

KAZENSKOPRAVNO OBRAVNAVANJE MEDICINSKIH POSEGOV PO UVELJAVITVI 125. ČLENA KZ-1

Miša Vidovič,

študentka 5. letnika Pravne fakultete Univerze v Ljubljani

Damjan Korošec,

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, redni profesor na
Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*

1. UVOD

Leto 2008 je močno zaznamovalo področje kazenskega prava. Sprejet in uveljavljen je bil nov Kazenski zakonik (KZ-1),¹ ki je prinesel veliko sprememb. Ena od teh je tudi določba 125. člena KZ-1, s katero je zakonodajalec jasno in prvič na zakonski ravni podal razlog za nekaznivost medicinskih posegov posebej v zvezi s strokovnimi napakami glede varovanja avtonomije pacienta in s tem temeljito pretresel dotedanje kazenskopravno obravnavanje medicinskih posegov. Kljub svojemu pomenu pa je določba na področju pravne literature ostala razmeroma slabo pokrita, komentirana in analizirana. Podrobnejše analize ni bila deležna niti v uvodnih pojasnilih Kazenskega zakonika² in morda je tudi to pripomoglo k številnim neposrečenim razlagam, predvsem pravnih laikov, ki v razumevanje vsebine 125. člena KZ-1 vnašajo predvsem zmedo. Ta prispevek je zato namenjen predstavitvi celovitega pomena 125. člena KZ-1 ter njegovi podrobni sistemski in tehnični analizi.

¹ Uradni list RS, št. 55/08, 66/08, 39/09, 91/11, 50/12, 54/15 in 6/16.

² Glej M. Ambrož, H. Jenull, nav. delo, str. 125; I. Bele, M. Deisinger, V. Jakulin, nav. delo, str. 86.

2. STANJE PRED LETOM 2008

Večinska jugoslovanska kot tudi starejša slovenska kazenska teorija³ je splošno sprejemala načelno nekaznivost zdravniških posegov, če so le bili izvedeni z namenom zdravljenja in po tehničnih pravilih stroke. Nekaznivost so teoretiki utemeljevali s posebnim, medicinski dejavnosti imanentnim razlogom družbene koristnosti, ki je izključeval najmanj protipravnost (če ne celo bit kaznivega dejanja)⁴ vsaj vseh kaznivih dejanj zoper telo. Pri tem je bila volja pacienta v okviru instituta privolitve potencialnega oškodovanca izrecno označena kot nebitvena.⁵ Disponibilnost telesne celovitosti, čeprav danes prepoznane kot nedvoumno osebne dobrine, je bila tako pomembno omejena. Na drugi strani je sodobna kazenskopravna teorija že takrat zagovarjala naturalistično koncepcijo biti kot prvega elementa kaznivega dejanja, v skladu s takim naturalističnim razumevanjem pa je večina posegov, ki jih na dnevni ravni izvršujejo zdravstveni delavci, izpolnjevalo bit inkriminacije telesne poškodbe. S splošnim razvojem in krepitvijo človekovih pravic⁶ se okrepi tudi nujna potreba po spoštovanju in upoštevanju samoodločbe in avtonomije posameznika, ki se na področju kazenskega prava primarno uresničuje prek instituta privolitve potencialnega oškodovanca.⁷ Tektonske premike na področju družbenih vrednot in človekovih pravic je Slovenija doživela v obdobju po osamosvojitvi, kar se nazorno odraža v naboru in vsebini človekovih pravic, ki jih na najvišji ravni zagotavlja Ustava Republike Slovenije (Ustava),⁸ pri čemer je za pričujoči prispevek steber njen 35. člen, ki zagotavlja »nedotakljivost človekove telesne

³ Z izrazom »starejša slovenska kazenska teorija« označujeva slovensko kazensko-pravno teorijo zlasti pred osamosvojitvijo.

⁴ Vedeti je treba, da se v tem obdobju tako jugoslovanska kot tudi starejša slovenska teorija nista sistematično in natančno ukvarjali s splošnim pojmom kaznivega dejanja in ni povsem jasno, na kateri ravni splošnega pojma kaznivega dejanja je bila kaznivost izključena. Glede na dosledno ograževanje medicinske dejavnosti od kazenskopravne presoje pa je videti argument, da je tako imenovana družbena koristnost zdravstva pravzaprav pomenila izključeno bit kaznivega dejanja in s tem je bila kazenskopravna analiza ravnanja takoj končana že na ravni prvega elementa, kar je onemogočalo kakršnokoli kazenskopravno pozornost. Glej D. Korošec, nav. delo (2004), str. 91.

⁵ Tako Bavcon (gre sicer za skupno delo Bavcona in Šelihove) v zvezi z medicinskimi posegi zapiše naslednje: »Tudi tu ni privolitev pacienta v takšne ali drugačne medicinske strokovne ukrepe zaradi njegovega zdravljenja tisto, kar izključuje kaznivost, temveč je to družbena potrebnost in koristnost takšnega ravnanja«. Glej L. Bavcon, A. Šelih, nav. delo, str. 203.

⁶ Zlasti po drugi svetovni vojni, z mejnikom leta 1948, ko Generalna skupščina Združenih narodov sprejme in razglasi Splošno deklaracijo človekovih pravic.

⁷ K temu pomembno pripomore tudi samostojni institut domnevane privolitve oškodovanca.

⁸ Uradni list RS, št. 33/91, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 68/06 in 47/13.

in duševne celovitosti, njegove zasebnosti ter osebnostnih pravic».⁹ In prav to v kombinaciji z doslednim spoštovanjem trodelne koncepcije splošnega pojma kaznivega dejanja, zlasti bitjo kot izrazito objektivnega elementa, pretrse slovensko tradicionalno dojemanje razmerja med zdravnikom in pacientom: kot glavno merilo upravičenosti posega se ne kaže več njegova družbena koristnost, ampak volja pacienta. Ker je torej z zdravniškim posegom po objektivni naturalistični koncepciji že izpolnjena bit kaznivega dejanja telesne poškodbe, je predvsem veljavna privolitev¹⁰ tista, ki lahko v okviru drugega elementa splošnega pojma kaznivega dejanja izključi protipravnost in s tem kaznivost.¹¹ Gre za koncept, ki pomeni bistveno celovitejše upoštevanje volje potencialnega oškodovanca v okviru splošnega pojma kaznivega dejanja, konkretno na ravni protipravnosti kot drugega elementa. Neizbežno se s tem zanika v slovenski starejši teoriji kot samoumevno priznan poseben privilegirani status medicinske dejavnosti¹² in kot ključen odraz tega pride do širše dostopnosti medicinske dejavnosti kazenskoppravni presoji.¹³

Slednja koncepcija je pomenila revolucijo na področju kazenskega prava, do katere, logično, ni moglo priti preko noči. Tako so še v začetku devetdesetih let prejšnjega stoletja nekateri slovenski kazenskoppravni strokovnjaki kljub ustavnim liberalnim okvirom vztrajali pri prejšnjih stališčih.¹⁴ V nasprotju s

⁹ Člen 35 Ustave.

¹⁰ Lastnosti, ki jih privolitev potencialnega oškodovanca mora imeti, da je kazenskoppravno veljavna, je na podlagi aktualnega osrednjega slovenskega učbenika kazenskega materialnega prava mogoče posplošeno strniti v naslednje: nujna je privolitvena sposobnost posameznika, razum o pomenu in obsegu odpovedi dobrini (pomembna je zlasti odsotnost kazenskoppravnih relevantnih zmot) ter volja za to, disponibilna narava dobrine, v katero se poseže, in zaznavnost privolitve naslovniku. Glej L. Bavcon in drugi, nav. delo, in posebej za medicinsko kazensko pravo D. Korošec, nav. delo (2004), v celoti.

¹¹ Pomen privolitve je enak ne glede na (ne)uspešnost posega, in to prav zaradi doslednega upoštevanja biti kot izrazito objektivnega elementa. Primerjaj A. Šelih, nav. delo, str. 172.

¹² Medicinska dejavnost je bila sploh edina dejavnost, ki je na področju kazenskega prava bila deležna privilegirano prijazne obravnave. Korošec navaja primer nemškega pravnega teoretika Kraußa, da tudi uboj terorista v policijski akciji še vedno pomeni izpolnjeno bit kaznivega dejanja umora, čeprav se pozneje ugotovi obstoj razlogov, ki izključujejo protipravnost (tipično institut silobrana). Podobno tudi Kraufmann, ki govori o »elementarni enakosti vseh poklicev vsaj na ravni biti kaznivega dejanja«. Glej D. Korošec, nav. delo (2004), zlasti str. 116.

