

Prof. dr Jakov RADIŠIĆ\*

## Dužnost lekara da pacijenta obavesti o rizicima predložene medicinske mere i njegova odgovornost – poseban osvrt na praksu nemačkih i austrijskih sudova –

UDK: 368:616-052  
Dostavljen: 6. 3. 2012.  
Prihvaćen: 12. 3. 2012.  
Originalan naučni rad

### Apstrakt

Odluka pacijenta da pristane ili ne pristane na određenu medicinsku meru zavisi od više različitih okolnosti o kojima treba da ga obavesti lekar. Zakon o zdravstvenoj zaštiti Srbije odredio je poimenično podatke koje obaveštenje mora da obuhvati. Između ostalog, posebno je istaknuta obaveza lekara da pacijenta obavesti o rizicima predložene medicinske mere. Ali, ako se ima u vidu činjenica da su naši lekari, sve do ovog trenutka, negovali *paternalistički odnos* prema pacijentima, ne može se očekivati da će oni svoju dužnost obaveštavanja o rizicima pravilno shvatiti i valjano je izvršavati. Ni našim sudovima neće biti lako da ih u tome kontrolišu. I prvima i drugima moglo bi pomoći stogodišnje iskustvo njihovih kolega iz Nemačke i Austrije. Zato autor posebnu pažnju posvećuje sudskoj praksi i pravnoj teoriji ovih dveju zemalja. Njihovi odgovarajući stavovi izloženi su u brojnim konkretnim slučajevima iz života, i ugrađeni su u sve delove iz kojih se ovaj rad sastoji. Ti su stavovi poučni naročito u sledećim delovima rada: Rizici medicinskih mera i njihovo svrstavanje u grupe, opseg obaveštenja o rizicima, trenutak i forma obaveštenja, pravne posledice propuštenog ili nepropisnog obaveštenja, i dokazivanje greške u obaveštenju o rizicima.

*Ključne reči:* pacijentovo pravo samoodređenja, obaveštenje pacijenta o rizicima medicinske mere, odgovornost zbog greške u obaveštenju o rizicima, sudska praksa

### 1. UVOD

Zakon o zdravstvenoj zaštiti Srbije (dalje u tekstu: ZZZ) propisuje da je za svaku medicinsku meru nad pacijentom potreban, po pravilu, njegov pristanak.<sup>1</sup> Istim zakonom utvrđeno je pravo pacijenta da od „nadležnog zdravstvenog radnika” dobije obaveštenje koje mu je potrebno kako bi doneo odluku da pristane ili ne pristane na predloženu medicinsku meru. Tu su, poimenično i iscrpno, određeni i podaci koje pacijentu treba saopštiti, i to bez njegovog traženja.<sup>2</sup> Naposljetku, sledi i zakonska sankcija da „pristanak kome nije prethodilo potrebno obaveštenje ne obavezuje...”, a nadležni zdravstveni radnik koji preduzme medicinsku meru u tom slučaju snosi rizik za štetne posledice.<sup>3</sup> Iz navedenih odredaba jasno se vidi da je reč o tzv. *obaveštenju radi samoodređenja i odgovornosti zbog povrede ove dužnosti*. Ono treba da omogući pacijentu da o svome lečenju ili nelečenju odluči slobodno i na vlastitu odgovornost. Time se ono razlikuje od tzv. *terapeutskog obaveštenja*, koje služi osiguranju uspeha lečenja i izbegavanju docnijih obolenja,<sup>4</sup> pa se zato može nazvati lekarskim savetom.

Među podacima koje Zakon traži da se saopšte pacijentu, posebno mesto zauzima podatak o mogućim rizicima predložene medicinske mere. Pre ZZZ ova dužnost zdravstvenih radnika nije bila pravnim propisima ni naložena, ni sankcionisana. Ona predstavlja korenitu i veoma značajnu novinu za naše lekare, koji su, sve do ovog trenutka, *negovali prema svojim pacijentima paternalistički, a ne partnerski odnos*. Zato ne treba oče-

<sup>1</sup> ZZZ, član 31.

<sup>2</sup> ZZZ, član 28, stav 1, 2 i 3.

<sup>3</sup> ZZZ, član 32, stav 2.

<sup>4</sup> Wagner, Gerhard. (2004), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 5: *Schludrecht, Besonderer Teil III*, 4. Auflage, München, str. 1835.

\* Univerzitet u Kragujevcu

kivati da će oni svoju dužnost obaveštavanja o rizicima pravilno shvatiti i valjano je izvršavati. Jer obaveštenje o rizicima ne sme biti ni preveliko, ni premalo. Prvo bi uplašilo pacijenta i navelo ga da ne pristane i na apsolutno indikovano medicinsku meru, a drugo bi njegov pristanak dovelo u pitanje. Našim lekarima biće veoma teško da nađu pravu meru za ispunjavanje svoje obaveze obaveštavanja, a domaćim sudovima biće još teže da ih u tome kontrolišu. I prvima i drugima moglo bi pomoći iskustvo njihovih kolega iz drugih evropskih zemalja, kao što su, na primer, Nemačka i Austrija. Njihovi su sudovi, još na samom početku prošlog veka, došli sami do zaključka da na lečenje može pristati samo obavesteni pacijent. Tokom prošlih decenija, to se gleda u praksi stalno potvrđivalo i steklo veliki forenzički značaj.<sup>5</sup> Ne postoji gotovo nijedno praktično pitanje iz ove oblasti na koje viši sudovi Nemačke i Austrije nisu dali odgovor u svojim konkretnim odlukama. Njihovi pravni stavovi zadobili su snagu opštevažećih načela, zbog kojih je, dugo vremena, vođen „hladni rat” između lekara i pravnika.<sup>6</sup>

Pravna problematika koja se tiče lekareve dužnosti da pacijenta obavesti o rizicima predložene medicinske mere veoma je brojna i teška. Na prvom mestu to je pitanje koje sve rizike treba pacijentu saopštiti, da bi se on osposobio za odluku o svome lečenju. Određivanje predmeta obaveštenja spada, doduše, u nadležnost lekara, ali on to ne sme činiti potpuno proizvoljno. Iskustvo je, naime, pokazalo da izvesne okolnosti mogu biti određujući faktori za opseg i granice obaveštenja o rizicima. Zato valja videti koje su to okolnosti i kako one utiču na meru potrebnog obaveštenja.

Sem toga, i samo sprovođenje obaveštenja o rizicima pokreće izvesna praktična pitanja koja traže odgovor. Među tim pitanjima posebno je važan način na koji obaveštenje treba dati, tj. usmeno ili pismeno, jer od toga može zavisi i mogućnost pacijentovog razumevanja sadržine onoga što mu je saopšteno. Budući da obaveštenje o rizicima utiče na pacijentovu odluku da na predloženu medicinsku meru pristane ili ne pristane, bitno je da ono bude blagovremeno. Zato se u praksi često nameće pitanje kad se može smatrati da je uslov blagovremenosti ispunjen. Na to pitanje ne može se odgovoriti precizno i jednoobrazno, ali se u sudskim presudama opaža nastojanje da se za određene vrste medicinskih mera utvrde i neki rokovi u kojima obaveštenje treba dati. Za sprovođenje obaveštenja o rizicima bitno je i ko to treba da učini. ZZZ kaže da je to dužnost „nad-

ležnog zdravstvenog radnika”, pa zato valja objasniti ko bi to mogao i trebalo da bude.

Naposletku, naročitu pažnju zaslužuje pitanje o pravnim posledicama izostalog ili nepropisnog obaveštenja o rizicima, jer one čine krunu svih napora koje zadata tema iziskuje. Tu je naročito sporno da li kršenje dužnosti obaveštenja *eo ipso*, tj. i bez štetnih posledica, predstavlja delikt i po kaznenom i po građanskom pravu. Taj problem nije samo teorijski, pa zato i njega treba razmotriti.

## 2. RIZICI MEDICINSKIH MERA I NJIHOVO SVRSTAVANJE U GRUPE

### 2.1. Rizici medicinskih mera

Bolestan čovek nalazi se u stanju opasnosti koja ugrožava njegov život i zdravlje, pa zato traži od lekara da mu bolest izleči ili barem ublaži. Tu pomoć lekar nastoji da pruži primenom određenih medicinskih mera kojima zadire u pacijentov organizam. Međutim, dejstvo tih mera ne zavisi samo od dobre volje lekara, jer se one, iz nekih razloga, mogu i da otmu njegovoj kontroli, da ne postignu željeni cilj ili da izazovu i neke neželjene posledice. Drugim rečima, medicinske mere kojima je svrha lečenje nisu uvek samo korisne za pacijenta nego mogu biti i štetne za njegovo zdravlje. Zato se one smeju upotrebiti samo uz saglasnost pacijenta koji je svestan njihovog delovanja. To znači da pristajući na predloženu medicinsku meru pacijent, u stvari, pristaje da se rizik njegove bolesti *zameni rizikom lečenja*, koji je, statistički, za njega povoljniji.<sup>7</sup>

Medicina, dakle, i sama uzrokuje opasna stanja po ljude kojima pomoć pruža, makar da se, još od antike, rukovodi načelom *nil nocere*. Rizik kojim prete bolesti znatno je smanjen ali je, istovremeno, povećan rizik koji nastaje usled lečenja. Njega ne izazivaju samo greške lekara, nego i medicinski postupci koji su rizični sami po sebi. To su, u prvom redu, hirurški zahvati, koji spadaju u tzv. agresivnu ili *invazivnu medicinu*, koja je omogućila šanse za izlečenje i tamo gde su ranije postojale samo zlokobne prognoze. Međutim, ukoliko je neka medicinska metoda, u fiziološkom i biološkom smislu moćnija, utoliko su njeni uspesi i neuspesi očigledniji, pa se odlučnije postavlja i pitanje pacijentovog prava samoodređenja u odnosu na vlastito telo.<sup>8</sup> „Što više svetlosti to su jače senke.”<sup>9</sup> Uprkos ogromnom napretku i uskoj vezi

<sup>5</sup> Katzenmeier, Christian. (2009), Laufs, Katzenmeier, Lipp, *Arztrecht*, 6. Auflage, München, str. 101.

