

Јаков Радишић\*

## САМОВОЉНО ЛЕЧЕЊЕ БОЛЕСНИКА И ЊЕГОВА ПРАВНА ПРИРОДА

*Полазно је сјановишије јисца да је самовољно лечење болесника мо-  
гуће пресјавиши само као сушију сујројиносј лечењу које се врши на основу  
прешходне сагласносји јашјенјиа, односно његовог законског засјуйника.  
Сјога је први део рада јосвећен разјашњавању присјанка на лечење и услова  
његове јуноважносји. У другом делу рада изложена су различјиа схвајиања  
јравника о јравној јрироди деликјиа самовољног лечења болесника и његове  
јравне јоследише, јј. казнена и грађанска одговорносј.*

Кључне речв: *Самовољно лечење. – Присјанак. – Обавешјене. – Одговор-  
носј лекара.*

### А. УВОД

1. Такозвано „самовољно лечење“ болесника представља данас један од најчешћих облика незаконитог лечења. О њему се може говорити у случају кад пацијент није био питан за сагласност да се над њим изврши одређени медицински захват, кад је одбио да се са захватом сагласи, или кад његова сагласност није правно ваљана. Претпоставка је да се ради о болесницима који се, по правилу, не смеју лечити без њиховог пристанка, односно пристанка њихових законских заступника. Зато није реч о самовољном лечењу ако се медицински захват врши над лицем које је, по закону или одлуци суда, дужно да му се подвргне. То бива, на пример, кад су у питању душевни болесници, алкохоличари или наркомани.

2. Самовољно обављеним лечењем вређа се пацијентово право самоодређења, које чини део права личности. У том смислу оно је заштићено и Уставом Југославије<sup>1</sup> и Законом о облигационим односима.<sup>2</sup> Неспорно је да самовољно лечење има карактер правно

---

\* Др Јаков Радишић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу.

<sup>1</sup> Члан 22.

<sup>2</sup> Члан 157 и 200.

недопуштене радње и да стога повлачи одговорност лекара, односно здравствене установе. Али је спорна правна природа тог деликта, тј. шта чини објект његове заштите. Другим речима, нема сагласности о томе да ли се забраном самовољног лечења штити једино пацијентова слобода да одлучује о властитом телесном и психичком интегритету или и сам интегритет. Спорно питање може се формулисати и овако: је ли могуће слободу располагања одвојити од правног добра на које се она односи? Или, још конкретније: може ли се уопште право самоодређења у односу на тело штитити одвојено од телесног интегритета истог лица? Тај проблем нема само теоријски значај него је и од практичне вредности. Ни за кривично ни за грађанско право није, наиме, свеједно да ли је у питању деликт против личне слободе одлучивања или телесна повреда. Јер човеково тело и његова личност чине два различита правна добра, за која важе различите правне норме.<sup>3</sup>

3. Централно питање је, ипак, може ли се уопште захват над човековим телом ради лечења вредновати као телесна повреда, ако је тај захват био медицински индикован и обављен према правилима струке и пажљиво. Проблем се још више компликује услед околности да самовољно лечење може бити окончано и успешно и безуспешно. Та околност наводи на додатно питање: како је могуће говорити о телесној повреди пацијента који је излечен, само зато што лечење није било покривено његовим пуноважним пристанком? Није ли такво поимање телесне повреде апсурдно и неспојиво са правном свешћу и осећањем правичности? С друге стране, ако се тај аргумент уважи, самовољно лечење болесника остаје готово потпуно без кривичноправне санкције, јер га је тешко подвести под неко друго кривично дело мимо телесне повреде. Како онда довести у склад правне аргументе и правну политику?

4. Ни грађанска одговорност због самовољног лечења није лако појмљива јер је штета њена нужна претпоставка? А може ли се одиста говорити о штети ако је пацијент самовољним медицинским захватом спасен, на пример, од сигурне смрти или тешког оштећења здравља, а претрпео је само физичке болове или су наступиле неке споредне последице трајне природе? Има ли у том случају места примени правила о пребијању користи и штете (*compensatio lucri cum damno*)?

5. О правној природи самовољног лечења болесника у неким земљама постоје веома изражени опречни ставови правне теорије и судске праксе. Зато се сматра да тај спор треба да разреши законодавац. Међутим, на његово разрешење чека се више од

<sup>3</sup> Adolf Laufs, „Arzt und Recht-Fortschritte und Aufgaben“, *Neue Juristische Wochenschrift*, бр. 24/1998, стр. 1756. и тамо наведена литература.

стотину година, јер ни он не може да се одлучи ни за једно становиште. Тако је, на пример, у Немачкој, почев од 1911. па до 1996. године, било сачињено седам засебних нацрта за одговарајућу измену и допуну Кривичног законика, али ниједан од њих не могаде стићи до циља.<sup>4</sup> То је сигуран доказ колико је спорни проблем тежак, па је утолико потребније да се о њему расправља и у стручној литератури.

6. Пошто је самоволно лечење незаконито, његове су границе одређене законитим лечењем. А законито је оно лечење коме је претходио пуноважан пристанак пацијента, односно његовог законског заступника. Из тога следује логичан закључак да се самоволно лечење болесника као друштвена појава и као правни проблем може представити само преко разјашњења сагласности за лечење. Зато ће први део овог рада бити посвећен пристанку на медицински захват, док ће у другом делу бити речи о правној природи самоволног медицинског захвата и његовим последицама.

