„BIOLOŠKA OPORUKA“ U PRAVU OSOBNOSTI I MEDICINSKOM PRAVU (PRAVO OSOBNOSTI I TRGOVAČKO-ZDRAVSTVENI ASPEKTI)

*Prof. dr. sc. Aldo Radolović**

UDK: 347.426.4:342.721
https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.1.6
Ur.: 17. siječnja 2019.
Pr.: 12. veljače 2019.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Biološka oporuka nije oporuka u smislu nasljednog prava. To je anticipirana izjava (naredba) koju neka osoba daje u odnosu na njen medicinski tretman ako zapadne u stanje nesposobnosti za rasuđivanje. Ima, dakle, učinak za života te osobe. Isto tako to nije eutanazija ako se pod tim misli na umjetan, ljudskom odlukom određen prekid nečijega života. Ima, međutim, veze s eutanazijom ako se pod tim (a što je jedino pravilno) misli na „dobru, toplu i mirnu smrt“ ako do nje dođe tijekom medicinskoga tretmana u kojem ta osoba može pristajati, ali može i odbijati neki dijagnostički ili terapeutski postupak. Smrt nije primaran ni glavni cilj nego samo jedna od mogućih posljedica. Bitan je cilj dostojanstveno življenje i starenje. U radu su opisana stanja pravne regulacije u Italiji (koja je nedavno donijela poseban zakon) i u RH. Također su opisane mogućnosti i oblici primjene cijelog instituta.

***Ključne riječi**: pravo osobnosti; medicinsko pravo; prava osobnosti; raspolaganje pravima osobnosti; oporuka; biološka oporuka; anticipirane izjave i naredbe; anticipirana izjava o medicinskom tretmanu; oblici i mjesta primjene „biološke oporuke“.*

1. UVOD

Pravo je osobnosti sredinom 20. stoljeća u svijetu (a djelomice i kod nas) dobilo svoj pravi uzlet, da bi na kraju tog istog stoljeća (a sada već i u 21. stoljeću) došlo u ozbiljnu krizu.

Premda se kod nas spominje „prava ličnosti“ (kako su se ta prava tada nazivala) još 1958. godine,[1] prvi put je ovaj izraz u bivšoj SFRJ uveden 1978. godine u Zakonu

* Dr. sc. Aldo Radolović, sudac Ustavnog suda Republike Hrvatske i redoviti profesor u mirovini, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet; radolovic47@gmail.com.

1 Te je 1958. godine slovenski profesor Alojzij Finžgar u Zborniku znanstvenih rasprava, str. 59-83 objavio rad „Osebnostne pravice“ i to bi se moglo označiti kao početak učenja o pravu osobnosti na bivšem jugoslavenskom prostoru. Prof. Finžgar je pritom ipak bio gotovo isključivo u sferi javnog prava, što danas nije bitna osobina učenja o pravu osobnosti. Kasnije je

o obveznim odnosima. Opća, pa i stručno-znanstvena javnost gotovo se u čudu pitala što uopće znači ta do tada nepoznata „prava ličnosti“.

U Europi je, međutim, bio mnogo ranije poznat i razvijen, ali je svoj pravi *boom* doživio nakon Drugog svjetskog rata (kao pravna reakcija na grozote tog rata) i napose na valovima pokreta o „ljudskim pravima“ (osamdesete godine 20. stoljeća) gdje se učenje o „pravu osobnosti“ pojavljuje kao građanskopravna realizacija i dimenzija tih prava.[2]

Bivša Jugoslavija, mada je tijekom čitavog postojanja bila čvrsto u gabaritima ideologije socijalizma, objektivno je – u odnosu na ostale zemlje komunističkog bloka - ipak imala određenu samostalnost pa i samosvojnost i mogla si je dopustiti „luksuz“ impostacije učenja o pravu osobnosti.[3]

Samostalna Republika Hrvatska je 2005. godine donijela svoj, novi Zakon o obveznim odnosima i tu je regulacija prava osobnosti dosta proširena. Pobliže je navedeno koja prava osobnosti postoje (čl. 19. st. 2), prvi je put izravno rečeno da su i pravne osobe nositelji prava osobnosti (čl. 19. st. 1. i 3.), izjednačava se pojam „prava osobnosti“ i „neimovinske štete“ (čl. 1046.) što bitno proširuje polje primjene prava osobnosti i neimovinske štete, određuje se da se za neimovinsku štetu odgovara i kod povrede ugovora (čl. 346. st. 1.) i konačno, na crti zaštite prava osobnosti olakšava se i proširuje mogućnost prijenosa i nasljeđivanja prava na naknadu neimovinske štete (čl. 1105.).

Sociološka kretanja, međutim, i u svijetu i kod nas na početku 21. stoljeća ne pokazuju očekivani daljnji napredak na području prava osobnosti, čak bi mogli reći da je splasnula atmosfera optimizma iz osamdesetih godina prošlog stoljeća i da smo u stanju ozbiljnog zastoja za kojeg se možemo samo nadati da neće dugo potrajati.

Svijet je u krizi i to nije ambijent za primjenu prava osobnosti. Prvo, npr. strada važno pravo na privatnost koje je danas ugroženo do te mjere da se na trenutke čini kao da je nestalo (snima se radnik dok radi, snimaju se sudionici javnog prometa dok voze i dok plaćaju cestarinu, snima se sve i svašta, s dozvolom ili bez dozvole suda). Svatko svakoga „šamara“ i u općoj socijalnoj kakofoniji zaštita ljudskog dostojanstva postaje nemoguća. Dodamo li tome i to da je sudbeni sustav (napose kod nas) ostao gotovo potpuno nepripremljen za zaštitu prava osobnosti, prava slika zaštite prava osobnosti postaje dosta tmurna.

Jedan dio prava osobnosti ipak ne samo da opstaje nego čak doživljava svoje pravo proljeće, medicinsko pravo.

Tu su u razvijenom svijetu, barem načelno, neki grubi aspekti komercijalizacije

---

Finžgar objavio civilistički orijentirano djelo Osebnostne pravice, Ljubljana, 1985. i tu je autor potpuno na poziciji učenja o pravu osobnosti u okviru građanskog prava.

2 Pokret o ljudskim pravima je, nedvojbeno, „otvorio vrata“ učenju o pravu osobnosti, ali je ujedno bio nedostatan za učinkovitu realizaciju subjektivnih prava osobnosti koja samo mehanizmom građanskog prava (materijalnog i postupovnog) mogu biti ispunjenja.

3 Prvu i vodeću ulogu u tomu imao je beogradski profesor Mihajlo Konstantinović (profesor građanskog prava). On je bio francuski student i doktorand, koji je bio u bliskom doticaju s francuskim pravom (avangardnim u pravu osobnosti) i mogao je svojim znanjem (a i svojim autoritetom) „progurati“ makar i u vrlo ograničenom opsegu ono što je demokratski svijet razvijao pod pravom osobnosti.

zdravlja i medicine dosta pametno izbjegnuti (liječnici i medicinsko osoblje su dobro plaćeni, sustav socijalnog i privatnog osiguranja dobro je koordiniran , životni standard je veći pa dio tereta mogu preuzeti i sami pacijenti) što otvara doista nove mogućnosti razvoja. Uz to medicina ipak ostaje (barem većinom ili čak najvećim dijelom) „nedodirljiva“ i stoga je zaobilaze populistički nasrtaji koji beskrupulozno jurišaju na druga područja prava osobnosti. Tomu se može dodati i važna činjenica da se na području medicinskog prava nude rješenja koja i nositeljima medicinske djelatnosti u potpunosti odgovaraju.

Povijesni razvoj (pa i relativno kasna pojava prava osobnosti) dosta zorno pokazuju čudnu ironiju povijesti i povijesti čovjeka: čovjek je, naime, u razvoju svijeta sve (ili gotovo sve) „pokrio“ svijetom pravnih normi, samo je u tome zaboravio jedan „detalj“- sebe.

Svaki pokušaj da se to povijesno zaostajanje nekako ispravi nailazi, međutim, na prvi važan problem: Je li zaštita čovjeka (pojedinca) doista toliko važna da mu se organizira posebna pravna zaštita?