<sup>6</sup> Katzenmeier, Christian. (2002) *Arztshaftung*, Tübingen, str. 352.

<sup>7</sup> Steffen, Erich i Pauge, Burkhard. (2006) *Arztshaftungsrecht*, 10. Auflage, Köln, str. 53.

<sup>8</sup> Weissauer, Walter. (1978) *Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages*, Band II (Sitzungsberichte), München, I 21.

<sup>9</sup> Ristić, Jovan. (1975) *Medicina i društvo*, Beograd, str. 10.

sa prirodnim naukama, medicina nije egzaktna nauka, nego je opterećena sudbonosnim rizicima ili komplikacijama.

Pod rizicima medicinskih mera podrazumevaju se sve objektivno neizbežne opasnosti ili komplikacije lekarskog zahvata, tj. moguće sporedne posledice, trajnog ili privremenog karaktera, koje se ne mogu izbeći ni postupanjem sa potrebnom pažnjom i besprekornim radom. Govoreći skraćeno, rizici su, u stvari, *prateće štete*.<sup>10</sup> Sem toga, pod pojam rizika podvodi se i opasnost od neuspeha medicinske mere, jer svaki pacijent računa sa poboljšanjem svog stanja ili sa ozdravljenjem. To je veoma jasno rečeno u jednoj presudi *Zemaljskog suda u Berlinu*: „Pacijenta koji nema medicinsko obrazovanje treba pre operacije zbog *hronično-recidivnog sinusitisa sa pratećim faringitisom* obavestiti o tome da se njegovo stanje, usled operacije, može pogoršati. Izraz „funkcionalno nezadovoljavajući rezultat”, kao prateća pojava operacije, nije mogao biti razumljiv pacijentu – medicinskom laiku. Trebalo je reći da se operacijom patnje ne ublažavaju.”<sup>11</sup>

## 2.2. Svrstavanje rizika u grupe

U stručnoj literaturi rizici medicinskih mera svrstavaju se obično u tri grupe: u rizike karakteristične za zahvat ili lečenje, u rizike karakteristične za pacijenta, i u rizike koji potiču iz sfere onoga ko lečenje obavlja.<sup>12</sup>

1. *Rizici karakteristični za određeni zahvat*. – Reč je o rizicima koji često nastupaju kod određene vrste zahvata ili su sa njima tipično povezani. Tipičnost ne proističe iz učestalosti komplikacija niti iz određene statistike, nego iz toga što su svojstveni određenom zahvatu, a ne mogu se sigurno izbeći ni maksimalnom pažnjom i besprekornim lekarevim radom. Sem toga, za tipičan rizik je bitno da on iznenađuje neobaveštenog pacijenta i njegov život čini veoma teškim.<sup>13</sup> U sudskoj praksi Nemačke i Austrije postoje brojni slučajevi u kojima su rizici okvalifikovani kao tipični, i s toga, načelno, podložni obaveštavanju. Na primer: kočenje glasnih žica i grčenje

<sup>10</sup> Laufs, Adolf. (2002) Laufs, Uhrendbruck, *Handbuch des Arztrechts*, 3. Auflage, München, str. 512; Deutsch, Erwin i Spickhoff, Andreas. (2008), *Medizinrecht*, 6. Auflage, Berlin, str. 178.

<sup>11</sup> Presuda od 20. 8. 2003, *Medizinrecht*, br. 8/2004, str. 449–451.

<sup>12</sup> Memmer, Michael. (2007) „Aufklärung”, Aigner, Kletečka, Kletečka-Pulker i Memmer, Michael. (2007) *Handbuch Medizinrecht für die Praxis I*, Stand: November 2007, str. I/82a; Ulsenheimer, Klaus. (2003) *Arztstrafrecht in der Praxis*, 3. Auflage, Heidelberg, str. 90.

<sup>13</sup> Memmer, M. *Isto*, str. I/82a; *Presuda Saveznog vrhovnog suda Nemačke*, od 6. 7. 2010, *Versicherungsrecht*, br. 27/2010, str. 1220–1221.

kod operacije strume; povreda mokraćnog kanala prilikom *abdominalne hysterektomie*; zapaljenjske reakcije posle zračne terapije; paraliza usled *spinalne anestezije*; škođenje mozgu posle operacije srca; obilno krvarenje kod operacije nosne pregrade; stalna *enureza* posle operacije prostate.<sup>14</sup>

2. *Rizici karakteristični za pacijenta*. – Neki rizici mogu poticati i od faktora koji su svojstveni pacijentu. Pre svega, to su telesna obeležja, kao što su starost, težina, opšta konstitucija, anatomske nepravilnosti, prethodna oštećenja, sklonost alergijama, dijabetes, i sl. Tako, na primer, ako je pacijent dijabetičar, postoji rizik od infekcije, a ako boluje od *koronarnih artenja*, težište rizika može biti u narkozi.<sup>15</sup> Sem toga, neki rizici mogu proisteći iz okolnosti u kojima živi pacijent ili iz njegovog zanimanja. Na primer: pijanistu koji se podvrgava operaciji ruke naročito bi pogodio rizik od paralize, a kelnera kome operišu palac – gubitak senzibiliteta.<sup>16</sup>

3. *Rizici što potiču iz sfere onoga ko lečenje obavlja*. – Ordinirajući lekar, odnosno vlasnik zdravstvene ustanove može, u izvesnim situacijama, imati obavezu da pacijenta obavesti o tome da ne raspolaže određenom tehničkom opremom. Ako oprema drugog lekara ili zdravstvene ustanove omogućuje veće izgleda na uspeh lečenja, manje trpljenje bolova, bolje rezultate kozmetičke operacije i sl. tada postoji obaveza da se o tome obavesti pacijent. Njemu se time pruža prilika da slobodno odluči čijem će se lečenju podvrgnuti.<sup>17</sup> Tako je u jednom slučaju, zbog malignih promena ožiljaka, pacijentkinja se podvrgla operacionom odstranjivanju dotičnih polja kože. Hirurg je pacijentkinju dovoljno obavestio o planiranoj metodi transplantacije kože koja se primenjuje u njegovoj bolnici, ali je propustio da joj ukaže na novorazvijenu operativnu tehniku u plastičnoj hirurgiji, bez transplantacije i sa boljim kozmetičkim šansama za uspeh. U trenutku zahvata, ta je metoda primenjivana samo u nekim specijalističkim klinikama Austrije. Vrhovni sud Austrije stao je na stanovište da u konkretnom slučaju postoji povreda dužnosti obaveštavanja, jer pacijentkinja nije informisana o alternativnoj metodi koja stoji na raspolaganju na drugom mestu.<sup>18</sup> Sem toga, Savezni vrhovni sud Nemačke je, u jednoj svojoj odluci, istakao da pacijentu čija operacija nije hitno indikovana valja reći da su, zbog izvođenja građevin-

<sup>14</sup> Pauge, Steffen. *Isto*, str. 157–159; Memmer, *Navedeno delo*, str. I/82a-b.

<sup>15</sup> Memmer, *Isto*, str. I/82b.

<sup>16</sup> *Isto*, str. I/83.

<sup>17</sup> *Isto*.

<sup>18</sup> Odluka Vrhovnog suda Austrije, od 12. 9. 1990, navedena prema Memmer, *Isto*, str. I/83–I/84.

skih radova, higijenske prilike u bolnici manjkave. Jer ti su radovi uslovljavali povećanu opasnost od infekcija.<sup>19</sup>

### 3. OPSEG OBAVEŠTENJA O RIZICIMA

#### 3.1. Opšti pogled

Opseg obaveštenja o rizicima predstavlja veliki problem u svakodnevnoj lekarskoj praksi. On je posebno u stanju da izazove različita mišljenja lekara i pravnika. U kojoj meri pacijenta treba obavestiti o rizicima predloženog zahvata u njegovo telo, to bi valjalo određivati prema medicinskim, etičkim i pravnim zahtevima. Ali, ti zahtevi ne mogu se spojiti u jedno zajedničko, opšte pravilo koje bi važilo za sve situacije. Zato je morao uslediti stav po kome opseg obaveštenja o rizicima zavisi od okolnosti konkretnog slučaja.<sup>20</sup> To je zasad jedina norma kojoj se niko ne suprotstavlja. Međutim, njeni su okviri tako široki, teško primetni i rastegljivi, da u njima nije lako ostvariti jednaka gledišta koja se tiču konkretnih slučajeva.