## Б. ПРИСТАНАК ПАЦИЈЕНТА КАО НУЖНА ПРЕТПОСТАВКА ЛЕЧЕЊА

### 1. О пристанку на лечење уопште

1. Лекари су и овлашћени и дужни да лече болеснике. Штавише, неуказивање хитне медицинске помоћи повлачи прекршајну казну<sup>5</sup> и кривичну одговорност лекара.<sup>6</sup> Међутим, из тога не произлази овлашћење за лечење одређених лица, јер оно представља својеврсно деловање на људски организам. Такво деловање мора зависити не само од медицинске индикације него и од воље онога кога се тиче (*Salus et voluntas aegroti suprema lex est*). Пацијент није објект медицине, него субјект који, уз помоћ лекара, треба слободно да одлучи о свим мерама које се тичу његовог здравља. Без претходне пацијентове сагласности лекар не сме започети лечење чак и кад је оно хитно потребно, јер је право човека да буде „свога тела господар“. То је данас чврст правни принцип, прихваћен у свим цивилизованим земљама. Он је утврђен и Законом о здравственој заштити Србије, у чијем члану 10. став 1 стоји: „Хируршке или друге медицинске интервенције, ако законом није другачије одређено, могу се предузети само по претходном пристанку оболелог или повређеног лица, односно његовог родитеља, усвојиоца или

4 О томе видети Maria-Katharina Meuser, „Reform der Heilbehandlung ohne Ende – Ein Beitrag zum geltenden Strafrecht und zum Referententwurf Bundesjustizministeriums 1996“ – *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, бр. 9/1998, стр. 415. и даље.

5 Члан 89, став 1, тачка 1 Закона о здравственој заштити Србије.

6 Члан 127 Кривичног закона Србије.

стараоца ако је то лице малолетно или лишено пословне способности.<sup>7</sup> Реч је, дакле, о свим облицима медицинског захвата на човеку који се обављају у циљу лечења, дијагнозе или заштите од болести.

2. Пристанак на медицински захват не изводи се из самог уговора о лечењу, него претпоставља засебну изјаву воље. Та се изјава може учинити у било којој форми,<sup>8</sup> изричито или конклюдентним радњама из којих се даде закључити да постоји одговарајућа воља. Пристанак мора одговарати правој вољи пацијента, што значи да не сме бити дат под утицајем претње, принуде, преваре или заблуде. Међутим, заблуда о мотиву је ирелевантна (на пример, о квалификацији или личности лекара).<sup>9</sup> У болницама и клиникама тражи се обично писмена сагласност са захватом, ради лакшег доказивања у случају спора. Пристанак се може опозвати у свако време, све до отпочињања захвата чије би обустављање водило ка тешком оштећењу здравља или смрти пацијента.<sup>10</sup>

## II. Способност за пристанак

1. Пристанак је пуноважан ако га је дао пацијент који је способан да се сагласи са медицинским захватом. По југословенском праву, та је способност изједначена са пословном способношћу. Зато на медицинску меру не могу пуноважно пристати малолетници и лица лишена пословне способности. Уместо њих, сагласност треба да дају њихови родитељи, усвојници или старатељи. Сем тога, ако се ради о малолетнику старијем од 15 година, црногорски Закон о здравственој заштити и здравственом осигурању тражи да се узме у обзир и његово мишљење.<sup>11</sup>

2. Међутим, у многим другим земљама способност за пристанак не изједначаје се са пословном способношћу, јер се сматра да пристанак нема карактер правног посла.<sup>12</sup> Будући да је реч о изјави воље којом се лекар овлашћује да на одређени начин делује на лична добра пацијентова, способност за пристанак не треба везивати за чврсте границе пословне способности у смислу грађанског

7 Истоветну одредбу садржи и црногорски Закон о здравственој заштити и здравственом осигурању, у члану 13, став 1.

8 Само изузетно закон налаже писмену форму, као што је, на пример, случај са пристанком на насилни прекид трудноће, на узимање и пресађивање делова људског тела, и на медицински оглед.

9 Klaus Ulschmeier, „Der Arzt im Strafrecht“, у: Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts* München, 1992, стр. 826, маргинални број 35.

10 A. Grotzsch, *Heilbehandlung und eigenmächtige Heilbehandlung, unter besonderer Berücksichtigung des Unmündigen*, Diss – Basel, 1973, стр. 38–39.

11 Члан 13, став 1.

12 Erwin Deutsch, *Medizinrecht*, 3. Auflage, Berlin, 1977, стр. 77, маргинални број 105.

права, нити за урачунљивост у смислу кривичног права.<sup>13</sup> Стога и малолетници старији од 14 година могу бити способни да пристану на медицински захват, уколико су у стању да схвате значај, домаћај и ризике захвата и да се према њима одреде.<sup>14</sup>

3. Треба истаћи да слобода одлучивања о туђем лечењу, коју имају законски заступници, није неограничена, као што је неограничена слобода одлучивања пословно способних лица о властитом лечењу. Човек јесте „свога тела господар“, али није господар и над телом другога, па макар то било и његово властито дете. Кад одлучује о лечењу свога малолетног детета, родитељ је дужан да води рачуна о интересима дететовог живота и здравља.<sup>15</sup> Те интересе он не сме жртвовати никаквом властитом интересу или уверењу. Из тога проистиче да одбијање, на пример, операције, трансфузије крви или медикаментозне терапије из верских побуда родитеља, представља правно недопустив чин.<sup>16</sup> Родитељ који тако поступа прекорачује своја законска овлашћења да заступа дете, врши злоупотребу свога положаја. Лекара не треба да обавезује одлука родитеља којом се он неразумно противи медицинској интервенцији над дететом. Такве одлуке треба да преиначи орган старатељства, јер је он по закону „дужан да предузима потребне мере ради заштите личних и имовинских права и интереса малолетног детета.“<sup>17</sup> О потреби заштите њега би ваљало да обавести лекар, односно медицинска установа.