Negativni odgovori, oni u malo blažoj formi, polaze od toga da je to primarno stvar morala i da je tu pravna regulacija nepotrebna pa čak moguće i štetna. U svakom slučaju da pravo tu ništa dobrog ne može postići.

U čitavom je društvu i u čitavom je pravu moral važan društveni regulator. No, isto tako nigdje i nikad moral ne može „pokriti“ sve konfliktne socijalne situacije i određen prostor nužno ostaje „nepokriven odn. treba ga popuniti određenom pravnom regulacijom. Za pravo osobnosti i medicinsko pravo kao njegov važan dio ova je konstatacija vrlo važna, uključujući tu i pitanje biološke oporuke što je konkretni predmet ovog rada.

Druga grupa negativnih odgovora na pitanje smisla, domašaja i značaja prava osobnosti, ide u smjeru prava pravne malignosti i ukazuje na ideološke otpore prava osobnosti. Po tome ne treba pravno štititi pojedinca jer je pojedinac u društvu nebitan (bitan je kolektivitet, društvo, masa). Lako je locirati mjesta takvih prigovora (sva totalitarna društva), ali ni demokratska društva nisu bez deficita u tom pogledu.

Pravo biološke oporuke, koje ovdje predstavljamo, zalazi u najtananije pitanje čovjekove osobnosti - pravo na život, na miran i dostojanstven život, na mirnu i dostojanstvenu smrt.

Pravo na život (a i pravo na smrt kao jedan od izraza prava na život) i pravo na ljudsko dostojanstvo su „nosivi stupovi“ prava osobnosti, pa ako biološka oporuka dotiče ta pitanja samim je time postala dio prava osobnosti.

Priča o biološkoj oporuci nije nikakva nekrofilna priča,[4] nije glorifikacija puta prema smrti i same smrti, ona je, naprotiv, poziv na život u dostojanstvu od početka do kraja. Priča je, dakle, sasvim biofilna i kao takva (jedino kao takva) mora biti i postavljena.

4 Pojmove „biofilno“ i (tome suprotno) „nekrofilno“ preuzimamo od E. Fromma, Anatomija ljudske destruktivnosti, 1973. U tom smislu biofilno je ono što promiče i voli život, a nekrofilno je ono što veliča smrt.

2. BITNI TEORIJSKI POJMOVI I SMISAO „BIOLOŠKE OPORUKE“

Institut biološke oporuke je nov i u europskim i svjetskim razmjerima.

Svaki takav institut mora stoga biti predstavljen *ab ovo*, po prastarom metodološkom pravilu da stvari trebamo čak i karikirati da bi ih mogli pravilno razumjeti.

2.1. Opći pojam „biološke oporuke“

Uz uvijek mogući rizik pogrješke koju nosi svaka pojednostavljena definicija nekoga pojma, moramo istaći i neke prednosti ovakvog postupanja: time način opća (pa i stručna) javnost lakše shvaća nit problema.

U tom smislu „biološka oporuka“, po onome što je s tim u svezi do sada napisano i propisano, znači u biti sljedeće:

To je izjava volje kojom punoljetna i za rasuđivanje sposobna osoba određuje kakav medicinsko-zdravstveni tretman želi imati od trenutka kada izgubi sposobnost za rasuđivanje, a treći i sanitarne vlasti posebno su po tome dužni postupati.

Iz ovog možemo izdvojiti i naglasiti napose ova pitanja:

- osoba koja sastavlja „biološku oporuku“ mora biti punoljetna, pravno poslovno sposobna i sposobna za rasuđivanje;[5] otvoreno je pitanje da li to može sačiniti i osoba s navršenih 16 godina života (to kod nas može kod klasične nasljednopravne oporuke) odnosno što je s maloljetnicima i osobama lišenih ili ograničenih u poslovnoj sposobnosti) ako bi se to i dopustilo, dodatno je pitanje tko može u ime tih osoba izjavljivati „biološku oporuku“ - roditelj, zakonski zastupnik ili samo uz dozvolu suda?),
- „biološka oporuka“ je izjava volje i kao za svaku građanskopravno relevantnu izjavu volje i tu mora vrijediti temeljno pravilo građanskog prava da volja mora biti izjavljena „slobodno i ozbiljno“ (čl. 249. st. 3 ZOO RH),[6]
- gubitak sposobnosti za rasuđivanje (prirodne poslovne sposobnosti, mentalne sposobnosti) može biti definitivan ili samo privremen; u slučaju vraćanja te sposobnosti „oporučitelj“ može (ali i ne mora) mijenjati svoju „oporuku“,
- oblik (forma) „biološke oporuke“ može i treba slijediti strogost predviđenu za nasljednopravnu oporuku,[7] čak postoje i razlozi za višu razinu pravnog formalizma (radi se o raspolaganju pravima osobnosti),
- „biološka oporuka“, osim što je to, naravno, pravo, ne i obveza „oporučitelja“, sastavlja se u trenutku kada je ta osoba već očito (premda više ili manje mjeri) suočena s određenim zdravstvenim problemima ali (načelno i čak najčešće) ta osoba još nije

5 „Sposobnost za rasuđivanje“ možemo još zvati „mentalna sposobnost“ ili „prirodna poslovna sposobnost“ (za razliku od pravno-sudske poslovne sposobnosti).

6 U području prava osobnosti, zbog naravi ovih prava usko povezanih s osobom i osobnosti čovjeka, uvjeti valjanosti izjave volje moraju biti strože i detaljnije predviđeni.

7 No, ni tu predviđeni oblici oporuke nisu uvijek besprijekorni, a najveći je rizik svakako kod usmene poruke koja zapravo odlučuje zavisi li o savjesnosti svjedoka takve oporuke.

podvrgnuta sanitarnoj vlasti i stoga postojanje ugovora o liječenju[8] nije pretpostavka „biološke oporuke“ niti ona nužno prati ugovor o liječenju,

- koncept „biološke oporuke“ nije ostvariv ako sanitarne vlasti ne moraju postupati po toj izjavi i ako im ona (po naravi stvari) nije predstavljena; posljedično to otvara pitanje obvezatnog prihvaćanja ponude odnosno obvezatnog sklapanja ugovora,[9]

- „biološka oporuka“ nije nikakva oporuka (stoga i koristimo navodne znakove), ne radi se o oporuci u tradicionalnom građanskom (nasljednom) smislu te riječi, jer „biološka oporuka“, kako je danas općenito koncipirana, djeluje *inter vivos* (za života „oporučitelja“) a klasična nasljednopravna oporuka djeluje samo *mortis causa* (po smrti oporučitelja); treba zapravo uložiti važne napore u iznalaženju prikladnog naziva i čini se da bi najbliži suštini stvari bio naziv „anticipirani namet (ili izjava) za medicinsko postupanje“.[10]

2.2. Anticipirana izjava o medicinskom tretmanu (AIT) (ni)je eutanazija?

Najveći broj prigovora protiv „biološke oporuke“ svodi se na to da se radi o eutanaziji ili da barem „vuče“ na eutanaziju.

Pritom se, međutim, zanemaruje i gubi iz vida pravo i odlučujuće značenje riječi „eutanazija“, što ponekad ide čak i tako daleko da se eutanazija naziva „namjernim skraćivanjem života“.[11]

U tom smislu valja i doslovno i stvarno istaknuti da eutanazija znači „dobra, blaga smrt“ i podrazumijeva mjere koje vode tome.[12]

„Biološka oporuka“ ne dokida, ne prekida život nego ga u starosti i bolesti (samo) usmjerava u njegovu posljednju ili pretposljednju fazu.[13]

Sastavljač „biološke oporuke“ planira svoj život, zadnju fazu svog života pa tako i smrt. On želi tu fazu provesti dostojanstveno i po svom ukusu, ne određuje kada će i kako smrt nastupiti.

Stoga i autori koji inače o „biološkoj oporuci“ pišu pozitivno, griješe kada ju stavljaju isključivo u kontekst smrti.

