

Др Јаков Радишић,
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Крагујевцу (у пензији)

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 616-089.15:174

Рад примљен: 20.02.2014.

Рад прихваћен: 15.04.2014.

ПРАВНА КВАЛИФИКАЦИЈА МЕДИЦИНСКИ НЕИНДИКОВАНОГ ХИРУРШКОГ ЗАХВАТА ОБАВЉЕНОГ НА ИНСИСТИРАЊЕ ПАЦИЈЕНТА

Апстракт: *Легитимни хируршки захват у човеково тело претпоставља три битна услова: 1) медицинску индикацију захвата; 2) пристанак обавештеног пацијента на захват; 3) поступање лекара (хирурга) према правилима струке и пажљиво. Ако неки од тих услова недостаје, хируршки захват има карактер лекарске грешке што повлачи одговорност лекара. То је чврст правни став, који је довољно разјашњен и у нашој домаћој стручној литератури.*

Није, међутим, у довољној мери разјашњен однос између медицинске индикације захвата и пацијентовог права на самоодређење у односу на властито тело. У том контексту, намећу се три практична питања. Прво, да ли пацијентово право на самоодређење подразумева и могућност да пацијент учествује у одређивању медицинске индикације поступка за његово лечење, или се то право своди искључиво на овлашћење да пристане или не пристане на оно што му лекар предложи. Друго, може ли пристанак или чак упорно настојање пацијента да оправда хируршки захват у његово тело који није медицински индикуван? При том су могуће две различите ситуације, тј. да је лекар свестан недостатка индикације захвата или да погрешно сматра да индикација постоји. Треће, може ли пацијент, захваљујући своје праву самоодређења, да преузме на себе одговорност за хируршки захват у своје тело који, по мишљењу лекара, није медицински индикуван? Другим речима, може ли се одговорност лекара за медицински захват споразумом између њега и пацијента унапред искључити?

На основу спроведених истраживања, аутор ће закључити да неиндикувани хируршки захват у пацијентово тело представља правно недопустив чин, лекарску грешку, која повлачи одговорност. Ни упорно настојање пацијента да се такав захват обави није у стању

да промени његову противправну природу. Јер лекар има и правну и моралну обавезу да пре било каквог захвата у пацијентово тело постави његову медицинску индикацију. Ако неиндикованим поступком нанесе штету пацијентовом здрављу, следује му одговорност која се, по правилу, не може унапред ни споразумно искључити.

Кључне речи: Медицинска индикација, пристанак пацијента на медицинску меру, лекарска грешка, одговорност.

1. Појам и границе медицинске индикације

Допуштен захват у човечије тело претпоставља неки разуман разлог или циљ. И управо тај разлог што изискује или налаже предузимање захвата као целисходне (подесне) мере за постизање жељеног циља, назива се његовом индикацијом. Захват је медицински индикован ако је његов циљ постављање дијагнозе неке болсти, лечење или ублажавање патњи, и ако је пацијент у стању да га поднесе (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 453). Кратко речено, медицински је индикован сваки захват који је у интересу здравља оног лица на коме се обавља.

Пре него што пацијенту предложи одређену терапију, лекар је дужан да постави њену медицинску индикацију, а постављање индикације чини непосредни, саставни део дијагностике. С обзиром на развој медицине, пре свега у области операција, постављање индикације претрпело је знатну промену. Са сваком новом оперативном техником намеће се изнова и питање индикације (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 453). По своје карактеру, индикација може бити апсолутна или релативна. Апсолутна индикација постоји у ситуацијама које изискују хитно предузимање одређене медицинске мере ради одржавања живота пацијентовог, као што је, на пример, случај код јаког крварења или претећег гушења (Bünte, 1985: 21). Насупрот томе, стоје апсолутне контраиндикације које не допуштају никакав хируршки захват под наркозом, јер га пацијент може само изузетно да издржи. Такав је, на пример, случај са болесницима који су претрпели снажан инфаркт. Између ове две крајности стоји релативна индикација која се везује за захвате који се не морају одмах предузети (Bünte, 1985: 21).

