

Univerza v Ljubljani

Pravna fakulteta

**KAZENSKOPRAVNA PRIVOLITEV OŠKODOVANCA V
MEDICINSKE POSEGE**

(magistrsko diplomsko delo)

Avtorica: Miša Vidovič

Mentor: prof. dr. Damjan Korošec

Ljubljana, september 2019

Vsem mojim, ki so čakali in dočakali – vem, da vam ni bilo lahko.

POVZETEK

Čeprav naslov magistrskega dela nakazuje na povezavo med medicinskimi posegi in privolitvijo pacienta, avtorica pokaže, da sta bila instituta dolgo časa nepovezana. Leta 2008 pa je začel veljati nov slovenski kazenski zakonik in določba 125. člena je povsem spremenila predhodno obravnavanje medicinskih posegov na področju kazenskega prava. Po vzoru nemške teorije in prakse slovenski zakonodajalec polno sprejme koncepcijo splošnega pojma kaznivega dejanja ter institut privolitve oškodovanca kot razlog izključitve protipravnosti z medicinskimi posegi objektivno naturalistično izpolnjenih biti telesnih poškodb.

Ker predstavljena reforma ni pomembna samo za področje medicinskega prava, ampak tudi za kazensko materialno pravo nasploh, naloga predstavlja njen celovit pomen in posledice. Kljub temu pa se zdi, da se zakonodajalec členu ni dovolj posvetil. S kritično analizo člena avtorica pokaže njegove pomanjkljivosti, ki bi jih ob noveliranju kazalo izboljšati. Naloga poleg tega predstavlja, kako je 125. člen KZ-1 zaživel v praksi.

Ključne besede: medicinski poseg, medicinsko pravo, kazensko materialno pravo, avtonomija, samoodločba, privolitev pacienta, spoštovanje volje, objektivna koncepcija biti kaznivega dejanja

ABSTRACT

Even though the title of the master's thesis implies a connection between medical interventions and a patient's consent, the author shows that these two terms seemed to be unrelated for many years. However, in 2008 the Slovenian legislator adopted the new Criminal Code – Kazenski zakonik (KZ-1) and the implementation of article 125 dramatically changed the former criminal treatment of medical interventions. Based on German law and theory, the Slovenian legislator declares for nothing but the full acceptance of the general notion of a criminal offense. It becomes obvious that physicians' medical intervention implies the entity of bodily injury, but it is the patient's consent which eliminates the unlawfulness of the criminal offense and so waives the physicians' liability.

The introduced reform is important not only in terms of medical law, but it also affects the theory of substantive criminal law. Hence, the thesis presents a comprehensive overview and its implications. Nevertheless, it appears like the legislator did not consider all the aspects of the article. When critically analyzing, the author has established many imperfections which need to be improved by an amendment. The thesis also presents the realization of the article in practice.

Key words: medical intervention, medical law, substantive criminal law, principle of the autonomy, self-determination, patient's consent

KAZALO VSEBINE

1. UVOD	6
2. ZGODOVINSKI PREGLED OBRAVNAVE MEDICINSKIH POSEGOV	8
3. 125. ČLEN KZ-1 – VOLJA PACIENTA KOT NAJVIŠJI ZAKON	11
3.1. O ŠIRŠEM POMENU 125. ČLENA KZ-1.....	12
4. PROBLEMATIKA 125. ČLENA KZ-1	14
4.1. SISTEMSKA IN TEHNIČNA IZPELJAVA 125. ČLENA KZ-1	14
4.2. OMEJITEV PODAJANJA NADOMESTNE PRIVOLITVE (125/I KZ-1).....	15
4.3. OMEJITEV UPOŠTEVNOSTI OSEBNE PRIVOLITVE (125/II KZ-1)	17
4.4. POGOJI ZA VELJAVNO PRIVOLITEV (125/III KZ-1).....	19
4.5. PREDLOG PREDRUGAČENJA 125. ČLENA KZ-1	19
5. UPORABA 125. ČLENA V PRAKSI	22
6. PRIKAZ PRAKTIČNEGA POSTOPANJA SKOZI PRIZMO KAZENSKOPRAVNIH INSTITUTOV UPRAVIČLJIVOSTI IN PRIKAZ RAZMERIC MED NJIMI	25
7. ZAVRNITEV MEDICINSKEGA POSEGA	29
8. HIPOTETIČNA PRIVOLITEV	31
8.1. HIPOTETIČNA PRIVOLITEV PO ROXINU	34
9. (NE)ALTERNATIVE OBSTOJEČEMU KONCEPTU	37
9.1. INKRIMINACIJA SAMOVOLJNEGA ZDRAVLJENJA.....	37
9.2. DRUGAČNA FUNKCIONALNOST KAZENSKOPRAVNIH DOBRIN	38
10. SKLEPNE MISLI	42
11. SEZNAM LITERATURE	43

1. UVOD

Številni (še vedno) menijo, da represivno kazensko pravo nima kaj dosti opraviti s tako inherentno humano dejavnostjo, kot je medicina. Odnos med njima je v resnici precej globok, zares pa mu ni mogoče pripisati velike harmonije. Dolgo časa je bil sicer zapostavljen, kar je glede na politično, ideološko in versko občutljivost tematike morda celo razumljivo.

Medicinsko kazensko pravo zato velja za razmeroma mlado pravno panogo, a je zaradi naraščajočega pomena medicine in njenega stalnega napredka pričakovati, da bo v prihodnosti postajala vse bolj pomembna. Ne le zaradi potencialnega oblikovanja novih inkriminacijskih norm, kot tudi ne zaradi sankcioniranja morebitnih zdravniških napak, ampak predvsem zaradi spoznanja, da je pravno relevanten prav vsak medicinski poseg,¹ ki ga vsakodnevno izvršijo zdravniki.

Glavno merilo upravičenosti izvedbe medicinskega posega od leta 2008 nedvomno predstavlja institut privolitve oškodovanca. Čeprav gre v osnovi za institut splošnega dela kazenskega prava, se ravno v okviru te panoge najbolje pokaže njegova kompleksnost in pomembnost. Teorija ga označuje za glavni problem medicinskega kazenskega prava in za največjo spremembo pri obravnavi medicinskih posegov. Gre za pravi tektonski premik, a kljub temu leta ni doživel veliko nadrobnega posvečanja literature² in praktično nobene pozornosti prakse. Magistrsko nalogo zato prežema želja po promociji in približanju novega koncepta obravnave medicinskih posegov.

Nalogo pričujem s kratkim prikazom zgodovinskega ozadja, saj bo le tako mogoče uvideti veličino spremembe paradigme. Predstavljam 125. člen Kazenskega zakonika (KZ-1)³ kot nosilni člen spremembe in njegov pomen tako za medicinsko kazensko pravo kot tudi za kazensko pravo nasploh. V nadaljevanju se analitično posvečam anomalijam tega člena in

¹ Medicinski poseg je v magistrskem delu uporabljen v pomenu blanketne norme iz glavnega blanketno izpolnitvenega zakona, tj. Zakona o pacientovih pravicah (ZPacP), Uradni list RS, št. 15/08 in 55/17. Definiran je kot »vsako ravnanje, ki ima preventivni, diagnostični, terapevtski ali rehabilitacijski namen in ki ga opravi zdravnik, drug zdravstveni delavec ali zdravstveni sodelavec.« Glej 2/I(10.) ZPacP.

² V obeh različicah uvodnih pojasnil Kazenskega zakonika so se spremembe avtorji bolj kot ne le dotaknili, glej M. Ambrož, H. Jenull, nav. delo, str. 125, I. Bele, M. Deisinger, V. Jakulin, nav. delo, str. 86. Spremembi se ne posveti niti Šelihova v svojem članku, kot novitete izpostavlja le določbo 114. člena KZ-1 in posodobitev 181. člena KZ-1, glej A. Šelih, nav. delo (2014). Kasneje Deisinger v svojem komentarju zadevni člen analizira nekoliko bolj konkretno, a kljub temu površinsko in deloma verjetno napačno, glej M. Deisinger, nav. delo, str. 163. Poglobljeno analizo člen doživi šele leta 2016 v znanstvenem članku, glej M. Vidovič, D. Korošec, nav. delo, naknadno tudi v edini aktualni slovenski monografiji iz tega področja, D. Korošec, nav. delo (2016), in kasneje v Velikem znanstvenem komentarju KZ-1, D. Korošec in drugi, nav. delo (2018), str. 452 – 465. Sodne prakse v zvezi z 125. členom ni, o razlogih glej v nadaljevanju.

³ Uradni list RS, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16 in 27/17.

predlagam njegovo izboljšavo. Poseben del naloge namenjam uporabi koncepta privolitve pacienta v praksi in iščem razloge zaradi katerih le-ta še ni zaživel, predstavljam pa tudi morebitne alternative.

2. ZGODOVINSKI PREGLED OBRAVNAVE MEDICINSKIH POSEGOV

Čeprav je privolitev oškodovanca star institut in njegovi zametki segajo že v čas Rimskega prava, je po propadu slednjega institut povsem izgubil na pomenu.⁴ Svojo renesanso je doživel šele v novejši nemški literaturi, od koder je vzcvetela njegova recepcija. Slovenija je bila takrat del SFRJ, ki je bila dogmatiki privolitve oškodovanca, resnici na ljubo, precej nenaklonjena. Takratna ideologija je bila močno usmerjena v interese družbe oz. države in kot posledica tega so bile dobrine razumljene kot izrazito splošne. Posameznik z njimi tako ni mogel razpolagati, saj se je smatral le za delček velikega oškodovanca, tj. države. Obrobno se je institut privolitve v literaturi sicer obravnaval, a so teoretiki v veliki večini v njem videli največ olajševalno okoliščino za določitev kazenske sankcije, ne pa razlog izključevanja protipravnosti oz. kaznivosti, kot to velja danes.⁵

Povedano daje vedeti, da so se medicinski posegi tradicionalno obravnavali povsem mimo instituta privolitve. Teoretiki so splošno sprejemali načelno nekaznivost lege artis in z namenom zdravljenja izvedenih medicinskih posegov in nekaznivost utemeljevali s posebej konstruiranim razlogom družbene koristnosti zdravstva. Sklicujoč se na poseben status medicinske dejavnosti je ta predstavljal samostojni razlog izključitve najmanj protipravnosti, če ne celo biti, vsaj vseh kaznivih dejanj zoper telo.⁶ Tako sistemsko zanikanje pomena volje pacienta⁷ je disponibilnost telesne celovitosti pomembno omejilo. To obdobje zato lahko označujemo kot obdobje razosebljanja pacienta.

⁴ Ulpijanov rek »nulla iniuria est, quae in volentem fiat« kaže, da je že v času rimskega prava obstajala neka členitev na osebne dobrine in dobrine splošnosti in da je v zvezi z osebnimi veljalo prepričanje, da je bolje, da z njimi razpolagajo posamezniki. Kazenska zakonodaja 18. in 19. stoletja je bila izrazito usmerjena v varstvo države, zato so bile dobrine večinoma splošne (relativizacija pri premoženjskih kaznivih dejanjih, nujno zaradi konstrukta zasebne lastnine), s tem pa nerazpoložljive, zato je bila privolitev neupoštevna. Posamezniki tako niso mogli odločati o svojem življenju, telesni celovitosti – to je za njih počela država, ki je sledila objektivni koristi zdravljenja. Glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 84-88.

⁵ Glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 51-62.

⁶ V tem obdobju se jugoslovanska teorija, v okviru nje pa tudi starejša slovenska, ni sistematično in n drobno ukvarjala s splošnim pojmom kaznivega dejanja in ni povsem jasno, na kateri ravni splošnega pojma kaznivega dejanja je bila kaznivost izključena, glej D. Korošec, nav. delo (2004), str. 91. Zaradi doslednega ograjevanja medicinske dejavnosti od kazenskopravne presoje se celo zdi, da je tako imenovana družbena koristnost zdravstva pravzaprav pomenila izključeno bit kaznivega dejanja in s tem je bila kazenskopravna analiza ravnanja takoj zaključena že na ravni prvega elementa, kar je onemogočalo kakršnokoli kazenskopravno pozornost, glej D. Korošec in drugi, nav. delo (2018), str. 425 – 465.

⁷ Bavcon leta 1978 in 1987 v učbeniku splošnega dela materialnega kazenskega prava zapiše, da »oškodovančeva privolitev praviloma ne izključuje obstoja kaznivega dejanja,« v zvezi z medicinskimi posegi pa da »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 (1978), str. 135, L. Bavcon, A. Šelih, nav. delo (1987), str. 141, L. Bavcon, A. Šelih, nav. delo (1996), str. 203.

Čeprav so se v tem obdobju vrstili mednarodni in regionalni dokumenti, ki so uveljavljali in krepili standarde človekovih pravic,⁸ to takratne teorije ni dosti motilo. Premik je Slovenija, vsaj na normativni ravni, naredila z osamosvojitvijo in novo državno ter ustavno ureditvijo, ki odraža novo gledanje na človeka in državo. Nabor in vsebina ustavno zagotovljenih pravic posebno pozornost namenjata svobodi kot konstitutivnemu elementu liberalne države. Temeljni argument za nujnost spoštovanja posameznikove avtonomije in samoodločbe izhaja iz 35. člena Ustave Republike Slovenije (Ustava),⁹ ki zagotavlja »nedotakljivost človekove telesne in duševne celovitosti, njegove zasebnosti ter osebnostnih pravic.« Navedena določba Ustave predstavlja temelj svobode in individualnosti posameznika in jo štejemo kot podlago, iz katere izhaja načelna upoštevnost kazenskopravnega instituta privolitve oškodovanca.¹⁰ Kljub temu so v devetdesetih letih na področju obravnave medicinskih posegov starejši slovenski pravni teoretiki še naprej vztrajali na prejšnjih, pacientu in njegovi volji neprijaznih stališčih.¹¹

Po zgledih iz tujine pa so sodobni slovenski teoretiki vse bolj glasno opozarjali na dogmatično nesprejemljivost takšne obravnave.¹² Zaradi doslednega spoštovanja trodelne koncepcije splošnega pojma kaznivega dejanja in objektivne naturalistične koncepcije biti kot njenega prvega elementa je večina medicinskih posegov očitno izpolnjevala bit inkriminacij telesne poškodbe, ostajalo pa je nejasno, kaj izključuje kaznivost in na kateri ravni splošnega pojma je kaznivost sploh izključena. Prodorne kritike so bile jasno sporočilo, da za paternalističen razlog družbene koristnosti zdravstva v sodobnem medicinskem kazenskem pravu ni več mesta, s čimer je bila ustvarjena močna težnja po nujni spremembi koncepta obravnave.

Ker je z valom družbenih sprememb varovanje avtonomije posameznika postajalo vse jasnejši politični cilj, očitno pa si je zanj prizadevala tudi sodobna kazenskopravna teorija, je zakonodajalec leta 2008 v okviru novega KZ-1 prevzel krmilo obravnavanja medicinskih posegov¹³ in ga prvič nedvoumno in na zakonski ravni obrnil v smer kategoričnega systemskega

⁸ Pomemben mejnik predstavlja leto 1948, ko Generalna skupščina Združenih narodov sprejme in razglasi Splošno deklaracijo o človekovih pravicah, za nas pa je posebnega pomena tudi Evropska konvencija o človekovih pravicah, izdana v okviru Sveta Evrope, podpisana v Rimu leta 1950.

⁹ Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99 in 75/16 – UZ70a.

¹⁰ Z uveljavitvijo Ustave zato ne bi smelo več biti dvoma o upoštevnosti tega instituta, četudi ga ne najdemo zapisanega v zakonu. V večini držav institut privolitve oškodovanca pravzaprav živi kot nadzakonski institut.

¹¹ Dežman še leta 1992 zapiše, da je primarna zdravnikova dolžnost ukreniti vse, da zavaruje zdravje pacienta, kar da ni prepovedano bolnikovi zavrnitvi navkljub, Z. Dežman, nav. delo (1992), podobno leta 1996 Bavcon – da ob vitalni indikaciji lahko zdravnik opravi medicinski poseg tudi ob nasprotovanju pacienta, L. Bavcon, A. Šelih, nav. delo (1996), str. 204. Glej tudi zgoraj, opomba številka 7.