### III. Медицинска индикација као услов ваљаности пристанка

1. Пристанак на одређену терапију није правно ваљан ако терапија није медицински индикована. Стога је лекар дужан да, пре него што пацијенту предложи извесну терапију, постави дијагнозу и индикацију, руководећи се при том искључиво својом стручном проценом и не поводећи се за пацијентовим жељама или дијагнозом коју је пацијент сам себи поставио. Индикација је разлог који изискује или налаже управо предложени захват као целисходну медицинску меру.<sup>18</sup> Границе медицинске индикације утврђују се одмеравањем интереса, тако да ризик, тежина захвата и изгледи на његов успех морају стајати у разумном односу. Зна се, на при-

13 Adolf Laufs, *Arztrecht*, 4. Auflage, München, 1988, стр. 69, маргинални број 143.

14 *Исцїо*; Deutsch, *исцїо*, стр. 309, маргинални број 443.

15 На то упућује члан 113, став 1 Закона о браку и породичним односима Србије.

16 Због пропуштеног лечења детета судови у САД осуђују родитеље на кривичне казне и на плаћање надокнаде штете детету (Deutsch, *исцїо*, стр. 312, маргинални број 447 и 448).

17 Члан 133, став 1 Закона о браку и породичним односима Србије.

18 Wilhelm Uhlenbruck, „Die Pflichten des Arztes“, у: Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, München, 1992, стр. 312, маргинални број 1.

мер, да извесни оперативни захвати изазивају код пацијента стање које води ка новим тегобама, али су оне од мањег значаја према основној болести. Такав је случај када се одстрањује цео желудац који је захваћен карциномом.<sup>19</sup> Но, ако лекар саветује пацијенту да пристане на терапију указујући му на одређену индикацију, пристанак не важи ако индикација није била осигурана одговарајућим стањем науке.<sup>20</sup>

2. Сем тога, лекар мора утврдити да ли је пацијент подесан за одређену медицинску меру (на пример, за антибиотик или операцију). Подесним се сматра онај пацијент који је у стању да одговарајућу меру издржи или поднесе, што се даде установити путем брижљивог клиничког испитивања. Али подесност подразумева и очекивање или надање да се одређеним терапијским поступком болест пацијентова излечи или ублажи.<sup>21</sup> Објективна мерила за границе индикације јесу дијагноза и прогноза, коју ваља поставити за случај да се лечење обави и за случај да оно изостане.<sup>22</sup>

#### IV. Обавештење пацијента, односно његовог заступника

1. Пристанак на одређени медицински захват може пуноважно дати само пацијент, односно његов заступник који разуме оно са чиме се саглашава. Разумети неку медицинску меру значи бити донекле упућен у њену суштину, значај и домашај. Другим речима, пацијент треба да зна са чиме се саглашава, шта ће се са њим дешавати и шта се може десити. Само у том случају он је у могућности да узме у обзир разлоге за и против и да донесе разумну одлуку која се тиче његовог лечења.<sup>23</sup>

2. Пошто је пацијент, најчешће, медицински лаик, који о медицинском захвату о коме треба да одлучи не зна ништа или не зна довољно, лекар је дужан да га о томе обавести. Обавештење не мора бити у детаљима него у главним цртама, али тако да пацијент „стекне основна сазнања о ономе шта ће се са њим догађати ако на интервенцију не пристане, као и да му буде разјашњена делотворност предложеног захвата, тј. прогноза о стању здравља после њега.“<sup>24</sup> Особито је важно да пацијент буде упознат

<sup>19</sup> *Истио*, маргинални број 3.

<sup>20</sup> Одлука Врховног земаљског суда у Франкфурту, наведена у: Adolf Laufs, „Medizinrecht im Wandel“, *Neue Juristische Wochenschrift*, бр. 24/1996, стр. 1578.

<sup>21</sup> Треба, ипак, имати на уму да се извесни оперативни захвати врше и без медицинске индикације, као што су, на пример, естетске операције.

<sup>22</sup> Uhlenbruck, *истио*, стр. 313, маргинални број 3.

<sup>23</sup> Став Врховног суда Србије, исказан у одлуци Рев. 2714/92, од 8. априла 1993, објављеној у *Билтџену судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 1/1995, стр. 28–31.

<sup>24</sup> *Истио*, стр. 30.