Nesumnjivo je da pacijentovo pravo samoodređenja u odnosu na vlastito telo određuje i opseg obaveštenja o rizicima. To znači da pacijentu treba ukazati na sve rizike koji mu omogućuju da razumno i slobodno odluči o medicinskom zahvatu koji mu lekar predloži. Da li je lekar tako postupio to je *pravno pitanje*. Ono nije prepušteno slobodnoj oceni lekara, nego o njemu, u slučaju spora, odlučuje sud, vodeći pri tome računa o objektivnim kriterijumima i o očekivanjima konkretnog pacijenta.<sup>21</sup>

Opšti je stav sudske prakse da nije potrebno obaveštenje o svim rizicima hirurškog zahvata koji se mogu zamisliti, niti je nužno da se rizici izlože pacijentu detaljno i medicinski tačno. Dovoljno je obaveštenje „u glavnim crtama”, predočavanje „opšte slike konkretnog rizika”, pri čemu se rizici ne smeju ni umanjivati ni uveličavati.<sup>22</sup> Obaveštenje o svemu i svačemu može pacijentu čak i da oteža odluku o lečenju, umesto da mu olakša samoodređenje.<sup>23</sup> Zato se smatra da pacijenta treba obavestiti onoliko koliko je objektivno potrebno, koliko se traži i koliko pacijent to želi. Pošto obaveštenje sleduje, po pravilu, u razgovoru između lekara i pacijenta, lekar ima da utvrdi koliko pacijent treba da zna i koliko zna-

nja može da podnese. Jer nije merilo za to šta bi želeo razuman čovek, nego konkretan pacijent.<sup>24</sup>

Razume se, dužnost obaveštavanja odnosi se jedino na rizike koji su u trenutku lečenja ordinirajućem lekaru bili ili morali biti poznati, na osnovu medicinskog iskustva ili iz napisa u stručnoj literaturi. Nije mu morao biti poznat, na primer, rizik o kome je diskutovano samo u drugim oblastima medicinske nauke, pa zato zbog izostalog obaveštenja o tom riziku ne može biti govora o njegovoj krivici i o odgovornosti.<sup>25</sup>

#### 3.2. Faktori koji određuju opseg obaveštenja o rizicima

Praksa je pokazala da opseg obaveštenja o rizicima određuju mnogi faktori, ali najvažniji među njima zavise od karaktera same medicinske mere.

##### 3.2.1. Hitnost medicinske mere

Opseg lekareve dužnosti da pacijenta obavesti o rizicima zavisi nesporno od hitnosti zahvata. To znači da opseg obaveštenja i hitnost zahvata stoje u obrnutoj srazmeri: što je planirani zahvat hitniji, to su zahtevi za obaveštenje manji; ako zahvat nije hitan, obaveštenje treba da bude detaljnije.<sup>26</sup> Ovo opšte pravilo moguće je konkretizovati i prilagoditi karakteru zahvata, tj. njegovoj indikaciji. Kod zahvata koji su nužni zbog preteće opasnosti po život ili zdravlje pacijenta, obaveštenje se ograničava na ono najbitnije, a kad su u pitanju neodložni i vitalno indikovani zahvati, može čak i potpuno izostati. Jer spasavanje života ima prednost prema zaštiti pacijentovog prava na samoodređenje.<sup>27</sup> Situacija je slična i kad je reč o pacijentu koji je bez svesti ili iz drugih razloga nije u stanju da saopšti svoj pristanak. Hitna medicinska mera nad njim može se preduzeti i bez saglasnosti, a u zdravstvenoj ustanovi – na osnovu konzilijarnog nalaza.<sup>28</sup>

Međutim, kad je u pitanju neindikovani medicinski zahvat, koji ne služi održavanju života ili zdravlja, pa samim tim nije ni hitan, zahtevi za obaveštenje o rizicima su strogi. Tu se traži *totalno obaveštenje*, koje mora da obuhvati ne samo krajnje retke rizike i moguće neuspehe zahvata, nego čak i neprijatnosti u obliku bolova.<sup>29</sup>

<sup>19</sup> Primer naveden prema Ehlers, Alexander i Brogli, Maximilian. (2005) *Arzhaftungsrecht*, 3. Auflage, München, str. 242.

<sup>20</sup> Giesen, Dieter. (1995) *Arzhaftungsrecht*, 4. Auflage, Tübingen, str. 221–222.

<sup>21</sup> Ulsenheimer, *Isto*, str. 90; Memmer, *Isto*, str. I/87.

<sup>22</sup> Presuda Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 6. 7. 2010, *Versicherungsrecht*, br. 27/2010, str. 1220–1221.

<sup>23</sup> Wagner, *Münchener Kommentar zum BGB*, str. 1839.

<sup>24</sup> Deutsch, Erwin i Spickhoff, Andreas. (2008), *Medizinrecht*, G. Auflage, Berlin, str. 184.

<sup>25</sup> Presuda Saveznog vrhovnog suda Nemačke, fusnota br. 22, str. 1220–1221.

<sup>26</sup> Memmer, *Isto*, str. I/87; Ulsenheimer, *Isto*, str. 97.

<sup>27</sup> Memmer, *Isto*; Ulsenheimer, *Isto*, str. 100–102.

<sup>28</sup> ZZZ, član 34.

<sup>29</sup> Memmer, *Isto*, str. I/89.

Takav je, na primer, slučaj sa kozmetičkom operacijom i operacijom radi sterilizacije. „Pošto nedostaje medicinska indikacija i pošto bi odbijanje zahvata bilo neškodljivo, nema mesta ograničenju obaveštenja.”<sup>30</sup> Kako izgleda konkretizacija tog načelnog stava pokazao je, u jednoj svojoj presudi, Vrhovni zemaljski sud u *Köln*-u: „Pre isisavanja masnoće na stomaku (*liposukcija* iz kozmetičkih razloga), potrebno je obavestiti o riziku od formiranja na koži jamica, brazdi i bora. Ovaj rizik je jako povećan kod pacijentkinje stare 53 godine koja pati od ugojenosti. O tome povećanom riziku treba je obavestiti.”<sup>31</sup>

I za dijagnostičke zahvate koji sami po sebi nemaju terapijsku vrednost važe stroža merila za obaveštenje o rizicima, ukoliko invazivni korak nije ni hitno, ni vitalno indikovano. Lekar je i tu dužan da pacijenta obavesti čak i o udaljenim mogućnostima komplikacija.<sup>32</sup> Drugim rečima, dijagnostički zahvat iziskuje, načelno, šire obaveštenje nego terapijski. Tako je u jednoj ranijoj svojoj presudi Savezni vrhovni sud Nemačke odlučio da pristanak na rektoskopiju ne važi ako bolesnik nije obavešten da će pri tom trpeti znatne bolove.<sup>33</sup>

### 3.2.2. Učestalost komplikacija

O rizicima koji se predloženom operacijom često ostvaruju obaveštenje je nesumnjivo potrebno. Verovatnoća njihovog ostvarivanja izražava se obično procentnim brojevima ili promilima. Međutim, stepen učestalosti od kojeg bi obaveštenje bilo obavezno ne može se jedinstveno izraziti matematički.<sup>34</sup> S toga neki pravnici smatraju da je za lekarevu dužnost obaveštavanja statistička verovatnoća, načelno, od malog značaja. Oni se pozivaju na presude nemačkih sudova u kojima se traži „izvestan stepen verovatnoće koji govori u prilog mogućnosti da se rizik ostvari, a da o mogućnostima komplikacija koje nastaju ‚vrlo retko‘ obaveštenje nije potrebno.”<sup>35</sup> U korist tog mišljenja govori i ova presuda Vrhovnog zemaljskog suda u *Köln*-u: „O riziku od neuspeha nameravanog zahvata ne mora se obavestiti uz navođenje konkretnih procentnih brojeva. Dovoljno je ako se pacijentu saopšti da operacija, uprkos lekarskoj

<sup>30</sup> Presuda Vrhovnog zemaljskog suda u *München*-u, od 19. 9. 1985, *Medizinrecht*, br. 4/1988, str. 187–189.

<sup>31</sup> Presuda Vrhovnog suda u *Köln*-u, od 21. 12. 2009, *Medizinrecht*, br. 2011, str. 49–51.

<sup>32</sup> Laufs, *Handbuch des Arztrechts*, str. 516.

<sup>33</sup> Presuda od 7. 2. 1984, *Juristenzeitung*, br. 13/1984, str. 629–631.

<sup>34</sup> Memmer, *Isto*, str. I/90.