Границе медицинске индикације проистичу из објективних и субјективних фактора конкретног пацијента, али општеважећих норми о томе нема (Bünte, 1985: 21). Одлуку о избору поступка лечења доноси, у крајњој линији, одговорни лекар или конзилијум лекара, заједно са пацијентом. Објективни показатељи за границе индикације су дијагноза и прогноза коју треба поставити за случај да се захват изврши и за случај да он изостане (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 454). Питање индикације је, у исти мах,

и питање одмеравања интереса (Engisch, 1958: 7). Ризик намераваног захвата, тежина, изглед на успех и циљ који се жели постићи, треба да буду у прикладном и разумном односу. Зна се, на пример, 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 кад се одстрањује цео желудац пацијентова који је захваћен карциномом (Bünthe, 1985: 20).

Водећи рачуна о субјективним факторима пацијента, лекар треба да утврди да ли је пацијент подесан за одређену терапијску меру или операцију. Подесним се сматра онај пацијент за кога је, после брижљивог клиничког испитивања, утврђено да је физички у стању да одговарајући захват издржи. Али подесност подразумева и очекивање или надање да се одређеном терапијском мером болест пацијентова излечи или барем ублажи. Ако се код намераване операције вероватан терапијски успех не може очекивати, лекар треба да се ограничи на конзервативни начин лечења или на ублажавање патњи (тзв. палијативно лечење) (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 453).

Раније је важило правило „никакав захват без постављања одговарајуће медицинске индикације“. Данас се, међутим, обављају и захвати код којих постављање медицинске индикације потпуно изостаје, као што је, на пример, случај код козметичких операција или операција код којих се индикација своди на психолошке разлоге (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 453). Последњих година све је већи број лекарских захвата који нису медицински индиковани, као што су, на пример, пренатална дијагностика, анализа генома, инсеминација, вештачко оплођење *in vitro* и трансфер ембриона (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 454). Међутим, даље излагање биће ограничено на захвате код којих је медицинска индикација битна претпоставка, тј. на захвате који имају терапијски циљ.

2. Медицинска индикација и лекарева слобода терапије

Судска пракса и правна теорија признају начело лекареве слободе терапије (Laufs, 1999: 625-633). Међутим, та слобода није апсолутна, јер право налаже да се примењују само мере које су „у складу са важећом здравственом доктрином и кодексом професионалне етике“.¹ То не значи да је лекар дужан да се држи искључиво владајућег становишта у оквиру званичне медицине, јер могућност избора између више начина лечења представља нужан услов даљег развоја медицинске праксе. С друге стране, примену терапије која

1 Чл. 169. ст. 1. Закона о здравственој заштити Србије, Службени гласник РС 107/2005, 57/2011

је према актуелном стању научних знања оптимална лекар не сме олако одбити; своје уверење да је у конкретном случају боље изабрати другу врсту лечења он мора поткрепити основаним разлозима. Међу те разлоге спада и веровање да је у рукама сваког лекара најбоља она терапија којом он лично најбоље господари, и са којом има највеће искуство (Mertens, 1980: 391). Уколико се, пак, ради о методу или поступку којим потпуно не влада, лекдар је дужан да пацијента упути компетентном колеги.

Слобода терапије није привилегија лекара, него је право у корист другог, тј. пацијента (Laufs, 1999: 626). Она допушта лекару да изабере оне медицинске мере које су, по његовом уверењу, од највеће могуће користи за пацијента. Као простор за оцену, слобода терапије је потребна ради заштите и пацијента и лекара. Без ње би обојица били потчињени неком прописаном стандарду, који се увек управља према статистичком типу, и из којег не мора ништа непосредно да проишаје за конкретан случај (Buchborn, 1993: 330). Статистички стандард квалитета индустријске производње не може се поредити са стандардом у медицинској делатности, јер „не постоји стандардан пацијент, са стандардном болешћу коју би могао да излечи једино стандардни лекар, стандардним поступком (Seidler, 1998: 153, 161).

Срж одговорног избора терапије чини савесно одмеравање користи и ризика оног поступка који долази у обзир, и његово упоређивање са другим признатим поступцима. Ако у обзир долазе више различитих поступака лечења, лекар је, у оквиру своје слободне процене, дужан да се држи „принципа најсигурнијег пута“ (Mertens, 1980: 395). У случају да сви могући поступци обећавају подједнако вероватан успех, треба да изабере терапију која је најмање ризична, а између подједнако ризичних – ону са највећим изгледима на успех. Ипак, није могуће поставити чврсто правило, у смислу да већи ризик треба да буде повезан и са већим изгледом за излечење (Mertens, 1980: 395). Начелно, терапија са високим ризиком долази у обзир само кад је у питању обољење које изазива знатне опасности по здравље и живот пацијента; ако је та опасност мала, сматра се да не би требало користити ризикантну методу лечења (Mertens, 1980: 395). Уз све то, ваља рећи да пацијент има право на оптимално лечење, према најновијим достигнућима медицинске науке и праксе. Но, границе квалитета лечења зависе и од материјалних могућности друштва, односно пацијента.