са ризицима које захват условљава, као што су „могуће компликације, трајне штетне последице, неповољан утицај захвата на остале органе, пресецање нерава, могућност да захват не успе, опасност по плод у мајчиној утроби, и сл.“<sup>25</sup> Обавештење треба, дакле, да обухвати све чињенице које су битне за пацијентову одлуку.<sup>26</sup> Мера обавештења зависи од хитности и неизбежности захвата. Ако је захват хитан и неизбежан, обавештење може бити мање; ако захват није хитно потребан, обавештење би требало да буде детаљније;<sup>27</sup> а највеће кад су у питању козметичке операције. И дијагностички захват изискује, начелно, опсежније обавештење него терапијски.<sup>28</sup>

3. Одлуку да пристаје на одређену медицинску меру пацијент треба, дакле, да донесе у знању стања ствари. Његов пристанак није пука формалност, није воља без стварне садржине, нити паушална воља. Напротив, пристанак је пуноважан само ако је испуњен одређеном садржином. Ту садржину, ако дође до спора, утврђује суд у сваком конкретном случају. Мера обавештења што га треба дати пацијенту, односно његовом заступнику јесте правно питање; оно није препуштено слободној оцени лекара.<sup>29</sup> Сем тога, обавештење треба да уследи благовремено, јер пацијент, односно заступник не сме бити доведен у временску стиску да одлуку о лечењу донесе на брзину. Напослетку, пристанак је неважећи и у случају кад лекар предложено терапију погрешно представи као једино могућу или ако погрешно представи ризик операције.<sup>30</sup> Ипак, обавештење о алтернативним методама лечења није потребно увек, него само ако те методе неједнако оптерећују пацијента или су скопчане са различитим ризицима и шансама за успех.<sup>31</sup>

## V. Стање нужде које замењује пристанак

1. Постоје ситуације у којима се над оболелим или повређеним лицима мора извршити хитан медицински захват. Ако се та лица налазе у бесвесном стању или су иначе пословно неспособна, тада није могуће добити пристанак ни од њих нити од њихових

25 Deutsch, *истио*, стр. 84, маргинални број 115.

26 *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 1/1995, стр. 30.

27 *Истио*.

28 Adolf Laufs, „Die ärztliche Aufklärungspflicht“, у: Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, München, 1992, стр. 373, маргинални број 12.

29 То је став Савезног врховног суда Немачке и Врховног суда Аустрије. О томе видети: Reinhard Detmeyer und Burkhard Madca, „Zur Aufklärungsproblematik bei geplanten intraoperativen Schnell-schnitt – Untersuchungen und intraoperativen Zufallsbefunden mit Operationserweiterung“, *Medizinrecht*, бр. 6/1998, стр. 247; пресуда аустријског Врховног суда од 31. I 1995, *Oesterreichische Juristenzeitung*, бр. 19/1995, стр. 744.

30 Reiner Scholz, „Zur Arzthaftung bei Verletzung der Aufklärungspflicht“, *Monatsschrift Deutsches Recht*, бр. 7/1996, стр. 654.

31 Видети одлуку Савезног врховног суда Немачке од 29. VI 1995, *Medizinrecht*, бр. 1/1996, стр. 23.

законских заступника који су одсутни. Наш законодавац допушта да се у том случају медицински захват обави на основу конзилијарног прегледа.<sup>32</sup> Ради се, у ствари, о стању нужде које је способно да замени пристанак и да захват учини легитимним. Пошто је захват апсолутно индикован ил: виталан, он је објективно у интересу дотичног пацијента, па се зато сматра да би се разуман пацијент, односно његов законски заступник са таквим захватом сагласио да је могао да искаже своју вољу. Стога се у теорији говори о *претипоситављеном присиланку*, и за њега се налази ослонац у правном институту допуштеног незваног вршења туђих послова.<sup>33</sup>

2. Ова правила важе и у случају кад је пацијент, односно његов законски заступник пристао на операцију одређеног органа, па се у току захвата покаже да је операцију потребно изменити или проширити и на неки други орган, односно део тела. Јер прекидање операције ради прибављања пристанка треба избегавати због опасности по пацијента који је под потпуном наркозом.<sup>34</sup>

## В. ПРАВНА ПРИРОДА САМОВОЉНОГ ЛЕЧЕЊА БОЛЕСНИКА

### І. Самовољно лечење као телесна повреда

1. Схватање да самовољно лечење болесника има карактер телесне повреде у смислу кривичног права санкционисано је по први пут чувеном одлуком немачког Reichsgericht-а од 31. маја 1894. године. Одлука је донета у случају који се тичао ампутације стопала седмогодишњег детета, извршене противно изричитој вољи његовог оца. Ампутација је била апсолутно индикована, обављена *lege artis* и у крајњој линији успешна. Упркос томе, Reichsgericht је поступак лекара-хирурга оквалификовао као кривично дело телесне повреде, што је изазвало силно негодовање припадника лекарског сталсжа и означило почетак „хладног рата“ између медицинара и правника.<sup>35</sup>

2. У поменутој пресуди Reichsgericht је дао опсжно правно образложење свога става, градећи од њега теорију која ће доцније изазивати бесконачне полемике. По схватању овог суда, за квалификацију медицинског захвата над човечијим телом одлучујући значај има постојање *погударности воља* између лскара и паци-

32 Члан 10, став 2 Закона о здравственој заштити Србије и члан 13, став 2 Закона о здравственој заштити и здравственом осигурању Црне Горе.

33 *Deutsch, исто*, стр. 80, маргинални број 109.

34 *Исто*, стр. 81, маргинални број 110.

35 Наведено према Klaus Ulschmeier, у: *Handbuch des Arztrechts*, стр. 813, маргинални број 1.