¹² D. Korošec, tudi M. Bošnjak.

¹³ Zakonodajalec bi sicer lahko vse prepustil teoriji, vendar bi bila ta možnost izrazito slaba. Zaradi zasidranosti družbene koristnosti zdravstva kot razloga upravičljivosti v praksi ni bilo mogoče pričakovati drugačne obravnave

varstva avtonomije in samoodločbe kot temelja svobodnega in individualnega razvoja osebnosti posameznika, ki se na področju medicinskega kazenskega prava zrcali v pacientovi svobodi odločanja v zvezi z medicinskimi posegi.

brez spremembe zakonodaje. Ob enem se z zakonskim urejanjem na simbolni ravni pokaže močna politična volja zakonodajalca za ureditev tega področja.

3. 125. ČLEN KZ-1 – VOLJA PACIENTA KOT NAJVIŠJI ZAKON

Po vzoru objektivno izjemno razvite nemške teorije¹⁴ in pod vplivom dolgoletne in časovno sovpadajoče priprave ZPacP,¹⁵ smo z letom 2008 v okviru 125. člena KZ-1 dobili določbo z naslovom »Izključitev kaznivega dejanja pri telesnem poškodovanju s privolitvijo poškodovanca«, ki se v aktualni različici glasi:

»(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.«

Čeprav določba v praktičnem smislu zdravljenja ne prinaša velike novosti,¹⁶ že na prvi pogled pomeni temeljito spremembo v kazenskopravni obravnavi medicinskih posegov in ponuja jasen odgovor o izključevanju nekaznivosti. Medicinski posegi praviloma pomenijo izpolnjeno bit katere od inkriminacij telesnih poškodb,¹⁷ protipravnost le-teh pa se izključuje primarno preko instituta privolitve oškodovanca, pri čemer so relevantna vsa teoretska pravila instituta privolitve kot tudi pravila blanketne izpolnitvene zakonodaje.¹⁸ Osrednje merilo torej ni več

¹⁴ Nemški kazenskopravni teoriji, s tem pa tudi teoriji sodobnega medicinskega kazenskega prava, teoretiki pripisujejo atribut izjemne natančnosti, poglobljenosti, domiselnosti in razvitosti, zato je vzor mnogim drugim kazenskopравnim ureditvam. Glej reprezentativno D. Korošec, nav. delo (2016). Nekateri sicer menijo, da ureditve nekaterih drugih držav predstavljajo boljše zakonodajno rešitev, npr. francoski je naklonjen Bošnjak, glej M. Bošnjak, nav. delo, Flis pa se zavzema za avstrijsko, glej V. Flis, nav. delo (2010).

¹⁵ ZPacP v 3. členu našteva načela, ki se upoštevajo in prevevajo celoten zakon – izpostavim naj spoštovanje vsakogar kot človeka in spoštovanje njegovih moralnih, kulturnih, verskih, filozofskih in drugih osebnih prepričanj, spoštovanje telesne in duševne celovitosti ter varnosti, spoštovanje samostojnosti pri odločanju.

¹⁶ Že prej je bilo zdravništvo zavezano k iskanju pacientove privolitve in spoštovanju njegove volje za medicinski poseg, glej o tem v nadaljevanju. Kazenskopravno pa je bila volja v splošnem pojmu popolnoma ignorirana, zato nespoštovanje volje ni imelo nobenih kazenskopравnih posledic.

¹⁷ V poštev prihajajo različne stopnje telesnih poškodb in krivdne oblike, tj. 122., 123. in 124. člen KZ-1.

¹⁸ Za medicinske posege je relevanten ZPacP, na področju zdravlilstva pa Zakon o zdravlilstvu (ZZdrav), Uradni list RS, št. 94/07 in 87/11.

objektivna koristnost zdravljenja oz. posega, ampak svobodna odločitev posameznika. V tem smislu pacientova volja postane najvišji zakon.¹⁹

3.1. O ŠIRŠEM POMENU 125. ČLENA KZ-1

Z uvedbo 125. člena je bil zakonodajalčev primarni namen sicer razrešiti dilemo nekaznivosti posegov in dogmatičnih nekonsistentnosti povezanih s tem, vendar je sporočilna vrednost določbe bistveno večja. Pomembno namreč prispeva k teoriji splošnega dela materialnega kazenskega prava, kar ji daje dodatno vrednost.²⁰

Zakonodajalec z njo jasno pokaže, da sprejema ne samo dogmatiko privolitve oškodovanca, ampak implicitno potrjuje tudi dogmatiko splošnega pojma kaznivega dejanja in znotraj te objektivno naturalistično koncepcijo biti kot prvega elementa. Zavzame se za univerzalno aplikabilnost teh konceptov, ne glede na dejavnost ali dobrino. S tem je zanikana dolgoletna privilegirana medicinske dejavnosti,²¹ telesna celovitost pa se med drugimi kazenskopravnimi dobrinami ne kaže več kot specifična.

S tem pride do bistveno širše dostopnosti medicine kazenskopravni presoji. Niso več relevantne le potencialne t.i. zdravniške napake, ampak je vsak medicinski poseg predmet kazenske analize, ki sledi enakim korakom kot v vseh drugih zadevah. V prvi fazi ugotavljamo, ali je z določenim medicinskim posegom prišlo do poškodbe telesa (kar zaradi vrednostno nevtralne biti očitno je) in ali je ta subsumabilna pod katero od inkriminacij telesnih poškodb. Ko je obstoj biti nesporno ugotovljen, pa v okviru drugega elementa presojamo, ali je ta poškodba vendarle skladna s pravom kot sistemom norm in vrednot – primarno zaradi instituta privolitve oz. njemu ustreznega substituta. Če protipravnost ni izključena, se analiza nadaljuje v okviru tretjega elementa, tj. krivde.

¹⁹ Sprememba se v literaturi včasih ponazarja z latinskima rekoma »salus aegori suprema lex«, tj. zdravje kot najvišji zakon, in »voluntas aegori suprema lex«, tj. volja kot najvišji zakon. Glej V. Flis, nav. delo (1998).

²⁰ Medicinsko kazensko pravo torej ni zgolj podpanoga kazenskega, ampak je hkrati njegova nadgradnja. Pomembno namreč prispeva k razjasnitvi dogmatike splošnega pojma, zlasti v smislu meja med elementi in objektivne in naturalistične narave biti, dogmatike privolitve kot instituta splošnega dela, avtonomijo in samoodločbo pa povzdiguje na raven kazenskopravne dobrine. Glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 29 – 38.

²¹ Medicinska dejavnost je bila nasploh edina dejavnost, ki je na področju kazenskega prava bila deležna privilegirano prijazne obravnave. Krauß navaja zgovoren primer – tudi uboj terorista v policijski akciji še vedno pomeni izpolnjeno bit kaznivega dejanja umora, čeprav se kasneje ugotovi obstoj razlogov, ki izključujejo protipravnost (tipično gre za institut silobrana). Glej v D. Korošec, nav. delo (2004), zlasti str. 116. Tudi Kaufmann pravi, da ni razlogov, da bi ravno zdravniki uživali poseben status, ostali pa ne. Glej v D. Korošec, nav. delo (2016), str. 171, tudi opomba 378.

Volja, prej v kazenskem pravu trdovratno ignorirana in torej nepomembna, zdaj postane polno vpeta v splošni pojem in upoštevana v okviru instituta privolitve. Posredno preko inkriminacij telesnih poškodb se sedaj prvič sistematično priznava in krepi avtonomija posameznika, saj brez veljavne privolitve poseg ostaja protipraven in s tem potencialno kazniv.

Naj ne bo odveč pripomniti, da se z vsem tem kaže nov odnos države do posameznika. Posameznik je emancipiran in predstavlja svojo celoto, številne dobrine se štejejo kot njegove osebne in z njimi lahko sam razpolaga. To njegove interese, voljo, avtonomijo in samoodločbo postavlja pred morebitne konfliktne interese države.

4. PROBLEMATIKA 125. ČLENA KZ-1

Pravno urejanje v splošnem ni lahek proces, toliko bolj pa je kompleksen, ko predstavlja revolucionarno spremembo paradigme pravne veje in njene dogmatike ter ima hkrati sistemski pomen za razumevanje vloge posameznika v družbi. 125. člen KZ-1 tudi zato lahko razumemo kot velikopotezen in pogumen korak zakonodajalca, ki je ob enem zaradi svojega pomenskega sporočila nadvse koristen. Kljub temu se ob njegovi analizi zdi, da se je spremembe lotil v naglici, brez poglobljenega in tehtnega premisleka in pod velikim pritiskom politike in teorije.

Leta 2012 se je sicer odločil poseči v prvotno besedilo člena in noveliranje je prineslo spremembo v naslovu²² ter črtanje odvečnega četrtega odstavka, ki je urejal nekaznivost v primeru preklicane privolitve.²³ Ostaja nejasno, zakaj se že takrat ni odločil odpraviti vseh, enih manj, drugih bolj očitnih anomalij. Mogoče je misliti dvojje – ali se le-teh ni zavedal,²⁴ ali pa se jih zaradi pomanjkanja idej ali poguma ni želel zavedati. KZ-1 je kasneje doživel še nekaj novel, a 125. člen tudi takrat ni doživel sprememb.²⁵ V nadaljevanju zato predstavljam njegove največje pomanjkljivosti in nelogičnosti ter predlagam njegovo izboljšavo.

4.1. SISTEMSKA IN TEHNIČNA IZPELJAVA 125. ČLENA KZ-1

Tako v sistemskem kot tehničnem smislu zakonodajalčev način urejanja čudi. Zdi se, da je zakonodajalec izmed vseh možnih načinov urejanja izbral najbolj nenavadnega.²⁶ 125. člen, uvrščen v posebni del KZ-1, predstavlja pojasnilno določbo, s katero se deloma ureja institut

²² Pojem soglasja je v naslovu nadomeščen s pojmom privolitve, ki je vsebinsko glede na Geerdsovo delitev ustrežnejši termin. Gre torej za uskladitev z že etabrirano terminologijo na področju kazenskega prava, enako s pojmom privolitve operira ZPacP.

²³ Taka privolitev je namreč izključena že z instituti splošnega dela in 125/III KZ-1. Umik take privolitve bi nasprotoval tudi 31. členu ZPacP v povezavi s 26. ZPacP. Privolitev mora biti dana vnaprej in ne more biti veljavno podana za nazaj (to bi pomenilo naknadno privolitev, ki po kvaliteti ni privolitev). Mutatis mutandis enako velja tudi za umik privolitve. Tako tudi M. Ambrož, H. Jenull, nav. delo, str. 125.

²⁴ Morda njegovo nezavedanje lahko opravičimo z dejstvom, da do leta 2012 ni bilo nobenih obsežnih analiz in komentiranj 125. člena.

²⁵ Do noveliranja KZ-1 je prišlo tudi v letih 2015 (novela KZ-1C), 2016 (novela KZ-1D) in 2017 (novela KZ-1E). Ob tem se pojavlja vprašanje, zakaj zakonodajalec bolj skrbi vse drugo – npr. terorizem, prehodi čez mejo, gospodarski kriminal itd., ne posveča pa se skrbi za avtonomijo in samoodločbo posameznika kot pomembnega gradnika demokratične družbe.

²⁶ Poleg že izpostavljenosti prepustitve teoriji, Korošec možnosti zakonskega urejanja našteje takole: 1. uvesti nov institut splošnega dela, ki bi pokrival tudi obravnavo medicinskih posegov, 2. urediti poseben razlog upravičenosti namenjen telesnim poškodbam povzročenih v okviru medicinske dejavnosti, 3. v okviru posebnih odstavkov inkriminacij telesnih poškodb urediti posebne privilegirane oblike v zvezi z medicinsko dejavnostjo. Glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 118.

privolitve oškodovanca nasploh, tj. za vse dejavnosti, vendar le v zvezi s telesno celovitostjo,²⁷ hkrati pa posebej za medicinsko dejavnost predstavlja razlog nekaznivosti povzročenih telesnih poškodb pri opravljanju posegov. Oboje prepleta v različnih odstavkih člena, v katerih dodatno predstavlja različna merila za urejanje vrst telesnih poškodb. To ustvarja veliko zmedo, uporabnika prava pa sili v miselne preskoke med dejavnostmi,²⁸ (nekoherentnimi) merili²⁹ in tipi telesnih poškodb.³⁰ Že s tem se pokaže, da zakonodajalec ni dobro razmislil, kaj in na kakšen način sploh želi urejati oz. se ni zavedel razsežnosti ustvarjene določbe.

4.2. OMEJITEV PODAJANJA NADOMESTNE PRIVOLITVE (125/I KZ-1)

Prav vsi odstavki 125. člena v grobem nosijo enako pomensko sporočilo, tj. da povzročitev telesne poškodbe ni protipravna, če je poškodovanec vanjo privolil. Hkrati ima vsak odstavek določeno posebnost – posebnost prvega odstavka je njegov drugi del, v katerem se omejuje upoštevanje privolitve pri »mladoletni ali slabotni osebi«, saj jo mora »tisti, ki zastopa take osebe« dati »v skladu z zakonom v skrbi za njeno zdravje«. ³¹ Čeprav zakon ne operira s tem pojmom, je precej očitno, da gre po vsebini za urejanje nadomestne privolitve z blanketnim sklicevanjem na ZPacP. Ob teh dejstvih pa se določba kaže za problematično tako iz terminološkega kot tudi vsebinskega vidika.

Ker nadomestna privolitev predstavlja subsidiarno obliko prave privolitve, je torej po definiciji mogoča le, ko oseba ni privolitveno sposobna³² in zato nezmožna podati osebno privolitev. Te osebe ZPacP poimenuje kot osebe, ki niso sposobne odločanja o sebi,³³ natančneje kot: otroke,³⁴

²⁷ Če si je zakonodajalec iz nekega razloga želel hkrati urediti tudi splošni institut privolitve oškodovanca, ostaja nejasno, zakaj ga ni uredil v celoti, ampak le v zvezi s telesno celovitostjo (to je razlog, da je oškodovanec v členu preimenovan v poškodovanca), s čimer (sploh ob nepoznavanju teorije) celo daje misliti, da gre za edino disponibilno dobrino. To ni v skladu z dogmatiko privolitve – mogoča je privolitev v vse disponibilne dobrine, katerih krog se, zgodovinsko gledano, vse bolj širi. Glej D. Korošec, nav. delo (1997), tudi L. Bavcon in drugi, nav. delo.

²⁸ 125/I je splošen, namenjen vsem dejavnostim, 125/II se nanaša na vse dejavnosti z izjemo medicinske, 125/III pa je namenjen posebej medicini.

²⁹ Omejitev glede upoštevnosti dane (osebne) privolitve vsebuje le 125/II.

³⁰ Lahka, huda in posebno huda telesna poškodba, tj. 122., 123. in 124. člen KZ-1.

³¹ V celoti se 125/I glasi: »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.«

³² Po naravi stvari v poštev prihajata absolutna in relativna privolitvena nesposobnost.

³³ Naslov 9. poglavja ZPacP, ki to tematiko ureja, je »Poseben način uveljavljanja pravic pacientov, ki niso sposobni odločanja o sebi.«

³⁴ 35. člen ZPacP.

paciente s težavami v duševnem zdravju,³⁵ ali z začasno nesposobnostjo odločanja o sebi.³⁶ Zaradi že omenjene časovno sovpadajoče priprave ZPacP s KZ-1, pri čemer naj bi njegov 125. člen pomenil konkretizacijo avtonomije in samoodločbe kot cilja ZPacP, se zdi skovanka »mladoletne ali slabotne osebe« nenavadna. Morda se s pojmom »slabotnih« oseb še za silo sprijaznimo,³⁷ očitno problematičen pa je pojem »mladoletnih« oseb, ki odkazuje na starostno mejo osemnajst let. S tem je KZ-1 v navidezni koliziji z dogmatiko instituta privolitve,³⁸ ki se izogiba postavitvi kakršnekoli fiksne starostne meje, pač pa poudarja pomen t.i. naravne razsodnosti, ki ji dosledno sledi tudi ZPacP.³⁹ Tako nepremišljeno in napačno uporabljena terminologija pri uporabnikih prava lahko ustvarja zmedo in potencialno privede do neupravičenega odrekanja privolitvene sposobnosti.⁴⁰ Iz tega razloga je nujnejše pravilnejše poimenovanje teh oseb oz. se tem pojmom zaradi narave nadomestne privolitve, tj. oseb v zvezi s katerimi lahko prihaja v poštev, povsem izogniti.

