisov razlikuje zdravstveno osebje (zdravnik, farmacevt, veterinar), pomožno zdravstveno osebje (sem se uvrščajo babica, diplomirana medicinska sestra, patronažna sestra) in pomožno tehnično zdravstveno osebje (bolničar, zobni tehnik, optik, fizioterapevt, hidroterapevt). Vsa razpravljanja o odgovornosti zdravstvenega osebja se po izrecni določbi navedenega zakonitega predpisa nanašajo na vse pripadnike navedenih poklicev.

Po tej uvodni ugotovitvi, kaj pomeni zdravniški poseg in kdo ga izvršuje, pa je s stališča kazenskega prava mnogo pomembnejše in tudi zahtevnejše ugotoviti zakaj

zdravniški poseg ne šteje kršitev telesne integritete. Kajti če gre pri tem posegu za spremembo zdravstvenega stanja pacienta, včasih celo za peracijo, ki pomeni lahko velik poseg v človeški organizem (n.pr. amputacija), potem pomeni tako ravnanje s pravnega stališča, če je še tako dobronamerno, vendarle kršitev celovitosti človeškega organizma. Kdaj je potem tako ravnanje pravno relevantno in kdaj ni?

Teorije o tem vprašanju so številne in mnenja znanstvenikov različna.⁶ Carrara je predstavnik teorije dolusa; zdravnikovo dejanje pomeni sicer kršitev telesne integritete in je na zunaj lahko povsem enako dejanju, ki pomeni kaznivo dejanje. Vendar pa manjka pri ravnanju zdravnika dolus. Teorija neobstoja protipravnosti pa se postavlja na stališče, da pri ravnanju zdravnika ne gre za kaznivo dejanje, ker sicer pri na zunaj povsem enakem dejanju kot je lahko kaznivo dejanje, manjka protipravnost. Drugi spet se postavljajo na stališče (n.pr. F. Carnelutti) da je vzrok nekaznivosti in dopustnosti zdravnikovega ravnanja bolnikovo soglasje, po mnenju nekaterih (Ferri) pa so odločilni posebni moralni in socialni nagibi zdravnika, ki opravlja zdravniški poseg. Nekateri pravni teoretiki zastopajo stališče, da zdravniški poseg ni protipraven, ker ga zdravniki opravljajo

⁶ Introna, n.d., str. 14, 15; v tekstu navedena stališča so povzeta po tem avtorju.

po priučenih in preizkušeni načelih medicinske znanosti, da torej že samo izvrševanje zdravniškega poklica izključuje protipravnost. Predstavniki objektivne teorije pa zastopajo stališče, da niso odločilni subjektivni vidiki temveč objektivni; zdravniški poseg že sam po sebi ne more biti kaznivo dejanje. Zdravnikovo ravnanje je že v svojem bistvu povsem drugačno kot dejanje telesne poškodbe, saj je končni cilj in namen tega početja izboljšanje zdravja, fizične sposobnosti ali zunanje podobe. Tudi bolnikovo soglasje ne more biti bistveno, ker to ni soglasje za telesno poškodbo. Kaj pa v primeru, če zdravniški poseg ne uspe? Ali je tudi v takem primeru izključena protipravnost oziroma kaznivost? Pravilnost te objektivne teorije naj bi se kazala v tem, da zakoniti predpisi (n.pr. čl. 2236 CC) predvidevajo kaznovanje zdravnika za neuspeh poseg samo v primeru dolozonega ravnanja, ali v primeru hude malomarnosti. Zdravnikov poseg je torej v načelu nekazniv, le če izostane pričakovani uspeh, je mogoče govoriti o zdravnikovi kazenski odgovornosti v primeru naklepa ali hude malomarnosti.

Toda vse to so teorije. Kaj pa pozitivna italijanska zakonodaja? Predpisi so v tem pogledu sorazmerno skopi. Za obravnavanje odgovornosti zdravstvenih delavcev v smislu širše deliktne odgovornosti so vsekakor pomembne tudi določbe državlanskega zakonika.

Člen 5 CC določa, da so prepovedana vsa dejanja, ki pomenijo razpolaganje s svojim telesom, če povzročijo trajno okrnitev telesne celovitosti ali nasprotujejo zakonitim predpisom, javnemu redu ali dobrim šegam. Razpolagalna pravica z lastnim telesom ni absolutna, temveč omejena in v mnogih primerih torej tudi soglasje pacienta ne more oprostiti odgovornosti tistega, ki povzroči s svojim ravnanjem okrnitev telesne integritete. To najbrže velja tudi za zdravniški poseg. Drugo je določilo čl. 2043 CC, ki določa, da je vsakdo odgovoren za škodo, ki jo povzroči naklepoma ali iz malomarnosti. Vendar je to določilo bolj načelnega značaja, ker prihaja za zdravstveno osebje v poštevi čl. 2236 CC. To določilo se nahaja v poglavju državljanskega zakonika, ki govori sicer o odgovornosti za vsakršno ravnanje pripadnikov intelektualnih poklicev. Čl. 2236 CC namreč pravi, da storilec ne odgovarja za škodo, razen za škodo povzročeno z naklepom ali s hudo malomarnostjo, če je izvršitev neke naloge združena z rešitvijo posebno težkih tehničnih problemov. To določilo velja vsekakor tudi za zdravniški poseg; zdravnikova odgovornost je podana za dolus in culpa lata, ne pa za culpa levis in za casus. Končno prihaja deloma v poštevi še določilo čl. 2045 CC, ki govori o skrajni sili. Po tej določbi se lahko povzročitelj škode oprosti odgovornosti, če je povzročil škodo s tem, da je odvrnil od sebe ali drugih neposredno nevarnost, upoštevajoč pri tem sorazmernost med

povzročeno škodo in škodo, ki je grozila.

Za kazensko odgovornost zdravnikov in pomožnega zdravstvenega osebja pa velja načelno stališče, izraženo v čl. 42 CP, da je namreč vsakdo odgovoren za kaznivo dejanje, ki je kot tako označeno v kazenskem zakoniku, pa naj bo dejanje izvršeno s storitvijo ali opustitvijo, z naklepom ali z malomarnostjo. To torej pomeni, da je kazenska odgovornost izključena v primeru višje sile (čl. 45 CP) ali slučaja; izključena je zaradi privolitve prizadete osebe (čl. 50 CP), vendar samo če gre za dobroino, s katero ta oseba lahko razpolaga.⁷ Če je kaznivo dejanje storjeno v okviru izvrševanja neke pravice ali po zakonitem nalogu oblasti (čl. 51 CP); če je bilo kaznivo dejanje storjeno v skrajni sili, da se odvrne od sebe ali drugega neposredna nevarnost, vendar pa je pri tem dejanje v sorazmerju z nevarnostjo (čl. 54 CP); če je bilo kaznivo dejanje storjeno v skrajni sili zaradi obrambe lastne pravice ali pravice drugega, seveda ob sorazmerju med dejanjem in grozečo nevarnostjo (čl. 52 CP). Nadalje prihaja v poštev čl. 62 CP, v katerem so navedene olajševalne okoliščine, ki jih mora sodišče upoštevati pri presoji kaznivega dejanja. Na prvem mestu pa je upoštevati,

⁷ Tako zakonski tekst, ki ga je pa treba restrukktivno razlagati, dejanje ne sme biti v nasprotju s pravili medicinske doktrine in z dobrimi šegami (pripomba J. Milčinskega)

če dejanje morda ni bilo storjeno iz posebnih moralnih ali socialnih nagibov. Seveda gre pri tem še vedno za kazensko odgovornost, ti posebni nagibi pa se morajo upoštevati le za olajševalne okoliščine.

Vsa ta izvajanja je treba dopolniti z določili splošnega dela kazenskega zakonika glede tega, kdaj je kaznivo dejanje storjeno z naklepom in kdaj iz malomarnosti.

Čl. 43 CP določa, da je kaznivo dejanje storjeno z naklepom, kadar je storilec škodljive in nevarne posledice, ki utegnejo izvirati iz njegovega ravnanja ali opustitve predvideval, pa jih je hotel doseči kot posledico svojega ravnanja. Pri naklepu torej ne gre samo za to, da storilec hoče kaznivo dejanje izvršiti, temveč hoče tudi posledice. Kaznivo dejanje iz malomarnosti pa je storjeno, če storilec škodljivih posledic, čeprav se jih je zavedal, ni hotel doseči in so te posledice rezultat lahkomiselnosti, neprevidnosti, neizkušenosti ali neupoštevanja zakonitih predpisov. Italijansko kazensko pravo ne pozna dveh vrst malomarnosti, kot je to sploh značilno za romanske pravne sisteme. Po besedilu zakona pa razlikuje pri malomarnosti kvečjemu vzroke, ki so privedli do škodljivih posledic. Frosali⁸ je pri tem mnenja, da je razlikovanje dveh vrst malomarnosti v kazenskem pravu nepotrebno, kajti tako pri kaznivem dejanju, storjenem iz naklepa, kot pri kaznivem

⁸ Frosali Raul Alberto: Sistema penale italiano, Torino 1958.

dejanju, storjenem iz malomarnosti, storilec predvideva ali mora predvidevati posledice. Mogoče je govoriti o razliki na intelektualnem področju - storilec se z vso gotovostjo zaveda škodljivih posledic ali pa z večjo ali manjšo verjetnostjo - toda bistven element je in ostane vedno zavedanje posledic, le da pri krivdi posledice hoče, pri malomarnosti pa ne. In v tem je bistvena razlika, ne pa v intelektualni intenzivnosti predvidevanja posledic. Tako razlikovanje je mogoče sicer v civilnem pravu, ne pa v kazenskem pravu, kjer gre za ugotavljanje kazenske odgovornosti.

Introna⁹ opozarja tudi na razliko v terminologiji. V čl. 43 CP se uporablja izraz "prevedibilita" in ne "previsio-
ne". "Previsio" namreč pomeni, da je storilec posledice takorekoč v naprej videl, a jih seveda ni hotel. "Previdibilita" pa pomeni samo, da jih je mogel predvidevati.

Od splošnih načel prihajajo pri zdravstvenem osebju v poštev tudi določila glede vzročne zveze. Čl. 40 CP izrecno določa, da nihče ne more biti kaznovan za dejanje, ki je v zakonu določeno kot kaznivo dejanje, če škodljiva in nevarna posledica, od katere zavisi obstoj kaznivega dejanja, ni posledica njegovega ravnanja ali opustitve. Četudi zdravnik ravna še tako malomarno ali nestrokovno, ni kazensko odgovoren za svoje ravnanje, če škodljive posledice niso v vzročni zvezi z njegovim rav-

⁹ Introna: La responsabilita... str. 58.

vanjem.¹⁰ V italijanskem kazenskem pravu se torej v nasprotju z večino drugih kazenskih sistemov vzročna zveza postavlja kot pogoj za kazensko odgovornost. Člen 41 CP dopolnjuje razlago vzročne zveze in pravi: Sočasno delovanje že prej obstoječih, istočasnih ali naknadnih vzrokov, četudi neodvisnih od storilčevega ravnanja ali opustitve pa ne izključuje vzročne zveze med ravnanjem oz. opustitvijo in posledicami. Kasnejši vzroki izključujejo vzročno zvezo samo, če so sami po sebi zadostni, da bi povzročili škodljive posledice. Če pa že prejšnje dejanje ali opustitev predstavlja kaznivo dejanje, se uporabi kazen, ki je predvidena za to dejanje. Ta določila se uporabljajo tudi tedaj, če prejšnji, istočasni ali naknadni vzroki obstoje v delovanju nekoga drugega (čl. 41 CP).

Medtem ko so v kazenskem zakoniku kazniva dejanja, ki se nanašajo na zdravstveno osebje, raztresena po različnih poglavjih, pa razlikuje teorija pri obravnavanju kazenskopravne odgovornosti zdravstvenega osebja, tri vrste kaznivih dejanj. V prvo skupino sodijo tista kazniva dejanja, ki jih lahko izvrši vsakdo in ne samo zdravnik. N.p.r. uboj, ugrabitev, kršitev nedotakljivosti stanovanja). V drugo skupino so uvrščena tista kazniva dejanja, ki jih sicer lahko izvrši tako zdravnik kot nezdravnik, vendar pa se v primeru, da jih za-

¹⁰ Domeni-ci F.: La Medicina legale per il medico pratico, Milano 1950.

greši zdravnik, obravnavajo kot kvalificirana kazniva dejanja. V tretjo skupino pa teorija uvršča profesionalna kazniva dejanja. To pa so tista kazniva dejanja, ki jih izvrši lahko samo zdravnik.¹¹

¹¹ Med splošna kazniva dejanja se uvršča kaznivo dejanje skrunitve trupla po čl. 410 CP (seciranje izven univerzitetnih klinik) in kaznivo dejanje neupravičene uporabe trupla po čl. 413 CP (zaradi seciranja ali presaditve organov). Čl. 575 CP opredeljuje dejanski stan uboja, čl. 589 CP uboja iz malomarnosti, čl. 579 CP uboja s privolitvijo žrtve. Čl. 580 CP določa kaznivo dejanje pomoči pri samomoru, čl. 582 CP telesno poškodbo, čl. 583 CP hudo telesno poškodbo, čl. 590 CP telesno poškodbo povzročeno iz malomarnosti. Opustitev pomoči penalizira čl. 593 CP, čl. 605 CP kaznivo dejanje ugrabitve osebe (tudi ugrabitve in zapretje v umobolnico). Čl. 610 CP govori o nasilju, čl. 610 CP o onesposobljenju osebe s hipnozo ali mamili. Čl. 614 CP vsebuje dejanski stan kaznivega dejanja kršitve nedotakljivosti stanovanja, čl. 640 CP kaznivo dejanje prevare, čl. 643 CP kaznivo dejanje zlorabe slabosti osebe zaradi materialne koristi.

Kazniva dejanja predvidena v členih 323, 326, 328, 330 in 331 CP so kazniva dejanja zoper uradno dolžnost. Gre za zlorabo uradnega položaja, za podkupovanje uradne osebe, za kakršnokoli zapustitev službe, zlasti v ustanovah za nujno pomoč. Čl. 366 CP opredeljuje kaznivo dejanje odtegovanja izvedeniški dolžnosti, čl. 380 CP in 381 CP pa kazniva dejanja pristranosti pri izvrševanju izvedeniške dolžnosti.

Trgovanje z narkotičnimi snovmi in posest teh snovi zaradi trgovanja predstavlja kaznivo dejanje po čl. 446 CP. Prisvajanje neutemeljenih nazivov ali

časti ter naslovov (n.pr. primarij, specialist) je kaznivo dejanje po čl. 498 CP. Med kazniva dejanja zoper javno moralo sodi kaznivo dejanje po čl. 519 CP, telesna združitev z mladoletno ali duševno bolno osebo. Prodajanje ali posest zaradi razpečavanja spisov ali slik, ki predstavljajo kršitev javne morale, predstavlja kaznivo dejanje po čl. 528 CP.

Čl. 714 CP, ki je vsebovan v dodatku kazenskega zakonika, predstavlja prekršek, ki obstoji v tem, da storilec brez uradne odločbe sprejme v zdravstveni zavod neko osebo kot duševno bolno. Po čl. 715 CP je kazniv, kdor sprejme v varstvo take osebe, po čl. 716 CP pa vsakdo, ki takega primera ne prijavi pristojnim organom.

Drugo skupino dejanj predstavljajo tista kazniva dejanja, ki so obravnavana kot kvalificirana kazniva dejanja, če jih izvrši zdravnik. Sem se uvrščajo kazniva dejanja po čl. 545, 546, 547, 548 in 549 CP, ki govore o povzročitvi umetnega splava, o pomoči pri splavu, o nagovarjanju k splavu. Po čl. 552 CP se kaznuje tisti, ki povzroči impotenco, po čl. 553 CP pa tisti, ki javno reklamira uporabo kontracepcijskih sredstev.

Med profesionalna kazniva dejanja, ki jih lahko izvrši samo zdravnik, sodijo štiri kazniva dejanja: kršitve poklicne tajnosti (čl. 622 CP), opustitev dolžne prijave bolezni (čl. 365 CP), izdaja lažnega zdravniškega spričevala (čl. 481 CP), opustitev prijave duševno bolnega (čl. 717 CP).

Vse tu navedene določbe pa nas tu posebej ne zanimajo. Za prikaz sistema v primerjavi z ostalimi so vsekakor v prvi vrsti zanimive rešitve tistih temeljnih vprašanj, ki smo si jih zastavili, t.j. odgovornost zdravnikov ob posebnih zdravniških posegih in pa, če lahko tako rečemo, za rutinsko vsakdanje delo.

2. Posebni primeri zdravniških posegov

a) Kozmetične operacije

Kozmetična operacija je kirurški poseg posebne vrste, pri katerem ne gre za ozdravitev bolezni, temveč za odpravo fizičnih nedostatkov. Ne gre torej za zdravje človeka, temveč samo za estetski videz.¹² Ker pa je prav estetska kirurgija napravila v zadnjem času ogromen korak naprej, se z njo ukvarjajo ne samo zdravniki, temveč tudi pravniki. V pozitivni zakonodaji sodobne Italije pa vendar ne najdemo nobenih določb, ki bi se nanašale na to vprašanje. Pač pa se pravna teorija precej ukvarja s

¹² Takšna razmejitev je seveda poenostavljena, nemedicinska. Z medicinskega stališča je treba upoštevati, da med kozmetiko, kozmetičnimi intervencijami, kozmetično kirurgijo, reparativno in plastično kirurgijo ni tako jasnih meja, da bi bilo mogoče porazvrstiti dejanja iz naštetih strok v neke točno definirane kategorije. Še celo pa ne moremo prek psihosomatskega koncepta, po katerem ima vsaka bolezen, posebnost ali hiba svojo somatsko in psihično plat, nedeljivi druga od druge. Tako lahko zadobi poseg, ki je na videz samo estetsko pomemben (n.pr. poprava štrlečih uhljev) pomen važne psihoterapevtske intervencije. Takih primerov je zlasti na področju reparativne kirurgije brez števila.

Opomba J. Milčinskega.

tem vprašanjem. Introna¹³ navaja naslednja vprašanja, ki utegnejo nastati v zvezi s kozmetičnimi operacijami. Prvo je vprašanje dopustnosti in kaznivosti tovrstnih medicinskih posegov. Drugo, pomembnejše vprašanje je vprašanje odnosov med pacientom in kirurgom; in vprašanje iz tega izvirajoče kazenske in civilne odgovornosti. Introna prihaja do zaključka, da so kozmetične operacije dopustne in da zanje ni nobene zakonite ovire, posebno ker ne posegajo niti v človekovo zdravje niti v njegovo telesno celovitost. Med kirurgom in njegovim pacientom pa vendarle nastane razmerje, ki je nekaj posebnega, ker gre za prostovoljno privolitev pacienta za poseg, ki ni niti nujen za zdravje, še manj pa za življenje. Kako torej odgovarja estetski kirurg za poseg, ki ne uspe? Introna¹⁴ razlikuje tri možnosti. Če operacija sama na sebi sicer uspe in tudi ne pusti nobenih posledic, pričakovani estetski rezultat pa vendar ni dosežen - zaradi napake, neznanja ali nesposobnosti zdravnika - potem je podana zdravnikova civilno-pravna, odškodninska odgovornost. Kajti če se je pacient podvrgel operaciji, združeni z določenimi neprijetnostmi in sprejel nek rizik, ki navadno spremlja vsako operacijo, če je torej vse to tvegalo, da bi dosegel izboljšanje svojega zunanjšega videza, potem je vse-

¹³ nav. delo str. 220

¹⁴ Introna: nav. delo str. 222. Po mnenju J. Milčinskega je tako stališče poenostavljeno

kakor prav in primerno, da zdravnik odgovarja, če namen operacije ni bil dosežen. Druga možnost je podana, če so zaradi zdravnikovega posega nastopile posledice, ki so celo poslahšale zunanjo podobo pacienta, vendar niso odvisne od kirurškega ravnanja. Tu zdravnikove odgovornosti ni. Tretji primer je podan, ko ne samo zaradi zdravnikovega ravnanja ni bil dosežen namen estetske operacije, temveč je bilo zaradi operacije ogroženo celo zdravje ali življenje pacienta. V takem primeru pa je seveda za kulpozno ravnanje podana ne samo civilnopravna ampak tudi kazenskopravna odgovornost zdravnika. Iz sodne prakse omenjajo primer,¹⁵ ko se je neka manekenka s predebelimi nogami podvrgla operaciji, ki naj bi ji odstranila odvečno tkivo na nogah. Kljub izrecnim zagotovilom kirurga o nenevarnosti operacije je prišlo do gangrene in težkih posledic. Čeprav je preiskava ugotovila, da zdravnik ni ravnal malomarno in da se je držal vseh predpisov medicinske znanosti, ga je sodišče vendar spoznalo za krivega in ga obsodilo na prepoved opravljanja poklica, ker se je spustil v tovrstno operacijo in ker je pacientki izrecno zagotavljal neškodljivost zdravniškega posega.

b) Umetna oploditev

Običajno uporabljamo izraz umetna oploditev, vendar pa je ta izraz netočen, ker gre pri tem dejansko za dajanja

¹⁵ Introna: nav. delo str. 223

semena v nožnico na drugačen način kot s spolnim obče-
vanjem. Tako je mogoče govoriti o umetni osemenitvi, pri
kateri je oploditev šele končni namen. Pa tudi zdravstve-
ni, etični in pravni problemi utegnejo nastati že z ose-
menitvijo in ne šele z oploditvijo.

Tudi o umetni oploditvi oziroma osemenitvi ne najdemo
nobenega predpisa v italijanski pozitivni zakonodaji.
Pač pa o tem vprašanju precej razpravljajo tako zdrav-
niki kot pravniki. V teoriji so si stališča znanstveni-
kov precej nasprotna, čeprav je v Italiji pod vplivom
katoliške cerkve močno stališče proti umetnemu osemi-
njevanju.

Umetna osemenitev prihaja v poštev zaradi hib na stra-
ni moža kot na strani žene. Pri možu gre lahko za impo-
tentia coeundi v raznih varijantah do impotentiae gene-
randi. Če gre za prvi primer, potem bi bila umetna oplo-
ditev s semenom moža primerna, pa tudi s pravnega in
etičnega stališča v tem primeru ni nobenih problemov.
Ostanejo samo vprašanja medicinske narave. Drugače pa
je, če gre za moževo ploditveno nesposobnost. V tem pri-
meru je možna samo oploditev žene s semenom tujega moške-
ga, kar odpira ne samo etične, temveč tudi pravne pro-
bleme. Na drugi strani pa umetna osemenitev žene zaradi
bolezni ali težav v njenem organizmu prihaja v poštev le
kot osemenitev z moževim semenom, kar pa spet predstavlja
le medicinski problem. Pravni problemi nastanejo torej

pri osemenitvi žene s semenom moškega, ki ni njen zakoniti mož.

Stališče pravnih teoretikov je v tem vprašanju bolj kot kjerkoli drugje povezano z nazorno opredelitvijo in vsekakor manj s pravnimi načeli. Morda je prav v tem vprašanju tako pomembno stališče katoliške cerkve, stališče, ki je prišlo javno do izraza na 4. mednarodnem kongresu katoliških zdravnikov in ki nasprotuje vsaki drugačni osemenitvi žene kot z naravnim spolnim občevanjem. (Anglikanska cerkev pa n. pr. nasprotuje le osemenitvi s semenom tujega moškega). Skladno s stališčem katoliške cerkve mnogi italijanski teoretiki nasprotujejo umetnemu osemenjevanju. Palmieri¹⁶ omenja teoretično možnost, da bi en moški, kateremu bi dvakrat tedensko odvzeli seme zaradi umetne osemenitve, lahko oplodil toliko žena, da bi v enem letu imel 20.000 potomcev, raztresenih na določenem, omejenem področju. Lahko bi prišlo tedaj do tega, da bi se v bodočem življenju srečavali polbratje in polsestre in bi med njimi lahko prišlo tudi do zakonskih zvez, s tem pa tudi do nepredvidenih škodljivih posledic.¹⁷

¹⁶ Palmieri V. M.: La fecondazione artificiale dal punto di vista medico-legale ed eticosociale. *Rass. Clin. Scient* n. 6. 1948.

¹⁷ Po podatkih, ki jih navaja B. Tekavčić, se giblje uspešnost tega posega od 42 % do 94 %, prim. B. Tekavčić, *Arteficialna inseminacija semenom davaoca, Ginekologija i opstetricija*, Zagreb, 1965/4, str. 197 in tam navedena literatura.

Po Brusci¹⁸ predstavlja dejanje žene, ki dopusti umetno osemenitev s semenom tujega moškega, celo prešuštvo po čl. 559 CP. Seveda se to dejanje preganja le na zasebno tožbo. Istega mnenja je tudi Valentini, ki prihaja do istih ugotovitev, izhaja pa iz stališča posledic. Po njegovem bi tako ravnanje žene brez moževega soglasja utegnulo ustvariti v družini nezaželene posledice in uničiti harmonijo v zakonu. Na drugi strani pa bi kaznivo dejanje nasilja po čl. 610 CP predstavljala umetna osemenitev žene z moževim semenom, toda izvršena brez ženinega soglasja. Najmanj pa bi v tem primeru po mnenju navedenega avtorja šlo za žalitev žene po čl. 594 CP. Introna¹⁹ se postavlja na stališče, da je vprašanje umetnega osemenjevanja za zdravnika bolj moralno vprašanje in manj pravno. Po veljavni praksi italijanskega sodstva se zdravnik vedno izpostavlja nevarnosti, da odgovarja za dolozno in kulpozno ravnanje. Izpostavlja se nevarnosti, da je v primeru tožbe moža obtožen sodelovanja oz. pomoči pri kaznivem dejanju prešuštva, ali pa sodelovanja pri kaznivem dejanju nasilja, če gre za tožbo žene. Odgovarja pa tudi za poklicno malomarnost in to za vso škodo, do katere utegne priti zaradi njegovega posega (n.pr. zaradi infekcije). Prav tako utegne odgovarjati za malomarnost, če pri umetni osemenitvi ne upošteva kontraindika-

¹⁸ Brusca F.: La fecondazione artificiale nella donna
Mondo Giu. 115, 1949

¹⁹ Introna, nav. delo str. 259

cij in povzroči nosečnost ženi, kateri utegne ta povzročiti nevarnost za zdravje ali celo življenje.

c) Sterilizacija in kastracija

Kazenski zakonik določa v čl. 552 kaznivost (in v členu 555 strožjo kaznivost) vsakogar, ki s soglasjem prizadete osebe enega ali drugega spola povzroči s kakršnimkoli ravnanjem nesposobnost za oploditev. Zdravnik, ki ne prijavi zdravniškega posega, ki povzroči pri ženi sterilnost, je že samo zaradi opustitve prijave odgovoren po čl. 103 Zbirke sanitarnih predpisov.

Pri tem gre za iste probleme kot pri umetnem splavu. Praviloma predstavlja vsaka sterilizacija ali kastracija kaznivo dejanje, razen v primeru, če se s takim posegom odstrani neposredna nevarnost za zdravje in te nevarnosti ni mogoče drugače preprečiti. Zlasti pa je vprašanje delikatno, kadar gre za popolno odstranitev maternice in jajčnikov, ki ga italijanska teorija označuje kot indirektni splav. Vendar velja tudi v tem primeru isto: dejanje je dopustno in nekaznivo v primeru če gre za neposredno ogroženost življenja ali zdravja žene. Tu pač velja določilo čl. 54 CP, ki govori o skrajni sili, vendar pa mora biti nevarnost neposredna in nevarnost, ki grozi ženi, velika ter je ni mogoče odvrniti drugače. Zato italijanska sodna praksa ne dopušča zgoraj navedenega zdravniškega posega, če

gre za srčno obolelost, ki je lahko sama na sebi huda bolezen, vendar pa še ni podana neposredna ogroženost za zdravje ali življenje, ki nastopi šele z nosečnostjo. Italijansko pravo torej dopušča le medicinsko indikacijo, pa še ta je močno omejena. Pač pa se v znanstvenih krogih razpravlja o uvedbi psihiatrične indikacije za sterilizacijo, ni pa stvar zaenkrat prešla izven strokovnih krogov.

č) Umetni splav

Vprašanje splava je v italijanskem kazenskem zakoniku urejeno v X. poglavju kazenskega zakonika, ki govori o kaznivih dejanjih zoper nedotakljivost in zdravje človeškega rodu. Temeljno določilo vsebuje čl. 546 CP, ki predpisuje kaznovanje vsakogar, ki v soglasju z nosečo žensko tej povzroči splav. Čl. 545 CP določa strožje kaznovanje tistega, ki povzroči splav brez soglasja nosečnice, medtem ko so za kaznovanje ženske, ki dopusti izvršitev splava, predvidene kazenske sankcije v čl. 547 CP. Če nastopi zaradi tega posega smrt ali poškodba ženske, so določene še strožje sankcije v čl. 549 CP. Posebej je penalizirano tudi nagovarjanje noseče ženske k splavu (čl. 548 CP). Kdor preskrbi ženski, ki misli, da je noseča, za splav sposobna sredstva ali izvrši nad njo kakršnokoli dejanje v ta namen, se kaznuje, če pride do poškodbe ali celo do smrti, po določitih čl. 550 CP. Če omenimo še, da predvideva kazenski zakonik milejše ka-

znovanje, če je bilo katero izmed dejanj v zvezi s splavom, izvršeno zaradi opranja časti (čl. 551 CP) in strožje kaznovanje, če dejanje izvrši oseba, ki opravlja enega izmed zdravstvenih poklicev (čl. 555 CP), smo s tem omenili vsa določila kazenskega zakonika, ki se nanašajo na umetni splav. Preseneča morda, da kazenski zakonik nikjer ne govori o medicinski indikaciji, niti o kaki drugi indikaciji za dovolitev splava. Stari italijanski kazenski zakonik iz leta 1889 je namreč izrecno določal, da ni kazniv zdravnik, ki je izvršil splav zaradi nujne rešitve življenja noseče ženske. Takega ali podobnega določila v sedanjem kazenskem zakoniku ni. To teoretično pomeni, da zagreši vsak zdravnik, ki povzroči noseči ženski splav, kaznivo dejanje po čl. 545 oziroma 546 CP. Prav gotovo je s tem zakonodajalec hotel poudariti zaščito noseče ženske in načelo absolutne nedopustnosti splava. Vendar pa tudi tu prihaja v praksi do uporabe načelo, ki ga izraža čl. 54 CP, ki sicer v splošnem delu govori o skrajni sili. To določilo je edino mogoče uporabiti tudi za povzročitelja umetnega splava. Zato prihaja v poštev za dopustnost in nekaznivost splava le medicinska indikacija. Nevarnosti za življenje in zdravje torej ni mogoče preprečiti na drug način kot le z umetno prekinitvijo nosečnosti. Če je več enakovrednih možnosti in zdravnik izbere splav, potem lahko izvrši kaznivo dejanje po

čl. 546 oziroma 545 CP. Italijanska sodna praksa dopušča kot bolezni, ki opravičujejo zdravniški poseg splava predvsem tuberkulozo nosečnice, obolenost ledvic, eklampsijo (porodno božjast), obolenosti srca. Nevarnost, ki grozi nosečnici mora biti neposredna, čeprav je treba pri tem upoštevati nujnost pravočasnega zdravniškega posega. Nasprotno pa italijanska sodna praksa omenja tudi odgovornost zdravnika za uboj iz malomarnosti, če ve, da nosečnici grozi nevarnost za življenje, pa vendar ne poseže vmes in ne prekine nosečnosti o pravem času. Kakor je na eni strani zavarovan človeški plod sam, kot bodoči človek, tako varuje zakonodaja tudi življenje in zdravje noseče ženske in določa kaznivost zdravnika, ki ne podvzame pravočasnih ukrepov zaradi varstva zdravja ali celo življenja nosečnice. To prihaja v poštev pri nekaterih zdravnikih, ki ravnajo dosledno z načeli katoliške cerkve, ki ne priznava v opravičilo splava niti medicinske indikacije. V italijanski sodni praksi se omenja primer, ko je zdravnik ravnal skladno s svojim verskim prepričanjem in ni izvršil prekinitve nosečnosti ter se tako izpostavil kazenskemu pregonu zaradi uboja.

Kadar gre za rešitev zdravja ali življenja noseče ženske tudi ni potrebno soglasje prizadete ženske, ker je prepuščeno odločitvi zdravnika, da presoja tako nujnost in potrebnost zdravniškega posega kot neposrednost grozeče nevarnosti za življenje oziroma zdravje.²⁰ Razen

²⁰ Po mnenju J. Milčinskega privolitev ni potrebna, če

tega velja temeljno načelo italijanskega kazenskega prava, da ne more nihče razpolagati s tujim življenjem in tudi ne s svojim.

Socialne in evgenične indikacije italijansko pravo ne pozna in tudi teorija se s tem skorajda ne ukvarja.

d) Transplantacija

Medicina je v pogledu prenašanja tkiva in celih organov z enega telesa na drugega prav gotovo napravila že velik korak naprej, čeprav je zlasti presajanje organov še vedno v fazi eksperimentiranja. Razvoju medicine zakonodaja tudi v razvitih državah v tem pogledu še ni mogla slediti. Zato tudi v italijanskem pravu ne najdemo nobenih določb, ki bi neposredno urejale probleme v zvezi s transplantacijo, zlasti vprašanje civilne in tudi kazenskopravne odgovornosti. So pa vendar nekatere določbe kazenskega zakonika in drugih zakonov, ki jih je deloma mogoče uporabiti tudi za te primere. Pravna znanost se vendarle že precej ukvarja s temi vprašanji, zlasti, kdaj in ob kakšnih pogojih je dovoljena transplantacija, kakor tudi kakšne so civilnopravne in kazenskopravne posledice teh posegov. Nekateri teoretiki (Grispigni)²¹ se

gre za žensko, ki sama ne more odločati, sicer pa bi bilo najbrž nedopustno ukrepati zoper njeno voljo.

²¹ Introna, nav. delo, str. 224

postavljajo na strukturno stališče pozitivnega prava, da torej pomeni vsako presajanje človeških organov in tkiva telesno poškodbo in se zato kot tako tudi obravnava. Predstavniki teorije soglasja stojijo na stališču pravice razpolaganja človeka s svojim telesom. Če je torej podano privoljenje poškodovanca, potem ni mogoče govoriti o kaznivem dejanju. Za nekatere predstavnike "teorije bolečine" naj bi bil glavni kriterij bolečina, ki jo povzroča zdravniški poseg. Presaditev organov brez bolečin bi torej ne predstavljal nobenega posebnega problema. Spet drugi zastopajo stališče, da gre pri tem za poseben primer, za humano in človekoljubno gesto, ki v primeru soglasja prizadetih ne bi mogla imeti za posledico kazenski pregon. Po mnenju drugih naj bi se kot kriterij upoštevalo tudi dejstvo, ali gre za brezplačno ali pa za plačano uslugo.

Italijanska sodna praksa stoji dosledno na stališču, da predstavlja vsak poseg v zvezi s prenosom tkiva ali celo organa z enega telesa na drugo, telesno poškodbo, če gre za prenos organa s trupla pa za kaznivo dejanje skrunitve trupla. Seveda se pri tem uporabljajo določila pozitivnega prava, kolikor jih je mogoče uporabiti za te primere. Člen 5 CC določa, da so prepovedana vsa dejanja, ki pomenijo razpolaganje z lastnim telesom, če povzročijo trajno okrnitev telesne celovitosti, ali če nasprotujejo zakonitim predpisom, javnemu redu ali dobrim šegam.

V smislu tega določila državljanskega zakonika, je torej razpolaganje z lastnim telesom omejeno. Omejitve predstavljajo zakoniti predpisi, javni red ali dobre šege in telesna celovitost.

V primeru, ko gre za presaditev tkiva ali organa brez privolitve prizadetega, je podana kazenska odgovornost tistega, ki ta poseg izvrši. V primeru soglasja prizadetega velja čl. 582 CP. Ta člen namreč določa, da se telesna poškodba priganja samo na zasebno tožbo prizadete osebe, če poškodba ni povzročila bolezni daljše od desetih dni ali če niso podane obteževalne okoliščine iz čl. 583 CP. Po tem členu kazenskega zakonika so obteževalne okoliščine: če poškodba spravi v nevarnost življenje ali preko štirideset dni onemogoča poškodovanemu opravljanje normalnega dela; če povzroči poškodba trajno oslabitev nekega organa ali čutila; če je poškodovana noseča ženska; če je povzročena bolezen neozdravljiva; če gre za izgubo nekega organa ali trajno invalidnost, iznakaženost obraza ali splav.

To torej pomeni, da je odvzem tkiva ali organa z nekega telesa kvalificiran kot telesna poškodba, pa če je bil namen še tako plemenit. Ni pa tak odvzem tkiva ali organa kazniv, če je podano soglasje prizadetega in poseg sam ni povzročil več kot desetdnevnega bolovanja, trajne oslabitve organa in drugih posledic predvidenih v čl. 583 CP. V teh primerih tudi dano soglasje prizade-

tega ne oprošča kazenske odgovornosti. Brezpredmetna je tudi privolitev, če je poseg povzročil trajno okrnitev telesne celovitosti, kot to predvideva čl. 5 CC. Avgusta leta 1930 so na neki kliniki v Neaplju odvzeli nekemu mladeniču modo in ga z njegovim soglasjem presadili v telo nekega bogatega starca. Državni tožilec je obtožil zdravnike, ki so izvršili poseg, zaradi telesne poškodbe, starca pa za sodelovanje pri kaznivem dejanju oziroma za napeljevanje h kaznivemu dejanju. Sodišče v Neaplju je s sodbo, ki jo je potrdilo apelacijsko in kasacijsko sodišče, oprostilo vse obtožence, češ da dejanje ni kaznivo dejanje. Pri tem je sodišče oprlo svojo oprostilno sodbo na ugotovitev izvedencev, da tak poseg ne povzroča bolovanja daljšega od osmih dni in da presaditev oziroma odvzem moda ne more povzročiti nobenih motenj v organizmu mladega človeka.

Ta primer iz sodne prakse se omenja kot primer, ki ni v ničemer pripomogel k razjasnitvi problema, ker se je pač sodišče, opirajoč se na izvedeniško mnenje, rešilo zadeve, ne da bi se spuščalo v bistvo problema.

Drugačen je položaj, če gre za odvzem tkiva ali organa umrle osebe zaradi presaditve na drugo osebo. Tu prihajajo v poštev tista določila kazenskega zakonika, ki se nanašajo na skrunitev trupla. Dejanski stan skrunitve trupla vsebuje čl. 410 CP, dejanski stan poškodo-

vanja trupla pa čl. 411 CP. Vendar uporablja sodna praksa pri problemih v zvezi s transplantacijo čl. 413 CP, ki govori o nedovoljeni uporabi trupla.²² Določila Pravilnika mrliške policije (čl. 7 - 10) pa dopuščajo uporabo trupla za transplantacijo v primeru soglasja prizadetih, vendar samo v roku štirih do osmih ur po smrti. Ta določila pa v praksi dopolnjuje sklep, ki so ga sprejeli leta 1950 na kongresu sodne medicine v Rimu in ki dopušča transplantacijo le v univerzitetnih klinikah in institutih po določitvi posebne komisije in samo za posebne namene.

e) Transfuzija krvi

Pri transfuziji krvi, ki je načeloma transplantacija kot vsaka druga, ni posebnih pravnih problemov. Tudi tu gre sicer za prenos tkiva iz enega organa na drugega, vendar manjkajo vsi elementi kaznivega dejanja. Predvsem dajanje krvi ne povzroči trajne okrnitve telesne integritete, zato čl. 5 CC, ki sicer prepoveduje tako razpolaganje z lastnim telesom, ne prihaja v poštev. Prav tako transfuzija pri darovalcu krvi ne povzroča bolezni daljše od desetih dni, zato tudi čl. 582 CP ne prihaja v poštev. Odvzem krvi brez so-

²² Ta člen se glasi: Kdor v znanstvene ali didaktične namene secira ali drugače uporabi truplo ali njega del, se kaznuje, razen v primerih, dovoljenih z zakonitimi predpisi... (prevod R. S.)

glasja darovalca pa je seveda kaznivo dejanje nasilja nad zasebnikom po čl. 610 CP. Ta določa, da je kazniv vsak, ki s silo ali grožnjo nekoga prisili, da nekaj stori, trpi ali opusti. Zdravnik, ki bi nekoga prisilil, da da kri, bi bil torej kazniv po tem členu, razen v primeru skrajne sile.

Pač pa je transfuzija pravno relevantna, kolikor ta poseg sam pusti oziroma povzroči določene posledice. Po posebnem odloku²³, ki vsebuje predpise za izvajanje transfuzije, mora zdravnik, ki izvaja transfuzijo krvi, izpolniti določene pogoje tako glede darovalca krvi kot glede tistega, ki kri sprejme. Zdravnikova obveznost je v tem primeru dvojna. Pri darovalcu mora zdravnik predvsem poskrbeti za njegovo soglasje, da daruje kri. Razen tega količina dane krvi ne sme presegati 6 do 7 kub.cm na vsak kilogram telesne teže, oziroma več kot 500 kub.cm vsake tri mesece, oziroma 350 kub. cm vsak mesec. Strožji so predpisi, ki morajo biti izpolnjeni do tistega, ki kripsprejme. Predvsem mora zdravnik upoštevati indikacije in kontraindikacije, poskrbeti, da je kri absolutno in relativno ustrezna (da je kri zdravega človeka in obenem ustreznih lastnosti). Razen tega mora biti transfuzija izvršena tehnično brezhibno. Tako je zdravnik dolžan poskrbeti, da ne pride do strditve krvi, do zračne embolije, do infekcije itd. Zdravnik, ki izvaja

²³ Norme concernenti la trasfusione, il prelevamento e la utilizzazione del sangue umano, D. M. z dne 13. 12. 1937.

transfuzijo, odgovarja za vse posledice, nastale v zvezi s transfuzijo. Če ležeči zdravnik ni obenem zdravnik, ki izvaja transfuzijo, pa odgovarja tudi za izbiro zdravnika, kateremu poveri izvedbo transfuzije (culpa in eligendo).

II. Kazenska odgovornost zdravnika in pomožnih zdravstvenih delavcev za strokovno napako

1. Nevestno zdravljenje kot strokovna napaka.

Pojem, objektivni in subjektivni znaki dejanskega stana

V prvem poglavju je bil govor o kazenskopravni odgovornosti zdravnika za zdravniški poseg. Kazenska odgovornost zdravnika temelji na čl. 42 CP, ki določa, da je kazensko odgovoren za dejanje, ki je kot tako označeno v kazenskem zakoniku, vsakdo, ki dejanje stori bodisi z naklepom ali iz malomarnosti, kolikor seveda ni v posebnem delu kazenskega zakonika določeno, da se storilec kaznivega dejanja kaznuje samo za naklepno storjeno dejanje. Vprašanje civilnopravne odgovornosti ureja čl. 2236 CC, ki določa, da v primeru, ko gre pri kakšnem posegu za reševanje posebno težkih tehničnih problemov, storilec odgovarja samo za naklep in hudo malomarnost. To načelo velja seveda za civilnopravno, ne pa za kazensko odgovornost. Toda očitno je, da je to načelo zasebnega prava tako močno in pomembno, da

je prodrlo tudi v kazensko sodstvo. Kajti italijanska teorija citira odločbe italijanskih apelacijskih sodišč, ki so razsodila v tem smislu. Tako n.pr. odločba apelacijskega sodišča v Brescii z dne 28. XI. 1951²⁴ pravi, da je potrebno dokazovati naklep in hudo malomarnost samo v primeru, če je bil zdravniški poseg združen z reševanjem težkih tehničnih problemov. Če torej pri zdravniškem posegu ni zamotanih tehničnih problemov in gre za več ali manj preprost poseg, je podana odgovornost - civilna in kazenska - tudi za lahko malomarnost.

Kdaj je mogoče govoriti o strokovni napaki zdravnika, o tem seveda ni pozitivnega predpisa. Pač pa podaja teorija²⁵ klasifikacijo pravno relevantnih strokovnih napak zdravnika in drugega zdravniškega osebja. Najprej prihaja v poštev odgovornost zdravnika za diagnozo. Napake v diagnosticiranju predstavljajo prvo fazo zdravniške odgovornosti. Napačna diagnoza je sama po sebi sicer pravno irelevantna do tistega trenutka, ko se na podlagi te napačne diagnoze začne zdravljenje, ali pa sploh ne začne. Zdravnik zagreši strokovno napako v diagnosticiranju, če pride do napake zaradi izrazite nevednosti, neopravičljivega nepoznavanja osnovnih diagnostičnih metod, zaradi očitne nelogičnosti

²⁴ Introna: nav. d. str. 39.

²⁵ Introna: nav. d. str. 38 in Romanese R.: *Mannace di Medicina legale*, Utet, Torino, 1937.

pri sklepanju ali zaradi neupravičene uporabe nevarnih sredstev oziroma metod ^{pri} diagnosticiranju.

Z diagnozo je povezana prognoza in zdravnik lahko včasih odgovarja tudi za napako v prognozi (prognoza glede same bolezni, glede trajanja bolezni in glede ev. smrtnega izida), seveda samo kolikor so v zvezi z napako prognozo povezane škodljive posledice.

Pomembnejša je zdravnikova odgovornost za napako pri izbiri zdravstvene metode in izbiri zdravila. Možno je, da je bila izbrana prava zdravstvena metoda ali pravo zdravilo za bolezen, ki je bila nepravilno diagnosticirana, ali pa gre za izbiro nepravilne metode zdravljenja pri sicer pravilni diagnozi. Dejansko gre pri tem samo za drugi primer, za napako pri samem zdravljenju. Možnih je več primerov. Zdravnik izbere neprimerno metodo ali zdravilo, ki je samo po sebi neškodljivo. Bolnik zaradi tega ne utрпи nobene škode ali pa utрпи škodo, ker je bilo zamujeno pravočasno zdravljenje. Zdravnik uporabi ali predpiše škodljivo zdravilo, to je drugi primer. Tretji primer je podan, če zdravnik opusti zdravljenje, ki ni bilo neobhodno potrebno in zaradi tega ne nastane nobena škoda. Četrty primer: zdravnik opusti zdravljenje, ki je bilo neobhodno potrebno in zaradi tega pri bolniku nastanejo škodljive posledice. Peti primer: zdravnik sicer izbere pravilno metodo, vendar prekorači predpisane doze, kar ima škodljive posledice. Šesti primer: zdravnik izbere pravilno metodo in ne prekorači predpisane doze,

vendar ima njegovo ravnanje škodljive posledice. (Tu pa je večkrat mogoče govoriti tudi o nesrečnem naključju). In sedmi primer: zdravnik izbere še ne dovolj preizkušeno metodo.

Nekaj primerov iz prakse italijanskih sodišč kaže, kako se v praksi pojmuje zdravnikova strokovna napaka. "Zdravnikova krivda za strokovno napako se kaže v tem, da zdravnik ni uporabil preizkušenega zdravila, katerega daljša uporaba je dala številne pozitivne rezultate in to kljub posebnemu razvoju bolezni in fizični kondiciji pacienta, ker se v tem primeru smatra, da je podana vzročna zveza med zdravnikovo opustitvijo in posledico." "Zdravnik ne odgovarja na naklepno kaznivo dejanje, ker ni uporabil še nepreizkušenega načina zdravljenja in katerega uporaba bi lahko ne pa z gotovostjo rodila uspeh." "Ker pri vsaki poškodbi ni neobhodno potrebno dati serum proti tetanusu, je zdravnik, ki je obvezno dolžan nuditi prvo pomoč, odgovoren za opustitev tega samo v primeru, kadar nudi nujno pomoč."²⁶

Končno obstoji še odgovornost zdravnika za tako imenovano materialno napako, ki jo Introna pojmuje predvsem kot tehnično nespretnost.²⁷ Odgovornost zdravnika za tako napako prihaja največkrat v poštev, ker je napako v diagnozi in napako v izbiri zdravstvene metode navadno težko

²⁶ Po vrsti kot so primeri navedeni: sodba kasacijskega sodišča z dne 27. I. 1937, 17. X. 1952, 17. X. 1951, vse po Introni, nav. d., str. 193, 194.

²⁷ Introna, nav.d. str. 202-204, 206. Vsi dalje navedeni primeri iz teorije in prakse so povzeti po tem avtorju.

dokazati. Zato se strokovne napake pojavljajo največkrat kot materialne napake, t.j. v tehnično nepravilnem terapevtskem obravnavanju posameznih primerov. Nekateri primeri najbolj običajnih tehničnih napak so: zdravnik ne razkuži igle pred injekcijo; zdravnik injicira v mišice namesto v žilo ali obratno; pri injekciji povzroči poškodbo živca; injicira prehitro namesto počasi; povzroči embolijo pri transfuziji; zdravnik se pri transfuziji zmoti pri določanju krvne skupine. V okvir materialnih napak sodi tudi napaka pri receptiranju bodisi, da gre za pomoto, za dvoumno formulacijo, slabo pisavo, v opustitvi navodila za uporabo zdravila, v napačnih ustnih navodilih i.pod.

Nekaj primerov iz prakse: "Kazensko je odgovoren zdravstveni delavec, ki je pri injekciji zoper ishias z injekcijsko iglo zaradi neizkušenosti poškodoval živec in povzročil delno ohromelost." (Sodba kasacijskega sodišča z dne 3. VII. 1935). "Zdravnik, ki je dajal babici navodila za porod, ji je dal tudi tableto živosrebrne spojine, katero naj razstopi v vodi. Babica, ki ni nikoli videla takih tablet in ki je bila še nekoliko gluha, je dala porodnici tableto, raztopljeno v vodi, zaradi česar je porodnica umrla." Obsojena sta bila zdravnik in babica.

Poseben primer odgovornosti zdravnika predstavlja odgovornost za prekinitev zdravljenja. To kaznivo dejanje

je v italijanskem zakoniku izrecno navedeno v čl. 591 CP. (Zapustitev nedoletne ali nesposobne osebe)²⁸. Pod to določilo kazenskega zakonika pa se uvrščajo tudi ti-
sti primeri, ko zaradi predčasnega konca zdravljenja ali predčasne odpustitve iz bolnišnice nastanejo pri pa-
cijentu škodljive posledice ali celo smrt.

Aktualno je tudi vprašanje konflikta med pacientom in njegovimi sorodniki in zdravnikom, zato ga teoretiki seveda vsak po svoje rešujejo. Prav tako je pomembna odgovornost zdravnika kirurga za pacientovo stanje po operaciji in pomeni nezanimanje za pacienta podobno dejanje kot predčasno prenehanje zdravljenja. Pri tem je omeniti sodbo kasacijskega sodišča z dne 23. I. 1931, ki je izrecno določila, da odgovarja zdravnik kirurg za dejanje ali opustitev po samem kirurškem posegu.²⁹

Posebno vprašanje v zvezi z odgovornostjo za strokovno napako je vprašanje odgovornosti vodilnih zdravstvenih delavcev za strokovne napake njihovih podrejenih. Ven-
dar gre tu že bolj za civilnopravno in ne za kazensko odgovornost. Deloma urejajo to vprašanje določila čle-
nov 1228, 2048 in 2049 CC.

²⁸ Ta člen se namreč glasi takole: Kdor zapusti pod 14 let staro osebo, ki je zaradi duševne ali telesne bo-
lezni, starosti ali drugih vzrokov nesposobna, da bi skrbela sama zase, ali osebo, za katero je moral skrbeti ali jo zdraviti, se kaznuje....

²⁹ Introna: nav. delo, str. 270.

Člen 1228 CC določa, da tisti, ki se za opravljanje določenega dela poslužuje pomočnikov, odgovarja za vsako njihovo napako, za vsako določno in kulpozno ravnanje, razen če ni odgovornost izrecno pogodbeno izključena. Vendar pa se teorija glede odgovornosti zdravnikov postavlja na dvoje bistveno nasprotnih stališč. Nekateri se, sklicujoč se na navedeno določilo državlanskega zakonika, postavljajo strogo na stališče, da odgovarja zdravnik za vsako ravnanje pomožnega zdravstvenega osebja. Pri tem pa se seveda zastavlja vprašanje ali odgovarja tudi za svoje asistente - zdravnike in za medicinske sestre, ki predstavljajo samostojen zdravstveni poklic z določenim delokrogom dela; ali pa, da odgovarja zdravnik samo za res tehnično pomožno osebje (laboranti, bolničarji in podobni poklici). Bistveno nasprotno je drugo stališče, ki se odpira predvsem na francosko prakso in po katerem zdravnik ne odgovarja za svoje sodelavce. Pri tem je treba razlikovati tudi med posameznimi zdravstvenimi delavci, pri čemer nekateri razlikujejo zdravstveno osebje takole: v prvo skupino sodijo medicinske sestre in bolničarji; v drugo skupino najrazličnejši pripravniki; v tretjo skupino pa zdravniki, ki sicer nadomeščajo glavnega oziroma odgovornega zdravnika. Razen tega pa je treba razlikovati tudi med tistim pomožnim zdravstvenim osebjem, ki si ga sicer predstojnik sam izbere in med tistim, ki mu je bilo v okviru neke zdravst-

vene ustanove dodeljeno neodvisno od njegove volje. Nekateri avtorji pa povezujejo vprašanje odgovornosti z nadzorstvom nad pomožnim zdravstvenim osebjem. Pomožni zdravstveni delavci so v okviru svoje usposobljenosti in svojih nalog odgovorni za napake v okviru svojega dela, zdravnik pa je razen za svoje delo odgovoren tudi za njihovo delo, kolikor je sodeloval pri njih izboru, predvsem pa kolikor je sicer zanemaril obvezno nadzorstvo nad njihovim delom.

Italijanska sodna praksa gre svojo pot, ki je od primera do primera precej različna in ki predstavlja neko kombinacijo raznih teoretičnih načel. Praksa pa se vendarle bolj nagiba na tisto stran, ki postavlja civilno odgovornost pred kazensko odgovornost in pri tem odgovornost zdravnika tudi za vse pomožno zdravstveno osebje, s katerim sodeluje. Seveda se tudi praksa zaveda, da je absolutno in dosledno uporabljanje načela čl. 1228 CC, po katerem naj zdravnik v vsakem primeru odgovarja za vse ravnanje pomožnega zdravstvenega osebja, nevzdržno, posebno, če zdravnik ni imel nobene možnosti za izbiro tega pomožnega zdravstvenega osebja. Sodna praksa navadno ugotavlja solidarno odgovornost.

Tako se citira primer, ko je mati pripeljala na operacijo mandeljnov svojega otroka, z njim pa še drugega otroka, ki pa se je na hodniku bolnišnice izgubil. Ko ga je zagledal neki bolničar, ga je hotel prijeti,

otrok pa je zbežal in bolničar za njim, dokler ga ni ujel. Pripeljal ga je k zdravniku in ta ga je enostavno operiral, ne da bi se prepričal, ali je to otrok, ki bi ga moral operirati. Kaznovana sta bila zdravnik in bolničar zaradi kaznivega dejanja telesne poškodbe.

Načeloma torej velja, da odškodninsko odgovarja zdravnik za dolozno in kulpozno ravnanje svojih podrejenih, vendar pa obstoji tudi možnost, da se odgovornosti oprosti, če dokaže, da pri konkretni napaki pomožnega zdravstvenega osebja sploh ni mogel sodelovati. (N.pr.: bolničar se zmoti pri izbiri zdravila ali pa da pacientu preveliko dozo zdravila, seveda sam, brez sodelovanja zdravnika). Vendar je tudi v takih primerih včasih mogoče govoriti o zdravnikovi soodgovornosti, ker je mogoče govoriti tudi o strožjem nadzorstvu nad delom pomožnega zdravstvenega osebja. V primeru, da si je svoje sodelavce zdravnik sam izbral, odgovarja za malomarnost pri izbiri (culpa in eligendo). Pri tem se odškodninska odgovornost prepleta s kazensko odgovornostjo, ki ni izključena.