јента. Јер болесник не даје лекару „неограничену власт“ над својом личношћу, него може налог за лечење да опозове, да лекара промени и да се супротстави примени сваког конкретног лека; свеједно да ли се ради о медикаменту који делује изнутра или о спољашњем оперативном захвату, пацијент има могућност да га пуноважно спречи. У тренутку кад пацијент своју сагласност са одређеном медицинском мером опозове, гаси се и овлашћење лекара за лечење. Из тога ће Reichsgericht извући закључак да лекар који намерно, ради лечења, наруши телесни интегритет пацијентов, не могавши за то извести за себе право „из уговора или из претпостављеног пристанка“ – поступа противправно. Такви деликти подлежу забрањујућој норми из § 223 Кривичног законика.<sup>36</sup> Не постоји никакав изузетак од правила по коме сваки медицински захват којим се делује на телесни интегритет пацијента представља фактички телесну повреду. Нису за то од значаја ни индикација, ни врста и начин спровођења медицинске мере, нити њен резултат, нити тежина, нити багателни карактер, нити њена хитност. Не само неодложна и витално индикована операција, него и сваки тако мали захват као што је, на пример, увод игле за инјекцију, сваки медикаментозни или соматско-психички третман, свака употреба медикамента, зрачење или психотерапијско деловање – представља телесну повреду. Небитно је и да ли лекар погрешно или прописно оперише и да ли је захват окончан успешно или безуспешно. Увек кад то чини без пацијентовог пристанка, он уистину наноси телесну повреду у смислу § 223 Кривичног законика.<sup>37</sup>

3. Савезни врховни суд Немачке придружио се, без резерве, овом ригорозном схватању, са напоменом да не види никакав разлог „да расправља о приговорима који су против тог схватања изложени у правној литератури“.<sup>38</sup> Он је свој став објаснио позивањем на уставну гаранцију човсковог права на свој телесни интегритет и истакао да то право важи неограничено, па и у случају када би одбијена медицинска мера могла да отклони тегобе које угрожавају живот. Сматра се да кривичноправна забрана нашошења телесне повреде штити не само телесни интегритет пацијента, него и његово право самоодређења у односу на властито тело. Такво тумачење Савезни врховни суд образлаже промишљањем о казненој политици. Јер ако се самовољно лечење не би подводило под кривично дело телесне повреде, оно би, у већини случајева, морало остати некажњено, будући да дело принуде и лишења слободе допуштају само незнатну могућност кажњавања.<sup>39</sup> Овај став подржаће, у основи, и Савезни уставни суд Немачке,

36 *Истио*, стр. 814, маргинални број 2.

37 *Истио*.

38 *Истио*, маргинални број 3.

39 О томе видети опширније код Maria-Katharina Meuser, *истио*, стр. 416–417.

својом изреком да „нико не сме себе наметнути за судију о питању под којим условима неко други треба разумно да буде спреман да жртвује свој телесни интегритет да би поново постао здрав“.<sup>40</sup>

4. Швајцарски Савезни суд има истоветну праксу. Он је прихватио чак и разлоге немачког Савезног врховног суда. Сматра да сваки самоволни медицински захват у телесни интегритет човека представља *de facto* телесну повреду. Стога, на пример, инјекције и инфузије подводи под члан 126, операције под члан 123, а ампутације важних органа под члан 122 швајцарског Кривичног законика.<sup>41</sup> Своје становиште и овај суд образлаже недостатком посебног прописа кривичног права о самоволном лечењу. Деликт самоволног лечења болесника схвата као деликт којим се, у исти мах, вређа и право самоодређења и телесни интегритет пацијента. То значи да се праву самоодређења не признаје засебно „подручје заштите“. Јер слобода располагања не може се одвојити од правног добра као што је телесни интегритет а да оно не изгуби квалитет правног добра којим се може располагати.<sup>42</sup> „Ако се телесни интегритет или друго правно добро којим се може диспонирати представи без слободе располагања, тада и нема више правног добра, него остаје само терет.“<sup>43</sup>

## II. Самоволно лечење као повреда права самоодређења

1. Поборници овог схватања сматрају да се операцијом без пуноважног пацијентовог пристанка не повређује телесни интегритет, јер је циљ операције да се стање тела зацели, а не да се погорша. Једино погрешан лекарски захват може се вредновати као телесна повреда. Самоволним захватом који је медицински индикован и обављен како ваља вређа се једино пацијентова аутономија или слобода одлучивања, тј. право личности.<sup>44</sup> У прилог томе наводи се чињеница да је телесну повреду могуће одвојити од идеје о личности; она се даде замислити и у односу на животиње, док самоволно лечење претпоставља човека који је „свога тела господар“. Зато је самоволно лечење, у суштини, непоштовање туђе воље, деликт против права самоодређења у односу на властито тело. Тај се деликт може починити и без ремећења телесног интегритета, као што је, на пример, самоволно лечење путем

40 K. Ulschmeier, „Aufklärungspflicht und Einverständniserklärung zur Behandlung“, *Der Chirurg*, бр. 3/1996, стр. 74.

41 Jörg Rehberg, „Arzt und Strafrecht“, у: Heinrich Honsell (уредник), *Handbuch des Arztrechts*, Zürich, 1994, стр. 304.

42 Wolfgang Wiegand, „Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung“, у: *Handbuch des Arztrechts*, стр. 121–122.

43 *Истио*, стр. 122, напомена 15.

44 Adolf Laufs, „Die deliktische Haftpflicht des Arztes und des Krankenträgers“, у: Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, München, 1992, стр. 649, маргинални број 5.