V vsebinskem smislu sporen del določbe pomeni postavljanje posebnega merila glede podajanja nadomestne privolitve, saj mora biti dana v skrbi za zdravje zastopanega. Z izrecnim izpostavljanjem omejitve je to merilo prevzdignjeno nad ostala siceršnja merila blanketnega ZPacP.⁴¹ S tem je nadomestna privolitev nedvoumno onemogočena pri vseh medicinsko neindiciranih posegih in posegih z nejasno medicinsko indikacijo in hkratnem nezanemarljivim zdravstvenim tveganjem.⁴² Omejitev gre razumeti kot zakonodajalčevo željo po preprečevanju zlorab in s tem po varovanju šibkejših,⁴³ vendar je obenem nenavadno, da tako omejitev postavlja le v prvem odstavku, ki ureja lahke telesne poškodbe. Res je, da ta omejitev izhaja že

³⁵ 37. člen ZPacP.

³⁶ 38. člen ZPacP.

³⁷ Po obsežni analizi rabe tega pojma v slovenskem zdravstvenem pravu je mogoče predpostaviti, da pojem zajema osebe iz 37. in 38. člena ZPacP.

³⁸ Ni videti tehtnih argumentov za to, da bi zakonodajalec s tem dejansko želel derogirati dogmatiko privolitve. Najverjetneje gre za spodrseljaj.

³⁹ Iz 35/I ZPacP izhaja, da starostne meje za privolitveno sposobnost ni, postavljena pa je smernica (15 let), od katere je mogoče tudi odstopiti. Naravna razsodnost se ugotavlja v t.i. eksplorativnem razgovoru. Posebej o naravni razsodnosti glej D. Korošec, nav. delo (1998).

⁴⁰ Npr. na račun 17-letnika, sicer naravno razsodnega in sposobnega veljavno privoliti v konkreten poseg. S tem se kaže tudi potreba po poznavanju generalne dogmatike privolitve oškodovanca in blanketno izpolnitvene zakonodaje. Da je tak scenarij povsem mogoč, pa govori dejstvo, da celo komentar posebnega dela KZ-1 nadomestno privolitev veže na »mladoletno osebo do osemnajstega leta«, kar je iz prikazanih razlogov napaka, glej M. Deisinger, nav. delo, str. 163.

⁴¹ Čeprav je ZPacP v splošnem prepoznan kot moderen in dober zakon (glej J. Balažic in drugi, nav. delo), mu KZ-1 očitno ne zaupa dovolj, da bi se nanj skliceval v celoti.

⁴² Sem spadajo npr. lepotni posegi, pa tudi pogosto izpostavljeno versko obrezovanje dojenčkov – o tem glej D. Korošec, nav. delo (1995).

⁴³ Gre za manifestacijo načela socialne države, dosledno se na ta način sledi tudi etičnemu načelu odprte prihodnosti za otroka – načeloma se vse nenujne posege v osebne dobrine mladega človeka prepušča njegovi odločitvi, s tem se ga zavaruje pred nepopravljivimi posledicami odločitev nadomestnega privolitelja, o tem glej D. Korošec in drugi, nav. delo (2018), str. 456, tudi opomba 642.

iz splošne dogmatike nadomestne privolitve, pravzaprav pa tudi iz blanketnega ZPacP, a se zdi konfuzno in nekonsistentno, da taka omejitev izostane pri invazivnejših posegih v telo, tj. v okviru drugega in tretjega odstavka, ki urejata hude in posebno hude telesne poškodbe.

4.3. OMEJITEV UPOŠTEVNOSTI OSEBNE PRIVOLITVE (125/II KZ-1)

Drugi odstavek dela posebno omejevanje upoštevnosti prave osebne privolitve oškodovanca, saj le-ta ne sme povzročiti prizadetosti koristi drugega ali ogroženosti skupne pravne vrednote, sicer poškodba ostaja protipravna.⁴⁴ Takšne omejitve ne zasledimo pri obravnavi lahkih telesnih poškodb,⁴⁵ kot tudi ne pri hudih in posebno hudih, ki so povzročene znotraj medicine.⁴⁶ A contrario to pomeni, da tam ta omejitev ne velja oz. zakonodajalec verjetno predpostavlja, da do takih situacij tam ne bi moglo priti. Utemeljitev morda lahko sprejmemo pri obravnavi manj invazivnih telesnih poškodb, zdi pa se problematično, da omejitev izostane pri invazivnejših poškodbah, ki so posledica medicinskih posegov.⁴⁷

Omejevanje upoštevnosti privolitve vsebinsko sicer ni sporno. Sama omejitev izhaja že iz dogmatike tega instituta,⁴⁸ poznajo jo tudi tuje zakonodaje.⁴⁹ Vendarle pa je ob postavitvi in razlagi kakršnekoli omejitve imeti v mislih, da je varovanje posameznikove svobode (tudi svobodnega odločanja), prvina liberalne države in temeljni cilj sodobnega medicinskega

⁴⁴ V celoti se 125/II glasi: »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.«

⁴⁵ Tj. v okviru 125/I KZ-1.

⁴⁶ Tj. v okviru 125/III KZ-1.

⁴⁷ Kot primer take, potencialno subsumpcijske medicinske situacije, naj navedem evtanazijo, ki je trenutno prepovedana ravno z utemeljitvijo, da bi njeno izvajanje narušilo družbeni mir. Kot bo prikazano v nadaljevanju, je pojem družbenega miru vsebinsko zelo verjetno ustrezen substitut omejitvi iz 125/II KZ-1.

⁴⁸ Po zatonu Rimskega prava in takratne kvazidelitve na osebne dobrine (v zvezi s katerimi je privolitev mogoča) in dobrine splošnosti, je bila ponovna vzpostavitev te delitve in priznavanje možnosti privolitve velik napredek. Kmalu pa so ugotovili, da je popolna svoboda razpolaganja, zlasti v zvezi z življenjem in telesno celovitostjo nasploh, lahko kontraproduktivna, kar je rezultiralo v omejevanju z raznimi filozofskimi teorijami, ki se ukvarjajo s tem, zakaj omejujemo in kako daleč pri tem gremo. Tako znotraj osebnih dobrin pride do pojava omejeno razpoložljivih dobrin, danes tja uvrščamo najelementarnejši, tj. življenje in telesno celovitost. Vsaka privolitev zato ne more biti upoštevna in je kazenskopравни represivni odziv v določenih primerih vseeno dopusten. Glej D. Korošec, nav. delo (2004), str. 52 – 76, D. Korošec, nav. delo (2016), str. 49 – 93. Za omejevanje svobode pri razpolaganju se močno zavzema Bošnjak, ki ločuje pojma avtonomije in dostojanstva, pri čemer slednje predstavlja razlog omejevanja avtonomije, glej M. Bošnjak, nav. delo, zlasti 78 – 84.

⁴⁹ Tudi nemška kazenska zakonodaja npr. določa, da »telesna poškodba ostaja protipravna kljub morebitni privolitvi oškodovanca, dokler je poškodovanje kot tako nemoralno,« glej D. Korošec, nav. delo (2004), str. 63, tudi opomba št. 115. Ta formulacija zaradi vpletanja pojma javne morale med nemškimi teoretiki velja za izjemno sporno z vidika načela zakonitosti. Blanketna tehnika naj bi se v kazenskem pravu že tako uporabljala zadržano, nemoralnost pa sploh velja za izmuzljiv in težko opredeljiv pojem, javna morala je večkrat neenotna, elastična, ni jasno določena vnaprej, večkrat iracionalna – o tem M. Pavčnik, nav. delo, str. 256. Meja upoštevnosti take privolitve je zato precej nejasna.

kazenskega prava. Možnost privolitve je zlato pravilo, ki ga lahko omejimo le izjemoma in v zelo drastičnih primerih. V skladu s splošnimi razlagalnimi argumenti je treba izjemo razlagati striktno restriktivno, tj. čim manj na račun posameznikove avtonomije in samoodločbe, pa tudi njegove morebitne svojskosti.

Zakonodajalcu pa lahko zamerimo nomotehnično izvedbo omejevanja. Kaj omejitev v resnici vsebinsko zajema, lahko le sklepamo na podlagi dogmatike instituta privolitve in z analiziranjem tujih zakonodajnih pristopov,⁵⁰ saj nas sama gramatikalna razlaga pušča v temi. K pomenski nejasnosti dodatno prispeva še dokaj skopa teoretska obravnava 125. člena in odsotnost kakršnekoli sodne prakse. Glede na členitev na individualno⁵¹ in skupno⁵² se zdi, da ima zakonodajalec pravzaprav v mislih osebne dobrine in dobrine splošnosti, ni pa jasno, zakaj potem operira s pojmom koristi ter vrednot in ne s splošno uveljavljenim pojmom dobrin. Če je iz nekega razloga vendarle želel poseči po drugačnem terminu, dodatno zmedo vnaša s tem, ko se niti v odnosu med njima ne odloči za enotno poimenovanje. Nadalje je nenavadno, da v zvezi s »koristmi drugega«, tj. posameznika, omenja »prizadetost koristi«, kar kaže na poškodbeno posledico, pri »vrednotah skupnosti« pa neveljavnost privolitve zapoveduje že pri njihovi ogroženosti. S tem skupnost in pomen njenih »vrednot« očitno postavlja pred posameznika in njegove »koristi«, s čimer ne sledi ideji liberalne države, ki v središče postavlja posameznika. Poleg tega zakonodajalec med pravilo⁵³ in omejitev⁵⁴ postavlja veznik in, ki praviloma pomeni kumulativnost. Avtonomija posameznika je sicer pomemben cilj, a ne neomejen. Ker je v potencialnem konfliktu z drugimi, ga je legitimno omejiti, a pri tem ravnati ustrezno zadržano in cilje premišljeno tehtati – resneje kot jemljemo avtonomijo, več razpolaganja dovolimo, oz. bolj kot jo spoštujemo, hujši napad na druge dobrine zahtevamo za odrekanje veljavnosti privolitve. Vprašljivo je, ali aktualna zakonska formulacija sploh omogoča tehtanje med avtonomijo in drugimi cilji, saj jezikovno kumulativnostni veznik rezultira bolj kot ne v tem, da že minimalna prizadetost ali ogroženost dobrin vodi do neveljavnosti podane privolitve. Zaključiti je mogoče, da bi bila primernejša pomensko jasnejša formulacija omejevanja privolitve, ki bi ob enem bolje izražala pomembnost tehtanja.

⁵⁰ Zlasti nemškega, po katerem se je zgledoval slovenski zakonodajalec, ki je sicer terminološko izbral primerjalnopravno zelo edinstven pristop – očitno pod vplivom poznavanja polemik nemških pravnih teoretikov glede problematičnosti pojma »nemoralnosti«.

⁵¹ Pri tem mislim na »koristi koga drugega«.

⁵² Pri tem mislim na »skupno pravno vrednoto«.

⁵³ Tj. da »naklepna povzročitev hude (123. člen) ali posebno hude (124. člen) telesne poškodbe ni protipravna, če je poškodovanec privolil vanjo«.

⁵⁴ Tj. da »pri tem niso bile prizadete koristi koga drugega ali ogrožena kakšna skupna pravna vrednota«.

4.4. POGOJI ZA VELJAVNO PRIVOLITEV (125/III KZ-1)

Nenavadna je poteza zakonodajalca, ko v tretjem odstavku določa, da mora biti privolitev dana »v obliki in ob pogojih, ki jih določa zakon«. ⁵⁵ Z ločevanjem oblike od pogojev daje vedeti, da obličnosti ne šteje med pogoje za veljavnost dane privolitve, ki izhajajo iz blanketnega ZPacP. Ker ta velja za moderen zakon, se večinoma res zadovolji že s privolitvijo v ustni ali celo konkludentni obliki, ⁵⁶ pri obličnosti pa vztraja le izjemoma. ⁵⁷ Enako tudi splošna privolitvena doktrina oblike praviloma ne šteje med pogoje za veljavno privolitev, dopušča pa možnost, da zakonodajalec tak pogoj postavi. ⁵⁸

Ali to pomeni, da KZ-1 dodatno in posebej omenja obliko, ker želi oblično privolitev tudi takrat, ko ZPacP po njej ne vidi potrebe, tj. ko ta ni pogoj, ki ga določa zakon? Opozarja se, da je vsesplošna birokratizacija volje nesmiselna, zaradi česar je pisna oblika smotrna le v primerih, ko je treba pacienta posebej varovati, ga opozarjati na resnost in pomembnost njegove odločitve ter tako preprečevati njegovo lahkomišelnost. ⁵⁹ Skladno s tem se zdi, da je zakonodajalčevo ločevanje oblike od pogojev prej napačna formulacija, ki ustvarja zmedo in jo zato velja čim prej popraviti.

4.5. PREDLOG PREDRUGAČENJA 125. ČLENA KZ-1

Če bi se zakonodajalec odločil za popolno preoblikovanje določbe, se mu ponuja možnost uzakonitve splošnega instituta privolitve oškodovanca, s katerim bi po naravi stvari zajel tudi tematiko privolitve pacienta v posege v telesno celovitost v zvezi z medicinskimi posegi. V teoriji se je namreč že opozarjalo, da bi bila vpeljava take določbe lahko koristna zaradi večletnega zanemarjanja avtonomije in samoodločbe. ⁶⁰ Vendar pa tak pristop ne bi eksplicitno

⁵⁵ 125/III se v celoti glasi: »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.« Pri tem gre za neposredno sklicevanje na blanketni ZPacP, zlasti njegov 26. člen.

⁵⁶ Glej 26/III ZPacP. Teorija sicer opozarja na problematično formulacijo tega odstavka, saj njegova jezikovna razlaga pomeni, da se sme pisno privoliti le, ko zakon to zahteva, kar očitno ni mogel biti cilj zakonodajalca. Glej J. Balažič in drugi, nav. delo, str. 140 – 148.

⁵⁷ Tudi siceršnja obličnostno zahtevo ZPacP rahlja, glej 26/VI in 26/VII ZPacP.

⁵⁸ O pogojih za veljavno privolitev glej v nadaljevanju.

⁵⁹ J. Balažič in drugi, nav. delo, str. 142 – 145. Praksa sicer bistveno pogosteje teži k pisni obliki privolitve, predvsem zaradi njene dokazne funkcije. Da praksa pisno obliko jemlje kot pravilo je razvidno tudi iz Bo. Stražišar in Br. Stražišar, nav. delo. Ob tem velja opozoriti, da zgolj zaradi pacientovega zavračanja obličnosti, ni mogoče zavrniti izvedbe posega, glej 26/VII ZPacP. S tem se kaže, da je volja pomembnejša od oblike.

⁶⁰ Korošec pravi, da je vključitev zakonske določbe o privolitvi oškodovanca načeloma nesmiselna, saj gre za ponavljanje konceptov ureditve človekovih pravic iz ustave in mednarodnopravnih dokumentov. Kljub vsemu

urejal postopanja v okviru medicine, kar morda zaradi tradicionalnega privilegiranja in splošnega ograjevanja od splošnega pojma ter institutov splošnega dela ne bi bilo optimalno. Menim, da zgodovinske okoliščine zahtevajo posebno urejanje z medicinskimi posegi povzročenih telesnih poškodb, bodisi v obliki samostojne pojasnilne določbe bodisi v privilegirani obliki v okviru posebnega odstavka inkriminacij telesnih poškodb. Zaradi že izpostavljenega sporočilnega dometa pa mislim, da je primernejše oblikovanje samostojne pojasnilne določbe, ki bi jo ravno zaradi njenega dometa bilo potrebno umestiti v splošni del KZ-1.