¹³ Ne le v okviru inkriminacij, ki nujno pomenijo izvršeno zdravstveno napako, ampak zdaj tudi vseh njihovih dnevnih posegov, ki izpolnjujejo bit inkriminacij telesnih poškodb.

¹⁴ Primeroma je Dežman še leta 1992 zapisal, da je primarna zdravnikova dolžnost ukreniti vse, da zavaruje zdravje pacienta, kar da ni prepovedano kljub bolnikovi zavrnitvi. Z. Dežman, nav. delo, str. 313.

tem pa so v slovenski teoriji vznikale nove, prodorne kritike, da tako uveljavljenemu stanju obravnavanja pacientov, ki da ga lahko označimo kot obdobje razosebljanja pacienta in močne paternalistične obravnave, v sodobnem medicinskem kazenskem pravu naj ne bi bilo več mesta.¹⁵ Te kritike so postopoma ustvarjale težnjo po spremembi kazenskega prava, temelječi na jasnem konceptu, zakaj in na kateri ravni notranje zgradbe splošnega pojma kaznivega dejanja je kaznivost zdravstvenih delavcev izključena.¹⁶

3. MOŽNE ALTERNATIVE STANJU PRED LETOM 2008

Če je zakonodajalec želel ponuditi jasna odgovora na zgoraj navedeni vprašanje, je na načelni ravni imel tri strateške možnosti. Mogoče bi bilo, da kazenske zakonodaje v ta namen ne spreminja, ampak vse in v celoti prepusti teoriji. Vendar pa – če si je zakonodajalec želel, da bi sodobno obravnavanje medicinskih posegov zares zaživel, je bila v danem zgodovinskem trenutku ta možnost izrazito slaba in najverjetneje predhodnega obravnavanja v praksi niti ne bi spremenila. Treba se je zavedati trdovratnega večletnega ograjevanja *lege artis* in z namenom zdravljenja izvedenih medicinskih posegov od vsakršne kazenskopravne presoje ter zato razloga spremembe brez posega v kazensko zakonodajo ni bilo realno pričakovati. Ker pa je očitno imel močno politično voljo za ureditev teh vprašanj, se za to možnost ni odločil.

Ostali sta mu še dve možnosti, obe uresničljivi na ravni spremembe kazenske zakonodaje. Prva je pomenila osnovanje posebnega razloga izključevanja biti kot prvega elementa splošnega pojma kaznivega dejanja posebej za medicinsko dejavnost, druga pa uvedbo pacientove privolitve kot razloga, ki izključuje protipravnost pri medicinskih posegih objektivno (na ravni biti) nastalih telesnih poškodb. Politične teže takih načelnih opredelitev kazenskopravne teorije ni mogoče spregledati in tudi zato je nujna posebna skrbnost pri opredeljevanju za katero od obeh temeljnih nasprotujočih možnih izhodišč o vpetosti pacientove volje v splošni pojem kaznivega dejanja (bit kaznivega dejanja ali protipravnost), saj je ta po zgodovinskem splošnem preseženju nevpetosti volje pacienta v splošni pojem kaznivega dejanja tudi v Sloveniji pomembnejša,

¹⁵ D. Korošec, tudi M. Bošnjak.

¹⁶ S pravnimi vprašanji privolitve pacienta sta se v Sloveniji ukvarjali tudi Polajnar-Pavčnikova (sicer v okviru predpostavk za civilni delikt – glej A. Polajnar-Pavčnik, nav. delo, zlasti str. 95) in Šelihova (glej A. Šelih, nav. delo, zlasti str. 168–172). Pravi kazenskopravni smisel in razlog ukvarjanja pravnikov s privolitvijo pacienta pa je prav zaradi odločnega kategoričnega zavračanja volje pacienta za upravičenost medicinskih posegov (glej osrednji slovenski učbenik kazenskega prava avtorjev Bavcona in Šelihove, skozi številne izdaje) ostajal zelo nejasen in dogmatična narava nevpetosti volje pacienta v klasični splošni pojem kaznivega dejanja preko vsakega dvoma ostaja ves čas zelo meglena.

kot se morda zdi na prvi pogled. Opredelitev za eno od zgornjih nasprotujočih si koncepcij ima velik sistemski pomen v pravni didaktiki in andragogiki, navsezadnje tudi za razumevanje celotnega materialnega (medicinskega) kazenskega prava in celovitega razmerja ne le med zdravnikom in pacientom, ampak kar med državo in posameznikom. Poudarjanje interesa posameznika kot sestavnega dela številnih kazenskopravnih dobrin, poudarjanje funkcionalnosti kazenskopravnih dobrin v smeri potencialnega zanikanja biti posega v telo v luči samoodločbe, avtonomije in svobodnega razvoja osebnosti posameznikov, vse to je pravno-strateško notorično pomembno, kakor je v sodobnem pravu brez najmanjšega dvoma postala pomembna tudi samoodločba posameznika v zvezi s svojim telesom kot element presoje protipravnosti poseganja v to telo.

Očitno je, da bi opredelitev za prvo od navedenih še možnih poti, pomenilo odpoved objektivni naturalistični koncepciji biti kot prvega elementa splošnega pojma kaznivega dejanja, popolno ignoriranje volje pacienta kot (kazenskopravnega) subjekta, politično gledano pa zdravstvenim delavcem zelo prijazno ohranjanje privilegija medicinske dejavnosti prav na račun avtonomije pacientov in to na zakonodajno primerjalno zelo neobičajen način. Tega se je ob vseh kritikah v teoriji očitno zavedal tudi zakonodajalec. Tako se je odločil za možnost, omenjeno kot zadnjo – za dosledno spoštovanje in upoštevanje splošnega pojma kaznivega dejanja brez izjeme za kakršnokoli še tako humano dejavnost, za objektivno naturalistično koncepcijo biti kaznivega dejanja, za popolno vpetost volje oškodovanca in torej za privolitev pacienta, ki izključuje potencialno kaznivost medicinskih posegov, ki jim je potrjen.¹⁷ Zdi se, da je slovenskega zakonodajalca k slednji rešitvi pripeljala tudi dolgoletna in časovno sovpadajoča priprava Zakona o pacientovih pravicah (ZPacP),¹⁸ ki ga v splošnem prežema spoštovanje samoodločbe posameznika.¹⁹

4. ZAKONODAJNA REVOLUCIJA ALI 125. ČLEN KZ

Slovenski zakonodajalec je z novim Kazenskim zakonikom leta 2008 uveljavil relevantno določbo v okviru 125. člena, ki pa ne pomeni revolucije zgolj na področju medicinske dejavnosti, ampak je njen domet širši. Gre za izjemen premik v okviru splošnega dela kazenskega materialnega prava v smeri

¹⁷ Zakonodajalec je to storil po zgledu nemške, objektivno zelo razvite kazenskopravne teorije. Glej podrobno D. Korošec, nav. delo (2004).

¹⁸ Uradni list RS, št. 15/08.

¹⁹ Konkretno v 3. členu ZPacP našteva načela, ki se upoštevajo – zlasti na primer spoštovanje vsakogar kot človeka in spoštovanje njegovih moralnih, kulturnih, verskih, filozofskih in drugih osebnih prepričanj, spoštovanje telesne in duševne celovitosti ter varnosti in spoštovanje samostojnosti pri odločanju.

varovanja (čeprav posredno prek inkriminacije telesnih poškodb) avtonomije posameznika. Neposredno na zakonski ravni²⁰ v okviru tretjega odstavka 125. člena KZ-1 dobimo želen odgovor zakonodajalca, ki temelji na vpetosti in polni upoštevanosti volje pacienta. Jasno je: zakonodajalec je poudaril, da so v medicinski dejavnosti možne (implicitno pa celo običajne) biti telesnih poškodb, da pa je njihovo protipravnost mogoče izključiti tudi in še zlasti po splošnih teoretskih pravilih privolitve potencialnega oškodovanca in dodatno prek uvoza (potencialno glede na splošna teoretska pravila specialnih) zakonskih meril iz blanketno izpolnitvenega zdravstvenega prava, predvsem po naravi stvari na področju urejanja avtonomije pacienta obsežnega in natančnega ZPacP. S tem pa se tudi kategorično varuje avtonomija in samoodločba pacienta prek inkriminacije telesnih poškodb: brez veljavne privolitve poškodba ostaja protipravna.