<sup>35</sup> Ulsenheimer, *Isto*, str. 90.

veštini, može ne poći za rukom, tj. da se patnje, nedostaci i tegobe ne poboljšaju ili da se čak pogoršaju.”<sup>36</sup>

Drugi opet misle da je statistika „dragoceno merilo” za opseg obaveštenja o rizicima. Pri tom ističu da ne treba svakom pacijentu nepitano navesti tačne statističke podatke, ali da mu ih na njegovo pitanje treba bezuslovno saopštiti.<sup>37</sup> Međutim, to saopštenje ne sme biti proizvoljno. Tako je u jednom slučaju Vrhovni zemaljski sud u *Köln*-u odlučio da lekar vrši „nedopušteno ublažavanje rizika ako ga, na osnovu vlastitog iskustva, označi cifrom od 2%, mada u stručnoj literaturi o tome nisu objavljene nikakve cifre, dok je prema opštem lekarskom iskustvu stepen dotičnog rizika veći.”<sup>38</sup>

### 3.3. Nove metode tečenja i eksperimenti

U slučaju primene novog metoda lečenja, terapijskog oglada ili kliničkog ispitivanja, pacijent mora biti obavešten da se radi o novoj ili neisprobanoj metodi, čiji se rizici ne mogu još potpuno proceniti ali da se, u datom trenutku, ne mogu isključiti. Ako zbog medicinskog oglada pacijent pretrpi štetu na svome telu ili zdravlju, ima pravo na obeštećenje u skladu sa zakonom, bez obzira na krivicu. Sem toga, zdravstvena ustanova je dužna da pre početka medicinskog oglada osigura pacijenta za slučaj nastanka štete po njegovo zdravlje.<sup>39</sup>

### 3.4. Tipični rizici

Tipični rizici, ukoliko se ostvare, mogu život pacijenta činiti osobito teškim i nepodnošljivim, a ne mogu se izbeći ni propisnim sprovođenjem planiranog zahvata. Oni imaju najveći uticaj na odluku pacijenta da pristane na zahvat, pa s toga za njih važi pojačana dužnost obaveštavanja. Lekar je, naime, dužan da o takvim rizicima obavesti pacijenta *uvek*, nezavisno od njihove statističke verovatnoće. To znači i kad se vrlo retko pojavljuju, jer oni ne smeju iznenaditi pacijenta.<sup>40</sup>

### 3.5. Objektivno beznačajni rizici ili posledice

Lekareva dužnost obaveštavanja ne odnosi se na rizike koji su objektivno beznačajni, čija je verovatnoća nastupanja krajnje retka. To su, takoreći, samo zamislivi

<sup>36</sup> Presuda od 12. 11. 2009, *Versicherungsrecht*, br. 26/2010, str. 1185–1186.

<sup>37</sup> Wagner, *Münchener Kommentar zum BGB*, str. 1839.

<sup>38</sup> Presuda od 21. 12. 2009, *Medizinrecht*, br. 1/2011, str. 49–52.

<sup>39</sup> ZZZ, član 38, stav 3, 6 i 7.

<sup>40</sup> Presuda Saveznog vrhovnog suda Nemačke, od 6. 7. 2010, *Versicherungsrecht*, br. 27/2010, str. 1220–1221.

rizici, pa se zato smatra da razuman pacijent na njih pristaje.<sup>41</sup> Ovo se naročito odnosi na dejstvo medikamena. Smatra se da lekar koji propisuje lek treba da ukaže pacijentu samo na one prateće pojave koje teško zadiru u organizam ili mogu imati za posledicu pravo oštećenje zdravlja. On nije dužan da ukaže na sve rizike sadržane u uputstvu za upotrebu leka, jer je dužnost obaveštavanja podeljena između njega i proizvođača leka, ali treba da ukaže pacijentu na uputstvo za upotrebu.<sup>42</sup> Ovo stanovište je jedino razložno i praktično izvodljivo. Pisci našeg ZZZ nisu, nažalost, o tome vodili računa, nego su jednostavno propisali da obaveštenje pacijenta treba, između ostalog, da obuhvati „dejstvo lekova i moguće sporedne posledice tog dejstva.”<sup>43</sup>

Međutim, ako je lekaru poznato da su i objektivno beznačajni rizici, iz naročitih razloga, važni za konkretnog pacijenta, tada je dužan da i na njih ukaže. Ilustrativan je primer za to jedan slučaj iz austrijske sudske prakse. Pacijentkinji sposobnoj za rađanje lekar je ubrizgao jedan medikament. Na njeno pitanje da li ubrizgavanje tog sredstva može imati neka sporedna dejstva, lekar je dao bezuslovan negativan odgovor. Ali, lek je kod pacijentkinje izazvao odlaganje menstruacije, što je opet dovelo do nevoljne trudnoće. Pacijentkinja je tužila lekara i tražila naknadu sadašnjih i budućih troškova uslovljenih neželjenom trudnoćom. Vrhovni sud Austrije odbio je tužbeni zahtev, uz obrazloženje da „situacija koja iziskuje obaveštenje mora za lekara biti „saznatljiva.”<sup>44</sup> Sud je, dakle, bio mišljenja da na objektivno beznačajan rizik od odlaganja menstruacije nije trebalo ukazati, jer lekar nije znao da posebne okolnosti čine taj rizik za pacijentkinju značajnim. U okviru te odluke, Vrhovni sud je, takođe, istakao da lekar ne mora izričito ukazati na svaki rizik naveden u uputstvu za upotrebu.<sup>45</sup>

Situacija je slična i kad je reč o tzv. „opštepoznatim rizicima” koji su povezani sa operacijom. Na primer: infekcija rane, nabori ožiljaka, tromboze i embolije. Pretpostavlja se da su ti rizici, po pravilu, poznati i pacijentu laiku, pa zato obaveštenje o njima nije potrebno. Ali, ako je očigledno da pacijent operativni zahvat smatra sasvim bezopasnim, tada mu valja skrenuti pažnju i na te rizike.<sup>46</sup>

<sup>41</sup> Memmer, *Isto*, str. I/91; Wagner, *Isto*, str. 1839.

<sup>42</sup> Deutsch / Spickhoff, *Isto*, str. 179; Memmer, *Isto*.

<sup>43</sup> ZZZ, član 28, stav 2, tačka 6.

<sup>44</sup> Primer naveden prema Höftberger, Christian. (2000) „Österreichische Rechtsprechung zur Arzthaftung”, *Medizinrecht*, br. 11, str. 510.

<sup>45</sup> Memmer, fusnota br. 41, str. I/91.

<sup>46</sup> Katzenmeier, fusnota br. 5, str. 111.

### 3.6. Alternativne metode lečenja

Kao što pacijent ima slobodu odlučivanja, tako i lekar ima slobodu lečenja, koja nije njegova privilegija nego pravo u korist pacijenta.<sup>47</sup> To znači da je izbor konkretne metode lečenja, u prvom redu, stvar lekara. Ako on predloži terapiju koja odgovara aktuelnom medicinskom standardu, nije dužan da pacijentu, nepitano, objasni koje alternativne metode lečenja dolaze u obzir i koje su njihove prednosti ili mane. Ali, ako za konkretan slučaj lečenja stoje na raspolaganju više podjednako indikovanih metoda, sa bitno različitim rizicima i šansama za uspeh, tada bi lekar bio dužan da pacijenta o tome obavesti.<sup>48</sup> Kao primer, u literaturi se najčešće navodi dužnost obaveštenja pacijenta kome predstoji operacija o mogućnosti autologne transfuzije krvi, radi izbegavanja rizika od zaraze virusom side i hepatitisa. I Zakon Srbije o transfuziološkoj delatnosti utvrđuje obavezu nadležnog lekara da „primaoca krvi upozori na mogućnost autologne transfuzije.”<sup>49</sup> U ovu grupu slučajeva spada i opredeljenje između konzervativnog lečenja i invazivnog zahvata kao što je operacija, koja često obećava bolje rezultate ali je skupčana i sa većim rizicima. Izbor između ove dve alternative lekar treba da prepusti pacijentu, a ne da o tome odlučuje sam.

### 3.7. Ograničenje obaveštenja o rizicima

Dužnost lekara da pacijenta obavesti o rizicima može u nekim slučajevima biti i ograničena. To su ovi slučajevi: ako je pacijent već obavešten, ako se odrekne prava na obaveštenje, i ako postoji medicinska kontraindikacija.

#### 3.7.1. Pacijent koji je obavešten

Pacijenta koji je već upoznat sa predloženim zahvatom i njegovim rizicima lekar ne mora više obavestavati, jer obaveštenje nije samo sebi cilj, niti je formalni akt.<sup>50</sup> Znanje o rizicima pacijent je mogao steći, na primer, iz odgovarajuće literature, ili njime raspolaže s obzirom na svoje zanimanje ili obrazovanje, pa čak i iz ranije svoje bolesti. U zavisnosti od stepena pacijentovog znanja, lekareva dužnost obaveštavanja može biti umanjena ili potpuno isključena. Međutim, bitno je stvarno pacijentovo znanje, a ne samo, na primer, okolnost da je ranije

<sup>47</sup> Laufs, Adolf. (1999) „Zur Freiheit des Arztberufs”, *Festschrift für Erwin Deutsch, zum 70. Geburtstag*, Köln-München, str. 626–527.