---

8 Njemački Građanski zakonik (čl. 630a) izrijekom regulira ugovor o liječenju (*Behandlungsvertrag*) kao ugovor o djelu; u ovdje razmatranoj problematici to znači da „biološka oporuka“ nastaje neovisno o tomu je li već sklopljen ugovor o liječenju kao ugovor o djelu, ali se mora uočiti i priznati da će se u završnoj fazi ova dva ugovora najčešće spojiti. To će izostati ako se sadržaj „biološke oporuke“ ostvaruje izvan bolnice, ali to je ipak rjeđa situacija.

9 Čl. 248. ZOO RH.

10 Talijanska skraćenica može biti DAT (*Dicharazione anticipata del trattamento sanitario*), Hrvatska bi mogla biti AIT (*Anticipirana izjava o medicinskom tretmanu*).

11 To se, npr. navodi u hrvatskom Kodeksu medicinske etike, čl.4, st. 2 (Narodne novine, br. 129/95, 55 /08).

12 Riječ eutanazija doslovno znači „dobra, blaga smrt“. No to je još pred skoro 40 godina s pravom ukazao talijanski profesor Giusti, G., L`Eutanasia, Padova, CEDAM, 1982., str. 13.

13 Naravno, ljudi ponekad umiru i naprasno, naglo, nepredviđeno, čak protivno svim medicinskim predviđanjima. No, svjetske statistike ipak nedvojbeno potvrđuju da se ne samo živi duže, nego i da se pretežito umire od kroničnih bolesti koje dugo traju i koje se medicinski mogu kontrolirati.

U tom smislu, može se reći da napadi na biološku oporuku s pozicije napada na mogućnosti eutanazije nisu opravdani i da se na tomu ne može opravdano graditi protivljenje ovom novom pravnom institutu.

To ne znači da je konstrukcija biološke oporuke lišena baš svake rasprave. Tiče se to, npr. prirodne poslovne sposobnosti (sposobnosti za rasuđivanje, mentalne sposobnosti) koja je isključivo pitanje fakticiteta (postoji ili ne postoji bez nekoga sudskog ili drugoga formalnog akta). Ključan je problem možda u činjenici što (doslovno) nitko ne može reći da bi osoba koja je anticipirano izjavila da ne želi neki medicinski tretman (npr. operaciju bez koje više nema života) to isto htjela i da je mentalno sposobna u času kada treba obaviti taj zahvat.[14]

No, to su ipak pitanja provedbe instituta biološke oporuke i nemaju veze s općim problemima eutanazije.

2.3. AIT kao izraz (kojeg?) prava osobnosti

Izvan dvojbe je da je pravo osobnosti pravni okvir za impostaciju „biološke oporuke“ i da se bez toga ovaj institut ne može pravilno regulirati i provoditi. U tom su smislu u pitanju barem tri pojedinačna prava osobnosti koja zaokružuju razmotreni problem:

- pravo na život (koje uključuje i pravo na smrt),[15]
- pravo na slobodu (napose pravo na slobodu samostalnog odlučivanja o svom životu) i
- pravo na ljudsko dostojanstvo (ovo pravo starost i bolest - po naravi stvari i po ljudskom iskustvu - posebno se ugrožavaju).

To su, kako je općepoznato, manje-više i javna, ustavna također i međunarodna prava, ali im pravo osobnosti kao sastavni dio građanskoga prava (materijalnog i formalnog) jedino (ili barem pretežito) daje mogućnost neposredne i subjektivno kontrolirane pravne realizacije.

Živimo u vremenu kada ljudi žive sve duže, kada ima sve više starih pa i vrlo starih ljudi (ali kada i mladi mogu biti zahvaćeni teškim bolestima), kada sve statistike pokazuju da pretežu kronične nad akutnim bolestima kao neposredni uzroci smrti.

Sve to omogućuje, čak i zahtijeva, neko kontrolirano i planirano starenje, neko usmjeravanje zadnje ili predzadnje faze svog života. Prava osobnosti ne mogu se izgubiti ni umanjiti jer je čovjek star ili se približava starosti, naprotiv u toj fazi neka njegova prava osobnosti dobivaju dodatnu potrebu za njihovo puno i djelotvorno ostvarivanje.

Tamo gdje pravo osobnosti „šteka“ nema uvjeta za primjenu biološke oporuke. Nerazvijeno pravo osobnosti uvijek je pokazatelj nerazvijenosti društva.

---

14 U svakom je čovjeku ugrađen nekakav teško shvatljiv, ali jasno uočljiv „termostat života“ koji, kao želja da se živi (ponekad i pod svaku cijenu) održava ljudski život čak i onda kad se čini da je on nemoguć ili da nema smisla. Ovo objektivno nalaže oprez u konstrukciji „biološke oporuke“.

15 To je, naravno, u nekim dijelovima dosta sporno, napose u odnosu na pitanja eutanazije i prekida trudnoće. No, to ovdje nije predmet rasprave.

2.4. Neki sociološki-pravni učinci „biološke oporuke“

Višestruki su sociološko-pravni učinci „biološke oporuke“.

„Biološka oporuka“ u središnji položaj stavlja čovjeka kao pacijenta, on određuje „strategiju“ liječenja: hoće li se liječiti, hoće li se podvrći nekom dijagnostičkom ili terapijskom zahvatu ili će sve to ili nešto od toga odbiti. Tzv. „decisionalna autonomija“ je u njegovim rukama i bilo kakva posljedica (uključujući i onu smrtnu) nije više u odgovornosti liječnika, ni penalnoj ni civilnoj.

Odgovornost liječnika prebacuje se isključivo na profesionalno područje: on mora raditi *lege artis* u okviru „strategije“ dobivene od pacijenata.

Sadrži li, npr. „biološka oporuka“ neke objektivno iznadprosječne zahtjeve, liječnik ih ne mora poštovati jer ga taj dio „biološke oporuke“ ne može obvezivati.

Liječniku ostaje i pravo na prigovor savjesti, ali zdravstveno-sanitarna ustanova ne može imati pravo na prigovor savjesti.

Postupanja po željama pacijenata bilo je i ranije, čak i takvih da je to imalo za posljedicu smrt pacijenata koja su inače (i bar u tom trenutku) mogla izbjeći: sada se situacija mijenja utoliko što je uređeno propisom, što to onda pravno jasno ekskulpira liječnika (prije mu je prijetila puna odgovornost). Stoga liječničkoj struci odgovara uvođenje „biološke oporuke“.

Neki drugi sociološki učinci „biološke oporuke“ idu čak i do nekih bizarnih morbidnosti kao što su npr. tvrdnje da društvena zajednica ima manje troškova (valjda jer ljudi „brže“ umiru) ili da, obrnuto, mnogi od takvih pacijenata čak žive duže jer su si regulirali starost i kraj života, pa mirno i bez stresa čekaju „zadnji poziv“.

Zagovaratelji „biološke oporuke“, čini se, ipak ponekad u svom nekritičkom zanosu pretjeruju kada ovaj institut (od njegova početka do kraja) prikazuju kao potpuno besplatni pravni posao. To će doista ići teško, jer pretežiti dio sastavljača „biološke oporuke“ završi u bolnicama (ili nekoj srodnoj sanitarnoj ustanovi). Tu se zapravo i realizira smisao biološke oporuke i pritom valja imati na umu da je svaki ugovor o liječenju naplatan pravni posao (bez obzira na to plaća li se račun socijalno ili sam čovjek).

Otvoreno je, konačno, i pitanje je li moguće sastaviti „biološku oporuku“ u stanju bilo kakve bolesti, čak i pri zdravom stanju. Čini se da opća kretanja idu u smjeru da bi to trebalo biti moguće samo za teže bolesti, pri čemu postoji opći rizik relativnosti ovih pojmova (napose u uvjetima kada medicina silno napreduje, pa nešto što je jučer bila smrtna bolest sada postaje obična kronična bolest koja se uspješno liječi medikamentima). Takva orijentacija vodi u smjeru eutanazije, a potencijalno jače dovodi u pitanje valjanost izjave biološke oporuke (ako je već nastalo ili se bar imanentno stanje ozbiljne bolesti pretpostavka toga).