Према распрострањеном гледишту у правној литератури, слобода терапије може се свести на три елемента. Прво, лекар има сам да одлучи да ли је терапија уопште потребна. Друго, лекар не сме бити принуђен да примени метод или лек који противречи његовој савести. И коначно, лекар има

увек задатак да изабере оне дијагностичке и терапијске методе које му изгледају подесним (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 18).

3. Медицинска индикација и пристанак пацијента на захват

Лекарева слобода избора терапије ограничена је пацијентовим правом самоодређења. Пацијент има право да на предложеној медицинској мери пристане или не пристане, чак и у случају кад се њоме спасава или одржава његов живот.² Пошто правни поредак не допушта лечење противно изричитој вољи пацијента, лекар треба да одустане од медицинског третмана иако је он витално индикуван, јер није одлучујућа медицинска индикација начина лечења, него воља пацијента. Само је она у стању да оправда захват у пацијентово тело - *Volent non fit iniuria*.³ То донекле личи на право наручиоца посла код уговора о делу да врши надзор над обављањем посла и да даје упутства посленику.⁴ Као што посленик није потпуно слободан у обављању уговореног посла, није ни лекар у обављању лечења. Друго је, међутим, питање у којој се мери лица за која они раде могу и смеју мешати у њихов рад. У том погледу, постоји извесна разлика међу њима. Посленик ради обично на основу пројекта који му даје наручилац посла, па је с тога логично што га наручилац надзире у току рада. Лекар, међутим, лечи пацијента према сопственом пројекту, па је самим тим и надзор пацијента над лекаровим радом мањи, а зависност од лекара је већа.

Дешава се, понекад, да пацијент дође лекару са властитом дијагнозом своје болести и са предлогом како га треба лечити. Пацијентове представе о терапији коју треба применити формиране су, најчешће, на основу лаичких излагања о медицинским стварима у медијима и лаичких описа терапијских могућности. Те представе могу се у конкретном случају знатно разликовати од лекаревих представа о терапији, нарочито кад је реч о алтернативној медицини. У том случају, лекар не сме заборавити на професионалну обавезу да сам постави медицинску индикацију за своју интервенцију, и да покуша да убеди пацијента која је терапија исправна. Уколико пацијент остане при свом претходно формираном мишљењу, лекар треба да одбије тражену терапију. Јер пристанак пацијента није у стању да замени медицинску индикацију лекаревог поступка. Другим

2 Чл. 17. Закона о правима пацијената Србије (Сл. гласник РС 45/2013)

3 Принудно лечење је допуштено само у изузетним, одређеним случајевима, о којима се у овом раду неће водити рачуна.

4 Вид. чл. 603. Закона о облигационим односима (Сл. лист СФРЈ 29/1978, 39/1985, 45/1989; Сл. лист СРЈ 31/1993)

речима, пристанак на неиндиковани захват није правно ваљан нити је у складу са начелима лекарске етике. Такав захват има карактер телесне повреде, и пацијент који је на њега пристао није тиме лишен могућности да захтева накнаду штете (Katzenmeier, 2008: 170). То важи и у случају када се ради о лекаревом поступку који није лечећи, уколико је противан добрим обичајима (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 609).

Посебно треба истаћи да пацијентово право самоодређења не сме водити ка терапији из љубазности или због пријатељства. Прописивање лекова и медикација имају се, такође, управљати искључиво према терапеутским захтевима, а не према жељи пацијента (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 609). Коначна одлука о томе која је терапијска мера у конкретном случају медицински индикована мора стајати чврсто у рукама лекара, јер је он једино и одговоран ако је избор терапије погрешан. Пацијентов пристанак на одређени захват у своје тело у стању је да оправда тај захват само уколико је он медицински индикован. Лекар не сме извршити никакав захват који одговара вољи пацијента или пацијентовог заступника, али не одговара правилима лекарске професије. Он се не сме поводити за пацијентовом жељом да се хируршки захват обави, нити без провере прихватити дијагнозу коју је пацијент сам себи поставио. Лекар одговара ако је индикацију за захват утврдио погрешно зато што се ослонио на мишљење пацијента. Наравно, њему следује одговорност и у случају кад је грешка у постављању индикације резултат његове искључиве кривице, али то је друго питање о коме овде није реч.