<sup>48</sup> Presuda Saveznog vrhovnog suda Nemačke, od 15. 3. 2005, *Medizinrecht*, br. 10/2005, str. 599–601.

<sup>49</sup> *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 72/2009, član 26, stav.

<sup>50</sup> Memmer, *Isto*, str. I/100.

radio ili još radi u medicinskoj delatnosti. Lekar je uvek dužan da se uveri u stepen prethodne obaveštenosti pacijenta, ukoliko neke okolnosti to iziskuju.<sup>51</sup> Pogrešno uverenje lekara da obaveštenje konkretnog pacijenta nije potrebno škodi, načelno, njemu samom.

### 3.7.2. Pacijent koji se odrekao prava na obaveštenje

Pravo samoodređenja podrazumeva i mogućnost da pacijent lekaru u koga ima poverenje ostavi određene ruke i da se, u celosti ili delimično, prava na obaveštenje o riziku odrekne. Odricanje može biti izričito ili prećutno. Međutim, smatra se da nije dopušteno „blanko odricanje”, koje bi vodilo ka potkopavanju prava samoodređenja. Onaj ko se odriče obaveštenja mora, po pravilu, znati „da je predložena medicinska mera potrebna i da nije bez znatnog rizika, odnosno da je rizično njeno nepreduzimanje.”<sup>52</sup> To znači da se pacijent može odrediti samo informacije o pojedinostima opasnosti zahvata, da bi sebe poštedeo od uznemirenja.<sup>53</sup>

### 3.7.3. Medicinska kontraindikacija (terapeutska privilegija)

Terapeutski obziri mogu, izuzetno, osloboditi lekara od obaveze da pacijenta obavesti o rizicima medicinske mere. To biva u slučaju kad je obaveštenje kontraindikovano, tj. kad bi nepovoljno uticalo na pacijenta i nanelo mu znatnu telesnu ili psihičku štetu.<sup>54</sup> Pretežno je shvatanje lekara i pravnika da pri takvom stanju stvari obaveštenje treba izostaviti ili barem umanjiti. Međutim, sporne su pretpostavke relevantne kontraindikacije. Postoje, naime, različita gledišta o tome kolika mora biti šteta po pacijentovo zdravlje i verovatnoća njenog nastanka, ali i kako u slučaju kontraindikacije lekar treba da postupi.<sup>55</sup> Za razliku od sudova nekih drugih evropskih zemalja i SAD, Savezni vrhovni sud Nemačke ima o tome „vrlo strogo i uskogrudno” shvatanje. On priznaje medicinsku kontraindikaciju samo ako bi obaveštenje o rizicima vodilo ozbiljnom i neotklonjivom oštećenju pacijentovog zdravlja.<sup>56</sup> Slično tome, i ZZZ propisuje da lekar može izuzetno prećutati rizike predložene medicinske mere ili obaveštenje o tome umanjiti, „ako postoji ozbiljna opasnost da se obaveštenjem znatno naškodi zdravlju pacijenta.”<sup>57</sup> To bi trebalo da važi i u slučaju kad

bi se obaveštenjem rizik povećao. Na primer: pacijenta koji je pretrpeo jak srčani infarkt treba naročito poštediti od uzbuđenja. Ekstremno rečeno, treba sprečiti „ubistvo obaveštenjem.”<sup>58</sup> Sem toga, osobito labilnom ili zamišljenom pacijentu obaveštenjem o rizicima može se naškoditi i tako što on odustane od hitno indikovane medicinske mere. Njegovo psihičko opterećenje iziskivalo bi barem umanjenje obaveštenja o rizicima.

U ovakvim situacijama, etičko načelo da se pacijent ne sme obmanjivati biva zamenjeno načelom nil nocere. Drugim rečima, pacijentu se pruža pomoć i zaštita, umesto da mu se obaveštenjem škodi.<sup>59</sup> Pri tom se ipak ne sme gubiti iz vida osnovno opredeljenje da pravo samoodređenja ima prednost prema lekarskom staranju. Iz pacijentovog prava na samoodređenje sleduje njegovo pravo da sazna celu istinu o svome zdravlju i lečenju, čak i kad ta istina postaje za njega teret. Terapeutski razlozi ne smeju biti izgovor za propuste u obaveštenju o rizicima.<sup>60</sup> Ali, ako je obaveštenje izostalo ili umanjeno zato što je zaista medicinski kontraindikovano, obavljeni zahvat je pravno dopušten. Tačnije rečeno, smatra se da postoji pretpostavljeni pristanak pacijenta, jer je obavljeni zahvat u njegovom interesu, pa se lekar tretira kao nezvani vršilac tuđih poslova.<sup>61</sup>

## 4. SPROVOĐENJE OBAVEŠTENJA O RIZICIMA

### 4.1. Zahtev opreznog obaveštavanja

Konkretan način obaveštenja o rizicima sudska praksa prepušta, načelno, proceni lekara. Međutim, opšti je stav da obaveštenje mora biti prilagođeno svakom pacijentu. Drugim rečima, lekar mora obaveštenje sprovoditi oprezno, štedeći pacijenta. Ako pacijent usled preteranog obaveštenja pretrpi fizičku ili psihičku štetu, lekar je odgovoran zbog telesne povrede.<sup>62</sup> Osim toga, bespoštednim i bezobzirnim obaveštenjem pacijent često i ne dobija potrebnu informaciju. Preterano obavesteni pacijent nije u stanju da informaciju svari, pa samim tim postupa upravo onako kao kad ne bi nimalo bio obavestjen. Preveliko obaveštenje o rizicima ne ispunjava, dakle, svoj cilj, i lekar za njega odgovara kao u slučaju izostavljenog obaveštenja.<sup>63</sup> S druge strane, lekar ne sme rizike ni ublažavati, na primer, prećutkivanjem ograničenih izgleda na uspeh zahvata ili dramati-

<sup>51</sup> Laufs, *Handbuch des Arztrechts*, str. 518–519.

<sup>52</sup> ZZZ, član 28, stav 5.

<sup>53</sup> Katzenmeier, fusnota br. 5, str. 115.

<sup>54</sup> Laufs, *Handbuch des Arztrechts*, str. 519.

<sup>55</sup> Laufs, *Isto*, str. 520.

<sup>56</sup> Katzenmeier, *Arztrecht*, str. 117.

<sup>57</sup> ZZZ, član 28, stav 6.

<sup>58</sup> Brogli, Ehlers. *Arzthaftungsrecht*, str. 220.

<sup>59</sup> *Isto*, str. 202.

<sup>60</sup> Brogli, Ehlers. *Isto*, str. 220.

<sup>61</sup> Deutsch / Spickhoff, *Medizinrecht*, str. 205.

<sup>62</sup> *Isto*.

<sup>63</sup> *Isto*.

zovanjem njegove hitnosti. Jer time se umanjuje značaj rizika za odluku pacijenta.<sup>64</sup> Obaveštenje mora uvek ostati verno svome cilju, tj. da se pacijent osposobi za odmerenu odluku o svome lečenju.

#### 4.2. Trenutak obaveštenja

Jedva da je i potrebno reći da obaveštenje pacijenta o rizicima mora da usledi pre započinjanja medicinskog zahvata, jer je samo tako moguće sačuvati pacijentovo pravo samoodređenja. Blagovremeno obaveštenje ne može se odrediti generalno, nego zavisi od okolnosti konkretnog slučaja. Načelno, važi pravilo da je obaveštenje blagovremeno ako pacijentu „daje mogućnost da razmisli i uzme u obzir razloge za i protiv operacije, da porazgovara sa bliskim licima i da konsultuje druge lekare. Obaveštenje tek na jedan dan pre operacije čiji je termin utvrđen pre više od tri nedelje, kasno je.”<sup>65</sup> Vreme za razmišljanje pacijenta zavisi osobito od hitnosti i težine zahvata. Kad je zahvat hitan, trenutak obaveštenja može biti blizu termina za operaciju, a ako je u pitanju opasnost po život ili teško oštećenje zdravlja, dovoljno je obaveštenje neposredno pred zahvat, pod uslovom da je pacijent sposoban za razgovor. Ako je zahvat hitan ali nije vitalno indikovano, obaveštenje pacijenta na putu za operacionu salu ili pod dejstvom medikamenata u pripremi za operaciju, suviše je dockano.<sup>66</sup> Što je zahvat teži, obaveštenje treba da je utoliko ranije, dok je kod neznatnih ambulantskih zahvata u bolnici dovoljno i na dan sprovođenja te mere.<sup>67</sup>

Najposle, kad se radi o operaciji, Savezni vrhovni sud Nemačke pravi razliku između rizika povezanog sa narkozom i rizika povezanog sa operativnim zahvatom. Obaveštenje o riziku od anestezije može se dati uoči operacije, dok rizik svojstven zahvatu mora se saopštiti ranije.<sup>68</sup> Koje je to vreme „ranije” i kakva je sudbina obaveštenja koje je dato docnije, to se vidi iz ove presude: „Lekar koji od pacijenta traži odluku o trpljenju operativnog zahvata i za taj zahvat već određuje termin, treba pacijentu unapred da ukaže i na rizike koji su sa tim zahvatom povezani. Pristanak na operaciju koji je dat posle docnijeg obaveštenja nije ipak nepunovažan, ukoliko je pacijentova sloboda odlučivanja očuvana.”<sup>69</sup>

<sup>64</sup> Pauge, Steffen. *Arzthaftungsrecht*, str. 182.