S tem zakonodajalec v skladu s sodobno kazenskopravno teorijo poudarja univerzalnost učinkov objektivne in naturalistične koncepcije biti kaznivega dejanja kot elementa splošnega pojma kaznivega dejanja in močno politično sporočilno vrednost ugotovitev, da telo človeka, telesna celovitost in telesna integriteta (v bistvu pa tudi človekovo življenje) niso med dobrinami kazenskega prava pravzaprav nič posebnega in da zanje nujno veljajo enaka splošna pravila kot za vse druge dobrine kazenskega prava, to pa tako zunaj zdravstvene in medicinske dejavnosti kot tudi znotraj njih. Večdelna analiza po vseh stopnjah splošnega pojma kaznivega dejanja se tako nujno začne z objektivno naturalistično ugotovitvijo, ali je z na primer odrezanjem dela fiziološko in funkcionalno normalnega človekovega spolovila človekovo telo poškodovano (kar po objektivni, naturalistični koncepciji biti telesne poškodbe očitno je), potem, v naslednji, samostojni fazi proučevanja pa, ali je taka poškodba subsumabilna pod določeno inkriminacijo iz arzenala telesnih poškodb skladna s pravom, primarno zaradi instituta privolitve oškodovanca, to je pacienta,²¹ ali pa morda katere verske pravice staršev.

²⁰ In prvič na zakonski ravni – vse polemike prej so se dogajale zgolj v teoriji.

²¹ Razlog upravičljivosti pomeni predvsem privolitev potencialnega oškodovanca samega; če te ni mogoče pridobiti, pa si je treba prizadevati za pridobitev nadomestne privolitve. Kadar pa slednje ni, ker taka oseba ne obstaja ali je ni mogoče pridobiti, ker na primer take osebe ni mogoče najti, postane aktualen samostojni kazenskopravni institut privolitve domnevnega oškodovanca, šele v zadnji fazi pa upravičljiva skrajna sila, ki premalo upošteva pomen svojskosti posameznika. Glej J. Balažic in drugi, nav. delo; D. Korošec, nav. delo (2004).

5. ANALIZA IZVEDBE 125. ČLENA KZ-1

Čeprav lahko člen že na tej točki označimo kot dobrodošel, kaže (zlasti v njegovi prvotni obliki pred noveliranjem)²² znake sistemske in tehnične nedovršenosti izvedbe, ki je najbrž posledica naglice v želji po zadovoljitvi splošne politične volje po novi kazenski zakonodaji in hkrati sodobne (slovenske) kazenskoppravne teorije in biomedicinske etike v zvezi z varovanjem avtonomije pacienta. Aktualni 125. člen KZ-1 pod naslovom »Izključitev kaznivega dejanja pri telesnem poškodovanju s privolitvijo poškodovanca« določa naslednje:

»(1) Povzročitev lahke telesne poškodbe (122. člen) ni protipravna, če je poškodovanec privolil vanjo. V tem primeru se pri mladoletni ali slabotni osebi upošteva privolitev, če jo v skladu z zakonom v skrbi za njuno zdravje da tisti, ki zastopa take osebe.

(2) Naklepna povzročitev hude (123. člen) ali posebno hude (124. člen) telesne poškodbe ni protipravna, če je poškodovanec privolil vanjo in pri tem niso bile prizadete koristi koga drugega ali ogrožena kakšna skupna pravna vrednota.

(3) Ne glede na prejšnji odstavek naklepna povzročitev hude ali posebno hude telesne poškodbe pri zdravljenju ali zdravilski dejavnosti ni protipravna, če je bila privolitev dana v obliki in ob pogojih, ki jih določa zakon«.

5.1. Sistemska raven

Domet je, iz že prikazanih razlogov, večinoma usmerjen v splošni del kazenskega prava, predvsem pa domet ni omejen le na področje medicinskega kazenskega prava, ampak na splošni del slovenskega kazenskega prava nasploh.²³ Kljub temu se je zakonodajalec omenjeno normo odločil umestiti v posebni del KZ-1 in to ne kot privilegirano obliko v okviru kaznivih dejanj posameznih vrst telesnih poškodb (zaradi »zdravilnega namena storilca«), ampak kar na splošno kot samostojno pojasnilno določbo. Taka odločitev ni najbolj sistematična in umeščenost dane vsebine v posebni del KZ-1 lahko vidimo tudi kot napako.

Določba 125. člena KZ-1 je v slovensko kazensko pravo tudi na zakonodajni ravni vpeljala institut privolitve oškodovanca, ki se nanaša na razpolaganje z vsemi disponibilnimi dobrinami. Zakonodajalec pa je poslal zmedeno sporočilo, ko je oškodovanca spremenil v poškodovanca, razpolaganje oziroma privolitev pa je omejil zgolj na telesno celovitost kot bi to bila edina disponibilna

²² Leta 2012 z novelo KZ-1B (Uradni list RS, št. 91/11) je bil omenjeni člen nekoliko spremenjen, glej v nadaljevanju.

²³ Glej predhodni razdelek, tj. razdelek 4.

dobrina, kar pa seveda v sodobnem kazenskem pravu ne vzdrži. Nedvomno²⁴ je mogoča privolitve v vse osebne dobrine, ki jih tipično učbeniško primeroma naštevamo²⁵ kot življenje, telesno celovitost, zdravje, osebno varnost, čast, zasebnost, pri čemer za prvi dve naštetici sicer velja omejena disponibilnost. Pravzaprav je s tem ustvaril neko podvrsto privolitve oškodovanca, ki jo je zaradi posledice, to je poškodbe, imenoval privolitev oškodovanca, ki se nanaša zgolj na privolitev v poseg v telesno celovitost. Razlog za tako zakonodajalčevo odločitev ni jasen. Res je, da je privolitev oškodovanca v večini držav uveljavljena kot nadzakonski institut,²⁶ drži tudi to, da taka formulacija člena ne onemogoča konstrukta privolitve oškodovanca v zvezi s preostalimi razpoložljivimi dobrinami. Ni pa jasno, zakaj se je zakonodajalec odločil urejati ta institut na zakonski ravni, uredil pa je zgolj delček instituta privolitve, ki se nanaša zgolj na eno dobroto. V tem smislu sta prva dva odstavka načeloma²⁷ odvečna, saj bi bil namen zakonodajalca uresničljiv tudi z zgolj tretjim odstavkom (ki pa bi mu moral priključiti še ureditev lahkih telesnih poškodb, saj trenutno ureja le hude in posebno hude).

5.2. Tehnična raven

Z novelo KZ-1B je bil člen nekoliko preoblikovan, in sicer v obliko, v kateri ga poznamo danes.²⁸ Do redakcijske spremembe je prišlo v naslovu člena, v katerem se je izraz »soglasje« nadomestil s pojmom pacientove privolitve, ki je dosledno uporabljen v celotnem členu kot tudi v ZPacP, na katerega se člen blanketno sklicuje. Pojem privolitve je drugače kot soglasje tudi sicer v slovenskem kazenskopravnem izrazju in tudi izrazju sodobne biomedicinske etike ustrezno uveljavljen. Zaradi odvečnosti je bil črtan tudi nekdanji četrti odstavek, ki je določal nekaznivost v primeru preklicane privolitve, saj je protipravnost izključena že z instituti splošnega dela in določbo iz tretjega odstavka

²⁴ Izčrpno in sistematično o tem D. Korošec, nav. delo (1997).

²⁵ Tudi osrednji slovenski učbenik kazenskega materialnega prava – glej L. Bavcon in drugi, nav. delo.

²⁶ Korošec v svojem članku npr. opozarja, da je vključitev zakonske določbe o privolitvi oškodovanca načeloma nesmiselna, saj gre za ponavljanje principov ureditve človekovih pravic iz ustave in mednarodnopravne ureditve. Kljub vsemu pravi, da bi bila vključitev lahko koristna v danem zgodovinskem trenutku prav v Sloveniji, zaradi dolgotrajnega zanemarjanja avtonomije in samoodločbe oškodovanca v naši teoriji in praksi. Glej: D. Korošec, nav. delo (1999), str. 179.