2.5. (Važna) uloga zastupnika („povjerenika“) u realizaciji sadržaja „biološke oporuke“

Iz opisanih, bitnih kontura sadržaja „biološke oporuke“ vidljivo je da se ona faktički otvaranje u stadiju u kojem sastavljač takve „oporuke“ nije više sposoban za rasuđivanje i ne može sam ništa određivati.

Nužna je stoga ovdje interpolacija neke treće osobe koja u ime pacijenta komunicira s liječnikom, odnosno s bilo kojom angažiranom zdravstvenom ustanovom.

Posebno je tu važan problem što ta osoba u takvoj fazi donosi odluke i općenito određuje pravila ponašanja koja se tiču zdravlja pa čak i prestanka života pacijenata. Treća osoba, doduše, samo slijedi ono što je pacijent odredio u „biološkoj oporuci“, ali i to su vrlo važne odluke.

Takvu osobu mora izabrati pacijent (sastavljač „biološke oporuke“), potpuno slobodno. Po naravi stvari se razumije da ta određena osoba mora na to pristati.

Ovakva odluka pacijenata mora biti opoziva, baš kao što je opoziva i čitava „biološka oporuka“, jasno pod uvjetom da sastavljač „biološke oporuke“ ima sačuvanu (ili barem privremeno vraćenu sposobnost za rasuđivanje).

Tako se određena osoba može nazvati „zastupnikom“, može i „punomoćnikom“ ali se čini da bi najprikladniji izraz bio „povjerenik“ („fiduciario“ u Italiji). Prva dva izraza zvuče previše imovinski i možda je zato ovaj treći (povjerenik) doista najadekvatniji.

Odnos sastavljača „biološke oporuke“ i njegova povjerenika je *par exellance* odnos povjerenja, gotovo školski primjer pravnog posla *intuitu personae*.

Nekako se po naravi stvari čini da bi to trebao biti i besplatan pravni posao, ali ne treba unaprijed zatvoriti mogućnost da i naplatan (npr. ako se za povjerenika određuje odvjetnik).

2.6. Bitne pravne karakteristike „biološke oporuke“ (DAT u Italiji, AIT po našem prijedlogu za RH)

Iz do sada navedenog možemo deducirati sljedeće bitne karakteristike pojma kojeg se već općenito kolokvijalno naziva „biološka oporuka“ a stvarno je to „anticipirana izjava o medicinsko-sanitarnom tretmanu“:

- to je izjava volje u punom građanskopravnom smislu ove riječi
- to je strogo osobna izjava volje (može je redigirati i netko treći, ali samo po diktatu sastavljača)
- ona je uvijek opoziva (revokabilna) izjava volje, jasno uz uvjet da je osoba u trenutku opoziva sposobna za rasuđivanje i
- to je strogo formalna izjava volje, gdje je forma (oblik) „oporuke“ propisana zakonom i služi kao jamstvo toga da je prikazani sadržaj stvarno izraz volje osobe koja je dala takvu izjavu.

Nije teško zamijetiti da su ovo inače i opće karakteristike oporuke iz nasljednog, građanskog (imovinskog) prava.

Time se pokazuje (vrlo zorno!) ne samo srodnost nego i puno jedinstvo građanskog imovinskog i građanskoga neimovinskog prava (prava osobnosti).

No, na ovom mjestu u odnosu na „biološku oporuku“ valja istaknuti i nekoliko razlika između ova dva dijela građanskog prava:

- nasljednopravna oporuka uvijek djeluje *mortis causa* (tj. po smrti sastavljača), a „biološka oporuka“ djeluje *inter vivos* (tj. dok je on još živ, ali je u stanju nesposobnosti za rasuđivanje),
- predmet raspolaganja je u nasljednopravnoj oporuci, barem pretežno (ako

ne baš i uvijek), imovina, a kod biološke oporuke su to neimovinska prava, tj. prava osobnosti (nema, međutim, načelnih zapreka da i nasljednopravna oporuka ima neki neimovinski dodatak, baš kao što i „biološka oporuka“ može npr. odrediti da se nešto plati povjereniku) i

- „biološka oporuka“ se realizira uz nužno sudjelovanje trećeg (sanitarne vlasti u pravilu) kojeg valja prikladnim putem upozoriti na postojanje takve izjave volje, a tom trećem je „biološka oporuka“ obvezujući pravni dokument (obvezatno prihvaćanje ponude, obvezatno zaključivanje ugovora, nalog kojeg valja ispuniti bez obzira što inače u građanskom imovinskom pravu važi dodatak da se nalog može dodavati samo besplatnom pravnom poslu).

2.7. Mjesto ostvarenja „biološke oporuke“

U ovom smo radu već izrazili sumnju u pretjerani zanos i optimizam pristalica „biološke oporuke“ da će sve s tim u svezi s tim ići besplatno i bez posebnih troškova. Socijalno (zdravstveno) osiguranje može pokrivati dio toga, ali je ono i inače vrlo ograničeno.

Slično se može reći i za tijela socijalne skrbi i socijalne zaštite koja raspolažu još manjim mogućnostima.

Ostaje treće rješenje – komercijalizacija prava i obveza iz „biološke oporuke“. Nad tim se uistinu ne treba zgražati jer je to objektivna realnost i ne mora, barem ne uvijek, davati negativne rezultate. Pritom se otvaraju različiti modaliteti: da je obveznik iz „biološke oporuke“ (koji od pacijenta izravno naplaćuje svoje usluge) bolnica (javna ili privatna), je posebna zdravstvena ustanova (opet državna ili privatna), a nema načelnih razloga da to nije i privatna osoba koja se obrtimice bavi davanjem takvih usluga.

Ljudski gledano najbolje bi bilo da se sadržaj i smisao „biološke oporuke“ ostvaruje u obitelji njenog sastavljača. Velikih obitelji, međutim, više nema, a u ovim malim, sa svega nekoliko članova, sve je teže naći onoga koji je spreman pomoći ostarjelom ili oboljelom članu (ponekad to ni stvarno ne može jer radi, jer je odsutan ili je već i sam opterećen godinama života i boleštinama).

3. REGULACIJA „BIOLOŠKE OPORUKE“ U PRAVU REPUBLIKE ITALIJE

Republika Italija krajem 2017. godine, nakon duge i polemične rasprave (i višestrukih odgoda) donijela je Zakon o biotestamentu koji je stupio na snagu 31. siječnja 2018.[16]

Način i proces donošenja ovoga zakona odražavaju sva bitna pitanja koja se i inače postavljaju oko biološke oporuke. Javnost, i opća i stručno-znanstvena, ostala je, međutim, podijeljena i nakon donošenja zakona.[17]

16 Italija se time pridružila većem broju razvijenijih zemalja Europe i svijeta koji već imaju (premda dosta različitu) regulaciju „biološke oporuke“. Sami Talijani su rekli da dosta kasne, ali je to ujedno omogućilo dobro korištenje tuđih iskustava.

17 Nakon objave Zakona, tadašnji je premijer Gentiloni (socijaldemokrat) izjavio da je donošenje

Talijanska literatura odmah je ocijenila da Italija već kasni u odnosu na druge razvijene zemlje Zapada, kao i da se donošenjem zakona u biti samo potvrđuje praksa koja se već godinama razvijala i koja sada (samo) dobiva puno pravo javnosti.[18]

Vrlo je zanimljiva nomotehnička strana donesenog Zakona. On sadrži (rekli bi) „svega“ osam članaka, ali nije ni kvantitativno baš toliko karentan (kratak) jer svaki članak sadrži više stavaka, neki čak i do deset.

Kompletna rasprava koja je prethodila donošenju zakona bila je jako opterećena prigovorom da je riječ o prikrivenoj eutanaziji i da je previše usmjerena na smrt čovjeka, što ne spada u pravnu nego etičku (moralnu) sferu čovjekova života.[19]

Italija je zemlja s vrlo starom populacijom koja je istodobno opterećena sve brojnijim i dužim kroničnim bolestima. Nagle, brze i trenutačne smrti postale su jaka iznimka. To otvara mogućnosti i potrebu planiranja, kontrole i usmjeravanja završne faze čovjekova života.[20]

Gotovo je jednodušan stav talijanske pravne teorije da je „biološka oporuka“ (*biotestamento*) samo kolokvijalan, popularan naziv za pojam koji se krije pod tim nazivom i da treba govoriti o „*anticipiranoj izjavi o medicinskom tretmanu*“ (*Dichiarazione anticipata di trattamento* - DAT).