<sup>65</sup> Presuda Vrhovnog zemaljskog suda u Köln-u, od 10. 4. 1991, *Medizinrecht*, br. 1/1992, str. 40–43.

<sup>66</sup> Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, str. 140; Memmer, *Isto*, str. I/118.

<sup>67</sup> Memmer, *Isto*; Ulsenheimer, *Isto*, str. 141–142.

<sup>68</sup> Ulsenheimer, *Isto*, str. 141.

<sup>69</sup> Presuda nemačkog Saveznog vrhovnog suda, od 7. 4. 1992, *Medizinrecht*, br. 5/1992, str. 277–280.

#### 4.3. Forma obaveštenja

Obaveštenje o rizicima koje duguje lekar ne iziskuje neku naročitu formu. ZZZ kaže da se obaveštenje daje „usmeno i na način koji je razumljiv pacijentu, vodeći računa o njegovoj starosti, obrazovanju i emocionalnom stanju. Ako pacijent ne poznaje jezik koji je u službenoj upotrebi na teritoriji zdravstvene ustanove, mora mu se obezbediti prevodilac..., a ako je pacijent gluvo-nem, mora mu se obezbediti tumač.”<sup>70</sup>

Savezni vrhovni sud Nemačke i Vrhovni sud Austrije zahtevaju tzv. *stepenasto obaveštenje* pacijenta. To znači da se pacijentu mora najpre dati formular, u kome se nalaze informacije o planiranom zahvatu i njegovim rizicima. Nadovezujući se na to, lekar vodi poverljiv razgovor sa pacijentom. U tom razgovoru on obaveštenje sadržano u formularu individualizira, prilagođava konkretnom pacijentu, i pruža mu priliku da postavi i dopunska pitanja o zahvatu i njegovim rizicima. Taj usmeni razgovor sudska praksa tretira *odlučujućim* za pacijentovu odluku. „Uručenje pacijentu formulara ne zamenjuje potreban usmeni razgovor između lekara i pacijenta, nego predstavlja samo indiciju da je obaveštenje prema pismenoj potvrdi obavljeno... Pošto lekar ne sme verovati da je pacijent pisani tekst pročitao i razumeo, on to mora razjasniti u usmenom razgovoru.”<sup>71</sup>

Vlada uverenje da koncept „stepenastog obaveštenja” služi interesima i pacijenta i lekara. Zato je Savezni vrhovni sud Nemačke, još 1985. godine, preporučio lekarima da o usmenom obaveštenju načine „pismenu zabelešku” u medicinskoj dokumentaciji dotičnog pacijenta. Ta zabeleška može lekaru da posluži kao dokaz. Jer medicinska dokumentacija, sama za sebe, sadrži pretpostavku potpunosti i tačnosti, pa zato njoj valja pokloniti poverenje.<sup>72</sup> I ZZZ propisuje da u medicinsku dokumentaciju „nadležni zdravstveni radnik” treba da unese zabelešku da je pacijentu, odnosno članu porodice dao obaveštenje o svim podacima koje zakon traži, uključujući i obaveštenje o rizicima.<sup>73</sup>

#### 4.4. Ko je dužan da obavesti

Prema ZZZ dužnost da pacijenta obavesti o svim stvarima koje ga interesuju, pa i o rizicima zahvata, ima „nadležan zdravstveni radnik.”<sup>74</sup> Za obaveštenje o rizicima nadležan može biti samo lekar koji raspolaže

<sup>70</sup> ZZZ, član 28, stav 4.

<sup>71</sup> Presuda Vrhovnog zemaljskog suda u Oldenburg-u, od 27. 5. 2009, *Medizinrecht* (2010) 28:570–573. O veoma sličnoj praksi austrijskih sudova videti Höftberger, fusnota br. 44, str. 511.

<sup>72</sup> Ulsenheimer, *Isto*, str. 145.

<sup>73</sup> ZZZ, član 28, stav 8.

<sup>74</sup> ZZZ, član 28.

kvalifikacijom za ocenu rizika. To je, u prvom redu, ordinirajući lekar, a kad je reč o lekovima – i farmaceut. Međutim, ordinirajući lekar ne mora biti identičan sa lekarom koji pacijenta obaveštava o rizicima. Tako, na primer, pacijenta može obavestiti i onaj lekar koji ga je uputio u bolnicu radi operacije.<sup>75</sup> Ako u operaciji učestvuju više lekara različitih specijalnosti, kao što su hirurzi i anesteziolozi, svaki od njih je dužan da pacijenta obavesti o rizicima koji su povezani sa njegovim radom.<sup>76</sup> Sem toga, svaki od više ordinirajućih lekara mora se barem informisati o tome da li je i koliko pacijent o rizicima već obavešten. Jer u slučaju sumnje, smatra se da je bolje pacijenta obavestiti previše nego premalo.<sup>77</sup> Najposle, za pacijentov pristanak na medicinsku meru nije bitno ko je dao potrebno obaveštenje o rizicima, nego da li je pacijent obavešten dovoljno. Jedino kad je obaveštenje izostavljeno ili je nepropisno, pitanje ko je bio dužan da obavesti biva pravno relevantno.

U praksi je iskršlo pitanje može li lekar koji treba da operiše pacijenta svoju dužnost obaveštenja o rizicima preneti na svog kolegu? Savezni vrhovni sud Nemačke dao je potvrđan odgovor na to pitanje, ukoliko je onaj na koga se ta dužnost prenosi dovoljno upoznat sa medicinskim podacima pacijenta i ako raspolaže potrebnom kvalifikacijom. On, u prvom redu, snosi i odgovornost za propuste u obaveštenju. Međutim, Vrhovni sud smatra da se ni operator ne oslobađa od odgovornosti za uredno obaveštenje o rizicima. Po pravilu, oba lekara mogu biti tužena zbog manjkavog obaveštenja.<sup>78</sup>

## 5. PRAVNE POSLEDICE PROPUŠTENOG ILI NEPROPISNOG OBAVEŠTENJA O RIZICIMA

### 5.1. Pravo pacijenta na naknadu štete

Već je rečeno da neobaveštenje ili nepropisno obaveštenje pacijenta o rizicima predložene medicinske mere čini pristanak pacijenta na tu meru nevažnim. A pošto pristanak ne važi, medicinska mera, u načelu, ima karakter protivpravne radnje čak i kad je indikovana i sprovedena *lege artis*.<sup>79</sup> Lekar, odnosno zdravstvena ustanova odgovara za sve štete koje su iz zahvata proistekle. To je u skladu i sa pravnim pravilom iz člana 32,

stav 2 ZZZ. Ova stroga pravna sankcija rezultat je shvatanja da zahvat kome nije prethodio punovažan pristanak pacijenta predstavlja telesnu povredu. Budući da je pacijent ovlašćen da slobodno raspolaže svojim telom i zdravljem, postoji, u isti mah, i povreda njegovog prava ličnosti.<sup>80</sup>

Međutim, teškoće izazivaju slučajevi u kojima lekar nije, doduše, dovoljno obavestio pacijenta ali se potom ostvario ili rizik o kome nije ni morao obavestiti ili rizik o kome je dao potrebno obaveštenje. U tom slučaju nastaje pitanje da li lekar treba da odgovara za sve rizike koji su se ostvarili ili samo za rizike o kojima nije obavestio pacijenta iako je bio dužan? Ovo pitanje bilo je najveći problem u oblasti koja se tiče lekareve dužnosti obaveštavanja pacijenta.<sup>81</sup> Posle dužeg oklevanja, Savezni vrhovni sud Nemačke i vrhovni sudovi pokrajina stali su na stanovište da, osim retkih izuzetaka, nedostatak u obaveštenju povlači odgovornost za sve štetne posledice koje su uzročno sa njime povezane, pa prema tome i za rizike o kojima je obaveštenje učinjeno.<sup>82</sup> To gledište Savezni vrhovni sud obrazlagao je tvrdnjom da je pristanak pacijenta *nedeljiv*, da se ne odnosi zasebno na ovaj ili onaj rizik nego na zahvat u celosti, te da u slučaju propusta u obaveštenju o bilo kom riziku *ceo zahvat biva protivpravan*<sup>83</sup> (prim. autora). Pošto je i usled delimično izostalog obaveštenja *ceo zahvat* u neskladu sa pravom, lekar, načelno, mora da odgovara za sve rizike koji su se tokom lečenja realizovali.<sup>84</sup>

Ali, pod uticajem pretežnog shvatanja u pravnoj teoriji, Savezni vrhovni sud Nemačke, u najnovijim svojim odlukama, promenio je ovaj pravni stav i prihvatio gledište po kome se odgovornost zbog neobaveštenja ograničava na rizike koji su se obistinili. „Ako se ostvario upravo rizik o kome je trebalo obavestiti i ako je obaveštenje stvarno učinjeno, tada, po pravilu, ne igra ulogu to da li je prilikom obaveštenja valjalo ukazati i na druge rizike. No, ako je pacijent dao svoj pristanak u znanju za ostvareni rizik, tada, s obzirom na zaštitni cilj obaveze obaveštavanja, iz zahvata se ne može izvesti odgovornost. Promišljanja o tome da li bi u slučaju ukazivanja na drugi rizik pristanak možda bio odbijen, jesu nužno spekulativna, i stoga ne mogu biti osnov za pravo na naknadu štete.”<sup>85</sup>

<sup>75</sup> Deutsch / Spickhoff, *Medizinrecht*, str. 193.