Povsem drugačen položaj pa je pri raznih pripravnikih in pri sodelavcih - zdravnikih. Za prve velja čl. 2048 CC, ki se glasi: Predstojniki in učitelji kakšnega poklica ali umetnosti odgovarjajo za škodo, ki jo povzročijo njihovi učenci, v času ko so pod njihovim nadzorstvom. Odgovornosti se oproste samo v primeru, če dokažejo, da

dejanja niso mogli preprečiti. Pri sodelavcih - zdravnikih pa predstojnik zanje ne odgovarja, razen v izjemnih primerih, kajti zanje velja njihova lastna, osebna odgovornost.

2. Odklonitev pomoči

Odklonitev pomoči pomeni v zdravstveni službi posebno vrsto nevestnega poklicnega dela. Obveznost zdravnika, da nudi pomoč tistemu, ki je zdravniške pomoči potreben, je v predpisih italijanskega prava uzakonjena. Vendar pa je ta snov urejena nesistematično in formalistično.

Člen 328 CP je splošen predpis, ki se nanaša na vse javne uslužbenke in ki predpisuje kazenske sankcije za tistega javnega uslužbenca, ki neupravičeno opusti, odkloni ali zamudi izvršitev nekega uradnega posla. Drugo določilo vsebuje čl. 593 CP, ki se glasi: Kdor najde zapuščenega ali izgubljenega otroka izpod desetih let ali drugo osebo, ki je zaradi starosti, duševne ali telesne bolezni nesposobna, da bi sama poskrbela za sebe in o tem takoj ne obvesti oblasti, se kaznuje... Z enako kaznijo se kaznuje tudi tisti, ki naleti na človeško telo brez znaka življenja, ali poškodovanca ali osebo v nevarnosti in opusti potrebno pomoč ali ne obvesti oblasti. Če zaradi takega naklepnega ravnanja nastopi telesna poškodba ali celo smrt, je kazen

dvojna. Končno je še določilo čl. 652 CP, ki predvideva kazen za vsakogar, ki ob potresu ali drugi nesreči ali ob zločinu brez upravičenega razloga odkloni svojo pomoč. In potem so še nekateri specialni predpisi, ki veljajo za zdravstvene delavce in ki so kodificirani v Zbirki sanitarnih predpisov.

Kdaj je torej zdravnik dolžan, da nudi svojo strokovno pomoč in kdaj v primeru opustitve te pomoči zagreši kaznivo dejanje? Če gre za uradnega občinskega zdravnika potem velja, da je ta dolžan nuditi pomoč ne samo tistim, ki imajo pravico do brezplačnega zdravljenja, temveč tudi vsem stalnim prebivalcem občine, kot to določa čl. 4 Zbirke sanitarnih predpisov. Če drugim odkloni pomoč, potem ne zagreši kaznivega dejanja po čl. 328 CP. Pa še v primeru opustitve pomoči tistim, katerim jo je dolžan nuditi, je po cit. členu kazniv samo v primeru, če gre za dejanje, storjeno z naklepom. Kajti to dejanje se kot kaznivo dejanje preganja samo v primeru dolozne izvršitve.

Zdravnik, ki svobodno izvršuje svoj poklic, je dolžan nuditi svojo pomoč razen v primerih nujne pomoči (po čl. 593 CP) tudi takrat, kadar mu tako obveznost naloži prefekt, ki sicer ne more drugače zagotoviti zdravniške pomoči (čl. 57 Zbirke sanitarnih predpisov). Nadalje takrat, kadar se na področju njegove občine pojavi nalezljiva bolezen ali epidemija (čl. 236 cit.

predpisov), ob potresu ali drugi podobni nevarnosti (čl. 652 cit. predpisov) in končno tudi takrat, kadar najde človeško telo brez znaka življenja ali poškodovanca oziroma osebo v nevarnosti (čl. 593 CP).

Za zdravnika, ki izvršuje privatno prakso, pa velja le slednje določilo, da je namreč dolžan nuditi pomoč le takrat, kadar naleti na človeka v nevarnosti oziroma poškodovanca.

V italijanski teoriji in praksi se precej razpravlja o tem, kako je razumeti besedo "najde", naleti, (trova). Odločba kasacijskega sodišča z dne 3. 7. 1935, se je postavila na stališče, da kaznivo dejanje zagreši zdravnik tudi takrat, kadar je obveščen, da se je neka oseba utopila, pa odkloni pomoč.³⁰ Beseda "najti" se torej ne pojmuje samo v ožjem smislu, da zdravnik sam osebno naleti na človeka, potrebnega pomoči, temveč veljajo vse sankcije tudi za zdravnika, ki je o nekem primeru obveščen. Povsem nasprotna pa je druga sodba kasacijskega sodišča (z dne 2. novembra 1938), v smislu katere zdravnik ne zagreši kaznivega dejanja, če je bil obveščen od drugih ljudi, ki so našli nekega poškodovanca ali osebo, pa odkloni potrebno pomoč.³¹ Sodna praksa ni rešila tega problema. Teoretiki pa si tudi v pogledu obsega pomoči niso edini. Prav tako koleba sodna praksa glede kvalifikacije posameznih kaznivih dejanj in sicer ali gre za kaznivo dejanje po čl. 328 CP (opustitev uradne

³⁰ Introna, nav. delo, str. 172

³¹ prav tam

dolžnosti ali po čl. 593 CP (opustitev pomoči). Penalizacija pa je različna in je po čl. 328 CP zagrožena kazen zapora do enega leta, pri kaznivem dejanju po čl. 593 CP pa samo kazen zapora do treh mesecev.

V praksi pa se pokaže, da se v primeru klicanja na odgovornost pojavljajo najrazličnejši izgovori, ki najdejo opravičilo v neenotni ureditvi zdravstvene službe in v tem, da praktično odgovarjajo samo uradni, občinski zdravniki, ne pa izvrševalci privatne prakse, ki imajo med zdravniki večino.

III. Kazenskopравни učinek privolitve pacienta ali druge upravičene osebe

Privolitev pacienta ali namesto njega druge upravičene osebe ima v zdravstvu velik pomen. To pa ne samo z zdravstvenega vidika, temveč tudi s pravnega stališča in to prav pri presojanju kazenskopravne ali civilnopravne odgovornosti zdravstvenega osebja. Kazenski zakonik že sam poudarja pomen privolitve in volje, saj izrecno določa, da je kazniv vsakdo, ki s silo ali grožnjo prisili drugega, da nekaj stori, trpi ali opusti. Vsako nasilje nad voljo je torej kaznivo. Na drugi strani pa čl. 50 CP določa, da ni kazniv tisti, ki uniči ali ogrozi neko dobrino, če je to storil s privoljenjem tistega, ki z njo veljavno razpolaga. V obeh

primerih je torej poudarjen element volje in razpolagalne pravice z neko dobrino. Že čl. 50 CP določa, da je podana nekaznivost, če gre za dobrino, s katero nede razpolaga. Potemtakem obstoje tudi dobrine, s katerimi ni mogoče razpolagati. Če se ozremo na medicinsko področje, nastane vprašanje, katere človekove dobrine, posamezni organi, telo, zdravje, so tiste, s katerimi človek lahko sam razpolaga. Do katere meje se torej upošteva razpolagalna pravica vsakega posameznika z nekaterimi njegovimi dobrinami? Do katere mere je soglasje pacienta za nek določen medicinski poseg upoštevano in odločilno in kdaj je privolitev pravno irelevantna?

Omejitve razpolagalne pravice so v zakonitih predpisih, predvsem v kazenskem zakoniku, pa tudi v državljanem zakoniku in smo nekatere že omenili (glej spredaj k I. 2. c, č). Nadaljnji primer vsebuje čl. 579 CP, kjer je govor o uboju s soglasjem žrtve. Ta člen pravi: "Kdor povzroči smrt človeka z njegovim soglasjem, se kaznuje..." V tem primeru je res podana milejša penalizacija, razen če gre za mladoletnika pod 18 leti, za umobolno osebo ali osebe, kateri je bilo soglasje doseženo s silo, grožnjo ali sugestijo. Prav tako je razen za nagovarjanje k samomoru kazniv po določilu čl. 580 CP tudi tisti, ki "na kakršenkoli način pomaga pri izvršitvi samomora". Tudi tu gre za lastno voljo samomorilca, vendar je pomoč pri samomoru v kakršnikoli obliki

kazniva. Povzročitve telesne poškodbe s privolitvijo poškodovanca kazenski zakonik ne pozna kot posebno kaznivo dejanje. Zato velja za te primere načelo, ki ga izraža čl. 582 CP, ki določa, da se storilec kaznuje na zasebno tožbo, če zdravljenje ni trajalo več kot 10 dni. V primeru daljšega bolovanja pa gre za oficialno pregonljiv delikt in nima soglasje poškodovanca nobenega pomena.

Teorija si je pri vprašanju razpolagalne pravice v glavnem enotna. Pravni teoretiki se razhajajo glede vprašanja telesnih poškodb, pri čemer nekateri zagovarjajo pravico razpolaganja vsakega posameznika z lastnim telesom. To je tako imenovana že omenjena teorija soglasja. Pri tem se predstavniki te teorije sklicujejo na nekatere športne panoge, ki so dovoljene, čeprav groze udeležencem resne nevarnosti. (Avtomobilske dirke, smučarski skoki). Seveda pa se italijanska pozitivna zakonodaja postavlja na stališče telesne celovitosti, ki predstavlja odločilen kriterij.

Toda v zdravstvu je bolj kot pri navedenih primerih vprašanje pacientove privolitve pomembno pri nekaterih težjih zdravniških posegih v človeški organizem. Razen že navedenega čl. 5 CC in čl. 50 CP je še neko določilo ustave. Člen 33 italijanske ustave namreč določa: Nihče ni dolžan podvreči se zdravniškemu posegu, razen v primerih, ki jih določa zakon. Vendar pa tudi zakon v nobe-

nem primeru ne more prekoračiti omejitev, ki izvirajo iz spoštovanja človekove osebnosti. Obveznost zdravljenja velja v glavnem le za nalezljive bolezni. Drugih pozitivnih predpisov ni. Zato je pač italijanska teorija tudi posvetila toliko pozornosti privolitvi pacienta in je razne možne kombinacije vskladila v neke tipične primere.

Če gre za navadno bolezen, potem je smatrati, da že poziv zdravnika vsebuje pooblastilo zdravniku, da uporabi vsa sredstva zdravljenja, ki jih šteje za primerna. Če gre za hujšo bolezen, potem sam poziv zdravnika in njegov obisk ne vsebuje pooblastila za vse posege. Zdravnik naj bi bil v tem primeru dolžan pojasniti vse posledice nekega kompliciranega in nevarnega posega in zahtevati izrecno odobritev zanje. Poseben primer lahko nastane pri neki operaciji. Če kirurg med operacijo spozna, da bi bilo treba poseči dalje, kot je bilo predvideno in razširiti poseg tudi na drug organ, potem ne bi bil upravičen razširiti operacije še na drug organ, razen če ne bi bila podana izrecna življenjska nevarnost. V primeru pacientove nezavesti, ko niti od njega niti od svojcev ni mogoče dobiti potrebnega soglasja za določen zdravniški poseg, pa naj bi bil zdravnik dolžan podvzeti vse ukrepe, tudi nevarne in brezupne, kakor mu jih nalagata zdravniška veda in zdravniška etika.

Zdravnik naj bi bil torej pri posegih v pacientovo telo močno omejen. Prekoračitev pacientovega pooblastila predstavlja kaznivo dejanje in ima za posledico kazensko odgovornost za telesno poškodbo oziroma lahko celo za uboj, če je pacient umrl.

Tudi sodna praksa zastopa enaka stališča, kar je razvidno iz naslednjih primerov sodnih odločb. Odločba kasacijskega sodišča z dne 29. maja 1916 pravi: "Zdravnik ne more nad pacientom izvršiti operacije, če nima za to privoljenja pacienta ali njegovega zakonitega pooblaščenca." Sodba apelacijskega sodišča v Milanu z dne 18. aprila 1939 pa pravi: "Preden začne z zdravljenjem ali operacijo, mora zdravnik dobiti soglasje pacienta. Tako soglasje je navadno vsebovano že v tem, ko se pacient zateče k zdravniku, vendar pa je ta dolžan opozoriti pacienta na vse nevarnosti združene z zdravljenjem ali operacijo, in ni upravičen podvzeti zdravljenja ali operacije brez izrecnega soglasja, razen kadar grozi smrtna nevarnost." Odločba kasacijskega sodišča z dne 21. julija 1939 pa pravi: "Pomanjkanje privoljenja staršev za operacijo otroka nima za posledico civilne odgovornosti kirurga, če med pomanjkanjem soglasja in smrtjo otroka ni vzročne zveze."³²

Samo posredno je še pomembno vprašanje, kdo lahko da privoljenje in kateri pogoji morajo biti izpolnjeni, da je privoljenje veljavno.

³² Introna, nav. delo, str. 28

IV. Problem evtanazije

O vprašanju evtanazije, ki se v teoriji pojmuje kot uboj na smrt bolne osebe, izvršen iz usmiljenja, na njeno prošnjo ali z njenim soglasjem, je bilo deloma govora že v zvezi s kazenskopравnim učinkom soglasja pacienta ali druge upravičene osebe. V že omenjenem členu 579 CP je izrecno določeno, da se v primeru uboja, izvršenega v soglasju z žrtvijo, obteževalne okoliščine uporabljajo samo v primeru, če gre za uboj mladoletne osebe, slaboumne osebe ali osebe, pri kateri je bila privolitev dosežena s silo, grožnjo, sugestijo ali zvijačo. Prav tako se ne uporabljajo splošne obteževalne okoliščine, ki jih predvideva čl. 61 CP. In prav tako obstoji možnost uporabe splošnih olajševalnih okoliščin iz čl. 62 CP, v katerem je določeno, da se te okoliščine lahko upoštevajo, če je bilo kaznivo dejanje storjeno iz posebnih moralnih ali socialnih nagibov. Toda vse to se nanaša le na kaznivost. Sicer pa je tudi evtanazija uboj in se kot tak po kazenskem zakoniku tudi obravnava. Obrazložitev osnutka kazenskega zakonika pa vendar kaže, da je obstojalo prizadevanje nekaterih za legalizacijo evtanazije, ker se je pri skupščinski debati poročevallec izrecno postavil na drugačno stališče in sicer na tako, kot je bilo kasneje sprejeto v končno redakcijo kazenskega zakonika.³³

³³ Introna, nav. delo, str. 271

Zanimivo je, da se tudi večina italijanskih teoretikov postavlja na enako stališče, kot ga izraža veljavni kazenski zakonik. E. Morselli meni, da je tudi uboj iz usmiljenja uboj, ker nihče ne more razpolagati z življenjem drugega.³⁴ Palmieri in Introna še poudarjata, da razen tega, da ni mogoče razpolagati z življenjem drugega, tudi medicina nikoli ne more točno in dokončno izreči, da je nekdo neozdravljivo bolan. V dokaz svoje trditve navaja Introna primer obsojenca, ki je bil leta 1954 pomiloščen in odpuščen s prestajanja dosmrtna zaporne kazni. Razlog za odpust naj bi bila obolelost za rakom in tudi v prošnji za pomilostitev je izrazil samo željo, da bi umrl doma. Mesec dni po odpustu iz zapora pa se mu je njegovo zdravstveno stanje popravilo, po nekaj mesecih pa je bil povsem zdrav. Praktično vsi italijanski kriminalisti nasprotujejo načelom, ki jih je sprejel kongres za legalizacijo evtanazije leta 1948 v Londonu. Sicer pa tudi italijanska sodna praksa na tem področju ne pozna problemov.

V. Medicinski poskusi na človeku s stališča kazenskega prava

Uvodoma lahko ugotovimo, da italijansko pozitivno pravo izraža nedopustnost kakršnegakoli eksperimentiranja

³⁴ Morselli, *Uccisione pietosa*, Torino 1923.

s človeškim telesom, ker vsak tak poskus pomeni kršitev človekove osebnosti, telesne integritete in veljavnega pravnega reda. Interesi posameznika so v tem pogledu postavljeni nad interese družbe. Izjeme od tega načela so samo direktno ali indirektno dovoljene z izrecnimi predpisi. (N.pr. poskusna cepljenja, razne tvegane operacije in podobno).

Pri tem pa teorija³⁵ razlikuje tako imenovano čisto eksperimentiranje, v znanstvene namene na zdravem človeku in eksperimentiranje, diagnostično ali terapevtično, ki se izvaja na bolnem človeku, običajno izvrševano v interesu te ali druge bolne osebe. Eksperimentiranje na zdravem človeku je vsekakor nedopustno, ker povzroči na zdravem človeku določeno bolezen ali poškodbo. To pa predstavlja kršitev človekove integritete in s tem kaznivo dejanje. Res pa je, da je pri uvajanju novih zdravstvenih metod ali novih zdravil potrebno preiti od poskusov v laboratorijih k poskusom na ljudeh. Ta prehod od laboratorija na ljudi pa mora vendar biti tak, da ni prezgoden in da ne povzroča neposredne nevarnosti za zdravje ljudi. Pri poskusu na določenem človeku pa gre običajno bolj za preizkušanje diagnostičnih in terapevtskih metod in ne za znanstveni poskus. Vsekakor pa je uporaba takih metod in sredstev, ki so nove in povsem neznane in ki še niso bile dolgo preizkušane

³⁵ Introna: nav. delo, str. 241

na živalih, nedopustna in kazniva. Če pa gre za uporabo sredstev in metod, ki še niso prekoračile strogo eksperimentalne faze, potem je treba vsekakor vrednotiti in primerjati težino pacientove bolezni, uspešnost že znanih metod in sredstev ter nevarnost novih metod in novih sredstev. Čim težje je bolnikovo zdravstveno stanje, tem večji riziko je dopusten. Če gre za tak poskus na določenem bolniku, pa se seveda postavlja tudi vprašanje njegove privolitve, ki mora biti dana v vsakem primeru. Sicer pa tudi tu lahko uporabimo že večkrat omenjeno načelo čl. 5 CC.

Prvo vprašanje se torej nanaša na to, ali in kdaj je medicinski poskus na človeku dovoljen. Drugo je vprašanje pacientove privolitve. Tretje pa je vprašanje etične in kazenske odgovornosti zdravnika za vsak, kakršenkoli poskus na človeku. Strogo znanstveno eksperimentiranje na človeku je nedopustno, nekaznivo samo v primeru, če ne pusti oziroma povzroči nobenih resnih poškodb ali bolezenskih posledic. V vsakem primeru mora biti dano soglasje prizadete osebe, pa še to z omejitvijo, da v določenih primerih soglasje ni možno, oziroma je tudi dano soglasje pravno irelevantno. Za poskuse na konkretnem pacientu pa velja, da so ti možni samo v primeru resnih obolenj, ki jih sicer z že znanimi metodami in sredstvi ni mogoče ozdraviti.

Če se torej zdravnik teh načel ne drži, je kazensko odgovoren. Od kazenske odgovornosti ga utegne oprostiti kvečjemu poseben terapevtski ali diagnostični uspeh. Če pa se poskus pokaže kot neučinkovit, pa tudi sicer ni povzročil škode, je mogoče zdravnikovo dejanje kvalificirati kot nasilje. Neuspeh poskus brez škodljivih posledic ne povzroča kazenske odgovornosti.

V. Razmerje med kazenskopravno in odškodninsko odgovornostjo

V predgovoru h knjigi Francesca Introne ugotavlja prof. Aldo Franchini pojav, ki je značilen za vse kulturne narode. Bolj kot medicina izgublja tradicionalne položaj in nekdanji prestiž, bolj kot okoli zdravnika in zdravljenja izginja skrivnostni čar in se sodobna medicina socializira, bolj se zaostruje tudi vprašanje odgovornosti zdravnikov za njihovo delo. Zdravstveno osebje ni več v privilegiranem položaju in je podvrženo kontroli ne samo svojcev pacientov in njih samih, temveč tudi družbe. Zato se tudi v Italiji veča število kazenskih procesov proti zdravstvenemu osebju. Zdravniki in njihovo pomožno osebje vse pogosteje odgovarjajo pred sodišči za strokovne napake. Toda prav strokovno napako je najteže dokazati. In zato se veliko kazenskih procesov zoper zdravnike konča z oprostitvijo in pridejo pod udar kazenskega zakonika najbolj preprosti primeri,

kjer gre za kazniva dejanja, ki jih lahko zakrivijo ne samo zdravniki, temveč tudi drugi. Izjema velja le za splav, ki se v primeru, da ga izvrši zdravnik, kazensko dosledno preganja. Namesto kazenske odgovornosti pa se v italijanskem pravu zato vse bolj ostreje postavlja vprašanje civilnopravne, odškodninske odgovornosti, ki je seveda še strožja od kazenske odgovornosti. To izhaja tudi iz teorije. Introna na primer v svojem citiranem delu, kjer sicer primarno razpravlja o kazenski odgovornosti zdravnikov in zdravstvenega osebja, vse bolj poudarja civilnopravno odgovornost z vspeorednim citiranjem določb kazenskega in državlanskega zakonika. Tudi vrsta citatov, odločb apelacijskih in kasacijskega sodišča v tej knjigi kaže, da se pri vprašanju odgovornosti zdravstvenega osebja, italijanska sodišča bolj ukvarjajo z vprašanji civilnopravne kot pa kazenske odgovornosti. Težave povzročajo prav gotovo tudi dejstvo, da ta snov ni sistematično urejena niti v kazenskem niti v civilnem pravu in da so celo tista kazniva dejanja zdravnikov, ki jih lahko zagreše le pripadniki tega poklica, raztresena v raznih poglavjih kazenskega zakonika. Teorija zato utemeljeno postavlja zahtevo, da bi ta vprašanja enotno in sistematično uredila. Seveda v praksi, ki hodi včasih svoja ali celo samosvoja pota.

Pri tem ni treba poudariti, da se kazenska in odškodninska odgovornost med seboj ne izključujeta.

B. GERMANSKA -

SREDNJE EVROPSKA SKUPINA

AVSTRIJA

dr. A. Šelih

NEMČIJA

dr. P. Kobe

ŠVIČA

dr. A. Šelih

A V S T R I J A

I. Kazenskopravni značaj in učinek zdravniških posegov

1. Zdravniški poseg kot redna oblika zdravniškega poklicnega dela

Čeprav se je razvijalo avstrijsko kazensko pravo čisto pod bolj ali manj izrazitim vplivom nemškega kazenskega prava, je pri obravnavanju pojma zdravniškega posega zavzelo drugačno, mnogo bolj realistično stališče. Zdravniški poseg nikoli ni sam po sebi veljal za telesno poškodbo; če je uspel, ga ni mogoče šteti za poškodbo, če ni uspel, pa praviloma ni protipraven.¹ Tako stališče, ki mnogo bolj odgovarja tudi socialni naravi dela zdravnika, omogoča bolj prožne rešitve problemov, povezanih z odgovornostjo zdravnikov in zdravstvenih delavcev.

Obseg zdravniškega posega pravilno pojmujejo že nekateri starejši avtorji dokaj široko.² To pomeni ne le operativne posege temveč terapijo v celoti, pa tudi diagno-

¹ Rittler, Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts, Wien, 1962, II, str. 54, drugačno stališče zagovarja Foltin E. Arzt und Strafrecht, Gerichts - Zeitung, Sondernummer, Wien, August, 1925, str. V.

² Foltin, n.d., str. V

stiko. Uspeh ali neuspeh po Foltinovem mnenju ni mogoče presojati izolirano, ampak le v zvezi z izboljšanjem pacientovega zdravstvenega stanja v celoti.

Zdravnikovo odgovornost ureja avstrijski kazenski zakonik (v nadaljevanju: ÖStGB, iz leta 1852 s kasnejšimi spremembami) drugače kot večina drugih. Novela iz leta 1937 je uvedla namreč posebne določbe za primer strokovne napake, odklonitve pomoči ter nekaterih drugih specialnih posegov, povezanih zlasti s splavom. Odgovornost zdravnika je torej urejena posebej tako, da se do določene mere upošteva tudi specifičnost zdravniškega dela kot posebnega poklica.

2. Posebni primeri zdravniških posegov

- a) Večina avstrijskih teoretikov meni, da je kozmetične operacije, pri katerih namen zdravljenja sicer ni tako jasno izražen kot pri pravih zdravniških posegih, vendarle mogoče uvrščati mednje. Izboljšanje zdravstvenega stanja ne pomeni namreč le izboljšanja fizičnega stanja, ampak tudi izboljšanje počutja človeka.³

³ Malaniuk W. Das Verfügungsrecht über den eigenen Körper, Juristische Blätter, Wien, 1959, H. 20/21 str. 524. Po mnenju J. Milčinskega ni medicinske indikacije za ta poseg le, če pojmujeemo zdravje ozko

- b) Problem umetne oploditve doslej - kolikor smo mogli ugotoviti - ni zainteresiral avstrijskih pravnikov oziroma zdravnikov, ki bi ga presojali ne samo s čisto zdravniške platí, temveč glede na njegovo etično, moralno in pravno vsebino.
- c) Pač pa ni nobenega dvoma o tem, da štejejo sterilizacijo in kastracijo za kaznivo kot naklepno hudo telesno poškodbo ne glede na morebitno privolitev tistega, na katerem se ta poseg izvrši. Podobno meni tudi Nowakowski, da sterilizacija le tedaj ni protipravna, če je zdravniško indicirana.⁴
- d) Umetni splav je sam po sebi načeloma kazniv. Subjekt tega kaznivega dejanja je noseča ženska sama, če je vanj privolila, prav tako pa tisti, ki pri dejanju pomaga, ga izvrši, ali jo k temu napeljuje. Tako ureditev je sprejel "ÖStGB že v svoji prvotni obliki, leta 1937 pa je bilo obravnavanje umetnega splava

somatsko. Ob sodobnem psihosomatskem pojmovanju človeka kot subjekta zdravljenja in ob splošno priznani, pri Svetovni zdravstveni organizaciji sprejeti definiciji zdravja (popolno fizično, psihično in socialno blagostanje) pač ni več problema pri uvrščanju reparativne, zlasti kozmetične medicine med oblike zdravljenja.

⁴ Prim. Malaniuk, n.d. str. 525, Nowakowski F. Das Österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, Graz, 1955, str. 137 - 138.

nekoliko novelirano. Novela iz tega leta je namreč določila, da je dejanje tistega, ki izvrši umetni splav, da bi s tem rešil zdravje ali življenje matere, prestop, če se na skrben in vesten način ne prepriča, da je tak poseg potreben. Ta določba odpira možnost umetnega splava zaradi medicinske indikacije. Malaniuk kritizira to ureditev zaradi tega, ker dopušča po njegovem mnenju zlorabe,⁵ saj ni nobenega organa, ki bi po posebej določenem postopku ugotavljal, ali res obstoja medicinska indikacija za izvršitev splava ali ne. To vprašanje je do priključitve Avstrije (1938) urejal "zakon za varstvo nastajajočega življenja", ki pa danes ni več v veljavi.

Vse ostale indikacije Malaniuk odločno odklanja, ker se pri tem postavlja bolj ali manj določno na stališče katoliške cerkve, ki zavrača socialno, etično ali evgenično indikacijo z utemeljitvijo, da nihče nima pravice odvzeti življenja še nerojenemu otroku.

V nasprotju z njim pa je Seelig še leta 1925. menil, da je treba socialno indikacijo vključiti v pojem medicinske indikacije, ker gre pri obeh razlogih za seloto, ki je ni mogoče ločiti.⁶

⁵ Malaniuk, W. Die Abtreibung und verwandte Delikte als Rechtsproblem, Wien, 1956, str. 68.

⁶ Seelig E. Das Fruchtabtreibungsproblem und der Notstandparagrah, Gerichts - Zeitung, Sondernummer, August 1925, str. XVI - XIX.

II. Kazenska odgovornost zdravnika in pomožnih zdravstvenih delavcev za strokovne napake

1. Predmet kazenskopravnega varstva

Na področju, ki nas zanima, varuje kazensko pravo na različne načine vendarle vedno iste vrednote. Tudi avstrijsko kazensko pravo skuša zavarovati posameznikovo življenje in njegovo zdravje pred protizakonitimi posegi zdravnikov. Predmet varstva je torej enak kot v ostalih kazenskopravnih sistemih, ki jih obravnavamo, pač pa je avstrijsko kazensko pravo ubralo lastne poti in načine pri reševanju teh vprašanj.

2. Nevestno zdravljenje kot strokovna napaka v pravem pomenu

Avstrijska doktrina in praksa ne štejeta - kot smo že omenili - zdravniškega posega za telesno poškodbo. Po Rittlerjevem mnenju⁷ pri posegu, ki uspe, ni podan dejanski stan telesne poškodbe, ker obstoja namen zdravljenja; neuspeh poseg sam po sebi pa še ni kazniv, ker praviloma ni protipraven. Zdravniški poseg, ki ni uspel in katerega posledica je telesna poškodba ali smrt pacienta, lahko postane protipraven, če ni bil indiciran, ali če ni bil izvršen lege artis.

⁷ Rittler, n. d., str. 54.

Zdravnikovo odgovornost obravnava avstrijski kazenski zakonik ločeno kot posebno poklicno odgovornost.⁸

Zdravnike deli pri tem v kirurge in terapevte (Wundärzte und Heilärzte) - ta razlika pa pomeni danes le še različne metode dela. Odgovornost zdravnika nastane tedaj, če izvrši zdravnik tako napako, ki jasno kaže njegovo strokovno neznanje in je zaradi tega nastala huda telesna poškodba pacienta, ali pa je pacient celo umrl. Za strokovno napako v tem, lahko bi rekli ožjem pomenu, štejejo avstrijska sodišča napake v diagnostiki, terapiji in kirurške napake (člena 356 in 357 ÖStGB). Za vse druge napake, ki so posledica zdravnikove malomarnosti in bi utegnile ogroziti pacientovo zdravje ali življenje, pa je judikatura sprejela stališča, da gre za kazniva dejanja povzročitve splošne nevarnosti (člena 335 in 431 ÖStGB). S tem se seveda pomen specialnih deliktov močno zmanjša.

Ob tem vprašanju naletimo na posebnost avstrijskega kazenskega prava, ki je za našo problematiko zlasti zanimiva. Avstrijski kazenski zakonik namreč ne definira malomarnosti v splošnem pomenu. Ta oblika krivde ni nikjer definirana kot splošni inštitut kazenskega prava, ampak je določena le pri posameznih kaznivih dejanjih. Avstrijski kazenski zakonik zato ne pozna telesne

⁸ Tako obravnavanje je uvedla novela iz leta 1937.

poškodbe ali uboja iz malomarnosti kot posebnega kaznivega dejanja, pozna pa ogrožanje življenja in telesne varnosti iz malomarnosti (člena 337 a in 432 ÖStGB).

Malomarnost je zanj določena samo pri posameznih kaznivih dejanjih in pri teh je definirana na različne načine. Najbolj splošno določbo o malomarnosti vsebuje 335. člen ÖStGB (splošna določba o prestopkih in prekrških zoper varnost življenja). Tu so inkriminirana dejanja, pri katerih bi storilec lahko glede na njihove naravne posledice, ki so vsakomur znane, glede na predpise, ali glede na svojo zaposlitev ali poklic spoznal, da povzročijo (ali lahko povzročijo) nevarnost za življenje ali zdravje ljudi, ali za njihovo varnost. Kriterij za odgovornost je tu torej bodisi "povprečen človek" ali pa dolžnosti in spoznanja, ki izhajajo iz storilčevega poklica. Kot pregrešek so inkriminirana dejanja, pri katerih nastopi kot posledica smrt, če pa je posledica huda telesna poškodba, gre za prestopek.⁹

Kriterij za posebno poklicno odgovornost zdravnika je določen v 356. členu ÖStGB, ki določa kaznovanje zdravnika, ki izvrši pri zdravljenju take napake, ki jasno kažejo njegovo neznanje (... Fehler begangen hat, aus welchen Unwissenheit am Tage liegt...)

⁹ Prim. Nowakowski n.d. str. 144 - 145. Nowakowski izvaja pojem zavestne malomarnosti iz določb 335. člena ÖStGB.

Zanimiva je sankcija za ta pregrešek, oziroma prestopok: prepoved opravljanja poklica vse dotlej, dokler storilec ne položi na univerzi izpita, ki kaže, da se je njegovo strokovno znanje tako izboljšalo, da ga lahko začne znova opravljati.

Končno je treba omeniti še posebno kaznivo dejanje, ki ga pozna avstrijsko kazensko pravo - zanemarjanje bolnika, katerega zdravljenje je zdravnik prevzel (358. člen "ÖStGB). Če ga je bistveno zanemaril in povzročil poslabšanje njegovega zdravja, obstoja prestopok, če je posledica huda telesna poškodba ali smrt pacienta, pa gre za pregrešek in se uporabijo za izrek sankcije določbe 335. oziroma 337. člena "ÖStGB. Pojem zanemariti ni definiran in ga mora sodišče vsakokrat posebej določati.

3. Odklonitev pomoči

Odklonitve pomoči kot posebnega kaznivega dejanja avstrijski kazenski zakonik ne pozna. Primere odklonitve pomoči uvrščajo med dejanja, ki so penalizirana s splošno določbo o povzročanju dejanj, ki ogrožajo varnost ljudi (335. in 431. člen "ÖStGB).¹⁰ To kaznivo dejanje je namreč mogoče izvršiti s storitvijo in opustitvijo.

Po Rittlerjevem mnenju¹¹ je odklonitev pomoči mogoče

¹⁰ Prim. Nowakowski n.d. str. 145

¹¹ Prim. Rittler n.d. str. 56

penalizirati le, če gre za odklonitev prve pomoči ob smrtni nevarnosti. To dolžnost je mogoče izvesti le iz zakona o zdravnikih, zelo sporno pa je, ali izhaja kakšna širša dolžnost nudenja pomoči iz zdravniške prisega same. Nowakowski tega stališča ne zastopa.¹²

III. Kazenskopравни učinek privolitve pacienta ali druge upravičene osebe

1. Načelno stališče o privolitvi

Avstrijsko stališče o privolitvi odraža splošno priznano spoznanje, da posega zdravniški poseg v dobro, katere zaščito in integriteto ni mogoče prepustiti samo posamezniku. Privolitev oškodovanca načeloma ne izključuje protipravnosti posega v življenje in zdravje. To stališče je povsem jasno, če gre za hudo delstvo (4. člen ÖStGB). Nekateri avtorji menijo, da se načelo "volenti non fit iniuria" ne nanaša na pregreške in prestopke in da takšen poseg ni protipraven, če obstoja privolitev oškodovanca.¹³ Nowakowski pa ugotavlja v svojem delu, da tako sklepanje ni mogoče. Po njegovem mnenju izključi privolitev protipravnost le v primerih, kadar dejanje (n.pr. zdravniški poseg), za katero se daje, ne vpliva na tiste sposobnosti

¹² Prim. Rittler, n.d. str. 56

¹³ To stališče zagovarja Malaniuk n.d. str. 524

oškodovanca, ki so pomembne tudi za družbo.¹⁴

Značilno za avstrijsko stališče glede privolitve pacienta pri zdravniškem posegu je, da rešuje to vprašanje kazenski zakonik sam (499 a člen "ÖStGB po noveli iz leta 1937). Rešitev kazenskega zakonika jasno kaže, da zdravniški poseg ni telesna poškodba niti tedaj, če ni privolitve pacienta. Če izvrši zdravnik poseg brez privolitve, gre za samovoljen poseg z namenom zdravljenja, ki je prekršek sui generis. Protipravnost je izključena pri zdravniškem posegu tudi tedaj, če zdravnik ni mogel pravočasno dobiti pacientove privolitve, ne da bi s tem resno ogrozil njegovo življenje ali zdravje.

3. Obvezno zdravljenje

Zdravljenje je, kot smo že omenili, načeloma pravica pacienta in ne njegova dolžnost. Obvezno zdravljenje, ki pomeni izjemo od tega načela, je predvideno le v primerih bolezni, ki pomenijo posebno nevarnost za ljudi. Takšna dolžnost pa je v Avstriji določena za spolne in nekatere nalezljive bolezni in seveda za nekatere vrste cepljenj.

¹⁴ Prim. Nowakowski n.d. str. 63 in str. 137 - 138.

IV. Problem evtanazije

Evtanazija je seveda prepovedana. Kazenski zakonik pa obravnava uboj iz usmiljenja kot privilegirano obliko uboja, prav tako pa tudi uboj na zahtevo. Vsi teoretiki kazenskega prava se zavedajo, da evtanazija ni predvsem pravni problem, ampak da gre za vprašanje, ki se dotika najglobljih problemov zdravniške etike in morale. Večina med njimi odklanja tudi uboj iz usmiljenja kot privilegirano obliko uboja, ki je bila uvedena z novelo ÖStGB 1927. Glavni argument, ki ga navajajo, je subjektivnost elementa, ki je določen kot okoliščina, ki privilegira uboj. Po Malaniukovem mnenju obstoja prevelika možnost zlorab pri ugotavljanju ali je storilec ravnal resnično iz usmiljenja¹⁵. Rittler in Malaniuk nasprotujeta tudi pravici zdravnika do tako imenovane Sterbehilfe,¹⁶ ki jo Binding in psihiater Hoche predlagata kot posebno obliko evtanazije, ki bi naj bila dovoljena. Malaniuk meni, da je zahteva po zaščiti bolnikovega življenja splošna moralna norma, ki je ni mogoče kršiti z dovolitvijo posegov, katerih namen je skrajšanje človekovega življenja. Tudi on pa ne more mimo dejstva, da je dovoljen zdravniški poseg, katerega glavni namen je sicer zdravljenje, ki pa pomeni hkrati tudi krajšanje

¹⁵ Malaniuk, n.d. str. 523.

¹⁶ Malaniuk, n.d. str. 524.

bolnikovega življenja, če je namen lajšanja bolečin primaren.

V. Medicinski poskus na človeku

Pri obravnavanju tega vprašanja so avstrijski pisci, ki se z njimi ukvarjajo, dokaj previdni in skušajo omejiti pojem medicinskega poskusa na človeku tako, da bi ne bile več možne zlorabe, ki jih poznamo iz obdobja druge svetovne vojne.

V avstrijski kazenskopravni teoriji se ukvarja z vprašanji zdravniškega poskusa na ljudeh H. Gebauer¹⁷; autor poudarja predvsem, da je treba ločiti zdravljenje (in zdravniški poseg) od zdravniškega poskusa, ki mu - povsem upravičeno - odreka namen zdravljenja, ki je sicer temeljna vsebinska sestavina zdravniškega posega.

Opravičenost in dopustnost takega eksperimenta je treba iskati drugje. Edini razlog, ki po Gebauerjevem mnenju izključuje protipravnost zdravniškega posega na ljudeh (ki ima za posledico telesno poškodbo ali škodo na zdravju), je privolitev tistega, na katerem se poskus izvrši. Znanstvene ali raziskovalne pobude eksperimentatorja, katerih cilj je določeno znanstveno

¹⁷ Gebauer, Zur Frage der Zulässigkeit Ärztlicher Experimente, Wien, 1949, str. 55.

odkritje, ne morejo opravičiti medicinskega poskusa, če ni izvršen s popolno, prostovoljno in zavestno privolitvijo osebe, na kateri se poskus izvrši. Pri tem pa nastaja seveda vprašanje, ali je mogoče privoliti v dejanje, ki objektivno pomeni telesno poškodbo. V zvezi s tem meni Gebauer, da je taka privolitev v izjemnih primerih možna in dopustna, enako kot so zaradi velikih koristi dopustne tudi različne dejavnosti, ki pomenijo sicer vedno potencialno nevarnost.¹⁸

Po materialni plati zahteva Gebauer za dopustnost zdravniškega poskusa, da ne nasprotuje dobrim običajem, da je v skladu z načeli zdravniške etike in končno, da povzroči pri poskusni osebi samo lažjo telesno poškodbo. Ta zadnja zahteva je po Gebauerjevem mnenju v skladu tudi s formalno določbo avstrijskega kazenskega prava, ki smiselno šteje privolitev oškodovanca pri lahki telesni poškodbi za razlog, ki izključuje protipravnost. Za poseben pogoj, ki mora biti izpolnjen pred začetkom zdravniškega poskusa na človeku, šteje Gebauer izvedbo vseh možnih drugih poskusov, zlasti poskusov na živalih.

V takšnem okviru, v kakršnem obravnava zdravniški poskus na človeku Gebauer, se ta poskus dejansko tudi marsikje izvaja in mu po vsej verjetnosti ni mogoče očitati, da nasprotuje zdravniški etiki. Res pa je, da gre

¹⁸ Prim. Gebauer, n.d. str. 61

za inštitut, pri katerem meje dovoljenega in prepovedanega niso povsem precizno določene, a jih je v skladu z načeli zdravniške etike vendarle mogoče zadržati v pravem obsegu.

VII. Razmerje med kazenskopravno in odškodninsko odgovornostjo

Avstrijsko odškodninsko pravo obravnava samo neuspele zdravniške posege. Za uspele posege zdravnik nikoli ne jamči, tudi če so za pacienta povezani z bolečinami, iznakaženjem itd. Pravni interes na ohranitvi človeškega življenja je vsekakor večji kot interes na preprečevanju bolečin ali povzročanju ran.

Če je pacient utrpel škodo zaradi napačnega zdravljenja, jamči zdravnik, prav tako kot vsak drug strokovnjak po načelih, ki jih določa § 1299 občega državlanskega zakonika (ODZ)¹⁹.

¹⁹ § 1299 ODZ: Kdor se javno prišteva h kakemu uradu, obrtu ali rokodelstvu, ali kdor brez potrebe prostovoljno prevzame posel, katerega izvršitev zahteva posebno umetnostno poznavanje ali nenavadno marljivost, razodeva s tem, da si pripisuje potrebno marljivost in zahtevane nenavadne vednosti; odgovoren je torej za to, ako jih nima. Ako pa je tisti, ki mu je prepustil posel vedel za njegovo neizkušenosť, ali bi mogel vedeti zanjo ob navadni pazljivosti, je ta kriv pogreška.

V ostalih primerih je treba razlikovati tri možne situacije.

1. Za zdravljenje s privolitvijo pacienta ni zdravnik nikoli odškodninsko odgovoren. Zdravnik jamči samo za naklepno, malomarno ali protipravno povzročeno škodo. Protipravno ravna zdravnik takrat, kadar je bil poseg kljub privolitvi pacienta kazniv. Če pa je pacient pristal tudi na to, da utрпи škodo, pa zdravnik kljub svojemu protipravnemu ravnanju odškodninsko ne odgovarja. Pač pa lahko odgovarja kazensko.

2. Zdravljenje brez bolnikove privolitve je s civilnega, pravno dogmatskega stališča vedno protipravno. Poseg sam namreč nasprotuje prepovedi omejitve osebne svobode. Odgovornost se ravna po načelih o poslovodstvu brez naloga (§ 1035 ODZ): ako je bil poseg potreben, pacient nima zahtevka za povračilo povzročene škode. Za škodo jamči zdravnik le tedaj, če je "drugega, ki bi bil še več storil, po svoji krivdi pri tem zadržal" (§ 1312 ODZ), n.pr. če ne bi poklical specialista.

Če je bil poseg samo "koristen", jamči zdravnik po načelih § 1038 ODZ za polno zadoščenje.²⁰ Ta pravila

²⁰ § 1038 ODZ: Ako pa pretežna korist ni jasna, ali ako je poslovodja samolastno izvršil tako važne spremembe na tuji stvari, da je stvar za drugega nerabna za

pa se vendar ne uporabljajo, če se zdravnik ni "samolastno vtikal v tuje posle", zlasti takrat, kadar je bil dolžan izvršiti zdravniški poseg.

3. Pri zdravljenju proti volji bolnika se uporabljajo pravila o prepovedanem poslovodstvu. Zdravnik torej jamči za polno zadoščenje po § 1040 ODZ.²¹ Pa tudi tukaj velja izjema za primere, kjer je zdravnik po svoji poklicni dolžnosti moral izvršiti poseg (n.pr. pri smrtni nevarnosti, obveznem zdravljenju, obveznem cepljenju itd.).

VIII. Ocena sistema

Avstrijski kazenskopравни sistem je kljub svoji delni zastarelosti in kazuistični prenatrpanosti našel nekaj zanimivih rešitev pri obravnavanju načel, ki nas zanimajo.

namen, za katerega jo je doslej uporabljal, ta ni obvezan v povračilo; zahtevati sme marveč, da poslovodja postavi stvar na lastne stroške v prejšnji stan, ali da mu da polno zadoščenje, ako to ni mogoče.

²¹ § 1040 ODZ: Ako si kdo prisvaja proti veljavno izrečeni lastnikovi volji tuj posel ali s takim vmešavanjem ovira pravega pooblaščenca v oskrbovanju posla, je odgovoren ne le za škodo, ki je iz tega nastala in za izgubljeni dobiček, izgubi marveč tudi izdani potrošek, kolikor ga ni moči v naravi nazaj vzeti.

Pojmovanje zdravniškega posega kot takega je bolj elastično in bolj realistično kot pojmovanje nemške doktrine, ki ima sicer na avstrijsko kazenskopravno teorijo velik vpliv. V zvezi s tem je zanimivo, da obravnava avstrijsko kazensko pravo neuspeh poseg v okviru posebne poklicne odgovornosti, ne pa v okviru odgovornosti za telesno poškodbo ali smrt.

Pri obravnavanju pomena privolitve skuša avstrijska teorija vzpostaviti most med dvema nasprotujočima se mnenjima: med mnenjem, da je zdravniški poseg brez privolitve telesna poškodba, in mnenjem, da je tak poseg dopusten ne glede na privolitev pacienta. Prvo izraža do kraja izpeljano individualistično stališče, drugo pa pozablja na dejstvo, da se lahko tudi vsak posameznik svobodno odloči, ali se naj poseg izvrši ali ne. Če bi ne upoštevali tega načela, bi zdravljenje pomenilo dolžnost in ne več pravice, oziroma pacient bi se spremenil iz subjekta zdravljenja v njegov objekt.

IX. Osnutek novega kazenskega zakonika iz leta 1964

Osnutek novega avstrijskega kazenskega zakonika²² v precejšnji meri spreminja sedanje pogosto zastarele

²² Entwurf eines Strafgesetzbuches, Bes. Teil, Bundesministerium für Justiz, Wien, 1964.

določbe. Glede posameznih inštitutov, ki sodijo v okvir naše študije, je treba omeniti, da osnutek na novo ureja - v splošnem delu - malomarnost kot posebno obliko krivde.

Zato je spremenjeno tudi obravnavanje vseh deliktov iz malomarnosti in med kaznivimi dejanji zoper življenje in telo najdemo uboj iz malomarnosti (§ 98), telesno poškodbo iz malomarnosti (§ 111) in ogrožanje telesne varnosti (§ 112).

Pri telesni poškodbi iz malomarnosti določa osnutek kot posledico poškodbo ali škodo na zdravju, huda telesna poškodba pa obstoja tedaj, če je oškodovanec vsaj 25 dni nesposoben za delo, če je poškodba sama po sebi huda, ali če je storilec ravnal na tak način ali s takim sredstvom, ki praviloma povzročata življenjsko nevarnost.

Podobno kot nemški osnutek (iz leta 1962) obravnava tudi avstrijski privolitev oškodovanca. Privolitev izključí protipravnost dejanja le tedaj, če dejanje kljub temu ni v nasprotju z dobrimi običaji. Po mnenju komentatorjev je privolitev pomembna pri takih zdravniških posegih, katerih namen ni zdravljenje, ki pa vendarle niso proti dobrim običajem. To velja zlasti za večino kozmetičnih operacijⁱⁿ za dopustne medicinske poskuse na človeku.²³

²³ Entwurf, str. 33 - 34.

Kot samostojno kaznivo dejanje je penalizirano ogrožanje telesne varnosti, kjer gre v bistvu za (malomarno ali naklepno) povzročitev nevarnosti za človekovo življenje, zdravje ali telesno varnost.

Opustitev pomoči (§ 119) je zamišljena kot splošna dolžnost ljudi in izraz njihove medsebojne solidarnosti, vendar je omejena na primere nezgod in splošne nevarnosti.

Osnutek je zadržal določbe o samovoljnem zdravniškem posegu (§ 134), ki jih je le malo spremenil. Penalizira namreč primer, ko izvrši storilec zdravniški poseg v skladu s pravili medicinske znanosti, toda brez bolnikove privolitve razen, če je ravnal brez privolitve zato, ker je bil pacient v resni življenjski nevarnosti ali nevarnosti za zdravje.

Z V E Z N A R E P U B L I K A N E M Č I J A

I. KAZENSKOPRAVNI ZNAČAJ IN UČINEK ZDRAVNIŠKIH POSEGOV

1. Zdravniški poseg kot redna oblika poklicnega dela

- 1) Za nemško kazenskopravno področje (teorijo in prakso) sta pri obravnavani temi značilni v primerjavi z drugimi obravnavanimi sistemi predvsem dve posebnosti. Prva je prevladujoče objektivistično izhodišče glede pravne narave zdravniškega posega, druga pa je tako imenovana svoboda zdravljenja. Tako se vodi že od uveljavitve enotnega kazenskega zakonika (1870/71) dalje pa vse do današnjega časa razprava, ki je ne samo razdvojila zdravnike in pravnike, ampak je tudi med pravniki prinesla toliko različnih stališč, ki pomenijo ostro razmejitev med teorijo in prakso.¹

Razprava o pravni naravi zdravniškega posega se ne omejuje samo na področje posebnega dela kazenskega prava, ampak sega v same temelje kazenskopravne dogmatike; gre za eno od pomembnih vprašanj teorije splošnega dela kazenskega prava.² Drugo vprašanje (svoboda zdravljenja) ima seveda večjo težo v zvezi s problemom strokovne napačnosti (Glej dalje k II.).

Vprašanje o pravni naravi zdravniškega posega se v poenostavljeni formulaciji glasi: ali pomeni zdravniški poseg

sam po sebi uresničitev dejanskega stanu kaznivega dejanja zoper življenje in telo (telesne poškodbe ali uboja)? Tu se odpira seveda cela vrsta drugih vprašanj, med katerimi so najbolj pomembna: kaj šteje za zdravniški poseg, kakšen pomen ima privolitev pacienta, oziroma kdaj gre za samovoljni poseg in kako je treba presojati takšen poseg in končno kaj obsega dolžnost obveščanja (Aufklärungspflicht), če se omejimo na vprašanja, ki so predvsem pravna vprašanja. Čeprav pri tem izhajamo iz zdravniškega posega, ki je medicinsko s stališča zdravljenja ne pa posebej kvalificiranega poklicnega dela indiciran in izvršen "lege artis" (glej k II.), je treba seveda upoštevati, da so ta vprašanja pomembna tudi izven tega okvira, vendar se bomo tu zavestno omejili na ta okvir.

- 2) Objektivistično izhodišče je zasnovano na idejah klasične kazenskopravne šole, ki je kljub tako imenovanemu sporu šol in po pozitivističnem revoltu in neoklasičnim reformnim stališčem še obvladovala nemško kazensko pravo in je v zadnjih desetletjih 19. stoletja dosegla svoj višek v tako imenovanem znanstvenem pozitivizmu³; zanj je razumljivo, da obravnava zdravniški poseg (predvsem operativne narave) tako, da ga primerja s tako imenovanimi objektivnimi znaki dejanskega stanu kaznivega dejanja telesne poškodbe. Gre za obravnavanje zdravniškega posega glede na njegovo "Tatbestandsmäßigkeit". Očitna skladnost posega s telesno poškodbo s stališča objektivistične koncep-

cije in pa neadekvatnost, glede na okoliščine sicer logičnega odgovora na to vprašanje sili tu teorijo in prakso, da razreši nastalo dilemo. Tu seveda ni mogoče obravnavati vseh mogočih poskusov, najpomembnejše etape in koncepcije v tem razvoju pa so naslednje.

Najprej je ^{do}veljala ideja (Mayer), ki je našla pomembne zagovornike (n.pr. Bindinga v., Liszta), da zdravniški poseg ne more biti telesna poškodba (oziroma usmrtitev), ker je izvršen pri opravljanju poklicne zdravniške dolžnosti. Takšna obrazložitev pa ni zadovoljila, zato so jo tudi njeni prvi zagovorniki opustili in iskali izhod druge; eni so našli oporo za omenjeno stališče v običajnem pravu, drugi, ki so se oprli na slovito odločbo takratnega vrhovnega sodišča (Reichsgerichta dalje RG.), da pomeni zdravniški poseg objektivno uresničitev dejanskega stanu kaznivega dejanja vendar privolitev pacienta v zdravniški poseg izključi protipravnost dejanja. Tretji so zastopali mnenje, da dejanje ne more biti kaznivo glede na družbeno koristen smoter, ki ga zasleduje zdravnik ali glede na tako imenovano družbeno adekvatnost dejanja. Zastopniki teorije o pravnem dobru kot objektu kazensko-pravnega varstva, pa so posebej poudarjali, da zdravniški poseg varuje prav tisto pravno dobro, ki je predmet kazenskopravnega varstva vseh kazensko-pravnih norm z inkriminacijo posegov v življenje in telo, to je ohranitev življenja oziroma neokrnitev telesne integritete.

Med vsemi stališči je imelo vendar največ privržencev tisto, ki pravi: zdravniški poseg v zgoraj opisanem smislu ne izpolnjuje enega od bistvenih elementov kaznivega dejanja telesne poškodbe, to je, niso podani objektivni znaki kaznivega dejanja, dejanje ni "tatbestandsmäßig"⁴. Sodna praksa pa je tu dosledno v mejah objektivistične koncepcije kaznivega dejanja in upoštevajoč poseben moment "svobodno odločitev pacienta" zavzela že zgoraj omenjeno stališče. V famozni odločbi z dne 31. 5. 1894 (E. 25, 375) je med drugim rečeno: "Bolnik lahko pravno učinkovito odkloni uporabo kakršnegakoli zdravilnega sredstva bodisi na znotraj učinkujoče medikamente ali zunanje operative posege". In dalje: "Zdravnik, ki ravna tako, da svoje pravice zdravljenja ne opira na pogodbeno razmerje ali predpostavljeno (domnevno) privolitev pacienta, ravna neupravičeno, to je protipravno". Vrhovno sodišče je izhajalo in pri tem vztrajalo, da pomeni "telesno zlostavljenje" (Missbehandlung) vsak poseg v telesno integriteto, ki lahko povzroči bolečine ali telesno neugodje, ali pa lahko poruši dobro telesno počutje"⁵. Iz tega izhaja, da šteje po mnenju RG zdravniški poseg brez izjeme za telesno poškodbo v smislu § 223 kazenskega zakonika (dalje StGB) in protipravno dejanje; protipravnost in s tem kaznivo dejanje lahko izključi samo izrecna ali presumirana privolitev pacienta ali pa drugih upravičenih oseb, če pacient sam ni v stanju dati takšno privolitev.⁶

V pravniških krogih se je nadaljevala polemika pro in contra; tudi med njimi je sicer prevladalo stališče, da zdravniški poseg ne more biti zdravniška poškodba, vendar so videli edino rešitev problema po zakonodajni poti. Tako so tudi uredniki prvega uradnega osnutka za novi kazenski zakonik iz leta 1925 predvideli posebno določbo, da "posegi in postopki zdravljenja, ki so v skladu z dejavnostjo vestnega zdravnika, niso telesne poškodbe oziroma ^{ne}gre za ^{grdo}ravnjanje (Misshandlung) v smislu kazenskega zakonika" (§ 283 tega osnutka). Ne glede na to pa je prevladalo stališče, da samo privolitev oškodovanca izključi protipravnost in je to celo prodrlo v pozitivno pravo. Z novelo kazenskega zakonika maja 1933 je bila sprejeta določba (§ 226 a), ki je bila predvidena že v predosnutku leta 1913, ki se glasi:

"Kdor povzroči telesno poškodbo s privolitvijo poškodovanca, ravna protipravno samo, če je dejanje kljub privolitvi v nasprotju z dobrimi običaji".