Pojasnilna določba bi lahko bila variacija aktualnega tretjega odstavka 125. člena, seveda z nekaterimi korekcijami in dodatki. Ker bi to bila splošna določba, bi morala pokrivati vse oblike telesnih poškodb. Predlagam tudi, da bi ji dodali tako omejitev podajanja nadomestne privolitve⁶¹ kot tudi omejitev veljavnosti osebne privolitve.⁶² Obe sicer izhajata iz splošne dogmatike in sta zato načeloma redundantni, a ker Slovenija nima tradicije natančnega posvečanja temu institutu, kot tudi ne uporabe le-tega, bi bili nekateri zakonski poudarki v zvezi z njim lahko produktivni.⁶³

Če bi se zakonodajalec odločil obdržati obe omejitvi, mora za njiju izbrati primernejšo formulacijo. Nadomestna privolitev je sicer po definiciji mogoče le pri določenih osebah, zato je omenjanje slednjih pravzaprav odvečno. Z nenaštevanjem oseb uporabnika prava silimo v boljše poznavanje instituta, a ob enem tvegamo, saj primarni avditorij, tj. zdravništvo, dogmatike tipično ne pozna prav dobro. Ker neupravičeno zanikanje možnosti podajanja privolitve pomeni zanikanje posameznikovega dostojanstva, je morda vendarle smiselno v normi opredeliti osebe, na katere se nadomestna privolitev lahko nanaša. Predlagam vpeljavo krovnega pojma, ki ga uporablja tudi blanketni ZPacP – tj. »osebe, ki niso sposobne odločanja o sebi«. Seveda tudi slednji na prvi pogled in brez poznavanja blanketne zakonodaje ne pove dovolj, a je blanketno skladen in jasneje napotuje na relevantne blanketne norme. Poseben izziv pa je preoblikovanje besedne zveze iz omejitve drugega odstavka 125. člena. Zastavljena mora

opozarja, da bi bila vključitev lahko koristna v danem zgodovinskem trenutku prav v Sloveniji. Glej D. Korošec, nav. delo (1999), str. 179.

⁶¹ Tj. da je nadomestna privolitev lahko podana le v skrbi za zdravje zastopanege, glej 125/I KZ-1.

⁶² Tj. možnost odrekanja veljavnosti podane privolitve le v zelo drastičnih primerih, glej 125/II KZ-1.

⁶³ Nasprotno pa v Nemčiji velja dolgoletna tradicija tega instituta, zato so utemeljena razmišljanja o ukinitvi omejitve »nemoralnosti« v zvezi s posegi v telesno celovitost, glej D. Korošec in drugi, nav. delo (2018), str. 462, navajanje teoretika Niedermaira v opombi 655. Po mojem mnenju je pri zakonskem urejanju nujno poseben poudarek nameniti okolju in mentaliteti ljudi, zato zgolj prepisovanje tujih idej in zakonodajnih rešitev ni primerno, o tem več v nadaljevanju.

biti jasneje in natančneje,⁶⁴ hkrati pa moramo paziti, da z omejevanjem ne gremo predaleč. Slediti velja kar se da liberalni teoriji omejevanja telesne celovitosti kot sicer osebne dobrine,⁶⁵ zato se na dlani ponuja teorija družbenega miru, za katero se zdi, da se ogreva tudi slovenska teorija, priznava pa jo tudi nemško vrhovno sodišče.⁶⁶ Konsekventno bi bilo smiselno aktualno formulacijo omejitve nadomestiti s pojmom družbenega miru. Treba je priznati, da je tudi ta širok in izmuzljiv pojem, k definiranju katerega bi morala prispevati teorija in sodna praksa, a je gotovo pomensko jasnejši in bolje kaže na izjemnost situacije odrekanja veljavnosti privolitve. Ker družbeni mir pomeni absolutno pravno vrednoto in cilj prava kot celote, odpade tudi možnost tehtanja,⁶⁷ zato lahko predstavlja kumulativni pogoj ob tistem, ki ga zakonodajalec že omenja v aktualnem tretjem odstavku 125. člena. Tudi ta sicer zahteva korekcijo – iz že predstavljenih razlogov je obliko nujno šteti med pogoje, zaradi česar je omenjanje obličnosti redundantno.

Skladno s povedanim bi se predrugačena določba lahko glasila tako: »Povzročitev telesne poškodbe iz 122., 123. ali 124. člena KZ-1 pri zdravstveni ali zdravilski dejavnosti ni protipravna, če je bila privolitev dana ob pogojih, ki jih določa zakon, in ni prizadet družbeni mir. Pri osebah, ki niso sposobne odločanja o sebi, se upošteva privolitev, ki jo v skrbi za njihovo zdravje da tisti, ki zastopa take osebe.«

⁶⁴ Slednje je glede na polemike nemških teoretikov vse prej kot enostavno, glej D. Korošec, nav. delo (2004), str. 52 – 76.

⁶⁵ Različne teorije omejevanja razpolaganja našteva Korošec, zato je nadaljnje poimenovanje teorije prevzeto po njem, glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 69 – 80.

⁶⁶ Glej D. Korošec, nav. delo (2004), str. 58. Vsebinski utemeljitelj teorije družbenega miru je Göbel, teorija pa pravi, da so nekatere vrednote tako ukoreninjene v družbeno zavest, da se v primeru njihove motenosti med ljudmi izzove zmedenost, strah, odpor, linč, kar ruši družbeni mir. Če družbeni mir ni moten, pa se država ne sme represivno odzivati, saj je spoštovanje avtonomije pomembnejše od morebitnih drugih ciljev, glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 76. Vnaprej je take situacije sicer težko izpostaviti, vendar je očitno, da morajo biti izjemne in zgroziti nazor večine, npr. večje pohabitve. Ker je vloga prava vzpostavljanje in vzdrževanje družbenega miru (glej A. Igličar, nav. delo, str. 15 – 20, M. Pavčnik, nav. delo, str. 69 – 73), bi spoštovanje take privolitve prišlo v navzkriž z namenom prava.

⁶⁷ Tj. tehtanje avtonomije in samoodločbe na eni strani in družbenega miru na drugi.

5. UPORABA 125. ČLENA V PRAKSI

Skozi zgodovino so različni avtorji predstavljali različne poglede na naravo prava.⁶⁸ Opredeljevanje za enega izmed njih je bržkone odvisna od osebnih prepričanj posameznika. Sama v pravu ne vidim le normativnega pojava, ravno nasprotno – kot družbeni pojav se mi zdi še toliko bolj pomemben in zanimiv. 125. člen KZ-1, kot osrednji člen te naloge, zato ni pomemben zgolj v svoji načelni naravi kot pridobitev na papirju (v smislu t.i. law in books), temveč tudi z vidika njegove uporabe in učinkovanja v praksi (t.i. law in action).

Če spremenjeno paradigmo kazenskoopravne obravnave medicinskih posegov prenesemo v zdravniško realnost, si lahko zamislimo naslednji primer. Pacient, ki pride k zdravniku na npr. diagnostično endoskopsko preiskavo, mora pred opravljanjem le-te podati veljavno privolitev, ki upravičuje izvajanje posega.⁶⁹ Če bi med preiskavo zdravnik zaznal polip in ga odstranil, bi bilo to po predhodni koncepciji nekaznivo iz razloga objektivne koristnosti,⁷⁰ veljavni 125. člen pa za izključitev kaznivosti zahteva veljavno privolitev. V konkretnem primeru bi lahko prišla v poštev tudi t.i. eventualna privolitev kot podvrsta prave,⁷¹ ki se poda ob izhodiščno zahtevani privolitvi za preiskavo, pri kateri oškodovanec privolitev veže na možnost uresničitve nekega pogoja (tj. v primeru, da se med preiskavo odkrije polip, se polip lahko odstrani).⁷² Drugačno ravnanje bi v luči spoštovanja avtonomije, samoodločbe in svojskosti pacienta pomenilo izpolnjeno bit kaznivega dejanja telesne poškodbe, ki zaradi izostanka privolitve ostaja protipravno, kar ob predpostavki izostanka razlogov, ki lahko izključijo krivdo, pomeni obstoj kaznivega dejanja, s tem pa nujno kazensko odgovornost zdravnika. Strokovna kompetenca zdravnika, lege artis izvedba posega, namen zdravljenja in njegova uspešnost so pri tem irelevantni.⁷³

⁶⁸ Glej M. Pavčnik, nav. delo, str. 481 – 538.

⁶⁹ Sporno je, da v članku, primarno namenjenemu zdravniškemu avditoriju, zasledimo stališče, da pojasnilna dolžnost in privolitev v takih primerih nista potrebni, saj naj bi že zgolj dejstvo, da je pacient prišel v ustanovo (z namenom preiskave) bilo dovolj. Morda avtorja v tem vidita neko vrsto konkludentne privolitve, ki pa to po naravi ne more biti, saj pacient – tipično laik o posegu nima dovolj informacij, da bi njegovo ravnanje lahko šteli kot veljavno privolitev. Glej Bo. Stražišar in Br. Stražišar, nav. delo.

⁷⁰ Družbena koristnost, kot je že bilo predstavljeno, izključuje bit ali vsaj protipravnost vseh kaznivih dejanj zoper telo.

⁷¹ Glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 253.

⁷² Slednji primer izpostavljam zato, ker se med zdravništvom nemalokrat ponuja zgražanje nad takim primerom, češ da ni smotno preiskave prekiniti in potem, po pridobitvi privolitve za odstranitev polipa, ponovno izvesti poseg, kot argument pa se navaja tudi neekonomičnost. Glej Bo. Stražišar in Br. Stražišar, nav. delo, V. Flis, nav. delo (2010).

⁷³ Drugače Šelihova, kot predstavnica starejše teorije in s tem drugačne paradigme obravnavanja medicinskih posegov, ki meni, da ima pomanjkanje privolitve različne posledice glede na uspešnost zdravljenja. S tem se kaže

Po razpoložljivih podatkih pa sodne prakse s tega področja sploh ni, kar kaže da 125. člen KZ-1 v praksi še ni zaživel. To dejstvo lahko smatramo za zaskrbljujoče, saj od uveljavitve člena teče že enajsto leto. Ob tem se je nujno vprašati po razlogih in jih poskušati razumeti.

Prvi razlog lahko pripišemo dejstvu, da Slovenija nima tradicije represivnega varovanja avtonomije in samoodločbe posameznika kot pacienta. Spoštovanje njegove volje kot temelja medicinskega posega namreč ni igralo nobene vloge zaradi medicine kot posebnega razloga izključevanja kaznivosti in sodišča se s tem vprašanjem sploh niso ukvarjala. »Korak stoletja«,⁷⁴ kot ga je z uveljavitvijo 125. člena naredila Slovenija, je bil morda prevelik, sploh ob upoštevanju zgodovinskih okoliščin in odsotnosti pravne kulture spoštovanja svobode odločanja. Pravni razvoj nemške doktrine, po kateri smo se zgledovali, je bil postopen. Nemčija je že od prve svetovne vojne veljala za zagovornico instituta privolitve, kasneje, tj. po drugi svetovni vojni, pa so začeli poudarjati polno vpetost volje v splošni pojem kaznivega dejanja.⁷⁵ Njihov razvoj deluje veliko bolj organsko, Slovenija pa je iz popolnega ignoriranja volje in neuveljavljanjem kakršnihkoli deliktov⁷⁶ kar naravnost prestopila v radikalno, odločno in sistemsko varovanje pacientove avtonomije ter sprejela polno vpetost volje v splošni pojem kaznivega dejanja. Čeprav je bil korak dogmatično koristen, z valom družbenih sprememb pa pravzaprav tudi neizbežen, se zdi, da je za naslovnike pomenil prevelik pretres, jih presenetil in zmedel. Zdi se, da smo nov koncept dojeli prej kot nekaj umetnega in vsiljenega, hkrati pa odsotnost tožb v smeri kršitve pacientove avtonomije kaže, da nove koncepcije še nismo ponotranjili.⁷⁷ Golo zakonsko prevzemanje nemške paradigme brez spremembe miselnosti je očitno rodilo razkorak med pravnim in dejanskim.

Čeprav je kazenskopravna teorija 125. člen splošno pozdravila, se mu nadrobno ni posvečala, niti ni stremela k približanju le-tega zdravništvu. Morda je to razlog za njegovo nerazumevanje in neposrečene ter manipulativne medicinske razlage o zdravljenju kot kaznivem dejanju.⁷⁸ V vrstah medicine je obravnavana določba naletela na zavračanje kot zgrešena, nepoštena, nerazumno stroga in žaljiva do posebnosti medicinske, inherentno humane, dejavnosti, pri čemer večina kritik izhaja iz nerazumevanja kazenskopravne znanosti, njenih institutov, pa tudi

nedosledno upoštevanje biti kot izrazito objektivnega elementa in hkrati očitno zavračanje volje kot razloga upravičenosti medicinskih posegov. Glej A. Šelih, nav. delo (1998).

⁷⁴ Izraz prevzet po Korošcu, glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 127.

⁷⁵ Ibidem, tudi M. Vidovič in D. Korošec, nav. delo.

⁷⁶ Tj. niti deliktov zoper svobodo odločanja, za katere so se v predstopnji doktrine privolitve zavzemali Nemci.

⁷⁷ O pomenu ponotranjanja pravnih pravil glej M. Pavčnik, nav. delo, tudi A. Šelih, nav. delo (2014).

⁷⁸ Tako Flis v več opredeljevanjih, glej V. Flis, nav. delo (2010).

nepoznavanja blanketne zakonodaje.⁷⁹ Takšen odpor je težko razumeti ob dejstvu, da za obveznosti zdravnikov 125. člen ne pomeni novosti. Prostovoljnost zdravljenja, opravljena pojasnilna dolžnost in pridobljena privolitev pacienta – vse to so bila jasna izhodišča medicine že prej, pred uveljavitvijo te določbe, kar je bilo razvidno tako iz mednarodnih dokumentov⁸⁰ in zakonodaje,⁸¹ pa tudi iz zdravniških stanovskih pravil.⁸² Ob spoštovanju pacienta in njegove volje se zdravnik kazenskoopravno represivnega odziva ne sme bati.

⁷⁹ Njihove trditve demantira celotna magistrska naloga, zato zavračanju takih izjav navedeno na tem mestu ne posvečam. Glej V. Flis, nav. delo (2010), Bo. Stražišar in Br. Stražišar, nav. delo.

⁸⁰ Ovijska konvencija načeloma prepoveduje vse posege brez predhodne privolitve, glej 2. poglavje, člene 5-9.

⁸¹ 47. člen Zakona o zdravniški službi (ZZdrS), Uradni list RS, št. 72/06.

⁸² 17. člen Kodeksa o medicinski etiki zapoveduje pred posegom opraviti pojasnilno dolžnost in pridobiti njegovo privolitev.

6. PRIKAZ PRAKTIČNEGA POSTOPANJA SKOZI PRIZMO KAZENSKOPRAVNIH INSTITUTOV UPRAVIČLJIVOSTI IN PRIKAZ RAZMERIJ MED NJIMI

Kot rezultat doslednega spoštovanja in varovanja avtonomije in samoodločbe posameznika je torej osrednji razlog izključevanja kaznivosti institut privolitve potencialnega oškodovanca. Zaradi pravnih in dejanskih razlogov pa privolitev ne predstavlja edine pravne podlage – kaznivost medicinskih posegov je mogoče izključiti tudi na temelju drugih institutov, a so v razmerju do privolitve njej subsidiarni.⁸³

Privolitev oškodovanca teorija definira kot situacijo, ko oškodovanec v času izvršitve z dejanjem tako ali drugače soglaša.⁸⁴ Privolitev mora biti razpoznavna storilcu v trenutku poseganja. Na področju medicinskih posegov dejanje, v katerega pacient lahko privoli, lahko pomeni le lege artis in z namenom zdravljenja izveden medicinski poseg s strani drugega.⁸⁵ Soglašanje enačimo s strinjanjem podobno stopnji eventualnega naklepa,⁸⁶ možno ga je izraziti v različnih oblikah,⁸⁷ mora pa biti usmerjeno v odpoved dobrini, zato zgolj pasivnost ne zadostuje.⁸⁸ Po definiciji je mogoče privoliti le v bodoča ravnanja, tj. v trenutku poseganja ali v obliki vnaprej izražene volje.⁸⁹ V primeru, ko izvrševanje traja dlje časa (v smislu iter criminis), lahko pride do situacije, ko je privolitev dana po začetku izvrševanja zakonskih znakov, a pred dokončanjem, tj. nastopom posledice.⁹⁰ Take situacije se obravnava kot poskus kaznivega dejanja, saj privolitev učinkuje ex nunc in ne more upravičiti dejanja za nazaj.