<sup>76</sup> Giesen, *Arzthaftungsrecht*, str. 258–259.

<sup>77</sup> *Isto*, str. 259.

<sup>78</sup> Presuda nemačkog Saveznog vrhovnog suda od 7. XI 2006, navedena prema Strücker-Piltz, Helga. (2008) „Verschärfung der ärztlichen Aufklärungspflicht durch BGH”, *Versicherungsrecht*, br. 16. str. 755.

<sup>79</sup> Memmer. *Isto*, str. I/122b; Presuda Vrhovnog zemaljskog suda u Köln-u, od 25. 8. 2008, *Medizinrecht* (2999) 27:478–480.

<sup>80</sup> Deutsch / Spickhoff, *Medizinrecht*, str. 213.

<sup>81</sup> Katzenmeier, *Arztrecht*, str. 125.

<sup>82</sup> *Isto*, str. 125–126.

<sup>83</sup> Presuda nemačkog Saveznog vrhovnog suda, od 14. 2. 1989, *Neue Juristische Wochenschrift*, godina 1989, str. 1544.

<sup>84</sup> Katzenmeier, *Isto*, str. 125.

<sup>85</sup> Presuda Saveznog vrhovnog suda, od 15. 2. 2000, *Juristenzeitung*, br. 18/2000, str. 898–902.

Ovaj zaokret prakse Saveznog vrhovnog suda izazvao je protivljenje izvesnih pravnika. Oni insistiraju na ranijem shvatanju da je pristanak pacijenta *nedeljiv*, pa da zato samo u celosti može biti punovažan ili nepunovažan. Po njima, pozivanje pacijenta na neobaveštenje o riziku koji se nije ostvarilo ne predstavlja zloupotrebu, jer se ono daje izvesti iz ustavnog prava na ljudsko dostojanstvo. S toga apeluju na Savezni vrhovni sud da se vrati svojoj ranijoj praksi, koja odgovornost zbog neobaveštenja nije ograničavala na ostvarene rizike, jer misle da se time jača lekareva dužnost da pacijenta obavesti.<sup>86</sup>

### 5.2. Imovinska odgovornost kad nije nastupila šteta po zdravlje pacijenta?

Dešava se da lečenje na koje je pacijent pristao bez potrebnog obaveštenja o rizicima bude okončano uspešno, tj. da ne nastupi nikakva šteta za pacijentovo zdravlje. Drugim rečima, nije se ostvario rizik o kome je lekar morao dati odgovarajuće obaveštenje niti neki drugi rizik. U tom slučaju pacijent ima samo korist od medicinskog zahvata, ali time nije isključena povreda njegovog prava samoodređenja. S toga se u praksi nametnulo pitanje može li sama ta povreda biti osnov građanske odgovornosti lekara, odnosno zdravstvene ustanove?

Na ovo pitanje Nemački pravници nemaju jednodušan odgovor, mada se ne može reći da je ono predmet masovne i žustre polemike ili velike neujednačenosti sudske prakse. Svoje suprotne stavove o ovom pitanju iskazali su dosad samo dva suda. Najpre je to učinio Vrhovni zemaljski sud u *Jeni*, u presudi od 3. 12. 1997. godine.<sup>87</sup> U pitanju je bila pacijentkinja koja je pristala na operaciju a da nije znala za rizik od gubitka sposobnosti rađanja. Prvostepeni sud je obavezao tuženu bolnicu da pacijentkinji plati novčanu nadoknadu zbog pretrpljenih bolova, smatrajući da između nedovoljnog obaveštenja i odluke tužilje da pristane na operaciju postoji uzročna veza. Rešavajući po žalbi tuženog, Vrhovni zemaljski sud je zaključio da takva uzročna veza u konkretnom slučaju ne postoji, jer je operacija bila jedini način da se spase život pacijentkinje, pa bi ona pristala na zahvat i da je obavestena o riziku koji je sa njime povezan. Uprkos tome, Vrhovni zemaljski sud je ipak obavezao vlasnika bolnice da tužilji plati 15.000 maraka, na ime nadoknade za pretrpljeni bol zbog manjkavog lekarevog obaveštenja o rizicima i povrede pacijentovog prava samoodređenja. „Jer nadoknada zbog pretrplje-

<sup>86</sup> Borgmann, Mathias. (2010) „Der BGH klärt nicht auf! Inkongruenzen in der Rechtsprechung zur ärztlichen Risikoaufklärung“, *Neue Juristische Wochenschrift*, br. 44, str. 3193–3194.

<sup>87</sup> *Versicherungsrecht*, br. 14/1998, str. 586–588.

nog bola jeste uvek i sankcija za povredu prava na zaštitu telesnog integriteta i ličnosti kao takve.”<sup>88</sup>

Pošto je ova odluka postala konačna jer nije uložena revizija, Savezni vrhovni sud Nemačke dobio je priliku da u jednom drugom slučaju, iz 2008. godine, iznese vlastiti stav o istom pitanju.<sup>89</sup> On je ukratko odbacio gledište po kome lečenje bez punovažnog pristanka predstavlja, u prvom redu, povredu prava ličnosti i da može biti osnov odgovornosti i bez štete uzrokovane pacijentovom zdravljem. Njegovo je mišljenje da bi prihvatanje tog gledišta vodilo preteranoj odgovornosti lekara i zdravstvenih ustanova, te da je ono neodrživo i kad je reč o potrebi zaštite pacijentovih interesa. Potom sledi nedvojbeni stav istog suda: „Iako je lečenje bez punovažnog pristanka protivpravno, ono može biti osnov odgovornosti samo ako je imalo za posledicu štetu po pacijentovo zdravlje.”<sup>90</sup>

Međutim, ni ova odluka najvišeg suda Nemačke nije ostala bez negativne reakcije manjeg dela pravnika, koji smatraju da njome pacijentovo pravo samoodređenja nije dovoljno zaštićeno. Oni se zalažu za jačanje lekareve dužnosti obaveštavanja o rizicima predložene medicinske mere. S toga misle da samo neispunjenje te dužnosti i povreda pacijentovog prava samoodređenja treba, po pravilu, da bude dovoljan osnov za naknadu nematerijalne štete pacijentu. Pri tome se pozivaju i na praksu Saveznog vrhovnog suda po kojoj lečenje bez punovažnog pristanka predstavlja protivpravnu telesnu povredu, pa iz toga zaključuju da šteta postoji već u samom zahvatu u telesni integritet.<sup>91</sup>

### 5.3. Dokazivanje greške u obaveštenju o rizicima

#### 5.3.1. Osnovna načela dokazivanja

Nemački i austrijski sudovi stoje na stanovištu da u parnicama zbog greške u obaveštavanju o rizicima važe drugačija pravila dokazivanja nego u parnicama zbog stručnih lekarskih grešaka. Naime, grešku u lečenju mora da dokaže pacijent ili neko drugi u svojstvu tužioca, dok teret dokazivanja greške u obaveštenju o rizicima snosi lekar, odnosno zdravstvena ustanova. Tačnije rečeno, ako hoće da izbegne odgovornost, tužena strana mora dokazati da je pacijent pristao na lečenje i da je propisno obavestjen o rizicima. To se obrazlaže činjenicom da medicinski zahvat predstavlja povredu telesnog

<sup>88</sup> *Isto*, str. 586.

<sup>89</sup> Presuda od 27. 5. 2008, *Neue Juristische Wochenschrift*, br. 32/2008, str. 2344–2345.

<sup>90</sup> *Isto*, str. 2345.

<sup>91</sup> Borgmann, *Isto*, str. 3192–3193, sa ukazivanjem na primedbu koju je na istu presudu Saveznog vrhovnog suda izrekao jedan drugi autor.

integriteta, a često i prolazno oštećenje zdravlja, kao što je, na primer, slučaj kod anestezije.<sup>92</sup> Protivpravnost takve telesne povrede može da isključi samo pristanak pacijenta koji zna sa čime se saglašava. S toga lekar, ako želi da izbegne odgovornost, mora da snosi i teret dokazivanja okolnosti koja njegov zahvat u pacijentovo telo opravdava.<sup>93</sup> Drugim rečima, sud polazi od pretpostavke o protivpravnosti zahvata u pacijentovo telo, a lekar može tu pretpostavku da opovrgne odgovarajućim dokazom.