V času do druge svetovne vojne se je kljub omenjeni noveli, ki ni zadovoljila, razprava o problemu znova razplamtela po odločbi civilnega senata vrhovnega sodišča junija 1936 (RGZ 151, 349 i.nasl.); s to odločbo je bilo znova in tudi za nove razmere v pogojih nacionalsocialističnega režima potrjeno stališče, da pomeni zdravniški poseg telesno poškodbo. Vpliv "novih idej" pa se kaže v tem, da

se razširjajo pooblastila za zdravniški poseg brez privolitve pacienta oziroma proti njegovi izrecno izraženi volji, če "je poseg upravičen glede na prevladujoč javni interes" ⁷.

Tudi povojni preokret ali vrnitev v sistem "pravne države" ni vplival na tradicionalno stališče; novo zvezno sodišče (BGH) je prevzelo mnenje prejšnje judikature in našlo zagovornike zanj. Baumann pravi, da bi obravnavanje zdravniških posegov izven okvira § 223 StGB pomenilo, dati zdravniku proste roke. Z dogmatičnega gledišča ta avtor predvsem ugovarja stališčem, ki zavračajo pri zdravniškem posegu uresničenje objektivnih znakov dejanskega stanu kaznivega dejanja glede na njegovo družbeno "adekvatnost". Zanj to pomeni nepotrebno normativizacijo dejanskega stanu, to je vključevanje vrednostnega, normativnega elementa, česar zakonodajalec ni predvideval. Poseg pomeni že sam po sebi uresničitev dejanskega stanu § 223 StGB; dejanje je tudi glede protipravnosti toliko sumljivo, da je treba natančno ugotoviti, ali obstoji kakšen razlog, ki izključuje protipravnost. ⁸

Prevladujoče mnenje v teoriji takšno razlago vsekakor odklanja, že zato, ker se ^{ta} drži še vedno okvirov čisto objektivne koncepcije kaznivega dejanja, ki jo je zamenjala najprej teleološka, v zadnjih tridesetih letih pa še zelo poudarjena pa tudi zelo sporna finalna koncepcija H. Welzel-a. ⁹ Čeprav po različnih poteh in tudi z razli-

kami v končnem rezultatu, skupno imajo novejšje teorije, da odklanjajo teoretično izhodišče in utemeljitev, na kateri vztraja judikatura. Med teoretiki, ki so se posebno in vztrajno prizadevali za rešitve, ki bi ustrezale tako zdravnikom kot pravnikom je E. Schmidt vendarle prišel do zaključka, da je problem mogoče rešiti samo po zakonski poti. Stališče judikature je po njegovem mnenju namreč posledica vrzeli v zakonu, ker ni predpisa, ki bi varoval pacienta pred samovoljnimi zdravniškimi posegi (glej dalje k 3)¹⁰.

- 3) Nekoliko širši ekskurz (čeprav ne izčrpen) v genezo boja mnenj o pravni naravi zdravniškega posega je bil potreben; le tako je mogoče razumeti, zakaj toliko razprav v nemški teoriji o tem vprašanju in zakaj tudi razprave o drugih vprašanjih, ki jih v drugih sistemih ne najdemo ali vsaj ne tako ostrih in poudarjenih. Posebna vprašanja, ki jih je treba obravnavati prav glede na takšne razlike v izhodiščih pa so, kaj je šteti za zdravniški poseg, pogoji za veljavno privolitev oziroma, če ti niso izpolnjeni, kaj je šteti za samovoljni poseg ali zdravljenje in pravna narava le tega, in končno, kaj obsega dolžnost obveščanja.

a) zdravniški poseg: Atribut "zdravniški" ima za nemške razmere (za teorijo in prakso) drugačen pojem kot v večini obravnavanih sistemov. Po tradiciji velja in je obveljala kljub razumljivemu odporu zlasti zdravniških

(medicinskih) krogov tako imenovana svoboda zdravljenja (Kurierfreiheit). To pomeni, da je za zdravljenje upravičen vsakdo, ki ima ustrezne izkušnje ne glede na to, ali ima formalno medicinsko izobrazbo (diplomo medicinske fakultete MUD, doktorja zdravilstva i. pod.). Za mažaštvo v pomenu, ki ga ima pojem drugod (n. pr. pri nas) šteje samo, če se izdaja za zdravnika (doktorja medicine) kdo, ki nima potrebne diplome; sam ne šteje izvrševanje zdravljenja brez takšne diplome.¹¹ Zdravilski praktik (Heilpraktiker), kot se navadno imenuje, je tako priznan poklic in se njegova ev. odgovornost obravnava v okviru odgovornosti za strokovno napako oziroma enako kot odgovornost a probiranega zdravnika. Zdravniški poseg ali zdravljenje (Heilbehandlung) dalje pomeni samo tisto delovanje, ki ima namen ozdraviti bolnika oziroma izboljšati njegovo zdravstveno stanje, omejiti bolezenski proces, ublažiti bolezen. Takšno dosti ozko pojmovanje sicer vključuje tudi profilaktične^(sporuz) in diagnostične postopke (poleg čisto terapevtskih) ne pa drugih, ki nimajo neposredno vsaj enega od teh namenov. Tako govorijo o čistih kozmetičnih posegih oziroma operacijah, o transfuzijah in drugih transplantacijah, kolikor gre za drugo osebo (dajalca krvi ali transplantata), o zdravniških eksperimentih itd. izven okvira zdravniških posegov (glej dalje pod 4)¹².

Za presojo zdravniškega posega ima določen pomen tudi končni rezultat, to je, ali je poseg (lege artis izvršen itd.) uspešen ali ni.¹³

Če prvi primer ne povzroča posebnih problemov (razen osnovnega, o pravni naravi posega sploh), pa se zadeva zapleta v primeru neuspeha. Starejša doktrina je tu brez oklevanja priznavala, da je s tem že uresničen dejanski stan kaznivega dejanja (naklepno storjenega) telesne poškodbe ali usmrtitve. Novejša in danes prevladujoča teorija (utemeljitelj K. Engisch in E. Schmidt)¹⁴ je uvidela neustreznost takšne rešitve in njeno trdoto in opozorila, da za presojo ne more odločati posledica sama in ocena ex post, ampak odločilen je trenutek ravnanja in pričakovani, verjeten rezultat. Ostala pa ni samo pri tem, z uporabo konstrukcije nepravega opustitvenega dejanja je prenesla problem pravzaprav na področje strokovne napake, če to razumemo v najširšem pomenu. Ta je v tem, da je neugoden rezultat v zvezi z opustitvijo zdravnika storiti, kar mu velewa pravna dolžnost: odvrniti posledico. Konstrukcija je očitno analogna situaciji pri opustitvi pomoči osebi v življenjski nevarnosti (glej dalje k ...).

b) Privolitev pacienta - samovoljni zdravniški poseg:
Stališče o tem, kakšen pomen ima privolitev pacienta pri zdravljenju (oziroma pomanjkanje privolitve) za kazensko pravo, je seveda tudi odvisno od načelnega sta-

lišča o zdravniških posegih sploh. Za nemško judikaturro (glede na njeno stališče, glej spredaj) je privolitev okoliščina, ki izključuje protipravnost in s tem ob "tročleni" koncepciji kaznivega dejanja tudi njegov obstoj.¹⁵ Za večinsko stališče v teoriji pa je pri vsakem zdravniškem posegu, ki ustreza medicinskim oziroma zdravilskim standardom izhodišče pravica pacienta (ali tistega, ki zanj skrbi) do samoopredelitve; če torej privolitve ni, gre predvsem za kaznivo dejanje zoper osebno svobodo (konkretizirano v posebnem dejanskem stanju samovoljnega zdravljenja).¹⁶

V vsakem primeru pa mora ~~biti~~ privolitev ustrezati posebnim pogojem, če naj bo pravno učinkovita. Predvsem se predpostavlja, da je pacient primerno poučen oziroma obveščen (glej dalje o dolžnosti obveščanja), privolitev mora biti izrečna ali vsaj dana s konkludentnim dejanjem. Za drugi primer pa je nemška teorija tudi razdvojena, obstojata vsaj dve stališči: eno izhaja iz tako imenovane teorije usmeritve volje (Willensrichtungstheorie), drugo pa iz teorije izjave volje (Willenserklärungstheorie); meja med obema seveda ni povsem jasna, vsekakor pa je druga, ki tudi prevladuje, ožja, njen učinek pa se kaže zlasti ob vprašanju, kakšna je po predmetu in obsegu dolžnost obveščanja pred posegom.¹⁷

Za samo privolitev je pomembno tudi vprašanje, kaj je njen predmet. Kontroverza je, ali je to sama terapija

(poseg), ki vključuje določen rizik, ali pa končni rezultat. Za teorijo, ki izhaja iz smotra zdravniškega posega, je rešitev kontroverze jasna: odloča ocena zdravniškega posega (ex ante) kot takega z njegovo kot pravijo "Heiltendenz" in neogibnim rizikom, vse to je predmet privolitve¹⁸. Končni zaključek bi bil tedaj: zdravniški poseg ni kršitev osebne svobode, "kolikor gre pacientovi volji glede samega zdravljenja in načina izvršitve posega pravnemu pomen", kolikor je torej privolitev pravno učinkovita.¹⁹

Privolitev pacienta ima v določenem obsegu zlasti pomen pri posebnih zdravniških posegih (glej dalje k 2.)

c) Dolžnost obveščanja (Aufklärungspflicht).

Že iz doslej povedanega izhaja, da je poprejšnja informacija pacienta o zdravniškem posegu neogibno potrebna za pravno veljavno in učinkovito privolitev, ki ima v judikaturi tako dalekosežen pomen in težo. Kako daleč naj gre ta informacija in kakšna naj bo, pa je vendar izredno kočljivo še posebno v primerih (ki niso tako redki) kolizije med dolžnostjo obveščanja po pravnih načelih in dolžnostmi, ki jih zdravniku nalaga zdravniški deontološki kodeks. Čeprav Hipokratovo pravilo, da je treba bolniku čim več prikriti, danes ni več sprejemljivo, je vendar prav zaradi te kolizije zelo težko odgovoriti na gornja vprašanja. Že pred drugo svetovno vojno je obveljalo splošno pravilo (v pravni teoriji),

da mora pacient od zdravnika zvedeti toliko, da se lahko odloči, poznavajoč vse za njegov položaj bistvene vidike.²⁰ Tu pa se zastavlja že vprašanje, ali je treba pacientu povedati natančno diagnozo (n.pr., da boluje za rakom) in na kakšne možne neugodne posledice ga je treba opozoriti. Glede prvega vprašanja je do zadnje vojne veljalo stališče v judikaturi in teoriji, da je zdravnik po pravilu pravno zavezan sporočiti pacientu diagnostične podatke. Tega stališča pa povojna judikatura ni sprejela in je tudi v teoriji kritizirano. Takšno stališče bi namreč pomenilo, da bi moral zdravnik sporočiti pacientu tudi to, da boluje za neozdravljivo boleznijo, ali da mu grozi zaradi njegove bolezni okrnitev ali ohromitev psihične aktivnosti i.pod. Stališča judikature, kakor izhajajo iz nekaterih odločb kazenskega in civilnega senata BGH (zveznega vrhovnega sodišča) bi bilo, "da lahko odpade dolžnost informiranja, če obstoje posebne okoliščine, zaradi katerih je treba pričakovati, da bi poučitev pacienta povzročila resno nevarnost za njegovo zdravje ali celo življenje". To vsekakor pomeni, da dolžnost obveščanja ni absolutna dolžnost, od katere ne bi bilo mogoče odstopiti v izjemnih primerih; pritrđiti pa je treba vsaj dvomu, ali ni s takšnim stališčem načrtana preozka meja za izjemne primere. Zato štejejo, da bi moralo biti pravilo zamolčati diagnozo raka in pri drugih boleznih z verjetnim smrtnim izidom; odgovora na to in druga podobna vprašanja pa sploh ni mogoče najti

v pozitivnem pravu (tudi v ustavnem pravu ne) ampak v etičnih normah²¹.

Drugo vprašanje, ki ga je treba posebej poudariti v zvezi z dolžnostjo obveščanja, je vprašanje, kakšna naj bo ^apacientu dana informacija o nevarnostih posega (praktično je to pomembno zlasti pri operacijskih posegih in pri uporabi nevarnih terapevtskih metod oziroma pripomočkov, n.pr. obsevanje z radijem). V judikaturi je sicer prevladalo stališče, da mora zdravnik informirati pacienta o za določen poseg tipičnih nevarnostih. Kaj pa so tipične nevarnosti, še vedno ni zadosti precizno in so možna različna stališča, ali pa je potrebno pri razlagi dodati nove momente kot n.pr., ali bi informacija o nevarnosti bistveno vplivala na bolnikovo odločitev, ali gre za nevarnost oziroma škodo, ki je izredno redka i.pod.Schmidt zastopa stališče, da pravzaprav ni mogoče določiti z matematično natančnostjo splošnega pravila, upoštevati je treba konkretne okoliščine posameznega primera. Tu gre za osebno konstelacijo pacienta (psihično in fizično), za njegove osebne razmere, kakšen učinek bi imel poseg za njegovo poklicno dejavnost itd. Pomembno je tudi, ali je poseg bolj ali manj nujen (z medicinskega stališča), dolžnost obveščanja je v drugem primeru vsekakor večja kot v prvem.²²

V novejšem času pa se v tej zvezi postavlja tudi vprašanje, ali in kakšen vpliv ima na dolžnost obveščanja

zdravnikov svetovni nazor ali konkretno, kakšen je njegov odnos do človekovega obstoja, do življenja in smrti. Tu seveda ne gre za to, da bi individualni filozofski nazor zdravnika mogel vplivati na to, kakšna naj bo po kvaliteti in obsegu dolžnost obveščanja, ker naj veljajo glede tega čim bolj mogoče objektivni kriteriji. V dialogu zdravnik-sodnik pa ima to lahko velik pomen za zблиževanje stališč, za postavitvev mostu nad prepadam, ki razdvaja oba, za izhod iz situacije, v kateri ima, to je tudi res, zdravnik kaj prekaren položaj. Odločitev spora je namreč pri sodniku, ki ima v svojih rokah vsa sredstva državne avtoritete oziroma prisiljevanja zato, da uveljavi svoje stališče. Če tega zdravnik ali zdravniški krogi sploh ne sprejme za svoje, nima za uveljavitev nobenega pomena, prepad med obema pa se seveda še večja, konflikt se zaostruje, in iščejo rešitve drugje.²³ Seveda to ni problem samo v zvezi z dolžnostjo obveščanja, zaostruje se še bolj v zvezi z zdravnikovo dolžnostjo zdravljenja in v zvezi z eutanazijo (o teh vprašanjih glej dalje).

Za reševanje vseh omenjenih vprašanj, pa še drugih (vseh v delu te vrste ni potrebno obseči) je treba kot povsod, kjer gre za odločanje o odgovornosti, ugotoviti vsa dejstva konkretnega primera. Če je sodnik v določenem smislu avtonomen pri odločitvi, za katere pravilnost je odgovoren, pa se pri ugotavljanju pravnorelevantnih dejstev prav zaradi te odgovornosti ne more in ne sme zadovoljiti s svo-

jimi možnostmi in svojim znanjem; sodnik mora glede vseh dejstev, kjer je potrebna posebna strokovnost, posebej pa pri tistih, ki segajo na področje zdravniške deontologije, iskati pomoč izvedencev strokovnjakov²⁴. Ker velja tudi za nemški sistem kot za druge sisteme, ki štejejo v kontinentalni tip kazenskega postopka, načelo proste dokazne presoje, izvedenčeva pomoč gotovo ne razbremenjuje sodnika od njegove dolžnosti odločitve. Prav vprašanja, ki jih tu obravnavamo, pa so zelo kompleksna in so stališča o njih različna tudi med strokovnjaki izvedenci; ko je sodnik izčrpal vse možnosti za ugotovitev dejanskega stanja, večkrat le ni prišel do neodvornega odgovora. Na prvi pogled je logično zaključiti, da se v takšnem primeru uveljavi načelo "in dubio pro reo". Zdi se pa vsaj v sodobni nemški teoriji ne gredo po tej poti. Na eni strani ugotavljajo nepravilnost tega načela, ker njegova uporaba pomeni za prizadetega (poškodovanca) "in dubio contra", sodnik bi moral najti izhod iz zagate tako, da skuša najti objektivno stališče in odločiti na podlagi le tega. Na drugi strani pa poudarjajo in kritizirajo drugačno prakso BGH, da mora sodnik upoštevati celo manjšinska medicinska stališča (če so tehtno argumentirana) in ne sme šteti za protipravno ravnanje zdravnika, ki ustreza strokovnemu medicinskemu mnenju²⁵.

Posledice kršitve dolžnosti obveščanja so seveda različne glede na načelno izhodišče o zdravniškem posegu. Ker je za judikaturu zdravniški poseg sam po sebi telesna

poškodba, je samo od veljavne privolitve odvisno, ali je poseg tudi protipraven, ali ni. Za veljavno privolitev pa je seveda pogoj tudi ustrezna informacija. Izjeme, ki oblažujejo trdoto stališča judikature, zadevajo primere nujnih posegov (nevarnost za zdravje ali življenje pri odlašanju) oziroma nujnega prekoračenja okvira posega, za katerega je bila dana privolitev. Kazenske odgovornosti v teh primerih ni po mnenju nekaterih, ker so izpolnjeni pogoji tako imenovane prekozakonske skrajne sile (übergesetzliches Notstand)²⁶, po mnenju drugih pa z uporabo konstrukcije nepravilnih opustitvenih dejanj. Kdaj ima domnevna privolitev (mutmassliche Einwilligung) pravni učinek, je sporno, prevladuje vendar ozka razlaga situacij, ki opravičujejo takšno domnevo in dokazno breme zadene tistega, ki se nanjo sklicuje.

Za stališča, ki prevladujejo v teoriji, je privolitev okoliščina, ki izključuje protipravnost ravnanja s posledico, da ni kršitve osebne svobode. Praktičen pomen ima to stališče samo za odškodninsko odgovornost, ne pa za kazensko; veljavno pozitivno pravo po večinskem mnenju ne obsega situacij, ki bi ustrezale samovoljnemu zdravljenju, razen v primerih (ti so seveda skrajna izjema) izvedenega zdravniškega posega z uporabo sile. Zato se tako že desetletja nazaj pojavlja v uradnih in neoficialnih osnutkih za novi kazenski zakonik tudi določbe o dejanskem stanju samovoljnega zdravljenja (eigenmächtige Heilbehandlung - za najnovejši osnutek iz leta 1962 glej k IV. spodaj).²⁷

2. Posebni zdravniški posegi

Uvodna opomba: Od ožje ali širše definicije zdravniškega posega je odvisno, kateri posegi v telesno integriteto štejejo za zdravniški poseg v pravem pomenu, kateri pa iz tega okvira izpadejo in jih je treba obravnavati po posebnih pravilih. Bistvo problema pa je pravzaprav še dlje, odločilno je pojmovanje človekovega zdravja. Če so sicer enotna stališča, da je treba šteti za zdravniški poseg samo tisti, ki ima za cilj izboljšanje zdravja oziroma ohranitev življenja konkretnemu bolniku, ali lajšanje bolezni in njene emanacije v sferi občutkov oziroma počutja sploh, dalje da štejejo sem tudi diagnostični in profilaktični posegi, pa so deljena mnenja o tem, kako razumeti pojem "zdravje". V nemški pravni teoriji vendar še prevladuje ožje stališče, vse, kar ni poseg zaradi zdravljenja, šteje za poseben zdravniški poseg. Skupno z zdravniškim posegom v pravem pomenu ima le to, da ga izvrši zdravnik (sporno)²⁸, z upoštevanjem medicinskih gledišč v širšem pomenu in pravil medicinske znanosti in izkušenj.

a) Kozmetične operacije

Ker pri njih ni objektivne težnje zdravljenja, pomenijo uresničitev dejanskega stanu telesne poškodbe, protipravnost pa izključuje privolitev pacienta (§ 226 a StGB). Da takšna privolitev ne nasprotuje dobrim običajem, velja

zlasti pri posegih, da se odpravi iznakaženost, očitna grdoba i. pod.²⁹ Pri iznakaženosti se vendar uveljavljajo stališča, da ne gre za kozmetično terapijo (ampak za zdravniški poseg v pravem pomenu, op. P. K.), če pacient "boluje" za iznakaženostjo, če gre torej za stranski simptom za nevrozo ali za nevrozo sploh, ki ostane, čeprav je bil poseg uspešen; zaradi napačne diagnoze je ostal sicer simptom nevroze neodkrit, kozmetična operacija je tu del terapije in vanjo vključena.

Za same kozmetične operacije (posege) dalje velja, da mora biti privolitev, če naj pravno učinkuje, izrečno izjavljena in dana na podlagi bolj izčrpne informacije kot jo zahteva dolžnost obveščanja pri zdravniških posegih v pravem pomenu³⁰.

b) Sterilizacija in kastracija

Kar zadeva poseg kastracije, je vsekakor mogoče sklepati, da ta pomeni v vsakem primeru hudo telesno poškodbo po § 224 (posledica je lahko povzročena tudi iz malomarnosti), ki je huje penalizirana (po § 225), če je posledica posebej nameravana (dolus coloratus). Pri sterilizaciji pa je treba razločevati primere, ko je prizadeti privolil, od primerov brez privolitve. Privolitev izključuje protipravnost po § 226 a, kolikor dejanje ustreza dobrim običajem. Sterilizacija je bila sicer posebej pravno urejena z zakonom od 14. 7. 1933 (t.i. Erbschutz-

gesetz - dalje - sterilizacijski zakon), torej pod nacionalsocialističnim režimom v zvezi s pravnim reguliranjem dovoljenega splava³¹. Na splošno velja stališče, da ta zakon še velja v vseh delih zvezne republike, kolikor ni bil izrecno odpravljen. Glede indikacij za sterilizacijo so mnenja deljena; zdi se, da je večinsko mnenje, ki priznava le medicinsko (vitalno) indikacijo, ne pa evgenične, socialne in etične. E. Schmidt se je ob določenih pogojih izjavil tudi za ostale nemedicinske indikacije, priporoča pa za presojo eugenične indikacije mnenje izvedenca za vprašanja dednosti (Erbbiologe)³² (glej dalje še k c) o splavu). Za pravna področja, kjer so odpravili sterilizacijski zakon, velja stališče, da je treba posamezen primer presojati v okviru prekozakonske skrajne sile.

Problem sterilizacije je imel drugačne dimenzije in pomen v času nacionalsocialistične vladavine, obravnavan je bil v znanih zdravniških procesih po vojni skupaj s problemom medicinskih eksperimentov in t.i. eutanazijskega programa (glej dalje na ustreznih mestih).

c) Splav

Za presojo umetnega splava in njegovo kaznivost po 3.odst. § 218 StGB ali nekaznivost, je karakteristično, da ni enotnega pravnega režima za območje Zvezne republike. Sicer je, kot pravijo, slovití judikat iz leta 1927 (RG 61,242)³³ že načrtal dosti jasen okvir za izključitev protipravnosti splava; stališča takratnega RG je prevzel poznejši steri-

lizacijski zakon, katerega § 14 še velja v nekaterih de-
lih (deželah) ZR³⁴. Omenjeni judikat, ki je bil večkrat
ponovno potrjen, in predpisi zakona, (kjer ta še velja),
dovoljujejo vendar v glavnem enotna načela za presojo do-
voljenost umetnega splava. Ta načela so:

- 1) splav mora biti medicinsko indiciran, t.j. obstojati
mora resna nevarnost za življenje ali nevarnost za hu-
do (glede na stopnjo in trajanje) okvaro zdravja noseč-
nice. Strogo medicinsko indikacijo pa razlagajo vendar
široko, tako da upoštevajo tudi socialne razmere bolne
nosečnice oziroma še več, štejejo, da je podana medi-
cinska indikacija, če bi zaradi težkih socialnih razmer
obstojala nevarnost za samomor, oziroma za psihično bo-
lezensko stanje. V takšnih primerih priporočajo sodelo-
vanje izvedenca psihiatra³⁵. Vse druge sicer znane indi-
kacije (čisto socialna, euvgenična in etična indikacija)
ne opravičujejo umetnega splava, ev. je upoštevna zmota;
- 2) poseg mora biti izvršen lege artis, kar pa ne velja sa-
mo za splav (uničenje plodu), ampak za celoten poseg;
- 3) judikatura je zahtevala (kljub tehtnim ugovorom) poleg
objektivnih pogojev (k 1) še subjektivni pogoj, da je
zdravnik potrdil nevarnost za zdravje ali življenje;
- 4) splav ni protipraven le, če nosečnica sama vanj privo-
li, torej če, pravilno poučena, predvideva, da bo rezul-
tat posega usmrtitev plodu oziroma otroka med porodom.
Za presojo, kdaj ni potrebna poprejšnja privolitve, ve-

veljajo splošna načela o privolitvi pri zdravniških posegih z upoštevanjem posebnosti situacije nosečnice oziroma porodnega procesa.

V deželah, kjer velja še omenjeni sterilizacijski zakon, je potrebna še izjava posebne zdravniške izvedenske službe, da je ukrep nujen, pri čemer je seveda tudi mogoča izjema v izredno nujnih primerih.

Splav, ki ni izvršen z upoštevanjem omenjenih načel, je kazniv po § 213, predpisana kazen je strogi zapor od 1 - 15 let (§ 14/2, 3), v milejših primerih pa zapor od 1 dne do 5 let (§ 16). Ob pogojih § 42 h ^{je} lahko izreč² tudi varnostni ukrep prepovedi opravljanja poklica od 1 - 5 let.

d) Medicinski eksperimenti

Eksperiment, ki je nujen pogoj za razvoj vsake predvsem pa prirodoslovne znanosti, ima v medicini še posebno velik pomen. Nič čudnega ni, če je bil eksperiment še posebno pogosta metoda v dobi začetnih korakov moderne medicine. Tu in seveda še danes pomeni eksperiment pravzaprav že vsako uporabo do določene časa nepreskušene, nepoznane metode zdravljenja (operativne, konzervativne, medimenkatozne) - eksperiment v širšem pomenu - poleg čistega eksperimenta na zdravem človeku. Prvi spada pravzaprav med medicinske posege v pravem pomenu, zato ga bomo obravna-

vali v zvezi z odgovornostjo za strokovne napake in opozorili na razlike v stališčih v judikaturi in teoriji. Pri čistem eksperimentu, ki ima torej namen odpreti nova pota v medicini, ni pa neposredno namenjen zdravljenju konkretnega pacienta, je vsekakor enotno stališče, da so (s pogojem, da ustrezajo uporabljene metode ali sredstva zakonskim normativom) uresničitev dejanskega stanu kaznivega dejanja, so torej "tatbestandsmäßig", in objektivno protipravni.³⁶ Edino privolitev osebe, na kateri se vrši eksperiment, je okoliščina, ki izključuje protipravnost. Privolitev pa mora ustrezati najstrožjim zahtevam tako glede prostovoljnosti kot glede obveščenosti o možnih posledicah, dokler te posledice niso letalne;³⁷ privolitev v možnost smrti kot posledice eksperimenta, je irelevantna, privolitev mora biti v mejah § 226 a, zadevati mora dejanje s posledico, ki ne nasprotuje dobrim šegam.³⁸

Razen teh splošnih kazenskopravnih pogojev pa veljajo za medicinske eksperimente tudi še posebni pogoji, ki so dobili v Nemčiji tudi veljavo splošno obveznih pravil. Tako je državni minister za notranje zadeve s posebnim razpisom (28. 2. 1931) opozoril na smernice državnega zdravstvenega sveta o pravilih "za nove načine zdravljenja in za znanstvene poskuse na človeku". S temi smernicami so bili določeni splošni standardi, katerim se je vsak zdravnik v javni zdravniški službi podredil s pisno zavezo ob nastopu službe. V teh smernicah je znan-

stveni poskus definiran kot "poseg ali metoda zdravljenja v raziskovalne namene, ne da bi ga uporabljali za zdravljenje v posameznem primeru in katerega delovanje in posledice po dosedanjih izkušnjah še niso zadosti znani". Sicer veljajo za znanstveni poskus vsa pravila, ki so sicer določena za nove metode zdravljenja, poleg tega pa še posebej: potrebna je privolitev poskusne osebe (brez izjeme, op. P.K.), poskus je treba zavreči, če se da nadomestiti na živali, opravljena morajo biti potrebna pripravljalna dela (zlasti laboratorijski poskus in poskus na živali); kot nasprotni zdravniški etiki niso dovoljeni poskusi na umirajočih; isto velja za poskuse z otroki in mladostniki do 18 let ob najmanjši možnosti ogrožanja.³⁹

Takšna pravila, ki so bila sicer communis opinio teorije in prakse, so bila izčrpno in nedvoumno formulirana v opisanem aktu; s tem so že presegla okvir deontološkega kodeksa, to pa v pogojih še pravne države neposredno pred prevzemom oblasti po nacionalsocialistih. V skladu z ideologijo nacionalsocializma so hitro zavrgli tudi tista splošna in posebna etična načela, ki so že postala last vsega civiliziranega sveta, trajna pridobitev človeka v njegovih prizadevanjih za napredek. Kot drugod so tudi tu zlorabili medicinsko znanost za svoje zločinske namene in kot drugod so tudi tu našli posameznike, ki so se vdinjali režimu in so zavrgli tiste norme zdravniške etike, na katere so prisegli kot zdravniki. Celotne obsežnosti

kvaziznanstvenega pa amoralnega delovanja samozvanih znanstvenikov "za napredek medicinske znanosti" s poskusi tu ni mogoče prikazati. O tem so pa razpravljali in odkrili vsaj del resničnega obsega tega početja že na procesu pred nürnbergskim mednarodnim sodiščem, ki je sodilo poglavitne vojne hudodelce z Goringom na čelu⁴⁰; zlasti pa na proces ameriškega vojaškega sodišča (tudi v Nürnbergu) zoper skupino zdravnikov in funkcionarjev nemške sanitetne službe, tudi zaradi poskusov, ki so jih izvrševali zlasti na jetnikih v koncentracijskih taboriščih. V gradivu tega sojenja so sicer stališča, da so obtoženci ravnali izhajajoč iz zastarelega medicinskega gledanja; obramba je, da bi ovrgla kazensko odgovornost obtožencev, zbrala podatke o poskusih na ljudeh v drugih državah (v ZDA, Angliji), sodišče pa je takšno obrambo zavrnilo; v svojih zaključkih je sicer ugotovilo skladnost poskusov na ljudeh z zdravniško etiko, "če ostanejo v dovolj jasno postavljenih mejah". V desetih točkah pa je v obsodbi povzelo kot splošno priznana (med zagovorniki poskusov) detajlna načela, ki jih je treba spoštovati. Tu se posebej poudarja: brezpogojna prostovoljnost privolitve osebe, na kateri se opravi poskus, (z vsemi kavitelami za resnično prostovoljnost), koristnost poskusa, katerega izsledki niso dosegljivi kako drugače, izvedba poskusa mora biti v skladu z zahtevami znanstvenega raziskovanja (glede varnostnih ukrepov, kvalificiranosti raziskovalca), odprta mora biti

možnost preklica privolitve; raziskovalec mora biti pripravljen pravočasno prekiniti poskus, če se ta pokaže za nevarnega za življenje, ali bi lahko povzročil trajno okvaro zdravja itd. Sodišče je tudi zavrnilo stališče, da je storilec ekskulpiran, če je ravnal po nalogu vlade ali predstojnika in ugotovilo, da so bila dejanja obtožencev v nasprotju z omenjenimi načeli in še podčrtalo, da so takšni poskusi na ljudeh očitno v nasprotju z "načeli mednarodnega prava, kakor izhajajo iz običajev kulturnih narodov, zakona človečnosti in diktata javne vesti"⁴¹.

Prav omenjena načela, tudi kolikor se tičejo poskusov samih (brez prilastka vojnih hudodelstev), pomenijo resnično tisti minimum norm (etičnih in pravnih), ki bi morale veljati v vsaki civilizirani družbi.

e) Transplantacije (transfuzija, presajanje drugega tkiva, organov)

Tu gre za poseg, ki ima vse značilnosti zdravniškega posega, če ga obravnavamo s stališča bolnika samega. V skupino posebnih zdravniških posegov pa spada, kolikor gre za tako imenovane homoiotransplantate in kolikor zadeva drugo osebo (ki daje tkivo, organ i. pod.) za bolnika. V tem smislu obravnavajo transplantacije na splošno v nemški teoriji; dosledno s tem jih tudi enako obravnavajo; za nekaznivost (bolje, skladnost s pravno normo) je potrebna privolitev donatorja. Tudi za to privolitev morajo biti izpolnjeni vsi potrebni pogoji glede prostovoljno-

sti in poučenosti dajalca o riziku oziroma o ev. zanj škodljivih posledicah⁴².

f) Umetno oplojevanje - po Giosenu (po stanju do 1. 1962) naj bi v zvezni republiki pojav umetnega oplojevanja ne zajel pomembnejšega obsega (govore o nekaj nad 1.000 otrocih, ki so bili spočeti po tej poti) vendar pa se to število iz leta v leto veča, s tem pa tudi zanimanje za etična in pravna vprašanja, ki so s tem v zvezi.

V Nemčiji je sicer že leta 1908 zvezno sodišče zavzelo stališče glede t.i. homologe inseminacije, problem pa je začel vzbujati več zanimanja v zadnjih 25 letih tudi v juridičnih krogih. Med nacionalsocialistično vladavino zlasti pa v vojnih letih so povezovali to vprašanje z interesom družbe na "rasno in zdravstveno polnovredni z otroki bogati družini", posebej pa tudi s krvnim davkom nemškega ljudstva zaradi vojne.

Po vojni iščejo seveda drugačne razloge za in proti. Med pravniki je prevladalo odklonilno stališče glede heterologe inseminacije, isto pa velja tudi za vsako nezakonsko inseminacijo. Heterologo inseminacijo štejejo za napad na človekovo dostojanstvo, vsako sodelovanje tretjih (zdravnika) pri tem ostane protipravno ne glede na dano privolitev. Za homologo inseminacijo takšno stališče ni tako soglasno; s pogojem seveda, da je izvršena s privolitvijo obeh zakoncev, je iz čisto pravnega stališča skoro

ni mogoče šteti za protipravno dejanje. Ker pa je tudi pravno stališče zgodovinsko in družbeno pogojeno, v Nemčiji pa je še posebej pod močnim vplivom teoloških (kato-
liških in protestantskih, ki se tu^{ne} razločujejo) gledanj, je razumljivo, da se razlike (v pravnih gledanjih) med obema vrstama inseminacij zmanjšujejo ali celo odklanjajo.

Kot problem deliktnega prava obravnava inseminacijo nemška doktrina civilnega prava, v teh okvirih se giblje tudi judikatura. Kot kazenskopравни problem pa se povezuje umetna inseminacija z določbami o kaznivih dejanjih spremembe rodbinskega statusa (§ 169 StGB), zanemarjanja dolžnosti vzdrževanja (§ 170 b StGB), odklonitve pomoči nosečnici (§ 170 c StGB) in prešuštva (§ 172 StGB). Praktičen pomen določbe je seveda majhen, kolikor gre za zdravnikovo kazensko odgovornost; ta je v nekaterih primerih že po naravi sami lahko samo odgovornost za udeležbo (pomoč), lahko pa je tudi odgovornost storilca (zlasti, če je zdravnik sam donator). Vse povedano velja seveda za primer lege artis izvršene inseminacije (upoštevaje vse ostale momente, indikacije in uspeh). Če poseg ni tako opravljen, ali je sicer posledica kazenskopravno relevantna, veljajo tudi za ta poseg načela o odgovornosti za strokovno napako⁴³.

II. KAZENSKA ODGOVORNOST ZDRAVNIKA IN ZDRAVSTVENIH DELAVCEV ZA STROKOVNE NAPAKE

1. Predmet kazenskopravnega varstva

Po prevladujočih stališčih je ideja o pravnem dobru (Rechtsgut) kot predmetu kazenskopravnega varstva še vedno poglavitno izhodišče za kazenskopravno teorijo in prakso v ZR Nemčiji. Čeprav se to izhodišče opira na kavzalni naturalistični pojem kaznivega dejanja kot povzročitve prepovedane posledice, ga sprejemajo vsaj v določeni meri tudi zastopniki teleološke koncepcije in finalnega nauka o pojmu kaznivega dejanja. To je verjetno posledica dejstva, da teorija obravnava kazensko pravo na podlagi kazenskega zakonika iz leta 1871 in še posebej glede na sistematiko posebnega dela tega kazenskega zakonika. V kazenskem zakoniku je pač pretežna večina dejanskih stanov kaznivih dejanj zasnovana na ideji o hoteni povzročitvi posledice, ta je pa ravno uničenje, oškodovanje ali ogrožanje pravnih dober, sama dejanja pa so opisana kot napad na določen objekt (Angriffsobjekt) zunanjega sveta, kolikor niso čisto formalna dejanja. Drugi razlog za takšno skladnost stališč glede tega vprašanja je morda tudi v tem, kar so vse koncepcije o kaznivem dejanju kljub velikim razlikam v izhodiščih in splošnih zaključkih predvsem formalne, normativistično zasnovane. Kolikor finalisti poudarjajo družbeno vsebino kaznivega dejanja oziroma njegov družbeni smisel, se ta ob subjektivizaciji kazenskega prava kaže

oziroma izraža predvsem s stališča storilca kaznivega dejanja kot njegova družbeno škodljiva miselnost, ali pa kot hoteni cilj, ničesar pa ne povedo o tem s stališča družbe in družbenih odnosov⁴⁴.

Za strokovne napake pri zdravniškem delu, ki se morajo izraziti v posledici, telesni poškodbi ali smrti, če naj bodo kazenskopravno relevantne, je torej logičen zaključek, da se v nemški teoriji in praksi obravnavajo kot kazniva dejanja zoper tisto pravno dobro, ki je glede na posledico pač prizadeto, to je pa življenje oziroma telesna integriteta (zdravje). Na tem ničesar ne izpremeni okoliščina, da posamezni teoretiki pri obravnavanju posebnega dela kazenskega prava poskušajo mimo ali poleg kategorij, ki izhajajo iz pozitivnega prava zasnovati višje kategorije. To je pač posledica pomanjkljivosti zakonske ureditve, ki izhaja iz posameznih pravnih dober, ne pozna pa tako imenovanih skupinskih objektov kazenskopravnega varstva. Tako obravnavajo kazniva dejanja zoper življenje in telo (usmrtitev, telesne poškodbe) v skupini kaznivih dejanj zoper osebnost (Welzel) oziroma zoper osebo; poskusi sociološko in s stališča bodisi načina storitve, ali pa motivacije storilca zasnovati skupine kaznivih dejanj ostanejo še vedno posamični poskusi (Sauer). Teorija je dalje našla pod skupnim imenovalcem "osebnost" mesto tudi za obravnavanje kazenskopravnega relevant-

nega protipravnega ravnanja zdravnika, tako imenovanega samovoljnega zdravljenja, še v okviru kaznivih dejanj zoper osebno svobodo⁴⁵.

2. Nevestno zdravljenje kot strokovna napaka v pravem pomenu

a) Ugotovili smo diamentralno nasprotujoča si stališča med teorijo in prakso za temeljno vprašanje o pravni naravi medicinsko indiciranega in lege artis opravljenega zdravniškega posega. Pri obravnavanju zdravnikovih strokovnih napak in kazenske odgovornosti zanje pa so razlike manj pomembne, kolikor niso posledica preje omejenih razlik. Teorija tu v glavnem sprejema že tradicionalno pravno dogmatsko metodo, ki izhaja iz trojne razčlenitve pojma kaznivega dejanja in sicer: objektivnega dejanskega stanja, protipravnosti in krivde. Takšen vrstni red bomo upoštevali tudi v tem sestavku, pri čemer poudarjamo, da je zveza med uresničenjem dejanskega stanja kaznivega dejanja in protipravnostjo tako tesna, da ju pri obravnavanju zdravniških posegov skoraj ni mogoče ločiti.

b) Prvo vprašanje, ali je zdravnikovo ravnanje uresničitev dejanskega stanja kaznivega dejanja, ima za izhodišče pojem strokovne napake, ali kot to imenujejo v nemški pravni in sodno medicinski terminologiji - "Kunstfehler". Razlikovanje med situacijami, ko gre za rav-

nanje zoper pravila zdravniške "umetnosti" kot takšne (to bi bila strokovna napaka v pravem pomenu, vitium artis) od spodrsaljaja (Versehen) pri sicer lege artis izvedenem posegu doktrina večinoma odklanja. Poudarja se pač, da je vsaka napaka s škodljivimi posledicami za pacienta kazenskopravno relevantna in ima lahko za posledico kazensko odgovornost (Haftung)⁴⁶.

O strokovni napaki v pravnem pomenu s posledico deliktne odgovornosti govorimo tako pri zdravniških posegih v pravem pomenu kot tudi v vseh drugih primerih, ki so tem podobni in smo jih obravnavali kot posebne zdravniške posege. Vendar lahko govorimo o njih samo, če gre za vitium artis in je nastala posledica takšne vrste, da jo je lahko šteti vsaj za lahko telesno poškodbo (§ 223 StGB). Doktrina še posebej opozarja, da pač iz posledice same seveda še ni mogoče sklepati na strokovno napako in to ne glede na vprašanje vzročne zveze. Kar zadeva posledico samo ni posebnih problemov razen tistih, ki so v zvezi z zakonsko definicijo lahke telesne poškodbe⁴⁷; kaže pa, da se uveljavlja odgovornost zdravnikov v kazenskem postopku praviloma le v tistih primerih, ko je posledica hujša (huda telesna poškodba ali smrt). O nekaterih s tem zvezanih pravnih vprašanjih bomo še govorili pozneje.

Več problemov pa je glede presoje ravnanja in ugotavlja-

nja v čem je "vitium artis". V teoriji in v judikaturi so se sicer izoblikovala nekatera načelna stališča, vendar le kot splošna napotila, ki jih je vedno treba primerjati z okoliščinami konkretnega primera⁴⁸. Zdravniške napake razvrščajo glede na kazenskopravno dogmatsko obravnavanje v tiste, kjer je napaka v zdravnikovi storitvi (pozitivno ravnanje) in tiste, kjer je napaka v zdravnikovi opustitvi. Obe skupini sta zamišljeni za situacije, ko je odgovoren zdravnik sam deloval oziroma ni deloval, pa bi moral. Posebno skupino predstavljajo primeri tako imenovane odgovornosti za dejanja drugih kot so primeri dela v ekipi ali pa s pomočjo zdravstvenih pomožnih delavcev⁴⁹. V tem vrstnem redu bomo te probleme tudi obravnavali.

1) Strokovna napaka z zdravnikovo storitvijo

Sam izraz "strokovna napaka" uporabljamo kot označbo za določeno objektivno stanje ter ne vsebuje v sebi še nobene vrednostne sodbe. Gre za označbo dejstva, da je bil določen zdravniški postopek, poseg z medicinskega stališča napačen. Kazenskopravno relevantno postane takšno stanje, če ima za posledico, kakršno predvideva kazensko pravo, torej v danem primeru telesno poškodbo določene intenzitete ali smrt.

Za strokovno napako kot kazenskopravno storitveno dejanje štejejo takšen poseg, ki direktno vodi do prepovedane posledice, ki je sam kot takšen napačen, oziroma v

nasprotju z zdravniško umetnostjo; sem štejejo poleg napačnih diagnoz tudi napačni operativni posegi, zamenjava medikamentov, uporaba napačnega anestezijskega sredstva i. pod. Če iz pozitivnega dejanja, ki je samo po sebi v redu, slede še nadaljnje dolžnosti zato, da se preprečijo škodljive posledice in so te dolžnosti kršene, gre seveda za opustitev. Ta pomeni tudi v čistih opustitvah kršitev pravne dolžnosti za ravnanje, s katerim naj bi se odvrnila škodljiva posledica.

Pri strokovnih napakah s storitvijo je torej osnovno vprašanje, ali je konkretno ravnanje "v nasprotju s pravili medicinske znanosti in z medicinskimi izkušnjami". Gre torej za vprašanje, ki ga organ kazenskega pregona zlasti pa sodeče sodišče največkrat ne bo moglo rešiti brez pomoči izvedencev. Zvezno sodišče (RG) je sprejelo glede tega načelno stališče v dveh odločbah in ga pozneje večkrat potrdilo izhajajoč iz t.i. "Kurierfreiheit", to je svobode zdravljenja glede izbire metode oz. sredstev in iz stališča, da je vprašanje strokovne napake predvsem medicinsko vprašanje (o sodelovanju izvedenca in presoji izvedenskega mnenja glej dalje). Za prakso je vendarle treba ugotoviti, da večkrat zamenjuje vprašanje strokovne napake v objektivnem smislu z vprašanjem krivde (malomarnosti), ali z drugimi besedami zamenjuje dejansko vprašanje s pravnim vprašanjem. Pri strokovnih napakah s storitvijo je seveda nadaljne

vprašanje vzročne zveze napake s posledico. Novejša doktrina in judikatura rešujeta to vprašanje po znani teoriji enakosti vseh pogojev (*conditio sine qua non* oziroma ekvivalenčna teorija). Za vzrok posledice šteje tista strokovna napaka, ki je ni mogoče odmisлити, ne da bi s tem odpadla tudi škodljiva posledica. Pri tem je vseeno, ali je storitev pogoj za posledico, ki je bolj ali manj oddaljen, ali je bolj ali manj součinkoval z drugimi pogoji, ali je učinkoval sam ali skupaj z drugimi, ali je bila posledica objektivno predvidljiva, ali je slučajno nastala itd. Dejanje in posledica nista v mehanično naturalističnem odnosu, ampak ju je treba upoštevati v njunem pravnem pomenu. Pri obravnavanju vzročne zveze pa se ravno kaže preje omenjeno nepravilno zamenjavanje te zveze s krivdo.

V zvezi z znanim problemom prekinitve vzročne zveze ne prizna novejša judikatura takšnega učinka pri krivdnem dejanju druge osebe⁵¹.

2) Strokovna napaka z opustitvijo povzročča dosti več problemov. To je posledica že sicer pomembnih razlik v presoji opustitvenih kaznivih dejanj, posebej pa je še po-
gojena s specifičnostmi pri opustitvah v zdravniškem delu.

Med problemi, ki so tudi sicer problemi opustitvenih dejanj, gre zlasti za razločevanje med pravimi in nepravimi

opustitvenimi dejanji, za problem prave narave nepravih opustitvenih dejanj in za problem vzročne zveze. V novejši teoriji si stojita nasproti predvsem dve stališči: eni vidijo v nepravih opustitvenih dejanjih v bistvu podvrsto storitvenih dejanj. To pa glede na posledico, ki je enaka kot pri storitvah. In druga, ki štejejo takšna dejanja za opustitve s to posebnostjo, da kršitve posebnih dolžnosti niso tipizirane po zakonodajalcu, ampak jih je treba izvajati iz drugih izhodišč⁵². V doktrini, ki se ukvarja z zdravniškimi napakami, ima dosti privrženecv stališče, da je treba opustitev vzeti kot celotno ponašanje, katerega družbeni pomen je v neodvritvi posledice. V takšnem miselnem toku tudi problem vzročnosti postane enostaven in se ravna po istih načelih kot pri storitvenih dejanjih. Judikatura in del teorije pa nista šla po tej poti. Opustitev so razumeli kot neizvršitev določenega dejanja; s tem pa so zopet odprli problem vzročne zveze med opustitvijo pričakovanega ravnanja (nedejavnostjo) in nastalo posledico. Tu je sklepanje lahko samo v obliki hipoteze: če bi storilec ravnal drugače (tako kot bi moral), bi posledica ne nastopila⁵³. Razlika je tedaj ne samo teoretična, ampak ima velik praktičen pomen, postavlja neenak položaj obdolženca pri storitvenem dejanju (tu se zahteva natančno ugotovljena vzročna zveza) in pri opustitvi (tu zadošča verjetnost oziroma po kazensko procesni terminologiji na gotovost meječa verjetnost vzročne zveze).

Za strokovne napake te vrste je pomembno predvsem dvoje:

- iz česa izvira in kaj obsega dolžnost odvrniti posledico;
- ali je konkretno zdravnikovo ravnanje škodljivo za dejavnost, ki je primerna, da se odvrne posledica ali ne.

Dolžnost odvrniti posledico izhaja iz okoliščine, da je zdravnik prevzel bolezenski primer oziroma določene-ga pacienta v medicinski tretman. Čim je zdravnik to storil, je porok nasproti pacientu, da bo nadaljnji potek takšen, da se odvrne posledica kot to zahteva položaj in je potrebno glede na konkreten primer. Odtod izvira za nemško doktrino precej razširjena označba zdravnikovega položaja z izrazom "Garantenstellung"; takšen zdravnikov položaj je poudarjen še s tem, da je pacient sam v posebej nevarnem položaju, ker se je odrekel oziroma vsaj ne išče še drugih možnosti, da bi zboljšal svoje zdravstveno stanje oziroma, da bi preprečil škodljivo posledico.

Za odgovor na drugo vprašanje ne zadošča sama okoliščina, ali je posledica nastopila ali ni; v praksi se sicer pogosto iz škodljive posledice sklepa na strokovno napako (sklepanje *ex post*). Pri presoji zdravnikovega ravnanja se daje prezre, da morajo biti kriteriji presoje v konkretnih primerih objektivirani iz stališča medicinske znanosti in izkušenj, ne pa s stališča subjektivistično merjene preudarnosti in sposobnosti kon-

kretnega zdravnika. Namesto ex post je treba sklepati ex ante, to pomeni, treba se je postaviti v položaj ob začetku zdravljenja oziroma posega in presojudati ustreznost konkretnega posega glede na pričakovani uspeh, to je, da se posledica odvrne. Judikatura je sicer v bistvu pravilno usmerjala prakso (vendar ne vedno z ustrezno frazeologijo), da je treba upoštevati objektivno situacijo in da je tu zopet potrebno sodelovanje ustreznega izvedenca⁵⁴.

3) Tretje postavljeno vprašanje, ki se nanaša na tako imenovano odgovornost za delo drugih, se seveda zastavlja tako pri storitvenih kot opustitvenih strokovnih napa-
kah. V teoriji in judikaturi omenjajo iz številnih mogo-
čih situacij predvsem tiste, ko je zdravnik prepustil do-
ločeno opravilo drugi osebi, ne da bi primer sam pustil iz
rok (n.pr. zdravstvenemu pomočniku, pacientu samemu ali
njegovim svojcem). Tu gre najprej za vprašanje, ali je
bila prepustitev opravila sama po sebi pravilna ali ne,
ali je bila pravilno izbrana pomožna oseba in končno,
ali je zdravnik sam izvrševal oziroma poskrbel za potreb-
no nadzorstvo nad izvršitvijo opravila. Kot splošno pra-
vilo velja: čim bolj pomembno je opravilo, toliko preje
ga mora zdravnik opraviti sam. V današnjih pogojih ozi-
roma ob nujni delitvi dela v sodobnem zdravstvenem pro-
cesu pa je seveda važnejša izbira osebe, ki ji zdrav-
nik zaupa opravilo ali več opravil in nadzorstvo

11

nađ izvršitvijo. Nadzorstvo nad delom druge osebe pride v poštev zlasti pri tistih posegih, ko deluje zdravnik sam ob nujno potrebni asistenci zdravstvenega pomočnika; mutatis mutandis veljajo tudi tu pravila, ki smo jih omenili za presojo strokovnih napak pri opustitvah⁵⁵.

c) Odgovor na vprašanje protipravnosti pri konkretnem posegu, ki se je končal s posledico, je obsežen že v odgovoru na prvo vprašanje, ali je zdravnik s posegom uresničil objektivni dejanski stan telesne poškodbe oziroma povzročitve smrti. Če je odgovor na to vprašanje pritrdilen, je s tem že eo ipso podana tudi protipravnost. V nemški teoriji se vendar opozarja, da takšen logičen zaključek narekuje še posebno skrbnost pri presoji prvega vprašanja, to je, ali je uresničen dejanski stan kaznivega dejanja. Odlaganje popolne razjasnitve stvari v zvezi z odgovorom na vprašanje krivde je nepravilno tudi zaradi tega, ker pomeni za zdravnika, čeprav kriva obdolžitev o strokovni napaki pa izključitev odgovornosti, prehuđo obremenitev. To se poudarja še posebej zaradi tega, ker v prevladujočem stališču ob ugotovljeni strokovni napaki ni nobene možnosti za izključitev protipravnosti v smislu splošnih načel kazenskega prava, zlasti se izključuje možnost razbremeniti zdravnika z uporabo instituta skrajne sile (v smislu prekozakonske skrajne sile).

d) V situaciji, ko je pri strokovni napaki uresničen objektivni dejanski stan kaznivega dejanja in je s tem podana tudi protipravnost, je seveda kazenska odgovornost zdravnika odvisna od tega, ali je njegovo ravnanje krivdno. Pri strokovnih napakah pride praktično pa tudi načelno v poštev kot krivdna oblika malomarnost. V nemškem pravu (StGB) malomarnost ni direktno definirana. Teorija in judikatura sta izoblikovali definicijo malomarnosti na podlagi § 59 St GB, ki govori o zmoti, upoštevali pa sta tudi poskuse neposredne definicije v številnih osnutkih za novi kazenski zakonik. Po drugi svetovni vojni⁵⁶ se čuti določen vpliv koncepcije finalistov o osebni nepravu (personales Unrecht), ki naj bi nadomestila koncepcijo o nepravu posledice (Erfolgswert). Finalistična koncepcija, ki zamegljuje mejo med nepravom in krivdo, se vsekakor čuti zlasti pri obravnavanju dejanske in pravne zmote, s tem pa seveda tudi pri obravnavanju malomarnosti⁵⁶.

Za presojo, ali je pri strokovni napaki podana zdravniška malomarnost, vendarle še prevladuje stališče, ki ga je zavzelo zvezno sodišče (RG) v tridesetih letih. To sodišče je izhajalo iz dveh skupin premis za malomarnost in sicer: 1) če je ugotovljeno, da je zdravnik zanemaril skrbnost, za katero je bil glede na okoliščine in po svojih osebnih zmožnostih in znanju obvezan in sposoben in zaradi tega posledice ni predvidel,

ali pa je imel posledico za možno, pa je mislil, da ta ne bo nastopila (formula, ki v bistvu ustreza razlikovanju med zavestno in nezavestno malomarnostjo, op. P.K.).

2) Niso podane posebne okoliščine, zaradi katerih ni bilo mogoče pričakovati drugačno ravnanje kljub predvidljivosti in predvidevanju, da škodljiva posledica lahko nastane (nemožnost drugačnega ravnanja)⁵⁷.

Za prvo skupino premis (k 1) je očitno, da je v njej izražena psihološko normativna koncepcija krivde oziroma malomarnosti. Pri tem se pri nezavestni malomarnosti kaže, da prevladuje normativni aspekt. Ob znanih kritikah na račun stare psihološke koncepcije krivde in njenih oblik je to seveda razumljivo. V nemški doktrini doslej še niso našli drugačne boljše koncepcije, poskusi finalistov najti drugačno utemeljitev za nezavestno malomarnost niso prepričljivi, to pa še utrjuje vztrajanje na tradicionalni (za nemško doktrino) koncepciji.