4. Пристанак пацијента на искључење лекареве одговорности

Пацијентов пристанак на медицински индикован захват не значи једино одрицање од права на заштиту свог телесног интегритета, него и саглашавање са неизбежним ризицима захвата. У ствари, пацијент се тиме унапред одриче од права на обештећење, уколико се неизбежан ризик оствари. Али, ако лекар начини грешку која се могла избећи, и за коју је он одговоран, пацијент је овлашћен да тражи накнаду штете која је последица лекарске грешке, јер на тај ризик он није пристао.

Право на накнаду штете је субјективно право које је појединцима дато у њиховом властитом интересу ради задовољења њихових сопствених потреба (Larenz, 1989: 210). Начелно, ималац субјективног права не мора се њиме користити и може се њега одрећи. То важи у сваком случају кад је лекарска грешка већ начињена и кад је право на накнаду штете због грешке већ настало. Али се поставља питање може ли пацијент унапред да се

одрекне права на обештећење пре започињања лекарског третмана или на самом почетку? Ако се држимо правила облигационог права, рекли бисмо да одрицање унапред од тог права није могуће ако је штета изазвана намерно или крајњом непажњом; за штете проузроковане обичном непажњом, такво одрицање долази у обзир, под условом да оно није проистекло из монополског положаја дужника или уопште из неравноправног односа уговорних страна.⁵ Међутим, ваља се одмах запитати да ли то правило пасује за однос лекар – пацијент, јер он није само правни однос, него је и однос нарочитог поверења. Уговорна клаузула о искључењу одговорности, макар само за лаку непажњу, могла би да ослаби поверење пацијента у лекара. Сем тога, однос између лекара и пацијента тиче се заштите живота и здравља, тј. највећих вредности човекових, те би и ово могао бити разлог за сумњу у допустивост клаузула о искључењу одговорности лекара. Но, да видимо шта нам о томе казује искуство неких других земаља.

Немачки и амерички лекари, болнице и центри за рехабилитацију покушавали су раније да наведу своје пацијенте да се унапред одрекну права на накнаду штете обичном непажњом, односно да пристану на ограничење одговорности на намеру и грубу непажњу (Deutsch, 1983: 1351,1352). То су чинили не само помоћу одговарајућих клаузула у општим условима пословања, него и путем појединачних уговора са пацијентима. Судови су, међутим, такве клаузуле, у свим спорним случајевима, проглашавали неважећим, јер су сматрали да су оне противне добрим обичајима, начелу савесности и поштења или начелима јавног поретка (Deutsch, 1983: 1351,1352). Као разлог за вређање добрих обичаја и наведених начела истицали су: монополски положај болница; особеност правних добара као што су живот и здравље; стање нужде пацијента које га тера да затражи лекарску услугу; неједнакост уговорних страна, која омогућује јачој да диктира услове уговора слабијој страни; вређање принципа одговорности припадника лекарске професије и потреба за судском контролом обављања њиховог занимања; могућност да се штета покрије осигурањем за случај одговорности (Deutsch, 1983: 1351,1352).⁶

У међувремену је Савет Европске уније донео Смернице о злоупотребљивим клаузулама у уговорима са потрошачима (5.април 1993. године), чије су одредбе унете у грађанске законике држава чланица. Смернице забрањују искључење и ограничење одговорности за штете због уништења живота, повреда тела или здравља, изазвано нехатним кршењем обавеза од стране корисника општих услова пословања, њихових законских заступника

⁵ Видети чл. 265. Закона о облигационим односима

⁶ Видети и: одлуку Врховног земаљског суда, Stuttgart 7.12.1977 (*Neue Juristische Wochenschrift* 46/1979, 2355-2356)