Ponovno ističemo da talijanski zakoni ni inače nemaju svoj poseban naziv a međusobno se razlikuju po broju i godini donošenja. Javnost ipak govori o Zakonu o biotestamentu.

Vrlo je zanimljivo naglasiti bitne dijelove toga Zakona:

- ustavne osnove donošenja Zakona - čl. 2, 13. i 32. Ustava Republike Italije, ali i čl. 1., 2. i 3. Europske Konvencije o ljudskim pravima (pravo na život, zdravlje, dostojanstvo i slobodu odlučivanja),
- DAT se svodi na odnos čovjeka kao pacijenta i liječnika, odnosno zdravstvene ustanove,
- informirani pristanak (*consenso informato*) je uvijek (osim za slučajeve kada poseban zakon predviđa iznimku) prvi i glavni uvjet za pripremu i sastavljanje DAT-a i Zakon (čl. 4. st. 3) daje bliži opis nužnog sadržaja takva pristanka (liječnička informacija na koju pacijent pristaje mora biti kompletna, ažurirana i pacijentu osobno razumljiva),

Zakona važan korak unaprijed u zaštiti dostojanstva ljudske osobe i jedan važan civilizacijski izbor. Predsjednica Parlamenta Boldini (također iz socijaldemokratske stranke) je tomu dodala da će starije i bolesne osobe biti manje napuštene u dramatičnim trenutcima života. No, A. Gambino (katolik), predsjednik Znanosti i života naveo je da je to teška politička i kulturna pogrješka, jedan pravi sumrak razuma, s izvjesnim teškim socijalnim posljedicama. Za Zakon su inače glasale lijeve stranke (a nova 5 zvijezda - *Cinque stelle* koja je tada bila u opoziciji, a sada je na vlasti). *Forza Italia* S. Berlusconija (sljednica bivše Demokršćanske stranke) ostavila je svojim zastupnicima glasovanje po savjesti (većina je podržala zakon), a protiv su bili samo zastupnici krajnje desnice (*Lega nord* i neke manje centrističke stranke).

18 No, to je tada bilo ili *praeter legem* ili čak *contra legem* Zanimljivo je da je slična situacija postojala i u drugim zemljama prije nego su ove regulirale „biološku oporuku“.

19 Talijanska Katolička Crkva je na početku čak davala tihu potporu Zakonu, uz zahtjev da ne ide u pravcu eutanazije. Na kraju Zakon napada, što znači da je ili Crkva promijenila mišljenje ili je Zakon ipak išao previše u sporan problem eutanazije.

20 Casonato, C., Commentario della legge n. 219/2017, Milano, Giulfre, 2018., str. 1-20.

- odnos pacijent-liječnik mora se zasnivati na načelima suradnje i povjerenja i u tomu se moraju susretati decizionalna autonomija pacijenta i visoka profesionalna kompetencija liječnika koje ne smiju biti u međusobnoj suprotnosti,
- uvjet za valjano sastavljanje DAT-a je djelatna sposobnost (*capacita' di agire*),
- DAT je uvijek opoziv (čak i ako je već započela primjena mjere određene u izjavi),
- liječnik mora poštovati volju pacijenata izraženu u DAT-u, ali ne ako traži prekomjernu medicinsku zaštitu (čl. 1. st. 6.),
- antidolorična terapija uvijek se podrazumijeva i u DAT-u se pacijent toga ne može odreći (čl. 2. st. 1.),
- ako je smrt pacijenata imanentna (očito je da će skoro nastupiti) liječnik nema pravo produžavati život takvog pacijenta (čl.2. st. 2.),
- pacijent koji više nije djelatno sposoban predstavlja treća osoba koju Zakon različito naziva „*amministratore di sostegno*“ (čl. 2. st. 4.), „*rappresentante*“ (čl. 2. st. 5.) kao i „*fiduciario*“ (čl. 6. st. 2), tj. pomoćnik, predstavnik i povjerenik,
- ni u kojoj fazi liječnik nema pravo na „forsiranje“ liječenja (*accamimento terapeutico*), ni ako bi to moglo biti dobro za pacijenta (čl. 3., čl. 5.); uvijek je dužan i ovlašten davati pacijentu antidoloričnu terapiju bez obzira na to želi li ju ili ne,
- liječnik ima pravo na prigovor savjesti (čl. 4.), što znači da može odbiti ne provoditi mjere koje je pacijent u DAT-u zabranio (i udaljiti se od pacijenta ali bolnica nema pravo na prigovor savjesti, čak i ako je u pitanju katolička bolnica),
- DAT mora biti redigiran u pisanoj formi, uvijek je opoziv i izmjenjiv (jasno ako je sačuvana djelatna sposobnost); iznimno u stanju krajnje nužde (*emergenza*) vrijedi i usmena izjava (st. 6. čl. 2.),
- sve DAT izjave pohranjuju se kod određene javne vlasti i dostupne su zdravstveno-sanitarnim ustanovama,
- DAT nije obveza nego pravo svakoga punoljetnog čovjeka (iznimno i maloljetnog) koji je djelatno sposoban, a još se dodaje da mora imati i sposobnost za rasuđivanje (*capacita di intendere e di volere*) kao i sposobnost razumnog predviđanja buduće nesposobnosti za rasuđivanje (nakon dobivenog liječničkog izvješća o stanju zdravlja i bolesti (st. 1. čl. 2.),
- Zakon za svoju provedbu ne predviđa posebno i daljnje opterećenje javnih financija i
- Ministarstvo zdravlja nadzire provedbu Zakona i svake godine do 30. travnja mora o tomu izvijestiti oba doma Parlamenta (čl. 8.).

Opća i stručno-znanstvena javnost podržale su, ponajviše, donošenje ovoga Zakona i sadržaja koji je objavljen.

No, ističu se i njegove određene slabije točke.

Ostaje, kaže se, temeljna sjena (dubioza) bi li pacijent u stanju nesposobnosti za rasuđivanje stvarno želio ono što je prethodno izjavio u DAT-u ili bi od toga odustao, a sada to više ne može reći.[21]

Isto tako da pod sumnju stavlja stvarnu spremnost talijanskih liječnika da s pacijentom dogovaraju način liječenja, bez obzira na to što liječnicima DAT inače odgovara jer ih oslobađa penalne i civilne odgovornosti, ako su postupali po zahtjevima pacijenta izraženih u DAT-u.[22]

I. Zambottolo[23] naglašava da Zakonom bolest i smrt dobivaju svoj ljudski i prirodni oblik (str. 11), da središnja osoba čitavog sanitarnog tretmana postaje pacijent i da on konačno postaje subjekt liječenja (str. 12), da su DAT i eutanazija različiti pojmovi jer da DAT nema za glavni i poseban cilj smrt pacijenta, a da eutanazija ide primarno i ciljano baš na to (str. 26.) i da DAT dokida staru, ali još uvijek postojeću religijsku dogmu da su bol i žrtva uvjet spasenja i da ih u tom smislu valja tolerirati pa čak i prihvaćati (str. 30).

Čini se da se Zakonu mogu uputiti i neke dodatne primjedbe:

- svodi li se DAT isključivo na odnos pacijent-liječnik (što ako, npr. pacijent uopće ne želi u bolnicu?!) i
- vezivanje DAT-a za prethodno dobivenu informaciju o stanju zdravlja, odnosno bolesti može omogućiti (čini se) netočnu interpretaciju da je takva informacija uvjet za sastavljanje DAT-a, odnosno da bez toga DAT nije valjan.

4. MOGUĆNOST „BIOLOŠKE OPORUKE“ U HRVATSKOM PRAVU

Uvodno je istaknuto da je pojam „biološke oporuke“ nov u svijetu što implicira zaključak da se to odnosi i na stanje kod nas (u RH). Zapravo, kod nas bilježimo tek početak ovoga pravnog fenomena, njegove prve „znakove života“. „Biološka oporuka“ svakako je sastavni dio šireg pojma koji nam dolazi pod nazivom „anticipirane izjave“ ili „anticipirane“ naredbe.