Konkretno so se glede malomarnosti v smislu malomarnosti za dejanje (Tatfahrlässigkeit) pri zdravniških posegih uveljavila in se še vzdržujejo naslednja stališča: zdravnik, ki zagreši strokovno napako, ravna malomarno "če v nasprotju s svojimi dolžnostmi ni predvidel resnične daljnosežnosti svojega ravnanja". Tu je doktrina prispevala k omenjenemu stališču judikature določeno preciznejše razločevanje med dolžnost-

- jo za pazljivost pri presoji verjetnega nadaljnega poteka zdravljenja in med osebnim znanjem in zmožnostmi zdravnika. To pomeni, da je natančneje opredelila in razmejila objektivne in subjektivne (individualne) okoliščine konkretnega primera. Za odgovor na vprašanje o morebitni zdravnikovi malomarnosti je treba ugotoviti:
- ali se zdravnik ni zavedal ali vsaj ne v zadostni meri svoje napake v diagnozi, ali terapiji in zato tudi ni predvidel vseh posledic;
 - ali je zdravnik pri tem kršil pravno dolžnost za takšno pravilno predstavo o učinku svojega ravnanja;
 - ali je bilo pričakovati, da je zdravnik glede na svoje sposobnosti in glede na okoliščine, v katerih je deloval, v položaju, da bi lahko predvidel posledico;
 - ali je mogoče govoriti (ob pozitivnem odgovoru na prejšnja vprašanja) o kršitvi zdravnikove dolžnosti glede na njegovo notranjo motivacijo pri posegu.

Poudarek na pravni dolžnosti odpira za zdravniško delo vprašanje na čem temelji takšna pravna dolžnost. Doktrina in judikatura razumeta to dolžnost, razen kjer je posebej normirana, kot tisto, ki izhaja iz nauka, načel in izkušenj medicinske znanosti, in tako predstavlja njegove poklicne dolžnosti. Sem šteje najprej zdravnikova dolžnost, da obdrži in razvija svoje strokovno znanje s tem, da zlasti spremlja razvoj medicinske znanosti seveda v primerih in zmogljivih mejah,

predvsem pa na tistih področjih, ki so za njegovo konkretno zdravniško delo najbližja. Glede na objektivno in subjektivno načrtane meje za takšno spopolnjevanje je seveda mogoče, da se znajde zdravnik v situaciji, ki je ne obvlada. V takšnem primeru velja nadaljna dolžnost, da presodi svoje znanje in zmožnosti in išče pomoč pri bolj verziranem zdravniku, ali mu prepusti nadaljne zdravljenje oziroma napoti bolnika v ustrezen zdravstveni zavod.⁵⁸

Zavest o posledici, ki je pogoj za malomarnost, mora obsegati tudi vzročno zvezo med zdravnikovim ravnanjem (opustitvijo) in konkretno posledico; za zdravnika mora obstojati možnost (objektivno in subjektivno, da zadosti tej dolžnosti). Pri tem se zastavlja vprašanje meje, do katere je mogoče upoštevati subjektivne okoliščine še kot krivdo izključujoče. V teoriji govore o spodnji meji (Mindestmass), s katero kot kaže, razumejo splošne standarde povprečnega zdravnika, pa je vprašanje, ali je takšna abstraktna formula najprimernejša.

V zvezi z vprašanjem malomarnosti je še posebej zapleteno vprašanje odgovornosti za ravnanje drugih, na katerih sodelovanje ali pomoč je zdravnik nujno navezan. Tudi tu doktrina razlikuje dve skupini primerov: prva, ko je zdravnik sam ravnal pravilno, pa je ob sodelovanju drugih in njihovih napak prišlo do škodljive posledice

in druga, ko je že prvi zdravnik sam zagrešil strokovno napako, ob pritegnitvi drugih pa je prišlo do novih napak in je nastala posledica še hujša⁵⁹.

V prvi skupini gre na prvi pogled sicer za znano culpa in eligendo in custodiendo; če je podana ena ali druga, odgovarja zdravnik za škodljivo posledico (navadno skupaj z neposrednim povzročiteljem), če ni, je seveda ekskulpiran. Krivda za izbiro pomočnika je praktično seveda manj pomembna kot druga, za opustitev nadzorstva. Kdaj, v kakšnih primerih mora zdravnik nadzorovati, zlasti pa v kakšnem obsegu, bo odvisno od okoliščin konkretnega primera; pri tem je zlasti treba upoštevati, ali in katere izmed okoliščin so za zdravnika objektivno dane tako, da nanje ne more sam vplivati. Toda tudi drugačne urejeno nadzorstvo (v zdravstveni ustanovi, lekarni) samo po sebi ne izključuje vsako kontrolno dolžnost zdravnika, čeprav bo normalno šteti, da se zdravnik upravičeno lahko zanese na tako nadzorstvo. Zdravnik pa se seveda ne sme slepo zanašati na strokovno usposobljenost pomočnika, s katerim dela ali ostati povsem brezbržen glede tega⁶⁰.

Za drug primer, ko je zdravnik sam še strokovno napačno ravnal in za tem intervenira drug zdravnik, je zlasti pomembno vprašanje, ali odgovarja zdravnik za vse posledice, ali ne. V teoriji se poudarja, da odgovarja zdravnik za hujšo pozneje nastalo posledico (n.pr. za

smrt), če je to posledico lahko predvidel kot normalen zaključek s prvo napako sproženega procesa.

Vsa dosedanja izvajanja se nanašajo še vedno na prvo skupino premis za malomarnost (glej spredaj). Druga skupina opozarja na situacije, ko zdravnik dejansko nima druge možnosti, da izbira, ali naj opravi zdravniški poseg ali ne (opustitev posega je ravno tisto ravnanje, ki ga ni mogoče pričakovati). Tu gre za primer zavestnega prevzema rizika za poseg, ki ga pa pravo tolerira, če ravna zdravnik v soglasju s pacientom. Tu odloča zdravnikova motivacija, ki mora biti takšna, da ji ni mogoče ničesar očitati. Na ta drugi stavek v definiciji doktrina posebej opozarja, da ne bi v praksi pretiravali s kazenskim pregonom zoper zdravstvene delavce; to bi bilo ravno tako škodljivo, kot preveč liberalen odnos z izmišljanjem krivdo izključujočih razlogov⁶¹.

Za presojo krivdne odgovornosti je pomembno tudi vprašanje zmote. Tu se ni mogoče spuščati v razpravljanje o načelnih stališčih o dejanski in pravni zmoti in o različnih teorijah⁶². Za našo temo pride v poštev zmota o opustitvenih dejanjih in v zvezi z malomarnostjo. Zmota o dolžnosti odvrniti posledico (o tako imenovani *Garantenpflicht*) in o dolžnostih za skrbnost je vsekakor pravna zmota. Ta se v nemški teoriji obravnava različno glede na to, ali je njeno izhodišče teorija naklepa (*Vorsatztheorie*) ali teorija krivde (*Schuldtheorie*).

Judikatura danes bolj nagiba k teoriji krivde. Tu razločujejo med tem, ali je bila zmeta odklonljiva ali neodklonljiva, zadnja izključuje kaznivost, prva pa je le razlog za omilitev kazni po pravilih za odmero kazni pri poskusih. Dejanska zmeta kot zmeta o objektivnih znakih dejanskega stanu se presoja po načelih o malomarnosti⁶³.

e) Kot je bilo že večkrat poudarjeno, je vprašanje strokovne napade pri zdravnikovem delu takšne narave, da sodišče pri tem nujno potrebuje pomoč izvedencev. O tem vsekakor ni dvoma, več problemov pa povzroča vprašanje, kako izbirati izvedence in kako presojati njihovo mnenje. Za nemško kazensko procesno pravo sicer velja pravilo, da izvedence določa sodišče, da je dokaz z izvedencem dokazno sredstvo, za katero velja načelo proste dokazne presoje. Že samo opustitev, da se določi in pritegne izvedenec, štejejo za kršitev načela materialne resnice in iz tega izvira dolžnost za sodišče⁶⁴. Pri izbiri izvedencev poudarjajo in to stališče je zavzela tudi judikatura, da se ne sme sodišče postaviti enostransko na stališče ene same šole zlasti v primerih, če se obdolženec sklicuje na to, da se je ravnal po pravilih medicinske šole, kateri sam pripada (praktično gre pri tem zlasti za dve šoli tako imenovano homeopatsko in alopatsko šolo). Zlasti pa se poudarja, da se ne sme sodišče postaviti za razsodnika med obema šolama, ali se enostransko pridružiti mnenju izvedenca. Drug sklop vprašanj, kjer pride lahko do divergenc v izvedenskih

mnenjih, so vprašanja, ki zadevajo na področje medicinske deontologije; tudi glede tega velja stališče, da sodišče ne more biti arbiter o vprašanjih zdravniške etike. Pri presoji in končni odločitvi velja vsaj po prevladujočem mnenju, da mora sodišče upoštevati tisto stališče, ki je za obdolženca ugodnejše po načelu in dubio pro reo. To velja tako za ugotovitev, ali gre za strokovno napako, za vprašanje vzročne zveze, pri vprašanju krivde pa za tiste dejanske okoliščine, ki so podlaga za rešitev pravnega vprašanja o tem, ali je podana krivda ali ne⁶⁵.

f) Posledica kazenske odgovornosti

Ker pomeni strokovna napaka kaznivo dejanje le, če je nastala posledica telesna poškodba ali smrt pacienta, se po nemškem pravu uporabljajo zanje tiste kazni in druge sankcije, ki se lahko izrekajo za ta kazniva dejanja storjena iz malomarnosti. Za malomarno povzročitev telesne poškodbe je po § 230 StGB predvidena denarna kazen (od 5 do 10.000 DM, § 27 StGB, za odmero glej § 27 a in 27 c, ali kazen zapora (Gefängniss od enega dne do pet let, § 16 StGB). Glede na različne možne vrste telesnih poškodb, ki so vse obsežene v § 230 (tacite in nediferencirano), je teža poškodbe seveda tudi okoliščina, ki se upošteva pri odmeri kazni. Posebno vprašanje je, katera norma pride v poštev v primeru, če se je s strokovno napako povzročena telesna poškodba končala s smrtjo pacienta. Tako imenovana huda

telesna poškodba, kvalificirana s posledico smrti, je predvidena sicer s § 226 StGB, ki pa z uporabo novega § 56 StGB, uvedenega s tako imenovano tretjo novelo StGB leta 1953, pomeni odgovornost za naklepno storjeno telesno poškodbo in za smrt, če se ta lahko pripíše storilčevi malomarnosti. Pred novelo leta 1953 sta doktrina in praksa obravnavali primere strokovnih napak s smrtnim izidom po določbi o malomarni usmrtitvi po § 222 StGB⁶⁶.

Za malomarno usmrtitev oziroma povzročitev smrti je po § 222 StGB predvidena kazen zapora (Gefängnis, glej spredaj).

Ob posebej predpisanih pogojih lahko nastanejo z obsodbo tudi pravne posledice izgube državljanskih pravic (glej § 32, 33 in 34 StGB); isto velja glede izreka varnostnega ukrepa prepovedi izvrševanja poklica (glej § 42 I StGB).

3. Odklonitev zdravniške pomoči

Kako presojati opustitev zdravniške pomoči izven primerov opustitev, ki štejejo za strokovne napake, je tudi eno izmed vprašanj, o katerem so stališča dokaj različna. Judikatura in doktrina se glede tega vprašanja razhajata v načelu, strinjata pa se v posameznostih.

Poglavitno sporno vprašanje je, ali je mogoče uporabiti za te primere § 330 c StGB, ali pa je treba iskati

rešitev tega vprašanja drugje oziroma, ali je v takšnem primeru sploh podana kazenska odgovornost. O tem, kaj obsega dolžnost nuditi zdravniško pomoč, oziroma ob kakšnih pogojih je mogoče govoriti o njej, ni posebnih sporov. Najširša je dolžnost zdravnika splošne prakse (privatne), ožja je za specialista, za zdravnika v zdravstvenem zavodu glede zunanjih pacientov pa je samo izjemna. Da lahko govorijo o dolžnostih za zdravniško pomoč se zahteva, da je primer nujen (resen, neposredna nevarnost za življenje ni potrebna); pri morebitni kolèziji več pozivov obstojijo kriteriji za izbor kot n.pr. prednost ima pacient, ki ga zdravnik že zdravi, zdravnik okoliša, v katerem živi pacient i.pod.

Vprašanje same kazenske odgovornosti obravnava judikatura v zvezi s § 330 c StGB. Doktrina to stališče v glavnem odklanja, omejujoč § 330 c na striktno določene primere dolžnosti (splošne, za vsakogar ne le za zdravnika), v primeru nesreče ali splošne nevarnosti. S široko interpretacijo, kaj je škoda za nesrečo, so sicer v ta pojem vključili tudi primere nepričakovanega poslabšanja (ali izbruha?) bolezni, torej tudi nenaden dogodek, ki je nastopil brez sodelovanja drugih kot čisto notranji organski proces pri prizadetem⁶⁷.

Doktrina se ni zadovoljila tudi s takšno vsekakor prisiljeno konstrukcijo, ampak si je pomagala z že znano konstrukcijo nepravega opustitvenega dejanja. Z uporabo

te konstrukcije izhajajo iz zamišljene pravne dolžnosti prevzeti nujen primer v zdravljenje. Ta dolžnost pomeni za zdravnika, da nastopa v odnosu do države kot garant za to, da bo opravil vse, kar je po medicinskih izkustvih potrebno in primerno, da se odvrne posledica. Če zdravnik neopravičeno odkloni pomoč in iz tega nastane posledica, ki je po kazenskem pravu telesna poškodba ali usmrtitev, odgovarja po § 230 oziroma 222 StGB.

To stališče je za zdravnika vsekakor strožje kot je uporaba za takšne primere § 330 c StGB. Predvsem § 330 c ne obsega odgovornosti za posledico (telesno poškodbo, smrt), ampak le odklonitev pomoči, ker dolžnost ravnanja po tej določbi obsega le dolžnost pomagati, ne pa odvrniti posledice⁶⁸. Doktrina in judikatura štejeta kaznivo dejanje po § 330 c za pravo opustitveno in formalno kaznivo dejanje. Razen tega je po § 330 c dolžnost pomagati omejena tako, da se upoštevajo tudi posebne nevarne okoliščine, ob katerih adresat norme ne odgovarja za opustitev pomoči. Končno je seveda tudi predpisana kazen po § 330 c dosti nižja, saj obsega le denarno kazen ali zapor do enega leta.

Teorija in judikatura pa vsekakor soglašata, da je treba tudi v primeru odklonitve pomoči izhajati iz situacije, ko je bila pomoč potrebna (exante), ne pa izhajati iz nastale posledice (expost).

III. KAZENSKOPRAVNI UČINEK PRIVOLITVE PACIENTA ALI DRUGE UPRAVIČENE OSEBE

1. Za nemško kazenskopravno teorijo ima pacientova privolitev glede na prevladujočo sodno prakso pomen že v zvezi z lege artis izvršenim zdravniškim posegom (glej k I. 1 in 2.). Pacientova privolitev se vendar obravnava tudi ob strokovnih napakah, to pa zopet zaradi stališča sodne prakse na področju civilnega delikta oziroma odškodninskega prava, od koder je prešla v prakso kazenskih sodišč. Ob vprašanju izbire metode za diagnosticiranje je obveljalo stališče, da sme zdravnik vstrajati pri svoji sicer običajni metodi (n.pr. kot pristaš določene zdravniške šole) kljub splošnemu diagnostičnemu načelu, da je treba uporabiti tisto metodo, ki je najustreznejša; to pa velja ob pogoju, da je pacient v zdravnikovo izbiro privolil, potem ko je bil pravilno informiran o različnih diagnostičnih metodah. Kot rečeno, se je to stališče uveljavljalo na področju odškodninskega prava; doktrina šteje, da je za to področje sprejemljivo, upravičeno pa ga odklanja kot neprimerne za kazenskopravno presojo. Doktrina izhaja iz stališča, da je uporaba neustrezne ali manj ustrezne diagnostične metode že z medicinskega stališča vitium artis, če pa je zaradi tega nastala škodljiva posledica, pa je to tudi strokovna napaka v kazenskopravnem smislu. Pri strokovni napaki pa je pacientova

privolitev brez učinka kot je to ugotovilo zvezno sodišče (RG) že v odločbi iz leta 1916. V tej odločbi se pravilno ugotavlja, da velja pacientova pravica do samoodločitve samo zanj, drugi, ki je prevzel zdravljenje (zdravnik), pa se nanjo ne more sklicevati⁶⁹.

2. Za poseben problem gre v zvezi s privolitvijo, če pacient, ali zaradi svojega bolezenskega stanja ne more sam presoditi situacije in izraziti svoje volje, ali njegova privolitev ~~z~~ kakšnega drugega razloga ne more imeti pravnega učinka. V prvem primeru velja, da privolitve pravno sposobne polnoletne osebe ne more nadomestiti privolitev druge osebe (n.pr. zakonca ali drugega najbližjega svojca bolnika). Od okoliščin konkretnega primera je odvisno, ali se pacientova privolitev lahko predpostavlja (mutmassliche Zustimmung), ali se lahko opravi zdravniški poseg brez privolitve. Vsekakor je v enem primeru šteti, da je pacient privolil v konkreten poseg, v drugem primeru pa gre navadno za vprašanje, ali okoliščine konkretnega primera ustrezajo stanju skrajne sile.

Pri opravi nesposobnih osebah je problem drugačen in tudi bolj kompliciran, takrat, kadar zakoniti zastopnik izrecno nasprotuje zdravniškemu posegu. V teh primerih je rešitev problema odvisna od tega, ali gre za poseg, ki ni neogibno potreben oziroma nujen, ali pa gre za

tako imenovano neposredno nevarnost za življenje. V prvem primeru se tudi za nemško pravo predvideva poseben postopek za razrešitev zakonitega zastopnika in določitev drugega; če gre za otroka, bo to postopek za začasen odvzem roditeljskih pravic in določitev ad hoc zakonitega zastopnika⁷⁰. V drugih nujnih primerih pa je situacija podobna kot pri polnoletnem pacientu, ki sam ne more odločiti, torej zopet gre za vprašanje, ali obstoje okoliščine, ki pomenijo stanje skrajne sile.

3. O pomenu privolitve za zdravniški poseg, ki se konča s smrtjo pacienta, glej spodaj k IV.

IV. PROBLEM EVTANAZIJE

1. V tistem pomenu kot ga ima beseda "evtanazija ali dobra smrt", to je usmrtitev neozdravljivo bolnega na njegovo željo po zdravniku in z zdravniškimi sredstvi, je to zdravniški poseg, za katerega velja vsaj od Hipokrata dalje, da ni združljiv z enim izmed temeljnih etičnih načel za zdravniško delo - ohraniti bolnikovo življenje in ničesar storiti, da se pospeši smrt⁷¹. S kazensko-pravnega gledišča gre vendar za bolj zapletena vprašanja; mogoče so različne oblike zdravnikovega delovanja, ki bi jih za nemško kazensko pravo lahko razvrstili od kazenskopravno nerelevantne pomoči umirajočemu (lajšanje

trpljenja brez pospešitve smrti) do zdravniškega posega, ki pomeni kaznivo dejanje usmrtitve oziroma uboja po § 211 ali 212 StGB. Sem štejejo tudi pomoč pri samomoru, čeprav gre tu za primer drugačne narave; zanj zlasti ni nujen bistveni element za evtanazijo, neozdravljiva bolezen. Primeri se razločujejo tudi še po drugih kriterijih, dejanja so, razen v primeru samomora, lahko storitvena ali opustitvena dejanja, prava in neprava opustitvena dejanja, storjena z direktnim ali eventualnim naklepom, pa tudi malomarnost kot krivdna oblika ni izključena⁷².

2. a) Pomoč umirajočemu bolniku, katere izključni namen je lajšati bolečine, ali sicer olajšati njegovo stanje, se obravnava kot zdravniški poseg v pravem pomenu in velja zanjo vse, kar je bilo že povedanega pod I. spredaj.
- b) Pomoč umirajočemu zato, da mu olajšajo bolečine hkrati pa tudi pospeši smrt, ki bi sicer nastopila po naravnem poteku bolezenskega procesa, vendar pa pozneje, pomeni s stališča kavzalnega pojmovanja kaznivega dejanja uresničitev dejanskega stanu kaznivega dejanja usmrtitve. Zdravniški poseg šteje tu za vzrok smrti in njegovo dejanje ostane protipravno kljub morebitni privolitvi pacienta. Kazenska odgovornost je tu odvisna od presoje, ali je podana zdravnikova krivda. Če zdravnik da sredstvo za olajšanje trpljenja, pa se pri tem ne zaveda posledice posega, ne zadene ga očitek niti nezavestne

malomarnosti, ne bo kazensko odgovarjal. V vseh drugih primerih pa bo njegova kazenska odgovornost ali za usmrtitev iz malomarnosti (§ 222 StGB) ali pa za naklepno usmrtitev po § 212 ali celo po § 211 StGB⁷³.

c) V nemški teoriji štejejo za evtanazijo (Sterbehilfe) v pravem pomenu, ko zdravnik opravi zdravniški poseg z namenom povzročiti smrt, motivira ga pa usmiljenje z bolnikom; pri tem razločujejo, ali je zdravnik ravnal na prošnjo oziroma željo umirajočega, ali brez nje, po lastni presoji. Prevladujoče mnenje je, da gre tu v vsakem primeru za naklepno kaznivo dejanje uboja, ki ostane protipravno kljub privolitvi. Privolitev lahko vpliva le kot okoliščina, zaradi katere je dejanje privilegirano kaznivo dejanje usmrtitve po § 216 StGB, če so podani posebni pogoji po tej določbi; privolitev mora biti v nekem smislu kvalificirana, to pomeni, izražena mora biti kot izrečna in resno mišljena zahteva pacienta. Privolitev, ki ni takšne kvalitete, ne zadošča, v tem primeru ostane dejanje kaznivo po § 212 ali celo po § 211 StGB.

č) Zdravnikovo ravnanje je lahko tudi takšno, da pacientu v agoniji ali podobnem stanju ne da sredstva, ki bi zadržalo nastop smrti. Takšno dejanje presojuje s stališča pravne dolžnosti storiti vse, da se ohrani bolnikovo življenje. V nemški doktrini štejejo zdravnikovo ravnanje za opravičeno, če je v skladu z bolnikovo željo

s smrtjo končati trpljenje, če te želje ni, ostane ravnanje kaznivo kot nepravo opustitveno dejanje.

d) V vseh primerih (b do č) gre za situacije, ko je zdravnikova storitev ali opustitev vzrok smrti; zdravnik šteje za storilca. Če zdravnik samo pomaga s tem, da da nasvet ali sredstvo za smrt, ki ga pa uporabi bolnik sam, gre za pomoč pri samomoru. Prevladujoče mnenje je, da v tem primeru zdravnikova pomoč glede na § 49 StGB ni kazniva, ker samomor ne šteje za kaznivo dejanje.

3. Izven doslej obravnavanih primerov pa je primer, ko gre za usmrtitev neozdravljivo bolnega duševnega bolnika ali kot pravijo takšnega bolnika, ki živi čisto animalično, "človeka nevredno, življenje". V isto vrsto štejejo tudi primeri duševno zaostalih oseb na stopnji idiota.

Glede takšnih primerov obstojajo v teoriji različna stališča, posebej pa so pomembni v zvezi z znanim evtanazijskim programom v času hitlerjevega režima.

a) V nemški teoriji se je ponovno obravnavalo to vprašanje tako s kazenskopravnega kot medicinskega stališča. Doktrina se je strinjala sicer s tem, da štejejo de lege lata primeri usmrtitve takšnih bolnikov oziroma oseb, ki žive človeka nevredno življenje, za kaznivo dejanje usmrtitve. Del doktrine pa se je zavzemal za to, da se to vprašanje reši s posebnimi pravnimi predpisi, ki bi ob določenem postopku in z ustreznimi kavelemi omogočali,

da se takšno životarjenje pretrga in prizadeti reši s smrtjo⁷⁴.

b) Nacional socialistični režim pa je že kmalu po prevzemu oblasti in v skladu s koncepcijami rasne politike ponovno ogrožil razpravo o tem vprašanju, končno pa je povsem ilegalno izvršil akcijo, ki je znana kot "evtanazijski program". V tej akciji je bilo ilegalno in z izkoriščanjem zdravstvene službe brez vednosti svojcev prizadetih usmrčenih več deset tisoč duševnih bolnikov in duševno zaostalih zlasti otrok z edino utemeljitvijo, da pomeni vzdrževanje teh bolnikov nepotrebno breme za družbo in da nasprotuje temeljnim intencijam rasne populacijske politike. Kot smo ugotovili za medicinske poskuse, ki so se izvrševali pod krinko znanstvenega dela in potrebni za napredek medicinske znanosti, velja tudi za izvedbo evtanazijskega programa, da gre tu za zlora-
bo medicinske znanosti in medicinskega dela za zločin-
ske namene fašističnega režima. Kot takšni so bili ti primeri tudi obravnavani v že omenjenih procesih proti posameznim zdravnikom oziroma funkcionarjem nacional socialističnega režima⁷⁵.

V. RAZMERJE MED KAZENSKO IN ODŠKODNINSKO ODGOVORNOSTJO

Že v dosedanjih izvajanjih smo večkrat ugotovili, da so stališča, ki jih je sodna praksa sprejela v zvezi z odškodninsko odgovornostjo zdravnikov za zdravniške posege in strokovne napake, vplivala tudi na prakso kazenskih sodišč. Razlogi za takšno izenačevanje so seveda lahko različni, principiелne in praktične narave. Za principiелno lahko smatramo izhodišče, ki se je v nemški doktrini uveljavljalo in se še uveljavlja, da je pravni sistem celota, ki jo morajo obvladovati ista načela ne glede na to, za kakšno pravno področje gre⁷⁶. Tu se vendar odpira vprašanje avtonomnosti in posebnosti civilnega in kazenskega prava, ki pride do izraza zlasti pri presoji odgovornosti za zdravniški poseg. Če se sicer lahko sprejmejo enotna stališča glede objektivnih elementov za takšno odgovornost, to je glede dejanja in posledice, so pa nujne razlike tako glede vzročne zveze kot glede odgovornosti za krivdno ravnanje. Te razlike so deloma prišle do izraza tudi v praksi deloma pa tudi v teoriji, ki pač opozarja na napačne težnje po "civilizaciji" kazenskega prava v smislu mehničnega prenašanja civilnopravnih načel na področje kazenskega prava.

Kar zadeva prakso je seveda treba pripomniti, da se odgovornost za zdravniške posege uveljavlja vendarle primarno

kot civilna odškodninska odgovornost, v manjši meri pa kot kazenska odgovornost. Tu je treba upoštevati tudi razlike, ki so vezane na razločevanje med pravnim in kazenskim postopkom zlasti glede na načelo dispozicije strank in oficialno načelo glede ugotavljanja dejanskega stanja, čeprav se razlike tudi tu zmanjšujejo.⁷⁷

VI. PREDLOGI DE LEGE FERENDA

Izreden pomen, ki ga lahko ugotavljamo za vprašanja, ki so v zvezi z zdravniškimi posegi za nemško kazenskopravno doktrino, se kaže tudi v različnih poskusih in predlogih, kako najti rešitve za odprta vprašanja. Če upoštevamo samo zadnji takšni poskus, to je predosnutek za novi kazenski zakonik iz leta 1962 (E 1962), moramo opozoriti na naslednja osnovna vprašanja:

1. Nasprotje med doktrino in judikaturο o pravni naravi zdravniškega posega je v tem predosnutku našlo svojo rešitev (čeprav ta ni nova) v posebni določbi o izključitvi protipravnosti pri zdravniškem posegu. Gre za določbo, ki povzema stališče doktrine, da medicinsko indiciran in lege artis izvršen zdravniški poseg ni telesna poškodba v smislu kazenskega zakonika (§ 161 E 1962)⁷⁸.

2. Pacientova privolitev za zdravniški poseg ima v takšnem kontekstu in ob izhodišču k 1 seveda drugačen pomen,

kot mu ga je dajala doslej judikatura. Privolitev pomeni samo izključitev kazenske odgovornosti za tako imenovano samovoljno zdravljenje. Tako je v predosnutku povzeto stališče, ki je bilo izraženo v nekaterih prejšnjih predosnutkih, da pomeni samovoljna zdravnikova dejavnost posebno kaznivo dejanje.

V tej zvezi pa nakazuje osnutek tudi rešitev dveh posebnih vprašanj: kdaj ni potrebna poprejšnja privolitev in kakšne situacije dovoljujejo izjemo od dolžnosti obveščanja. Glede zadnjega sta zlasti zanimiva primera, ko odpade dolžnost obveščanja, ker bi popolna informacija povzročila pri prizadetem takšen duševni pretres, da bi bil zaradi tega predvidoma ogrožen uspeh posega, ali pa bi pacient kljub popolni informaciji verjetno ne odrekel privolitve (§ 162 E 1962, posebej 3. in 4. točka 3. odstavka tega člena).

3. V osnutku je posebej inkriminirana umetna oploditev tako za drugo osebo, ki to opravi, ali za ženo samo. Kazniv ne bi bil zdravnik za umetno oploditev zakonske žene s semenčicami moža in ob privolitvi obeh zakoncev (§ 203 E 1962, za izjemo 3. odst. tega člena).

4. Glede ostalih, v sestavku obravnavanih vprašanj, predvideva osnutek določene dopolnitve tako v splošnem kot posebnem delu v bistvu v skladu z judikaturjo oziroma s prejšnjimi osnutki. Tako ima definicijo naklepa in malomarnosti (§§ 16-18 E 1962), za pravno zmoto je sprejel

stališče teorije krivde (§ 21 E 1962), ima definicijo nepravega opustitvenega dejanja (§ 13 E 1962), za skrajno silo pa razločuje med primerom, ko skrajna sila dejanje opravičuje (izključuje protipravnost z upoštevanjem teorije pretežnega interesa) in ko skrajna sila izključuje krivdo (§ 39 in 40 E 1962).

V posebnem delu so še nekatere dopolnitve v poglavju o kaznivih dejanjih zoper osebe, kamor so uvrščena tradicionalna kazniva dejanja zoper življenje in telo. Med določbami o umoru oziroma uboju (Mord, Totschlag) je novost posebna določba o usmrtitvi iz usmiljenja in v drugih podobnih okoliščinah, ki lahko zmanjšajo krivdo (3. odst. § 136 E 1962).

Pod posebnim naslovom so določbe v zvezi z zdravniškimi posegi. Poleg že omenjenih §§ 161 in 162 (glej spredaj k 1 in 2) so tu uvrščene določbe o nekaznivosti zdravnika za splav ali usmrtitev otroka med porodom zaradi medicinske indikacije (v bistvu torej isto kot v veljavnem pravu - § 157 E 1962). V §§ 158 in 159 E 1962 pa sta predvideni kot posebni kaznivi dejanji in sicer:

- a) t.i. medicinsko neindicirana prekinitev nosečnosti oziroma usmrtitev otroka med porodom ob zakrivljeni zmoti, da je podana medicinska indikacija;
- b) samovoljni pod a) omenjeni poseg ob sicer obstoječi medicinski indikaciji ali (nezakrivljeni) zmoti glede te indikacije, če sta opravljena ali brez privolitve ženske

ali brez poprejšnje potrditve medicinske indikacije po posebni komisiji. V nadaljnjem je predvidena nekaznivost zaradi stanja skrajne sile, posebej pa je inkriminirana zakrivljena zmota glede skrajne sile.

N E M Š K A D E M O K R A T I Č N A
R E P U B L I K A

V NDR velja kot pglavitni vir za kazensko pravo še vedno enotni kazenski zakonik iz leta 1871. Zato je razumljivo, kljub pvojni razdelitvi nemškega ozemlja in pravnega prostora po ustanovitvi samostojne demokratične republike, da je glede obravnavanih vprašanj tudi v tej republiki marsikaj še naslonjeno na skupno tradicijo. Spremembe v družbeno političnem sistemu pa so imele določene posledice tudi za vprašanja kazenske odgovornosti zdravnikov. V naslednjem dajemo prikaz stališč in rešitev, ki naj omogoči primerjavo s sistemom v zvezni republiki in opozori na razlike, ki so pomembne.

Vprašanja bomo obravnavali v istem vrstem redu kot v prejšnjem sestavku, vendar brez formalne razdelitve na oddelke.

1. Za obravnavanje zdravniških posegov je seveda pomembna razlika, ki je posledica v NDR sprejete materialne koncepcije kaznivega dejanja. Glede na to ne velja za kaznivo dejanje indiciran in lege artis izveden medicinski poseg, to pa ne glede na to, ali je poseg uspel, ali ne. Pacientova privolitev zato nima

tistega pravnega pomena, kot ga ima za judikaturu v ZRN. V NDR je tudi prevladalo stališče, da posebna določba o privolitvi v telesno poškodbo (§ 226 a) sploh ni potrebna, glede na dobo njenega nastanka so jo šteli tudi za izključno politično indicirano, ter je tudi niso sprejeli v veljavno kazensko pravo⁷⁹. Dolžnost obveščanja štejejo za poklicno dolžnost, nekateri avtorji pa ji dajejo vendar enak pomen kot v ZRN⁸⁰.

2. Pri obravnavanju posebnih medicinskih posegov je načelna razlika predvsem glede pomena privolitve prizadetega v poseg. Na eni strani so primeri, ko je privolitev načeloma neučinkovita kot je n.pr. pri kozmetičnih operacijah, ki niso medicinsko indicirane (druge štejejo za medicinske posege v pravem pomenu), pri umetni oploditvi, ki se šteje za telesno poškodbo, pri sterilizaciji in kastraciji in pri posegu, ki ima za posledico smrt. Privolitev ima pomen pri transplantaciji za dajalca transplantata.

Za sodelovanje zdravnika pri splavu je po letu 1950 na podlagi posebnega zakona uveden enotni režim. Priznava se le medicinska (vitalna) in evgenična indikacija in predpisan je poseben postopek in organ, ki mora dati dovoljenje za splav.⁸¹

3. Pri strokovnih napakah so stališča v bistvu enaka onim v ZRN, kar zadeva objektivni dejanski stan in pravno

kvalifikacijo. Različno pa se presoja vprašanje vzročne zveze; za ekvivalenčno teorijo se trdi, da ni v skladu s stališči o vzročni zvezi, ki izhaja iz dialektičnega materializma kot filozofskega izhodišča. Šteje se, da je podana vzročna zveza vedno, "kadar je ravnanje povzročilo posledico zaradi določenih objektivnih, naravnih ali družbenih zakonitosti v zunanjem svetu z vplivanjem v konkretnem primeru podanih pogojev v času in prostoru"⁸². Kot krivdna oblika pride v poštev zavestna ali nezavestna malomarnost; če so podani vsi objektivni in subjektivni pogoji, odgovarja storilec (za storitev ali opustitev) po §§ 222 ali 230 StGB, glede na to, ali je posledicā smrt ali telesna poškodba.

4. Za odklonitev pomoči razlikujejo odklonitev zdravniške pomoči in opustitev pomoči sploh. V prvem primeru je temeljena kazenska odgovornost zaradi kršitve splošne zdravniške dolžnosti v smislu poklicne dolžnosti in kot kršitev pravil poklicne etike. Zdravnik odgovarja za posledico, telesno poškodbo ali smrt, kot pri zdravniški strokovni napaki. Za drugi primer velja § 330 c StGB; vendar, če gre za zdravnika le subsidiarno, primarno štejejo, da je zdravnikova dolžnost pač širša kot vsakega drugega državljana, zato pa je tudi njegova odgovornost večja.

5. Za evtanazijo v originalnem pomenu (za razliko od pomena, ki so mu ga dali pod fašistično vlado) štejejo,

da jo je mogoče spraviti v okvir zdravniške etike. Za takšno vendar štejejo le "Sterbehilfe" brez pospešitve smrti zaradi lajšanja bolečin in drugega trpljenja v bolnikovem smrtnem boju. Vsak drug poseg, ki ima za posledico pospešitev smrti, pa štejejo za uboj na zahtevo (§ 216 StGB); če takšne zahteve ni, zdravnik ravna n.pr. iz usmiljenja ali na zahtevo svojcev, gre za uboj po § 212 StGB.

1. Tudi sicer ne glede na posebnosti za nemške razmere, ki še posebej razdvaja pravno doktrino in judikaturu, je spopad različnih načelnih stališč precej splošen pojav zaradi izredno nejasnih meja med dovoljenim in prepovedanim, pravilnim in nepravilnim, naključjem in kaznivim dejanjem. Prim. Grünwald, die Aufklärungspflicht des Arztes, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft - v nadaljevanju ZStW - 1961, str. 5 - 44, str. 6, A. Kaufmann, Die eigenmächtige Heilbehandlung, ZStW 1961, str. 341-384, str. 342 in A. Tunc, La responsabilité civile (Fondements juridique de la responsabilité medicale, etendue et limites) v 2^e Congres internationales de morale medicale, Paris 1966, str. 23.
2. Dr. A. Löffler, Die Körperverletzung, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Berlin 1905, Pos. del. V, str. 205 in nasl. (Vergl. Darst.)
3. Dr. H. Jescheck, Die Entwicklung des Verbrechenbegriffs in Deutschland seit Beling in Vergleich mit der österreichischen Lehre, ZStW 1961, str. 179-209, str. 183.
4. Stališče, ki ga je razvil predvsem K. Engisch, je sprejel in še dopolnil E. Schmidt. Že pred njima pa C. Stooss, Frank, Kahl in Ebermeyer. Prim. Kohlrausch - Lange, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 42. izdaja, Berlin 1959 (Kohlrausch - Lange), str. 497-500.
5. Prim. K. Engisch, ["]Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, ZStW 1939, str. 1-52, str. 11, 19-20; Heimberger, Berufsrechte u. verwandte Fälle, Vergl. Darst., splošni del IV, str. 37. Löffler, nav. delo, str. 245, E. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, v A. Ponsold, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 2. izd. Stuttgart 1957 (Schmidt - Ponsold), str. 46 in op. 1.

6. To stališče je vzbudilo viharne proteste zlasti med zdravniki, pa tudi v kazenskopravni teoriji. Odpor zdravnikov je razumljiv zaradi resnično prekarne položaja, v katerega so bili postavljeni že zaradi grožnje s kazenskim pregonom po § 223 StGB. To je upravičeno še posebej zaradi možnih drugih posledic zlasti pri neuspelem posegu, ki se je končal s posledico smrti ali hude telesne poškodbe. Zdravniški krogi so po svojih zbornicah in na številnih posvetovanjih zahtevali zakonodajno intervencijo, ker je praksa ostala nepokolebljiva. Posebej so zahtevali določbo, s katero bi bil zdravniški poseg izrečno izključen iz pojma telesne poškodbe. Prim. Heimberger, nav. delo str. 37-69.
7. Engisch, nav. delo, str. 21-22, Kohlrausch-Lange, str. 498.
8. Prim. Baumann J., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. izd. Bielefeld 1964, str. 158-160 in tam navedena podobna stališča drugih avtorjev. Glej še Kohlrausch-Lange, str. 500.
9. Prim. Jescheck, nav. delo, str. 190-203 (za teleološko koncepcijo) in str. 203-206 (za finalistično koncepcijo). Glej še H. Schweikert, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, Karlsruhe 1957, Freiburger Rechts - und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, zv. 9, str. 164. Prim. Welzel H., Das Deutsche Strafrecht, 6. izd. Berlin 1959, str. 28-40. Za jugoslovansko literaturo glej M. Singer, Ideološki osnovi nauke o finalnoj radnji, Jugoslovanska revija za kriminologiju i krivično pravo 1964, str. 3-19.
10. Schmidt - Ponsold, str. 36-37, drugače Baumann, nav. delo, str. 160.

11. Glej §§ 1 in 5 zakona o zdravilskih praktikih (Heilpraktiker - gesetz) iz leta 1939 v Dalcke - Führmann - Schäfer, Strafrecht und Strafverfahren, Gêrlin 1961 (zbirka zakonov), str. 596, 597 in § 16 državnega zdravniškega reda (Reichsärzteordnung) iz leta 1935 v isti zbirki str. 589.
12. Schmidt E., Der Arzt im Strafrecht, Leipzig 1939, str. 69, 70 Engisch, nav. delo, str. 2, avtor razločuje med pojmom "ärztliche Heilbehandlung" in "ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken"; drugi pojem jê ožji.
13. Za takšno razločevanje, ki pa ni prevladujoče v teoriji, glej Welzel, nav. delo, str. 240, 241. Prim. še A. Kaufmann, nav. delo, str. 371, 372.
14. Glej spredaj nav. dela posebej še v op. 12.
15. Prim. Kaufmann A. Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen 1959, 338 str. posebej str. 239 i.n.
16. Glej Kohlrausch - Lange, nav. delo, str. 500 k B
17. Schmidt - Ponsold, str. 36, sporno; med nacionalsocialističnim režimom je bila z novelo § 2 StGB uvedena analogija v kazensko pravo in glede uporabe § 239 in 240 StGB ni bilo pomislekov, glej Engisch, nav. delo, str. 3, 4.
18. Engisch (nav. delo str. 37, 38) kot zagovornik teorije izjave volje posebej poudarja, da ne zadošča sama izjava; ta mora ustreči resnično pacientovi volji; predmet privolitve je sam poseg vendar "kvalificiran" s predstavo o riziku o posegu.
19. Prim. Schmidt, nav. delo, str. 94 in nasl. Glede judikature glej Dalcke - Führmann - Schäfer, nav. delo, str. 272 k d) in str. 276 k § 226 a.
20. E. Schmidt, str. 91. Prim. še A. Kaufmann, nav. delo, str. 359.

21. Engisch, nav. delo, posebej glede polemike s takratno "oficielno" linijo, ki je prodirala tudi v pravno doktrino; Schmidt, str. 98 i. n.
22. Prim. Grünwald G., nav. delo, str. 33 i. n. Glej še A. Perret (v op. 29 nav. delo, str. 9-18.
23. Schmidt - Ponsold, str. 37 i. n.
24. Kaufmann, nav. delo, str. 360.
25. Kaufmann, nav. delo, str. 346.
26. isto delo, str. 354. O konstrukciji prekozakonske skrajne sile glej Baumann, nav. delo, str. 302 i.n., Welzel, nav. delo str. 80, 81 in E. Schmidt, str.113 i.n.
27. Tako Grünwald, nav. delo, str. 34; nasprotno mnenje zastopa Kaufmann, nav. delo, str. 453 i. n.
28. Glej E. Schmidt, str. 128 i.n. in Kaufmann v ZStW 1961, dfugače Welzel, nav. delo, str. 241.
29. Sporno glede na to, da je v Nemčiji obstojala in še obstoja svoboda zdravljenja, glej spredaj op. 11; tudi glede profilaktičnih ukrepov ni enotnega stališča, ali štejejo za prave zdravniške posege, isto glede kozmetičnih operacij. Za slednje glej še Perret A. Arzthauptpflicht, München-Berlin 1956, str. 93 i.n.
30. Pravzaprav dejanje ne sme nasprotovati dobrim šegam, glej Schmidt - Ponsold, str. 44.
31. Tako Perret, nav. delo, str. 93.
32. E. Schmidt, str. 133 i.n., Welzel, str. 241, Schmidt-Ponsold, str. 16-21. O samem sterilizacijskem zakonu in postopku glej še Müller - Walcher, Gerichtliche und soziale Medizin, München - Berlin 1944, str. 57-63.
33. Schmidt - Ponsold, str. 44.

34. E. Schmidt, str. 133, Grünwald, nav. delo, str. 40 in op. 92.
35. Schmidt - Ponsold, str. 17, op. 2.
36. Prav tam, str. 19
37. Schmidt - Ponsold, str. 75, 76.
38. Prav tam. Prim. še: Damaška M. Neki krivičnopравни aspekti liječničkih zahvata, Zbornik PF Zagreb 1962, št. 1, str. 26.
39. Glede judikature k § 226 a glej Dalcke itd. str. 276.
40. V povzetku po Mitscherlich-Mielke, Medizin ohne Menschlichkeit-Dokumente des Nürnberger Ärzteprozesses, Frankfurt - Hamburg 1962 (slovenski prevod Medicina brez človečnosti, Ljubljana 1962 s predgovorom prof. dr. J. Milčinskega - navedbe strani so po slovenski izdaji), str. 304 - 306. Prim. tudi František Blaha, Medicina na krivih potih, prevod, Ljubljana 1966, 281 str.
41. Glej Nirnberška presuda, Beograd 1948, prevod sodbe in nekaterih drugih dokumentov v zvezi s procesom. Prim. še Joe J. Heydecker - J. Leeb, Nürnberški proces, 2 knjigi, Ljubljana 1960.
42. Glej v op. 40 nav. delo, str. 306-307.
43. Schmidt - Ponsold, str. 44, 45.
44. D. Giesen, Die künstliche Insemination als ethisches und rechtliches Problem, Bielefeld 1962, str. 272, posebej str. 168-179 in 211-234; glede vprašanja, ali je umetna oploditev lahko kaznivo dejanje telesne poškodbe, str. 230-233; Schmidt-Ponsold, str. 45.
- 44a Za kritiko finalistične teorije glej T. Würtenberger, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, 2. izd. Karlsruhe 1959, str. 47-66.

45. Prim. Welzel, nav. delo, str. 233-275; Sauer, System des Strafrechts, Bes. Teil, Köln-Berlin 1954, glede sistematike posebnega dela, str. 4-12. Kazniva dejanja zoper življenje in telo razvrščatu med čiste delikte napada (Angriffsdelikte), str. 241-245.
46. Schmidt-Ponsold, str. 45-46.
47. Prim. Württenberger, nav. delo, str. 74-76, Welzel, str. 240, 241. Sauer, str. 278; za judikaturu glej Kohlrausch-Lange, str. 495 in Dalcke itd., str. 270. Prim. še Perret, nav. delo, str. 123.
48. Takšno načelno stališče je zavzelo n.pr. RG leta 1912, ko pravi med drugim "Tudi najbolj spreten zdravnik ne dela s sigurnostjo stroja in kljub vsej sposobnosti in skrbi operaterja lahko pride do tega, da se ponesreči prijem, rez ali vbodljaj", nav. delo po Perret, str. 68.
49. Razmejitev med storitvami in opustitvami ni vedno prav jasna. Poskus razmejitve po Schmidt; pozitivno dejanje je podano, če je poseg sam kot takšen napačen oziroma v nasprotju z zdravniško "umetnostjo" (sem štejejo tudi zamenjava medikamenta, uporaba napačnega anestezijskega sredstva i.pod.). Če iz pozitivnega dejanja, ki je samo posebi v redu, slede še nadaljne dolžnosti, da se preprečijo škodljive posledice, gre za opustitev (t.j. kršitev pravne dolžnosti za ravnanje, s katerim se odvrne škodljiva posledica), glej Schmidt, str. 160-169 in Schmidt-Ponsold, str. 53-59.
50. Schmidt, str. 144, 145 in 155. Avtor omenja dve odločbi RG iz let 1930 in 1931. O novejših stališčih glej še stališča Kaufmann-a in Grünwald-a v zvezi z oceno izvedeniškega mnenja (dalje v tekstu).

51. Schmidt, str. 161-163, Kohlrausch-Lange, str. 4-6. Prim. še Tahović, Krivično pravo, Opšti deo Beograd 1961, str. 110. V zvezi s problemom prekinitve vzročne zveze glej še izvajanja o krivdi v tekstu.
52. Prim. Kaufmann, nav. delo v op. 15, str. 239 i.n. pos. še str. 272 i.n.
53. Iz judikature se navaja primer, ko je zdravnik pred operacijo (otroka) uporabil kot anestezijsko sredstvo kokain namesto novocaina in je otrok umrl; ugotovljeno pa je bilo, da bi prišlo do iste posledice tudi pri uporabi sicer pravega sredstva novocaina; sodišče je štelo vendar, da je vzročna zveza podana; Schmidt-Ponsold, str. 54.
Schmidt-Ponsold, str. 55-56 in Schmidt, str. 163 i.n.
54. Schmidt-Ponsold, str. 56, Schmidt, str. 86-87; omenjena je odločba iz leta 1936; zdravnik ni napotil pacienta v bolnico, takšna opustitev bi bila v vzročni zvezi s posledico smrti, če bi pri pravočasni hospitalizaciji do smrti ne prišlo. Glede t.i. Garantstellung prim. še M. Damaška, Problem razgraničenja stvarne i pravne zablude, Naša zakonitost (NZ), str. 25.
55. Prim. Perret, str. 33, odločba DS Hamburg; zdravnik je bil obsojen, ker ustno dane odredbe ni kontroliral, zaradi prevelike doze zdravila je bolnik umrl.
56. Prim. Würtemberger, nav. delo posebej str. 52, 57; Damaška v op. 54 nav. delo in od istega avtorja, Ignorantia iuris prodest, ZZPF 1965, str. 141-157.
57. Odločba z dne 1. 12. 1931 (RG St 61, 12-18) po Schmidt-Ponsold, str. 59-60.

58. Prim. Schmidt-Ponsold, str. 62. V judikaturi se ponovno poudarja zdravnikova dolžnost, da se strokovno spopolnjuje in zlasti, da spremlja razvoj medicinske znanosti. Prim. Schmidt, str. 149 i.n., posebej str. 174, 175, Perret, str. 110. Dolžnost prepustiti bolnika drugemu zdravniku ali ga napotiti v bolnico, je še posebej poudarjena za zdravilskega praktika.
59. Schmidt-Ponsold, str. 68 i.n.
60. Perret, nav. delo, str. 30, 33, 35, 153; Schmidt, str. 166, 167.
61. Tako Schmidt, str. 169 in str. 198, 199 in Schmidt-Ponsold, str. 69, 70, Prim. še Kohlrausch-Lange, str. 225 k 4.
- 60a Prim. Schmidt-Ponsold 68, 69. Primer, ki se navaja (ali je konstruiran ali vzet iz prakse ni razvidno) je naslednji: Zdravnik je povzročil perforacijo maternice, kirurg, ki je prevzel primer, je zagrešil napako med operacijo in bolnica je umrla. Vprašanje, ali odgovarja prvi zdravnik za malomarno telesno poškodbo ali za malomarno usmrtitev, rešuje torej doktrina po drugi varianti; zdravnik bi bil kazniv po § 222 StGB to pa predvsem zaradi teže in pomena prve strokovne napake. Zdi se, da je takšna rešitev v skladu s siceršnjo prakso, ki jo pa doktrina kritizira, t.j. da se vzročna zveza izenačuje z odgovornostjo za krivdno ravnanje.
62. Prim. izvajanja v sestavku o Madžarski in tam navedeno literaturo; za nemško doktrino glej še Baumann, nav. delo, str. 223 i. n., Welzel, nav. delo, str. 139, 140 (za starejšo judikaturu), str. 141-145 (za teorijo naklepa), str. 145-147 (za teorijo krivde), avtor sam se pridružuje slednji (str. 147-177).

Glej še Lung-Hinrichsen, Zur Kritik des Schuldgedankens im Strafrecht, ZStW 1961, str. 210-236, glede kritike teorije krivde in judikature, ki jo je prevzela, str. 231-233. V jug. teoriji, M. Singer, Nehat "kamen smutnje" u teoriji krivičnog prava, NZ 1964, št. 3-4 in 5-6 in isti avtor, O pojmu krivnje u krivičnom pravu, NZ 1965, str. 391-404. Glej še Damaška v *op. 38ⁿⁱ 54^{op.}* nav. deli.

63. Glej Kohlrausch-Lange, str. 226-228 (glede dejanske zmote) in str. 228 k 3 (glede pravne zmote).
64. Prim. §§ 244 in 245 StPO Iz judikature to ni povsem jasno. Tako odločba iz leta 1953: Izvedenca je treba zaslišati, če sodnik nima glede spornega medicinskega vprašanja sam potrebnega strokovnega znanja, Dalcke itd. str. 1522 k § 244, št. 6. V doktrini vendar prevladujoče stališče, da je sodelovanje izvedenca nujno, vendar omejeno na t.i. dejansko vprašanje; glej Schmidt, str. 141-149 Kaufmann, ZStW 1961, str. 346; Grünwald (str. 31, op. 68) navaja odločbo iz zadnjega časa: sodnik bo potreboval strokovno pomoč zdravnika, če je vprašanje (glede dolžnosti obveščanja, op. P.K.) pomembno, če bi popolna informacija škodovala pacientu, ali bi resno ogrozila uspeh zdravljenja. Prim. še Kern E., Strafverfahrensrecht, 7. izd., Berlin 1965, str. 111; tu je naveden tudi judikat: "Opustitev zaslišanja izvedenca je lahko kršitev instruksijske maksime iz § 244/2 StPO in razlog za revizijo" .
65. Schmidt-Ponsold, str. 51-53 posebej glede sporov med medicinskimi šolami, str. 52 k 1. Pri izbiri izvedenca daje prednost izvedencu specialistu pred izvedencem sodnomedicinske stroke (ibid). Glej Perret, nav. delo, str. 24, odločba DS Stuttgart o nalogi izvedenca

- in sodni presoji, odločba zveznega sodišča 10. 7. 1952 o razmejitvi med dejanskim in pravnim vprašanjem, str. 35, 36, glede izbire izvedenca, str. 122. Glede načela "in dubio pro re" glej Schmidt, str. 152, 154, 155; E.Kern, nav. delo, str. 59-62, Kaufmann, ZStW, str. 354.
66. Kohlrausch-Lange, str. 211-214, posebej o spornih vprašanjih v zvezi z odgovornostjo za hujšo posledico, str. 212, 213; Dalcke itd., str. 76, 77. Pred novelo leta 1940, je obsegal § 230 v 2. odstavku še posebno strožjo penalizacijo, če je storilec zanemaril skrbnost, za katero je bil glede na službo ali poklic posebej zavezan. Z odpravo te določbe, ki je pomenila ex lege poostritev poklicne odgovornosti (torej tudi za zdravnika), vendar ni ovire šteti takšne okoliščine pri odmeri kazni, glej Dalcke itd., str. 275.
67. Kohlrausch-Lange, str. 669-673, o historiatu določbe, ki je bila uvedena z novelo 1935, str. 670, 671, o razlagi pojma "nesreča", str. 671, 672; delikt iz § 330 c štejejo za čisto opustitveno dejanje, prav tam, str. 672 in str. 6, 7. Glej Schmidt-Ponsold, str. 6-8.
68. Glej Schmidt, str. 82, 83 in tam nav. delo Georgiakisa-a; Perret, str. 176-179, obravnava dolžnosti zdravnika za obiske na domu. Prim. še E. Schmidt, Die Besuchspflicht des Arztes unter Strafrechtlichen Gesichtspunkten, monogr. 1949, 29 str.
69. Schmidt, str. 149-152.
70. Prim. Damaška v op. 54 nav. delo, str. 25 in op. 1.
71. J. Milčinski, Medicina brez človečnosti, uvodna beseda k slovenski izdaji, str. 8; isti pisec, Dva obraza evtanazije, Naši razgledi 1963, št. 2 (zv. 1) str. 21-23.