²⁷ Zgolj načeloma, razloge glej v nadaljevanju.

²⁸ Glej predhodni razdelek, tj. razdelek 5.

125. člena KZ-1. Poleg tega bi bilo v nasprotju z določbo 31. člena ZPacP,²⁹ če bi učinek umika privolitve veljal za nazaj.

Tehnično gledano se je zakonodajalec odločil za tehniko, s katero je v posameznih odstavkih obravnaval različne vrste telesnih poškodb, ki se včasih nanašajo na kakršnokoli dejavnost, spet drugič na vse z izjemo medicinske dejavnosti ali specialno le na njo. To od uporabnika prava zahteva miselne preskoke med odstavki, poleg tega pa je med njimi in znotraj njih mogoče zaznati nelogičnost.

Prvi odstavek je splošen in ureja katerokoli področje, na katerem nastane lahka telesna poškodba³⁰ (tudi medicino). Ob tem zakonodajalec ni postavil nobene omejitve (kot jo vsebuje drugi odstavek: »[...] in pri tem niso bile prizadete koristi koga drugega ali ogrožena kakšna skupna pravna vrednota«), iz česar lahko sklepamo na spoznanje zakonodajalca, da je tehtanje med avtonomijo posameznika in koristi drugega oziroma splošnimi družbenimi vrednotami brezpredmetno, kajti lahka telesna poškodba (na primer lažje rane, večina zlomov, blažji pretresi možganov), v katero poškodovanec v okviru tega odstavka privoli, ne more ogroziti nasprotni strani tehtnice, ki torej ne more prevladati. Z drugimi besedami to pomeni, da želi dosledno zavarovati avtonomijo in ji dati prednost.

Zanimiv je drugi del tega odstavka, ki omejuje rabo nadomestne privolitve pri »mladoletni ali slabotni osebi«. Očitno gre za osebe, za katere ZPacP kot blanketni izpolnitveni akt določa poseben način uveljavljanja pravic, ker gre za osebe, ki niso sposobne odločanja o sebi.³¹ Očitno kot »slabotne« zakonodajalec šteje osebe z duševnimi težavami³² in tiste z začasno nesposobnostjo odločanja o sebi,³³ čeprav lahko po naravi stvari zajema tudi majhne otroke. Če se z izrazom »slabotne« po obsežni analizi rabe tega pojma v slovenskem zdravstvenem pravu še lahko nekako sprijaznimo, pa to ne velja za otroke,³⁴ ki jih KZ-1 v 125. členu preimenuje z nadpomenko v mladoletne. Izraz »mladoletni« jasno kaže na starostno mejo 18 let, ki pa je niti ZPacP³⁵ niti splošna pravila kazenskega instituta privolitve potencialnega oškodovanca³⁶ ne poznata. Smiselno

²⁹ Člen 31 ZPacP, tudi v povezavi s 26. členom ZPacP. Privolitev mora biti dana vnaprej in torej ne more biti veljavno podana za nazaj. Mutatis mutandis velja tudi za umik privolitve.

³⁰ Opredeljena je v 122. členu KZ-1.

³¹ Glej 35.–38. člen ZPacP.

³² Glej 37. člen ZPacP.

³³ Glej 38. člen ZPacP.

³⁴ Glej 35. člen ZPacP.

³⁵ Glej prvi odstavek 35. člena ZPacP.

³⁶ Posebna pravila o tako imenovani naravni razsodnosti. Glej D. Korošec, nav. delo (1998).

je doslednejše enotno poimenovanje, saj se sicer s tem odpira vsaj potencialna zmeda uporabnikov, to je največkrat prava neveščih oseb, v kateri bi lahko potencialno prišlo do odrekanja možnosti osebne privolitve osebi, ki je sposobna dati pravno veljavno privolitev, s čimer bi prišlo do njene nadomestitve z nadomestno privolitvijo. To bi pomenilo povsem nedopustno odrekanje avtonomije in samoodločbe te osebe (na primer na račun 17-letnika, ki je sicer naravno razsoden in sam sposoben veljavno privoliti v konkreten poseg), kar pa je v nasprotju z idejo 125. člena KZ-1 (in zlasti tudi številnimi določbami ZPacP). S tem se pokaže resnična potreba, da uporabnik zakona pozna tudi blanketno izpolnitveno zakonodajo, v okviru tega prispevka zlasti relevantnega ZPacP, s čimer se ta potencialna nedopustnost prepreči.

Zakonodajalec je torej pri »mladoletni« ali »slabotni« osebi omejil podajanje nadomestne privolitve, saj je uporabil obliko pogojnega odvisnika. Del: »[...] če jo v skladu z zakonom v skrbi za njuno zdravje« omejuje nabor zakonov, v zvezi s katerimi je mogoča nadomestna privolitev – ta mora biti dana v skrbi za zdravje osebe, namesto katere se privoli, da se poseže v njeno telesno celovitost. To potezo je mogoče razumeti kot (povsem utemeljen) strah pred zlorabami in dosledno varstvo telesne nedotakljivosti privolitveno nesposobne osebe. Gre za pomembno omejitev, ki onemogoča veljavno nadomestno privolitev pri tistih posegih, ki objektivno osebi niso v (jasno) zdravstveno korist. Konkretnije to na primer pomeni onemogočanje veljavne nadomestne privolitve pri, pogosto izpostavljenem, obrezovanju dojenčkov³⁷ brez medicinske indikacije. Gre za tako pomembno omejitev, da zaradi nje tudi prvi odstavek (čep rav zgoraj označen kot potencialno odvečen) postane zelo pomemben. Nenavadno pa je, da tako omejitev zasledimo le pri lahki telesni poškodbi, v drugem in tretjem odstavku, ki urejata hudo in posebno hudo telesno poškodbo (na primer skazitev), pa taka omejitev izgine. Ne zdi se smiselno, da tako pomembna in dejansko smotrna omejitev izostane pri invazivnejšem posegu v telo poškodovanca. Razlog take poteze zakonodajalca je neznan, avtorjema tega prispevka pa nerazumljiv.

V drugem odstavku, ki se nanaša na katerokoli področje z izjemo zdravljenja in zdravilske dejavnosti,³⁸ zakonodajalec skupaj obravnava privolitve v naklepno povzročitev hude in posebno hude telesne poškodbe, čemur pa je, v nasprotju s prvim odstavkom člena, dodan dostavek: »[...] in pri tem niso bile prizadete koristi koga drugega ali ogrožena kakšna skupna pravna vrednota«. Zdi se, da se je v okviru tega člena zakonodajalec zavedal možnosti, da dopuščanje popolne svobode razpolaganja s kazenskopravno dobrino telesne celo-

³⁷ Glej D. Korošec, nav. delo (1995).

³⁸ Glej tretji odstavek 125. člena KZ-1.

vitosti, ne glede na njeno osebno in na načelni ravni disponibilno naravo, lahko privede do kontraproduktivnosti. Zato je, da bi slednjo preprečil, postavil omenjeno omejitev. Sama vsebinska postavitev take omejitve ni sporna, ampak prej razumljiva in primerjalnopravno običajna.³⁹ V skoraj vseh razvitih kazenskopravnih sistemih se sicer večja število disponibilnih dobrin in možnost razpolaganja z njimi velja za pravilo, ki pa je vendarle lahko izjemoma omejeno. Skoraj vsi sistemi namreč znotraj disponibilnih dobrin priznavajo omejeno razpoložljivost življenja in elementarne telesne celovitosti, tako omejitev pa opravičujejo z interesom javne morale. Privolitev je po definiciji mogoča le v disponibilne dobrine, izjemoma pa ni mogoča in to v »zelo drastičnih primerih, ko bi avtonomija posameznika močno zmotila večinski občutek za družbeni mir«. ⁴⁰ Tako bi bil na primer v primeru večjih pohabitev s tem porušen javni red oziroma javna morala, ki kljub oškodovančevi privolitvi utemeljmeta kazenskopravni represivni odziv.