Pomembo je, da je privolitev veljavna.⁹¹ Tega si morajo želeli zdravniki vsaj zato, ker samo taka privolitev izključuje protipravnost objektivno naturalistično nastalih telesnih poškodb, s

⁸³ Na tem mestu naj si dovolim pojasnilo, da to podpoglavje nima namena izčrpnega opisovanja vseh institutov, niti nadrobnega povzemanja blanketnega ZPacP, temveč teži k prikazu razmerja in smisla subsidiarnosti. Sicer glej L. Bavcon in drugi, nav. delo, str. 226 – 256, D. Korošec, nav. delo (2016), str. 115 - 265, D. Korošec, nav. delo (1997), 6.-9. poglavje ZPacP.

⁸⁴ Glej L. Bavcon in drugi, nav. delo, str. 248.

⁸⁵ Interpersonalnost ravnanja je inherenten pogoj za kazenskopravno analizo. Samopoškodbe se zato ne obravnavajo v okviru instituta privolitve.

⁸⁶ Tj. zavedati se mora možnosti nastopa posledice oz. jo vzeti v račun.

⁸⁷ Glej 26. člen ZPacP, oblika torej ni pogoj, o tem glej v nadaljevanju.

⁸⁸ Legendarni rimski rek »qui tacet (ubi loqui debuit ac potuit) consentire videtur« tako ne velja več. Velja t.i. teorija spoznavne volje – v primeru razhajanja notranje in zunanje volje se upošteva slednja, razen v primeru zlorab (tj. ko storilec ve za razhajanje z notranjo voljo, pa kljub temu upošteva zunanjo). Glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 157.

⁸⁹ Glej 34. člen ZPacP.

⁹⁰ Dejanje zaradi podane privolitve pravzaprav ne more biti dokončano, iz istega razloga ni mogoč niti prostovoljni odstop.

⁹¹ Primarno je privolitev pacienta urejena v 26. členu ZPacP.

čimer je izključena njihova kazenska odgovornost. Slednje lahko vidimo kot smiselno postavljeno zanko države, katere očitni interes je veljavnost privolitve, saj se le tako uresničujeta avtonomija in samoodločba pacienta. Osnovni pogoj za veljavno privolitev je privolitvena sposobnost oškodovanca. Ta je kazenskemu pravu imanentna in predstavlja precej fleksibilno merilo, saj ni vezana na točno določeno starostno mejo, kot je to pri merilih običajno,⁹² ampak je odvisna od t.i. naravne razsodnosti, ki jo definiramo kot »psihološko zmožnost razsojanja in treznega izbiranja med možnostmi,« pri čemer mora biti oseba »sposobna dojeti domet in obseg odločitve ter njenih posledic.«⁹³ Treba je poudariti, da so odločitve pacientov lahko tudi nerazumljive in neoptimalne z vidika njihovega zdravja, a same po sebi ne predstavljajo podlage za zanikanje privolitvene sposobnosti.⁹⁴ Pri razglašanju osebe za privolitveno nesposobno je treba biti posebej pazljiv, saj osebi s tem odvzemamo možnost odločanja o najbolj osebni dobrini, tj. telesni celovitosti.

Vsaka privolitev mora biti svobodna in jo je mogoče kadarkoli preklicati.⁹⁵ Vsebovati mora t.i. voljno komponento, tj. ne sme biti dana pod vplivom sile ali grožnje,⁹⁶ in razumsko komponento, ki se nanaša na razumevanje bistva, pomena in razsežnosti posega. Ker pa je medicina specifična znanost, pacient po naravi stvari navadno ne razpolaga z dovolj informacijami, ki bi omogočale njegovo svobodno odločitev. Med njim in zdravnikom tipično vlada informacijska asimetrija, zato pravo zdravnikom kot strokovnjakom nalaga posebno obliko garantne dolžnosti, tj. pojasnilno dolžnost.⁹⁷ Kot povzame Deutsh, mora le-ta »zajemati vse, da pacient ve, v kaj privoljuje,«⁹⁸ v dvomu pa je bolje pojasniti več kot premalo.⁹⁹

⁹² Na starostno mejo je vezana npr. poslovna sposobnost, ki jo večkrat primerjajo s privolitveno sposobnostjo. Da starostne meje naše pravo ne pozna izhaja tudi iz 35/II ZPacP.

⁹³ Glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 232.

⁹⁴ Kot pravi Kühn – zgolj nespametnost ne pomeni naravne nerazsodnosti (s tem pa privolitvene nesposobnosti). Lahko pa so take nespametne odločitve indic za dvom, zato se privolitvena sposobnost posebej skrbno preveri, glej v D. Korošec, nav. delo (2016), str. 232, 233.

⁹⁵ Glej 31. člen ZPacP.

⁹⁶ Napačne so tako trditve, da prava ne zanima, ali je volja »prava«, glej B. Kešpet, nav. delo. Glede sile ali grožnje pa velja, da morata preseči tako mejo, da se oseba ni več sposobna sama odločati. Zlasti o tem govorimo takrat, ko že sami po sebi predstavljata kaznivo dejanje, tipično gre za prisiljenje po 132. členu KZ-1, glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 206, 207.

⁹⁷ Pojasnilna dolžnost je sicer definirana kot »pravna dolžnost naslovnika pacientove privolitve, da s strokovno in razumljivo razlago pacientu odpravi morebitne zmote, mu razjasni naravo posega, njegov pomen in domet za dobrotno ter morebitne alternative.« Glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 169. O pomenu informiranja tudi A. Šelih, nav. delo (1998), o pomenu komunikacije med zdravnikom in pacientom Reberšek Gorišek, nav. delo. Del zdravništva ji sicer nasprotuje, ob tem pa kot argument ponujajo t.i. nocebo učinek, glej Bo. Stražišar in Br. Stražišar, nav. delo.

⁹⁸ Glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 179, opomba 395.

⁹⁹ V zvezi s tem, koliko in kaj vse pojasniti, so se v teoriji oblikovali standardi, urejeni so tudi v ZPacP, glej 20. člen ZPacP. Posebej velja opozoriti, da je namen pojasnilne dolžnosti podajanje oz. zagotavljanje informacij in ne prepričevanje.

Pojasnilna dolžnost mora biti prilagojena glede na konkreten poseg in osebnost pacienta.¹⁰⁰ Pojasnilu se pacient lahko tudi odpove,¹⁰¹ izjemoma pa ga lahko zdravnik opusti, če oceni, da bi bilo za pacienta izrazito kontraproduktivno.¹⁰² Siceršnja, tj. neupravičena opustitev pojasnilne dolžnosti ali napake v zvezi z njo, ki bi pri pacientu povzročile zmoto o bistvu in obsegu posega, vodijo do neveljavne privolitve, s čimer povzročena telesna poškodba ostaja protipravna.¹⁰³

Poleg naštetih predpostavk za veljavnost privolitve, lahko zakonodajalec za konkreten primer dodatno predpiše še posebne formalne pogoje, predvsem v zvezi z obličnostjo¹⁰⁴ ali rokom veljavnosti privolitve.¹⁰⁵ Privolitev, ki tako zapisanih formalnih pogojev ne izpolnjuje, je po svoji kvaliteti sicer načeloma privolitev, a brez formalne veljave.¹⁰⁶

Osebna privolitev je primarna oblika prave privolitve, zato si je za njeno pridobitev treba vedno prizadevati. Kljub temu pa so situacije, ko taka privolitev ni mogoča zaradi absolutne ali relativne privolitvene nesposobnosti.¹⁰⁷ Ker take osebe niso sposobne izvajati svoje pravice do samoodločbe, načelo socialne države zahteva, da se jih varuje, zato odločitve za njih sprejema nadomestni privolitelj.¹⁰⁸ Institut nadomestne privolitve definiramo kot »privolitev ene osebe v kazenskopravno varovane razpoložljive dobrine druge osebe, ko ta sama ni sposobna podati privolitve, pri čemer privolitev drugega ne sme imeti znakov protipravnosti.«¹⁰⁹ Nadomestna

¹⁰⁰ Spoznavanju pacientove osebnosti, njegovih posebnosti, presojanju zrelosti (zlasti pomembne pri osebah mlajših od 15 let, pri njih je pomembno tudi iskanje mnenja, glej 35/VIII ZPacP) je namenjen t.i. eksplorativni razgovor, glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 158.

¹⁰¹ Pri tem morajo biti kumulativno izpolnjeni naslednji pogoji: odpovedati se mora svobodno, tj. ne pod vplivom sile ali grožnje, zavedati se mora, da je poseg medicinsko indiciran, zavedati se mora vrste posega, zaveda se mora, da poseg ni netvegán, odpovedovati se mora pojasnilu za poseg v zvezi z lastnimi dobrinami (ne pri odločanju za drugega). Glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 189, 22/II ZPacP.

¹⁰² Gre za institut obzirnega molka, glej 22/I ZPacP. Ker gre za izjemo, jo je že po splošnih razlagalnih argumentih treba razlagati izrazito restriktivno.

¹⁰³ Drugače izhaja iz t.i. hipotetične privolitve – glej v nadaljevanju. Do zmote sicer lahko pride tudi na strani storilca, tj. zdravnika, ta se presoja po splošnih pravilih zmote, glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 199 - 206, L. Bavcon in drugi, nav. delo, str. 307 – 318.

¹⁰⁴ S tem se kaže problematičnost formulacije iz 125/III KZ-1, glej zgoraj.

¹⁰⁵ Pri privolitvi, ki je dana vnaprej, je lahko kasneje sporno, če ta še vedno velja (zlasti v primerih, ko volje ni več mogoče preveriti). Razširjeno je mnenje, da časovno zelo oddaljene privolitve izgubijo svojo veljavo (gre za t.i. zastaranje privolitve), pri čemer je še vedno mogoč protidokaz. ZPacP omejuje rok trajanja podane vnaprej izražene zavrnitve in po preteku roka ta ne velja več, glej 34. člen ZPacP, glej J. Balažic in drugi, nav. delo, str. 170 – 178.

¹⁰⁶ Drugače je npr. z naknadno privolitvijo, ki terminološko ne more biti privolitev, zato je za presojo protipravnosti nerelevantna, lahko pa vpliva na odmero kazni. Enako na protipravnost ne more vplivati procesna odločitev oškodovanca (odsotnost predloga ali neizvajanje zasebnega pregona).

¹⁰⁷ ZPacP te osebe ureja v 35., 37. in 38. členu.

¹⁰⁸ To je navadno oseba, ki je privolitveno nesposobni blizu in bo načeloma bolj poskrbela za njene interese kot država.

¹⁰⁹ Glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 221. Nadomestna privolitev terminološko ne sme pomeniti strinjanja z izrazito škodljivimi posegi za oškodovanca, saj bi na tak način lahko prišlo do zlorab odločevalca. Ta oblika privolitve torej nima take moči kot osebna, do nje smo bolj zadržani in bolj gledamo na objektivno koristnost

privolitev se pridobiva na smiselno enak način kot osebna privolitev,¹¹⁰ a je v odnosu do nje izrazito subsidiarna, kar se kaže tudi v pravnih posledicah – neutemeljeno zanikanje privolitvene sposobnosti in pavšalno pridobivanje nadomestne privolitve se odrazi v njeni neveljavnosti.

V primeru, ko ni mogoče pridobiti nobene od oblik prave privolitve oz. bi bilo pridobivanje povezano z nesorazmernimi težavami, prihaja v poštev institut domnevane privolitve (osebne ali nadomestne), ki je definiran kot situacija, ko »ena oseba poseže v kazenskopravno varovane dobrine druge ob domnevi, da bi ta s posegom soglašala, če bi lahko izrazila voljo.«¹¹¹ Domneva pomeni obstoj indicev (npr. predhodne izjave, obnašanje, listine, izjave prič), ki objektivno utemeljeno kažejo na to, da bi oseba privolila v poseg in bi taka privolitev bila upoštevana, a se storilec zaveda, da ni privolila, niti tega ne more storiti.¹¹² Smisel tega instituta je v varovanju avtonomije oškodovanca, četudi preko indicev. Ob tem je sporna zakonska ureditev tega instituta, ki našteva kumulativne pogoje za njeno aplikabilnost. Pri tem se kot zlasti problematičen kaže zadnji, ki veleva, da mora biti poseg v pacientovo največjo zdravstveno korist, kar pomeni zasledovanje objektivne lestvice vrednot, ne pa avtonomije.¹¹³

Šele ob odsotnosti katere od oblik prave privolitve in subsidiarnih indicev lahko uporabimo institut skrajne sile (upravičljive ali opravičljive),¹¹⁴ za katero je značilno tehtanje med zlom, ki grozi, in zlom odvrčanja. Sodobno medicinsko kazensko pravo je do njene uporabe zadržano in se praviloma zavzema za njeno uporabo na zadnji instanci. Smisel instituta skrajne sile namreč ne odseva skrbi za varstvo pacientove avtonomije, ampak sledi objektivni lestvici vrednot zato je izrazito neprijazna drugačnosti posameznika.

posegov (v odločanje se lahko pritegne tudi organ, se ravna na temelju skrajne sile) – v tem smislu se kaže redundanca omejitve iz 125/I KZ-1. Določeni medicinski posegi sploh ne prenesajo nadomestne privolitve, prav tako nadomestni privolitelj nima moči zavrniti nujnih medicinskih posegov ali posegov, katerih opustitev bi vodila v smrt ali trajnejšo škodo.

¹¹⁰ Glede na čas, ki je na voljo, se stori vse, da se nadomestne privolitelje najde, se opravi pojasnilna dolžnost in pridobi njihova privolitev. Izjema so izrazito banalni posegi, ki se lahko opravijo brez njihove privolitve.

¹¹¹ Glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 250. Po mnenju večine ta institut predstavlja samostojni institut, ki je soroden pravi privolitvi. Domnevana privolitev je urejena tudi v 29. členu ZPacP, a je ureditev neposrečena, o tem glej v nadaljevanju.

¹¹² Storilec torej ni v zmoti glede obstoja privolitve (situacija t.i. putativne privolitve).

¹¹³ Podrobno o tem glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 261 – 265, J. Balažic in drugi, nav. delo, str. 152 – 159. O problematičnosti tega pogoja tudi Cek Perhavec, nav. delo.

¹¹⁴ Glej 32/I in II KZ-1.