или лица која им помажу у испуњавању уговорних обавеза.⁷ И пацијент има положај „потрошача“ коме су Смернице намењене. Због типичне зависности болесника од лекара и због својеврсности односа између лекара и пацијента, пристанак пацијента на искључење или ограничење одговорности лекара вреднује се као противан добрим обичајима (Mertens, 1980: 349). Споразум о искључењу одговорности чак и за лаку непажњу остаје без правног дејства. Услов је једино да је штета узрокована поступком који се тиче одржавања живота и здравља пацијентовог, па било да је реч о медицинском третману или о дужности лекара да пацијента обавести о одређеним чињеницама. То важи и по нашем позитивном праву.⁸

Судска пракса и правна теорија указују на разлику између привредне и медицинске делатности, јер се код прве ради о имовинском интересу страна, док се друга односи на најважнија човекова лична добра. И најмања непажња лекара може имати несагледиве последице за пацијента (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 927-928). Сем тога, искључењем имовинске одговорности због непажње обавеза лекара да брижљиво постави дијагнозу и спроведе терапију, остала би санкционисана једино кривичним и сталешким правом, што није у интересу лекарске професије. Јер, у време кад постоји тенденција да се инкриминација лекарске делатности умањи, споразуми о искључењу одговорности довели би до разграђивања санкција грађанског права и до чешће примене кривичноправних санкција. С тога је у општем интересу лекара да се санкције грађанског права задрже, а не да се искључењем одговорности појединаца обављање лекарске делатности препусти кривичном праву. Правници већином сматрају да искључење одговорности, из разлога правне политике, не би било упутно (Deutsch, 1995: 481). Међутим, немачки судови су, у једном специфичном случају, допустили могућност да пацијент, унапред, преузме на себе „све последице“ хируршког захвата који, по мишљењу лекара, није био медицински индикован.⁹

7 Видети §309. тач. 7. немачког Грађанског законика

8 Чл. 31. ст. 2. Закона о правима пацијената Србије

9 Видети пресуду Врховног земаљског суда у Saarbrückenу, наведену у овом Зборнику

5. Случајеви из судске праксе

5.1. Први случај¹⁰

Пацијенткиња је више година патила од сталне и јаке главобоље, чије узроке сва лекарска настојања нису могла да утврде. С тога је своје ординирајућем лекару саопштила намеру да допусти екстракцију свих пломбираних зуба, јер је убеђена да они изазивају њену главобољу. Лекар је тврдио да медицинска индикација за вађење зуба не постоји јер главобољу не изазивају зуби, али пацијенткињу није могао да одврати од њене намере. С тога је њу упутио стоматологу, а њено стање здравља разјаснио му телефонским путем. И стоматолог је закључио да стање зуба у пацијенткиње не може бити узрок њене главобоље, и тај налаз јој је саопштио. Упркос томе, пацијенткиња је и даље истрајавала у својој тежњи за екстракцијом зуба. На њено инститирање, стоматолог је коначно пристао да јој зубе повади, али је вађење ипак одложио за наредни дан. Кад је пацијенткиња, сутрадан, дошла у његову ординацију, извадио јој је само два зуба у горњој и три у доњој вилици, мислећи да ће је одуговлачењем одвратити од вађења преосталих зуба.

После петнаест дана, пацијенткиња је опет дошла у ординацију истог стоматолога. Тада су њени зуби и лобања поново испитани, али опет није утврђен разлог за екстракцију. Пацијенткиња је, међутим, и даље на томе инсистирала. Услед неспоразума, стоматолог је веровао да она жели да повади све своје зубе, док је пацијенткиња мислила само на пломбиране. С тога јој је стоматолог извадио још једанаест зуба, међу којима је било и непломбираних. Тако је цела горња вилица у пацијенткиње остала без зуба, па је зато била принуђена да носи протезе. Међутим, њена главобоља није ишчезла.

На основу пријаве, против стоматолога је покренут кривични поступак због телесне повреде коју је нанео пацијенткињи, па му је нижи суд изрекао казну затвора и новчану казну. Пошто је осуђени уложио ревизију, његов случај је доспео и пред Савезни врховни суд Немачке. Овај Суд одбија ревизију јер сматра да вађење зуба није било медицински индиковано, те да захват који је обавио стоматолог није могао довести до излечења или умањења патњи пацијенткиње. То је, по нахођењу Суда, било јасно и осуђеном, па зато није смео обавити екстракцију зуба иако је пацијенткиња ту меру од њега захтевала. Неиндикована екстракција, и по мишљењу овог Суда, има карактер кривичног дела телесне повреде.