72. Po novelah 1941 in 1953 je razlikovanje med t.i. umorom (Mord) in ubojem (Totschlag) jasnejša. Prim. Kohlrausch-Lange, str. 470-480. Schmidt-Ponsold, str. 10-16, Welzel, str. 233-238.
73. Glej v op. 72 nav. dela. Za primere po § 216 še posebej Schmidt-Ponsold, str. 13, 14.
74. Prim. Milčinski v op. 71 nav. deli; v nemški pravni in medicinski literaturi glej zlasti, Binding - Hoche, Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens, Leipzig 1920. Binding (to je njegovo zadnje delo, izšlo po smrti) je obdelal problem s pravnega stališča (str. 5-41), Hoche pa z medicinskega (str.45-62).
75. Prim. Mitscherlich-Mielke, nav. delo, 217-247. Evta-nazijski program" je obsegal duševne bolnike in iznakažene in bebave otroke. Ocene glede števila po tem "programu" usmrčenih duševnih bolnikov se gibljejo od 60.000 (str. 240) pa tudi preko 100.000 (str.327 op. 18, po ugotovitvi sodišča v Düsseldorfu); glede otrok v omenjenem delu ni takšnih ocen. Izvrševanje "programa" so vendar prekinili iz notranje političnih razlogov in ker je stvar prodrla v svet tudi niso izdali zakona; zavode, ki so bili pripravljani, pa so uporabljali še naprej za "neposredno iztrebljanje" nezaželenih ljudstev in nezaželenih bolnikov (přrav tam, str. 247 i. nas.)
76. V tem smislu Engisch v zvezi z odločbo RG od 19. 6. 1936: glede določitve meje med pravom in nepravom velja, da je to treba rešiti enotno za celoten pravni red, odločba civilnega senata je odločilnega pomena tudi za kazensko pravo. Engisch, nav. delo, str. 20.

77. V literaturi se med načelnimi odločbami navajajo prav civilne odločbe, glej za novejšo judikaturu, Kaufmann, ZStW 1961, str. 341.
78. Glej dve uradni zbirki: Osnutek kazenskega zakonika (E 1962) predložen po zvezni vladi 4. 10. 1962 in Osnutek kazenskega zakonika (E 1962, št. 200/62), ki ga je že sprejel zvezni zbor (Bundesrat). Vse navedbe v tekstu so povzete po teh zbirkah.
79. Sestavek, ki se nanaša na NDR, je povzet predvsem po delu G. Hansen - H. Vetterlein, "Ärztliches Handeln - Rechtliche Pflichten, Leipzig 1964, 2. izd. 145 str. Glej še V. Dressler - M. Naundorf, Verbrechen gegen die Person, Berlin 1957, 199 str. Kazniva dejanja zoper življenje in telesne poškodbe glej nav. delo, str. 9-70; za splav, str. 71-83. Glej dalje, K. Manecke - J. Meinel, Straftaten gegen die Person und ihre Bekämpfung (šapir. kot priročnik za t.i. Fernstudium), Berlin 1964, 202 str.
80. H. Hinderer, Zur Aufklärungspflicht des Arztes, poznatis iz: Das deutsche Gesundheitswesen 1963/50, str. 2212/13.
81. Hansen-Vetterlein, nav. delo, str. 69.
82. Za opustitev pomoči, isto delo, str. 82-84; za evtanazijo, str. 117, 118 in Manecke-Meinel, nav. delo, str. 49-52. Glede novejših konceptov o krivdi in odgovornosti glej Leckschas - Loose - Renneberg, Verantwortung und Schuld im neuen Strafgesetzbuch, Leipzig 1964, 148 str.

Š V I C A

I. Kazenskopravni značaj in učinek zdravniških posegov

1. Zdravniški poseg kot redna oblika zdravniškega poklicnega dela

Švicarskim kazenskopравnim teoretikom gre zasluga, da so bili med prvimi, ki so pokazali na nereálnost in togost nemškega stališča glede zdravniškega posega, stališča, da je ta poseg telesna poškodba. Karl Stooss je že leta 1898 v svojem delu *Chirurgische Operation und Ärztliche Heilbehandlung* ugotovil, da zdravnik zdravi pacienta in da ga ne poškoduje (... behandelt den Patienten und misshandelt ihn nicht...) ¹ Po Stoossovem mnenju je zdravniški poseg po svojem glavnem učinku za pacienta in njegovo telo koristen in te koristnosti ne more zmanjšati dejstvo, da povzroča tudi stranske učinke, ki vsaj začasno povzročijo poslabšanje pacientovega zdravja - tisti, ki poseg izvrši, se itak prizadeva zmanjšati ali

¹ Vsa stališča K. Stoossa so povzeta po delu B. Hayler, *Wandlungen in der strafrechtlichen Beurteilung Ärztlicher Heilbehandlung*, Köln, 1964, str. 15.

eliminirati take učinke. Stooss meni, da bi napak preso-
sojali ta življenjski pojav, če bi ga presojali po stran-
skih in ne po glavnih učinkih².

Vendar je treba priznati, da Stoossovo mnenje ni splošno
sprejeto in da še danes nekateri teoretiki - očitno pod
vplivom nemške teorije in prakse vrhovnega sodišča -
drugače presojajo zdravniški poseg. Tako ga Hafter³ in
Thormann - von Overbeck⁴ štejeta za telesne poškodbe,
pri čemer meni prvi, da je zdravniški poseg dovoljen za-
radi posebne poklicne pravice zdravnika, drugi pa, da je
dovoljen po običajnem pravu. Med mlajšimi avtorji se
Peter Noll⁵ sam pridružuje Stoossovemu stališču. Poseb-
nost zdravniškega posega obstoja po njegovem v tem, da
varuje ta poškodba tisto dobrino, ki jo varuje tudi ka-
zenski zakonik sam pri kaznivem dejanju telesne poškod-
be - namreč človeško zdravje in človekovo integriteto.

² Hayler, n.d., str. 16

^{3,4} Stališča Hafterja, Schweizerisches Strafrecht, Bes.
T. Bd. I (1937) in Bd. II (1943) ter Thormann-von
Overbecka, Kommentar zum schweizerischen Strafgeset-
buch, Bd. I-III (1938 - 1943) navajamo po delu Peter
Noll, Rechtfertigungsgründe, im besondern die Einwilli-
gung des Verletzten, Basel, 1955, str. 88 i.n.

⁵ Noll, n.d. str. 89

2. Posebni primeri zdravniških posegov

a) Kozmetične operacije se po Nollovem mnenju⁶ razlikujejo od pravega zdravniškega posega predvsem po tem, da jih zdravnik izvršuje na sicer zdravi osebi, zaradi povečanja človekovega blagostanja v najširšem pomenu in da je njihovo izvrševanje odvisno izključno le od volje pacienta. Zato teh posegov po objektivni plati ni mogoče izključiti iz telesnih poškodb. Razlog, ki izključuje protipravnost, je privolitev pacienta, kar povsem odgovarja tudi individualističnemu konceptu švicarskega kazenskega prava. Kljub temu pa Noll ugotavlja, da lahko tudi kozmetični posegi pripomorejo k izboljšanju človekovega zdravstvenega stanja v najširšem pomenu te besede in da se lahko torej izvrše tudi z enakim namenom, ki je značilen za prave zdravniške posege, namreč z namenom zdravljenja.

b) Umetna oploditev kot pravni problem v Švici doslej ni posebej urejena. Ta poseg se po mnenju Bernharda ne

⁶ Noll, n.d., str. 90, 91

Po mnenju J. Milčinskega je izraz "kozmetične operacije" nekoliko zastarel: ni povsem lahko določiti kozmetični kirurgiji delež v okviru reparativne in plastične kirurgije. V kolikor razumemo s kozmetično kirurgijo samo posege na zdravi osebi, skrčimo njen obseg na praktično nezanimiv minimum.

uporablja posebej pogosto; res pa je, da sta strokovna literatura in tisk o tem vprašanju precej zadržana in domnevajo, da "črna številka" ni majhna⁷. V kazenskoprnem pogledu lahko pomeni umetna oploditev, izvršena brez privolitve, prisiljenje, ne more pa biti kaznivo dejanje zoper moralo niti telesna poškodba⁸. Glede na splošna moralna in etična načela meni Bernhard - kot navaja Giesen, da heterologa oploditev ni dopustna in predlaga de lege ferenda, da se taka oploditev predvidi kot prestopok zoper družino⁹.

c) V nasprotju s tem pa je vprašanja, povezana s sterilizacijo, obdelal Gschwind. Kot splošno načelo velja, da sterilizacija in kastracija nista kaznivi dejanji le tedaj, če pomenita edino sredstvo za ozdravljenje pacienta¹⁰. Kot profilaktičen ukrep pomenita oba posega telesni poškodbi, čeprav je podana pacientova privolitvev. Kastracija je že po zunanjih znakih poškodba in sicer huda telesna poškodba. Enako so vrednotili tudi sterilizacijo, Gschwind pa temu splošno sprejetemu

⁷ Prim. D. Giesen, Die künstliche Insemination als ethisches und rechtliches Problem, Bielefeld, 1962, str. 28 in 118 ter tam cit. delo R. Bernhard, Die künstliche Besamung beim Menschen im Hinblick auf das schweizerische Recht, Witherthur, 1958.

⁸ Prim. Giesen, n.d. str. 116 - 117.

⁹ Prim. Giesen, n.d. str. 119

¹⁰ Noll, n.d., str. 92

mnenju nasprotuje¹¹. Zastopa namreč stališče, da se s sterilizacijo ne poškoduje telesna integriteta posameznika, temveč posebna osebnostna pravica in sicer pravica do razmnoževanja. Po njegovem mnenju objekt napada ni telo, temveč posebna osebnostna razpolagalna (Verfügungsrecht) pravica posameznika. Sterilizacija je zato samo sredstvo za doseg cilja in ne pomeni hude telesne poškodbe, ker niti jajčniki, niti semenovodi niso telesni organi v smislu 122. člena ŠKZ (huda telesna poškodba¹². Ti deli organizma so pomembni samo zaradi vzročne zveze s plodnostjo, ne pa kot taki. To stališče je po Nollovem mnenju neprejemljivo, ker varstveni objekt pri hudi telesni poškodbi ni telesna integriteta kot zunanja substanca, temveč je zavarovana zlasti in predvsem kot sredstvo za izvrševanje številnih osebnostnih pravic¹³. Ne moremo namreč mimo dejstva, da zaradi takega posega preneha funkcija pomembnega človeškega organa in da je to prav ena izmed značilnosti hude telesne poškodbe po čl. 122 ŠKZ. Hkrati je s tem ukinjena pomembna sposobnost, kot lastnost zdravega organizma.

¹¹ Gschwind, Die Sterilisation nach schweizerischen Strafrecht, Diss, Basel, 1950 (Vervielfältigung).
Vsa stališča in citati so navedeni po Noll, n.d. 92-94

¹² Kratico ŠKZ uporabljamo za Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 31. 12. 1937 in Kraft seit 1. 1. 1942, Taschenausgabe verfasst von O.A. Germann Zürich, 1956.

¹³ Prim. Noll, n.d. str. 93, 94.

Tudi v Švici pa se sterilizacija kljub temu izvaja - privolitev štejejo kot eden izmed razlogov, ki izključujejo protipravnost. Sterilizacija je dovoljena, če obstojajo tudi določene indikacije: medicinske, evgenične ali redkeje socialne. Te indikacije morajo biti pravno opravičljive; protipravna indikacija ne more opravičiti posega, ki ga je tedaj treba vrednotiti kot hudo telesno poškodbo¹⁴.

d) Med posameznimi primeri posebnih zdravniških posegov je vzbudil največ nasprotovanj, razpravljanj, razlag in tolmačenj gotovo umetni splav.

Splav je po švicarskem kazenskem pravu kazniv, če ga izvrši noseča ženska sama, ali če ga izvrši kdo drug. Kazniva je tako ženska (mileje), kot tisti, ki je splav izvršil (čl. 118, 119 ŠKZ). 120. člen ŠKZ pa določa pogoje za "nekaznivo prekinitev nosečnosti".

Projekti kazenskega zakonika so bili večkrat predloženi v razpravo švicarski zvezni skupščini in pokazalo se je, da je ravno 120. člen eden izmed najbolj spornih. Že tu so prišla do izraza nasprotja med konzervativnimi, zlasti katoliškimi elementi in socialisti. Prvi so nasprotovali dovolitvi splava sploh, drugi pa so ga želeli čim bolj razširiti.

¹⁴ Noll, n.d., str. 95

Zakonodajna rešitev pomeni kompromis med tema skrajnostima. Splav je namreč nekazniv v dveh primerih, od katerih je v praksi posebno pogost prvi.

Diplomirani zdravnik sme izvršiti splav s privolitvijo noseče ženske, če "se s tem odvrne od nosečnice življenjska nevarnost ali velika nevarnost za stalno hudo okvaro zdravja, ki je ni mogoče odvrniti na drug način". Pri tem je potrebno, da da ugodno mnenje o dovolitvi splava še en zdravnik - specialist, ki je za to pooblaščen v tistem kantonu, v katerem nosečnica prebiva ali v katerem se bo poseg izvršil.

Drugi primer je v bistvu poseben primer ravnanja v skrajni sili. Splav sme izvršiti diplomirani zdravnik tudi tedaj, če grozi nosečnici neposredna nevarnost, kakor je definirana zgoraj. Zdravniku v takih primerih ni treba iskati soglasja pooblaščenega specialista, pač pa mora v roku 24 ur po posegu sporočiti pristojnemu organu v kantonu, da je izvršil splav.

Izrecno je izključena tudi veljavnost določila 32. člena ŠKZ, ki določa, da izvrševanje poklicne dolžnosti, ki je dovoljeno z zakonom, ni kaznivo dejanje. Obe omejitvi veljata izključno za zdravnike, ki bi sicer lahko izvajali ta poseg, sklicujoč se bodisi na skrajno silo, ali pa celo na poklicno dolžnost oziroma pravico.

Čeprav je zakon tako omejil pogoje za dovolitev splava, so se po nekaj letih že začeli oglašati kritiki, ki so napadali izvajanje zakona, napadali zdravnike, ki so bili pooblaščen, da dajo mnenje za dovolitev splava¹⁵. Pokazalo se je namreč, da so zdravniki specialisti, ki najpogosteje dajejo takšna mnenja, psihiatri in da ne upoštevajo vedno le psihosomatske indikacije, temveč zelo pogosto socialne. Položaj se je zapletel še s tem, da so ponekod (zlasti v Genevo) prihajale tudi inozemke v velikem številu (predvsem Francozinje) in se je razširilo mnenje, da "je splav v Švici dovoljen".

Kot navaja Graven¹⁶, se je zato že leta 1949 osnovala v švicarski zvezni skupščini komisija, ki naj bi se ukvarjala s tem vprašanjem in pripravila predloge za novo ureditev postopka.

Graven sam zastopa stališče, da je treba upoštevati samo medicinske indikacije, priznava pa seveda, da to ne obsega le somatskih indikacij, ki so vse redkejše, temveč zlasti tudi psihične. Dovolitev splava zaradi socialnih, evgeničnih in etičnih indikacij odklanja, ker meni, da bi to nasprotovalo moralnim pojmovanjem večine švicarskih prebivalcev.

¹⁵ Graven, J.: "L'avortement licite" ou la réglementation de l'interruption non punissable de la grossesse en droit pénal suisse". Rev. pénale suisse, 1952, str.

¹⁶ Graven, n.d., str. 188-189.

Stališča zdravnikov so seveda širša. Med njimi je Gschwind skušal pokazati po eni strani, da je pojem socialnih indikacij gibljev in spremenljiv ter pomeni danes marsikaj, kar je pred tridesetimi leti veljalo za socialno indikacijo, za medicinsko indikacijo. Po drugi strani pa želi prikazati - s primerjavo kazenskih sankcij, zagroženih za splav z onimi za hudo telesno poškodbo in za uboj - da je pravno varstvo, ki ga uživa žena, mnogo večje kot tisto, ki ga uživa plod in da bi že to moral biti razlog za širšo uporabo medicinskih indikacij, kakor jo predvideva švicarski kazenski zakonik¹⁷.

Po letu 1953 so v Švici dejansko uvedli nov postopek za dovolitev splava, ki določa strožje pogoje zlasti glede stalnega prebivališča prosilke v Švici - in s tem so seveda odpadle možnosti za izvršitev splava vsem inozemkam. Nobenih sprememb ni v sami materiji, ki obravnava splav; na razpolago pa nam tudi niso podatki o tem, ali se^{bo} pojmovanje "medicinske indikacije" spremenilo ali ne¹⁸.

¹⁷ M. Gschwind, Die nicht anders abwendbare Lebensgefahr oder grosse Gefahr dauernden schweren Schadens an der Gesundheit, Rev. Pén. Suisse, 1956, str. 366 i.n.

¹⁸ W. Geisendorf, Le Problème de l'Avortement Légal à Genève dès 1953, Rev. int. de Crim. et de Pol. Techn. 1963/3, str. 203 - 206.

e) Transplantacije vrednoti švicarska teorija enako kot kozmetične operacije: protipravnost je izključena in s tem podana nekaznivost zaradi privolitve in zaradi namena, s katerim so izvršene¹⁹. Noll zahteva pri pravih transplantacijah sorazmerje med koristjo, ki jo ima tisti, na katerega se presadi določen del telesa ali organ in škodo, ki jo utrpri tisti, ki se mu ta del telesa odvzame.

II. Kazenska odgovornost zdravnika in pomožnih zdravstvenih delavcev za strokovno napako

1. Predmet kazenskopravnega varstva

Švicarsko kazensko pravo na tem področju ni ubralo kakšnih novih poti; strokovno napako zdravnika presoja v okviru telesne poškodbe in uboja iz malomarnosti. Predmet kazenskopravnega varstva je tedaj isti, kot pri teh kaznivih dejanjih, človekovo telo in njegova integriteta ter človekovo zdravje.

¹⁹ Noll, n.d., str. 91

Po mnenju J. Milčinskega je treba ločiti pri tkivnih transplantatih med avtotransplantati (transplantat na istem individuu z enega mesta na drugo) in homiotransplantati (transplantat z individua iste vrste na drugega). Transplantacijo pa je treba vrednotiti z dvojnega stališča: z bolnikovega, ki sprejema in ki pri tem izpostavlja tudi lastno zdravje in z donorjevega.

2. Nevestno zdravljenje, kot strokovna napaka v pravem pomenu

Nevestno zdravljenje je penalizirano samo kot telesna poškodba ali uboj.

Dejanje je lahko storitev ali opustitev. Zdravnik odgovarja za svoje ravnanje v okviru določb odgovornosti za telesno poškodbo, storjeno iz malomarnosti. Po besedilu švicarskega kazenskega zakonika pa je to kaznivo dejanje izvršeno tedaj, če storilec oškodovanca telesno poškoduje, ali mu povzroči škodo na zdravju (125.čl.). V ta okvir je vključena lahka telesna poškodba, ki je kot naklepna definirana v bistvu enako (123. člen).

Če pa je poškodba ali škoda na zdravju, ki jo storilec povzroči iz malomarnosti, huda, gre za hudo telesno poškodbo. Obseg in vsebino take poškodbe definira 122.čl., kjer je določena naklepna huda telesna poškodba. Pri obravnavanju odgovornosti zdravnika za strokovno napako prihaja najpogosteje do hudih telesnih poškodb, ali pa celo do smrti kot posledici posega. Takrat odgovarja zdravnik za hudo telesno poškodbo oz. za uboj iz malomarnosti. Za odgovornost zdravnika je potreben nastop posledice.

Vprašanje zdravniške strokovne napake pa je v bistvu vprašanje njegove kazenske odgovornosti. Zdravniški

poseg, ki sicer objektivno ni uspel in pri katerem je nastopila škodljiva posledica, ni kazniv vse do tlej, dokler nastale posledice ni mogoče pripisati subjektivno zdravniku v breme. To pomeni seveda, da mora biti podana zdravnikova krivda. Med obema oblikama krivde, ki ju pozna švicarsko kazensko pravo - naklep in malomarnost - gre tudi pri teh dejanjih seveda za malomarnost. Definicija malomarnosti v švicarskem kazenskem pravu je precej blizu naši. Malomarnost obstoja namreč takrat, če storilec ni upošteval posledic svojega ravnanja in je pri tem ravnal neprevidno in v nasprotju s svojimi dolžnostmi, ali se na nastop posledice ni oziral. Neprevidno in v nasprotju z dolžnostmi pa je ravnanje storilca takrat, če ni upošteval tiste previdnosti, ki bi jo glede na okoliščine in glede na svoje osebne lastnosti moral upoštevati (čl. 18/3 ŠKZ).

S tem je načrtan tudi okvir odgovornosti zdravnika. Gre torej zato, da mora ravnati pri svojem delu s tako previdnostjo, ki jo je dolžan glede na objektivne okoliščine primera in glede na svoje poklicne lastnosti in dolžnosti.

Kazen, zagrožena za kaznivo dejanje uboja iz malomarnosti, je zapor (od 3 dni do 3 let) ali denarna kazen, za telesno poškodbo, povzročeno iz malomarnosti pa je dolo-

čena ista kazen, (čl. 117 in 125 ŠKZ).

3. Odklonitev pomoči

Odklonitve pomoči švicarsko kazensko pravo ne pozna v enakem obsegu kot n.pr. francosko ali belgijsko. 127.čl. ŠKZ (izpostavljanje) penalizira primer, ko storilec izpostavi življenjski nevarnosti ali hudi neposredni nevarnosti za zdravje osebo, ki si ne more sama pomagati in ki mu je zaupana, ali za katero mora skrbeti in primer, ko storilec tako osebo v nevarnosti zapusti. Ta določba se ne nanaša izključno niti ne predvsem na zdravnike²⁰ in pri interpretaciji lahko nastane dvom o tem, ali je zdravnik lahko storilec tega kaznivega dejanja. Po vsej verjetnosti je dolžan skrbeti za bolnika, čigar zdravljenje je prevzel in če ga med zdravljenjem zapusti, gre nedvomno za izpostavljanje.

Opozoriti pa je treba na posebnost švicarske kazensko-pravne zakonodaje, ki nastaja zaradi konfederativne državne oblike te države. Posamezni kantoni morajo namreč uvesti zvezni kazenski zakonik s posebnim uvodnim zakonom. Večina teh zakonov obsega tudi določbe o opustitvi nujne pomoči. Dolžnost pomoči je zamišljena kot splošna državljanska dolžnost in izraz človeške solidarnosti, seveda pa je med različnimi poklici ravno zdravniški tisti,

²⁰ Prim. Thormann - Overbeck, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, II. del. Besondere Bestimmungen, str. 44 - 46.

ki ga lahko ta dolžnost najčešče doleti. Inkriminacije so v posameznih kantonih različne²¹. V teoriji in praksi pa ni razčiščeno vprašanje, ali je taka norma kantonalnega prava v skladu z zveznim kazenskim pravom²².

III. Kazenskopравни učinek privolitve pacienta ali druge upravičene osebe

1. Načelno stališče o privolitvi

Zakonik sam ne daje odgovora na vprašanje o učinku privolitve oškodovanca. Mnenja o vrednotenju privolitve so zato zelo različne in si nasprotujejo. Noll meni²³, da je treba v švicarskem kazenskem pravu izhajati iz stališča, da je vsakdo "dominus membrorum suorum". To stališče velja seveda z omejitvami.

Privolitev pomeni po svoji vsebini, da ceni oškodovanec neko drugo vrednoto višje, kot svojo telesno integriteto. Če gre pri tem za privolitev v tako poškodbo, katere

²¹ Uvodni zakon v kantonu Bern določa n.pr.: Kdor ne pomaga drugemu v življenjski nevarnosti, čeprav bi to glede na okoliščine lahko storil, kdor se vzdrži te nujne pomoči, kdor se, ne da bi imel za to zadosten razlog, ne odzove pozivu policijskega uslužbenca, naj mu pomaga pri prijetju osebe, ki se jo zaloti pri izvršitvi kaznivega dejanja, se kaznuje z denarno kaznijo ali z zaporom (6. člen).

²² Prim. Otto Kopp, Die berufliche Hilfspflicht der Medizinal Personen, Freiburg/Ob- u. Nuchland, 1955, str. 37-38

²³ Prim. Noll, n.d. str. 81 i.n.

namen je ravno varovanje in izboljšanje oškodovančevega zdravja, potem je jasno, da je tako dejanje dovoljeno, čeprav je po objektivni strani skladno s kaznivim dejanjem telesne poškodbe.

Prvi, ki je v švicarski kazenskopravni literaturi - in tudi v kazenskopravni literaturi sploh - opozoril na to, da poseg brez privolitve pacienta ali celo zoper njegovo voljo, ni telesna poškodba, ker zdravnik pacientu ne škoduje na zdravju, temveč da gre za prisiljenje, je bil Stooss. To je stališče, ki v švicarskem pravu še danes prevladuje.²⁴

IV. Problem evtanazije

Švicarski kazenski zakonik je eden tistih, ki uvajajo kot posebno obliko privilegiranega kaznivega dejanja uboja, uboj na zahtevo. Uboj na zahtevo se po svoji vsebini sicer loči od evtanazije, vendar ji je po nekaterih znakih le blizu. Za obstoj tega kaznivega dejanja ne zadošča le privolitev oškodovanca, temveč "resna in nujna zahteva".²⁵

Problem evtanazije je s širših vidikov osvetlil v švicarski kazenskopravni literaturi Jean Graven²⁶. Po njegovem

²⁴ cit. po B. Hayler, n.d. str. 16

²⁵ Jerzy Piechowicz, Die Tötung auf Verlangen nach dem geltenden schweizerischen Strafrecht, Freiburg, Schweiz, 1946

²⁶ Jean Graven, Faut-il punir l'Euthanasie, Rev. de Crim.

mnenju obstoja dilema v tem, ali naj kaznujemo tistega, ki iz humanih, nesebičnih razlogov izvrši evtanazijo kot ubijalca, ali pa ga naj nasprotno oprostimo in priznamo njegove motive kot "excuse absolutoire"²⁷.

Pri odločitvi o tem, ali se naj evtanazija legalizira, se Graven nagiba k negativnemu stališču ter opozarja na možnosti, ki jih švicarski kazenski zakonik daje za take primere že sedaj, ki pa jih javnost ne pozna in ki se jih praksa poslužuje v premajhni meri. Kot "umor" (Mord) takih dejanj ni mogoče kvalificirati, ker zahteva zakonik za te primere "posebna nevarnost in pokvarjenost storilca". Pri "uboju" (Vorsätzliche Tötung) pa je mogoče kazen občutno omiliti po splošnih načelih, ki določajo, da lahko sodnik omili kazen, če "je storilec ravnal iz plemenitih razlogov, ali pod vplivom globoke moralne prizadetosti" (64. člen ŠKZ) in sicer do kazni strogega zapora v višini enega leta ali pa celo neomejeno - če se sodišče postavi na stališče, da je ravnal v pravni zmoti²⁸.

Ko načenja vprašanje dovolitve evtanazije, si Graven

et de Pol. Techn. 1950/1, str. 27 - 44.

Prim. tudi L. Scheid, De l'Euthanasie par Pitié à l'Euthanasie étatique, Rev. int. de crim. et de pol. techn. 1963/1, str. 5 i.n.

²⁷ Graven, n.d. str. 31; razlog, ki izključuje protipravnost.

²⁸ Graven, n.d. str. 38

ne more kaj, da ne bi opozoril na slabe izkušnje, ki jih ima Švica z dovoljenim splavom, za katerega meni, da se - po vrednotenju javnega mnenja - uporablja preveč na široko in da se zlorablja. Po njegovem mnenju bo šele prihodnost odgovorila na vprašanje, ali je sedanji sistem, ki varuje načelo nedotakljivosti življenja - molče pa dopušča nekatere možnosti zlorab - boljši ali slabši od sistema, ki bi to načelo okrnil in skušal okrnitev pravno regulirati, hkrati s tem, pa bi dopustil morda še širše možnosti za zlorabo.

V. Medicinski poskus na človeku s stališča kazenskega prava

Tak poskus sodi med dovoljene posege, če je izvršen s privolitvijo osebe, na kateri se izvrši in če obstoja sorazmerje - ki ga je mogoče vrednotiti objektivno, ne glede na ocenjevanje eksperimentatorja - med nevarnostjo, ki jo povzroči poskus in ciljem, ki ga zasleduje. Po Nollovem mnenju so ne glede na to nedopustni poskusi, ki povzročijo veliko življenjsko nevarnost, tako, zaradi katere bi lahko celo nastopila smrt. Poskus na človeku mora biti zadnje sredstvo, ki ga eksperimentator uporabi, torej šele potem, ko so bili že izvršeni vsi drugi možni poskusi.

Če pa gre za uporabo nove, še nepreskušene metode, ozi-

roma novega sredstva na bolnem človeku zaradi zdravljenja, potem je protipravnost izključena mnogo prej, kot pri pravem poskusu. Če gre za bolnika, ki mu ni mogoče na drug način rešiti življenja, je dopusten vsak poseg, če daje vsaj majhno upanje na uspeh²⁹.

VI. Ocena sistema

Za kazenskopravno teorijo v Švici je glede materije, ki nas zanima, značilno, da zelo redko načenja temeljno vprašanje zdravniškega posega. Prvi, - in skorajda edini - ki se je ukvarjal s tem vprašanjem, je bil Stoos, ostali ga omenjajo le bolj mimogrede.

Pač pa so dokaj pogosto našli svoj odraz posamični problemi, povezani z odgovornostjo zdravnikov za njihovo delo, bodisi da gre za splav, evtanazijo, sterilizacijo, umetno oploditev, privolitev pacienta ali odklonitev pomoči.

²⁹ Noll, n.d. str. 92

Po mnenju J. Milčinskega postavljamo pri nas tudi v tej situaciji zdravnikovim pooblastilom neko mejo: ne sme se lotevati posegov, ki jih očitno ne obvlada. Sicer bi bil lahko umirajoč človek na milost in nemilost izročen brezvestnemu ali fanatičnemu raziskovalcu kot objekt eksperimenta, ki ga ni v registru zdravniških intervencij, marveč se je rodil v glavi eksperimentatorja. Norma o "dopustnosti vsakega posega" v skrajni sili sme veljati samo ob istočasni uporabi kriterija strokovne in človeške primernosti ter z upoštevanjem načela o spoštovanju življenja, ki je hkrati tudi spoštovanje smrti.

Švicarski kazenski zakonik in celotni kazenskopравни sistem sta v precejšnji meri sprejela dokaj sodobna stališča glede posameznih problemov s tega področja in lahko bi ju najbrž šteli za primer, kako je mogoče na pravnem področju dovolj prožno urediti zelo delikatna vprašanja, ki se dotikajo predvsem problemov človeške - in posebej še zdravniške - etike in morale.

Nikjer v švicarski literaturi ne zasledimo predlogov, ki bi se zavzemali za to, da naj se zdravnikova odgovornost za napake, ki jih izvrši pri svojem delu, vrednoti kot posebna poklicna odgovornost - tendenca, ki smo ji sicer priča marsikod drugod.

C. COMMON LAW SYSTEM

ANGLIJA

dr. A. Šelih

ZDRUŽENE DRŽAVE S. AMERIKE - " -

A N G L I J A , Z D A

I. Kazenskopravni značaj in učinek zdravniških posegov

1. Zdravniški poseg kot redna oblika zdravniškega poklicnega dela

Angloameriško pravo je mnogo preveč naslonjeno na neposredno praktične rešitve, da bi zastavljalo teoretično vprašanje o vsebini zdravniškega posega v taki obliki in takem obsegu kot se to dogaja na evropskem kontinentu, zlasti pa še v nemški kazenskopravni doktrini.

Kot izraziti empiriki rešujejo že najstarejši angleški teoretiki (kot Hale, Blackstone, Stephen),¹ za njimi pa tudi vsi novejši (Russel - Turner, Kenny)² problem zdravniškega posega le ob najbolj tipičnih in izrazitih oblikah, ki tu nastajajo: zavzemajo svoje stališče do vprašanja kirurške operacije, privolitve pacienta in hkrati do vprašanja, ki za današnji

¹ Stephen F. J. A Digest of Criminal Law, VII. Ed. London, 1926, (Art. 310), Lord Hale, Pleas of the Crown, London, 1682, str. 428; W. Blackstone, 4, Commentaries, London, 1830, str. 197.

² Russel On Crime, by C. Turner, XII. Ed. London, 1962, str. 461, 680; Kenny's Outlines of Criminal Law, by C. Turner, XVIII. Ed. London, 1962, str. 183 i.n., 201.

čas ni več tako pomembno do vprašanja odgovornosti za strokovno napako zdravnikov, predvsem pa nekvalificiranih oseb, ki opravljajo (ali so opravljali) zdravniški poklic.

Stališča ameriških zdravnikov in praktikov se pri tem skorajda ne ločijo od angleških in ameriška sodišča se često opirajo na angleške sodne precedente tako, da je skupno obravnavanje obeh sistemov v precejšnji meri mogoče in upravičeno.

Angleška in ameriška doktrina nista zdravniškega posega nikoli izrecno šteli za kaznivo dejanje telesne poškodbe oziroma uboja. Poudarjali sta le, da takšen poseg ni kaznivo dejanje zato, ker je izvršen s privolitvijo pacienta. Privolitev pacienta je bila torej vendarle tisti razlog, ki je objektivno izključil obstoj kaznivega dejanja. Ker pa je formalnoppravna konstrukcija kaznivega dejanja v angloameriškem sistemu drugačna (*actus reus - mens rea*) kot v evropskih kontinentalnih sistemih, zlasti v nemškem, ni nikoli prišlo do takih sporov o vlogi in vsebini pacientove privolitve, kot ravno v nemški kazenskopravni doktrini.³ Novejši avtorji dodajajo privolitvi pacienta še drug, vsaj enako pomemben pogoj za to, da je zdravniški poseg mogoče šteti za dopusten: izvršen mora biti "skrbno in po pravilih

³ Prim. Geerds, *Körperverletzungsdelikte*, str. 98; Huber, *Die Körperverletzung im englischen Recht*, str. 109-110.

vede", zlasti pomemben pa je njegov namen - namreč namen zdravljenja bolnika.⁴

Tudi predlog angleškega kazenskega zakonika (ki sicer nikoli ni postal zakon) iz leta 1880 obravnava najbolj tipičen primer zdravniškega posega, namreč kirurško operacijo dokaj sodobno in neodvisno od pacientove privolitve: "Everyone is protected from criminal responsibility for performing with reasonable care and skill any surgical operation upon any person, for his benefit: provided that performing the operation was reasonable, having regard to patient's state at the time and to all the circumstances of the case".⁵ Zanimivo je, da je to določbo, ki najbrž preveč radikalno jemlje vsako veljavo in pomen privolitvi pacienta, prevzel kanadski kazenski zakonik (čl. 65) in še nekatere druge države Britanske skupnosti narodov.

Zdravniški poseg postane pravno relevanten v bistvu že s tem, ko se zasnjuje med pacientom in zdravnikom njun medsebojni pravni odnos, ki temelji predvsem na civilno-pravnih temeljih, značilno zanj pa je posebno medsebojno zaupanje zlasti na strani pacienta. Pravna plat tega medsebojnega razmerja prihaja do izraza zlasti v primerih, ko zdravniški poseg ni uspel, pacient pa meni, da je

⁴ Prim. Russel, On Crime, str. 461, 462; Burdick, Law of Crime, II. del, str. 9.

⁵ Draft Code, 1880, Sec. 68

vzrok temu zdravnikova malomarnost. Pri tem ima dve možnosti - svoj zahtevek lahko predloži civilnemu sodišču, če pa meni, da gre za kaznivo dejanje, lahko preganja zdravnika na podlagi kazenskega prava.

Pri tem je treba poudariti takoj na začetku, da se prizadeti v Angliji in v ZDA mnogo pogosteje poslužujejo civilnopravne poti, da je predmet razprav pogosteje civilnopravna odgovornost zdravnika in da so precedenčni primeri v kazenskem pravu zelo redki in stari (večina iz 19. stoletja), kar je pomembno zlasti za to, ker se je medicina kot veda močno razvila kasneje, zlasti v 20. stoletju in doživlja še danes nadvse dinamičen in vsestranski razvoj.⁶

2. Posebni primeri zdravniških posegov

Posamezne vrste zdravniških posegov, ki jih tu štejemo za posebne primere, so zlasti v angloameriški družbi precej razširjeni in o vprašanjih, ki se nanašajo nanje, se dovolj pogosto razpravlja - vendar gre predvsem za vprašanja, ki obravnavajo moralnoetično, socialno in versko upravičenost posameznih posegov in ki se le redko ukvarjajo z njihovimi pravnimi aspekti sploh, posebej pa še s kazenskopravnimi.

⁶ Shartel - Plant posvečata vprašanju kazenskopravne odgovornosti zdravnika približno 10 strani v svojem delu The Law of medical practice, ki obsega skupaj 446 strani.

- a) Vprašanje kozmetičnih operacij omenja G. Williams v svojem delu *The Sanctity of Life and Criminal Law*⁷, ko meni, da tudi takih kirurških posegov ni mogoče šteti za protipravne in da jih torej ni mogoče presojsati kot kazniva dejanja, če je pacient nanje pristal, čeprav razlog za privolitev ni pravno relevanten.
- b) Umetno oplojevanje je verjetno kot poseben zdravniški poseg najbolj razširjeno prav v Veliki Britaniji in ZDA. Na splošno se šteje, da umetna oploditev žene s spermo zakonca ni pravno problematična v nobenem pogledu. Pri oploditvi s spermo drugega moškega pa nastaja po Williamsovem mnenju cela vrsta pravnih, predvsem rodbinskih in civilnopravnih problemov, lahko pa tudi kazensko-pravnih. Vendar zastopa Williams v svojem delu odločno stališče, da je treba vprašanje umetne oploditve presojsati ne s toge pravnodognatske plati, temveč zlasti s stališča posebne socialne vrednosti tega posega.

⁷ G. Williams, *The Sanctity of Life and Criminal Law*, str. 104. Williams obravnava v svojem delu probleme kontracepcije, umetne oploditve, sterilizacije, samomora in evtanazije, zlasti z moralnih in etičnih vidikov. Delo je vzbudilo precej zanimanja v angleški javnosti, naletelo pa je na ostro kritiko katoliških piscev.

Prim. C. B. Daly, *Morals, Law, and Life*, Dublin, 1962.

Po Williamsovem mnenju⁸ je tak otrok s stališča prava nezakonski, če zakonec kasneje ugovarja očetovstvu. Pri razveznih pravnih je sodišče v takih primerih (ki so sicer izjemno redki) ugotavljalo tudi prešuštvo žene, vendar le kot poseben razvezni razlog. Vse te težave bi po Williamsovem mnenju odpadle, če bi zakonski predpis določal, da je zakonca šteti za naravnega očeta otroka.

Avtor zavrača predvsem vse moralne in verske pomisleke zoper umetno oploditev ter se močno zavzema za ta poseg, sklicujoč se pri tem na ugodne rezultate, o katerih poročajo zdravniki, ki so ga izvršili.

- c) Drugo vprašanje, ki ga isti avtor obširno obravnava v svojem delu, je vprašanje sterilizacije. Ta ukrep, ki se je v Evropi na sploh zaradi zlorab v nacistični Nemčiji dokaj diskreditiral, v ZDA ni tako redek. 28 zveznih držav v ZDA pozna zakone, ki dovoljujejo sterilizacijo hospitaliziranih duševno nerazvitih in duševno bolnih ljudi, praviloma pa je potrebna privolitev pacienta.⁹ Ta evgenični ukrep ima tako svoje pristaše kot nasprotnike. Zlasti sporna je gotovo vrednost

⁸ Prim. Williams, n.d. str. 115

⁹ Cit. po Williams, n.d. str. 84. Kot navaja Hanack v svojem delu Die strafrechtliche Zulässigkeit künstlicher Unfruchtbarmachung, je bilo do 1. I. 1953 izvedenih 54.995 sterilizacij na podlagi teh zakonov, pretežna večina pacientov je na ta ukrep pristala, n.d. str. 42-43.

privolitve pacienta, ki jo da potem, ko mu n.pr. zdravnik obrazloži, da bo institucijo, v kateri se zdravi, lahko zapustil, če privoli v sterilizacijo.¹⁰

Poleg te vrste sterilizacije uporabljajo v ZDA ta ukrep kot poseben kontracepcijski ukrep. Razlogi za uporabo ukrepa so bodisi medicinski, vendar se tem pogosto pridružujejo socialne indikacije. Mannheim navaja še tretjo skupino razlogov - sterilisation for convenience, ki pa se ji odločno protivi.¹¹

Že sterilizacija iz socialnih razlogov je kot zdravniški ukrep po svoji vsebini sporna in ne izpolnjuje pogojev, pod katerimi štejemo, da je zdravniški poseg nekazniv - pri sterilizacijskih ukrepih iz udobnostnih razlogov pa je treba ugotoviti, da glavni vsebinski pogoj - namen zdraviti pacienta - ne le ne obstoja, temveč ga takšen poseg v določeni meri krši.

Presoja vprašanja, ali je tak ukrep še zakonit, ali pa je morda že kaznivo dejanje, sodi v področje common law-a in glede tega ne obstoje nobene sodne odločbe, ali stališča sodnikov. Po Williamsovem mnenju¹² je bistvo vprašanja, ali je lahko tak zdravniški poseg, katerega namen ni terapevtski, opravičljiv, pacientova privolitev. Vprašanje dopustnosti in veljavnosti privolitve se presoja

¹⁰ Prim. H. Mannheim, Criminal Justice and Social Reconstruction, London, 1946, str. 23.

¹¹ Mannheim, n.d. str. 33.

¹² Prim. Williams, n.d., str. 102.

po načelih splošnih običajev, torej ob vsakokratnem sodnem primeru (vendar vse dotlej samo enkrat). Če privolitev ne more opravičiti posega, se tako izvedena sterilizacija šteje za kaznivo dejanje telesne poškodbe, vendar pa kazenska sodišča doslej s takim primerom še niso imela opraviti in se vprašanje zastavlja predvsem teoretično, po Williamsovem mnenju pa bi ga marsikateri sodnik štel za kaznivo dejanje.¹³

- d) Naslednji poseg, ki smo ga šteli za posebno vrsto zdravniškega posega, je umetni splav. Obravnavanje tega problema je v anglo-ameriškem svetu - tako kot skoraj povsod drugod - deležno precejšnje pozornosti. Značilno zanj pa je, da se ga obravnava predvsem z neprav-
nih vidikov, čeprav tudi pravni niso povsem zanemarjeni. V Angliji vprašanje splava statutarno ni bilo urejeno vse do leta 1803. Dotlej je načelo common law-a določalo, da splav ni kazniv, če je izvršen, preden se je plod začel gibati; če je bil izvršen kasneje, so ga nekateri šteli za uboj težje vrste (murder, felony), drugi pa za uboj lažje vrste (manslaughter). Zakon iz leta 1803 je položaj bistveno spremenil: splav, izvršen v začetku nosečnosti, je prav tako hudodelstvo, kot če je izvršen kasneje, vendar je sankcija nekoliko blažja.

¹³ Williams, n.d. str. 105

Zakonsko urejuje položaj danes zakon o kaznivih dejanjih zoper osebo (Offences against the Person Act) iz leta 1860 (58. člen), ki določa kot najvišjo kazen kazen do-smrtnega zapora, tako iza tistega, ki splav izvrši, kot za ženo, na kateri je bil izvršen, oziroma samo zanjo, če ga je izvršila sama. Angleško statutarno pravo ne določa nobenih pogojev, v katerih bi bil splav dovoljen. To pa seveda še ne pomeni, da splava iz terapevtskih razlogov ni mogoče izvršiti.

Leta 1939 je namreč sodnik Macnaghten obravnaval primer, ki velja danes kot pomemben precedent sodne prakse.¹⁴ Obtožen je bil ginekolog Bourne, češ da je izvršil ume-teni splav pri 14 letnem dekletu, ki je zanosila, ker jo je posililo več vojakov za povrstjo. Dekletov zdravnik je menil, da bi bilo treba izvršiti splav zaradi dekle-tovega fizičnega in psihičnega zdravja. Poseg je izvršil ginekolog, ki je nato sam predlagal tožilcu, naj uvede pregon, da se vprašanje pravno razjasni. Sodnik je v svojih priporočilih poroti navajal, da gre v bistvu za ravnanje v skrajni sili, pri čemer je življenje matere treba šteti za večjo dobrino, kot življenje še ne roje-nega otroka. Če gre tedaj za ohranitev, ali podaljšanje materinega življenja, je splav nekazniv. Sodnik je po-jem varovanja življenja in varovanje zdravja razlagal

¹⁴ R. v. Bourne, 1939, 3 All E. R. 615.

tako, da gre za dva zelo povezana pojma, katerih vsebina se prepleta in kjer prvo često ali vsaj deloma obsega tudi drugo. Obtoženca je porota oprostila.

Na avtoriteti te sodne odločbe temelje še danes v Angliji vsi iz terapevtskih razlogov izvršeni umetni splavi. Pri tem je treba pripomniti, da se ti razlogi danes nanašajo tudi na psihiatrične indikacije, razlagajo pa jih včasih tako široko, da obsegajo tudi že socialno indikacijo za umetni splav. Vendar je res, da zdravniki pri tem tvegajo kazenski pregon in evt. obsodbo - čeprav take posledice le redko nastanejo.

Zaradi tako neurejenega položaja predlagajo tudi kazenskopравни teoretiki, naj se vprašanje umetnega splava uredi z zakonom ter dovoli ta poseg zlasti iz terapevtskih, pa tudi iz socialno ekonomskih razlogov.¹⁵

Položaj v ZDA nudi seveda mnogo bolj pestro sliko. Splav je v vseh državah ZDA kaznivo dejanje. Zagrožene kazni so pri tem različne, vendar nikjer tako visoke, kot v Angliji. V nekaterih državah je noseča žena kazniva (n.pr. New York), vendar se je praviloma ne preganja, ker izgubi s tem obtožba pogosto svojo glavno pričo. V nekaterih državah se dejanje različno obravnava, če je bilo izvršeno, preden se je plod začel gibati.

¹⁵ Prim. Mannheim, n.d. str. 49 i.n.

Večina držav pa dovoljuje umetni splav, če ga je treba izvesti zaradi "varovanja ali rešitve materinega življenja". Tudi tu pa pojmujejo medicinsko indikacijo za splav tako široko, da vsaj ponekod zajema tudi težje primere socialne indikacije. O tako širokem tolmačenju medicinskih indikacij doslej še ni nobenega sodnega primera, ki bi lahko služil zdravnikom za merilo. Po Williamsovem mnenju sicer ne more biti nobenega dvoma, da obsega pojem varovanja zdravja tako fizično kot psihično zdravje. Vendar se mu zdi, da je od tod do upoštevanja socialnih indikacij v okviru medicinske indikacije zelo "velik korak".¹⁶ Toda tega načina se poslužuje precejšnje število zdravnikov.

Niti ameriško - in še manj angleško - pravo ne zahtevata soglasja dveh ali več zdravnikov pred izvedbo umetnega splava. Vendar večina zdravnikov oziroma bolnic, ki take ukrepe izvršujejo, zahteva mnenje in pristanek vsaj še enega zdravnika. Če izvrši poseg zdravnik sam, brez predhodnega mnenja vsaj še enega poklicnega tovariša, bi mu to utegnilo škodovati pri evt. kazenskem postopku kot dokaz, da ni ravnal v dobri veri. Ravnanje v dobri veri pa je temeljna predpostavka za ekskulpacijo, ker kaže, da je zdravnik izvršil poseg le zaradi varovanja življenja in zdravja noseče ženske.

¹⁶ Williams, n.d. str. 160

Kot eno izmed negativnih posledic takega, v bistvu neurejenega položaja umetnega splava navaja Williams dejstvo, da obstoje tako v Angliji kot v ZDA skupine zdravnikov, ki izvajajo ta poseg ter si medsebojno izdajajo pristanek nanj, zaračunavajo honorarje, ki so po njihovem mnenju v skladu s tveganjem, ki ga prevzamejo, in delajo tako iz terapevtskega splava "pravico za bogate."¹⁷

Ameriški Model Penal Code šteje (Sec. 207.11) splav še nadalje za kaznivo dejanje in glede teže loči dejanje glede na to, v katerem mesecu nosečnosti je bil poseg izvršen. Hkrati pa določa tudi pogoje, ko je splav dovoljen. Ti pogoji se nanašajo na materino psihično in fizično zdravje, na bojazen, da se bo otrok rodil hudo telesno ali umsko prizadet in na primer, če je nosečnost posledica kaznivega dejanja posilstva ali kakšne druge oblike kaznivega spolnega občevanja.¹⁸

II. Kazenska odgovornost zdravstvenih delavcev za strokovno napako

1. Predmet kazensko-pravnega varstva

Kolikor je mogoče soditi, so angleška in ameriška sodišča reševala v zvezi s kazensko odgovornostjo zdravnikov

¹⁷ Williams, n.d. str. 174

¹⁸ Prim. Model Penal Code, Proposed Official Draft, 4 May 1962, str. 189 - 190.

in pomožnih zdravstvenih delavcev skoraj izključno le primere, ko je kot posledica nastopila smrt. Zato lahko sklepamo, da je predmet kazensko-pravnega varstva predvsem človekovo življenje, medtem ko se to varstvo ne razteza tudi - ali vsaj ne v enaki meri - na človekovo telo. Čeprav se prizadeti tudi v primerih, ko je nastopila smrt kot posledica zdravniškega posega, pogosto poslužujejo civilno-pravne poti, uberejo to pot verjetno še pogosteje tedaj, če je oškodovanec sam ostal živ, vendar tako ali drugače poškodovan ali prizadet na zdravju.¹⁹

2. Nevestno zdravljenje kot strokovna napaka v pravem pomenu

Za razvoj pojma zdravniškega posega v Angliji in v ZDA je značilno, da se je to vprašanje zastavilo drugače, kot v večini evropskih kontinentalnih držav. Prve komentarje o tem, kaj je zdravniški poseg in kdaj obstoja strokovna napaka, najdemo v angleškem pravu že relativno zgodaj²⁰ in glavno vprašanje, ki komentatorje zanima, je vprašanje enake ali različne odgovornosti kvalificiranega zdravnika in nekvalificiranega osebe, ki opravlja ta poklic (n.pr. herbalisti, ljudje, ki so pomagali pri porodih i.pod.), ki jih je bilo seveda v tistem

¹⁹ Prim. Lord Nathan, Medical Negligence; Eddy, Professional Negligence.

²⁰ Prim. Hale, n.d. Blackstone, n.d.

času še precej, danes pa to vprašanje ni več aktualno. Za obstoj strokovne napake je vsekakor nujno, da nastane posledica. Ta posledica je v večini precedenčnih primerov smrt in ne le telesna poškodba. Sodniki so v posameznih primerih pri napotkih poroti pogosto poudarjali, da mora obstojati vzročna zveza med ravnanjem (ali opustitvijo) obtoženega in posledico, ki je nastopila.²¹ Dejanje samo pa je lahko bodisi aktivno ravnanje ali opustitev.²²

Objektivni znaki kaznivega dejanja, za katero lahko odgovarja zdravnik, pa niso tisto, s čimer so se angleška in ameriška sodišča morala največ in najpogosteje ukvarjati pri presoji, ali obstoja zdravniška odgovornost za poseg ali ne.

Vsa teža problema zadeva subjektivne znake kaznivega dejanja in zato je nujno, da vsaj v širokih obrisih označimo značilnosti pojma kazensko-pravne malomarnosti v angloameriškem pravu sploh (criminal negligence).

Vsebina tega pojma je povzročala in še povzroča angleškim in ameriškim sodiščem mnogo težav in teoretiki in komentatorji so si edini v tem, da obstoja precej nejasnosti in zmede o njegovi vsebini.²³ Čeprav ni enotnega

²¹ N.pr. Akerele v. R. All E. R. 1941, 1, str. 367 i.n. Reg. v. Chamberlain, Cox's Criminal Law Cases, Vol. X, 1864 - 1871, str. 486 - 487

²² Prim. Burdick, n.d. str. 208, 209

²³ Kenny n.d. str. 183 med drugim pravi: The greater part

stališča o tem, kaj je kazenskoppravna malomarnost in kdaj obstoja, pa se vsi avtorji in sodne odločbe strinjajo s tem, da je ta malomarnost po vsebini različna kot malomarnost v civilno-pravnem pomenu. Njeno vsebino so označevali predvsem kot "criminal", "gross", "culpable", s tem pa niso vsebine pojma nič določneje označili. Po Kennyjevem mnenju²⁴ označuje malomarnost "duševno stanje tistega, ki ne predvideva posledic svojega ravnanja v enakem obsegu, kot bi jih predvidel imaginarni pametni človek (reasonable man)". Takšna malomarnost pa ima za posledico le civilno odgovornost posameznika. Pogosto citirani sodni precedent v zvezi s kazenskoppravno malomarnostjo je R. v. Bateman (1925),²⁵ To support an indictment for manslaughter the prosecution must prove... also that the negligence or incompetence of the accused went beyond mere matter of compensation and showed such disregard for the life and safety of others as to amount to a crime against the State and conduct deserving punishment...

Taka oznaka pa je danes tudi že obsoletna, ker je v nekem

of the confusion in the modern law of manslaughter is due to the ambiguous use of the word "negligence" in connection with it. Prim. tudi König, Die Tötungsdelikte in ausländischen Strafrecht, Freiburg 1953, str. 201 - 210; Hart, Negligence, Mens Rea, and Criminal Responsibility, str. 31.

²⁴ Prim. Kenny, n.d. str. 183

²⁵ All England Reports, 1925, str. 45

kasnejšem primeru²⁶ dala svoje mnenje lordska zbornica kot najvišje sodišče. Williams komentira sodno odločbo R. v. Bateman in meni, da nastaja vprašanje, ali ta odločba vendarle ne tolmači uboj iz malomarnosti preveč široko.²⁷ Vendar se zadnji primer s področja kazenskopravne odgovornosti zdravnika za strokovno napako le še sklicuje nanj.²⁸

Za razvoj v ZDA je značilno, kot smo omenili, da so sodišča morala najprej obravnavati vprašanje odgovornosti nezdravnikov. Prvi sodni primeri kažejo, da so se pri tem zadovoljevala s tem, da tudi tak storilec ni kriv, če je ravnal v dobri veri in po svojih osebnih sposobnostih.²⁹ Taka praksa je dala seveda neugodne rezultate, ker so porote praktično vse obtožence oproščale in leta 1882 se je sodišče postavilo na drugačno stališče v pogosto citiranem primeru Commonwealth v. Pierce.³⁰ Sodnik Holmes je argumentirano navajal, da odgovarja storilec

- ²⁶ D.P.P. v. Andrews, 2 All England Reports, ^{1937,} str. 552.
- ²⁷ Prim. G. Williams, Criminal Law, II. Ed London, 1961, str. 107 i.n.
- ²⁸ R. v. Akerele, All England Reports, 1943, 1 str. 367
- ²⁹ State v. Schultz, 1881, 8 NWR, str. 469, prim. R. Moreland, The Law of homicide, Indianapolis, 1952, str. 154.
- ³⁰ Commonwealth v. Pierce, American Reports, Vol. 52, 1886, str. 264 i.n.

v primeru nevestnega zdravljenja za "grobo in brezobzirno malomarnost" in da je pri presoji, ali ta obstoja, treba uporabiti objektivni kriterij ob primerjavi ravnanja storilca z ravnanjem "pametnega človeka v enakih okoliščinah". Ta kriterij sicer v kazenskem pravu ni popolnoma jasen, vendar pa na splošno sodijo, da služi kot kriterij "pameten povprečen zdravnik" in ne kdorkoli drugi.³¹

Za obstoj malomarnosti zdravnika v kazensko-pravnem smislu je potrebno, da je pokazal veliko neznanje, da je ravnal proti pravilom svoje stroke, pri tem pa hkrati pokazal tako mero brezobzirnosti in malomarnosti, da jo je mogoče označiti za kaznivo.