7. ZAVRNITEV MEDICINSKEGA POSEGA

Zavrnitev, tako kot privolitev, pomeni odločitev v zvezi z medicinskim posegom, zato za njo *mutatis mutandis* velja vse, kar velja za privolitev. Na začetku ne vemo, kako se bo pacient odločil, tj. ali bo v poseg privolil ali ga zavrnil, zato izhodiščno ravnamo povsem enako, kot je bilo predstavljeno v zvezi s privolitvijo. Pacienta je treba v okviru eksplorativnega razgovora spoznati in glede na poseg, posameznikovo osebnost ter morebitne posebnosti prilagoditi pojasnilno dolžnost, s katero mu zagotovimo informacije, da lahko sprejme odločitev v zvezi z zdravljenjem.¹¹⁵

Če pacient poseg zavrne, ga je treba opozoriti na pomen in posledice njegove odločitve. Namen tega ni nagovarjanje na privolitev, temveč le preverjanje svobodne volje in morebitnih defektov v zvezi z njo. Stremeti je namreč treba k veljavni zavrnitvi, saj se le tako uresničuje njegova avtonomija in samoodločba. Zavrnitev posega mora zdravnik spoštovati in posega, ne glede na njegovo objektivno koristnost, ne sme izvesti.¹¹⁶

Če pride do zavrnitve posega, ki bi pomenil nasprotje s pacientovo največjo zdravstveno koristjo in bi njegova opustitev rezultirala v ogrožitvi življenja ali nepopravljivem oz. hudem poslabšanju zdravja, je dodatno predpisan še poskus ponovnega prepričevanja, ob vztrajanju pa se zavrnitev dokumentira na posebnem obrazcu.¹¹⁷ Zdi se, da tako dvofazno opozarjanje in predpisana obličnost pacientu želi vzbuditi dvom o njegovi odločitvi, hkrati pa tako odločitev oz. njeno upoštevanje zakonodajalec otežuje in kaže, da si množičnosti le-teh ne želi. Enako izhaja tudi iz 178/II KZ-1. Ta določba, uvedena z novelo leta 2012, sicer povzema že prej veljavno možnost zavrnitve vitalnega posega, vendar je bila dodana v želji po zagotovitvi pravne varnosti zdravnikov in načelnejšega spoštovanja pacientove volje.¹¹⁸

Ad absolutum to pomeni, da tudi dosledno spoštovanje pacientove želje po lastni smrti od zdravnika zahteva pasivnost, v primeru reševanja življenja pa bi njegovo intervencijo šteli kot vsiljeno pomoč. Vendarle pa trenutno večinsko razumevanje pravnosti take konstrukcije ne

¹¹⁵ Pri tem gre opozoriti, da je standard zavrnitvene sposobnosti nižji, zato se jo lahko prizna tudi osebi, ki sicer ni privolitveno sposobna. J. Balažič in drugi, nav. delo, 159 – 163.

¹¹⁶ Zavrnitev je sicer urejena v 30. členu ZPacP, zakonodajalec z njenim eksplicitnim zakonskim urejanjem na simbolni ravni izraža pomen spoštovanja pacientove volje in rahlja paternalistično tradicijo odnosa do telesne celovitosti. Enako kot privolitev je tudi zavrnitev lahko neveljavna, kar izhaja neposredno iz 30/I ZPacP, tj. če bi spoštovanje zavrnitve »ogrozilo življenje ali huje ogrozilo zdravje drugih,« kar smatram kot zakonsko podlago ukrepom po Zakonu o nalezljivih boleznih (ZNB), Uradni list RS, št. 33/06. Izjemo od prisilnega zdravljenja sicer predvideva že 51/III Ustave.

¹¹⁷ Glej 30/II in IV ZPacP.

¹¹⁸ Podrobno o razlogih glej D. Korošec in drugi, nav. delo (2019), str. 66 – 87.

omogoča.¹¹⁹ Zdravnik, ki v življenjsko usodnih primerih ne pomaga, zato še vedno tvega očitek opustitve zdravstvene pomoči po 178/I KZ-1. Opozoriti velja, da do takega odstopa v zvezi s spoštovanjem pacientove volje prihaja le v primerih reševanja življenja kot najelementarnejše dobrine. V vseh ostalih primerih je zapovedana zdravniška pasivnost, saj varovanje avtonomije pretehta morebitne objektivne koristi izvedbe posega.

¹¹⁹ Gre za neko vrsto aplikacije Radbruchove teorije. Vsiljena pomoč se tako ne šteje kot prisiljenje po 132. členu KZ-1, morebitne poškodbe pri reševanju pa se upravičijo na temelju skrajne sile, tj. 32. členu KZ-1. Glej D. Korošec in drugi, nav. delo (2019), str. 66 – 87.

8. HIPOTETIČNA PRIVOLITEV

Če je res, da sodniki ustvarjajo pravo in torej uporaba prava ni le mehanično dejanje,¹²⁰ si posebno poglavje zasluži tudi institut hipotetične privolitve. Gre za institut, ki ga je razvila nemška sodna praksa v medicinsko kazenskopravnih zadevah pomanjkljivo izpolnjene oz. sploh neizpolnjene pojasnilne dolžnosti. Zaenkrat živi le v judikaturi in ne predstavlja uveljavljenega teoretičnega instituta, niti omenjeni institut ni doživel generalne recepcije s strani drugih držav. Slovenija, kot je bilo pojasnjeno, ni niti tako daleč, da bi zares, tj. v praksi, zaživela sodobna obravnava medicinskih posegov, ki jo sicer uzakonja 125. člen KZ-1. Ker hipotetična privolitev pomeni (in)direktno negacijo tega koncepta, bi bilo zatekanje k tej zamisli nemškega sodišča še posebej nevarno. Če temu dodamo še dejstvo zgodovinsko prijazne (a nekonsistentne) obravnave in upoštevamo splošno tendenco zgledovanja po nemški praksi, se na dlani kaže potreba po analizi tega instituta in s tem po opozarjanju na njegove pasti in neprimernost uporabe – še zlasti v obliki, kot ga je izvorno zasnovalo BGH.

Po sedaj uveljavljenjem konceptu je privolitev oškodovanca načeloma nujna za kazenskopravno upravičenost medicinskega poseganja v telesno celovitost pacienta oz. predstavlja osrednji razlog izključevanja protipravnosti objektivno naturalistično nastalih telesnih poškodb.¹²¹ Da pa privolitev sploh lahko doseže tak učinek, mora biti veljavna, kar je pogojeno z izpolnjevanjem določenih zahtev, pri čemer predhodno informiranje pacienta oz. predhodno pravilno opravljena pojasnilna dolžnost predstavlja eno glavnih. Pacient je tipično laik, ki ne razpolaga z dovoljšnim znanjem o svojem stanju in potencialnem posegu, da bi lahko podal svobodno privolitev.¹²² Napake v zvezi s podajanjem pojasnilne dolžnosti zato praviloma vodijo do predpostavljene zmote pacienta, tj. postavljene domneve, da pacient ni vedel, »v kaj«¹²³ privoljuje, zaradi katere se tako dana privolitev šteje za neveljavno, telesna poškodba pa ostaja protipravna, kar vodi v potencialno kazensko odgovornost zdravnika.¹²⁴

V skladu z novejšo nemško judikaturjo pa taka privolitev ne pomeni neveljavnosti per se. Nemško vrhovno sodišče namreč dodatno zahteva še dokaz, da bi pacient v namišljeni

¹²⁰ Filozofija prava pozna različne teorije glede uporabe prava – lahko gre za mehanično uporabo ali pa ustvarjalno dejanje. Glej M. Pavčnik, nav. delo, str. 409 – 421.

¹²¹ V nalogi so bili že predstavljeni tudi drugi subsidiarni razlogi izključevanja kaznivosti, glej 6. poglavje.

¹²² Izvzete so situacije veljavne odpovedi pojasnilne dolžnosti in obzirnega molka – glej 22. člen ZPacP.

¹²³ Izraz prevzet po Kühlu, glej v D. Korošec, nav. delo (2016), str. 233, opomba 533.

¹²⁴ S postavljanjem take domneve se država res obnaša kot varuška, a se to zaradi doslednega varstva avtonomije šteje za legitimno. Glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 199.

hipotetični situaciji pravilno izpolnjene pojasnilne dolžnosti tak poseg zavrnil.¹²⁵ Ob tem kavzalnost ravnanja, ki nasprotuje dolžnostnemu (tj. kršitev pojasnilne dolžnosti) in posledice (tj. telesne poškodbe), štejejo za dodaten podelement splošnega pojma kaznivega dejanja. Če torej ni mogoče dokazati, da brez tega ravnanja ta posledica ne bi nastala (tj. da bi posledica bila drugačna, kar pravzaprav pomeni dokazano hipotetično zavrnitev, ki nadalje predpostavlja zdravnikovo pasivnost in konsekventno odsotno telesno poškodbo), se sodniki zavzemajo za uporabo načela in *dubio pro reo*,¹²⁶ na podlagi katerega štejejo, da bi bila podana hipotetična privolitev. Ta – naj bo domnevana ali dokazana – pa ima po mnenju sodišča moč izključevanja protipravnosti kot drugega elementa splošnega pojma.¹²⁷ S tem je na začetku poglavja predstavljena teoretično neveljavna privolitev v praksi s tem institutom povsem sanirana, zdravnik pa je razbremenjen potencialne kazenskopravne odgovornosti oz. je slednja omejena na zadeve, v katerih se dokaže hipotetična zavrnitev.

Pojav instituta hipotetične privolitve po dolgoletnem razvijanju dogmatike splošnega pojma in privolitve oškodovanca, znotraj nje pa še posebej privolitve pacienta, ter večletnih prizadevanjih za uveljavitev pomena avtonomije in samoodločbe, posledično pa tudi pravilnega izpolnjevanja pojasnilne dolžnosti, pravzaprav zelo preseneča.¹²⁸ Med kazenskopravnimi teoretiki nikdar ni prišlo do njegove afirmacije in dogmatične podkrepljenosti, pa tudi sicer institut v teoriji praktično ne uživa pomembnih podpornih argumentov.¹²⁹ Skepse in kritike teoretikov se zdijo še bolj utemeljene, ko hipotetično privolitev poskušamo vsebinsko razumeti in analizirati tudi sami.

Sporna je že sama idejna zasnova instituta. V nasprotju z obstoječim konceptom, katerega cilj je dosledno varovanje in udejanjanje avtonomije in samoodločbe pacienta,¹³⁰ hipotetična privolitev pomeni inherentno omejevanje le-tega. Institut je namreč zgrajen na račun pacientove avtonomije, saj povsem relativizira pomen pravilno izpolnjene pojasnilne dolžnosti kot siceršnjega pogoja za svobodno privolitev.

¹²⁵ Slednje izhaja iz sodbe nemškega vrhovnega sodišča iz leta 1996, glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 209, 210.

¹²⁶ Uporaba načela in *dubio pro reo* v kazenskem pravu sicer ni nova. Uporabimo ga, ko dejstva niso znana oz. dokazana in štejejo, da velja tisto, kar je za obdolženca ugodneje. Njegova uporaba v navedeni situaciji je sicer sporna, o tem glej v nadaljevanju.

¹²⁷ Gre za sodbo nemškega vrhovnega sodišča iz leta 2003. Že prej je bil ta institut nadvse sporen, a je ostajalo nejasno, na kateri ravni splošnega pojma je kaznivost izključena, v omenjeni sodbi pa se sodišče zavzame za izključevanje protipravnosti. Glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 210.

¹²⁸ Seveda še toliko bolj zato ker je do tega pojava prišlo ravno v Nemčiji, ki sicer velja za meko razvoja omenjenih konceptov.

¹²⁹ Glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 213 – 218. Kot podporni argument se omenja le prijaznost instituta.

¹³⁰ Kar rezultira v apriorno neveljavni privolitvi, podani brez ustrezno izvedene pojasnilne dolžnosti.

Še toliko bolj pa je avtonomija omejena zaradi sodniškega pojmovanja kavzalnosti. Ker ta predstavlja dodaten podelement splošnega pojma, se v primeru nedokazanosti oz. dvoma uporabi načelo in dubio pro reo. To pomeni, da je hipotetična privolitev vnaprej predpostavljena in velja, če se ne dokaže hipotetična zavrnitev. Na ta način situacije pomanjkljivo oz. neizpolnjene pojasnilne dolžnosti obravnavamo benignejše od situacij, kjer zdravnik pacienta pravilno informira o posegu, saj mora v tem primeru dokazati veljavno privolitev.¹³¹ Zdi se neproduktivno in nasploh kriminalitetnopolitično zgrešeno, da kršitev garantne dolžnosti rezultira v odsotnosti obveznosti upravičevanja storilčevega ravnanja. Poleg tega načelo humanosti zahteva, da se v odnosu med zdravnikom in pacientom osredotočimo prav na pacienta in varstvo njegovih koristi oz. dobrin. Vprašljivo je, ali tako zdravništvu prijazno predpostavlanje pacientove privolitve sploh še prepoznava pacienta kot žrtev medicinskega posega in prav mogoče je trditi, da gre za nasprotovanje načelu človečnosti.¹³² Obratno pa bi predpostavlanje zavrnitve za zdravništvo odpiralo potrebo po dokazovanju privolitve za poseg in s tem verjetno povzročilo večjo motiviranost za njeno veljavnost. Taka rešitev bi se tudi bolje skladala z idejo telesne celovitosti kot kazenskopravne dobrine, v katero se izhodiščno ne sme posegati, posameznik pa zaradi njene narave oz. dispozitivnosti lahko izrazi svojo voljo in s tem poseg upraviči. Nedotakljivost telesne celovitosti kot dobrine se namreč zdi v nelogičnem razmerju z v dvomu predpostavljeno hipotetično privolitvijo.

Naslednji problemski sklop predstavlja pripisovanje učinka hipotetične privolitve. Ta, enako kot prava privolitev, ki je sicer utemeljena na pravilno izpolnjeni garantni dolžnosti, izključuje protipravnost, čeprav po svoji naravi ni enaka institutu privolitve oškodovanca, niti ne more predstavljati njegove podkategorije, kar bi morda utemeljevalo enak učinek. Enak rezultat teh institutov smatram za nelogičen in sporočilno ter dogmatično nesprejemljiv.

Ob upoštevanju zaradi pojmovanja kavzalnosti predpostavljene hipotetične privolitve in moči, ki ji jo pripisuje sodna praksa, se v primeru nepravilno izpolnjene pojasnilne dolžnosti razlog upravičenosti šteje za predpostavljen in to kljub temu, da ravnanje, ki izpolnjuje bit kaznivega dejanja sicer štejeemo za neupravičeno, tj. protipravno, z njegovo morebitno skladnostjo s pravom kot sistemom norm in vrednot pa se ukvarjamo le ob morebitnem indicu za to.¹³³ Tudi takrat pa velja, da mora razlog upravičenosti dokazati obramba, tj. domnevni storilec. Zahteva,

¹³¹ Privolitev se torej ne šteje za vnaprej predpostavljeno. Zaradi dokazne funkcije se zato v praksi od pacienta pogosto pridobiva privolitev v pisni obliki, čeprav je zakon ne zahteva.

¹³² Glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 45, tudi o ciljnih medicinskega kazenskega prava – gre za panogo z močno poudarjeno t.i. zaščitno funkcijo in njen glavni cilj je varstvo pacienta v najširšem smislu, glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 30.

¹³³ Glej L. Bavcon in drugi, nav. delo, str. 228 – 230.

da se tožilec ukvarja s poglobljanjem v hipotetično situacijo, tj. kako bi pacient ravnal v primeru pravilno izpolnjene pojasnilne dolžnosti, in dokazovanjem neupravičenosti, tj. hipotetične zavrnitve, se zdi tako materialno kot procesnopravno zelo nenavadna.

In ko hipotetično privolitev z vsemi svojimi nelogičnostmi in pomanjkljivostmi poskusimo kategorizirati oz. opredeliti njeno razmerje do drugih etabliranih institutov, ugotovimo, da deluje kot eksotični tujek sistema. Kot je že bilo nakazano, hipotetični privolitvi manjkajo temeljne karakteristike za pravo privolitev, saj pacient v trenutku podajanja privolitve nima dovolj informacij, na podlagi katerih bi lahko veljavno privolil. Prav tako se pomembno razlikuje z domnevano privolitvijo, to pa zato ker je privolitev v situaciji hipotetične privolitve mogoče pridobiti (ne gre za problem nezmožnosti privolitelja oz. druge težave s pridobivanjem) in ker se hipotetična privolitev presoja *ex post*, glede na videnje pacienta.¹³⁴ Med instituti osebne, nadomestne in domnevane privolitve velja sorodnost in subsidiarnost, hipotetična privolitev pa ne glede na svoje ime in učinek v to strukturo očitno ne spada. Morda še najbolj spominja na, v nalogi že omenjeno, naknadno privolitev, saj se obe ugotavljata *ex post*.¹³⁵ Ker pa naknadna privolitev po svoji kvaliteti sploh ni privolitev, učinek hipotetične privolitve še toliko bolj čudi. Institut tudi ne pomeni zmote, npr. pravne zmote o obsegu pojasnilne dolžnosti, ali dejanske, kjer storilec zmotno misli, da privolitve ni in poseg vseeno opravi.¹³⁶

8.1. HIPOTETIČNA PRIVOLITEV PO ROXINU

Nemški kazenskopравни teoretik Roxin je med redkimi, ki hipotetični privolitvi apriorno ne nasprotuje. Kljub temu pa poudarja nujnost preučitve in prilagoditve instituta in v ta namen ponuja konkretne alternative, na podlag katerih bi institut lahko postal sprejemljivejši.