¹⁰ Пресуда Савезног врховног суда Немачке од 22.2.1978, *Neue Juristische Wochenschrift*, 24/1978, 1206

У образложењу своје пресуде, Савезни врховни суд истиче да дели мишљење нижег суда по коме пацијенткиња није дала пуноважан пристанак на екстракцију зуба, који би могао да оправда повреду њеног телесног интегритета. Њој је недостајала моћ расуђивања коју би морао имати онај ко пристаје на екстракцију зуба. У свом лаичком безумљу, пацијенткиња је инсистирала на дијагнози коју је сама себи поставила. Њено схватање темељило се на незнању и душевном устројству које јој није допуштало да разумно оцени изложене медицинске аргументе лекара. Стога, ни изјављена сагласност са екстракцијом зуба није садржински покрила оне мере што их је осуђени спровео. Према представи пацијенткиње, радило се о терапијском захвату и она је пристала на такав захват. Међутим, пошто екстракција зуба, у конкретном случају, није имала терапијска својства, пристанак на њу је неважећи. Истина, недостатак медицинске индикације није прећутао ни осуђени, али та чињеница није од правног значаја. Одлучујућа је једино околност да осуђеном није пошло за руком да представу пацијенткиње усклади са реалистичком медицинском проценом. Та околност требало је да натера осуђеног као лекара да одустане од екстракције зуба. Приговор осуђеног да га непоколебљива представа пацијенткиње ослобађа његових дужности, показује, између осталог, да он своју дужност лекара схвата погрешно.

5.2. Други случај¹¹

Као слободан и овлашћени ветеринар, пацијент је обављао контролни преглед меса у кланицама крупне стоке. Чистећи нож којим се у том послу служио, задобио је убодну рану на унутрашњој страни кажипрста леве руке, величине 0,2 цм. Пола сата доцније (око 18 часова), он је дошао у хируршко одељење болнице и затражио лекарску помоћ. Главни хирург, др Р., завио је пацијенту прст гипсаним завојем и прописао му одређени антибиотик. Пацијент је потом отишао, али је, у 21 час истог дана, поново дошао у хируршко одељење болнице, жалећи се на јак бол и осећај утрнулости прста. Млађи лекар хируршког одељења болнице прегледао је прст пацијентов и променио на њему гипсани завој.

Сутрадан, око пет часова ујутру, пацијент је опет дошао у хируршко одељење болнице. На његово упорно тражење, дежурни лекар је позвао телефоном главног хирурга болнице, који је, за пола часа, стигао на лице места. Њему је пацијент рекао да има појачане болове прста и скренуо му пажњу на округласто сужење базичног зглоба повређеног прста, што,

11 Пресуда Савезног врховног суда Немачке од 12.8.1998, *Neue Juristische Wochenschrift*, 12/1999, 871-873

према његовом посебном искуству као лекара ветеринарске медицине, указује на инфекцију бактеријама гасне гангрене из реда клостридија. При томе је са страхом напоменуо да је један његов колега, услед такве инфекције, умро у року од 24 часа, и зато је тражио од главног хирурга да изврши хитну ампутацију повређеног кажипрста. Хирург је рекао да нема посебно искуство са инфекцијама такве врсте, али да, по његовом мишљењу, ампутација прста није потребна. Затим је телефоном позвао колегу из друге болнице, начелника одељења за ручну хирургију, и препоручио пацијенту да разговара са њим о преузимању даљег лечења. Пацијент је одбио тај разговор, рекавши да се не сме више губити у времену него да треба одмах извршити ампутацију прста. Пошто хирург још увек није био спреман на ампутацију, пацијент му је запретио тужбом за накнаду штете због последица пропуштене операције. На крају, пацијент је још изјавио да ће „сам лично сносити све последице ампутације“. На основу те изјаве, и после разговора са пацијентом који је трајао 30-45 минута, хирург је одлучио да изврши ампутацију кажипрста.

Међутим, патолошко-хистолошки преглед после операције није пружио доказ за инфекцију бактеријама гасне гангрене из реда клостридија. Стога, пацијент тужи хирурга и захтева од њега надокнаду штете због ампутације кажипрста. Првостепени суд је одбио тужбени захтев, а жалбу против његове одлуке одбацио је Врховни земаљски суд у Saarbrückenu.