Pojem malomarnosti je potemtakem po eni strani zelo medel in nejasen, posamezni precedenčni primeri pa kažejo, da so ga porote tolmačile zelo ozko. V maloštevilnih primerih s tega področja v Angliji so porote storilca večinoma proglasile za nekrivega³² in zato po vsej verjetnosti tako rekoč ni novejših precedentov o kazensko-pravni odgovornosti zdravnika. Ko stoji oškodovani pred izbiro, ali naj izbere kazensko-pravno ali civilno-pravno pot, se bo verjetno prej odločil za slednjo, saj mora sicer že vnaprej računati z možnostjo, da bo porota verjetno izrekla svoj "not guilty".

³¹ Prim. Moreland, n.d. str. 153 - 154

³² N.pr. Reg. v. Chamberlain, gl. prip. 20, Reg. v. Macleod, Cox's Crim. Law Cases, Vol. XII, 1871 - 1874, str. 534. i.n. Reg. v. Finney, ista zbirka, isti zvezek, str. 625 i.n.

Posamezni primeri, ko so se angleške porote odločile za oprostitev obtoženca, so v resnici taki, da bi v večini evropskih kontinentalnih sistemov verjetno veljali za kaznivo dejanje uboja oziroma telesne poškodbe iz malomarnosti.³³

Angleško kazensko pravo je ubralo tudi tu svojo lastno pot in zanj postaja značilno, da se skuša izogniti nekaterim kaznivim dejanjem iz malomarnosti ter jih prenesti na področje civilno-pravne odgovornosti, kjer pa tolmačijo sodišča ta pojem zelo široko.³⁴ Značilno je, da civilno odgovornost zdravnika za strokovno napako zelo natančno definira kazensko-pravni sodni primer (R. v. Bateman) in da to definicijo navajajo avtorji, ki razpravljajo o civilni odgovornosti zdravnika (t.i. responsibility in torts).³⁵

Za ameriško teorijo na tem področju je značilno, da skoraj v celoti povzema angleška stališča tako posameznih

³³ N.pr. Reg. v. Macleod gl. prip. 32

³⁴ Prim. Mannheim, n.d. str. 57

³⁵ Charlesworth, On Negligence, by R. A. Percy, London, 1962, str. 1012. Izključitev malomarnosti iz področja kazenskega prava odločno zahteva J. Hall, Negligent Behaviour should be excluded from Penal Liability, Columbia Law Review, 1963/632 i.n.

avtorjev, kot posameznih sodnih odločb. Njihovi lastni sodni primeri pa so nam precej oddaljeni in tuji. Najpogosteje se ukvarjajo s storilci, ki kot zdravniki niso bili kvalificirani, med njimi pa so celo mazači.³⁶ Že angleško zlasti pa ameriško kazensko pravo stoji namreč na stališču, da lahko za strokovno napako pri zdravljenju odgovarja tudi tisti, ki ni kvalificiran zdravnik. Pri teh primerih je bil pojem malomarnosti sprva še posebej zožen in je obsegal le najbolj grobe napake na človekovo življenje, take, ki bi jih v pravnih sistemih na evropskem kontinentu verjetno večkrat uvrstili med mejne primere med grobo malomarnostjo in evt. naklepom. Pa tudi tu je razmeroma malo kazensko-pravnih primerov, medtem ko jih navaja civilno-pravna literatura relativno mnogo.³⁷

Med posameznimi precedenčnimi primeri niti v angleškem, niti v ameriškem pravu tudi ni najti takih, ki bi načelnjali vprašanje kazenske odgovornosti zdravnika za ravnanje tretje osebe. Obratno pa so obravnavala več takih

³⁶ Prim. *Banovitch v. Commonwealth*, 1955, 83, 2nd S.E.R. str. 369

³⁷ Prim. *Nathan, n.d. Eddy, n.d. prim. tudi Huber, n.d. str. 99 i.n. str. 109* o velikem povečanju primerov take odgovornosti poroča R. H. Long v *The Physiician and the Law*, New York, 1955 str. VII; isto ugotavlja *Shartel in Plant* v delu *The Law of Medical Practice*, Springfield, 1959, str. 114 i.n.

primerov civilna sodišča in s tem vprašanjem se tudi civilno-pravna doktrina precej podrobno ukvarja.³⁸ Za kazensko odgovornost v angloameriškem pravu velja v veliki meri načelo stroge osebne odgovornosti.

3. Odklonitev pomoči

Tudi to je eno od vprašanj, s katerimi se angleška in ameriška sodišča niso ukvarjala. Posebna dolžnost nudenja pomoči^{je} predvidena za primer, ko je določena oseba dolžna nuditi pomoč otroku, ki je v njenem varstvu. V posameznih sodnih primerih, ki jih je bilo mogoče zbrati o tem vprašanju, pa se odklonitev pomoči tudi ne javlja kot poseben primer nevestnega dela, torej kot strokovna napaka. J. P. Eddy poudarja celo, da zdravnik ne odgovarja niti civilno-pravno niti kazensko-pravno, če vidi na cesti človeka, ki umira zaradi krvavitve, pa gre mimo, ne da bi mu nudil pomoč, čeprav bi to lahko storil brez nevarnosti zase.³⁹

III. Kazenskopravni učinek privolitve pacienta ali druge upravičene osebe

1. Načelno stališče o privolitvi

Privolitev oškodovanca lahko v angloameriškem pravu - tako

³⁸ Prim. Nathan, n.d. str. 122 - 149, Eddy, n.d. str. 88

³⁹ Prim. Eddy, n.d. str. 81

kot v drugih pravnih sistemih - le deloma vpliva na izključitev protipravnosti določenega kaznivega dejanja. Eden tistih primerov, kjer je privolitev oškodovanca razlog za to, da se dejanje ne šteje za kaznivo, je zdravniški poseg.⁴⁰ Privolitev v tem pravnem sistemu pa ne igra tako pomembne vloge kot - v bistvu samo teoretično - v nekaterih drugih - zlasti v nemškem. Teoretiki zahtevajo, da mora biti privolitev dana svobodno in da mora biti pacient obveščen o namenu zdravniškega posega. Če izvrši zdravnik zdravniški poseg brez privolitve pacienta, odgovarja za to v okviru civilnega prava; če pa se temu pridruži še neuspešnost posega, lahko odgovarja za uboj, oziroma telesno poškodbo iz malomarnosti.

Med posameznimi precedentičnimi primeri ne najdemo nobenega, ki bi obravnaval to vprašanje in zato nas ne more presenetiti, da se tudi teorija kaj malo in le obrobno ukvarja z vprašanjem privolitve.

Podobno, kot pri odgovornosti za strokovno napako, pa najdemo relativno dosti primerov med civilno-pravnimi odločbami.

O obveznem zdravljenju ne prinaša Halsbury-jeva obsežna zbirka *Laws of England* nobenih določil tako, da lahko sklepamo, da tudi tako zdravljenje ne sodi v okvir kazenskega prava.

⁴⁰ Burdick, n.d. str. 9, Russel, n.d. str. 680, Halsbury *Laws of England*, London, 1959, Vol. X, str. 285, 741

IV. Evtanazija

Anglija in ZDA so države, kjer je bilo gibanje za dovolitev evtanazije razvito že med obema vojnama, aktivno pa je ostalo vse do danes. Treba je ugotoviti, da se zavzemajo društva, ki zagovarjajo evtanazijo, za ta ukrep šele, če so spolnjeni strogo določeni pogoji, ki so v skladu s stališči teorije (glej dalje).

Če presojamo problem v okviru kazensko-pravnih norm, je evtanazija - kolikor gre za zdravnika oziroma za osebo, ki jo sicer izvrši, uboj; če je pacient vanjo privolil, bi bil po angleškem pravu kriv evt. poskusa samomora, dokler je še bil kazniv. Dejanje osebe, ki evtanazijo izvrši, se bi verjetno presojalo kot lažja oblika uboja (manslaughter), za kar pa je zagrožena kazen dosmrtnega odvzema prostosti.

Williams, ki v načelu odobrava evtanazijo, jo omejuje na primere, ko gre za neozdravljivo in na smrt bolnega pacienta, ki v ta ukrep privoli, zdravnik pa ga izvrši v dobri veri in z namenom, da bi mu prihranil hude bolečine. V praksi, kakršna je danes, meni, da lahko nastopijo naslednji primeri: zdravnik da pacientu premočno injekcijo z namenom, da ga ubije - v tem primeru je kriv uboja hujše oblike (murder). Pri tem ga ne more ekskulpirati niti pacientova privolitev in sodišče bi najbrž njegovega ravnanja tudi ne presojalo

kot ravnanja v skrajni sili, kakor smo to videli pri splavu (R. v. Bourne). Drugi primer obstoja takrat, če da zdravnik pacientu strup, da ga ta sam zaužije; naslednja možnost je ta, da uporablja zdravnik za lajšanje bolečin določen narkotik v vedno večji količini - določena količina je lahko smrtna. Ko je sodnik dajal svoja priporočila poroti v podobnem primeru⁴¹, pa je med drugim navedel: "If the first purpose of medicine, the restoration of health, can no longer be achieved there is still much for a doctor to do, and he is entitled to do all that is proper and necessary to relieve pain and suffering, even if the measures he takes may incidentally shorten life." Po njegovem mnenju je kaznivost v takih primerih odvisna od pojmovanja vzročne zveze, torej od presoje, kolikšen je doprinos zdravnika h končni posledici. Končno je mogoče izvršiti evtanazijo s tem, da se zdravnik vzdrži nadaljnjega zdravljenja.

V praksi je primerov, ko bi bil zdravnik obtožen radi uboja v takih okoliščinah, malo - Williams poroča o enem samem tako v Angliji kot v ZDA (1949, New Hampshire), kjer je porota obtoženca oprostila.⁴²

Gibanje za legalizacijo prostovoljne evtanazije se je

⁴¹ Reg. v. Bodkin, 1957, cit. po Williams, n.d. str. 289.

⁴² Prim. Williams, n.d. str. 293.

začelo v Angliji leta 1932. Društvo ustanovljeno s tem namenom (katerega člana sta bila med drugim tudi G. B. Shaw in H. G. Wells) je pripravilo zakonski osnutek, ki je bil leta 1936 predložen lordski zbornici, a je bil odklonjen. Enako usodo je doživel leta 1950 predlog lorda Chorley-a, da naj se ponovno razpravlja o tem vprašanju.

V ZDA je bilo ustanovljeno podobno društvo z istim namenom, katerega člani so predložili podobne osnutke parlamentu države New York in Nebraska - oba parlamenta sta osnutke odklonila. V ZDA sta uzakonila evtanazijo parlamenta držav Ohio in Iowa že leta 1906, vendar kongres zakonov ni potrdil.⁴³

Angleški osnutek zakona o evtanaziji dopušča ta ukrep pri pacientih, ki so dopolnili 21 leto, katerih bolezen je neozdravljiva in smrtno nevarna in ki jim povzroča hude bolečine, pacient pa mora na ta ukrep tudi pristati. Osnutek določa poseben način, kako se taka privolitev pravno veljavno zabeleži: pacient naj bi podal svoj predlog za ta ukrep pismeno ob navzočnosti dveh prič; na podlagi te zahteve bi ga naj zaslišal poseben uslužbenec za evtanazijo. Poseg sam naj bi se izvršil ob navzočnosti kakšne uradne priče, mirovnega sodnika, odvetnika ali podobno. Predlog se ne nanaša

⁴³ Prim. J. Milčinski, Pravni in etični pogledi na evtanazijo, predavanje na SAZU, str. 4 in L. Portes, A la recherche d'une éthique médicale, Masson, 1954, str. 120

na mladoletnike, tudi ne na neozdravljivo defektne, pač pa obsega to kategorijo prvotni ameriški predlog. Nekateri najbolj pomembni nasprotniki angleškega zakonskega osnutka, med njimi lord Dawson, so ga odklonili tudi zato, ker menijo, da je sedanja ureditev, ko zdravnik de facto včasih izvrši evtanazijo (in se s tem izpostavi sicer malo verjetni, a vendar obstoječi nevarnosti kazenskega pregona), boljša od predlagane. Williams meni, da je tako stališče za pravnika nesprejemljivo in da bi se s predlaganim zakonskim osnutkom samo legalizirala dosedanja praksa, za posebno kautelelo pa šteje pacientovo privolitev, ki je sedaj v praksi običajno ni.

Ko komentira ta osnutek, meni Mannheim, da bi s sprejetjem osnutka ne nastala nobena škoda - pacientu bi bili odprti obe možnosti, bodisi da se odloči za evtanazijo, bodisi, da tega ne napravi.⁴⁴

Poleg tega gibanja, ki ga lahko označimo za precej ekstremno, je treba omeniti še zmernejša stališča pravnikov v ZDA, ki ugotavljajo po eni strani, da je sedanje stanje nezadovoljivo, ker obravnava osebo, ki je izvršila evtanazijo v moralno in etično dokaj opravičljivih okoliščinah enako kot morilca, ki je ravnal iz najbolj nizkotnih nagibov.⁴⁵ Zato predlagajo, naj bi

⁴⁴ Mannheim, n.d. str. 15 - 16

⁴⁵ Prim. Helen Silving, Euthanasia: A Study in comparative Criminal Law, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 103, 1954, str. 351 - 389, zlasti str. 386.

zakonodaje v posameznih državah sprejele bodisi uboj na zahtevo kot posebno kaznivo dejanje, ki bi se obravnavalo mileje, ali pa naj bi imel sodnik možnost upoštevati pri odmeri kazni vrsto obteževalnih, oziroma olajševalnih okoliščin.

Tako kompromisno stališče naj izboljša obstoječi položaj, ki zaradi togosti onemogoča milejše obravnavanje storilcev teh specifičnih vrst kaznivih dejanj. Hkrati pa bi - vsaj po mnenju H. Silving - taka ureditev bolj odgovarjala socialnemu vrednotenju evtanazije v ameriški družbi, ki presoja taka dejanja sicer z razumevanjem, vendar ni mogoče reči, da jih šteje za nekazniva. To stališče deloma upošteva ameriški Model Penal Code, ki določa kot posebno olajševalno okoliščino pri kaznivem dejanju uboja privolitev oškodovanca in izvršitev dejanja v okoliščinah, za katere je storilec mislil, da ga moralno opravičujejo, ali olajšujejo njegovo ravnanje.⁴⁶

V. Razmerje med kazensko-pravno in odškodninsko odgovornostjo

Pri obravnavanju odgovornosti zdravnika, ki je kakorkoli povezana z izvrševanjem njegovega poklica, se angleška praksa v pretežni meri poslužuje civilno-pravne poti

⁴⁶

Prim. Model Penal Code, Proposed Official Draft, 4 May, 1962, Sec. 210.6

in zlasti v zadnjih 10 do 15 letih se število primerov, ko pacienti terjajo odškodnino zaradi neuspešnih posegov, stalno večja.

Razlogov za to, da se zdravniška odgovornost obravnava predvsem v okviru civilnega prava, je gotovo več. Zdi se mi, da je eden med njimi ta, da pripada vloga tožilca v angleškem kazenskem postopku oškodovancu - ta pa je zainteresiran predvsem na tem, da dobi odškodnino, kazenske sankcije zoper storilca mu je bržčas bolj malo mar. Adhezijski postopek se lahko uporabi le bolj redko in na to, da mu bo na ta način prisojena odškodnina, se pacient ne more zanašati.

Pomemben razlog za to, da se oškodovanci - pacienti raje obračajo na civilna sodišča, je gotovo tudi v tem, da so porote v preteklosti le redko izglasovale krivdorek, sodniki pa so v svojih napotkih često svarili pred prenačljeno obsodbo.

Končno je treba omeniti kot zadnji razlog še okoliščine, da je angleško sodišče Court of Appeal leta 1951 prvi-krat odločilo, da so bolnišnice odškodninsko odgovorne za malomarnost zdravniškega in pomožnega osebja, ki je pri njih stalno ali honorarno zaposleno.⁴⁷ Kazensko-pravna obsodba zdravnika potemtakem pacientu ne koristi mного pri njegovem odškodninskem zahtevku. Eddy navaja,

⁴⁷ Cassidy v. Ministry of Health, 1951, 2 K. B. 343 cit. po Eddy, n.d. str. 99 i.n.

da so bolnišnice po podatkih ministrstva za zdravstvo izplačale v Angliji in Walesu kot odškodnine naslednje vsote:

1948 - 1949	£ 7.500
1950	23.000
1951	38.000
1952	106.000
1953	153.000 ⁴⁸

Zadnji primer kazenske obtožbe zoper zdravnika zaradi nevestnega zdravljenja (obtožen je bil uboja iz malomarnosti), ki ga je bilo mogoče ugotoviti, je iz leta 1942.⁴⁹ Ta zdravnik je bil sicer obsojen, vendar je pritožbeno sodišče ugodilo njegovi pritožbi in izrazilo mnenje, da njegovo ravnanje ne pomeni še malomarnosti v kazensko-pravnem pogledu.

Oprostitve zdravnikov pred porotami so gotovo pripomogle k povečanju števila primerov civilno-pravne odgovornosti. Temu pa so se pridružile še ostale okoliščine, zlasti odgovornost bolnišnic.

VI. Ocena sistema

Pri oceni vprašanja, ki nas zanima pri takšnem sistemu, kot je anglo-ameriški ne smemo pozabiti, da sistem raste in se razvija drugače, kot pravni sistemi na evropskem kontinentu. Pri tem je treba poudariti, da angleška in ameriška doktrina v precejšnjem obsegu obdeluje, ko-

⁴⁸ Povzeto po Edyy, n.d. str. 79.

⁴⁹ R. v. Akerele, 1943, 1 All E. R. str. 361

mentira in analizira le tisto materijo, s katero se ukvarjajo tudi sodišča. Zato ni mogoče dobiti tako zaokrožene slike o bolj ali manj teoretičnih vprašanjih, ki niso ali še niso našla odraza v praksi sodišč, kot jo lahko dobimo pri marsikaterem pravnem sistemu na evropskem kontinentu. Angleška in ameriška sodišča, hkrati z njimi pa tudi teoretiki skoraj ne načenjajo vprašanj o odklonitvi pomoči, o pomenu posameznih posebnih ukrepov, kot so kozmetične operacije, sterilizacija i. pod. (razen splava), o obveznem zdravljenju ali o zdravniškem eksperimentu. Sodne odločbe, ki jih je bilo mogoče najti, govore le o strokovni napaki in o zakrivljeni malomarnosti v zvezi z njo. Pri obravnavanju vprašanja zdravniške odgovornosti nas v anglo-ameriškem sistemu preseneti majhno število sodnih precedentov, ki so sicer za ta pravni sistem tako značilni in tako pomembni. Pri oceni posameznih odločb vidimo, da so angleška in ameriška sodišča postavila spodnjo mejo malomarnosti v kazenskem pravu zelo visoko tako, da se marsikakšno ravnanje, ki bi ga pri nas po vsej verjetnosti šteli za malomarno, ne uvršča v to kategorijo. Po drugi strani pa so angleška sodišča precej naklonjena zahtevkom na civilno-pravnem področju in odgovornost zdravnikov (ali točneje bolnišnic, vsaj v Angliji) je velika. Obravnavanje zdravniške napake, ki je vedno izvršena iz malomarnosti, v angleškem pravu ni posebna

izjema; v tem sistemu na sploh obstoja tendenca, da se kazniva dejanja iz malomarnosti, vsaj tista, ki so kazniva po Common Law-u, čim bolj izključijo iz kazenskega prava.

Nastaja seveda vprašanje, ali je taka ureditev dobra, boljša kot tista, kjer je glavni poudarek na kazensko-pravni odgovornosti. Angleški sodniki so v svojih razsodbah ali napotkih poroti večkrat poudarili, da zdravnik ne more opravljati svojega poklica, če visi nad njim neprestano kot Demoklejev meč grožnja, da utegne biti obsojen, če naredi kakršnokoli napako. Po drugi strani pa se na evropskem kontinentu javlja občutek, da je občutek odgovornosti zdravnika vedno manjši zato, ker prevzema civilnopravno odgovornost socialno zavarovanje, kazenski pregon pa je le izjema.

Rešitev te dileme je odvisna od vprašanja, kakšni kriteriji se postavijo za profesionalno odgovornost zdravnikov: lahko namreč postavimo visoke kriterije za kazensko-pravno odgovornost ter zajamemo tako le najbolj očitne primere malomarnosti in brezobzirnosti ter postavimo stroge kriterije za disciplinsko odgovornost, ali pa se odločimo za obratno rešitev ter meje kazenske odgovornosti razširimo.

Č. S I S T E M S O C I A L I S T I Č N I H
D R Ž A V E V R O P E

S O V J E T S K A Z V E Z A - R S F R	dr. A. Šelih
P O L J S K A	- " -
Č E Š K O S L O V A Š K A	- " -
M A D Ź A R S K A	dr. P. Kobe

S O V J E T S K A Z V E Z A ¹

I. KAZENSKOPRAVNI ZNAČAJ IN UČINEK ZDRAVNIŠKIH POSEGOV

1. Zdravniški poseg kot redna oblika zdravniškega poklicnega dela

V sovjetski literaturi najdemo relativno malo del, ki bi se ukvarjala z vprašanji odgovornosti zdravnikov in drugih zdravstvenih delavcev. Pravniki teh problemov vse do zadnjih let skoraj da niso obravnavali, med zdravniki pa so jih - bolj ali manj bežno - omenjali avtorji del o sodni medicini. Te pa ne zanimajo toliko pravni in deontološki problemi odgovornosti zdravnikov kot praktična vprašanja, povezana s klasifikacijo napak in njihovih dejanskih značilnosti.

Sovjetski avtorji ne načenjajo dileme o pravni vsebini zdravniškega posega. Zanje ni dvoma, da je izvrševanje zdravniškega poklica družbeno tako koristno delo, da mu

¹ Zaradi težav, nastalih pri nabavi odgovarjajoče literature v Sovjetski zvezi, se opira pričujoči sestavek predvsem na starejšo sovjetsko literaturo o problemih zdravniške odgovornosti.

prav to jemlje značaj prepovedanega dejanja. Izpolnjevanje družbeno koristnih poklicnih funkcij je po splošnih načelih sovjetskega kazenskega prava razlog, ki izključuje družbeno nevarnost dejanja.²

Posamezni avtorji obravnavajo vprašanje zdravniških posegov precej kazuistično in predvsem s formalne plati. Popov³ deli primere, ko lahko nastane zdravniška odgovornost, takole: kazniva zloraba posebnih pravic, ki jih ima zdravnik (n.pr. naklepni uboj); napake zaradi neznanja; napake zaradi malomarnosti, odgovornost zaradi brezdušnega odnosa do bolnika; prekomerno prepuščanje lastnih obveznosti drugim (zlasti manj kvalificiranim osebam); nesrečni slučajji; napake v organizaciji dela; napake zaradi prevelike zanesenosti.

Avdeev⁴ se ukvarja samo s primeri odgovornosti zdravnikov in o vsebini zdravniškega posega ne razpravlja. Primeri odgovornosti zdravnikov deli na nesrečne slučaje, zdravniške napake iz malomarnosti, naklepna kazniva dejanja zdravnikov, ki so povezana z njihovim poklicem.

² Prim. Menšagin i.d. Sovetskoe ugotovnoe pravo, čast obščaja, Moskva 1962, str. 64, Čikvadze, Sovetskoe ugotovnoe pravo obščaja čast, Moskva 1959, str. 204.

³ Popov, Sudebnaja medicina, Moskva 1946, str. 489 i.n.

⁴ Avdeev, Kurs sudebnoj medicini, Moskva, 1959, str. 693 - 698; glej še sestavek o Madžarski v tej študiji.

V zadnjem času je zanimanje za probleme zdravniške odgovornosti poraslo in v novejših delih naletimo tudi na kritično oceno doslej sprejetih stališč.⁵

2. Posebni primeri zdravniških posegov

Med posebnimi primeri zdravniških posegov omenjajo sovjetski avtorji, vsaj v literaturi, ki nam je bila dostopna - samo splav.

Probleme, povezane s splavom, so obravnavali v Sovjetski zvezi na različne načine. Kazenski zakonik RSFSR iz leta 1926 je penaliziral splav samo, če ga je izvršila nekvalificirana oseba ali sicer kvalificirana oseba v nehigienskih pogojih (140. čl. UK - 1926).⁶ Taka ureditev je veljala vse do 1936. leta. S spremembo kazenskega zakonika iz tega leta je bil splav prepovedan in njegovo izvrševanje penalizirano, razen če so bile zanj podane medicinske indikacije. Leta 1955 so bile določbe tega predpisa ponovno novelirane in je bil splav dovoljen ob enakih pogojih kot pred letom 1936. Zadnjikrat so novelirali določbe o splavu leta 1960, hkrati z ostalimi občutnimi spremembami kazenskega prava.

⁵ Berdičevskij, Neobhodima jasnost, Medicinskaja gazeta, 28. 2. 1964, isti avtor, Osnovnie voprosi rassledovanija prestupnih narušenij medicinskim personalom profesionalnih objazanostej, avtoreferat disertacije, Moskva 1966 (v nadaljevanju: Osnovnie voprosi).

⁶ Kratico UK uporabljamo za kazenski zakonik RSFSR. UK cit. po izdaji Instituta za kriminološka i kriminalistička istraživanja, Beograd 1963.

V sedanji obliki je penalizirana izvršitev splava na nezakonit način, če jo izvrši zdravnik (čl. 116/1 UK), kvalificirano pa je dejanje osebe, ki nima višje medicinske izobrazbe (2. odst. 116. čl. UK - 1960)⁷. Za posebno kvalificirane primere (kazen do osem let odvzema prostosti) se štejejo ponovni primeri, ali pa kvalificirani zaradi posebne posledice (3. odst. istega člena). O etičnih in moralnih problemih, ki nastajajo ob tem vprašanju, sovjetski avtorji, sodeč po dosegljivih virih, ne razpravljajo.

II. Kazenska odgovornost zdravnika in pomožnih zdravstvenih delavcev za strokovno napako

1. Predmet kazenskopravnega varstva

Podobno kot v drugih sistemih, je tudi v sovjetskem predmet kazenskopravnega varstva predvsem življenje državljana in njegova telesna integriteta. Kot posebnost pa moramo omeniti, da presojuje pogosto ta kazniva dejanja v okviru službene odgovornosti - stališče, ki ga v zadnjem času kritizirajo.⁸

⁷ Kazenskopravno problematiko splava obravnava G. A. Mendelson, Otvetstvenost za proizvodstvo nezakonogo aborta po sovetскому ugovovnomu pravu, Moskva 1957.

⁸ Prim. Berdičevskij, Neobhodima jasnost, str. 2.

Morda bi lahko šteli za značilno za sovjetsko kazensko pravo, da je hkrati z določanjem širših ali ožjih pogojev za dovoljen splav, širilo oziroma ožilo obseg varstva človekovega življenja, ki ga večina pravnih sistemov varuje od spočetja dalje.

2. Nevestno zdravljenje kot strokovna napaka

Kot smo že omenili, vprašanje nevestnega zdravljenja sovjetskih avtorjev doslej ni posebno zanimalo.

Izhodišča za obravnavanje so postavljali običajno specialisti za sodno medicino, Berdičevskij pa danes ugotavlja, da postavljajo kriterije za kazensko odgovornost s stališč, ki pravno niso razčiščena in jasna.⁹

Ta nejasnost se kaže predvsem ob dveh temeljnih vprašanjih: Ni jasnega stališča o tem, ali je treba presojevati strokovno napako zdravnika kot kaznivo dejanje zoper življenje in telo, ali kot kaznivo dejanje zoper uradno dolžnost. Po drugi strani pa tudi niso izdelani kriteriji za to, kateri pogoji morajo biti izpolnjeni za obstoj kaznivega dejanja - zlasti ni jasnih kriterijev glede vprašanj, povezanih s krivdo zdravnika in z vzročno zvezo.¹⁰

⁹ Prim. Berdičevskij, Neobhodima jasnost, str. 2, P. Dagel, Ob ugotovni odgovornosti zdravnikov, Sovj. justicija 19, oktober 1964, str. 12 i.n.

¹⁰ Ta nejasnost gre tako daleč, da avtor nekega dela o strokovnih napakah zdravnikov - kot navaja Levin v

Značilno za prakso v Sovjetski zvezi je, kot lahko sklepamo, dejstvo, da imajo posebne komisije ekspertov (sestavljajo jih večinoma izvedenci v sodni medicini) pri pregonu in preiskovanju strokovnih napak zdravnikov velik pomen. Po mnenju Berdičevskega in Levina imajo te komisije funkcije, ki gredo sodnim organom, ker ugotavljajo vzroke in vsebino posameznih zdravniških posegov oziroma konkretnije: v njihovo kompetenco sodi razporejanje zdravniških posegov med nesrečne slučaje, zdravniške napake ali med kazniva dejanja.¹¹

Berdičevskij odklanja tako doslej udomačeno delitev strokovnih napak na že navedene kategorije, kot tudi vlogo, ki jo imajo v takih kazenskih postopkih komisije ekspertov. Po njegovem mnenju je treba določiti elemente kaznivega dejanja v skladu s splošnimi načeli sovjetskega prava o elementih kaznivega dejanja.

navedenem delu, str. 2 - uvodoma pojasnjuje, da pri obravnavanju malomarnosti ne pojmuje malomarnosti v kazenskopravnem smislu.

Prim. še splošno glede odnosa med vzročno zvezo in krivdo Centeli, Pričinaja svjaz v ugotovnom prave, Tbilisi, 1957, str. 140 - 146. Prikaz stališč o vzročni zvezi in kritično oceno daje tudi Piontkovskij, Učenje o prestuplenii, Moskva, 1961, str. 232 i. n.

¹¹ Berdičevskij, Osnovnie voprosi, str. 5, A. Levin, Beda ili vina vrača, Medicinskaja gazeta, 3. 4. 1964, str. 2. Ali to rešuje znano dilemo o presoji izvedeniškega mnenja v mejah načela proste presoje dokazov, ki velja tudi za sovjetsko kazensko procesno

Elementi, potrebni za obstoj kaznivega dejanja v okviru strokovne napake, so po njegovem mnenju naslednji:

1. nepravilnost medicinskega posega, 2. nastop smrti ali drugih hudih posledic za zdravje pacienta, 3. vzročna zveza med ravnanjem (oz. opustitvijo) in posledico, 4. krivda zdravnika.¹²

Nepravilnost posega, meni, je treba presoјati po objektivnih kriterijih: obstojati mora nek minimum znanja, s katerim mora razpolagati vsak zdravnik. Pri oceni nepravilnosti konkretnega primera pa je treba presoјati tudi vprašanje obsega uporabe tega znanja in pri tem je treba upoštevati dejansko znanje zdravnika, ki je udeležen pri posameznem primeru. Berdičevskij skuša vnesti tudi nove kriterije za presojo zdravnikove krivde in pravi, da je treba pri tem upoštevati subjektivna in objektivna merila. Za objektivno merilo šteje dolžnost zdravnika, da v konkretnem položaju pravilno ukrepa, za subjektivno pa njegove osebne zmožnosti in sposobnosti za tako ukrepanje.

Berdičevskij in Dagel¹³ kritizirata doslej ustaljeno

pravo, je drugo vprašanje. Prim. Strogović, Kurs sovjetskega ugotovnega procesa, Moskva, 1958, str. 159 i. n., posebej o ekspertizi, str. 231 - 248.

¹² Berdičevskij, prav tam, str. 7.

¹³ Berdičevskij, prav tam, str. 9, 10, Dagel n.d. str. 14.

prakso, da so sodišča presojala strokovne napake zdravnikov v okviru kaznivih dejanj zoper uradno dolžnost (nevestnost - 172. čl. UK). Dageļ se zavzema za to, da se ta dejanja obravnavajo kot kazniva dejanja zoper življenje in telo, izvršena iz malomarnosti. Berdičevskij pa meni, da taka uporaba zakonskih predpisov krši načelo zakonitosti, ker penalizira dejanja, ki niso neposredno predvidena v zakonu. Zato predlaga de lege ferenda, da se sprejmejo specialne določbe, ki bi predvidele odgovornost za kaznivo nepravilno izvrševanje zdravniške pomoči.

3. Odklonitev pomoči¹⁴

Dolžnost nudenja pomoči je v sovjetškem pravu razmeroma stara, zlasti v primerjavi z drugimi kazensko-pravnimi sistemi, saj je inkriminiral njeno kršenje že prvi ruski kazenski zakonik iz leta 1926 (157. čl. UK - 1926). Ta inkriminacija je ostala vsebinsko nespremenjena v 128. čl. UK - 1960.

Odklonitev pomoči bolniku obstoji takrat, kadar oseba, ki je po zakonu ali po posebnem predpisu dolžna nuditi

¹⁴ Vsi podatki o odklonitvi pomoči so povzeti po delu I. I. Gorelik, Otvjetstvenost za ostavlenie v opasnosti po sovetskemu ugotovnomu pravu, Moskva 1960, str. 33 - 56.

pomoč, tega ne stori, ne da bi imela za to opravičene razloge. Dejanje je kvalificirano, če je - ali bi mogla biti - posledica smrt bolnika, ali kakšna druga huda posledica.

V zvezi s tem nastaja vprašanje, katere osebe so dolžne nuditi pomoč in kdaj. Krog oseb je določil poseben dekret iz leta 1924 o poklicnem delu in pravicah zdravstvenih delavcev - ~~glej str.~~) in sicer tako, da se šteje za tako osebo vsak zdravstveni delavec, ki se ukvarja s praktično zdravstveno dejavnostjo. To so lahko zdravniki, zdravstveni pomočniki, medicinske sestre in babice; dolžnost nudenja pomoči tedaj ni omejena samo na zdravnike.

Enako kot subjekti tega kaznivega dejanja so določeni tudi primeri, kdaj lahko opustitev pomoči pomeni kaznivo dejanje. Gre za primere, v katerih je potrebna hitra medicinska pomoč, zavezanec pa je dolžan izkazati pomoč, ki jo štejejo za prvo pomoč.

Normativno je urejeno tudi vprašanje, koga lahko šteje-mo za bolnika glede katerega velja dolžnost nuditi pomoč: to je samo oseba, ki ji je potrebna prva, neodložljiva, pomoč v zvezi s hudo mehanično poškodbo, zastrupitvijo ali nenadno obolenostjo, ki so nevarne za življenje. Vzrok in diagnoza nenadne obolenosti sta pravno brez pomena. Pogoj, da obstoja nevarnost za življenje,

mora biti spolnjen v vsakem primeru in nevarnost za zdravje ne zadošča.

Po objektivni plati je dejanje mogoče izvršiti na več načinov: če se zdravnik ne odzove pozivu, če odkloni sprejem bolnika v zdravstveno ustanovo, če odkloni pomoč bolniku, ki se zdravi v taki ustanovi, če ne pokliče specialista v primerih, ko nima za zdravljenje potrebnega specialističnega znanja. Iz teh primerov lahko vidimo, da uvršča sovjetska kazenska praksa v okvir tega kaznivega dejanja tudi nekaj takih primerov, ki bi jih lahko šteli tudi za strokovno napako.¹⁵

Po subjektivni strani gre za naklepno kaznivo dejanje in je malomarnost izključena. V zvezi s tem ugotavlja tudi Gorelik,¹⁶ da ni enotnosti o razmejitvi med odklonitvijo pomoči in nevestnim delom niti v praksi, niti v teoriji. Po njegovem mnenju se obe dejanji izključujeta že po krivdni obliki, saj nevestno delo predpostavlja malomarnost. Pa tudi glede na objektivne znake kaznivega dejanja nevestnega zdravnikovega dela meni, da

¹⁵ Gorelik, nav. delo str. 37, navaja, da je bil obsojen (1936) zaradi tega kaznivega dejanja zdravniški pomočnik, ki je ne da bi pregledal pacienta na zdravniški postaji, sporočil, da je pacient pijan, medtem ko je bil le ta v globoki nezavesti zaradi poškodbe, ki jo je utrpel. Zdravniški pomočnik ga je poslal v rajonsko bolnico, pacient pa je na poti umrl.

¹⁶ Gorelik, prav tam, str. 47.

ga je mogoče uporabiti zoper zdravnike le, če gre za delo, ki je povezano z njihovo službeno (praviloma upravno) in ne poklicno aktivnostjo.¹⁷

Sankcija, ki je zagrožena za kaznivo dejanje odklonitve pomoči bolniku, je poboljševalno delo do enega leta ali denarna kazen do 100 rubljev, ali javni ukor, ali ukrepi družbenega vplivanja. Če je dejanje kvalificirano, se kaznuje s kaznijo odvzema prostosti do dveh let in s prepovedjo opravljanja poklica do treh let.

III. Kazenskopравни učinek privolitve pacienta ali druge upravičene osebe

Po splošnih načelih sovjetskega kazenskega prava je privolitev oškodovanca glede kršitve dobrin s katerimi sme razpolagati razlog, ki izključuje družbeno nevarnost dejanja. V nasprotju s tem meni Menšagin, da je privolitev

¹⁷ Pientkovskij, nav. delo, str. 474, zastopa stališče, da obstoji možnost kazenskega pregona zdravnika zaradi nevestnega dela (172. člen UK), če je zdravnik uradna oseba; pojem uradne osebe je določen z opombo k členu 170 UK. V drugih primerih je podana odgovornost za malomarnost (telesna poškodba, 114. člen, oziroma uboj, 106. člen).

razlog, ki izključi kazensko odgovornost.¹⁸

V zvezi z vrednotenjem privolitve pri zdravniških posegih velja načelo, da je privolitev potrebna razen v primerih, ko je pacient ni sposoben dati zaradi osebnih okoliščin, po pravilih medicinske znanosti pa je treba zaradi odvrnitve nevarnosti za bolnika ukrepati takoj.

Velik praktičen pomen ima še danes dekret Vsezveznega centralnega izvršnega komiteja in Sovjeta ljudskih komisarjev RSFSR iz leta 1924 "O poklicnem delu in pravicah zdravstvenih delavcev", ki določa, da je potrebna za kirurško operacijo privolitev pacienta, ali (če je mlajši kot 16 let ali duševno bolan) privolitev njegovega zakonitega zastopnika. Operacijo, ki je nujna za rešitev življenja ali važnega organa, pa se sme izvršiti pri otrocih do 16. leta in duševno bolnih tudi brez privolitve, če privolitve ni mogoče dobiti takoj, odlaganje pa ogroža uspeh posega. Taka operacija je dopustna brez privolitve tudi tedaj, če je pacient nezavesten. V obeh primerih je pred operacijo potreben posvet zdravnikov.¹⁹

¹⁸ Prim. Čhikvadze, n.d. str. 202 in Menšagin, n.d. str. 163. Prvo mnenje je šteti za prevladujoče, prim. še Piontkovskij, n.d., str. 472 - 476.

¹⁹ Prim. Čhikvadze, n.d. str. 205, Gorelik, n.d. str. 41, 42, Piontkovskij, n.d. str. 475. Naknadno sporočilo komisiji (v 24 urah) zadošča, če je nevarnost odlašanja.

Med predlogi izvedencev za sodno medicino o obravnavanju zdravniške odgovornosti pa najdemo med drugim tudi predlog, naj se pravica izvršiti operacijo brez privolitve pacienta razširi tudi na primere, ko privolitev (oz. odklonitev) nasprotuje družbenim interesom in interesom sovjetske države, ali če je v osnovi protipravno.²⁰

Obvezno zdravljenje je nedvomno predvideno za nekatere vrste bolezni ter za cepljenja. Podrobni podatki o tej materiji pa nam niso na razpolago.

IV. Problem evtanazije

V zvezi z evtanazijo, ki ji sovjetski avtorji ne posvečajo posebne pozornosti, je treba kot posebnost povedati, da je UK - 1922 (143. čl.) določal v opombi nekaznivost uboja zaradi neprotipravnosti, če ga je storilec izvršil iz sočutja in na stalne prošnje ubitega. Vendar je praksa zavrnila to rešitev in jo ocenila kot neprimerno. Kasneje so jo zato tudi opustili.²¹ Dejanje

²⁰ Prim. V. F. Červakov, Problema odgovornosti za operacijo, Tezisi dokladov, Leningradskoje oddelenije vsesojuznogo naučnogo občestva sudebnih medikov i kriminalistov, Leningrad 1961, str. 14.

²¹ Prim. Čikvadze, n.d. str. 203.

evtanazije, kolikor ni izvršeno iz koristoljubja, šteje vendar za navaden naklepen uboj iz čl. 103 UK s penalizacijo od 3 do 8 let odvzema prostosti, s tem da se okoliščine, v katerih je dejanje storjeno, fakultativno lahko štejejo za olajševalne (2. odstavek 38. člena UK).

V. Medicinski poskus na človeku

Kolikor je mogoče oceniti, povezuje doktrina problem medicinskih poskusov na človeku (če je posledica telesna poškodba, smrt) tudi s privolitvijo oškodovanca kot razlogom, ki izključuje družbeno nevarnost. Za razliko od drugih situacij (glej spredaj k III.) je po naravi stvari same izključena vsaka izjema od pravila, da samo veljavna privolitev osebe, na kateri se opravlja poskus, izključuje družbeno nevarnost in s tem kaznivo dejanje.²² Poseben problem medicinskih poskusov, ki štejejo za hudodelstva zoper človečnost (glej sestavek o Nemčiji) je prav sovjetska teorija osvetlila in so stališča, ki jih je zavzela v marsičem postala tudi mednarodno priznana (J. Milčinski)

VI. Povzetek in ocena sistema

Za obravnavanje zdravniške odgovornosti v Sovjetski zvezi je po našem mnenju značilno dvoje: pozitivno pravne do-

²² Prim. Piontkovskij, n.d., str. 473.

ločbe, ki deloma obravnavajo to materijo, datirajo še iz prvih porevolucijskih let; v literaturi tako kazenskopравnih kot medicinskih pa najdemo vse do zadnjih let zelo malo del, ki se ukvarjajo s temi vprašanji, izčrpen prikaz pa ni mogoč zaradi skromnih virov, ki so na razpolago.

Za zdravniški poseg se tudi v sovjetski teoriji zastavlja vprašanje, kaj predstavlja s stališča kazenskega prava. Eno stališče povezuje to vprašanje z izvrševanjem poklicne funkcije (torej širše, ne le za medicinsko področje). Če se ta funkcija izvršuje v skladu z normativi določenega poklica, se to ^{ne} more šteti za deliktno, ker zaradi družbene koristnosti ni protipravno. (Piontkovskij). Nadaljnji problem je, kot se zdi, uvrščanje kaznivih dejanj zdravnikov zaradi strokovnih napak med kazniva dejanja zoper uradno dolžnost. Zdi se vendar, da takšna rešitev ne zadovoljuje kot tudi ne obravnavanje teh primerov kot kaznivih dejanj zoper življenje in zdravje.

Med pravniki je končno prevladajoče mnenje, da komisije ekspertov ne morejo odločati o kazenskopравnih vprašanjih kot je to bilo v praksi doslej, temveč da se mora njihovo delo omejiti izključno na medicinska vprašanja, k njihovem delu pa je treba pritegniti zlasti strokovnjake tistih vej medicine, v območje katerih konkretni primer neposredno sodi. Pravna presoja je vendar stvar sodišča oziroma organov kazenskega pregona.

P O L J S K A

I. Kazenskopravni značaj in učinek zdravniških posegov

1. Zdravniški poseg kot redna oblika zdravniškega poklicnega dela

Poljska teorija, pa tudi praksa sta se s problemi zdravniškega posega in zdravniške odgovornosti ukvarjali precej pogosto in z različnih aspektov. Na posamezna stališča poljskih avtorjev so verjetno do določene mere vplivala tudi stališča francoskih in nemških teoretikov in praktikov. S svoje strani pa prinašajo poljski avtorji na to področje nekaj novih misli in rešitev, ki so za nas zanimive tudi zato, ker so se oblikovale v socialistični državi.

Pojem zdravljenja tolmači poljska teorija široko, saj z njim razumejo diagnostiko, terapijo in prevencijo¹. Da-

¹ Gubinski A. Czynności lecznicze, przerwanie ciąży, zabiegi kosmetyczne, Nowo Prawo, 1960, str. 789, J. Sawicki, Odpowiedzialność lekarza za błąd sztuki lekarskiej v Grzywo - Dąbrowski, Odpowiedzialność karna lekarza, Warszawa, 1958, str. 103.

si zagotavljajo, da je zdravniški poseg objektivno telesna poškodba, ker gre za kršitev telesne integritete, ga ne obravnavajo kot kaznivo dejanje. Po mnenju Gubinskega in Sawickega izključuje protipravnost teh posegov njihov namen in njihova vsebina - ker gre za družbeno koristne posege, katerih končni cilj je ozdravljenje ali izboljšanje človeškega zdravja.

Za izključitev protipravnosti zdravniških posegov je potrebno, da so izvršeni lege artis in da je njihov namen zdravljenje bolnika. Iz prvega pogoja izhaja dolžnost zdravnika, da mora poznati sodobne metode svoje stroke in medicinskih ved na sploh. Pri uporabi oziroma oceni teh metod pa nastajajo vsekakor težave, ker ni jasnega kriterija glede tega, kdaj postane uporaba nove metode nedovoljen eksperiment in kdaj se ne smejo več uporabiti stare metode, ker daje nova mnogo boljše in mnogo bolj sigurne rezultate. Kriteriji za to razmejitev morajo biti zastavljeni široko in gibčno in sodišče mora o tem odločati v vsakem posameznem primeru.

Poleg nadaljnjega pogoja - da mora biti zdravniški poseg izveden lege artis - navajajo poljski teoretiki še zahtevo, da mora bolnik v poseg privoliti. Privolitev pacienta je torej prav tako pogoj za izključitev protipravnosti zdravniškega posega.

Zanimivo pa je, da nekateri teoretiki (n.pr. Gubinski) ne zahtevajo, da mora takšen poseg izvršiti zdravnik, oziroma sicer formalno kvalificirana oseba². Po njegovem mnenju je za upravičenost posega odločilnega pomena bistvo posega samega, ne pa formalni pogoji za njegovo izvrševanje, to je formalne kvalifikacije tistega, ki poseg izvrši.

2. Posebni primeri zdravniških posegov

Zdravniški posegi, pri katerih temeljna značilnost takega posega (namreč namen zdravljenja) ni tako očitna, ali pa je sploh ni, so vzbudili precejšnje zanimanje poljskih teoretikov. Nekateri izmed njih (n.pr. Sawicki v spredaj navedenem delu) jih označujejo kot nezdravniške posege in jim tedaj odrekajo značaj zdravniških posegov v pravem pomenu. Vendar pa ugotavlja tudi Sawicki sam³, da prištevajo v zadnjem času take posege že med zdravniške posege v pravem pomenu. Po mnenju Gubinskega je razlog za izključitev protipravnosti pri teh posegih privolitev oškodovanca⁴.

² Gubinski, n.d. str. 770

³ Sawicki, n.d. str. 103

⁴ Gubinski, n.d., str. 779. To velja po njegovem mnenju za kozmetične posege, pri katerih pa je poleg tega še potrebno, da so izvršeni lege artis, njihov namen pa mora biti odprava določene napake (t.i. "kozmetični namen").

Izmed posebnih zdravniških posegov obravnavajo umetni splav in transplantacije, drugih kot n.pr. kastracije, sterilizacije in umetne oploditve pa ne.

Umetni splav je pod določenimi pogoji dovoljen⁵. Gubinski⁶ sicer ugotavlja, da pri tem posegu ne obstoja namen zdravljenja, da pa rešuje druge interesne konflikte noseče žene. Jasno je, da morajo biti v zakonu določeni pogoji vedno spolnjeni. Umetni splav je dovoljen, če so zanj podane medicinske indikacije, prav tako pa, če ga narekujejo težki življenjski pogoji noseče žene, ali če obstoja utemeljen sum, da je nosečnost posledica kaznivega dejanja. Izvršiti ga sme le zdravnik, poseg mora biti izvršen lege artis in ne smejo obstojati razlogi za medicinsko kontraindikacijo. Noseča žena tudi ne sme biti prisiljena k temu posegu. Če ne obstoja prvi ali drugi pogoj, izvrši tisti, ki opravi takšen poseg, kaznivo dejanje nedovoljenega splava, ki je predvideno v zakonu o pogojih za izvršitev dovoljenega splava.

Znano je, da pojmujejo socialne indikacije v praksi na Poljskem dokaj široko in da se umetni splav pogosto izvaja. To je v zvezi tudi z izredno visoko stopnjo natalitete v tej državi.

⁵ Zakon o pogojih za izvršitev dovoljenega splava z dne - 27. 4. 1956

⁶ Gubinski, n.d. str. 780

Z vprašanjem transplantacij se obširno ukvarja - edini v poljski kazenskopravni doktrini - Sawicki⁷. Celotni problem obravnava ločeno glede na to, ali gre za transplantacijo dela telesa s človeškega trupla, ali za transplantacijo takšnih delov, ki se regenerirajo, ali pa za transplantacijo takih delov, ki jih človeški organizem ne tvori ponovno (zlasti posamezni organi).

Sawicki nima nobenih posebnih pomislekov zoper transplantacijo niti v moralnem, niti v etičnem pogledu. Problem obstoja zanj le v primeru, če se tak poseg izvrši prisilno proti volji osebe, ki se ji odvzame določen organ oziroma kakšna snov (kri), ki se regenerira.

Na Poljskem ureja vprašanja dopustnosti transplantacij z mrtvih zakon o zdravstvenih ustanovah (1949). Ta določa, da se lahko opravi obdukcija trupla 12 ur po nastopu smrti. Če pa je potrebno zaradi transplantacij s trupla ali zaradi določenih znanstvenih potreb, se lahko opravi obdukcija tudi prej. V tem primeru mora dati dovoljenje za obdukcijo in hkrati tudi za transplantacijo odgovorni predstojnik oddelka. V takšnih primerih je transplantacija s trupla dovoljena ne glede na privolitve sorodnikov umrlega.

Mnogo bolj problematične so transplantacije pri živih

⁷ J. Sawicki, *Przymus leczenia i eksperyment lekarski w świetle prawa*, Warszawa, 1964, str. 149 i.n.

ljudeh, vendar je treba razlikovati dve skupini: gre za take snovi, oziroma dele človeškega organizma, ~~ali~~ ki se sami obnavljajo, ali pa za takšne dele, ki se ne obnove sami. Pri prvi skupini nastaja v bistvu le vprašanje privolitve dajalca. Pri teh primerih gre seveda najpogosteje za transfuzijo krvi. Po mnenju poljskega najvišjega sodišča je v nekaterih izjemnih primerih mogoče dajalca prisiliti, da da kri⁸.

Pri presoji vprašanja, ali je dopustna transplantacija takih delov človeškega organizma, ki se ne obnavljajo, je poljska teorija precej širokogrudna in dopušča take posege pod določenimi pogoji. Sawicki ugotavlja sicer v svojem delu, da nobena država ni pravno uredila tega vprašanja, tudi Poljska ne. Po njegovem mnenju pa so taki posegi dopustni ob naslednjih pogojih:

⁸ Na Poljskem so sodišča v zvezi s tem vprašanjem obravnavala zelo izjemen primer: Transfuzija je bila potrebna novorojenčku, ki je bil nezakonski otrok. Ker materina krvna skupina ni odgovarjala otrokovi, bi moral oddati kri domnevni oče (ki je očetovstvo zanikal, krvna skupina pa se je skladala z otrokovo). Ker oče ni hotel pristati na transfuzijo, je otrok umrl. Sodišče je očeta obsodilo zaradi odklonitve pomoči osebi, ki se nahaja v položaju, v katerem ji grozi smrtna nevarnost. Najvišje sodišče je obsodbo potrdilo. Cit. po Sawicki, Przymus, str. 157.- V teoriji obstoja spor o tem, ali je taka obsodba upravičena in zlasti o tem, ali je dajalca mogoče s pravno sankcijo prisiliti, da dà kri.

1. taka operacija je zadnje, poslednje še preostalo sredstvo za rešitev pacientovega življenja. Velja pa pripomniti, da je večina transplantacij namenjena hitrejšemu ali boljšemu zdravljenju ali uspešnejši upostavitvi določenih funkcij. Samo izjemo ma gre pri transplantaciji za vprašanje življenja ali smrti;
2. privolitev dajalca mora biti popolnoma svobodna in prostovoljna;
3. nagibi dajalca morajo biti plemeniti⁹.

II. Kazenska odgovornost zdravnika za strokovno napako

1. Predmet kazenskopravnega varstva

Kot smo videli, poljska teorija ne pojmuje zdravniškega posega togo kot kaznivo dejanje telesne poškodbe; pri definiciji se naslanja na vsebinske komponente takega posega in na njihovi podlagi ugotavlja, da gre za nekaznivo dejanje. Po tej vsebinski plati je eden glavnih pogojev, da je poseg izvršen z namenom zdraviti, oziroma ozdraviti bolnika. Človekovo zdravje je torej predmet kazenskopravnega varstva. Ta pojem je treba razumeti čim bolj široko, saj gre za človekovo fizično in psihično zdravje. Hkrati je s tem obseženo varstvo

⁹ Sawicki, Przymus, str. 163

človekovega telesa in njegovega življenja, kadar gre za primere, ko kaznivo dejanje ogroža celo to dobro.

2. Nevestno zdravljenje

Z vprašanjem kazenskopravne odgovornosti zdravnika se v poljski kazenskopravni literaturi ukvarja že dalj časa Sawicki, ki je svojo zadnjo knjigo s tega področja¹⁰ posvetil prav temu vprašanju. Med poljskimi avtorji je Sawicki prvi, ki obravnava to vprašanje kompleksno in jasno loči med povzročitvijo napake in krivdo zdravnika.

Strokovno napako šteje Sawicki za izrazito objektivno kategorijo, ki je odvisna od stopnje razvoja medicinskih ved¹¹.

Po njegovem mnenju ne morejo vplivati na presojo tega vprašanja take okoliščine, kot mladost in neizkušenosť zdravnika, izjemnost situacij, ko je bil poseg izvršen i.pod. Te okoliščine sodijo v sklop subjektivnega elementa in njihov evt. vpliv se lahko pokaže šele, ko je sodišče obstoj strokovne napake že ugotovilo. Najvišje

¹⁰ Sawicki Jerzy, Błąd sztuki przy zabiegu leczniczym w prawie karnym, Warszawa, 1965.

¹¹ Sawicki, Błąd sztuki, str. 68

sodišče je v več odločbah s tega področja zavzelo enako stališče. Sawicki v svojem delu močno zagovarja mnenje, da pri ugotavljanju strokovne napake ni mogoče vzeti za merilo "povprečnega zdravnika", po katerega sposobnostih se naj presoja, ali v konkretnem primeru obstoja napaka, ali ne. Takšen povprečni zdravnik je po njegovem mnenju fikcija in to nepotrebna fikcija, ki vnaša v objektivno kategorijo strokovne napake subjektivna merila¹².

Obstoj strokovne napake je treba presojati izključno po kriterijih medicinske vede in sicer tako, da se določeno stanje in ukrepi presojajo ex ante, t.j. tako, kakršni so bili, ko je zdravnik izvršil svoj poseg. Po mnenju Sawickega je pri vsakem zdravniškem posegu oziroma pri presoji, ali je bil izvršen lege artis, treba presojati dvoje:

1. ali je bil poseg sploh indiciran, in
2. ali je bil pravilno izveden.

Posebno obširno pa se Sawicki ukvarja z vprašanjem rizika in stopnjo rizika pri zdravniških posegih in v zvezi s strokovno napako ugotavlja, da pri takem položaju zdravnik prekorači stopnjo dovoljenega rizika.

Nevestno zdravljenje predpostavlja po objektivni plati obstoj strokovne napake, katere posledica je bodisi smrt, bodisi telesna poškodba pacienta. Poljska kazenskoppravna

¹² Sawicki, Błąd sztuki, str. 76

teorija presoja take napake v okviru kaznivega dejanja povzročitve smrti ali telesne poškodbe iz malomarnosti. Enako kot v večini drugih pravnih sistemov mora nastopiti posledica in obstojati mora vzročna zveza med ravnanjem zdravnika in posledico¹³.