хипнозе или сличних мера што носе опасност непожељних промена целокупног душевног склопа.<sup>45</sup> „Само рђаво поимање језика може пажљиви рез хирурга назвати 'телесном повредом' и лекара изједначити са лицем које другог убоде ножем.“<sup>46</sup> Приликом оцене медицинског захвата не треба водити рачуна о чисто објективној слици појаве, него о социјалној смислености третмана болесног човека.<sup>47</sup>

2. Ово гледиште преовлађује међу правницима чак и оних земаља чији судови имају супротну праксу. Но, и поред подударности у основном ставу, мишљења исказана у литератури разликују се у многим детаљима. Особито је спорно питање да ли медицински индикован и прописно обављен захват чињенично не представља телесну повреду, без обзира на његов успех или неуспех. На том питању разилазе се поборници двеју познатих теорија: „теорије радње“ и „теорије успеха“.

Према „теорији радње“ за оцену прописног захвата битан је његов терапијски циљ, а небитно је што је он у пацијента изазвао оштећење здравља или смрт. Са тим трагичним ризиком мора рачунати и разуман пацијент, па га зато не може преваливати на терет лекара. Јер исход лечења не зависи од пацијентовог пристанка.<sup>48</sup>

„Теорија успеха“ прави разлику између успешних и неуспешних медицинских захвата. Успели захвати, тј. они који пацијентово здравље поново успоставе или га одржавају, не могу се вредновати и кажњавати као телесне повреде, без обзира на то да ли је пацијент био обавештен о захвату и да ли је на њега пуноважно пристао. Међутим, медицински захват који је довео до погоршања пацијентовог здравља представља доиста телесну повреду, уколико је уследио без сагласности пацијента.<sup>49</sup>

3. Самоволно лечење болесника посебно је инкриминисано у кривичним законима Аустрије, Португалије и Хрватске. Они штите једино пацијентово право самоодређења, тј. слободу да допусти или не допусти лечење, а искључују заштиту телесног интегритета као таквог.<sup>50</sup> Медицински захват који је индикован и обав-

45 Dietrich Eberhard, *Selbstbestimmungsrecht des Patienten und ärztliche Aufklärungspflicht im Zivilrecht Frankreichs und Deutschland*, Karlsruhe, 1968, стр. 50. и 56.

46 Hans-Leo Weyers and Wolfram Mirtsching, „Zum Stand des Arzthaftungsrecht“, *Juristische Schullung*, бр. 5/1980, стр. 320.

47 Eberhard Schmidt, *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig, 1939, стр. 70.

48 Исиџо, стр. 70–73.

49 Ulsenheimer, у: *Handbuch des Arztrechts*, стр. 816, маргинални број 9 и тамо наведена литература.

50 Peter J. Schick, „Die strafrechtliche Verantwortung des Arztes“, у: Wolfgang Holzner, Willibald Posch, Peter J. Schick, *Arzt und Arzneimittelhaftung in Österreich*, Wien, 1992, стр. 90.

љен према правилима струке не може се вредновати ни као телесна повреда ни као убиство, упркос неповољном исходу. То важи и у случају кад лекар није прибавио пристанак пацијента или кад пристанак није правно ваљан због изосталог обавештења о ризицима.<sup>51</sup> Деликт „самовољног лечења“ по својој суштини, јесте деликт против слободе и стога је сличан деликту „преваре“ и „принуде“. Са становишта науке кривичног права, он је веома интересантан, али је практично готово безначајан. Држава није заинтересована за кривично гоњење лекара због повреде права самоодређења, него то треба да чине сами пацијенти, приватном тужбом.<sup>52</sup> Пошто ни пацијенти нису заинтересовани за кажњавање лекара, одговорност због повреде права самоодређења пребачена је на терен грађанског права, и ту обитава у виду осуде на надокнаду штете.<sup>53</sup>

4. Гледиште по коме се самовољно лечење вреднује као деликт против личне слободе одговара и југословенском казненом праву. Томе иде у прилог околност да Закон о здравственој заштити Србије „извршење хируршке или друге медицинске интервенције без претходног пристанка одређеног лица“ санкционише прекршајном казном.<sup>54</sup> Законодавац је очигледно сматрао да степен друштвене опасности тог противправног чина није толико велики да би га требало сузбијати и кривичноправном санкцијом. У противном, он би га одредио као кривично дело.

### III. Квалификација самовољног лечења са становишта грађанског права

1. Различити ставови о правној природи самовољног лечења, који су се испојили на плану кривичног права, битишу и у области грађанског права. Постоји, међутим, и одређена специфичност на коју ваља указати. Реч је о извесној разлици између правника-цивилиста и правника-криминалиста у поимању самовољног лечења. Та разлика није се ограничила на правну теорију, него се проширила и на правну праксу. На тај начин дошло се до двоструког појма телесне повреде: једног у смислу кривичног, а другог у смислу грађанског права. Таква ситуација постоји, на пример, у Аустрији. Иако је самовољно лечење болесника у Аустријском Кривичном законнику (§ 110) инкриминисано као дело којим се вређа искључиво лична слобода пацијента, грађански судови досуђују пацијенту

<sup>51</sup> *Истио*, стр. 91.

<sup>52</sup> *Истио*, стр. 91–92.

<sup>53</sup> *Истио*, стр. 91.

<sup>54</sup> Видети члан 87, став 1, тачка 4 и члан 89 став 1, тачка 2. Сличну одредбу садржи и црногорски Закон о Здравственој заштити и здравственом осигурању, у члану 158, став 1, тачка 5.