Pošto lekaru nije baš lako da uveri sud da je pacijenta propisno obavestio o rizicima, za dokaz obaveštenja ne postavljaju se preterani zahtevi. To se jasno vidi iz jedne presude Vrhovnog zemaljskog suda u *Hammu*, čija sentenca glasi:

„1. Za uverenje suda da je u poverljivom razgovoru sa lekarom pacijent obavešten, dovoljno je ako je dokazana stalna praksa urednog obaveštavanja i ako postoje indicije da je i u konkretnom slučaju tako učinjeno.

2. Ako je dat dokaz o savesnom razgovoru radi obaveštenja, u sumnji se može poverovati lekaru da je obaveštenje učinjeno na način koji je on opisao – ovo i s obzirom na to da pacijent, iz mnogih razloga, ne može više da se seti navedene sadržine tih razgovora.”<sup>94</sup>

Međutim, sama tvrdnja tuženog da opsežno obaveštenje pacijenta odgovara njegovoj „stalnoj praksi” ne može, sama za sebe, biti dovoljna, jer to može svako reći.<sup>95</sup> Ni prilaganje pismene izjave o pristanku koju je pacijent potpisao ne može biti dovoljno da ispuni zahteve dokazivanja. Ali, ako su u formularu koji je pacijent potpisao navedeni određeni rizici, tada sud polazi od pretpostavke da je obaveštenje o njima i obavljeno. No, ako su u formularu izostavljeni neki rizici na koje je moralo biti ukazano, to govori protiv tvrdnje da je pacijent ipak obavešten.<sup>96</sup>

### 5.3.2. Prigovor hipotetičkog pristanka

Da bi se oslobodili odgovornosti zbog povrede obaveze da pacijenta obaveste o rizicima, nemački lekari i zdravstvene ustanove često se brane tvrdnjom da bi pacijent pristao na zahvat i da je bio uredno obavešten. Reč je o *prigovoru hipotetičkog pacijentovog pristanka* ili o *pozivanju na pravovaljano alternativno postupanje*.<sup>97</sup> Sudovi dopuštaju isticanje ovog prigovora i da bi spreči-

li zloupotrebljivo pozivanje pacijenta na propušteno ili nedovoljno obaveštenje, kojem on pribegava kad nije u stanju da dokaže stručnu lekarsku grešku. S druge strane, vodi se računa i o tome da se dopuštanjem prigovora o hipotetičkom pristanku ne potkopa pacijentovo pravo samoodređenja.<sup>98</sup>

Dokazivanje hipotetičkog pristanka podleže u praksi strogim zahtevima. „Za dokaz da bi pacijent pristao i pri opsežnom obaveštenju o rizicima dijagnostičkog zahvata koji nije vitalno indikovano, postavljaju se osobito strogi zahtevi.”<sup>99</sup> Ali, ako je tužena strana uverljivo izložila da bi pacijent i pri urednom obaveštenju pristao na sprovođenje zahvata, tada i pacijent mora ubedljivo izneti da bi se on u tom slučaju našao pred pravom dilemom kako da postupi, mada ne mora reći kako bi stvarno postupio. Dovoljno je ako pacijent u svakom slučaju ne bi dopustio sprovođenje konkretnog štetnog zahvata.<sup>100</sup>

Nemački sudovi smatraju da se valja ograničiti na ličnu situaciju i odlučivanje konkretnog pacijenta. Nije, načelno, odlučujuće šta bi sa stanovišta lekara imalo smisla i bilo razumno, niti kako bi postupio „razuman pacijent.” Ali, „ako bi odbijanje lečenja sa medicinskog stanovišta bilo nerazumno, ili ako bi nelečenje imalo za posledicu čak istovrsne rizike sa većom učestalošću, to se, svakako, može uzeti u obzir prilikom ocene pacijentove dileme.”<sup>101</sup> S obzirom na sve to, tužena strana može samo u retkim, izuzetnim slučajevima pružiti sudu uverljiv dokaz o hipotetičkom pristanku. Ako joj to pođe za rukom, pacijent gubi pravo na naknadu štete. Međutim, sa stanovišta pravnika koji misle da je pacijentovo pravo samoodređenja deo njegovog prava ličnosti, pacijent bi mogao zahtevati plaćanje naknade zbog pretrpljenog bola. Jer pravo na telesnu neprikošnovost nije ništa drugo nego odraz opšteg prava ličnosti.<sup>102</sup>

Treba istaći da u pogledu dokazivanja hipotetičkog pristanka postoji znatna razlika između krivične i građanske odgovornosti. Naime, u parničnom postupku lekar koji se poziva na hipotetički pristanak snosi teret dokazivanja, dok u krivičnom postupku načelo *in dubio pro reo* deluje u korist lekara, tako da se u sumnji polazi od pretpostavke da bi u slučaju urednog obaveštenja o rizicima pacijent dao svoj pristanak.<sup>103</sup>

<sup>98</sup> Isto, str. 348.

<sup>99</sup> Presuda Vrhovnog zemaljskog suda u *Koblenz-u*, od 29. 11. 2001, *Versicherungsrecht*, br. 30/2003, str. 1313–1316.

<sup>100</sup> Deutsch / Spickhoff, *Medizinrecht*, str. 208.

<sup>101</sup> Presuda Saveznog vrhovnog suda Nemačke, od 17. 3. 1998, *Neue Juristische Wochenschrift*, br. 37/1998, str. 2734–2735.

<sup>102</sup> Wagner, *Isto*, str. 1859.

<sup>103</sup> Ulsenheimer, *Isto*, str. 151.

<sup>92</sup> Deutsch / Spickhoff, *Medizinrecht*, str. 205.

<sup>93</sup> Isto, str. 206.

<sup>94</sup> Ova presuda je doneta 12. 5. 2010 i objavljena je u *Medizinrecht*, br. 7/2011, str. 459–444.

<sup>95</sup> Wagner, fusnota br. 4, str. 1857.

<sup>96</sup> Isto.

<sup>97</sup> Katzenmeier, *Arzthaftung*, str. 347.

## 6. ZAKLJUČAK

Pacijentova odluka da pristane ili ne pristane na određeni medicinski zahvat zavisi u znatnoj meri od njegove obaveštenosti o mogućim rizicima koji su sa tim zahvatom povezani. Ako pacijent nije znao za neki rizik koji je za njega bitan, jer ga lekar nije o tome obavestio, tada njegov pristanak na zahvat ne važi. Neobaveštenjem ili nepropisnim obaveštenjem o riziku lekar povređuje pacijentovo pravo samoodređenja u odnosu na vlastito telo. Taj postupak lekara ima karakter *samo-stalnog delikta*, koji treba razlikovati od stanja telesne povrede ili povrede zdravlja izazvane greškom u lečenju. Usled greške u obaveštenju pacijentov rizik lečenja postaje *lekarev rizik*, čak i onda kad je lečenje obavljeno kako valja. Lekar, odnosno zdravstvena ustanova odgovara za sve štetne posledice koje su pogodile neobaveštenog pacijenta. Ovo pravilo proističe neposredno iz navedenih odredaba ZZZ, i ono je na snazi u svim razvijenim zemljama Evrope i u SAD.

Međutim, ZZZ nema odgovore na neka druga konkretna pitanja iz oblasti odgovornosti zbog greške u obaveštavanju o rizicima medicinske mere. Odgovori na ta pitanja nalaze se u izloženim odlukama nemačkih i austrijskih sudova, koji nisu čekali da im zakonodavac kaže kako treba postupiti. Njihovi pravni stavovi tako su promišljeni i pravični da mogu odgovarati svakom

civilizovanom društvu. Zato ih iznosim u zaključku kao uzore na koje se treba ugledati:

1. Obaveštenje pacijenta o rizicima zahvata u njegovo telo treba dati usmeno, i taj čin ubeležiti u medicinsku dokumentaciju. Pismeno obaveštenje koje nije razjašnjeno u usmenom razgovoru lekara sa pacijentom, nije dovoljno.

2. Lekar, odnosno zdravstvena ustanova odgovara samo za onaj rizik o kome je pacijent morao biti obavešten i koji se u konkretnom slučaju i ostvario. Zbog rizika o kome je pacijent obavešten i na koji je pristao, nema mesta odgovornosti.

3. Rizici koji ne podležu obavezi obaveštavanja pravno su irelevantni i kad se ostvare.

4. Pitanje da li je o određenom riziku pacijenta trebalo obavestiti jeste pravno pitanje, o kome, u slučaju spora, odlučuje sud.

5. Lečenje kome nije prethodilo potrebno obaveštenje o rizicima povlači građansku odgovornost lekara, odnosno zdravstvene ustanove samo ako je imalo za posledicu štetu po pacijentovo zdravlje. U slučaju kad štete nema, moguća je jedino prekršajna i disciplinska odgovornost lekara.

6. Tuženi lekar, odnosno zdravstvena ustanova može se pred sudom braniti prigovorom da bi pacijent pristao na medicinsku meru i da je bio obavešten o rizicima, ali bi uvažavanje tog prigovora moralo biti uslovljeno strogim zahtevima.