Za tako omejitev na ravni kazenske zakonodaje se je odločil tudi nemški zakonodajalec,⁴¹ ki je določil, da »telesna poškodba ostaja protipravna kljub morebitni privolitvi oškodovanca, dokler je poškodovanje kot tako nemoralno«. ⁴² Nekaj podobnega je očitno v okviru tega odstavka želel uvesti tudi slovenski zakonodajalec.⁴³ Vendar pa tako blanketno pravno urejanje, v katerem je vsebina kazenskopravne norme odvisna od pojmovanja javne morale, v kazenskem pravu, kjer je še posebej močan poudarek na načelu zakonitosti, zelo sporno, na kar opozarjajo tudi nemški pravni teoretiki. Javna morala ni enotna, temveč socialno razpršena, je elastična in ni jasno vnaprej določena, večkrat pa tudi iracionalna.⁴⁴ Z vidika načela zakonitosti se zato taka norma kaže kot nevarna, meja pa kot preveč nejasna, sploh ob dejstvu, da nasprotovanje javni morali pomeni neveljavno privolitev, kar (ob predpostavki odsotnosti drugih razlogov upravičljivosti) pomeni podano protipravnost, s tem pa močno odprta vrata h kaznivosti storilca in torej usodne posledice.

Poleg tega je treba poudariti, da gre v primeru omejitve za izjemo, ki po splošnih pravnih razlagalnih pravilih zahteva restriktivno razlago. Taka omejitev, še toliko bolj če se jo razlaga preširoko, namreč nujno pomeni reduciranje pomena samoodločbe in avtonomije posameznika. Vselej je zato treba ugotoviti,

³⁹ Podrobneje D. Korošec, nav. delo (2004), str. 52–76.

⁴⁰ D. Korošec, nav. delo (2004), str. 58.

⁴¹ Nemškemu sistemu z uvedbo 125. člena KZ-1 vsebinsko, kot že rečeno, slovenski zakonodajalec dosledno sledi.

⁴² D. Korošec, nav. delo (2004), str. 63, tudi opomba št. 115.

⁴³ Vendar je to storil nekoliko svojstveno oziroma zmedeno, glej v nadaljevanju.

⁴⁴ O tem M. Pavčnik, nav. delo, str. 256.

ali je javna morala zaradi posameznikovega uresničevanja (načelne) svobode res motena, v naslednji fazi pa s posebno skrbnostjo pretehtati, ali je motena toliko, da je treba posamezniku odreči upoštevnost privolitve. Nasprotovanje posameznih (konservativnih) družbenih skupin kot argument za moteno javno moralo ne sme pomeniti vnaprejšnjega zavračanja veljavnosti privolitve brez predhodno opravljenega tehtanja interesov. Slednje pač ni in ne more biti v skladu z varstvom posameznikove svobode (s tem tudi njegovega odločanja), ki je močna prvina liberalne države.

Slovenski zakonodajalec pa se je te omejitve nomotehnično lotil na svojstven način. Med pravilo (načelna upoštevnost privolitve) in omejitvijo je postavil veznik »in«, ki sicer označuje kumulativnost – »[...] če je poškodovanec privolil vanjo in pri tem niso bile prizadete koristi koga drugega ali ogrožena kakšna skupna pravna vrednota«. Kumulativnost pogojev sama po sebi sicer ni sporna, problematično pa je lahko, ali dana kumulativnostna formulacija sploh omogoča tehtanje, saj je že z minimalno prizadetostjo katerekoli koristi drugega ali minimalnim ogrožanjem skupne pravne vrednote privolitev lahko onemogočena. To močno nasprotuje duhu spoštovanja avtonomije, svobodnega odločanja in svojskosti posameznika. Bolje bi bilo, če bi obveznost tehtanja vsaj nakazal s tem, da bi na primer določil, da ne sme iti za premočno prizadetost koristi oziroma ogrožanja vrednot, pa čeprav v kumulativnostni formulaciji.

Slovenski zakonodajalec se ni odločil omejiti privolitve na način, kot to počnejo na primer Nemci – z javno moralo (kar je sicer, kot že povedano, v teoriji prepoznano kot sporno), ampak primerjalnopravno izvirno omenja »prizadetost koristi drugega ali ogroženost skupne pravne vrednote«. Ob tem spet ni povsem jasno, kaj navedena formulacija vsebinsko zajema. Čeprav je torej morda želel preprečiti nespoštovanje načela zakonitosti z vsebinsko nejasnim in raztegljivim pojmom javne morale, tega problema pravzaprav ni rešil, saj vsebinsko še vedno ni jasno, kaj omejitev zajema. Glede na členitev na nekaj individualnega, kar pripada drugemu (to je »koristi drugega«) in na nekaj splošnega (»skupne pravne vrednote«) se zdi, da je imel v mislih omejitve z individualnimi dobrinami drugega in z dobrinami splošnosti. Če je tako, pa ostaja nejasno, zakaj uporablja pojma »koristi« in »vrednot«, ne pa kar naravnost pojma dobrin. Prav tako ni zanemarljivo dejstvo, da v zvezi s koristmi drugega zahteva »poškodbo« koristi, po drugi strani pa se pri skupnih pravnih vrednotah zadovolji že z »ogroženostjo«. Ni se torej odločil za enako posledico, s čimer je pokazal na to, da je pomen pri tako imenovanih dobrinah splošnosti tako močan, da jih je treba varovati, še preden so poškodovane. To pomeni, da so mu dobrine splošnosti pomembnejše od individualnih, kar ne more biti v skladu z vrednotami liberalne države, kjer je v središču posameznik in čemur je načeloma prvenstveno namenjen 125. člen KZ-1: avtonomiji človeka. V gro-

bem pa se zdi vendarle jasno to, da zakonodajalec želi v družbi vzdrževati mir, zato je smiselno obstoječo formulacijo nadomestiti s frazo »družbeni mir«, ki je pomensko jasnejši, sploh ob razvitih merilih teorije in sodne prakse, hkrati pa ni tako hitro moten, kot je prizadeta vrednota posameznika (kar kaže na izjemnost situacije neupoštevanja dane privolitve). Seveda je družbeni mir za kazensko pravo nov in predvsem širok ter izmuzljiv pojem, toda spet ne bistveno bolj od nemoralnosti v (prej kratko prikazanem) nemškem zakonodajnem poskusu reševanja tega očitno zelo težavnega problemskega vozla.

Kakorkoli – ta omejitev velja le v primeru hudih in posebno hudih telesnih poškodb, ki niso povzročene pri zdravljenju ali zdravilski dejavnosti. Na podlagi česa slovenski zakonodajalec sklepa, da do takih spornih poškodb ne more priti v teh dveh dejavnostih, ni jasno.⁴⁵ Kljub nomotehnični neelegantnosti pa drugi odstavek vsebuje to pomembno omejitev razpolaganja z dobrinami, zato tudi tega odstavka ne moremo označiti kot povsem redundantnega.

Tretji odstavek kot *lex specialis* ureja privolitev v naklepne hude in posebno hude telesne poškodbe pri zdravljenju ali zdravilski dejavnosti. Z besedami »ne glede na prejšnji odstavek« za področje medicine razveljavlja ureditev iz drugega odstavka, hkrati pa se (za področje zdravstvene dejavnosti) blanketno sklicuje na ureditev v ZPacP (»privolitev dana v obliki in ob pogojih, ki jih določa zakon«). Taka zakonska dikcija pomeni neposredno sklicevanje primarno na 26. člen ZPacP, ki ureja privolitev pacienta.

Zmedo pa je zakonodajalec vnesel, ko je v okviru tretjega odstavka 125. člena KZ-1 določil, da mora biti privolitev dana »v obliki in ob pogojih, ki jih določa zakon«. Z razločevanjem oblike od pogojev je povedal, da oblike ne šteje kot pogoj, ki bi ga določal blanketni ZPacP, zato jo omenja posebej in dodatno. Ta besedna zveza, ki jo uporablja KZ-1, uporabnika prava lahko zavede, saj se ZPacP namreč načeloma res zadovolji že s privolitvijo pacienta v ustni in celo konkludentni obliki⁴⁶ in le izjemoma zahteva obličnost pri privolitvi⁴⁷ (pisna oblika na tako imenovanem privolitvenem obrazcu), pa še to pravilo rahlja in je tudi ob sicer zapovedanem izpolnjevanju obrazca veljavna že ustna privolitev.⁴⁸ Ureditev ZPacP daje prednost volji pred obliko, pisna oblika je tam primarno namenjena dokazni funkciji, delno pa tudi varstvu pacienta, ki naj bi bil takrat, ko je pisna oblika predpisana, s tem še bolj opozorjen na resnost

⁴⁵ Evtanazija kot medicinski poseg je trenutno prepovedana prav z utemeljitvijo, da bi lahko njeno izvajanje porušilo družbeni mir (oziroma prizadelo koristi drugega ali ogrožalo skupne pravne vrednote).