надокнаду штете због телесне повреде.<sup>55</sup> Они стоје на становишту да свако лечење које је повезано са нарушењем пацијентовог телесног интегритета треба вредновати као телесну повреду. Пошто човеково тело спада у апсолутно заштићена правна добра, медицински захват над њим индикује противправност и у случају кад је извршен *lege artis* али без претходног пристанка пацијента, односно његовог законског заступника. „Ако пристанак није пуноважан, лекар, односно болница има да одговара због штете настале услед операције иако је она урађена прописно.“<sup>56</sup> И у аустријској правној теорији преовлађује мишљење да је и сваки успели захват над телом забрањен ако није покривен пацијентовом сагласношћу, па се зато може означити као телесна повреда.<sup>57</sup> У прилог томе указује се на чињеницу да и свака корисна промена туђе ствари представља повреду права својине, уколико бива без пристанка власника. Сем тога, рана сама по себи значи негативну промену тела, која је, по правилу, скопчана са боловима, тако да чак и у случају успелог медицинског захвата настаје штета осећању.<sup>58</sup>

2. Стога ваља констатовати да напред изложене разлике између аустријског кривичног права, с једне стране, и немачког и швајцарског кривичног права, с друге стране, немају никаквог утицаја на грађанску одговорност због самовољног лечења. Према судској пракси тих земаља, поступи лекара због којих се лечење сматра „самовољним“ изједначени су са стручним грешкама, и повлаче одговорност због свих штетних последица. Другим речима, лекар који самовољно поступа сноси ризик неуспеха и свентуалних компликација у вези са обављеним медицинским захватом, те је дужан да надокнади и материјалну и нематеријалну штету.<sup>59</sup>

3. Међутим, у правној теорији је донекле спорно има ли уопште места грађанској одговорности ако је медицински захват окончан успешно. По некима, пацијенту би у том случају требало признати право на задовољење, јер се ради о противправној повреди његове личности.<sup>60</sup> Други оштр мисле да ваља водити рачуна о томе докле сеже подручје заштите прекршене правне норме. Накнада штете долази у обзир само уколико је заштита личности погођена преко права самоодређења у односу на тело и здравље. Ако је самовољни медицински захват био успешан, пацијент не

55 Schick, *ucīto*, стр. 78; затим пресуда аустријског Врховног суда од 31. I 1995, *Oesterreichische Juristenzeitung*, бр. 19/1995, стр. 744.

56 *Oesterreichische Juristenzeitung*, стр. 744.

57 Koziol/Rummel, *Oesterreichische Haftpflichtrecht*, Band II: Besonderer Teil, 2. Auflage, Wien, 1984, стр. 120.

58 *ucīto*.

59 Laufs, *Handbuch des Arztrechts*, стр. 370, маргинални број 2.; Deutsch, *ucīto*, стр. 108, маргинални број 166, и стр. 185, маргинални број 280; Wiegand, *ucīto*, стр. 182; Koziol/Rummel, *ucīto*.

60 Laufs, *ucīto*; Wiegand, *ucīto*.

трпи никакву штету, па зато нема право ни на надокнаду.<sup>61</sup> Али, ако је захват био хитно потребан и ако је довео делимично до успеха а делимично до неуспеха, тада настаје питање могу ли се та два резултата међусобно пребити. Немачки правници на то питање одговарају негативно и сматрају да лекар, односно здравствена установа треба да сноси последице делимичног неуспеха; док је аустријски Врховни суд, у једном случају из 1992. године, одлучио другачије, тј. применио је правило о пребијању користи и штете и досудио пацијенту само престоалу разлику.<sup>62</sup>

4. Пракса државних судова не обилује случајевима који се тичу надокнаде штете због самоволног лечења, али је неспорно да наши судови ту надокнаду признају. Тако је у једној давнашњој одлуци Врховни суд Хрватске одлучио: „Недопустиво је и противно начелу неповредивости *физичког интелектуалног* [подвукао Ј. Р.] вршење оперативног захвата на некој особи против њезине воље, па и у случају када би то било од користи за ту особу, осим ако не предлеже посебни разлози који оправдавају такав поступак, као што је животна опасност и стање болесника због којег стања он није у могућности да даде свој пристанак. Стога оперативни захват који је извршен противно напријед наведеног представља основ за накнаду штете.“<sup>63</sup>

То гледиште следи и Врховни суд Србије. Он је у својој одлуци Рев. 2714/92, од 8. априла 1993. године, заузео правни став да „здравствена установа одговара за штетне последице оперативног лечења ако пацијенту није предочила све могуће последице оперативног захвата на који је, иначе, пристао“.<sup>64</sup> Врховни суд одбацује схватање нижестепених судова по коме је тужила „прећутно прихватајући операцију преузела и ризик могућих компликација“. Он сматра да пацијент прихвата само онај ризик операције о коме је био обавештен. Ако је упозорен само на уобичајени ризик, а наступе друге изузетно ретке компликације са тешким последицама, има право на накнаду штете коју је због тога претрпео. Јер „обавештење мора да обухвати све чињенице које су битне за пацијентову одлуку да на операцију пристане“.<sup>65</sup>

## Г. Закључак

1. Захват у туђи телесни интегритет апсолутно је забрањен, јер је располагање тим правним добром резервисано искључиво за његов субјект. Ни лечећи циљ захвата није у стању да измени

61 Deutsch, *истио*, стр. 108, маргинални број 168 и тамо наведена литература.

62 *Истио*.