У образложењу пресуде Врховног земаљског суда стоји да тужилац нема право на накнаду штете ни по основу уговора ни по основу деликта, јер се он одрекао унапред тог свог права. Између тужиоца и туженог склопљен је, наиме, уговор којим се одговорност туженог искључује. Суд констатује да је таквим уговором, у начелу, могуће искључити и уговорну и неуговорну одговорност. Међутим, имајући у виду чињеницу да је пацијент упућен на лекара и да између њих постоји својеврстан однос поверења, настанак и садржина уговора о искључењу подлежу строгим захтевима. Пре свега, искључење није могуће путем конклюдентних радњи пацијентових, нити помоћу општих услова пословања. Сем тога, пацијент притиснут нуждом не може се, по сили закона, сагласити са искључењем одговорности лекара, и његов пристанак на то морао би се сматрати неморалним. Уговором између тужиоца и туженог није, међутим, прекршено ни једно од наведених начела, и зато је он пуноважан јер није тужени тражио од тужиоца да пристане на искључење одговорности, него је управо тужилац понудио туженом такав споразум. Другим речима, туженом се не може пребацити да је искористио свој положај лекара и наметнуо тужиоцу одговарајуће решење. Напротив, очигледно је да тужени није био вољан да изврши ампутацију прста тужиоцевог. Уговор о искључењу одговорности није, дакле, био противан

добрим обичајима у смислу § 138 Грађанског законика. „Лекар не вређа добре обичаје ако прихвати понуду пацијента о искључењу одговорности за меру лечења коју је, због недостатка индикације, претходно одбио“.

Врховни земаљски суд посебно је ценио чињеницу да је тужилац спољашњи изглед ране на своме прсту протумачио као типичан знак инфекције бактеријама гасне гангрене из реда клостридија, и наводећи случај свога умрлог колеге, указао на смртну опасност тог обољења. Тиме је тужилац, по нахођењу овог суда, напустио своју улогу пацијента и приписао себи компетентност лекара, истичући при том своје преимућство у знању о којем тужени треба да размисли. Ни препоруку туженог да се обрати специјалисти за ручну хирургију тужилац није хтео да следи зато што се ослонио на своје посебно искуство. У ствари, два медицинска експерта борила су се око тога који је медицински метод лечења био у конкретном случају подесан, при чему је тужилац до краја остао мишљења да ампутацију прста треба обавити. Што се тиче супротног медицинског схватања, овај суд сматра да није за осуду радња којом се лекару, од кога се тражи да поступи противно своме лекарском уверењу, гарантује искључење одговорности због оног што ће учинити.

6. Закључак

Медицински неиндикован хируршки захват у тело пацијента треба вредновати као правно недопустив чин. Ни упорно тражење пацијента да лекар такав захват изврши не мења његову противправну природу. Постављање индикације хируршког захвата мора чврсто стајати у рукама лекара, јер то му налажу правила медицинске науке и лекарске етике. Кратко речено, лекар треба да ради само оно што сматра да је исправно. Пацијент, као медицински лаик, није у стању да пристанком преузме на себе ризик неиндикованог хируршког захвата. Он може пуноважно да пристане само на оно што му лекар предложи или одобри јер, као што индикација не може да замени пацијентов пристанак, тако ни пристанак не може да замени индикацију. Обе те ствари представљају нужне услове допуштеног хируршког захвата у човеково тело о којима лекар мора да води рачуна. Недостатак једног од њих повлачи лекареву одговорност.

У начелу, одговорност лекара због неиндикованог хируршког захвата није могуће унапред искључити ни одговарајућим споразумом између њега и пацијента. Изузетак је могућ само кад се ради о пацијенту који има медицинско образовање и који, упркос лекаревом супротном мишљењу, чврсто верује да је хируршки захват који жели индикован. Пошто је и сам медицински стручњак, њему би ваљало допустити да споразумом са

лекаром преузме на себе ризик своје операције. Ако се доцније покаже да је његова процена индикације била погрешна, обављена операција има карактер објективне лекарске грешке, која се може уписати у кривицу пацијенту. Уколико пацијент пренебрегне властиту кривицу и затражи накнаду претрпљене штете, лекар се може бранити и приговором противречног поступања (*venire contra factum proprium*).