⁴⁶ Glej četrti odstavek 26. člena ZPacP.

⁴⁷ Glej peti odstavek 26. člena ZPacP.

⁴⁸ Glej šesti in sedmi odstavek 26. člena ZPacP.

in pomembnost njegove odločitve,⁴⁹ česar pa iz določbe 125. člena KZ-1 ni jasno razpoznavati. Ureditev v 125. členu KZ-1 je celo mogoče razumeti tako, da se za veljavno privolitev zahteva obličnost celo takrat, ko je ZPacP kot pogoj za veljavnost ne zahteva. Razlogi za to ostajajo pravno dogmatično, pa tudi kriminalitetnopolitično, zelo nejasni, zato naj bo tukaj dovoljen sklep, da gre za formulacijski spodrseljaj zakonodajalca.

Najverjetneje je želel sporočiti, da mora biti privolitev dana v tisti obliki in pod tistimi pogoji, ki jih določa ZPacP. Če je to želel, pa pomeni, da mora tudi obliko šteti pod tiste pogoje, ki jih zahteva ZPacP, in predvsem to, da je del »v obliki« odvečen.

Ker je zakonodajalec obravnavano določbo uvedel v želji po razjasnitvi izključevanja kaznivosti na področju medicine, je bolje, da v določbo ne meša telesnih poškodb, ki nastanejo na drugih področjih.⁵⁰ Predlagava, da tretji odstavek postane privilegirana oblika kaznivih dejanj telesnih poškodb, ki pa naj bo dopolnjen s tehtanjem, ki ga vsebuje drugi odstavek, in omejitvijo podajanja nadomestne privolitve, ki jo vsebuje prvi odstavek.⁵¹ S tem bi povsem odpadla potreba po prvih dveh odstavkih sedanjega 125. člena KZ-1.

6. O POMENU OBRAVNAVANEGA ČLENA

6.1. Za kazensko pravo

Z vidika pomena 125. člena KZ-1 je, kot že nakazano, najpomembnejši tretji odstavek. Gre za implicitno jasno potrjevanje objektivne, naturalistične koncepcije biti kaznivega dejanja, in to brez izjem, tudi za medicinsko dejavnost. Zakonodajalec je hkrati polno sprejel moderne poglede tuje in slovenske kazenskopravne teorije o privolitvi pacienta kot razlogu upravičljivosti in torej izključenosti protipravnosti.⁵² Gre za izjemen pomen za splošni del slovenskega kazenskega prava nasploh in prav to je največja dodana vrednost 125. člena KZ-1. Ne glede na sicer nekolikšno nepreglednost in ne nujno optimalno kon-

⁴⁹ Komentar J. Balažic in drugi, nav. delo, str. 142–145.

⁵⁰ Čeprav tudi na drugih področjih velja nadzakonski institut privolitve oškodovanca kot razlog izključevanja protipravnosti.

⁵¹ Na primer v obliki: Povzročitev telesne poškodbe pri zdravljenju ali zdravilski dejavnosti ni protipravna, če je bila privolitev pacienta dana ob pogojih, ki jih določa zakon, če ob tem ni premočno prizadet družbeni mir. Pri osebah, ki niso sposobne odločanja o sebi, se upošteva privolitev, ki jo v skladu z zakonom v skrbi za njeno zdravje da tisti, ki zastopa take osebe.

⁵² V tej luči preseneča stališče Dežmana, da naj bi bila določba 125. člena KZ-1 nepotrebna. Glej: Medicina in pravo: sodobne dileme II, str. 385.

sistentnost tega člena je bil to torej vsaj v novejšem razvoju, ne le slovenskega medicinskega kazenskega prava, ampak splošnega dela slovenskega kazenskega prava v celoti, eden največjih korakov.

Pri analizi teh in takih pravnih opredelitev pogosto pozabljamo, da niso pomembni le tako imenovani absolutni statični statusi v primerjalnem kazenskem pravu, ampak je še kako relevantna tudi relativna velikost korakov in premikov. Slovensko medicinsko kazensko pravo je po osamosvojitvi države, v obdobju pred sprejemanjem ZPacP in KZ-1 v delu, ki konkretizira novo zdravstveno zakonodajo, doživelo pretres vrednot in institutov posebej v zvezi z avtonomijo pacienta. Slovenski zakonodajalec se je po prelomu tisočletja (ob pripravi ZPacP in v relevantnih delih KZ-1) odločil bistveno bolj sistematično kot pred tem zavarovati voljo pacienta, svoboden razvoj njegove osebnosti, njegovo avtonomijo in samoodločbo, resneje in odločnejše kot prej tudi kazenskopravno nedvoumno zavarovati svobodo pacientovega odločanja v zvezi z medicinskimi posegi.⁵³ Ker pa je Slovenija v tem času pravzaprav naredila korak iz načeloma popolnega ignoriranja volje pacienta v splošnem pojmu kaznivega dejanja (tako z neuveljavljanjem deliktov zoper svobodo odločanja kot tudi z neuveljavljanjem deliktov zoper telo, ki oboji, kot smo videli, v primeru medicinsko indiciranega in tehnično korektno izvedenega zdravlilnega medicinskega posega v Sloveniji, kljub pomanjkljivostim privolitve v teoriji in praksi medicinskega kazenskega prava, kategorično niso prihajali v poštev) k radikalnemu varovanju avtonomije pacienta v medicini s popolno vpetostjo volje pacienta v splošni pojem kaznivega dejanja in polno rabo biti kaznivih dejanj zoper telo po zgledu najsodobnejšega nemškega kazenskega prava, je ta kulturni preskok večji celo od tistega, ki ga je na zadevnem področju medicinskega kazenskega prava opravila Nemčija po zatonu Tretjega rajha. Do ta-

⁵³ Ustavna podlaga za tako izhodišče je bila prepoznana v splošni osebnostni pravici (potencialnega oškodovanca kaznivega dejanja), kakor jo – pravzaprav podobno kot garancija svobodnega razvoja osebnosti v Ustavi Zvezne republike Nemčije (*Grundgesetz*) – v določilu 35. člena zagotavlja Ustava Republike Slovenije, ko določa: »Zagotovljena je nedotakljivost človekove [...] duševne celovitosti, njegove zasebnosti ter osebnostnih pravic«. Povedano drugače: slovenska ustava je po svoji osnovni usmeritvi in katalogu temeljnih človekovih pravic primerljiva z nemško. Osebnostne pravice, duševna celovitost, osebna svoboda, vse to je izrecno varovano tako v besedilu slovenske kot tudi nemške ustave. Posebej iz 35. člena Ustave Republike Slovenije izhaja splošna garancija svobodnega individualnega razvoja osebnosti in njenega varstva, kar (s sklicevanjem na § 2 nemške ustave) sodobno nemško pravo šteje za temeljni argument načelnega priznavanja avtonomije posameznika in z njo načelne kazenskopravne upoštevnosti privolitve oškodovanca. O načelni upoštevnosti privolitve potencialnega oškodovanca v sodobnem materialnem (medicinskem) kazenskem pravu načeloma torej ne bi smelo biti dvomov, če je pravilo o taki upoštevnosti posebej zapisano v kazenski zakonodaji, ali pa če ni.

krat so avtorji (zlasti imenitni kazenskopравни teoretik E. Schmidt⁵⁴ do konca druge svetovne vojne za tedanje čase vladavine zelo mračnih ideologij in politik z vidika avtonomije pacienta vrednostno neobičajno napredno, primerjalnopravno avantgardno!) poudarjali pomen privolitve pacienta in njegovih številnih osti za kazensko pravo, vendar se v primeru neveljavne (a sicer izhodiščno zahtevane) privolitve zavzemali za obstoj biti deliktov zoper svobodo odločanja, ne telesnih poškodb. Uveljavitev biti telesnih poškodb namesto deliktov zoper svobodo odločanja je bila korak, ki ga je Nemčija napravila šele leta po razpadu Tretjega rajha. V vsakem primeru pa je šlo pri tem nemškem koraku le za premik iz načelne upoštevnosti visoko razvite teorije privolitve pacienta k popolni vpetosti volje pacienta v splošni pojem kaznivega dejanja (zaenkrat najbolj radikalnem znanem načinu varovanja avtonomije pacienta v splošnem pojmu kaznivega dejanja), medtem ko je Slovenija leta 2008 stopila v tako odločno kazenskopravno varovanje avtonomije pacienta v splošnem pojmu kaznivega dejanja iz dotlej pacientovi volji odkrito sovražne dogmatike bolj ali manj popolnega ignoriranja privolitve pacienta, torej prispodobno ne s »korakom desetletja« (kot v Nemčiji) ampak z naravnost revolucionarnim premikom, »korakom stoletja«.