Kot posebno vprašanje se postavlja vprašanje odgovornosti zdravnika za ravnanje drugega. Sawicki ugotavlja, da so se poljski koncepti kazenske odgovornosti zdravnika oblikovali pred več desetletji in da so se odtlej dalje posamezne veje medicine tako razvile, da zdravnika, zlasti kirurga, ni mogoče več šteti kot edino odgovornega za ravnanje cele ekipe.¹⁴ Ekipno delo pomeni v bistvu razdelitev odgovornosti tako, da je vsakemu njenemu članu zaupan del izvršitve naloge in da vsak član nosi del odgovornosti. Pri tem se je treba zavedati, da mora družba hkrati s pozitivnimi stranmi ekipnega dela, ki so mnogo večje kot negativne, vendarle prevzeti tudi te slednje, med drugim torej tudi drugačen način porazdelitve odgovornosti kot doslej¹⁵.

Pri odgovoru na vprašanje porazdelitve odgovornosti pa si po mnenju Sawickega ni mogoče pomagati s kriteriji civilnega prava. Nobenega dvoma ne more biti, da je vsak član ekipe odgovoren za svoje lastno ravnanje,

¹³ B. Popielski, *Medycyna i Prawo*, Warszawa 1963, st. 255-256

¹⁴ Sawicki, *Błąd sztuki*, str. 174

¹⁵ Sawicki, *Błąd sztuki*, str. 183

oziroma za svoje lastne napake. Mnenje glede tega, kakšna je odgovornost vodje ekipe za ravnanje ostalih, pa so deljena. Sawicki zagovarja v zvezi s tem stališče, tako imenovanega omejenega zaupanja, ki je na Poljskem sprejeto glede kazenske odgovornosti v prometu. Po tem stališču se lahko šofer pri vožnji zanaša na to, da se tudi ostali uporabniki ceste ravnaajo po predpisih tako dolgo, dokler se ne izkaže - zaradi njihovih osebnih lastnosti ali zaradi posebnega načina vedenja - da je treba pričakovati, da se ne bodo več tako vedli. V takem položaju mora biti šofer pripravljen tudi na nepričakovane dogodke in mora zato povečati pozornost, njegova odgovornost pa je večja.

Podobno merilo, meni Sawicki, bi bilo mogoče uporabiti tudi glede odgovornosti vodje ekipe pri določenem zdravniškem posegu, zlasti seveda pri operaciji. Vodja ekipe in vsak drug sodelavec ekipe se lahko tedaj zanaša, da bo vsak kvalificiran član ekipe ravnal v skladu s svojimi dolžnostmi vse dotlej, dokler določeni znaki med delom ne pokažejo, da se na to, ^{ne} smejo in ne morejo več zanesti. Odtlej dalje nastanejo za vodjo ekipe nove dolžnosti nadzorovanja in evt. inštruiranja ostalih članov ekipe¹⁶.

To stališče pa je zaenkrat vsaj na področju zdravniške

¹⁶ Sawicki, Błąd sztuki, str. 194

odgovornosti le še teoretično zastavljeno.

3. Odklonitev pomoči

Posebna dolžnost nudenja pomoči v poljskem kazenskem pravu ni novost, saj je bila določena za zdravnike in porodničarje (akušerje) že vse od leta 1839¹⁷.

Odklonitve pomoči niso obravnavali kot posebne oblike nevestnega dela, temveč kot posebno, od tega ločeno kaznivo dejanje. Še danes veljavni poljski kazenski zakonik iz leta 1932 je uvedel kot splošno državljansko dolžnost, dolžnost nudenja pomoči - in ta določba se je uporabljala tudi za zdravnike. Ta dolžnost obstoja tedaj, če gre za človeka, ki se nahaja v položaju, ki grozi z neposredno nevarnostjo za življenje (247.čl.). Pomoč pa je mogoče nuditi brez osebne nevarnosti tistega, ki jo nudi, oziroma za njegove bližnje.

Zdravnika veže poleg tega še posebna dolžnost, določena v zakonu o zdravniškem poklicu (iz leta 1950). 12.člen tega zakona nalaga zdravnikom dolžnost nudenja pomoči v takih primerih, ko bi zavlačevanje lahko povzročilo smrt ali invalidnost, razen če je mogoče takoj zagotoviti zdravniško pomoč dežurne ambulante ali druge institucije, ki je dolžna nuditi pomoč v nujnih primerih. Kršitev te določbe se šteje za prekršek, ki je kazniv z denarno kaznijo do 3.000 zlotov.

¹⁷ Sawicki, Przymus, str. 8, op. 1

V praksi, kot navaja Sawicki¹⁸, se uporablja predvsem določba kazenskega zakonika, posebna ožja določba pa le redkeje. Uporaba obeh določb je v praksi očitno povzročala težave, ker je najvišje sodišče leta 1956 sprejelo načelno mnenje, ki se nanaša na ta problem. Najvišje sodišče ugotavlja, da je določba zakona o zdravniškem poklicu širša, ker obsega tudi primere, ko lahko nastopi invalidnost. Za obstoj kaznivega dejanja odklonitve pomoči pa je potrebno, da je nevarnost nastala ob nenadnem dogodku in da se zdravnik nahaja v bližini. Določbe 12. člena zakona o zdravniškem poklicu, so omejene le na zdravnike in ne veljajo za primer, ko je mogoče nemudoma dobiti drugo zdravniško pomoč. Kršitev pa obstoja neodvisno od nevarnosti, ki se ji mora zdravnik pri tem izpostaviti. Prekršek iz 12. člena zakona o zdravniškem poklicu je končno po mnenju najvišjega sodišča, mogoče izvršiti tudi iz malomarnosti.

Sawicki¹⁹ ocenjuje tako razlago precej kritično, ker meni, da je pod močnim vplivom nemške doktrine, kjer se

¹⁸ Sawicki, Błąd sztuki, str. 21

¹⁹ Sawicki, Błąd sztuki, str. 22 in J. Sawicki, Odpowiedzialność karna lekarza, Życie i Prawo, 1957, 10.3. in 24. 3. Članek je vzbudil precej polemik. Prim.: J. Potępa, O odpowiedzialności karnej lekarza, Nowo Prawo, 1957, št. 11, str. 74 i.n., J. Ross, Lekarz o odpowiedzialności lekarza, Prawo i Życie, 1957, št. 13

je široko razpravljalo prav o vprašanju "nenadnega dogodka". Po mnenju Sawickega položaj v poljski kazensko-pravni doktrini ni zadovoljiv, ker raste temeljna dolžnost zdravnika iz splošne obveznosti vsakega človeka, medtem ko stoji zdravniška dolžnost nudenja pomoči, kot poklicna dolžnost povsem v ozadju. Položaj pa bi moral biti ravno obraten. Dolžnost nudenja pomoči zdravnika bi bilo treba zajeti kot posebno poklicno dolžnost in jo presojati s tega stališča. Ob tem nastaja seveda nevarnost, da bi zdravniški poklic postal prava muka, ker bi utegnili klicati zdravnika na pomoč prav ob vsakem času. Zato meni Sawicki, da je treba dolžnost zdravnika, da nudi pomoč, omejiti v dveh smereh: zdravnik ni dolžan nuditi pomoči, če je mogoče priklicati pomoč posebej zadolženega zdravnika (dežurno službo) in tudi ne takrat, če obstoja le posredna nevarnost za bolnika. Kot ugotavlja Sawicki, je to rešitev, ki so jo sprejele različne socialistične države (n.pr. Madžarska, 259. člen kazenskega zakonika, ČSSR 207. člen kazenskega zakonika) in ki najbolj ustreza vsebini zdravniške dolžnosti in nudenja pomoči, kot posebne poklicne dolžnosti.

V svoji podrobni obdelavi celotne problematike obravnava Sawicki tudi vprašanje prve pomoči - čeprav v širšem kontekstu²⁰. Opozarja namreč, da je treba ločeno obravnavati odgovornost določenih posebnih kategorij zdrav-

²⁰ Sawicki, Błąd sztuki, str. 33

nikov in sicer dežurnih zdravnikov v zdravstvenih domovih, dežurnih zdravnikov v bolnišnicah, dežurnih zdravnikov socialnega zavarovanja in zdravnikov v industrijskih podjetjih. Te kategorije so zajete sicer zelo široko, vendar obravnava Sawicki njihovo dolžnost nudenja pomoči predvsem v primerih, ko gre za prvo pomoč, oziroma v drugih nujnih primerih. Sawicki ugotavlja, da so stališča sodišč glede zdravnikov te vrste silno neenotna - da jih zaradi odklonitve pomoči včasih preganjajo po 247. členu kazenskega zakonika (odklonitev nudenja pomoči), včasih pa zaradi zlorabe uradnega položaja. Takšno prakso šteje Sawicki za povsem neustrezno in se s tem pridružuje številnim ugovorom zdravnikov samih. Ko obravnava to vprašanje, predlaga Sawicki, da bi se odgovornost zdravnikov teh posebnih kategorij določila posebej in da bi bila strožja kot odgovornost ostalih zdravnikov.

III. Kazenskopravni učinek privolitve pacienta ali druge upravičene osebe

1. Načelno stališče o privolitvi

Poleg namena zdravljenja je eden glavnih razlogov, ki opravičujejo zdravniški poseg, privolitev pacienta. Pacient, pravi Sawicki, ima pravico do zdravljenja in ne

²¹ Sawicki, Błąd sztuki, str. 23

dolžnosti, da se zdravi. Poljska doktrina zato odklana pravicu do zdravljenja kot posebno poklicno pravico zdravnika.

Posebej se poljski teoretiki ukvarjajo z vprašanjem privolitve maloletnika oziroma otroka. Cyprian meni, da lahko da mladoletnik, ki ga pravo šteje za dovolj zrelega, da je odgovoren za svoje ravnanje, tudi privolitev za določen zdravniški poseg²².

Oblike privolitve so lahko zelo različne, bodisi da gre za nedvoumno dano pismeno izjavo, bodisi, da gre za bolj ali manj konkludentna dejanja.

V določenih primerih je obvezna ali možna seveda tudi privolitev zakonitega zastopnika. Vprašanje privolitve se zastavlja zlasti v primerih psihiatričnega zdravljenja, kjer pa je po drugi strani možno tudi obvezno zdravljenje. Zanimivo stališče je zavzel osnutek novega poljskega zakona o zdravniškem poklicu (iz leta 1962), ki deli vse zdravniške posege, ~~na~~ glede na stopnjo rizika v dve skupini. V prvi so taki posegi, kjer je riziko manjši, teh zdravnik ne sme izvršiti le, če se pacient izrecno protivi; v drugi skupini so posegi, kjer je stopnja rizika večja. Zanje je potrebna izrecna privolitev pacienta.

²² Tadeusz Cyprian i Paweł Aslanowicz, *Karna i cywilna odpowiedzialność lekarza*, Kraków, 1949, str. 28 i.n., Sawicki, Przymus, str. 74 i.n.

Privolitev pacienta na sploh pa je vsebinsko vezana na dolžnost zdravnika, da obvesti pacienta o nameravanem posegu.

2. Dolžnost obveščanja

Dolžnost obveščanja obravnavajo poljski avtorji hkrati s privolitvijo pacienta in njenim pomenom. Pri tem jih zanimajo predvsem civilnopravni pomen in posledice te dolžnosti, vendar moramo ugotoviti, da gre tu za vprašanje, kjer obstoja mnogo stičnih točk med kazenskimi in civilnopravnimi pogledi.

Cyprian posebej poudarja, da je zdravnik dolžan pojasniti pacientu pomen posega ⁱⁿ posledice, ki bodo verjetno nastale, če posega ne bo izvršil. Ne postavlja pa nobenih meril o tem, kako podrobna naj bo takšna obrazložitev, ki je v veliki meri odvisna od zdravnikove izkušnosti, sigurnosti in medsebojnega zaupanja. Vprašanje dolžnosti obveščanja obravnava tudi Sośniak²³. Po njegovem mnenju je ta dolžnost omejena pri pravih zdravniških posegih, pri katerih mora zdravnik upoštevati pacientovo stanje in ga informirati o vsebini in posledicah posega le v takem obsegu, da to ne škoduje njegovemu zdravju. V nasprotju s tem, pa mora biti pojasnilo pri istih posegih, ki niso pravi zdravniški

²³

M. Sośniak, Obowiązek powiadomienia o skutkach zabiegu leczniczego, Państwo i Prawo, 1958/7, str.114 i.n.

posegi - kozmetični, posegi, poskusi - popolno²⁴. Pri dolžnosti obveščanja je treba upoštevati, da nastaja s privolitvijo pacienta med njim in zdravnikom posebno razmerje, razmerje med laikom in strokovnjakom, ki nalaga slednjemu neke posebne dolžnosti.

3. Obvezno zdravljenje

Vprašanje obveznega zdravljenja je v poljski doktrini osvetlil Sawicki²⁵. Ta pojem razume zelo široko ter pravi, da se je pojavil in razvil koncem 19. stoletja, ko se pojavijo prve zahteve po socialni higieni. Poseben pomen ima po njegovem mnenju obvezno zdravljenje danes tudi zato, ker se je močno razvejal sistem različnih zavarovalnic, ki skušajo svoje obveznosti zmanjšati tudi s tem, da zahtevajo prisilno rehabilitacijo invalidov.

V okviru prisilnega zdravljenja obravnava Sawicki tudi primere, ko opravi zdravnik zdravniški poseg brez privolitve pacienta, ali zoper njegovo voljo - ti posegi pa so dopustni le, če gre za posebne kategorije pacientov (nezavestni, mladoletni oziroma duševno bolni), če obstoja nevarnost za njihovo življenje ali zdravje. Sicer pa je obvezno zdravljenje oziroma prisilni zdravniški poseg dopusten le, če ga zakon izrecno dovoljuje.

²⁴ Prim. Sośniak, n.d. str. 119, str. 121-122

²⁵ Sawicki, Przymus, str. 38

Takšna pooblastila daje zakon o prevenciji nalezljivih bolezni, o zdravljenju spolnih bolezni, o borbi proti tuberkulozi in zakon o boju zoper alkoholizem.

Kot pripadnik naroda, ki je bil najbolj izpostavljen nekaterim prisilnim zdravniškim ukrepom v času vojne, pa se Sawicki odločno upira kakršnim koli drugim prisilnim ukrepom in stoji trdno na stališču, da je zdravljenje pacientova pravica in ne njegova dolžnost.

IV. Problem evtanazije

Če izhajamo iz položaja, kakršen je v pozitivnem kazenskem pravu, moramo ugotoviti, da je evtanazija kazniva. Pri tem gre lahko za navadno obliko uboja, ki je modificirana s tem, da gre za uboj pod vplivom močne vzburjenosti (225. čl. KZ). Kot posebno kaznivo dejanje je penaliziran uboj na zahtevo oškodovanca, če je storilec pod vplivom močnega sočutja (227. čl. KZ). Cyprian se v svoji razpravi omejuje na ureditev problema v pozitivnem kazenskem pravu in odločno nasprotuje kakršnikoli možnosti, da bi zdravnik v skladu s pacientovo voljo ravnal drugače, kakor mu vелеvajo določila kazenskega zakonika in načela zdravniške etike²⁶. Obstoje sicer primeri, ko bi bilo morda zaradi skrajšanja pacientovih bolečin in trpljenja upravičeno poseči po kakšnem sredstvu,

²⁶ Cyprian, n.d., str. 35

ki bi mu tudi skrajšalo življenje - vendar avtor zavrača uporabo takih sredstev in posegov zaradi možnih zlorab.

Sawicki se ukvarja samo z eno obliko evtanazije, namreč, s tako imenovano ortotanazijo, o kateri govori v primeru, ko zdravnik preneha uporabljati posebno draga zdravila ali druga sredstva pri pacientu, ki je neozdravljivo bolan, pa sicer ne trpi posebno hudih bolečin, ozdravljenja pa pri njem ni mogoče več pričakovati. Gre tedaj za tako obliko evtanazije, ki jo zdravnik izvrši z opustitvijo²⁷. Po mnenju Sawickega je zdravnik dolžan nuditi bolniku, ki je neozdravljivo bolan, le taka zdravila, ki jih je mogoče redno dobiti in ki so običajna, to pa le, če pacient (če je polnoleten in povsem pri zavesti) sam želi, da se zdravljenje nadaljuje. V primerih, če tega ne želi, meni Sawicki, da lahko zdravnik zdravljenje opusti. Po njegovem mnenju je dajanje zdravil oz. uporaba drugih sredstev pri takih

²⁷ Sawicki, Bład, str. 155 in 159

Po mnenju J. Milčinskega se problem, o katerem razpravlja Sawicki tragično zaostri zlasti takrat, kadar več bolnikov hkrati potrebuje pripravo oz. aparaturo, ki je za nadaljnji potek zdravljenja ali pa celo za življenje odločilna (n.pr. umetna pljuča, kisikov aparat, inkubator za nedonošenčke). Zdravnik se znajde pred neodločljivo nalogo, da z določitvijo prioritete "podari življenje" enemu pacientu, hkrati pa drugega obsodi na smrt.

bolnikih zdravnikova pravica, ne pa njegova dolžnost. Pri vprašanju uporabe blažilnih sredstev, ki hkrati vplivajo na skrajšanje življenja, je šel Sawicki dalje od Cypriana,¹⁸ ker meni, da je uporaba takih sredstev dopustna, kolikor je namen zdravnika predvsem lajšanje bolečin, kjer je istočasno zmanjšanje možnosti za podaljševanje življenja.

V. Medicinski poskus na človeku

Z vprašanjem poskusa na človeku sploh se v poljski kazenskopravni literaturi ukvarja obširno Sawicki²⁸. Pri razpravljanju o tem vprašanju razlikuje med biološkim in terapevtskim eksperimentom. Razlika med obema obstoja v namenu, ki ga zasledujeta: namen terapevtskega eksperimenta je zdravljenje bolnika; namen biološkega pa je drugačen. Biološki poskus je namreč tako zavestno človekovo ravnanje, ki vpliva na človeški organizem in s katerim želi eksperimentator potrditi določene hipoteze, ki doslej še niso bile potrjene, ali pa ne v zadostni meri. Biološki poskus predpostavlja torej poskus na zdravem človeku, medtem ko se terapevtski poskus izvrši na bolnem in je lahko zelo blizu pojma uporabe novih postopkov zdravljenja bolnika.

Biološki poskus, kakor ga Sawicki imenuje, je zanimiv

²⁸ Cyprian, n.d. str. 58

predvsem zato, ker se lahko sprevrže - in v novejši zgodovini ne manjka primerov za to - v kaznivo dejanje. Po drugi strani meni Sawicki, da je tudi tak poskus v določenem obsegu potreben za napredek različnih človeških spoznanj in zato dopusten - dopusten seveda s precejšnjimi omejitvami in kavgtelami, ki naj zavarujejo človeka pred močnimi zlorabami.

Prvi pogoj za dopustnost takega poskusa je povsem svobodna in zavestna privolitev človeka, nad katerim bo poskus izveden. Zato ni mogoče izvajati takih poskusov n.pr. na obsojencih. Obstojati mora tudi možnost preklica privolitve ob vsakem trenutku. Poskus mora biti vsebinsko takšen, da bo v skladu z načeli družbenega sožitja. Sawicki meni pri tem, da mora iti za poskuse, ki jih je mogoče šteti za družbeno koristne. Posledica poskusa za zdravje človeka mora biti odklonljiva; poskus pa ni dopusten, če se je eksperimentator mogel ali moral zavedati, da bodo nastale take posledice za zdravje človeka, ki jih ne bo mogoče odkloniti.²⁹

Naštete kavgtele in še nekaj drugih naj preprečijo možnosti zlorab eksperimentiranja na ljudeh.

Drugo obliko poskusa na ljudeh, terapevtski poskus, je treba ločiti od biološkega poskusa, ker se njun namen razlikuje. Terapevtski poskus lahko postane pomemben

²⁹ Sawicki, Błąd sztuki, str. 154 i.n.

za kazensko pravo le, kot posebna oblika strokovne napake, kajti sam po sebi je vedno izvršen z istim namenom kot kakršnakoli druga oblika zdravniškega posega - z namenom zdravljenja bolnika³⁰.

Problem je relativno enostaven, če gre za neozdravljivo bolnega pacienta, ki mu ni pomagalo nobeno drugo že preizkušeno sredstvo. V ostalih primerih veljajo po mnenju Sawickega za dopustnost takega poskusa merila o dopustni stopnji rizika. Še dopustna stopnja rizika pa predpostavlja, da so bili že izvedeni poskusi na živalih, katerih rezultati hkrati z ostalimi spoznanji o posegu kažejo, da je možnost nastopa škodljivih posledic mala. Meje dopustnega tveganja se seveda razširijo v sorazmerju z manjšimi izgledi za izboljšanje zdravja pacienta; čim manjši so ti izgledi, tem večje je lahko tveganje in obratno. Sawicki postavlja končno še dva temeljna pogoja za dopustnost takega poskusa, namreč, svobodno privolitev pacienta in visoko strokovno kvalifikacijo tistega, ki tak poseg izvrši.

VI. Razmerje med kazenskopravno in odškodninsko odgovornostjo

Odškodninska odgovornost zdravnikov vzbuja med poljskimi teoretiki manj pozornosti in zanimanja kot kazensko-pravna. Med posameznimi deli s tega področja se samo

³⁰ Sawicki, Przymus, str. 129

eno ukvarja s civilnopravno problematiko odgovornosti zdravnikov³¹.

Obveznosti zdravnikov izhajajo v civilnopravnem pogledu iz pogodbe, sklenjene med zdravnikom in pacientom. Ta odnos, ki je bil nedvomno tipičen za čas privatne zdravniške prakse, je sedaj v določeni meri spremenjen, saj prevzema civilnopravne obveznosti zdravnika v glavnem bolnica, ali kak drug delodajalec zdravnika.

Kot navaja Aschanowicz, lahko nastane civilna odgovornost zdravnika pri diagnosticiranju in zdravljenju bolezni, pri ukrepih za preprečitev razširjanja bolezni in pri izdajanju zdravniških spričeval.

Če gre za primere, v katerih teče zoper zdravnika tudi kazenski postopek, ima kazenskopravna sodna odločba prejuducialni pomen za civilnopravno.

Nobenih podatkov pa nimamo o tem, kakšno je dejansko razmerje med primeri kazenskopravne in civilnopravne odgovornosti zdravnikov. Samo domnevamo lahko - na podlagi podatkov, ki jih dajejo dela Sawickega - da število kazenskih postopkov ni tako majhno, ker je judikatov s tega področja relativno mnogo.

³¹ Aschanowicz P. Cyprian: Karna i cywilna odpowiedzialność lekarza. Krakow 1949, str. 143.

VII. Poljski projekt kazenskega zakonika

Zadnji projekt poljskega kazenskega zakonika iz leta 1963 obravnava vprašanja, ki nas zanimajo v poglavju o kaznivih dejanjih zoper življenje in telo in v poglavju o kaznivih dejanjih zoper svobodo.

Povzročitev smrti (190. člen) iz malomarnosti je samostojno kaznivo dejanje, odgovornost zdravnika pa izhaja iz njegovih poklicnih dolžnosti. 191. člen namreč določa, da se kaznuje tisti, ki iz malomarnosti povzroči smrt človeka zaradi napačnega izvrševanja poklicne delavnosti. Posebej sta penalizirana primera, ko je storilec zaradi malomarnosti slabo izvrševal svojo poklicno delavnost in če ni spojnjeval pogojev, predpisanih za izvrševanje te delavnosti.

Na analogen način obravnava projekt primer, ko izvrši storilec iz malomarnosti hudo telesno poškodbo ali hudo škodo na zdravju zaradi napačnega izvrševanja poklicne delavnosti.

Projekt uvaja tudi dve določbi (185. in 187. člen), ki se nanašata na probleme evtanazije. Prva obravnava primer uboja, ki ga izvrši storilec pod vplivom silne vzbujenosti v okoliščinah, ki opravičujejo njen nastanek. Druga pa določa kazen za storilca, ki ubije neozdravljivo bolno ali hudo invalidno osebo

na njene vztrajne prošnje, zato da bi skrajšal njene bolečine.

Končno penalizira projekt tudi primer, ko izvrši zdravnik zdravniški poseg brez privolitve bolnika ali druge upravičene osebe ali proti njeni volji.

Glede odgovornosti za strokovno napako vidimo, da se poljski projekt nagiblje k rešitvam, ki temelje na poklicni odgovornosti storilcev. Projekt loči pri tem dva primera. V prvem dopušča pri nevestnem izvrševanju poklicne delavnosti tudi naklep, kar pri zdravniškem poklicu vsaj praviloma ne pride v poštev, v drugem pa predvideva primer, ko storilec ravna pri nevestnem opravljanju poklicne delavnosti malomarno.

Pri določbah, ki se nanašajo na evtanazijo in zdravniški poseg brez privolitve pacienta, so našla svoj odraz stališča, ki jih zadnja leta srečujemo v poljski in kazenskopravni literaturi, zlasti v delih Sawickega, ki je bil tudi član komisije za izdelavo projekta.

VIII. Ocena sistema

Poljski teoretiki s področja kazenskega prava so posvetili problemom kazenske odgovornosti zdravnikov med vsemi socialističnimi državami največ pozornosti. Pri tem gre največja zasluga Jerzy-ju Sawickemu, ki se že vrsto let ukvarja s številnimi vprašanji s tega področja.

Za poljsko teorijo je zelo značilno močno poudarjanje stališča, da je treba urediti in obravnavati odgovornost zdravnikov za strokovne napake kot posebno poklicno dolžnost. Odgovornost zdravnika bi morala temeljiti na kršitvah njegovih poklicnih dolžnosti, ne pa - kot doslej - na kršitvah obče človeške dolžnosti varovanja življenja in človekove telesne integritete.

Podobno kot v sovjetski literaturi naletimo tudi v poljski na odpor zoper prakso, ki je presojala strokovne napake ali odklonitev pomoči zdravnika kot zlorabo uradnega položaja in Sawicki - pa tudi drugi avtorji - se odločno zavzemajo za spremembo takšnega obravnavanja.

Prav tako so zanimiva stališča o stopnjah in mejah še dopustnega tveganja pri zdravniškem posegu in terapevtskem poskusu ter stališča o omejenem zaupanju, prevzeta iz prometnega prava - pri odgovornosti ekipe in njenega vodje.

Če presojamo obravnavanje zdravniške odgovornosti v poljskem kazenskem pravu in problemov, ki so s tem povezani, je treba končno poudariti poseben odnos avtorjev, ki ga vseskozi odlikuje humanost ter skrb za spoštovanje posameznikovih najbolj osebnih in najbolj temeljnih pravic ob istočasnem varovanju splošnih družbenih koristi.

Č E Š K O S L O V A Š K A ¹

I. Kazenskopravni značaj in učinek zdravniških posegov

1. Zdravniški poseg, kot redna oblika zdravniškega poklicnega dela

Češkoslovaški teoretiki odklanjajo stališče, da je zdravniški poseg objektivno telesna poškodba in zagovarjajo mnenje, da temelji tak poseg na poklicni pravici zdravnika, čigar poklic je družbeno tako visoko cenjen in koristen, da stopnja koristnosti izključuje možnost, da bi zdravnikovo delo eventualno ocenili kot kaznivo dejanje².

Stališče češke teorije prihaja do izraza tudi v zakonodaji, kjer zdravnik, zaradi eventualno zakrivljene napake, ne odgovarja neposredno zaradi telesne poškodbe oziroma uboja iz malomarnosti, temveč zaradi posebnega kaznivega dejanja povzročitve škode na zdravju,

¹ Pri obdelavi češkoslovaškega kazenskoprnega sistema smo se oprli predvsem na delo Jaromira in Jana Štepana, Právní odpovědnost ve zdravotnictví, Praha, 1960. Pri pripravi materiala za obdelavo je sodeloval dr. Fedor Tykač, upravnik Centralne pravosodne knjižnice v Ljubljani.

² J. Štepan, n.d. str. 269.

ki se naslanja na kaznivo dejanje telesne poškodbe oziroma uboja (čl. 223/2, 224/2 TZ)³.

2. Posebni primeri zdravniških posegov

Zaradi drugačnega izhodišča pri vrednotenju zdravniškega posega nasploh je različno tudi vrednotenje posebnih primerov zdravniškega posega.

a) Kozmetične operacije sicer dopuščajo, vendar je treba pri tem upoštevati dva kriterija: poseg mora biti družbeno indiciran, to je potreben; stopnja rizika pa mora biti v sorazmerju s to indiciranostjo⁴. Dopustnost takih posegov je seveda odvisna od kriterijev, ki se uporabljajo pri presoji "družbene indiciranosti": če upoštevajo ti kriteriji tudi povsem individualne kriterije posameznika kot člana družbe in pojmujejo človeško zdravje kot fizično in psihično zdravje, je ta kriterij lahko dovolj širok, da vključi širši, a vendar ne preširok krog primerov kozmetičnih posegov.

b) Avtorja dela, iz katerega črpamo informacije, ugotavljata, da umetna oploditev kot poseben zdravniški poseg,

³ Kratico TZ uporabljamo za Trestny zakon (29. 11. 1961) v zbirki Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Berlin, 1964, št. 85

⁴ Prim. v op. 1 n.d. str. 113

še ni pravno urejena. Opozarjata na to, da gre za vprašanje, ki postaja čedalje bolj aktualno. Očitno je tedaj, da se poseg sam dopušča (tudi če gre za spermomoškega, ki ni zakonski mož žene). Avtorja pa menita, da je za tak poseg potrebna vnaprejšnja pismena privolitev zakonca ter opozarjata na težave, če zakonec kasneje spremeni svoje mnenje.

c) Zanimivo je, da je v Češkoslovaški dovoljena sterilizacija žene na njeno prošnjo pod pogoji, ki so predpisani s posebnimi navodili ministrstva za zdravstvo (leta 1958)⁵.

č) Vprašanje umetnega splava je v ČSSR pravno regulirano. Zakon o umetnem splavu iz leta 1957 pooblašča ministrstvo za zdravstvo, da z uredbo določi pogoje za dovolitev umetnega splava⁶. Uredba precej široko zastavlja meje za umetni splav. Dopušča ga namreč iz zdravstvenih in drugih razlogov, ki so posebej vredni upoštevanja (§ 1). Medicinske indikacije navaja uredba v posebni prilogi, "druge razloge" pa našteva takšativno: višja starost nosečnice; da ima nosečnica vsaj tri otroke; izguba ali invalidnost zakonca; razpad

⁵ Avtorja dela, iz katerega črpamo podatke, žal, ne navajata teh pogojev, n.d. str. 151

⁶ Uredba ministrstva za zdravstvo z dne 13. 9. 1961 o umetnem splavu, v zbirki Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, št. 85 (1964); str. 119 i.n.

družine; ogrožanje življenjske ravni družine, če je nosečnica tista, ki v pretežni meri skrbi za družino ali otroka; težaven položaj, ki je nastal, ker nosečnica ni poročena. Poleg teh indikacij, ki bi jih lahko šteli za socialne, našteva uredba še etične kazenskopravne indikacije, to je, če je nosečnost posledica krvoskrunstva ali kakšnega drugega kaznivega dejanja.

Uredba našteva tudi medicinske kontra-indikacije za izvršitev splava, izrecno pa dodaja, da je dopusten splav v primerih, ko eden izmed staršev boluje za hujšo dedno boleznijo, tudi po preteku tretjega meseca nosečnosti, kar se šteje sicer za kontraindikacijo⁷.

II. Kazenska odgovornost zdravnika in pomožnih zdravstvenih delavcev za strokovno napako

1. Predmet kazenskoprnega varstva

Obseg kazenskoprnega varstva je seveda tudi v ČSSR na področju, ki nas zanima, podoben kot v drugih pravnih

⁷ J. Milčinski: Po tretjem mesecu nosečnosti je iz profilaktičnih razlogov dovoljen splav tudi pri nas. Hujša dedna bolezen enega zaploditeljev pa je brez dvoma v prvi vrsti profilaktičen razlog.

sistemih: obsega človekovo življenje in telo, hkrati pa tudi njegovo zdravje. Pri načinu zavarovanja teh dobrin pa so vendarle našli nekaj lastnih rešitev, ki se odražajo v posameznih pravnih predpisih, ki urejajo odgovornost zdravnikov in zdravstvenih delavcev. Kazenskopravna odgovornost zdravnika se presoja sicer v okviru telesne poškodbe iz malomarnosti, vendar je zasnovana kot kršitev poklicne dolžnosti. Kazenskopravno varstvo se razteza poleg tega tudi na upravno kazensko varstvo za primere, ko posledica zdravniške napake ni nastala.

2. Nevestno zdravljenje kot strokovna napaka v pravem pomenu

Nevestno zdravljenje pojmujejo v češki teoriji kot celoto, ki je vsaj načeloma ne delijo na odgovornost v posameznih zdravniških strokah. Zdravljenje štejejo za enoten celovit proces, pri katerem ni mogoče ločiti tako imenovanega "vitium artis" od drugih napak. Po njihovem mnenju je treba ves postopek zdravljenja - in seveda vse z njim povezane napake - presojati objektivno po kriterijih medicinske znanosti. K temu stališču je treba seveda pripomniti, da gre tu za mnenje, ki ga lahko na kazenskopravnem področju štejemo za splošno sprejeto. Danes v teoriji kazenskega prava skorajda ne poznamo več delitve napak na take, ki pomenijo vitium artis in vse druge. Naštevaje posameznih vrst napak v

različnih strokah medicinske znanosti pa ima bolj ali manj praktičen pomen. Objektivni temelj odgovornosti je splošna zahteva, da je zdravljenje izvršeno lege artis.

Zdravniška odgovornost je torej zamišljena predvsem kot poklicna odgovornost, ki jo je treba presojati prav iz stališč pravil zdravniške stroke.

To prihaja posebno jasno do izraza pri obravnavanju napak, ki so posledica nevestnega zdravljenja. Te napake, kot posebne kaznivo dejanje, ne sodijo povsem v okvir telesnih poškodb. Novi kazenski zakonik z 29. 11. 1961 jih je zasnoval predvsem kot kršitve poklicne dolžnosti. Posebej penalizira namreč telesno poškodbo, izvršene iz malomarnosti, če jo storilec izvrši s tem, da prekrši kakšno važno dolžnost, ki izhaja iz njegove zaposlitve, poklica, položaja ali funkcije, ali ki mu jo nalaga zakon (223. člen 2. odst. TZ). Kvalificirana oblika kaznivega dejanja hude telesne poškodbe obstoja tedaj, če je posledica huda okvara zdravja⁸, ali smrt poškodovanega (224. člen, 2. odst. TZ in 224 TZ). Malomarnost definira češki kazenski zakonik (čl. 5 TZ) v bistvu enako kot naše kazensko pravo.

⁸ 89. čl. tč. 7 TZ šteje za hudo telesno poškodbo: pohabljenje, izguba ali bistveno zmanjšana delovne sposobnost, paraliza udov, izguba ali poslabšanje delovanja centralnega živčnega sistema, poškodba pomembnejšega organa, iznakaženost, povzročitev splava, hudo mučenje, okvara zdravja, ki traja dalj časa.

Krivdo zdravnika, ki je temelj njegove odgovornosti, presojajo po kriteriju, ali je ravnal v skladu s pravili medicinske vede na dani stopnji razvoja in ali je ravnal malomarno.

Avtorja dela, iz katerega črpamo podatke, ugotavlja ta, da temelji razmerje delavskega razreda in vsega delovnega ljudstva do zdravnikov na zaupanju in spoštovanju, ki pa se ga ne sme zamenjavati z vprašanjem, kako je treba razredno vrednotiti posameznega zdravnika in njegov konkretni razredni profil. Po njunem mnenju je treba drugače vrednotiti zdravnika, ki je bil lastnik sanatorija in je živel bolj ali manj od izkoriščanja drugih, ali pa zdravnika, ki je imel sicer zasebno prakso, a je bil odvisen od svojega lastnega dela. Pri presojanju kazenske odgovornosti zdravnika je zato treba upoštevati njegov razredni profil, stopnjo njegove spremembe in zvezo med kaznivim dejanjem in njegovo razredno pripadnostjo⁹. Glede na zagroženo sankcijo je tista oblika telesne poškodbe, ki je posebej predvidena in ki temelji na kršitvi neke poklicne dolžnosti, kvalificirana.

Dileme o vprašanju, ali je uspel zdravniški poseg oziroma zdravniški poseg sploh kaznivo dejanje telesne poškodbe ali ne, češka kazenskopravna literatura ne

⁹ Prim. n.d. str. 35 in 36

pozna. Misel, da bi bil zdravniški poseg danes ob taki socializaciji medicine kaznivo dejanje, pa je tuja in bi je ne bilo mogoče vskladiti z načelom, da je opravljanje zdravniške službe posebna poklicna dolžnost in da taka dolžnost predpostavlja tudi določene poklicne pravice.

4. Odklonitev pomoči

Češki kazenski zakon iz leta 1951 je opustitev pomoči obravnaval kot posebno kaznivo dejanje zoper življenje in telo, novi kazenski zakonik iz leta 1961 pa jo uvršča med kazniva dejanja, ki grobo kršijo sožitje državljanov. Opustitev pomoči (207. člen TZ) je tu omejena le na smrtno nevarnost oziroma na znake resnega obolenja in na primere, ko bi storilec lahko nudil pomoč, ne da bi se sam ali kdo drugi izpostavil nevarnosti.

Kot posebna kvalificirana oblika opustitve pomoči je penaliziran primer, ko je storilec zaradi svoje zaposlitve dolžan nuditi pomoč. Pogoji o tem, da mu ne grozi pri nudenju pomoči nevarnost, pa v teh primerih odpade.

Zdravniška dolžnost nuditi pomoč se tudi tu presoja s stališča posebne profesionalne odgovornosti zdravnika.

Na svojstven način pa je urejena odgovornost za take primere, kjer poškodba sicer ni nastala, zdravnik pa vendarle ni nudil pomoči. Takšna kršitev poklicnih

pravil je prekršek (upravnokazenski zakonik iz leta 1950, čl. 83), ki ga izvrši tisti, ki v zdravniškem poklicu ne nudi pomoči v skladu s stanjem medicinske znanosti, ali ki vestno in dobro ne izpolni dolžnosti svojega poklica. Uporabita se lahko torej dva kriterija - objektivni - razvoj medicinske znanosti in - subjektivni - stopnja storilčeve površnosti, oziroma malomarnosti. Odklonitev prve pomoči je zajeta v ta prekršek, v kolikor seveda ni podano kaznivo dejanje.

III. Kazenskopravni učinek privolitve pacienta ali druge upravičene osebe

Kot splošno načelo velja, da je za zdravniški poseg potrebna privolitev pacienta. Pozitivnopravni predpisi določajo, da se brez privolitve ne sme vršiti noben poseg, da se privolitev pri manj pomembnih posegih predpostavlja in da je za bolj nevarne posege potrebna pismena privolitev¹⁰. Vendar pa nikakor ne pomeni, da je izvršitev posega brez privolitve kaznivo dejanje tudi če ne gre za pacienta, ki iz objektivnih razlogov ne more privoliti (nezavest i. pod.). Oba avtorja dela "Právní odpovědnost ve zdravotnictví" ugotavljata, da je izključena možnost, da bi šteli zdravniški poseg za kaznivo dejanje (četudi ne bi uspel) samo zato, ker ni bilo privolitve pacienta. Zdravnik opravlja namreč poklic, ki mu je priznana visoka družbena korist-

¹⁰ Zdravstveni red. 1958

nost in njegovega ravnanja ni mogoče šteti za kaznivo, saj manjka materialni element kaznivosti - namreč družbena nevarnost. Tako izvršen poseg je po mnenju obeh avtorjev treba presojudati kot ravnanje v skrajni sili, ki izključuje protipravnost (13. člen TZ).

V zvezi s privolitvijo se oba avtorja sklicujeta na članek N. Luby-ja (Pravnicke študie 1956, str. 246 - 252), v katerem so postavljena splošna načela o tem, kdaj privolitev pacienta ni potrebna:

- 1) če gre za primere, ko grozi z družbenega stališča velika škoda na zdravju,
- 2) če gre za preventivne ukrepe, ne pa za spremembo določenega že ustaljenega stanja,
- 3) če je poseg nujen, t.j. da ni mogoče doseči ozdravljenja na drug način,
- 4) če je poseg neodložljiv, ker grozi neposredna nevarnost, da bo sicer prepozen¹¹. Tako teoretično stališče je sicer do neke mere razumljivo in opravičljivo, vendar pa preveč radikalno posega v pravico posameznika, da sam odloča o svojem zdravljenju. Če bi izvajali to načelo dosledno, tedaj bi zdravljenje samo po sebi prenehalo biti pravica, saj bi pomenilo posebno družbeno dolžnost.

¹¹ Prim. n.d. str. 268

2. Dolžnost obveščanja

To dolžnost pojmujejo v ČSSR kot posebno terapevtsko dolžnost zdravnika. Na ta način je dolžnost obveščanja eden od pogojev, da zdravnik opravi svoj poseg, oziroma zdravljenje lege artis. S tem, ko pacienta pouči o njegovi bolezni, ga skuša pripraviti do aktivnega sodelovanja pri tem procesu. Dolžnost obveščanja se omejuje na to, da pouči zdravnik pacienta o naravi njegove bolezni in o pomenu in pomembnosti posameznih ukrepov in zdravnik presoja po svoji vesti, kaj bo bolniku in njegovim svojcem povedal in česa ne.

IV. Problem evtanazije

Moralno etičnih vprašanj in problemov, povezanih z evtanazijo, se češka ^{slovatka} teorija kazenskega prava doslej ni lotevala - kolikor lahko sodimo po razpoložljivih virih. Posebne privilegirane oblike uboja na zahtevo, ali kakšne podobne inkriminacije pa češka ^{slovatki} kazenski zakonik tudi ne pozna.

V. Medicinski poskus na človeku

Medicinski poskus na človeku se v bistvu začne tam, kjer prenehajo spoznanja, ki jih lahko štejemo za splošno priznana pravila medicinske znanosti. Po mnenju čeških ^{slovatkih} avtorjev predstavljajo to gornjo mejo: spoznanja, ki jih prizna-

va znanstveni svet ministrstva za zdravstvo, spoznanje, ki jih najdemo v delih avtorjev, ki so posebej priznana, spoznanja, ki jih vsebujejo zaključki ali resolucije strokovnih kongresov, konferenc in sestankov, spoznanja, ki jih obsegajo članki v strokovni literaturi.

Zastavlja pa se seveda vprašanje, kdaj in pod kakšnimi pogoji je mogoče uporabiti metode in spoznanja, ki ne ustrezajo tem kriterijem. To vprašanje, ki vzbuja sicer mnogo dvomov in polemik, skuša^v ČSSR urediti pozitivnopravni predpis - zdravstveni red. Ta določa, da se lahko uporabi poseg, ki s stališča medicinske znanosti še ni povsem preizkušen v tehle primerih:

- če ne obstoja že priznana metoda;
- če sicer priznana metoda v konkretnem primeru nima uspeha, ali pa ima le zelo malo upanja nanj;
- če je nova metoda čim bolj zanesljiva.

Ti kriteriji se ne oddaljujejo preveč od podobnih kriterijev drugod, ki pa niso zakonsko urejeni.

Avtorja dela, iz katerega črpamo podatke, obravnava ta tudi vprašanje poskusa, ki ni namenjen zdravljenju¹². Po njunem mnenju ni mogoče načelno doklanjati razmišljanja o tem, da bi bilo družbeno potrebno, ali celo nujno, organizirano proučevati možnosti zaščite zdravja

¹² Prim. n.d. str. 208

s pomočjo večje skupine ljudi, ki bi se za to prostovoljno javili.

Vprašanje kazenske odgovornosti, ki bi lahko nastala v zvezi s takimi poskusi, bi bilo treba reševati na podlagi načela o družbeni nevarnosti kot splošnega načela kaznivosti. S pojmom družbene nevarnosti je povezano vprašanje kazensko dopustne stopnje ogrožanja zavarovane dobrine, ki jo je treba presoјati v zvezi z naravo in namenom dejanja, za katero gre. Če je korist za družbo, ki izhaja iz dejanja, večja od škode, ki nastaja iz ogrožanja, potem dejanja ni mogoče uvrščati med kazniva dejanja. Čim večja je korist, ki jo ima družba od dejanja, tem večja stopnja ogrožanja je dopustna.

VI. Razmerje med kazenskopravno in odškodninsko odgovornostjo

Češko ^{slavski} avtorji poudarjajo, v zvezi z odgovornostjo zdravnikov, poleg civilnopravne in kazenskopravne tudi disciplinsko oziroma delovnopravno odgovornost. Po mnenju J. J. Štepana se odpravi večina napak pri opravljanju zdravniškega poklica neposredno med potekom zdravljenja, v krogu delovnega kolektiva samega. Predpostavljamo seveda, da gre tu za napake, ki še niso povzročile določenih škodljivih posledic, zlasti ne škode na zdravju.

Civilnopravno odgovornost ureja na Češkem državljanski zakonik iz leta 1964. Najpogosteje gre seveda za odškodnino, ki se lahko uveljavlja. Avtorji ~~žal~~ ne dajejo podatkov o tem, kakšno je razmerje med civilnopravno in kazenskopravno odgovornostjo, tudi na Češkem pa nosi civilno odgovornost praviloma ustanova, kjer je zdravnik oziroma pomožni zdravstveni delavec zaposlen.

VII. Stališča de lege ferenda in ocena sistema

Češko kazensko in upravno kazensko pravo, ki se ukvarja s problemi odgovornosti zdravnika in pomožnih zdravstvenih delavcev, skuša precej podrobno normirati posamezne situacije in institute, ki so bili doslej predmet več desetletnih razpravljanj strokovnjakov z zelo različnih področjih. Tako podrobno pravno urejanje problemov, ki v bistvu niso pravni, temveč prejkone moralno etični, pa povzroča določeno togost teh rešitev. Pri tem se vrednost posameznika, njegovih temeljnih pravic, ki se nanašajo na njegovo osebo in zdravje, presoja s stališč, ki bi jih lahko morda imenovali etatistične, ki pa so - ne glede na naziv-take - da vzbujajo določen dvom o tem, ali je posameznikov položaj res primerno zaščiten, tako kot bi naj bil v skladu z maksimo, da je človek "naše največje bogastvo". V tem pravnem sistemu se zdravljenje bolj kot v večini drugih šteje

za posebno poklicno pravico zdravnika. Dosledno izpeljana koncepcija o tem pa skoraj v celoti izključuje pomen in veljavo pacientove privolitve. Najbrž ni slučaj, da tako stališče povsem odklanja poljska teorija, ki vidi v njem veliko nevarnost za svobodo in osebno integriteto človeka in tem pomislekom se brez pridržkov pridružujemo tudi mi.

M A D Ž A R S K A ¹

I. Kazenskopravni značaj in učinek zdravniških posegov

1. Zdravniški poseg kot redna oblika poklicnega dela

Glede na določeno medsebojno povezanost in učinkovanje avstrijskega in madžarskega kazenskega prava tudi po uveljavitvi madžarske državnopravne samostojnosti v prejšnjem stoletju lahko sklepamo, da se zdravniški

¹ Uvodna opomba: Tudi Madžarska spada med tiste socialistične države, ki so po II. svetovni vojni oziroma revoluciji ob starem predvojnem pravu, ki so ga prevzele, postopoma gradile novi kazensko pravni sistem. V tem razvoju je pomembna etapa uveljavitev novega enotnega kazenskega zakonika (KZ 1961), ki velja od 1. VII. 1962 in je nadomestil dotlej še veljavno predvojno pravo in poznejše povojne delne spremembe. Med temi so zlasti pomembne spremembe v posebnem delu 1948 in novi splošni del leta 1950, ki so bile sprejete v uradno sestavljeno zbirko kazenskopравnih predpisov leta 1957 (KZ 1957). Vse navedbe zakonskih norm v tekstu so povzete po v znani zbirki "Sammlung der ausserdeutschen Strafgesetzbücher" in sicer za kazanski zakonik 1878 z novelo 1908 v zŕ. 30 (KZ 1978/908), v 77. zvezku KZ 1957 z uvodom dr. L. Mezŕy in novi kazenski zakonik v zvezku 83 z uvodom od istega avtorja. Za veljavni kazenski zakonik je upoštevana tudi poluradna zbirka

poseg tudi po KZ 1878/908 nikdar ni štel sam po sebi za telesno poškodbo. Za takšno je lahko veljal, če je imel za posledico kakšno izmed poškodb določene intenzitete (po legalni klasifikaciji) in če so bili spolnjeni drugi objektivni znaki kaznivega dejanja in sicer: če je bila poškodba povzročena zaradi neznanja ali nepazljivosti storilca pri izvrševanju poklica ali zaradi kršitve pravil stroke (2. odst. § 310 KZ/1878/908). Z uveljavitvijo splošnega dela kazenskega zakonika (1950), ki je sprejel materialno koncepcijo kaznivega dejanja (§ 1 splošnega dela KZ 1957) je seveda vsak dvom o tem odpadl že po definiciji družbenonevarnega dejanja. Problem, kako razmejiti nekazniv zdravniški poseg od kaznivega, pa s tem seveda še ni rešen. Upravičeno se ugotavlja,

"Strafgesetzbuch der ungarischen Volksrepublik", Budapest 1963 z izvlečkom iz motivov (str. 13 - 33) in ekspozicijem ministra za pravosodje (str. 133 - 144) in srbohrvatski prevod v zbirki "Krivični zakonik NR Madjarske", publikacija Instituta za kriminološka i kriminalistička istraživanja, Beograd 1965 s predgovorom prof. B. Zlatarića. Glej še od istega avtorja, Novi madjarski krivični zakonik, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo 1963/1, str. 71 in nasl.

V zvezi z obravnavano temo smo uporabili tudi razpravo dr. Robert Budvari, Der Ärztliche Eingriff und seine rechtliche Bedeutung in Ungarn, Acta medicinae legalis et socialis (uradno glasilo mednarodne akademije za sodno in socialno medicino), Liège XVII. št. 4 (1964), str. 79 - 82.

da ni mogoče v zakonu določiti definicijo zdravniške napake pač pa je treba najti objektivne kriterije za strokovno sodnomedicinsko raziskovanje ali je v konkretnem primeru takšna napaka podana. Očividno je po mnenju sodnomedicinskih krogov takšne možnosti odprl zakonodajalec z novelo leta 1948, ki je na novo določila kaznivo dejanje ogrožanja življenja ali telesne integritete (točke 374 - 376 KZ 1957; tu je sicer govor o povzročitvi neposredne nevarnosti pri izvrševanju poklica na sploh, vključuje pa seveda tudi zdravniški poklic). Ti objektivni kriteriji naj bi bili "kršitev predpisov storilčevega poklica ali zaposlitve ali zanemarjenje njegovih poklicnih dolžnosti."² Tudi veljavni kazenski zakonik (glej § 258 KZ 1961) je prevzel to rešitev z omejitvijo samo na kršitve pravil storilčevega poklica. Ogrožanje pomeni tudi tu povzročitev neposredne nevarnosti za življenje in telesno integriteto, razen teh pa tudi za zdravje.

Za presojo tega vprašanja pa je treba upoštevati še posebej poudarjeno načelo tako imenovane pravice do zdravljenja, ki je imanentna izvrševanju zdravniškega poklica (o tem še pozneje).

² Prim. Budvari, nav. delo, str. 79. Ne glede na takšno razlago je vsekakor očitna analogija k spredaj v tekstu omenjeni določbi § 310 KZ 1878/908.

2. Posebni primeri zdravniških posegov

a) Nobenega dvoma ne more biti, da je treba šteti sterilizacijo in kastracijo za posebno hudo telesno poškodbo. V § 303 KZ 1878/908 in v točki 362 KZ 1957 je uničenje ploditvene sposobnosti posebej omenjeno kot primer posebno hude telesne poškodbe. Tudi po KZ 1961, ki je v zakonodajnotehničnem pogledu skušal odpraviti izredno kazuističnost prejšnjih predpisov, je mogoče oba primera podrediti pod posebej kvalificirano telesno poškodbo (to je tisto, ki pomeni trajno telesno okrnitev ali težko škodo na zdravju, § 257, 3. odst. tega zakonika).³ V pomanjkanju drugih virov lahko iz splošnih načel kazenskega prava sklepamo, da takšna posega ne štejeta za kaznivo dejanje, če je podana okoliščina, ki izključuje protipravnost oziroma kaznivost (n.pr. skrajna sila, § 26 ali po kakšni drugi izrecni zakonski odredbi).

b) Tudi za umetni splav lahko ugotovimo principi-
no isto stališče v vseh razvojnih fazah vse do uvelja-
vitve KZ 1961. Vse dotlej je veljalo pravilo, ki je bi-
lo postavljeno že v KZ 1878/908 (glej §§ 285, 286, enako
v KZ 1957, točke 358, 359). Izhajajoč iz katoliške mo-
rale je veljala odprava plodu, razen v primerih skraj-

³ Koliko je takšen poseg šteti za vojno hudodelstvo ali kaznivo dejanje zoper ljudstvo po posebnih še veljav-
nih predpisih, je treba presojati po teh predpisih
(prim. v zbirki KZ 1961, str. 62 - 66).

ne nevarnosti, za protipravno in kaznivo dejanje.⁴ Vendar so spremenjene razmere in gledanja v sistemu ljudske demokracije najprej dejansko pripeljala do tega, da so opustili tradicionalno gledanje in splav v določenem okviru legalizirali. Prva etapa se je dejansko začela takoj po končani vojni s tem, da so tolerirali splave, ki so bili opravljeni na podlagi mnenja zdravnika internista, opravil pa jih je lahko vsak zdravnik specialist ginekolog. Osnova naj bi bila prava medicinska indikacija (nevarnost za življenje), vendar se je v praksi oddaja mnenja spremenila v golo obliko. V takšni situaciji, ko so se kazale že škodljive posledice, so bili leta 1953 izdani posebni predpisi v okviru reguliranja demografske politike; v okvir letih pa spada tudi naredba ministra za zdravstvo o postopku za dovolitev splava, tudi ta še izhaja iz stališča, da je načeloma le medicinska indikacija (vzeta vendar nekoliko šire) tista, ki opravičuje prekinitev nosečnosti, vendar samo z dovoljenjem posebne komisije. Končno je z odločbo ministrskega sveta 1956. leta prekinitev nosečnosti zelo liberalizirana; poleg medicinske in evgenične je z enako učinkovitostjo priznana tudi socialna indikacija;

⁴ Glej T. Horvath, Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle, v zbirki Rapports nationaux au IX^e Congrès internationale de droit pénal, Budapest 1964, str. 87 in nasl.; iz tega sestavka so tudi nadaljna izvajanja v tekstu zgoraj.

najpomembnejša novost pa je v tem, da se mora izvršiti splav ženski, ki tudi po poskusih prepričevanj, da bi odstopila od zahteve za prekinitev nosečnosti, pri tej vztraja. Volja noseče ženske tako postane odločilna. Ostalo je edino odprto vprašanje, kako spraviti takšno liberalizacijo v sklad z veljavnim kazenskim pravom. Problem je bil rešen in vzpostavljeno ravnotežje znotraj enotnega pravnega sistema z ustrezno okvirno določbo v novem kazenskem zakoniku, po kateri splav ni kazniv, če je izvršen na podlagi po pristojnem organu danega zakonitega dovoljenja (5. odst. § 256).