Očitno je, da Roxin v sodniški različici hipotetične privolitve vidi dva glavna problema. Kot rešitev problema kavzalnosti kot podelementa ponuja uporabo njegove teorije povečanega tveganja o pripisljivosti posledice prepovedanemu ravnanju,¹³⁷ ki sicer v teoriji velja za

¹³⁴ Več in podrobneje o tem glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 218 – 220.

¹³⁵ Razlikuje ju sicer to, da je naknadna privolitev dejansko bila podana, pri hipotetični pa se le sprašujemo o namišljeni situaciji.

¹³⁶ Za zmote sicer veljajo splošna pravila o zmotah, glej L. Bavcon in drugi, nav. delo, str. 207 – 218.

¹³⁷ Po teoriji povečanega tveganja je vsaka dobrina izhodiščno izpostavljena določenemu tveganju, ki se imenuje pravno dovoljeno tveganje. Da se to stanje vzdržuje, praviloma obstaja norma, ki prepoveduje oz. zapoveduje določeno ravnanje in služi varstvu predmetne dobrine. Če se ta norma krši, je dobrina (vsaj na pravno relevanten način) ogrožena, tj. povečana je možnost nastanka posledice, zato to pomeni prestop v pravno nedovoljeno tveganje. Če v tem stanju pride do dejanske ogrožitve ali poškodbe dobrine, tj. do posledice, se to ravnanje (kršitev norme) šteje za njen pravni vzrok. Kršitev torej vzpostavlja pripisljivost posledici, četudi z gotovostjo ni mogoče

sprejeto, sodna praksa pa jo zavrača, saj nasprotuje pripisovanju nedokazanega dejstva. Uporaba Roxinove teorije bi bila sicer dobrodošla korekcija, saj v primeru dvoma predpostavi hipotetično zavrnitev in s tem vzpostavlja pripisljivost, kar je avtonomiji prijaznejše pa tudi sicer dogmatično skladneje. Zavzema se tudi za pripisovanje drugačnega učinka dokazane hipotetične privolitve. Po njegovem mnenju le-ta ne izključuje protipravnosti, ampak pomeni samovoljno zdravljenje z izpolnjenim prvim in drugim elementom splošnega pojma.¹³⁸ Edino, na kar po njegovem mnenju hipotetična privolitev lahko vpliva, je izključitev odgovornosti za posledico, pri čemer ostaja odgovornost za poskus.

Z združitvijo obeh predlaganih izboljšav v zvezi s hipotetično privolitvijo velja naslednje: v primeru dokazane hipotetične zavrnitve, je posledica pripisljiva ravnanju, zato ostaja odgovornost za posledico,¹³⁹ v primeru dokazane hipotetične privolitve pa pripisljivosti zaradi nastanka enake posledice ni, a ostaja odgovornost za poskus.¹⁴⁰ V primeru dvoma je po Roxinovo predpostavljena hipotetična zavrnitev in pripisljivost je podana, kar se odraža v odgovornosti za posledico.¹⁴¹

Predlaganim korekcijam navkljub pa hipotetična privolitev še naprej ostaja sporna. Vprašljivo namreč ostaja njeno pomensko sporočilo, saj se institut v idejni zasnovi ne spreminja in je torej še vedno zasnovan na način da omejuje avtonomijo pacienta. S sprejemanjem in uporabo hipotetične privolitve torej pokažemo, da smo se vsaj v določeni meri pripravljene odreči pomenu volje, neizogibno pa s tem tudi odpremo vrata paternalistični obravnavi pacientov.

trditi, da sicer, tj. v stanju pravno dovoljenega tveganja, do enake posledice ne bi prišlo, je pa jasno, da vzročnost ne more biti izključena (če namreč z gotovostjo lahko trdimo, da bi v stanju pravno dovoljenega tveganja, tj. v odsotnosti storilčevega ravnanja, posledica vseeno nastala, potem ravnanje storilca ni vzrok). De facto to pomeni, da je posledica (tj. telesna poškodba) pripisljiva ravnanju (tj. kršitvi pojasnilne dolžnosti), če obstaja vsaj konkretna možnost, da pacient v situaciji pravilno izpolnjene pojasnilne dolžnosti, v poseg ne bi privolil. Za vzpostavljanje pripisljivosti je torej dovolj, da hipotetična zavrnitev ni popolnoma izključena oz. hipotetična privolitev ni nedvoumno dokazana. Pripisljivost posledice ravnanju kot sicer vzpostavlja odgovornost za posledico. Povzeto po D. Korošec, nav. delo (2016), str. 211 – 213.

¹³⁸ Razlog je v neveljavni privolitvi. Roxin je sicer med tistimi teoretiki, ki se v primeru veljavne privolitve zavzemajo za izključevanje biti kot prvega elementa, glej v nadaljevanju podpoglavje o drugačnem pojmovanju funkcionalnosti kazenskopravnih dobrin.

¹³⁹ V tem delu v primerjavi s sodniško različico ni razlik.

¹⁴⁰ V tem delu je očitna sprememba zaradi pripisovanja drugačnega učinka, sodna praksa kot rečeno izključuje protipravnost. Kljub temu se je odgovornosti še vedno mogoče izogniti oz. jo omiliti – na temelju 34. člena KZ-1 se storilec lahko kaznuje tudi mileje, poleg tega pa je treba upoštevati, da se za poskus vedno ne odgovarja, glej pogoj 34/I KZ-1 (pri lahkih telesnih poškodbah odgovornosti ni oz. je poskus kazniv le izjemoma, enako ni kaznivosti, če je dejanje storjeno iz malomarnosti).

¹⁴¹ V tem delu se rezultat zaradi upoštevanja Roxinove teorije o pripisljivosti posledice v kombinaciji z upoštevanjem učinka, ki ga pripisuje hipotetični privolitvi, najbolj razlikuje od rezultata, ki ga daje sodišče – po načelu in dubio pro reo pripisljivosti namreč ne bi bilo, izključena pa bi bila protipravnost.

Menim, da obstoječi teoretični koncept ponuja tako načelno obravnavo medicinskih posegov, da bi do hipotetične privolitve v kakršnikoli različici morali pristopati kar se da zadržano.

9. (NE)ALTERNATIVE OBSTOJEČEMU KONCEPTU

Čeprav teorija o pacientovi privolitvi in polni vpetosti volje v splošni pojem velja za najbolj radikalen znan način varovanja avtonomije posameznika, se v tujih zakonodajah in med pravnimi teoretiki kažejo različni pristopi glede obravnavanja medicinskih posegov. Predstavljam dva izmed njih, ki predstavljata alternativni nemškemu, tj. našemu, konceptu – zakonodajno rešitev nekaterih držav¹⁴² in prodorno teoretično idejo, zasnovano na drugačnem pojmovanju funkcionalnosti dobrin.

9.1. INKRIMINACIJA SAMOVOLJNEGA ZDRAVLJENJA

Pod inkriminacijo samovoljnega zdravljenja, so subsumabilni vsi zdravniški posegi opravljeni brez privolitve. Dosledno se varuje avtonomija in samoodločba pacienta ter iz tega izhajajoča svoboda odločanja. Samoodločba posameznika je pri tem evidentno privzdignjena na raven kazenskopravne dobrine.

Manjšinski del teorije, predvsem pa zdravništvo, se zavzema za uveljavitev te rešitve kot alternative nemški paradigmi, tudi z argumentom, da taka inkriminacija neposredno (in zato nemara bolje) varuje avtonomijo pacienta.¹⁴³ Aktualna ureditev 125. člena KZ-1 jo varuje sicer posredno, tj. preko inkriminacij telesnih poškodb, katerih dobrina je očitno telesna celovitost, vendar je treba upoštevati celoten teoretičen pristop – nekaznivost zdravniških posegov je primarno namreč utemeljena na institutu privolitve oškodovanca in volja pacienta je polno vpeta v splošni pojem kaznivega dejanja. Le v izjemnih primerih, ko privolitev ni mogoča¹⁴⁴ in ni indicev, ki bi kazali na voljo oškodovanca oz. nadomestnega privolitelja,¹⁴⁵ lahko posežemo po institutu skrajne sile.

Največja pomanjkljivost inkriminacije samovoljnega zdravljenja je v tem, da ne rešuje dileme nekaznivosti deliktov zoper telo, ki jih njeni zagovorniki v zdravljenju pravzaprav ne vidijo, čeprav je v skladu s splošno sprejeto objektivno naturalistično koncepcijo biti očitno, da medicinski poseg tipično izpolnjuje bit enega od tipov telesne poškodbe. Če sprejmemo inkriminacijo samovoljnega zdravljenja kot alternativo, ostaja tako nejasno, kaj se dogaja v

¹⁴² Med njimi je tudi sosednja Avstrija, o tem glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 267 – 269.

¹⁴³ Med glasnimi zagovorniki je v Sloveniji npr. Flis, glej V. Flis, nav. delo (2010).

¹⁴⁴ Tj. osebna ali nadomestna privolitev.

¹⁴⁵ Gre za institut domnevane privolitve.

okviru teh deliktov, tj. na kakšnem temelju in na kateri ravni splošnega pojma je kaznivost izključena. Upira se misel, da medicinski dejavnosti pritiče prilagajanje meril splošnega pojma in bi kaznivost izključeval status dejavnosti kot take. Taka inkrimincija pravzaprav predstavlja nekdanji nemški (danes preseženi) pristop – t.i. predstopnjo dogmatike privolitve oškodovanca. Vse do konca druge svetovne vojne, celo v času nacionalsocializma, ki kot ideologija sicer ni bila naklonjena avtonomiji in samoodločbi posameznika, so nemški kazenskopравни teoretiki poudarjali pomen pacientove volje in z njo povezane privolitve. Zaradi telesne celovitosti kot razpoložljive dobrine je privolitev veljala za izhodiščno zahtevano, vendar so se v primeru njenega izostanka zavzemali za obstoj biti deliktov zoper svobodo odločanja. Volje na tej stopnji razvoja dogmatike še niso šteli za polno vpete v splošni pojem kaznivega dejanja. V tem smislu bi bil prehod iz obstoječega sistema na inkriminacijo samovoljnega zdravljenja očiten korak nazaj.

Taka inkriminacija je lahko sicer dopolnilo obstoječi ureditvi,¹⁴⁶ s čimer bi avtonomijo varovali še neposredno. Kljub temu pa je smiselnost vprašljiva, saj bo volja na ta način varovana dvakrat, tj. v okviru inkriminacije samovoljnega zdravljenja in posredno preko inkriminacij telesnih poškodb. Taka ureditev bi bila represivnejša, saj bi v tem primeru storilcu očitali stek kaznivih dejanj.¹⁴⁷ Zaključimo lahko, da bi bilo dodajanje takšne inkriminacije prej odveč,¹⁴⁸ kot sama pa očitno ne predstavlja alternative obstoječemu konceptu, ki ponuja dogmatično bistveno čistejši pristop z doslednim upoštevanjem meril splošnega pojma.

9.2. DRUGAČNA FUNKCIONINALNOST KAZENSKOPRAVNIH DOBRIN

Ob deklariranju nekega ravnanja za nekaznivo je bistvena navedba podlage, tj. temelja izključevanja kaznivosti, kot tudi opredelitev elementa splošnega pojma kaznivega dejanja, ki

¹⁴⁶ Tako meni Schroeder, glej v D. Korošec, nav. delo (2016), str. 268.

¹⁴⁷ Stek bi bil idealen, ker bi bili z enim ravnanjem povzročeni dve kaznivi dejanji, in hkrati pravi, saj inkriminaciji varujeta različni dobrini. V primeru steka se sicer aplicirajo posebna pravila o odmeri kazni za kazniva dejanja v steku, glej 53. člen KZ-1. V kazenskem pravu nasploh je treba slediti načelu ultima ratio, kazniva dejanja so zadnje sredstvo v kaznovalnem pravu (tj. poleg prekrškov in disciplinskih prestopkov), morajo biti dobro premišljena in ne smejo pomeniti omejevanja na zalogo. Na področju medicine si preveč represije še posebej ne želimo, saj ta lahko privede do pojava t.i. defenzivne medicine, ki škodi v prvi vrsti pacientu, pa tudi napredku. V zadnjih letih je zakonodajalec na tem področju sicer vedno bolj represiven, saj v novelah vedno znova vpeljuje nove inkriminacijske norme, zato je treba biti še posebej pozoren na dodatne. Verjetno drži, da je marsikatera aktualna biomedicinska inkriminacija odvečna, neutemeljena in bolj odraža strah pred napredkom in novostmi, s tem pa je potencialno konfliktna z načelom omejenosti represije, a naj ne bo odveč pristaviti, da to ni mogoče trditi za 125. člen KZ-1 – ta prej odraža načelo humanosti kazenskega prava.

¹⁴⁸ Tako tudi Korošec, glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 269.

ga ta izključuje. V tem smislu se na področju medicinskega kazenskega prava sprašujemo zlasti, kakšna je narava medicinske dejavnosti in medicinskih posegov, ali medicina uživa kakšen poseben status in kako je z vpetostjo volje v splošni pojem – ali je medicinski poseg skladen z bitjo katere od inkriminacij telesnih poškodb in kakšni so razlogi, ki izključujejo bit (ali katerega od drugih dveh elementov). Notorično je pomembno, ali je izključena že bit kot prvi element, s čimer odpade možnost kakršnekoli pravne analize,¹⁴⁹ kar medicinske posege (ob predpostavki odsotnosti zdravniških napak) dela kazenskopravno irelevantne, oz. ali je izključena protipravnost kot drug element¹⁵⁰ ali šele krivda kot tretji.¹⁵¹ Slednje ne pomeni samo dogmatično pomembne razlike, pač pa za seboj vleče tudi številne praktične posledice – izključevanje posameznih elementov različno stigmatizira obdolženca, vpliva na pestrost uporabe kazenskih sankcij in na obravnavo drugih kazenskopravnih problemov in institutov (npr. udeležba, poskus, zmota...). Na vse to pa ima vpliv tudi opredelitev kazenskopravne dobrine oz. njene funkcionalnosti.

Dobrina predstavlja enega najpomembnejših teoretičnih institutov, hkrati pa je izhodišče in cilj vsake inkriminacije.¹⁵² Teorija je enotna, da pojma kazenskopravne dobrine ne smemo predstavljati preveč formalno – v smislu neke neuresničljive, poduhovljene ideje, hkrati pa je niti ne gre razlagati preveč materialno, temveč bolj kot abstraktno razmerje ljudi do tistih splošnih življenjskih interesov, vrednot, stanj ali institucij (vsa ta so po naravi stvari odvisna od časa in prostora), ki so tako nepogrešljivi, da jih kazensko pravo kot sredstvo ultima ratio varuje v obliki inkriminacij.¹⁵³

Tradicionalna funkcija kazenskopravnih dobrin¹⁵⁴ je uresničevanje nekega idealnega družbenega stanja in posamezne dobrine predstavljajo sredstvo za zagotavljanje splošne sreče, blaginje in miru.¹⁵⁵ Z naraščanjem pomena avtonomije pa se je v zadnjem času pojavila nova opredelitev dobrin, ki uživa podporo številnih uglednih nemških pravnih teoretikov. Pot novemu pojmovanju dobrin je utrl Rudolph,¹⁵⁶ ki pravi, da predmet razpolaganja in upravičenje do razpolaganja skupaj predstavljana kazenskopravno dobrino. Volja nosilca je torej vrojena že v sam pojem dobrine.¹⁵⁷ Zagovorniki te teorije ne vidijo smisla v varovanju dobrin per se,

¹⁴⁹ Morda iz razloga nesubsumabilnosti, družbene koristnosti ali celo privolitve.

¹⁵⁰ Relevantna je lahko upravičljiva skrajna sila, družbena koristnost, privolitev.

¹⁵¹ Zlasti zaradi opravičljive skrajne sile.