Konkretno si lahko zamislimo pacientko, ki bi prišla k zdravniku na diagnostično endoskopsko preiskavo,⁵⁵ med preiskavo pa bi zdravnik opravil⁵⁶ odstranitev polipa, ki ga je zaznal. Po prej uveljavljeni koncepciji bi se ravnanje zdravnika izmaknilo kakršnikoli kazenskopravni obravnavi iz razloga objektivne koristnosti takega posega (izključena že bit ali vsaj protipravnost) in to ne glede na to, da ni izpolnil pojasnilne dolžnosti (pacientki sploh ni povedal za obstoj polipa, je ni seznanil z metodo odstranitve, možnimi zapleti in pričakovanim rezultatom), niti ni poskušal pridobiti privolitve in s tem popolnoma paternalistično poteptal pacientkino avtonomijo. Nasprotno zdaj, v luči doslednega spoštovanja avtonomije, samoodločbe in svojskosti posameznika, velja, da je zdravnik s svojim dejanjem kirurškega odstranjevanja polipa izpolnil bit kaznivega dejanja telesne poškodbe, da je zaradi izostanka pacientkine privolitve podana tudi protipravnost ravnanja, kar, ob predpostavki podane krivde kot tretjega elementa, pomeni obstoj kaznivega dejanja in posledično odgovornost zdravnika. Enako bi na primer veljalo v primeru, ko bi zdravnik med posegom pacientki sicer povedal, da namerava odstraniti polip. Četudi bi se

⁵⁴ Schmidt na primer leta 1939 (torej v času hitre krepitve nacionalsocializma v Nemčiji, ki kot ideologija sicer, kot je znano, ni bil naklonjen avtonomiji človeka in njegovi samoodločbi), E. Schmidt, nav. delo, zlasti str. 91–117.

⁵⁵ Že za opravljanje slednje je po predpostavki dana njena veljavna privolitev.

⁵⁶ Irelevantna je strokovna kompetenca zdravnika, *lege artis* izvedba, namen zdravljenja in tudi izostanek zapletov, komplikacij.

pacientka s tem strinjala, bi bila njena privolitev neveljavna, ker kot laik ne ve, v kaj privoljuje, s čimer pridemo do izhodiščno enake situacije kot v primeru, ko privolitve sploh ni (le olajševalne okoliščine v zvezi z odmero kazni bi lahko bile izrazitejše). Očitno pa se opisana nova paradigma v praksi še ni uveljavila, saj sodne prakse s tega področja trenutno še ni.⁵⁷

6.2. Za javnost in razmerje zdravnik – pacient

Tako velik kulturni premik, kot smo mu bili priča s spremembo zakonodaje o vlogi volje pacienta v splošnem pojmu kaznivega dejanja ob uveljavitvi ZPacP in v relevantnih delih KZ-1, je v Sloveniji mnoge, zlasti zdravnike doletel nepripravljenost. Bil je vzrok nemalo presenečenj in nesporazumov med medicino in kazenskim pravom. Slovenska pravna teorija je novi zakonodajalčev zasuk k bolj sistemskemu varovanju avtonomije pacienta v glavnem pozdravila,⁵⁸ iz zdravniških krogov pa je bilo kar nekaj kritičnih zavračanj nove ureditve,⁵⁹ v glavnem kot nepošteno oziroma nerazumno prestroge do zdravnikov oziroma medicine z njenim imanentno humanim poslanstvom. Po splošnem novinarskem poročanju v obdobju priprav, ob uveljavitvi in v letih neposredno po uveljavitvi ZPacP in KZ-1 sodeč, se slovensko javno mnenje ni posebej ukvarjalo z vprašanji vpetosti pacientove volje v splošni pojem kaznivega dejanja in upravičenosti ter primernosti sprememb na tem področju v slovenski zakonodaji (ampak kvečjemu z upravno postopkovnimi vidiki tega zakona). Vse kaže, da je bilo materialno, specifično kazenskopravno vprašanje avtonomije pacienta za splošno javnost preveč strokovno in zahtevno ali pa vsaj slovenska splošna javnost avtonomije pacienta in z njo povezane potencialne kaznivosti zdravstvenih delavcev politično ni dojemala kot posebej vredno poglobljanja in razglabljanja.⁶⁰ Po razpoložljivih podatkih te problematike (drugače kot

⁵⁷ Do leta 2008 kršitev avtonomije pacienta v medicinski dejavnosti (brez uporabe sile in grožnje zoper telo) ni bila kazniva zaradi medicinske dejavnosti kot posebnega razloga izključevanja biti telesnih poškodb ali vsaj njihove protipravnosti. Ker volja pacienta torej ni imela nobene vloge, sodna praksa tega vprašanja sploh ni obravnavala. Od spremembe dalje pa po razpoložljivih podatkih objavljene sodne prakse kaže, da ni tožb v dani smeri, najbrž zaradi premajhnega ali pre slabega zavedanja nove paradigme vpetosti volje pacienta v splošni pojem kaznivega dejanja.

⁵⁸ Glej primeroma Balažic J., U. Brulc, B. Ivanc, D. Korošec (ur.) v celoti, pa tudi tam navajano literaturo.

⁵⁹ Zlasti in reprezentativno V. Flis.

⁶⁰ Celo v sicer politično potencialno brizantni javni razpravi o upravičenosti obrezovanja dečkov iz verskega motiva, kot smo jo v Sloveniji po opozorilu Varuha človekovih pravic RS in Komisije za medicinsko etiko RS na večplastno etično in pravno problematičnost te prakse v slovenskem pravnem redu doživeli leta 2012 (glej nadrobneje o obrezovanju dečkov in dodatno na več mestih obravnave problemov splošnega dela medicinskega kazenskega prava), se niso oblikovala jasnejša stališča javnosti posebej o

upravno postopkovne) niso problematizirale niti politične stranke, niti civilnodružbena gibanja.

Taka nepozornost je presenetljiva. Vprašanje, ali pacientova privolitve v zdravstveni poseg znotraj splošnega pojma kaznivega dejanja sploh ne sme imeti posebne vloge (če je le poseg medicinsko indiciran in tehnično pravilno izveden), ali zaradi posameznih funkcionalnosti kazenskopravne dobrine človekove telesne integritete lahko vpliva že kar na obstoj biti kaznivega dejanja telesne poškodbe, objektivno, naturalistično povezane s tem posegom ali pa (prav zaradi objektivne, naturalistične koncepcije biti kaznivega dejanja kot elementa splošnega pojma kaznivega dejanja) šele protipravnosti tega posega, ima veliko težo. Če zdravstveni poseg z veljavno privolitvijo pacienta povsem izpade iz vseh elementov splošnega pojma kaznivega dejanja, vključno z bitjo kaznivega dejanja kot temeljnim izhodiščem kazenskopravne analize dogajanja in torej tako rekoč apriorno iz vsakršne pozornosti kazenskega prava, gre za kazenskopravno bombastično izjemo od razmerij med elementi splošnega pojma kaznivega dejanja in politično zelo vidno obravnavo avtonomije človeka. To še posebej po večdesetletnem ravno obratnem vztrajanju slovenske kazenskopravne teorije in sodne prakse, da privolitev pacienta povsem izpade iz vseh elementov splošnega pojma kaznivega dejanja in torej apriorno iz vsakršne pozornosti kazenskega prava kot za kaznivost medicinskega posega irelevantno!

Zlasti zdravništvu (še posebej vjenemu kategorične tradicionalne neupoštevnosti privolitve pacienta v medicinskem kazenskem pravu in privilegiranoosti medicinske dejavnosti na tem področju) se zdi, če je Slovenija s splošnim tokom zgodovine že morala zapustiti popolno ignoriranje volje pacienta v splošnem pojmu kaznivega dejanja, stališče o izključeni biti kaznivega dejanja pogosto edino primerno, izključevanje zgolj protipravnosti pa do medicine žaljivo in politično zgrešeno.⁶¹ Predvsem v okviru tradicionalnih srečanj Medicina in pravo⁶² se sicer uresničujejo prizadevanja slovenske pravne in medicinske znanosti za sprotno proučevanje skupnih problemov, vendar vsaj glede opisanega znanosti nista našli skupnega jezika.