Литература

- Buchborn, E. (1993). Ärztlichen Standard – Entwicklung – Anwendung. *Medizinrecht*. 4. 328-333
- Bünthe, H. (1985). Grenzen der chirurgischen Indikation. *Medizinrecht*. 1. 20-32
- Deutsch, E., Spickhoff, A. (2008). *Medizinrecht*. 6. Auflage. Berlin – New York: Springer.
- Deutsch, E. (1983). Haftungsfreistellung von Arzt oder Klinik und Verzicht auf Aufklärung durch Unterschrift des Patienten. *Neue Juristische Wochenschrift*. 24. 1351-1354.
- Engisch, K. (1958). Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation. Jena.
- Katzenmeier, C. (2002). *Arzthaftung*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Larenz, K. (1989). *Allegemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*. 7. Auflage. München: Verlag Beck. C.H.
- Laufs, A., Uhlenbruck, W. (2002). *Handbuch des Arztrechts*. 3. Auflage. München : Verlag C.H. Beck.
- Laufs, A. (1999). Zur Freiheit des Arztberufs. *Festschrift für Erwin Deutsch, zum 70. Geburtstag*. Köln.
- Mertens, H.J. (1980). In *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3. Halbband. 2. § 823. München.
- Seidler, E. (1998). In Wienke, A., Lippert, H.D., Eisenmenger, W., (Hrsg.). *Die ärztliche Berufsausübung in den Grenzen der Qualitätssicherung*. Berlin, Heidelberg: Springer - Verlag.
- Taupitz, J. (1995) Das Berufsrisiko des Arztes : Entwicklung, Steuerung und Risikominimierung. *Medizinrecht*. 12. 475-482.
- Закон о облигационом односима. *Службени лист СФРЈ*. 29/1978, 39/1985, 45/1989 - *Одлука УСЈ* и 57/1989. *Службени лист СРЈ*. 31/1993 и *Службени лист СЦГ*. 1/2003 - Закон о правима пацијената. *Службени гласник РС*. 45/2013.

Закон о здравственој заштити. *Службени гласник РС*. 107/2005. 72/2009. 88/2010. 99/2010. 57/2011. 119/2012. 45/2013.

Грађански законик Савезне Републике Немачке (*Bürgerliches Gesetzbuch, ABGB*). Пресуда Савезног врховног суда Немачке од 12.8.1998, *Neue Juristische Wochenschrift*, 12/1999.

Пресуда Савезног врховног суда Немачке од 22.2.1978, *Neue Juristische Wochenschrift*, 24/1978.

Jakov Radišić, LL.D.
Full Professor (retired),
Faculty of Law, University of Kragujevac

Legal Qualification of a Medially Indicated Surgical Procedure Performed upon Patient's Insistence

Summary

In this paper, the author explores the relationship between the medical indications for surgery and the patient's right to self-determination, i.e. the right of a competent adult to make an informed decision about his/her medical treatment. In that context, the author points out to three practical questions. First, does the patient's right to self-determination imply the patient's participation in determining the medical indications for medical treatment, or is it only limited to the patient's authority to consent or not consent to the doctor's proposal? Second, can the patient's consent or insistence justify a surgery which is not medically indicated? Third, does the patient's right to self-determination imply that the patient assumes the risk associated with a surgery which is not medically indicated, thus excluding the doctor's professional responsibility (liability)?

Relying on the legal theory, legislative framework and judicial practice (case law), the author concludes that a surgery which is not medically indicated should be qualified as a wrongful act. The unlawful nature of this act cannot be excluded even by the patient's persistent demands to perform the surgery. The patient's right to self-determination implies only the possibility of accepting or refusing the medical treatment proposed by the doctor. The decision on the medical indication of a surgical procedure must be fully vested with the doctor, who is bound by the the rules of medical science and medical ethics. In other words, a doctor should act in compliance with what he/she considers to be proper. Otherwise, the doctor may be held liable for medical malpractice.

In principle, the doctor's liability for performing a surgery which is not medically indicated cannot be precluded by contracting a relevant doctor-patient agreement. The exception to this rule should be allowed only in cases when the patient is a medical expert who strongly believes that the medical intervention is medically indicated, in spite of the doctor's divergent opinion.

Keywords: medical indication, patient's consent to medical treatment, doctor's mistake, liability.