63 Гз. 1554/74, од 19. III 1975, *Збирка судских одлука*, књига 1, свеска 4 (нова серија), број одлуке 504.

64 *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 1/1995, стр. 28–29.

65 *Истио*, стр. 30–31.

његову противправну природу. Такву преображајну моћ има једино претходна сагласност обавештеног пацијента, односно његовог законског заступника. Без те сагласности захват јесте и остаје правно недопуштен и у случају када је њиме постигнут циљ коме се тежило. Стога има места казненој одговорности, због кривичног дела или прекршаја.

2. Грађанска одговорност због самоволног лечења има другачију логику, јер она претпоставља штету. Ако никаква штета није узрокована, право на надокнаду је искључено. Тада је реч о тзв. *injuria sine damno*. Досуђивање „задовољења“ због пуког огрешења лекара о пацијентово право располагања својим телесним интегритетом, било би у нескладу са моралом. А ни правни основ за такву меру није надокнада руке.

Jakov Radišić\*

## THE ARBITRARY TREATMENT OF THE PATIENT AND ITS LEGAL NATURE

### *Summary*

The author sets out from the premise that the arbitrary treatment of a patient is a form of illegal treatment. One may speak of arbitrary treatment in the case when the patient is not asked for his consent to undergo a certain medical intervention, when he refuses to give his consent for the intervention or when his consent is not legally valid. It is possible to present arbitrary treatment as a social phenomenon and as a legal problem only through clarifying the consent for treatment and the conditions for its validity. The first part of the paper is devoted to this issue.

In the second part of his paper, the author discusses the different academic interpretations regarding the legal nature of arbitrary treatment. He lays particular emphasis on the existence of different views about whether the prohibition of arbitrary treatment is solely to protect the patient's freedom to decide on his own physical integrity or physical integrity itself. The former viewpoint is upheld in the Criminal Code of Austria while the latter is to be found in the practice of the German and Swiss courts. However, these differences in criminal law have had no effect on civil liability in these countries because Austrian civil courts qualify the arbitrary treatment of patients as bodily injury. This means that the notions of bodily injury in criminal and civil law are different.

---

\* Dr. Jakov Radišić, Professor of the Faculty of Law of the University of Kragujevac.

Arbitrary curative treatment of the body of a patient is and remains legally impermissible even in the case when the desired aim is achieved. Therefore, there is room for criminal responsibility because of the criminal act or misdemeanour. However, liability in tort for this act is governed by another logic because it presumes the existence of loss. If there is no loss, then the right to compensation is excluded. If the court sentence would allow satisfaction (i.e. a sum of money) to the patient merely because of the doctor's disregard for the patient's right to dispose of his own body this would not be in keeping with ethics. Furthermore, neither is the legal foundation for such a measure within reach.

Key words: *Medical Secret. – Duty to Keep a Medical Secret. – The General Right of a Person. – Liability.*

Jakov Radišić\*

## LE TRAITEMENT ARBITRAIRE DES MALADES ET SA NATURE JURIDIQUE

### *Résumé*

L'idée de départ de l'auteur est que le traitement arbitraire des malades représente une sorte de traitement illégal. Il est question d'un tel traitement dans le cas où on ne demande pas au patient son consentement avant de lui faire subir une intervention médicale spécifique, lorsqu'il a refusé de donner son accord à une telle intervention ou lorsque son accord n'est pas valide juridiquement. Le traitement arbitraire en tant que phénomène social et problème juridique ne peut être considéré qu'en faisant la lumière sur la notion de consentement aux soins et sur les conditions de sa validité. C'est à cette question que l'auteur consacre la première partie de son travail.

La deuxième partie expose les différentes conceptions des juristes sur la nature juridique du traitement arbitraire. L'auteur souligne surtout le fait de l'absence de consensus sur le point de savoir si par l'interdiction d'un traitement arbitraire on protège uniquement la liberté du patient à décider de sa propre intégrité physique ou l'intégrité physique elle-même. La première thèse est présente dans le Code pénale autrichien, et la deuxième dans la pratique judiciaire allemande et suisse. Cependant, sur le plan du droit pénal ces différences ne se sont pas reflétés sur la responsabilité civile dans ces pays, puisque les tribunaux civils autrichiens qualifient, eux aussi, le traitement arbitraire des malades comme une atteinte corporelle. Il s'en suit que les notions d'atteinte corporelle, respectivement dans le droit civil et le droit pénal, diffèrent l'une de l'autre.

---

\* Dr Jakov Radišić, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Kragujevac.



Un traitement arbitraire sur le corps d'un patient est et reste un acte juridiquement illicite même lorsqu'il permet d'atteindre l'objectif souhaité. De ce fait, il y a lieu à l'établissement d'une responsabilité pénale, sanctionnant un délit ou infraction. Toutefois, la responsabilité civile en raison de cet acte suit une autre logique, car elle suppose un dommage. Si aucun dommage n'a été causé, le droit à la réparation est exclu. Accorder une „satisfaction“ à cause d'un simple manquement d'un médecin au respect du droit du patient à donner son consentement ne serait pas en accord avec la morale. Qui plus est le fondement juridique pour une telle mesure n'est pas à portée de la main.

Mots clés: *Traitement arbitraire. – Accord. – Information. – Responsabilité médicale.*