Med zdravniki je tako mogoče zaslediti trditve, da je KZ-1 zdravnikom nevarno, da zdravnikom povzroča strah zdraviti, da pacientom celo škodi, da zdravljenje pomeni kaznivo dejanje, da privolitev pomeni sporazum o slednjem.⁶³

vlogi pacientove svobodne volje in svobode njegove osebnosti, tako imenovane odprte prihodnosti ipd. v kazenskem pravu.

⁶¹ Glej zlasti številna opredeljevanja V. Flisa.

⁶² Prav tako istoimenskih publikacij s teh srečanj.

⁶³ S točno takimi besedami Flis v: Medicina in pravo: sodobne dileme II, priloga časnika Večer na <www.bonbon.si/default.asp?kaj=1&id=5524407> (4. 2. 2016).

Ker se zdijo pravniku te trditve zavajajoče že na prvi pogled, je mogoče ugotoviti, da večina teh trditev izhaja iz nepoznavanja ali nerazumevanja kazenskoppravne znanosti. Dogmatika splošnega pojma kaznivega dejanja namreč pomeni, da neizpolnjevanje katerega od elementov splošnega pojma kaznivega dejanja vodi v ugotovitev, da kaznivega dejanja ni. Nemogoče je apriorno neko dogajanje, konkretno na primer zdravljenje, označiti za kaznivo dejanje – ali nekaj kaznivo dejanje je ali ne, se ugotavlja šele skozi omenjeno kazenskoppravno analizo. Trditve o zdravljenju kot kaznivem dejanju delujejo kot politična manipulacija in ne koristijo niti zdravnikom niti pacientom.

Opisane polemike delujejo posebej nenavadne ob dejstvu, da se obveznost zdravnika s 125. členom KZ-1 ne spreminja. Če izključimo vse zakonske akte in se posvetimo aktu, ki ga izdaja Zdravniška zbornica sama, lahko ugotovimo, da 17. člen Kodeksa medicinske deontologije (Kodeks)⁶⁴ zdravniku nalaga enako obveznost kot KZ-1 – pred posegom mora zaradi izrazite informacijske asimetrije opraviti pojasnilno dolžnost in na podlagi pojasnila pridobiti privolitev bolnika.⁶⁵ Če bo torej zdravnik ravnal tako, kot pravila (celo njihova lastna) določajo, se kazenskoppravno represivnega odziva ne more in ne sme bati.

7. SKLEP

Določba 125. člena KZ-1 pomeni dokončno slovo od »razloga družbene koristnosti zdravstva« in dileme, kaj izključuje kaznivost zdravstvenih delavcev za medicinske posege, ki skladno z objektivno naturalistično koncepcijo biti pomenijo izpolnjeno bit določene vrste telesne poškodbe. Ne glede na namen zdravljenja, strokovne kompetence izvršitelja posega, tehnično dovršenost izvedbe ali popoln rezultat, je le veljavna osebna privolitev pacienta (ali njen ustrezen nadomestek – to je nadomestna, domnevana privolitev) tista, ki lahko dokončno izključi protipravnost in s tem kaznivost. Dejstvo, da je pacient tisti, ki se (vsaj primarno) sam odloči, ali določen poseg v svojo telesno celovitost dovoli, pomeni velik preskok na področju kazenskoppravnega obravnavanja medicinskih posegov in predvsem celovitejše varovanje avtonomije in samoodločbe posameznika. Kljub posameznim pomanjkljivostim člena ta pomeni potezo zakonodajalca, ki na tem področju slovensko kazensko pravo približa razvitim tujim kazenskoppravnim sistemom. Zdi pa se problematično, da 125. člen KZ-1 v praksi (še) ni popolnoma in pravilno zaživel. Vse kaže, da so

⁶⁴ Dostopno na: <<http://www.zdravniskazbornica.si/zzs.asp?FolderId=386>> (4. 2. 2016).

⁶⁵ Meniva, da trditve Polajnar-Pavčnikove, da »pravo zagovarja interes osebnostne pravice, medicina pa že na podlagi etičnega kodeksa postavlja v ospredje zdravje«, ne drži. Iz navedenega člena Kodeksa jasno izhaja, da tudi medicina poudarja pomen pravice do samoodločbe. Glej A. Polajnar-Pavčnik, nav. delo, str. 111.

kazenskopравни teoretiki, pa tudi slovenska politika, vložili premalo naporov v pojasnjevanje primerjalnopravnih razmer, v katerih je v Sloveniji prišlo do zadevnih sprememb, in nadrobnosti učinkov, ki so jih te spremembe v kazenski zakonodaji prinesle, posebej pa tudi učinkov, ki jih niso prinesle na pravne položaje pacienta in zdravnika in drugih zdravstvenih delavcev.

Literatura

- Matjaž Ambrož, Hinko Jenull: Uvodna pojasnila, v: Kazenski zakonik z novellama KZ-1A in KZ-1B. GV Založba, Ljubljana 2012, str. 33–240.
- Jože Balažic, Urban Brulc, Blaž Ivanc, Damjan Korošec (ur.), Katarina Kralj, Barbara Novak, Nataša Pirc Musar, Andrej Robida: Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP) s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2009.
- Ljubo Bavcon, Alenka Šelih: Kazensko pravo – splošni del. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1996.
- Ljubo Bavcon, Alenka Šelih, Damjan Korošec, Matjaž Ambrož, Katja Filipčič: Kazensko pravo – splošni del. Šesta izdaja, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2013.
- Ivan Bele, Mitja Deisinger, Vid Jakulin: Uvodna pojasnila, v: Kazenski zakonik – KZ-1 in KZ-UPB1. GV Založba, Ljubljana 2008, str. 49–96.
- Zlatko Dežman: Meje družbeno dopustnega tveganja pri medicinskih posegih, v: Pravnik, 47 (1992) 6-8, str. 311–315.
- Damjan Korošec: Kazenska represija v biomedicini, v: Konferenca kazenskega prava in kriminologije, GV Založba, Ljubljana 2009, str. 121–129.
- Damjan Korošec: Medicinsko kazensko pravo. Cankarjeva založba, Ljubljana 2004.
- Damjan Korošec: Obrezovanje – nepravna banalnost kirurškega posega, v: Pravnik, 50 (1995) 9-10, str. 557–567.
- Damjan Korošec: Privolitev oškodovanca in splošni pojem kaznivega dejanja, v: Zbornik znanstvenih razprav, 59 (1999), str. 163–185.
- Damjan Korošec: Privolitev oškodovanca v kazenskem pravu (primerjava dveh kazenskopravnih sistemov). Doktorska disertacija, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 1997.
- Damjan Korošec: Razum in volja in privolitvi potencialnega oškodovanca v kazenskem pravu, v: Zbornik znanstvenih razprav, 58 (1998), str. 143–164.
- Medicina in pravo: sodobne dileme II, uredniki Rijavec Vesna in drugi, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru in Zdravniško društvo Maribor, Maribor 2010.

- Barbara Nerat, Damjan Korošec: Opustitev in prekinitev medicinsko (ne)smiselnega zdravljenja, v: *Pravna praksa*, leto 33, št. 48, str. 6–8.
- Marjan Pavčnik: *Teorija prava – prispevek k razumevanju prava*. Četrta pregledana in dopolnjena izdaja, GV Založba, Ljubljana 2011.
- Ada Polajnar-Pavčnik: Obligacijski vidiki razmerja med bolnikom in zdravnikom, v: Ada Polajnar-Pavčnik in Dragica Wedam-Lukić (ur.): *Pravo in medicina*. Cankarjeva založba, Ljubljana 1998, str. 89–118.
- Eberhard Schmidt: *Der Arzt im Strafrecht*. Verlag von Theodor Weicher, Leipzig 1939.
- Alenka Šelih: Pogoji in meje kazenske odgovornosti zdravstvenega delavca, zlasti zdravnika, v: Ada Polajnar-Pavčnik in Dragica Wedam-Lukić (ur.): *Pravo in medicina*. Cankarjeva založba, Ljubljana 1998, str. 165–191.