O tomu u hrvatskom pravu postoji više respektabilnih znanstvenih radova,[24] a pojava se prenosi i prema svijetu prakse.[25]

21 Piciocchi, C., Dichiarazioni anticipate di trattamento: dare „forma al vuoto“ in attesa di una legge, Rivista AIC 2/2016 i 29/05/2016, str. 11.

22 Casonato, C., op. cit. str. 18.

23 Zambottolo, I., Le disposizioni anticipate di trattamento: dal dibattito culturale alla legge n. 219/2017, Trento 2018.

24 Vidjeti o tome: Hrstić, D., Anticipirano odlučivanje pacijenata, Zagrebačka pravna revija, elektronički časopis poslijediplomskih studija Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2016.; Milas-Klarić, I., Anticipirane naredbe, Hrestomatija hrvatskog obiteljskog prava, Zagreb, 2010. Izjave za slučaj nesposobnosti u: Hrvatska pravna revija, Zagreb, 2010. Zanimljivo je da obje autorice (kao mogućnost) navode i naziv „oporuka s učincima za život“. Čini se da taj put razmišljanja ipak valja napustiti s obzirom na čvrstu percepciju oporuke kao posla s učinkom *mortis causa* pa bi „oporuka s učinkom za života“ djelovala kao teško prihvatljiv pravni i jezični oksimoron (npr. nešto kao „zimsko ljetovanje“).

25 Godine 2012. održana je u Zagrebu, u organizaciji Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba, tribina posvećena anticipiranim naredbama pod nazivom: Anticipirane

Svakako je točna konstatacija da na tom planu ne samo da općenito zaostajemo za Europom nego slabašnom, nedostatnom i fragmentarnom regulacijom ne ispunjavamo ni obveze iz međunarodnih izvora koje smo preuzeli i ratificirali.[26]

Činjenica je, međutim, da pravne regulacije onog što spada pod kolokvijalan pojam „biološke oporuke“ mi uopće nemamo.

Propisi o zdravstvenoj zaštiti i zaštiti pacijenata tradicionalno govore o tomu da će liječnik poštovati želje pacijenata, ali to je, prvo, stadij u kojem pacijent ima zadržanu sposobnost rasuđivanja i odlučivanja (kod „biološke oporuke odlučujuće je stanje kada on tu sposobnost izgubi) i, drugo, poštovanje želje pacijenta nema razinu subjektivnog (i pravno zaštićenog) prava pacijenta.

Prvi put se o anticipiranim naredbama (i to u općenitom smislu ove riječi) govori o Obiteljskom zakonu iz 2014., ali najviše u dijelu vezanom za lišavanje poslovne sposobnosti i određivanje štićenika.

Zapravo, nešto što ide prema „biološkoj oporuci“ (u smislu koji je predmet ovog rada) nalazimo u čl. 260. st. 2 ovog Obiteljskog zakona. Tu se navodi da štićenik može anticipirano odlučiti o pet pitanja među kojima su (peto po redu) i „mjere za održavanje života“.

Neki dijelovi opće javnosti u tome vide „zeleno svjetlo“ čak za eutanaziju gdje (eto!) samo treba skoknuti do javnog bilježnika i pribaviti ispravu o tome.

Takav je zaključak višestruko netočan.

Prvo, propis govori samo o štićeništvu. Nije svaki pacijent nesposoban za rasuđivanje ujedno i štićenik u smislu obiteljskog prava. Štićeništvo je pravni odnos koji se zasniva odlukom javne vlasti i ne mora svaki bolesnik odnosno svaka bolest završiti postavljanjem skrbnika. Uostalom, čovjek može „biološku oporuku“ izjaviti (sastaviti) u stanju gdje još nema nikakve, napose ne teže bolesti.

Drugo, u rečenom propisu (čl. 260. st. 2 t. 5. Obiteljskog zakona) govori se o anticipiranom odlučivanju o „održavanju života“. Istina, neka (ali dosta nategnuta) interpretacija mogla bi izjednačavati „održavanje“ i „završavanje“ života (u smislu da je i ovo bitno jednako održavanju života), ali bi u našem pravu to išlo vrlo teško jer nemamo potpuno izgrađen stav je li kod nas eutanazija dopuštena ili nije, a nemamo ni jedinstveni stav o tomu što je to uopće eutanazija.

Pojava da se „biološka oporuka“ nalazi ambijentirana u propis koji regulira obiteljske odnose, ma koliko u našem pravu samo djelomično i nedostatno, nije inače sama po sebi promašena pravna orijentacija jer su obitelj i svi odnosi povezani s obitelji mogu biti vrlo zahvalan okvir za primjenu „biološke oporuke“.

No, svakako valja reći (i priznati) da je pravo mjesto regulacije „biološke oporuke“ propis koji regulira odnose liječnika i pacijenta, napose s obzirom na bitnu činjenicu da se sadržaj „biološke oporuke“ najčešće realizira u bolnici, odnosno u zdravstvenoj ustanovi uopće.[27]

punomoći i naredbe - kako dobru praksu iz EU-a uvesti u pravni sustav RH.

26 Tako i Hrstić, D., op.cit. No, a to se vidi i iz opisanog primjera Italije, ni ustavno pravo ni međunarodni (ratificirani) ugovori, pa čak ni propisi građanskog prava (uključujući i građanske zakonike tamo gdje su donijeti) nisu dostatni za punu i pravu impostaciju „biološke oporuke“.

27 Države koje slijede ovakav (u osnovi, dakle) pravilan put ipak griješe kada se u odnosnim propisima obraćaju samo i isključivo na odnos pacijenta i liječnika. Polje izvršavanja „biološke

Druga je mogućnost da se (kao što je u ovom radu prikazani slučaj u Italiji) o tomu donosi poseban propis, no uvijek iz okvira osobnosti i medicinskog prava kao sastavnog dijela prava osobnosti.

Da bi u RH istinski zaživjela „biološka oporuka“ (Anticipirana izjava o zdravstvenom tretmanu – AIT kako bismo to mogli nazvati) moraju se, međutim, prethodno ispuniti neke važne sociološke i sociološke-pravne pretpostavke jer se u protivnom bit „biološke oporuke“ neće razumjeti ili će se samo površno i relativizirajuće prihvatiti.[28]

Te su pretpostavke napose sljedeće:

- osnažiti i u punoj mjeri razviti pojam „informiranog pristanka“[29]
- na jednaki način afirmirati pojam slobodnog izbora bolnice i (posebno!) slobodnog izbora liječnika[30] i
- uvesti sustavnu i punu pravnu kontrolu čiji središnji nositelj mora biti sudac.[31]

Hrvatsko zdravstvo pati, osim toga, i od mnogih sustavnih poteškoća koje otežavaju usvajanje novih vrijednosti koje nudi institut „biološke oporuke“ (previše državnih bolnica, previše nemedicinskog osoblja u njima, veliki i ne baš uvijek opravdani financijski gubici, posve neriješen odnos s privatnim zdravstvom, loše upravljanje u državnim bolnicama itd.).

---

oporuke“ je ipak šire i kako je u ovom radu već navedeno - odnosi se (osim na bolnicu i druge zdravstvene ustanove) još i na obitelj, a također i na druge oblike privatnopravne organizacije brige o životu, starosti, bolesti i smrti čovjeka.

28 Prof. Niko Zurak, liječnik, s pravom navodi na opasnost relativizacije lijepih pojmova iz medicinskog prava kao što je npr. pojam priziva savjesti u: Medicinska etika, Zagreb 2007., str. 27. Relativizacija postoji ako liječnik (dok radi u državnoj bolnici) odbija vršiti prekid trudnoće ali to (bez grižnje savjesti) izvrši poslijepodne u privatnoj ambulanti ili pak kad pozivanje na prigovor savjesti služi samo tome da se ne radi (bez gubitka plaće, naravno). Normativno je, međutim, priziv savjesti pravilno uređen (čl. 20. Zakona o liječništvu, Narodne novine, br. 121/03, 117/08).