Splav sam kot kaznivo dejanje obravnava KZ 1961 različno glede na to ali je subjekt noseča ženska sama (če si sama odpravi ali pusti drugemu, da ga izvrši) ali pa je storilec drug. Kazen je v prvem primeru do šest mesecev odvzema prostosti oziroma do treh let iste kazni. Za kvalificiran primer šteje, če je storilec povratnik, če je dejanje storjeno obrtoma, brez privolitve nosečnice ali če je zaradi tega nastala huda telesna poškodba; kazen je od šest mesecev do pet let odvzema prostosti. Za posebno kvalificiran primer šteje, če je nastala posledica smrt nosečnice; predpisana kazen pa je od dveh let do osem let odvzema prostosti.⁵ Pri obravnavanju s

⁵ Glede razlik k prejšnjim ureditvam glej §§ 285, 286 KZ 1878/908 in točke 358, 359 KZ 1957. S pravnega stališča je posebej zanimiva sprememba, da šteje za kvalificiran primer tudi že povzročitev hude telesne poškodbe; tako

hujšo posledico kvalificiranih primerov je vsaj po spremembah v letu 1950 irelevantno ali je pripisati posledico storilčevi malomarnosti ali naklepu (dvomljivo, glej točko 375 KZ 1957 in § 19 KZ 1961); razen tega pa je poudariti, da ostane dejanje tudi pri naklepni povzročitvi hujše posledice isto in ne preide v tisto dejanje, ki bi bilo podano, če bi bil naklep neposredno in prvotno usmerjen na nastalo posledico.⁶ Za zdravnika in druge zdravstvene delavce pride seveda v poštev kot sankcija tudi stranska kazen prepovedi opravljati poklic (§§ 51 in 52 KZ 1961), ukrep, ki je bil pred letom 1950 v madžarskem kazenskem pravu v sicer natančno začrtanem okviru (§ 55 KZ 1878/908) mogoč le v posebej določenih primerih, praviloma kot fakultativen ukrep, v posebnih primerih pa je bil izrek ukrepa tudi obvezen. Po veljavnem pravu je takšna stranska kazen vedno fakultativna, v poštev pa pride, če je storilec zlorabil svoj poklic. Ob zgoraj opisani liberalizaciji splava bi bilo seveda pričakovati, da je takšnih primerov malo. Sedanji režim vendar ne štejejo za definitiven, kakšen naj bo,

vsaj po nemškem tekstu v poluradni zbirki in v zbirki KZ 1961 - v srbohrvatskem prevodu se ta del glasi "ako joj je teško narušilo zdravlje". Glede na to, da šteje za tako imenovano navadno hudo telesno poškodbo že tista, ko trajanje poškodbe ali bolezni presega osem dni (§ 257, 1. odst. KZ 1961) je takšna kvalifikacija problematična.

⁶ Po stališčih v jugoslovanski teoriji je takšen rezultat lahko samo izjema, glej Kazenski zakonik in pojasnila, Ljubljana 1960, str. 41 (k čl. 8)

je odvisno, kot pravijo, od ekonomske situacije, od stanja družbene zavesti in od demografske politike, ki jo izvaja družba.⁷

II. Kazenska odgovornost zdravnika in zdravstvenih delavcev za strokovne napake

1. Predmet kazenskopravnega varstva

V madžarskem kazenskem pravu ni bilo in ni posebne določbe, ki bi posebej statuirala odgovornost zdravnika in zdravstvenih delavcev za strokovne napake. Čeprav se po vojni pod vplivom sovjetskega prava in teorije sprejeli materialno-formalno koncepcijo kaznivega dejanja (tako že po § 1 splošnega dela KZ - gl. KZ 1957) in s pravnimi normami samimi določili "nalogo kazenskega zakona" kot varstveno in vzgojno (gl. § 1 KZ 1961), obravnavajo problem, kaj je šteti za predmet kazenskopravnega varstva predvsem glede nato, kaj je prvenstveno predmet napada s kaznivim dejanjem. S pojmom napad pa razumejo poleg kršitve oziroma poškodbe tudi

⁷ Glej Horvat, nav. delo, str. 97 - 99. Avtor na drugem mestu (str. 94, 95) posebej poudarja, da se je število splavov po legalizaciji precej povečalo že iz preprostega razloga, ker se dovoljene poti poslužujejo ženske, ki se preje iz strahu pred kaznijo ne bi odločile za splav.

ogrožanje oziroma (v teoriji) posebej poudarjajo pomembnost dejanj ogrožanja, ki pa v kazenskem pravu niso bila dovolj upoštevana. Vzrok je v tem, ker se pozablja, da je podlaga za kazensko odgovornost ravnanje, ki povzroči škodljivo posledico ali bi jo lahko povzročilo; pozablja pa se tudi na to, da pomeni povzročitev neposredne nevarnosti že tudi objektivno spremembo v zunanjem svetu, torej je to tudi določena posledica.⁸ Za objekt kazenskopravnega varstva tedaj štejejo življenje in telesno integriteto in zdravje, pri čemer izhajajo iz že omenjene naloge kazenskega prava, da daje varstvo pred poškodbami in tudi pred samim ogrožanjem (v obliki neposredne nevarnosti - glej dalje).

2. Nevestno zdravljenje kot strokovna napaka v pravem pomenu

a) Iz pod 1. povedanega izhaja, da je zdravniški poseg (kot sam po sebi in normalno poseg v telesno integriteto) kazenskopravno relevanten le, če pomeni s posledico, ki jo povzroči, kaznivo dejanje zoper življenje, telesno in-

⁸ Prim. M. Kadar, Neostorožna javina, otvestvenooost' za prestuplenija soveršennye po neostorožnosti, referat na mednarodnem posvetovanju o problemih kazenskega prava, separat iz Acta iuridica, 1961, št. 3-4, str. 239 - 263, posebej str. 254 in nasl.

Prim. še Fonyo A. i Kadar M., referat za VIII. kongres med. zdr. za kazensko pravo v Revue int. de droit pénal 1961/3-4, str. 927 - 936.

tegriteto oziroma zoper zdravje. Kot takšen lahko pomeni ali telesno poškodbo ali usmrtitev oziroma po noveli 1948 (KZ 1957 točke 374-376) predvsem ogrožitev življenja ali telesne integritete v obliki neposredne nevarnosti zanje. V madžarskem kazenskem pravu pa je prav omenjena novela pomenila precej pomemben premik tudi še v drugi smeri. Po tradicionalnem pojmovanju, ki sicer še velja, se po naravi stvari same šteje, da je zdravnik lahko storilec kaznivega dejanja telesne poškodbe ali usmrtitve iz malomarnosti.⁹ Novela in veljavni KZ 1961 pa sta za ogrožitveno dejanje uveljavili odgovornost tudi za naklepno povzročitev nevarnosti s kršitvijo pravil storilčevega poklica.¹⁰ Če ~~že~~ za tradicionalno madžarsko kazensko pravo velja, da predvideva posebno (strožjo)

⁹ Po ustreznih določbah KZ 1878/908 o povzročitvi smrti iz malomarnosti (§ 290) oz. hude telesne poškodbe iz malomarnosti (§ 310); za kvalificiran primer je veljalo, če je posledica (smrt, oz. huda telesna poškodba) nastala zaradi "neznanja ali storilčeve nepazljivosti pri poklicni dejavnosti ali zaradi napake zoper pravila poklica ali zaposlitve" (§ 291 in 2. odst. § 310). Prim. o pravilnosti tako postavljene odgovornosti tudi v povojnem obdobju (vendar v zvezi s problemom o zavesti družbene nevarnosti kot elementa kaznivega dejanja) Kadar, nav. delo, str. 245.

¹⁰ Po točki 374 KZ 1957 je bila formula za objektivno stran kaznivega dejanja širša, enako tudi glede subjektivne strani. Teorija je takšno ureditev skoro v celoti podprla. Glej Kadar, nav. delo, str. 255, 256 vsaj glede naklepne povzročitve nevarnosti; za določene

profesionalno odgovornost (ne samo za zdravstvene delavce ampak za vse poklice, ki so zvezani z določenim rizikom), je po veljavnem pravu ta odgovornost še razširjena v takšnem obsegu, ki ga (za zdravniško odgovornost) ne najdemo v nobenem od obravnavanih sistemov.

b) Kar zadeva subjektivno stran kaznivega zdravniškega dela v nasprotju s pravili poklica, smo ugotovili za veljavno pravo, da veljata obe krivdni obliki, torej naklep in malomarnost. Pred uveljavitvijo splošnega dela KZ ni bilo zakonskega interpretacijskega pravila, prevladala pa je glede naklepa tako imenovana teorija krivde (Schuldteorie) pred teorijo naklepa (Vorsatztheorie). Prvo je sprejel (upoštevaje določene teoretske modifikacije glede na materialno koncepcijo kaznivega dejanja, op. P. K.) tudi zakonodajalec, s KZ 1961 pa je prevladala druga.¹¹ Pomemben premik pomeni tudi prevlada stališča, da so kazniva dejanja praviloma kazniva le, če so

rezerve glede malomarnosti prim. Losonczy, prispevek v razpravi, v isti publikaciji, str. 265-267. Prim. še diskusijski prispevek L. Viski, prav tam, str. 262-272 in F. Vida, str. 272. Prim. še Budvari, nav. delo, str. 79; pisec poudarja, da se po letu 1948 uporabljajo predvsem te določbe (točke 374-376 KZ 1957) določbe o k.d. zoper življenje in telesno integriteto pa le izjemoma; glej o tem dalje v tekstu spodaj pod č).

¹¹ Kadar, nav. delo, str. 242 - 245; glede pomislekov glej Vida, ibid.

storjena z naklepom, za malomarnost pa je storilec kazensko odgovoren, če zakon izrecno tako določa.¹² Za kaznivo dejanje ogrožanja v zvezi z izvajanjem poklica (§ 258/I KZ 1961) v temeljni obliki je inkriminirana prav malomarna povzročitev nevarnosti, vendar je za kvalificiran primer potreben direktni naklep (3. odst. istega §), tako da obsega temeljno kaznivo dejanje tudi t.i. eventualni naklep. Za madžarsko kazensko pravo pa je pomembna (v teoriji in judikaturi) še tako imenovana mešana krivda (*dolus mixtus*) v znanem pomenu: upošteva se naklep za ravnanje in malomarnost glede posledice.¹³ Pri utemeljevanju kazenske odgovornosti za samo ogrožanje (čeprav je ta uveljavljena ožje kot so bila in so stališča v teoriji) izhajajo med drugim iz naslednjih izhodišč: Človekovo spoznanje je tisto, ki najbolj jasno odraža ali lahko odraža objektivni pomen ravnanja kot pojava v zunanjem svetu, isto pa velja tudi glede posledic (predvsem najbolj neposrednih). Možnost zmote o posledicah ravnanja je tem večja čim bolj so te oddaljene (kljub potrebni in pričakovani pazljivosti); povod ali hkrati tudi resnični vzrok določenih sprememb v zunanjem svetu je lahko storilčevo ravnanje. Tu so

¹² Prim. § 11 KZ 1957 in § 2 KZ 1961

¹³ G. Tokaji, diskusijski prispevek v isti publikaciji, str. 275, 276.

možnosti zmote že manjše. Z drugimi besedami, krivec sicer ni mogel predvideti ali ni predvidel (ob dolžni pazljivosti) smrt ali telesno poškodbo kot posledico, spoznal ali mogel pa je spoznati predpostavke nevarnosti.¹⁴

c) V tej zvezi se seveda zastavlja tudi vprašanje, kaj se razume z neposredno nevarnostjo za življenje, telesno integriteto in zdravje? In drugo vprašanje: kdaj je treba šteti povzročitev takšne nevarnosti za naklepno in kdaj za malomarno?

Z neposredno nevarnostjo se sicer razume konkretna nevarnost, vendar se zdi, da se pojma ne krijeta vsaj če razumemo atribut "konkretna" (nevarnost) v tistem smislu, ki ga ima v jugoslovanski teoriji.¹⁵ Madžarski teoretiki razlagajo pojem "neposredna nevarnost" v zvezi z vzročnostjo: "neposredna nevarnost pomeni ob-

¹⁴ M. Kadar, nav. delo, str. 256, 257; zaključek, ki ga izvaja pisec iz takšnih ugotovitev je vsekakor logičen: pozivanje na kazensko odgovornost za povzročitev konkretne nevarnosti je tudi po subjektivni strani bolj utemeljeno kot za iz malomarnosti povzročene posledice (poškodbe, op. P. K.)

¹⁵ Prim. P. Kobe, Krivična dela ugrožavanja javnog saobraćaja u sudskoj praksi i krivičnopravnoj teoriji, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo 1964/1, str. 124 - 126 in tam nav. literaturo.

ektivno stanje, pri katerem se je a) vzročni proces, ki je povezan neposredno z škodljivo posledico že začel ali b) vzrok, ki učinkuje neposredno v danem procesu že obstoja ali pa je vzrok, ki je ovira za takšen proces, odstranjen¹⁶.

Povzročitev neposredne nevarnosti šteje za naklepno, če se je storilec zavedal objektivnih predpostavk, ob katerih je njegovo ravnanje izzvalo neposredno nevarnost, in je zavestno privolil v dogodke, ki jih je predvidel; situacija se tu komaj kaj razlikuje od poskusa za uboj ali telesno poškodbo.

Če pa je storilec prevzel nase samo rizik v nasprotju s svojimi dolžnostmi in zahtevami varnosti, pri tem pa upravičeno pričakuje, da ne bo nastala posledica nevarnosti za druge, je njegovo ravnanje malomarno.¹⁷

č) Po letu 1948 je bila, kot omenjeno, odprta nova možnost obravnavati strokovne napake zdravnika kot posebno kaznivo dejanje ogrožanja, v primeru nastale posledice smrti ali hude telesne poškodbe pa kot kvalificiran primer tega kaznivega dejanja (točka 375 in 376 KZ 1957); nastane vendar vprašanje, ali se je v praksi takšen delikt ogrožanja uveljavil in kako se obravnavajo primeri s posledico smrti ali hude telesne

¹⁶ Prim. Kadar, nav. delo, str. 257, 258

¹⁷ Ibid. V tej zvezi je še ena možna razlaga, šteje se, da sta podani obe obliki krivde ali t.i. mešana krivda; naklep glede sprejetega rizika in malomarnost glede povzročitve neposredne nevarnosti.

poškodbe. Viri, ki so nam na voljo, ne dajejo povsem jasne slike. Po eni strani se trdi, da so po letu 1948 obdolžitve zaradi kaznivih dejanj uboja oz. telesne poškodbe iz malomarnosti izjema;¹⁸ po drugi strani pa se posebej poudarja pravilnost kvalifikacije usmrtitve iz malomarnosti v primeru, ko je neiskušen zdravnik opravil težko operacijo in povzročil smrt.¹⁹

Pozitivne strani nove ureditve (ki je prešla tudi v KZ 1961 z manjšimi redakcijskimi spremembami, neupošteva je predpisano kazen) pa vidijo drugje. Odlsej naj bi šele obstojala možnost za objektivno presojo konkretnega primera vsaj s stališča sodnomedicinskega izvedenca.²⁰ Gre za vprašanje, kaj je šteti za pravila poklica, ki morajo biti kršena, če naj se sploh govori o kaznivem dejanju. Ta pravila so določena v novem zdravniškem kodeksu, izražajo pa: 1) zdravnik ne sme uporabiti metode in sredstva za zdravljenje, ki očitno ne ustrezajo današnjemu stanju v medicini in 2) zdravnik ne sme izvršiti poseg (razen v primeru nevarnosti za življenje), za katerega nima posebne strokovne izobrazbe in sposobnosti. Za današnjemu stanju ustrezna sredstva in metode pa štejejo (po stališčih v sodnomedicinskih krogih)

¹⁸ Tako Budvari, nav. delo, str. 79

¹⁹ Prim. Kadar, nav. delo, str. 245 ad 3; primer je naveden v drugi zvezi kot potrditev pravilnosti teorije naklepa nasproti stališčem, ki ostajajo pri tradicionalni teoriji krivde (glej spredaj k 2 b).

²⁰ Prim. Budvari, nav. delo, str. 79, 80.

tiste, ki so določene v še veljavnih univerzitetnih učbenikih in podobnih strokovnih virih, v navodilih tovarn zdravil za uporabo medikamentov in s predpisi državnih organov posebej ministrstva za zdravstvo. Ker pa je to in vprašanje vzročne zveze quaestio facti uporabljajo za obravnavane primere označbo "sporni primeri zdravniške dejavnosti" namesto tradicionalne "zdravniška strokovna napaka", ki že anticipira negativno sodbo. Tudi ob ugotovljeni kot pravijo resnični (ne samo navidezni) vzročni zvezi med ravnanjem zdravnika in posledico pa vendar ni mogoče že sklepati o uvedbi kazenskega pregona. Po kategorizaciji (prevzeti od sovjetskega profesorja sodne medicine Avdjejeva) spornih primerov je treba izločiti nesrečne slučaje in primere dobronamerne zmote. Za kazenski pregon (in ev. obsodbo) so samo maloštevilni primeri očitno nemarnega ravnanja, ki krši elementarna pravila za zdravniško delo in je nastala posledica poslabšanje zdravstvenega stanja ali smrt. To stališče pa je končno uporabno za vse primere strokovnih napak ne glede na ožje specialnosti.²¹

d) Za temeljno kaznivo dejanje ogrožanja v zvezi z izvrševanjem poklica (storjeno iz malomarnosti - § 258, 1. odst. KZ 1961) je predpisana kazen odvzema prostosti do treh let. Če je posledica huda telesna poškodba, je kazen šest mesecev do pet let, če pa je posledica smrt, je kazen na prostosti od dveh do osmih

let (§ 258, odst. 2). V omenjenem vrstnem redu se kazni zvišajo, če je storilec namerno (absichtlich) povzročil nevarnost, če je bila posledica huda telesna poškodba ali smrt, od šest mesecev do pet let, od dveh do osem let in od pet do dvanajst let (§ 258, odst.3).²² Za te primere pride posebej v poštev, kot stranska kazen, prepoved opravljati poklic, ki se lahko izreče (razen v že omenjenem primeru, glej spredaj k I. 2 b), če je storilec kršil pravila poklica, ki zahteva strokovno izobrazbo ali pokazal neizkušnost (§ 51 točka a KZ 1961). Prepoved se lahko izreče za eno do deset let;^{za} ponovno pridobitev pravice pa lahko sodišče določi pogoj, da obsojenec po tem roku na določen način izkaže potrebno strokovno znanje (§ 52, 1. in 3. odst. KZ).

²¹ To so seveda stališča za sodnomedicinske izvedence. Prim. Budvari, nav. delo, str. 81 - 82, avtor posebej poudarja, da izvedenec ne more zavzeti stališča glede naklepa ali malomarnosti, ker je to izključna naloga sodišča.

²² Glede odgovornosti za hujšo posledico, glej § 18 KZ 1961 in izvajanja spredaj k I. 2 b in op. 6.

e) Ob takšni ureditvi, ki vključuje kazensko odgovornost zdravnika za strokovno napako v enoten kompleks odgovornosti za določene posledice nastale ob izvrševanju poklica, je seveda očitno, da spada sem tudi odgovornost drugih zdravstvenih delavcev. Problem bi bil le, kaj zanje pomenijo "pravila poklica", ki morajo biti kršena, ker je ravnanje kot objektivni element dejanskega stanu ravno v kršitvi pravil.²³ Zdravniški kodeks tu seveda ne pride v poštev, kakšna druga pravila naj bi to bila, pa je odvisno od statusa teh zdravstvenih delavcev, ali štejejo za javne (državne) uslužbence ali za uslužbence posameznih zdravstvenih zavodov s posebnimi notranjimi pravili o delu. Zadnji izhod so seveda določbe o malomarni krivdni povzročitvi posledice (telesne poškodbe ali smrti).

V zvezi s tem je še vprašanje odgovornosti zdravnika za delo njemu podrejenega zdravstvenega pomočnika, pri čemer mislimo seveda na srednje in nižje kvalificirane zdravstvene delavce. Ne glede na rešitev vprašanja o morebitni kazenski odgovornosti le-teh, je treba obravnavati odgovornost zdravnika glede na to ali je n.pr. z opustitvijo nadzorstva kršil pravila zdravniškega kodeksa. Odgovornost bo tu seveda že po naravi stvari same odgovor-

²³ Po točki 374 KZ 1957 je bilo kot eno izmed možnih ravnanj predvideno tudi "zavestno zanemarjenje dolžnosti". V prizadevanjih očistiti posebni del kazenskega zakonika nepotrebne kazuistike so šli uredniki tu morda le predaleč.

nost za malomarnost. Tudi za omenjeno konstrukcijo mešane krivde si je težko misliti, da bi mogla priti v poštev.

3. Odklonitev zdravniške pomoči

To vprašanje rešuje madžarsko kazensko pravo izhajajoč iz splošne etične dolžnosti pomagati žrtvi nesreče ali drugi osebi, ki je v položaju neposredne nevarnosti za življenje ali telo. Zdravnikova dolžnost je vendar poudarjena s tem, da je med kvalificiranimi primeri določen tudi primer, če je bil storilec dejanja (opustitev pomoči) "zaradi svojega poklica ali iz drugih razlogov" dolžan pomagati.²⁴ Obseg dolžnosti, katere opustitev je inkriminirana, je določen glede na stanje pomoči potrebnega in glede na storilčeve možnosti. Tako se od k pomoči zavezanega zahteva tista pomoč, ki se glede na njegove objektivne in subjektivne okoliščine lahko od njega pričakuje;²⁵ če ponesrečenec umre, pa je opustitev hujše

²⁴ Glej § 259 KZ 1961 (1. in 3. odst.). Določba se v precejšnji meri razločuje od prejšnje ureditve. Po točki 377 KZ 1957 s sicer identično marginalno rubriko, je bila inkriminirana samo opustitev pomoči ponesrečencu, razložek pa je bil v tem ali je storilec dejanja sam povzročil nasrečo ali ne, poklicne dolžnosti tu posebej niso bile upoštevane.

²⁵ Srbohrvatski prevod govori samo o potrebni pomoči; prevod je dvomljiv, v vseh nemških tekstih se ta del besedila glasi: "die ihm (storilcu) zumutbare Hilfe"; prim. še M. Kadař, Les circonstances aggravantes autres

kazniva le, če bi ga pomoč rešila smrti.²⁶

Kazen je za temeljno dejanje odvzem prostosti do enega leta (1. odst. § 259), za primer, če je ponesrečenec umrl, do treh let (2. odst.); ob nadaljnjih posebnih kvalifikatornih okoliščinah je predpisana kazen za prvi primer do treh let oziroma od šestih mesecev do petih let (3. odst. iste določbe).

Čeprav je § 259 KZ 1961 vsekakor sedes materia za obravnavano vprašanje, je treba upoštevati kot subsidiarno inkriminiranje zanemarjanja ali opustitve dolžne skrbi za nemočno osebo (§ 260 KZ 1961), zaradi česar je ogroženo življenje, telo ali zdravje takšne osebe.²⁷ Predvidena kazen je do treh let odvzema prostosti.

que le concours d'infractions et la récidive, v zbirki referatov za IX. mednarodni kongres za kazensko pravo v Haagu, gl. op. 4, spredaj, str. 1 - 42, navaja francosko inačico te določbe; uporabljeni izraz "exigible" potrjuje našo razlago (nav. delo str. 20):

²⁶ V nemškem prevodu se ta del določbe glasi: "und die Hilfeleistung sein Leben hätte retten können". To kaže, da se v madžarskem sistemu pojem pomoči v smrtni nevarnosti pojmuje širše kot je to n.pr. v jugoslovanski teoriji in praksi.

Prim. Milčinski - Kobe, Etična in kazenskopravna stran odklonitve zdravniške pomoči, Pravniki 1963/3-4, poseben odtis, str. 10, 11 in op. 10 a.

²⁷ Za razloček k čl. 146 jug. KZ, ki sicer obravnava enak problem, v madžarskem pravu ni določena kaznivost za primer smrti itd. slabotne osebe.

III. Kazenskopravni učinek privolitve pacienta ali druge upravičene osebe

1. Načelno stališče o privolitvi oškodovanca

Odgovor na vprašanje, kakšen kazenskopravni pomen ima privolitev oškodovanca, je v prvi vrsti odvisen od načelnega izhodišča o koncepciji pojma kaznivega dejanja. Toda tudi med zastopniki iste koncepcije (takšne ali drugačne) ni enotnih stališč o tem ali privolitev izključuje kazensko odgovornost ali protipravnost, pa tudi razlike o tem vprašanju vplivajo na ta odgovor. Za madžarsko povojno kazenskopravno teorijo, ki pa se v zadnjih letih že osvobaja od zunanjih vplivov (zlasti sovjetske teorije), in išče samostojno odgovore na temeljna vprašanja kazenskega prava, je izhodišče materialno formalna koncepcija kaznivega dejanja. Zato je razumljivo pojmovanje, da protipravnost ni le formalna okoliščina kaznivega dejanja, ampak ima ta določeno vsebino.²⁸ Protipravnost razumejo najprej kot materialno protipravnost (družbeno nevarnost) kaznivega dejanja; to je sicer ponašanje, ki je v nasprotju s kazenskim zakonom (formalno protipravno), vendar je nevarno za družbo s tem, da povzroči večjo ali manjšo škodo. Le takšno za družbo škodljivo dejanje je kazenskopravno relevantno.

²⁸ Prim. Kadar, nav. delo (op. 25 spredaj) str. 6.

V tej relaciji ima lahko privolitev oškodovanca kazenskoopravni učinek, če določeno ponašanje, ki je sicer formalno protipravno, prav zaradi te privolitve ni za družbo nevarno. Privolitev oškodovanca izključi družbeno nevarnost (materialno protipravnost), vendar ne na splošno ampak le v določenih primerih in v dosti ozkih mejah. (Glej dalje k IV.)

2. Privolitev pacienta pri zdravniških posegih

Spredaj (k 1.) povedano velja seveda tudi na relaciji zdravniški poseg - privolitev pacienta. Posebnost, ki jo je treba upoštevati, je že omenjena: lege artis izvršen zdravniški poseg ni niti formalno protipraven, če je opravljen v mejah tako imenovane pravice zdravljenja.²⁹ Ker pa ta ne pomeni (razen v primerih epidemije ali spolne bolezni) dolžnosti zdravljenja za pacienta, ima seveda njegova privolitev pomen v vseh primerih posegov, ki so zvezani z določenim rizikom ali s posledico, ki pomeni (objektivno vzeto) telesno poškodbo. Odgovornost, ki ob privolitvi odpade, je seveda lahko različna; kazenska odgovornost bo najbrže res izjemna, če se že ob zdravniških napakah, kot smo

²⁹ Kot kaže pomeni ta pravica neobstoj posebnih predpisov o dolžnostih, ki bi bile splošno veljavne za zdravniško dejavnost.

videli (glej spredaj k II.), uveljavlja le v primeru "dokazano nemarnega ravnanja, neupoštevanja elementarnih pravil za zdravniško dejavnost in grobih napak". V teh mejah je treba tudi presoјati privolitev pacienta zlasti pa način predhodnega obvestila pacienta o naravi predvidenega posega, z njim združenega rizika kot pogoja za zavestno in prostovoljno privolitev. Konfrontacija med družbeno koristnostjo rednega funkcioniranja in relativne uspešnosti zdravniške dejavnosti in individualno sfero ne more najti razrešitve niti v popolni avtonomnosti zdravniške dejavnosti, niti v absolutni nedotakljivosti pacientove integritete, do katere bi bil ključ samo v njegovi "zavestni, hotelni privolitvi". Tu pa je še že splošen problem humanizacije medosebnih odnosov, med katere šteje še posebej odnos zdravnik - pacient, ki je vendarle specifičen po kvaliteti in kvantiteti.

IV. Problem evtanazije

Kot avstrijsko in nemško kazensko pravo je tudi KZ 1878/908 določal kot privilegirano obliko kaznivega dejanja zoper življenje usmrtitev na izrečno in določno zahtevo žrtve (§ 282 cit. zakona). Ta določba je ostala pozitivno pravo vse do KZ 1961 (točka 354 KZ 1957 je dobesedno enaka omenjenemu § 282), kar je ob sicer dosti radikalnih posegih v kazensko pravo pred tem težko ra-

zumeti. To še toliko bolj, ko razlagajo kazensko pravo, ki je izhajalo še iz KZ 1878 "za produkt dogmatične kazenskopravne šole, zakoreninjene v ortodoksno liberalnem pojmovanju države in pravnemu gledanju" in ki je temeljilo "na individualističnih načelih, katere so veljala že ob koncu preteklega stoletja za zastarela"³⁰.

Dejanje je po KZ 1961 kaznivo kot kaznivo dejanje uboja (1. odst. § 253), kaznivo pa je tudi že pripravljalo dejanje (3. odst. § 253). Bolj teoretična možnost, ki pa ostane odprta, je kazenskopravno obravnavanje konkretnega primera kot pomoči pri samoru (§ 255, 1. odst.); ta je seveda lahko tudi konkretna oblika evtanazije. Kazen je od dveh do osmih let; za privilegirano (!) pa šteje takšna pomoč, če je samorilec mladoletnik ali pa je bil samorilec zaradi duševne bolezni, slaboumnosti ali motnje zavesti zmanjšano sposoben presoditi svoje dejanje (2. odst. iste določbe).

Vse omenjene določbe predvidevajo za storilca splošni subjekt kaznivega dejanja "kdor". Če je storilec dokončanega dejanja iz § 253 (isto velja za pripravljalo dejanje) ali pomočnik pri dejanju iz § 254 zdravnik, se seveda zastavlja vprašanje, kakšen kazenskopravni učinek ima ta okoliščina. V zvezi z razpravljanjem o obteževalnih okoliščinah se na splošno omenjajo okoliščine, ki povečujejo družbeno nevarnost izvirajočo iz

³⁰ Prim. iz motivov k zakonskemu osnutku (gl. op. 1), str. 17

storilčeve osebnosti, okoliščine, ki povečujejo krivdo (sem šteje tudi storilčeva oseba in njene lastnosti oziroma možnosti) in okoliščine, ki niso obsežene v pravnem pojmu kaznivega dejanja.³¹ Katera izmed obteževalnih okoliščin v omenjenih skupinah bi lahko prišla v poštev, je pač odvisno od konkretnega primera, pri čemer vsekakor predpostavljamo sicer precej na splošno sprejeto stališče, da se ista okoliščina lahko upošteva kot obteževalna samo enkrat. Glede ev. izreka stranske kazni prepovedi izvrševanja poklica veljajo pač ista pravila, kot smo jih že omenili spredaj (k II. 2 d).

³¹ Prim. Kadar, v op. 25 nav. delo, str. 5, 11, 16 in 19.

F r a n c i j a

Zakonski viri:

Code pénal. 58 ème éd., Paris 1961.

Literatura:

COSTA, J. L.: Les infractions involontaires du point de vue de la responsabilité pénale en France. VII. francosko-jugoslovanski pravniški dnevi od 13. do 18. maja 1963.

GIESEN, D.: Die künstliche Insemination als ethisches und rechtliches Problem. Bielefeld 1962.

KORNPROBST, L.: Responsabilité du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises. Paris 1957.

LAPORTE, L.: Thérapeutique médicamenteuse et responsabilité pénale du médecin. Rev. de Dr. pén. et de Crim. 1964/6.

LEVASSEUR: L'omission de porter secours. Rev. int. de Dr. pén. 1955/3-4.

SAVATIER & Auby & Péquinot: Traité de Droit Médical. Paris 1956.

STEFANI, G. & G. Levasseur: Droit pénal général et Criminologie. Paris 1957.

ULYSSE, X.: L'action thérapeutique devant la loi pénale. Aix-en-Provence 1960.

B e l g i j a

Zakonski viri:

Das BELGISCHE Strafgesetzbuch. Berlin 1958. (Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher. 75).

Literatura:

- CONSTANT, Jean: Manuel de Droit pénal. Principes Généraux du Droit Pénal Positif Belge. 7ème édition... T. 1. Liège 1959.
- CONSTANT, J.: La repression des abstentions coupables. Rev. de Dr. Pén. et de Crim. 1961.
- De LAET, M.: L'euthanasie. Bruxelles-Medical, 1950/53.
- De LAET, M.: Le médecin devant trois problèmes actuels de déontologie. Bruxelles-Medical, 1952/27.
- DEBUYST, Ch.: Quelques reflexions sur l'homicide par pitié. Rev. de Dr. Pén. et de Crim. 1962/63 str. 814.
- GROSEMANS, R.: Considérations juridiques et déontologiques sur les stérilisations opératoires sur l'homme. Rev. de Dr. Pén. et de Crim. 1960/61/10.
- HEGER-GILBERT: Déontologie Médicale. 1946.
- MILČINSKI, J.: Dva obraza evtanazije. Naši razgledi, 26. 1. 1963.
- RATEAU, M.: L'euthanasie et sa réglementation pénale. Rev. de Dr. Pén. et de Crim. 1964/64/1.
- RYCKMANS: Les droits et les obligations des médecins. Bruxellès 1959.
- SCHOKAERT, R.: Précis de Cours de Déontologie Médicale, Louvain 1940.
- SIMON, J.: Le consetement de la victime justifi-t-il les lésions corperelles. Rev. de Dr. Pén. et de Crim. 1933.

I t a l i j a

Zakonski viri:

CODICE Civile. Milano 1941.

CODICE penale e codice di procedura penale. Milano 1958.

TESTO Unico Leggi Sanitarie. 1934.

Literatura:

BRUSCA, F.: La fecondazione artificiale nella donna. Mondo Giur. 1949.

DOMENICO, F.: La medicina legale per il medico pratico. Milano 1950.

FROSALI, R. A.: Sistema penale italiano... Torino 1958. Vol. 1-3.

GRISPIGNI, F.: Responsabilità penale per il trattamento medico chirurgico arbitrario. La Scuola Positiva 1914.

INTRONA, F.: Responsabilità professionale nell'esercizio delle arti sanitarie. Padova 1955.

MORSELLI: Uccisione pietosa. Torino 1923.

PALMIERI, V. M.: La fecondazione artificiale dal punto di vista medico-legale ed eticosociale. Rass. Clin. Scient. 1948.

ROMANESE, R.: Mannace di Medicina legale. Torino 1937.

TEKAVČIČ, B.: Artefificijalna inseminacija semenom davaoca. Ginekologija i opstetricija. 1965/4.

A v s t r i j a

Zakonski viri:

ENTWURF eines Strafgesetzbuches. Bes. T. Bundesministerium für Justiz. Wien 1964.

FOREGGER, E. E. Serini: Das Österreichische Strafgesetz (Österreichisches Strafgesetz 1945) samt den wichtigsten Novellen und Nebengesetzen. Wien 1962. (Manzsche Taschenausgabe der Österreichischen Gesetze. 6.)

OBČNI državljanski zakonik z dne 1. junija 1811 šte. 946 zb. p.z. v besedilu treh delnih novel. V Ljubljani 1928.

Literatura:

FOLTIN, E.: Artz und Strafrecht. Gerichts-Zeitung, Sondernummer. Wien 1925/August.

GEBAUER, H.: Zur Frage der Zulässigkeit Ärztlicher Experimente. Wien 1949.

MALANIUK, W.: Die Abtreibung und verwandte Delikte als Rechtsproblem. Wien 1956.

MALANIUK, W.: Das Verfügungsrecht über den eigenen Körper. Juristische Blätter 1959/20-21.

NOWAKOWSKI, F.: Das Österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen. Graz 1955.

RITTLER, T.: Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts. Bd. 2. Wien 1962.

SEELIG, E.: Das Fruchtabtreibungsproblem und der Notstandparagraph. Gerichts-Zeitung, Sondernummer. Wien 1925/August.

N e m č i j a

Zakonski viri:

- KOHLRAUSCH, E. - Lange: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen. 42. Aufl. Neubearb. Berlin 1959, str. 497-500. (Sammlung Guttentag. 2.)
- OSNUTEK kazenskega zakonika (E 1962) predložen po zvezni vladi 4. 10. 1962.
- OSNUTEK kazenskega zakonika (E 1962, št. 200/62), ki ga je sprejel zvezni zbor (Bundesrat).

Literatura:

- BAUMANN, J.: Strafrecht. Allg. T. 3. izd. Bielefeld 1964, str. 158-160.
- BINDING-HOCHE: Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Leipzig 1920.
- BLAHA, F.: Medicina na krivih potih. Ljubljana 1966. 281 str.
- DALCKE-FUHRMANN-SCHÄFER: Strafrecht und Strafverfahren. Berlin 1961, str. 596, 597. (Zbirka zakonov).
- DAMAŠKA, M.: Ignorantia iuris prodest. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 1965, str. 141-157.
- DAMAŠKA, M.: Neki krivičnopravni aspekti liječničkih zahvata. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 1962, št. 1, str. 26.
- DAMAŠKA, M.: Problem razgraničenja stvarne i pravne zablude. Naša zakonitost 1965, str. 9-31.
- DRESSLER, U. - M. Naundorf: Verbrechen gegen die Person. Berlin 1957. 199 str.
- ENGISCH, K.: ["]Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1939, str. 1-52, str. 11. (Dalje ZStW.)

- GIESEN, D.: Die künstliche Insemination als ethisches und rechtliches Problem. Bielefeld 1962, str. 272, posebej str. 168-179 in 211-234.
- GRÜNWARD: Die Aufklärungspflicht des Arztes. ZStW 1961, str. 5-44, str. 6.
- HANSEN, G. - H. Vetterlein: [»] Arztliches Handeln-Rechtliche Pflichten. 2. izd. Leipzig 1964. 145 str.
- HEIMBERGER: Berufsrechte und verwandte Fälle. Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, splošni del IV., str. 37.
- HEYDECKER, J. J. - J. Leeb: Nürnberški proces. 2. knj. Ljubljana 1960.
- HINDERER, H.: Zur Aufklärungspflicht des Arztes. Ponatis iz:: Das deutsche Gesundheitswesen 1963/50, str. 2212-13.
- JESCHECK, H.: Die Entwicklung des Verbrechenbegriffs in Deutschland seit Beling in Vergleich mit der österreichischen Lehre. ZStW 1961, str. 179-209, str. 183.
- KAUFMANN, A.: Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte. Göttingen 1959, str. 239, 338.
- KAUFMANN, A.: Die eigenmächtige Heilbehandlung. ZStW 1961, str. 341-384, str. 341, str. 342.
- KERN, E.: Strafverfahrensrecht. 7. izd. Berlin 1965, str. 111.
- LANG-HINRICHSSEN: Zur Kritik des Schuldgedankens im Strafrecht. ZStW 1961, str. 210-236.
- LEKSCHAS-LOOSE-RENNBERG: Verantwortung und Schuld im neuen Strafgesetzbuch. Leipzig 1964. 148 str.
- LÖFFLER, A.: Die Körperverletzung. Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Pos. del. V., str. 205.

- MANECKE, K. - J. Meinel: Straftaten gegen die Person und ihre Bekämpfung. Berlin 1964. 202 str. (Sapir. kot priročnik za t.i. Fernstudium.)
- MILČINSKI, J.: Dva obraza evtanazije. Naši razgledi 1963, št. 2, (24.1.), str. 21-23.
- MILČINSKI, J.: Medicina brez človečnosti, uvodna beseda k slovenski izdaji, str. 8, Ljubljana 1962.
- MITSCHERLICH-MIELKE: Medizin ohne Menschlichkeit. Dokumente des Nürnberger Ärzteprozesses. Frankfurt - Hamburg 1962. (Slovenski prevod Medicina brez človečnosti. S predgovorom prof. dr. J. Milčinskega. Ljubljana 1962.) Str. 304-306.
- MÜLLER-WALCHER: Gerichtliche und soziale Medizin. München-Berlin 1944, str. 57-63.
- NIRNBERŠKA presuda. Beograd 1948.
- PERRET, A.: Arzthaftpflicht. München-Berlin 1956, str. 93.
- SAUER: System des Strafrechts. Bes. T. Köln-Berlin 1954;
- SCHMIDT, E.: Der Arzt im Strafrecht. Leipzig 1939.
- SCHMIDT, E.: Der Arzt im Strafrecht, v A. PONSOLD: Lehrbuch der gerichtliche Medizin. 2. izd. Stuttgart 1957. (SCHMIDT-PONSOLD), str. 46.
- SCHMIDT, E.: Die Besuchspflicht des Arztes unter strafrechtlichen Gesichtspunkten, monogr. 1949. 29 str.
- SCHWEIKERT, H.: Die Wandlungen der Totbestandslehre seit Beling. Karlsruhe 1957. (Freiburger Rechts - und Staatswissenschaftliche Abhandlungen. 9.)
- SINGER, M.: Ideološki osnovi nauke o finalnoj radnji. Jug. revija za kriminologiju i krivično pravo 1964, str. 3-19.
- SINGER, M.: Nehat "kamen smutnje" u teoriji krivičnog prava. Naša zakönitost 1964, št. 3-4 in 5-6.

SINGER, M.: O pojmu krivnje u krivičnom pravu. Naša zakonitost 1965, str. 391-304.

TAHOVIĆ, J. DJ.: Krivično pravo. Opšti deo. Beograd 1961, str. 110.

TUNC, A.: La responsabilité civile. (Foundaments juridique de la responsabilité medicale, etendue et limites.) V 2^e Congres internacionales de morale medicale. Paris 1966, str. 23.

WÜRTEMBERGER, T.: Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft. 2. izd. Karlsruhe 1959, str. 47-66.

WELZEL, H.: Das Deutsche Strafrecht. 6. izd. Berlin 1959, str. 28-40.

Š v i c a

Zakonski viri:

GERMANN, O.: Schweizerisches Strafgesetzbuch. 6. neu-
bearb. Aufl. Zürich 1956

Literatura:

BERNHARD, R.: Die künstliche Besamung beim Menschen
im Hinblick auf das schweizerische Recht. Winthethur
1958.

GEISENDORF, W.: Le Problème de l'avortement légal à
Génève dès 1953. Rev. int. de Crim. et de Pol. Techn.
1963/3.

GIESEN, D.: Die künstliche Insemination als ethisches
und rechtliches Problem. Bielefeld 1962.

GRAVEN, J.: "L'avortement licite" ou la réglementation
de l'interruption non punissable de la grossesse en
droit pénal suisse". Rev. pénale suisse, 1952, str. 62-
92; 165-217.

GRAVEN, J.: Faut-il punir l'euthanasie. Rev. de Crim.
et de Pol. Techn. 1950/1.

GSCHWIND, M.: Die nicht anders abwendbare Lebensgefahr
oder grosse Gefahr dauernden Schadens an der Gesund-
heit. Rev. Pén. Suisse, 1956/71 str. 366.

GSCHWIND, M.: Die Sterilisation nach schweizerischen
Strafrecht. Basel 1950.

HAYLER, B.: Wandlungen in der strafrechtlichen Beurtei-
lung ärztlicher Heilbehandlung. Köln 1964.

KOPP, O.: Die berufliche Hilfespflicht der Medizinal Per-
sonen. Freiburg/Uechtland 1955.

NOLL, P.: ^{II}Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im be-
sondern die Einwilligung des Verletzten. Basel 1955.

PIECHOWICZ, J.: Die Tötung auf Verlangen nach dem geltenden schweizerischen Strafrecht. Freiburg 1946.

SCHEID, L.: De l'euthanasie par pitié à l'euthanasie étatique. Rev. int. de Crim. et de Pol. Techn. 1963/1.

THORMANN, Ph. & A. von Overbeck: Das schweizerische Strafgesetzbuch. Bd. 1-3. Zürich 1940-1943.

A n g l i j a, Z D A

Zakonski viri:

DRAFT Code. London 1880.

HALSBURY-s Laws of England. 3rd Edition. Vol. 10
(Criminal Law); Vol. 26 (Medicine and Pharmacy);
Vol. 28 (Negligence).

MODEL Penal Code. Proposed Official Draft, May 4, 1962.

MODEL Penal Code. Tent. Draft No. 9, may 8, 1959.

Literatura:

BURDICK, W.: Law of Crime. Albany-New York 1946.

CURRAN, W. J.: Tracy's the Doctor as a Witness.
Philadelphia London 1965.

EDDY, J. P.: Professional Negligence. London 1956.

GEERDS, F.: Die Körperverletzungsdelikte im ausländi-
schen Strafrecht. Freiburg 1953. (Razmnoženo).

HALL, J.: Negligent Homicide Should be Excluded from
Penal Liability. Columbia Law Review 1963.

HANACK, E. W.: Die strafrechtliche Zulässigkeit künst-
licher Unfruchtbarmachungen. Marburg 1959.

HUBER, L.: Die Körperverletzung in englischen Recht,
unter Berücksichtigung der Dominions und der Verei-
nigten Staaten von Nordamerika. Freiburg 1954.
(Razmnoženo).

KÖNIG, D.: Die Tötungsdelikte im ausländischen Straf-
recht. Freiburg 1953. (Razmnoženo)

LONG, R. H.: The Physician and the Law. New York 1955.

NATHAN, Lord: Medical Negligence. London 1957.

MANNHEIM, H.: Criminal Justice and Social Reconstruction.
London 1946.

- MARSHALL, C.: A treatise on the Law of Crimes. Chicago 1958.
- MITTERMAIER, W.: Die Frage der Ärztlichen Eingriffen. Die Behandlung wichtiger Fragen der Strafrechtsreform in der ausländischen Gesetzgebung, zum Entwurf des DtschStGB, 1924-1927.
- MORELAND, R.: The Law of Homicide. Indianapolis 1952.
- OXFORD Essays in Jurisprudence. Edited by A. G. Guest. Oxford 1961. P. J. Fitzgerald: Voluntary and Involuntary Acts str. 1-29. H. L. A. Hart: Negligence, Mens Rea and Criminal Responsibility str. 29-50.
- PERCY, R. A.: Charlesworth On Negligence. London 1962.
- PERKINS, R. M.: Criminal Law. London 1957.
- SHARTEL, B. & M. L. Plant: The Law of Medical Practice. Springfield 1959.
- SILVING, H.: Euthanasia. A study in comparative Criminal Law. University of Pennsylvania Law Review, 1954/103.
- TURNER, C.: Kenny's Outlines of Criminal Law. London 1962.
- TURNER, C.: Russel, On Crime. London 1962.
- WARREN, O. L.: On Homicide. Buffalo 1938.
- WILLIAMS, G.: The Sanctity of Life and Criminal Law. London 1958.

Citirani sodni primeri:

- R. v. Chamberlain, Coxs Criminal Law Cases, Vol. X.,
1864-1871, 486
- R. v. Finney, Cox's Criminal Law Cases, Vol. XII. 1871-1874,
625
- R. v. Macleod, Cox's Criminal Law Cases, Vol. XII.
1871-1874, 534
- State v. Schultz, 1881, 8, North - western Reports
- Commonwealth v. Pierce, 1886, American Reports, Vol. 52
- R. v. Bateman, 1925, All England Reports, 45
- D. P. P. v. Andrews, 1937 2 All England Reports, 552
- R. v. Bourne, 1939, 3 All England Reports, 615
- R. v. Akerele, 1943, 1 All England Reports, 367
- Cassidy v. Ministry of Health, 1951, 2 K. B. 343, cit.
po Eddy, Professional Negligence

Zakonski viri:

KRIVIČNI zakonik RSFSR od 27. oktobra 1960. god. sa izmenama i dopunama od 25. jula 1962. god. Beograd 1963.

Literatura:

- AVDEEV: Kurs sudobnoj medicini. Moskva 1959.
- BERDIČEVSKIJ, F. Ju.: Neobhodima jasnost'. Medicinskaja gazeta, 28. 2. 1964/17.
- BERDIČEVSKIJ, F. Ju.: Osnovnye voprosy rassledovanija prestupnyh narušenij medicinskim personalam professional'nyh objaznostej. Kriminalističeskoe i ugologno-pravovoe issledovanie. Avtoreferat dissertaciji. Moskva 1966.
- CERETELI, T. V.: Pričinnaja svjaz v ugolovnom prave. Tbilisi 1957.
- ČERVAKOV, V. F.: Problema otvetstvennosti za operaciju. Tezisi dokladov. Leningradskoe otdelenie vsesojuznogo naučnogo obščestva sudebnih medikov i kriminalistov. Leningrad 1961.
- DAGEL, P.: Ob ugolovnej otvetstvennosti vračej. Sovj. justicija, 1964/19.
- GORELIK, I. I.: Otvestvennost' za ostavlenie v opasnosti po sovetскому ugolovnomu pravu. Moskva 1960.
- LEVIN, A.: Beda ili vina vrača? Med. gazeta. 3. 4. 1964/27.
- MEN'DELSON, G.A.: Otvestvennost' za proizvodstvo nezakonnogo aborta po sovetскому ugolovnomu pravu. Moskva 1957.
- PIONTKOVSKIJ, A. A. V. D. Men'šagin: Kurs sovetского ugolovnogo prava. Osobennaja čast'. T. 1. 1955. T. 2. Piontkovskij, A. A. V. D. Men'šagin V. M. Čikvadze. 1959. Moskva 1955-1959.

POPOV N. V.: Sudebnaja medicina. Moskva 1946.

SOVETSKOE ^Uugolovnoe pravo. Čast'obščaja. Pod redakciej V.D. Men'šagiha, N.D. Durmanova i P.S. Romaškina...Moskva 1962.

SOVETSKOE ugovnoe pravo. Obščaja čast'. Pod obščej redakciej V. M. Čikvadze. Moskva 1959.

STROGOVIĆ, M.S.: Kurs sovetskogo ugovnogo processa. Moskva 1958.

P o l j s k a

Z akonski viri:

KODEKS karny i Prawo o wykroczeniach wraz ze skorowidzem rzeczowym. Ważniejsze ustawy szczególne. Wyd. 13. Stan prawny na dzień 15 marca 1964 r. Warszawa 1964.

Literatura:

CYPRIAN, T. P. Aszlanowicz: Karna i cywilna odpowiedzialność lekarza. Krakow 1949.

GRZYWO-DABROWSKI, W.: Odpowiedzialność karna lekarza. Warszawa 1958.

GUBINSKI, A.: Czynności lecznicze, przerwanie ciąży, zabiegi kosmetyczne. Nowo Prawo 1960.

POPIELSKI, B.: Medycyna i Prawo. Warszawa 1963.

POTEPA, J.: O odpowiedzialności karnej lekarza, Nowo Prawo 1957/11.

ROSS, J.: Lekarz o odpowiedzialności lekarza. Prawo i Zycie 1957/13.

SAWICKI, J.: Błąd sztuki przy zabiegach leczniczym w prawie karnym. Warszawa 1965.

SAWICKI, J.: Odpowiedzialność karna lekarza za błąd sztuki lekarskiej. Priključ. k: GRZYWO-DABROWSKI, W.: Odpowiedzialność karna lekarza. Warszawa 1958. str. 103-111

SAWICKI, J.: Odpowiedzialność karna lekarza. Zycie i Prawo, 10. 3. in 24. 1. 1957.

SAWICKI, J.: Przymus leczenia i eksperyment lekarski w świetle prawa. Warszawa 1964.

SOSNIAK, M.: Obowiązek powiadomienia o skutkach zabiegu leczniczego. Państwo i Prawo 1958/7.

Č e š k o s l o v a š k a

Zakonski viri:

KRIVIČNI zakonik SR Češkoslovaške. Beograd 1965.

Das RSCHOSLOWAKISCHE Strafgesetzbuch vom 29. November 1961. Übersetzt und mit einer Einleitung versehen von Erich Schmied. Berlin 1964. (Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher. 85.)

Literatura:

ŠTEPAN, Jaromir in Jan: Právni odpovědnost ve zdravotnictvi. Praha 1960.

M a d ž a r s k a

Zakonski viri:

KRIVIČNI zakonik NR Mađarske. Beograd 1965.

STRAFGESETZBUCH der Ungarischen Volksrepublik. Budapest 1963.

Der STRAFKODEX der Ungarischen Volksrepublik. V. Gesetz vom Jahre 1961 über das Strafgesetzbuch und die wichtigsten Vorschriften des Einführungsgesetzes und der Durchführungsverordnungen. In deutscher Übersetzung, mit Erläuterungen und mit einer Einführung von Ladislaus Mezöfy Berlin 1964. (Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher. 83.)

Das UNGARISCHE StGB, über Verbrechen und Vergehen (V. Gesetzartikel vom Jahre 1878) mit allen Abänderungen und Ergänzungen einschliesslich der ungarischen Strafgesetznovelle (XXXVI. Gesetzartikel vom Jahre 1908) und den bis 1908 ergangenen strafrechtlichen Nebengesetzen. Berlin 1910. (Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher. 30.)

Die UNGARISCHEN STRAFGESETZE. Amtliche Zusammenstellung der gültigen materiellen strafrechtlichen Vorschriften in deutscher Übersetzung und mit einer Einleitung von Ladislaus Mezöfy. Berlin 1960. (Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher. 77.)

ZLATARIĆ, B.: Novi mađarski krivični zakonik. Jugosl. rev. za krim. i kriv. pravo, 1963/1.

Literatura:

BUDVARY, R.: Der Ärztliche Eingriff und seine rechtliche Bedeutung in Ungarn. Acta medicinae legalis et socialis, XVII/1964 št. 4.

- FONYÓ, A.: Referat za VIII. kongres mednarodnega združenja za kazensko pravo. *Revue int. de droit pénal*, 1961/3-4.
- HORVATH, T.: Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle. *Rapports nationaux au IX^e Congrès international de droit pénal*. Budapest 1964.
- KADAR, M.: Les circonstances aggravantes autres que le concours d'infractions et la récidive. *Rapports nationaux au IX^e Congrès international de droit pénal*. Budapest 1964.
- KADAR, M.: Neostorožnaja vina, odgovornost' za prestuplenija soveršennye po neostorožnosti. *Acta juridica*, Budapest, 1961/3-4. (Meždunarodnoe soveščanie ANNV po voprosam ugodnogo prava.)
- KOBE, P.: Krivična dela ugrožavanja javnog saobraćaja u sudskoj praksi i krivičnopravnoj teoriji. *Jugosl. rev. za krim. i kriv. pravo*, 1964/1.
- MEŽDUNARODNOE soveščanie ANV po voprosam ugodnogo prava. Prenija. (Lósonczy, I. & F. Vida & L. Viski & G. Tokaji). *Acta juridica*, Budapest, 1961/3-4.
- MILČINSKI, J. & P. Kobe: Etična in kazenskopravna stran odklonitve zdravniške pomoči. *Pravnik*, 1963/3-4.



00000504475

327

ROMO, A.: Letest na VIII. kongres mednarodnega združenja

za etnološko pravo. Revue int. de droit pénal, 1961/2-4.

HORVATH, B.: Les infractions contre la famille et la moralité

publiées annuellement. Rapports nationaux au IX^e Congrès inter-

national de droit pénal. Budapest 1964.

KADAR, M.: Das strafrechtliche Aggressionsverbrechen und die

Formen der Intelligenz und die Realität. Rapports nationaux

au IX^e Congrès international de droit pénal. Budapest

1964.

KADAR, M.: Nezakonitostna dejanja, odgovornost, in pravo

in pravo sodne oblasti. Agra Juridica, Agra Juridica,

Budapest, 1961/2-4. (Mednarodna zveza sodne oblasti po

vpraševanju ugotovnega prava.)

KORN, P.: Kritična dela upravnega sodstva in pravo sodne

oblasti. Priloge k letniku upravnega sodstva. Ljubljana, rev.

na trm. i. rev. pravo, 1964/1.

KRUMHOLTZ, J. P.: Les infractions de droit pénal et le droit

de la famille. (Revue, I. & II. Vols. & I. Vols. & G. Tokaji.)

Acta Juridica, Budapest, 1961/2-4.

KRUMHOLTZ, J. P.: Notes: Notes in comparative law

and comparative criminal law. Priloge, 1961/2-4.

Narodna in univerzitetna knjižnica
v Ljubljani

SBK 1181 ✓