¹⁵² L. Bavcon in drugi, nav. delo, str. 205

¹⁵³ D. Korošec, nav. delo (2016), str. 104.

¹⁵⁴ Korošec to opredelitev funkcionalnosti dobrin poimenuje »funkcionalnost številka ena«.

¹⁵⁵ D. Korošec, nav. delo (2016), str. 104, 105.

¹⁵⁶ D. Korošec, nav. delo (2016), str. 104.

¹⁵⁷ O vraslosti Korošec, o organski povezanosti Ensthaler, glej v D. Korošec, nav. delo (2016), str. 105, 106.

ampak so te po njihovem mnenju smiselne le, če njeni nosilci lahko z njimi prosto razpolagajo. Nova funkcionalnost kazenskopравnih dobrin¹⁵⁸ se tako kaže v uresničevanju svobode posameznika, le-ta pa predstavlja podlago za doseganje univerzalnega miru.¹⁵⁹

Drugačna opredelitev kazenskopравne dobrine in njene funkcionalnosti bi pomembno vplivala na številna dogmatična vprašanja materialnega kazenskega prava, s tem pa tudi na obravnavanje medicinskih posegov. Ker je volja po tej teoriji del dobrine, privolitev njenega nosilca izključuje že samo možnost napada. Ta teoretično ni mogoč, ker ne obstaja interes nosilca za njeno varovanje. Posledično taka dobrina ne more biti ne ogrožena ne poškodovana,¹⁶⁰ niti se ne ustvarja socialni konflikt, ki bi utemeljeval kazenskopравno represivni odziv.¹⁶¹ Zaradi sestavljenosti dobrine, tj. predmeta razpolaganja in upravičenja do razpolaganja, mora napad poleg objektivnega napada na predmet pomeniti tudi poseg v interes nosilca. Če slednjega ni, gre le za pomoč pri uresničevanju upravičenja do razpolaganja.

Vpetost volje kar naravnost v pojem dobrine rezultira v tem, da privolitev vpliva že na bit kot prvi element splošnega pojma,¹⁶² s čimer celotno dogajanje postane kazenskemu pravu nezanimivo.¹⁶³ S tem se zanika Geerdsova delitev na soglasje in privolitev v ožjem smislu.¹⁶⁴ Volja je namreč upoštevana v okviru biti, četudi ta nujno ne prestavlja zakonskega znaka. Hkrati to pomeni zavrnitev sedaj veljavne objektivne naturalistične koncepcije biti in lahko govorimo o njeni subjektivizaciji.¹⁶⁵

¹⁵⁸ Korošec za njo uporablja izraz »funkcionalnost kazenskopравnih dobrin številka dve« in ga v nalogi prevzemam, glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 110.

¹⁵⁹ Univerzalni mir torej ostaja še naprej pomemben, a se ga dosega posredno – s širitvijo in uresničevanjem svobodnega razpolaganja nosilcev dobrin, ne direktno z uresničevanjem dobrin kot takih, kot to velja po tradicionalni opredelitvi funkcionalnosti dobrin.

¹⁶⁰ Zipf, podobno Weigend, Schmidhäuser, Roxin, glej v D. Korošec, nav. delo (2016), str. 106, 107, 108.

¹⁶¹ Jakobs, glej v D. Korošec, nav. delo (2016), str. 109.

¹⁶² Sax, glej v D. Korošec, nav. delo (2016), str. 108.

¹⁶³ Göbel, glej v D. Korošec, nav. delo (2016), str. 108.

¹⁶⁴ Teoretik F. Geerds ločuje dva sklopa kazenskopравne privolitve oškodovanca. Prvi sklop je soglasje – v ta sklop uvršča oškodovančevu voljo, ki predstavlja zakonski znak inkriminacije, zaradi česar volja oškodovanca vpliva že na bit kaznivega dejanja, drugi sklop pa predstavlja privolitev v ožjem smislu – volja tukaj sicer ni vključena izrecno v zakonsko dispozicijo, a zaradi osebne narave dobrine oškodovanec v poseg s strani drugega lahko privoli, vendar se volja upošteva šele na ravni protipravnosti kot drugega elementa, glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 99-102 in 110. To delitev pozna tudi nemška sodna praksa in nemški sistemski komentar kazenskega zakonika, sledi pa ji tudi novejša slovensko pravo, glej L. Bavcon in drugi, nav. delo, str. 148.

¹⁶⁵ Izmed vseh elementov splošnega pojma je bit daleč najbolj objektivni in vrednostno nevtralen element, četudi o izključni objektivni naravi in vrednostni nevtralnosti v smislu klasičnega pojma biti po Belingu, ne moremo več govoriti. Velja, da bit tvorijo objektivni in subjektivni znaki, ki skupaj opredeljujejo nepravo določenega ravnanja, glej L. Bavcon in drugi, nav. delo, str. 189, 190. Z vključitvijo volje v pojem dobrine bi bit postala bistveno subjektivnejša, zato obstoječa koncepcija odpove.

Pomembno je, da tako drugačno pojmovanje dobrine zanika do sedaj inherentno obstoječ konflikt med posameznikom kot nosilcem dobrine in državo.¹⁶⁶ Po sedaj veljavni koncepciji namreč velja, da ima vsaka, četudi osebna dobrina, v sebi nek delček, ki je od volje posameznika neodvisen. Posameznik v poseg v svojo dobrino sicer lahko privoli, vendar ima država vseeno interes varovanja te dobrine, zato lahko v izjemnih primerih razpolaganje z njo onemogoči. Predstavljena nova opredelitev dobrine pa predmet razpolaganja dojema kot organsko povezan z voljo oškodovanca.¹⁶⁷ Če posameznik s posegom soglaša, niti ni napada, ki bi ga država lahko inkriminirala. Ker je volja po definiciji sestavni del dobrine, je država ne more zanikati, saj bi s tem zanikala dobrino kot tako. To bi pomenilo večjo liberalizacijo, saj bi bili posamezniki pri razpolaganju z osebnimi dobrinami povsem svobodni.¹⁶⁸

Teorija o »funkcionalnosti dobrin številka dve« uteleša željo po doslednem varovanju avtonomije, kar je hkrati razlog drugačnega opredeljevanja funkcionalnosti dobrin. S tem se kaže generalno pozitivni premik naklonjenosti svobodi posameznika. Ni več vprašanje, ali volja oškodovanca vpliva na splošni pojem kaznivega dejanja, ampak se sprašujemo, na kakšnem temelju in v okviru katerega elementa jo upoštevamo. Predstavljena nova teorija pomeni dosledno dogmatično izpeljavo in se v primerjavi z inkriminacijo samovoljnega zdravljenja kaže kot resna alternativa sedanji obravnavi medicinskih posegov. Treba pa je priznati, da bi uveljavitev nove ideje o funkcionalnosti dobrin imela velike dogmatične posledice in popolno liberalizacijo razpolaganja z disponibilnimi dobrinami. Vprašljivo je, ali trenutna mentaliteta ljudi in stopnja pravnega razvoja to dopušča.¹⁶⁹

¹⁶⁶ D. Korošec, nav. delo (2016), str. 101, 109.

¹⁶⁷ Ensthaler, glej v D. Korošec, nav. delo (2016), str. 105, 106.

¹⁶⁸ V tem smislu bi bila svoboda res taka, kot jo že sedaj dojema Bošnjak, glej M. Bošnjak, nav. delo.

¹⁶⁹ Podobno meni Korošec in predpostavlja, da bo dobrina še nek čas pojmovana tradicionalno. Iz teh razlogov šteje za primernejšo rešitev izključevanja protipravnosti, ki jo ponuja 125. člen KZ-1. Glej D. Korošec, nav. delo (2016), str. 113.

10. SKLEPNE MISLI

Prehod iz razloga družbene koristnosti na institut privolitve potencialnega oškodovanca, ki od leta 2008 predstavlja osrednji razlog izključevanja protipravnosti objektivno naturalistično nastalih telesnih poškodb pri zdravljenju v širšem smislu (tj. v preventivi, diagnostiki, terapiji in rehabilitaciji), je gotovo ena največjih sprememb v novejšem pravnem razvoju. Ne spreminja le položaja pacienta v postopku zdravljenja, ampak ima sprememba velik sistemski pomen za celotno kazenskopravno teorijo, hkrati pa nosi močno politično težo in na novo definira razmerje države do posameznika. Vpeljava 125. člena KZ-1 je tako pomenila zakonodajno revolucijo, ki je Slovenijo postavila ob bok najrazvitejšim pravnim sistemom.¹⁷⁰

125. členu sicer lahko očitamo nedovršenost in nepremišljenost. Prikazane so bile sistemske in tehnične anomalije, neposrečene formulacijske izpeljave, včasih pa se celo ni mogoče znebiti občutka, da zakonodajalec ni bil dobro seznanjen z institutom privolitve, kar mu, glede na zgodovinske okoliščine, niti ne gre premočno zameriti. Kljub temu pa se zdi, da vsebinsko v aktualni situaciji predstavlja najustreznejši koncept obravnave medicinskih posegov. V tem smislu se v prihodnosti kot najboljša alternativa kaže izboljšanje obstoječega člena, pri čemer bi bilo dobro, da zakonodajalec upošteva kritike in nasvete pravne stroke.

Največja težava nove paradigme, ki jo v sebi nosi 125. člen, je njeno neizvajanje v praksi in zavračanje s strani potencialnih storilcev, tj. zdravnikov. Četudi se torej zakonodajalec odloči za noveliranje in postreže z novo, brezhibno določbo, bo ta še vedno pomenila le črke na papirju, če hkrati ne bo povzročila premika v praksi in ponotranjenja pri njenih naslovnikih. Slednje se zato kaže kot področje, ki bo zahtevalo največ napora tako politike kot kazenskopravne stroke.

¹⁷⁰ Težko je zato razumeti trditve, da je 125. člen KZ-1 nepotreben. Glej Z. Dežman, nav. delo (2010).

11. SEZNAM LITERATURE

Matjaž Ambrož, Hinko Jenull: Uvodna pojasnila, v: Kazenski zakonik z novelama 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 SR Slovenije, Ljubljana, 1978.

Ljubo Bavcon, Alenka Šelih: Kazensko pravo – splošni del. Uradni list SR Slovenije, Ljubljana, 1987.

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. 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.

Marko Bošnjak: Razvoj sodobne biomedicine in kazensko pravo. Cankarjeva založba, Ljubljana, 2004.

Nina Cek Perhavec: Pojasnilna dolžnost in privolitev po pojasnilu, v: Medicinski razgledi, 52 (2013) 3, str. 329 – 343.

Mitja Deisinger: Kazenski zakonik 2017 – posebni del. Poslovna založba Maribor, Maribor, 2017.

Zlatko Dežman: Meje družbeno dopustnega tveganja pri medicinskih posegih, v: Pravniki, 47 (1992) 6-8, str. 311 – 315.

Zlatko Dežman: Zakon o pacientovih pravicah in njegov kazenskopravni vidik, v: Medicina in pravo: sodobne dileme II, uredniki: Rijavec Vesna, Reberšek Gorišek Jelka, Flis Vojko, Planinšec Viktor, Kraljić Suzana, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru in Zdravniško društvo Maribor, Maribor, 2010, str. 375 – 388.

Vojko Flis: Doktrina o zavestni privolitvi (informed consent), v: Ada Polajnar-Pavčnik in Dragica Wedam-Lukić (ur.): Pravo in medicina. Cankarjeva založba, Ljubljana, 1998, str. 119–164.

Vojko Flis: Ali je zdravljenje kaznivo dejanje?, v: Medicina in pravo: sodobne dileme II, uredniki: Rijavec Vesna, Reberšek Gorišek Jelka, Flis Vojko, Planinšec Viktor, Kraljić Suzana, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru in Zdravniško društvo Maribor, Maribor, 2010, str. 389 – 400.

Peter Golob: Kazenska odgovornost in informirana privolitev: ali je zdravljenje res kaznivo dejanje?, v: Medicina in pravo: sodobne dileme II, uredniki: Rijavec Vesna, Reberšek Gorišek Jelka, Flis Vojko, Planinšec Viktor, Kraljić Suzana, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru in Zdravniško društvo Maribor, Maribor, 2010, str. 401 – 408.

Albin Igličar: Pogledi sociologije prava. GV založba, Ljubljana, 2009.

Branko Kešpet: Pravna in etična vprašanja v nujni medicinski pomoči. Visoka zdravstvena šola v Celju, Celje, 2013.

Damjan Korošec: Domnevana privolitev potencialnega oškodovanca v kazenskem pravu (nemški in slovenski pristop), v: Pravniki, 53 (1998) 6-8, str. 367 – 384.

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: Medicinsko kazensko pravo. GV založba, Ljubljana, 2016.

Damjan Korošec: Obrezovanje – nepravna banalnost kirurškega posega, v: Pravniki, 50 (1995) 9-10, str. 557 – 567.

Damjan Korošec: O nadomestnih privolitvah v kazenskem pravu, v: Pravosodni bilten, 19 (1998), str. 51 – 76.

Damjan Korošec: Potencialni oškodovanec po sodobnem materialnem kazenskem pravu: volenti non fit iniuria?, v: Zbornik znanstvenih razprav, 57 (1997), str. 189 – 218.

Damjan Korošec: Pravice zdravnikov v Sloveniji in Evropi (osebnostnopravni vidik), v: Medicina in pravo: sodobne dileme II, uredniki: Rijavec Vesna, Reberšek Gorišek Jelka, Flis

Vojko, Planinšec Viktor, Kraljić Suzana, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru in Zdravniško društvo Maribor, Maribor, 2010, str. 409 – 419.

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 kazensko-pravnih sistemov). Doktorska disertacija, Ljubljana, 1997.

Damjan Korošec: Razum in volja in privolitvi potencialnega oškodovanca v kazenskem pravu, v: Zbornik znanstvenih razprav, 58 (1998), str. 143 – 164.

Damjan Korošec, Katja Filipčič in Stojan Zdolšek (ur.): Veliki znanstveni komentar posebnega dela Kazenskega zakonika (KZ-1), 1. knjiga. Uradni list Republike Slovenije in Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana, 2018.

Damjan Korošec, Katja Filipčič in Stojan Zdolšek (ur.): Veliki znanstveni komentar posebnega dela Kazenskega zakonika (KZ-1), 2. knjiga. Uradni list Republike Slovenije in Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana, 2019.

Barbara Nerat, Damjan Korošec: Opustitev in prekinitvev medicinsko (ne)smiselnega zdravljenja, v: Pravna praksa, leto 33, št. 48, str. 6 – 8.

Marjan Pavčnik: Teorija prava – prispevek k razumevanju prava. 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.

Jelka Reberšek Gorišek: Položaj pacienta v postopku zdravljenja in preprečevanja nalezljivih bolezni, v: Medicina in pravo: sodobne dileme II, uredniki: Rijavec Vesna, Reberšek Gorišek Jelka, Flis Vojko, Planinšec Viktor, Kraljić Suzana, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru in Zdravniško društvo Maribor, Maribor, 2010, str. 421 – 426.

Jelka Reberšek Gorišek: Komunikacijski odnosi med zdravnikom, bolnikom in svojci, v: Medicina in pravo: sodobne dileme II, uredniki: Rijavec Vesna, Reberšek Gorišek Jelka, Flis Vojko, Planinšec Viktor, Kraljić Suzana, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru in Zdravniško društvo Maribor, Maribor, 2010, str. 427 – 430.

Borut Stražišar in Branka Stražišar: Informirano soglasje - pravica ali breme, v: Zdravniški vestnik, 84 (2016) 4, str. 283 – 295.

Alenka Šelih: Odziv prava na probleme sodobne medicine, v: Medicina in pravo: sodobne dileme III, uredniki: Kraljić Suzana, Reberšek Gorišek Jelka in Rijavec Vesna, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Maribor, 2014, str. 335 – 344.

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.

Miša Vidovič, Damjan Korošec: Kazenskopravno obravnavanje medicinskih posegov po uveljavitvi 125. člena KZ-1, v: Pravniki, 71 (2016) 11-12, str. 793 – 813.