29 U Zakonu o zaštiti prava pacijenata (Narodne novine, br. 169/04, 37/08) je čak vrlo iscrpno regulirano pravo pacijenata na informiranost o tijeku liječenja, ali praksa najčešće ide u obrnutom smjeru (u uporabi na tiskanice koje pacijent samo potpisuje, ponekad i tek neposredno prije operacije). Kod „biološke oporuke“, po pravnoj naravi ove izjave, zahtijeva se viši stupanj razgovora, informiranosti i pristanka.

30 I ta prava, normativno, pacijent u RH ima (čl. 4. Zakona o zdravstvenoj zaštiti, Narodne novine, br. 12/1991, 150/08, sada u fazi donošenja odnosno i primjene novog zakona). Prava funkcioniraju na razini primarne zdravstvene zaštite, dok na razini biološkog liječenja praktički uopće ne postoje.

31 Povijest medicine i medicinskog prava pokazuje dug, stalan i čvrst zazor medicinskih djelatnika od svakog zahvata iz svijeta prava i propisa. Međutim, isti proces povijesti pokazuje da je interpolacija prava u djelatnost medicine dosta pomogla i samoj medicini (koja se poboljšavala zbog prethodno dobivenih pravnih sankcija).

Kratka povijest „biološke oporuke“, štoviše, pokazuje da medicini propis o tome odgovara jer liječnika (koji je postupio po anticipiranoj izjavi pacijenta) oslobađa civilne i penalne odgovornosti ako dođe do pogoršanja zdravlja ili smrti pacijenta. To je dobar put da poštovanje „biološke oporuke“ od strane liječnika i ostaloga medicinskog osoblja u bolnicama i ostalim zdravstvenim ustanovama postane *opinio necessitatis* ove struke i u pitanjima koje donosi ovaj novi medicinsko-pravni institut.

Spada u tradicionalnu boljku „normativnog optimizma“ ako mislimo da ćemo sve riješiti samo donošenjem novog zakona o odnosima liječnika i pacijenta. Upravo obrnuto - treba prvo otkloniti stvarne zapreke a onda na „preoran prostor“ primijeniti nove propise o „biološkoj oporuci“.

5. MOGUĆNOST I PRETPOSTAVKE KOMERCIJALIZACIJE „BIOLOŠKE OPORUKE“

U povijesti prava osobnosti (napose krajem 19. stoljeća) nastupa fenomen koji se može nazvati „komercijalizacija prava osobnosti“.

Neke posebne karakteristike ljudske osobnosti (glas, stas, talent, vještina) iznenada postaju svojstva kojima se ne samo individualizira svaki čovjek nego se stvaraju i do tada neslućene mogućnosti zarade (film, sport, umjetnost, znanost).

To „otuđivanje prava osobnosti“, tih, kako se tada govorilo, „neotuđivih prava čovjeka“ djelovalo je vrlo iznenađujuće, u nekim aspektima čak šokirajuće i tek negdje sredinom 20. stoljeća to postaje „normalna pojava“.

Vezano za „biološku oporuku“ može se reći da čovjek tu, doduše, ništa ne „otuđuje“ u navedenom smislu ali prenosi na trećeg izvršavanje i zaštitu važnih prava osobnosti (života, zdravlja, dostojanstva, slobode). To je onda isto neki oblik „otuđivanja prava osobnosti“ odnosno raspolaganja pravima osobnosti.

Taj treći može to činiti *gratis* (besplatno) i to je onda u sferi moralnih (naravnih, prirodnih) obveza pa za konstrukciju „biološke oporuke“, budući da je samo iznimna pojava, to nije previše važno.

Sasvim je izvjesno da će ta treća osoba brige o zaštiti tuđe osobnosti (koje nisu male) u pravilu činiti naplatno i tu načelno nije pravno ništa suspektno.

Pitanje je samo oblika i načina organizacije ovakvih situacija. „Biološkoj oporuci“, po naravi stvari (a tako je, uostalom, i kod nasljednopravne oporuke) gravitiraju ostarjele, bolesne i onemoćale osobe (*fasce deboli* kako kažu u Italiji). Njihova prava osobnosti (na život, zdravlje, dostojanstvo i slobodu) već su samim time povećano ugrožena a njihova moć samozaštite je sve slabija.

Najčešći ambijent zaštite ovakvih osoba je bolnica, odnosno zdravstvene ustanove općenito.

Bolnice su, ili državne, ili privatne, ali mogu na isti način štititi interese onemoćalih osoba kroz institut „biološke oporuke“.

Državne bolnice moraju postojati jer država time ostvaruje svoju ustavnu zadaću zaštite zdravlja građana (čl. 3. Ustava RH).

Državna bolnica je u vlasništvu države (središnje ili regionalne, sasvim svejedno), u pravilu su organizirane kao ustanove (s većim naglaskom na elemente socijalnosti), što, međutim, ne znači da je svaka profitabilnost isključena.

Privatna bolnica postoji samo uz dogovor njenih vlasnika i slijedi temeljnu logiku svakoga trgovačkog društva (profit kao cilj), no uvijek uz izvjesnu korekciju pravom ustanova[32] i, naravno, uz poštovanje stručno-profesionalnih kriterija koji vrijede za državne bolnice.

Iza bolnica dolaze domovi za starije i nemoćne osobe. I oni mogu biti državni i

privatni, uz iste ili slične uvjete koji načelno važe za bolnice.

Na treće bi mjesto naveli trgovačka društva koji se obrtimice bave isključivo zaštitom onemoćalih osoba.

Pojam trgovačke (zapravo-gospodarske) djelatnosti u propisima trgovačkog prava i zakonima o trgovačkim društvima nije u pravilu nikada zatvoren krug i načelno predmetom djelatnosti trgovačkog društva može biti sve što nije zabranjeno.

Čini se da ovo posebno pogoduje oblasti ugostiteljstva i turizma gdje posebni propisi kao zaseban oblik turizma poznaje i zdravstveni turizam, ali i svaki drugi oblik turizma kojim se pruža usluga korisniku turističke djelatnosti.[32]

Troškove smještaja bolesnih osoba u bolnicama snosi država odnosno njeno socijalno (zdravstveno) osiguranje. U novije se vrijeme tu uvode razni oblici participiranja građana („dodatno“, „dopunsko“ osiguranje).[33]

Kod privatnih bolnica način financiranja smještaja i boravka u bolnici može biti dvojak: da i to ide na teret države odnosno zdravstvenog osiguranja (slično kao kod državne bolnice)[34] ili da to plaća sam građanin.

Slično pravilo može vrijediti i za domove za starije osobe. Država ih, doduše, ne mora osnivati ali onda dovodi u pitanje proklamirani karakter socijalne države (čl. 1. st. 1., čl. 65. st. 1. Ustava RH).

Kod „čistog“ trgovačkog društva jasno je da tu u obzir dolazi samo osobno, privatno podmirivanje troškova smještaja i boravka i to otvara mnoga teška socijalna pitanja vezana za onemoćale osobe.[35]

Ne može se, nadalje, zaobići obitelj odnosno članovi obitelji koji mogu biti od pomoći staroj i onemoćaloj osobi. „Biološka oporuka“, kako smo je u ovom radu izložili, možemo pomoći i starijoj osobi i njenim ukućanima. Konkretno može, npr. starija i onemoćala osoba anticipirano odbiti smještaj u bolnici, neki operativni zahvat, transfuziju krvi, uzimanje nekog lijeka i sl. i to onda oslobađa člana domaćinstva svake odgovornosti ako dođe do pogoršanja zdravlja.

Posebno je pitanje ugovora o doživotnom i ugovora o dosmrtnom uzdržavanju koji postoje u pravu RH (sada u Zakonu o obveznim odnosima).

Na strani primatelja uzdržavanja subjektivna *causa* je dobivanje uzdržavanja, dok na strani davatelja uzdržavanja to dobivanje imovine koju daje primatelj.

ZOO ne daje definiciju uzdržavanja (arg. iz čl. 579. st. 1. i čl. 586. st. 1.), no

32 Tako određuje Zakon o turističkoj djelatnosti (Narodne novine, br. 8/1996, 19/1996, 76/1999., čl. 3. st. 1 i 2.).

33 U javnosti se s tim u svezi nerijetko čuje da onaj koji više plati može računati na bolju medicinsku uslugu. To može biti dosta dvojbeno, jer bitni standardi medicinske zaštite moraju biti svima jednako dostupni, a može biti sporno ako se u to uklapa problematika „biološke oporuke“. U svakom slučaju ne bi se smjele dovoditi u pitanje njene temeljne poruke (središnja uloga pacijenta u liječenju).

34 Ni općoj ni stručno-znanstvenoj javnosti nije jasno zašto zdravstvena iskaznica nije podjednako dostatna i za državnu i za privatnu bolnicu. Postoje čak neki protivni, pozitivni primjeri, pa doista nije jasno zašto to nije i pravilo.

35 Na domaćem planu (zbog nižeg standarda građana) poteškoće su jasne, ali se otvara prostor primanja stranaca, stranih turista čak i za cijelu godinu, a ne samo za ljetne mjesece. Tu uvjetno rečeno, „čistu“ trgovinu u zdravstvenoj djelatnosti izrijekom predviđa Zakon o zdravstvenoj zaštiti (Narodne novine, br. 150/08, čl. 35. st. 1.). Novi Zakon iz 2018. to ne mijenja.

biološki i etički zakoni su ipak dostatni da se zna što se pod tim podrazumijeva.

Nema zaprjeka da u ove ugovore bude „ugrađena“ i „biološka oporuka“ tj. nalog za postupanje u svezi s uzdržavanjem (i napose bolničkim ili tome sličnim uzdržavanjem) ako naknadno nastupi stanje nesposobnosti za rasuđivanje (gubitka prirodne poslovne sposobnosti, mentalne sposobnosti).

Ugovore o doživotnom, odnosnom dosmrtnom uzdržavanju treba inače, čak žurno, osloboditi svojstva aleatornosti[36] i pretvoriti u ugovor trgovačkog prava.[37] Zapravo jedino uz ove uvjete mogu ovi ugovori udovoljavati svojoj pravoj svrsi, uključujući i svrhu koju traži „biološka oporuka“.

6. ZAKLJUČAK

Biološka oporuka doista nije nikakva oporuka u smislu nasljednog, imovinskog prava. To je, kako je institut već koncipiran i u svijetu i kod nas, anticipirana izjava (naredba) koju neka osoba može izjaviti u odnosu na njen budući (i eventualni) medicinski tretman ako zapadne u stanje nesposobnosti za rasuđivanje i razumno odlučivanje. Ima, dakle, učinak za života te osobe (*inter vivos*).

Takva je izjava i građanskopravna izjava volje, jednostrani pravni posao koji, međutim, moraju prihvatiti treći (najčešće od zdravstvenih ustanova) i za tu je obvezu trećih neophodna dodatna konstrukcija obvezatnog prihvaćanja ponude ili obvezatnog zaključivanja ugovora.

Suprotno nekim javnim odjecima, „biološka oporuka“ nije eutanazija ako pod eutanazijom podrazumijevamo nasilnu, umjetnu, ljudskom odlukom izazvanu smrt neke osobe.

Eutanazija jest, ako se (što je jedino pravilno) pod tim misli na dobru, toplu i blagu smrt kao uvijek moguću posljedicu „biološke oporuke“ ali ne i njen glavni i primarni cilj. Glavni je cilj omogućiti mirno, sigurno i dostojanstveno življenje i starenje svake osobe.

Nema dvojbe da je cijeli institut najprije upućen bolnicama, odnosno zdravstvenim ustanovama općenito. Otuda proizlazi i normalna posljedica (ali ne i obavezna) da se „biološka oporuka“ regulira propisima koji uređuju odnose liječnika i pacijenta.

Republika Hrvatska ima napose čudnu situaciju da ima izvrsnu medicinu, a loše zdravstvo i taj paradoks ne pogoduje razvoju „biološke oporuke“ niti poruka koju ona nosi sa sobom. Loše stanje u domaćem zdravstvu ne omogućuje da rezultati vrhunske medicine dođu do svih građana, a također bitno otežavaju temeljnu poruku instituta „biološke oporuke“ da su u središtu liječenja odluke pacijenata i dok su pri stanju svijesti i onda kada to više nisu.

36 Aleatornost (da, npr. davatelj dobije svu imovinu primatelja čak i da je ovoga uzdržavao svega jedan dan) suprotno je naravi obveze uzdržavanja i potiče čak na razne oblike zloupotrebe. Treba uvesti načelo uzajamnosti pa da od imovine primatelja davatelj dobije onoliko koliko je zaslužio. To odgovara i smislu „biološke oporuke“.

37 Uzdržavanje mora biti ugovor trgovačkog prava, napose u smislu da davatelj to obavlja kao profesionalnu djelatnost i ima za to posebno osposobljeno osoblje. I to zahtijevaju pravila o „biološkoj oporuci“.

Vrlo je važno istaknuti da institut nije protiv liječnika, ne ugrožava njegovu profesionalnu kompetenciju i autonomiju, a donosi mu i novu, posebnu prednost, da slušajući anticipirane naredbe pacijenata iz „biološke oporuke“ ne odgovara za eventualno nepovoljan ishod liječenja. Od liječnika se uz to samo traži veće i intenzivnije komuniciranje s pacijentom jer bez toga institut „biološke oporuke“ ne može funkcionirati.

Nije, međutim, samo bolnica, odnosno zdravstvena ustanova općenito mjesto, primjene „biološke oporuke“. To su još domovi za starije i nemoćne osobe, trgovačka društva koja se time mogu obrtimice baviti, obitelj onemoćale osobe, kao i osobe koje su ugovorno preuzele obvezu uzdržavanja.

Teško je predvidjeti budući razvoj cijelog instituta. On svakako mora ostati u okvirima građanskoga prava i prava osobnosti, jer se radi o jednim od najvažnijih prava osobnosti (prava na život, zdravlje, dostojanstvo i slobodu odlučivanja).

LITERATURA

1. Casonato, Carlo, Commentario della legge n. 219/2017, Milano, Giulfre, 2018.
2. Finžgar, Alojzij, Osebnostne pravice, Ljubljana, SAZU, 1985.
3. Fromm, Erich, Anatomija ljudske destruktivnosti, 1973.
4. Giusti, Giusto, L`eutanasia, Padova, CEDAM, 1982.
5. Hrstić, Dijana, Anticipirano odlučivanje pacijenata, Zagrebačka pravna revija, elektronički časopis poslijediplomskih studija Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 5, 1/2016, str. 11-36.
6. Medicinska etika, ur. Niko Zurak, Sveučilište u Zagrebu, Medicinski fakultet, 2007.
7. Milas-Klarić, Ivana, Anticipirane naredbe, Hrestomanija hrvatskog obiteljskog prava, ur. Dubravka Hrabar, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2010., str. 429-466.
8. Piciocchi, Cinzia, Dichiarazioni anticipate di trattamento: dare „forma al vuoto“ in attesa di una legge, Rivista AIC 2/2016 i 29/05/2016, str. 1-15.
9. Zambottolo, I., Le disposizioni anticipate di trattamento: dal dibattito culturale alla legge n. 219/2017, Trento, 2018.

Aldo Radolović*

Summary

LIVING WILL IN THE PERSONALITY LAW AND MEDICAL LAW (LEGAL, COMMERCIAL AND HEALTH CARE ASPECTS)

In this work the author describes the present situation of Italian and Croatian living will law regulations, as well as circumstances and forms of the implementation of the whole legal institute. Living will actually not a will known in inheritance law, because it is an anticipated statement (order) made by a person in relation to his or her medical treatment in case of a possible future reasoning inability, which means that it has effect on the life of that person. Furthermore, it cannot be understood as euthanasia in the meaning of an artificial termination of one's life caused by a person's decision. However, it can be linked to euthanasia - which is in fact solely right - if therewith one thinks about of a good, warm and silent death, in case it happens during a medical treatment by accepting or refusing a diagnostic or a therapeutic procedure, as death is neither a primary nor a main goal of the living will, but only one of the possible consequences, because the main intention is dignified living and ageing.

Keywords: *personality law; medical law; personality rights; personality rights disposal; will; living will; anticipated statements and orders; anticipated statement about a medical treatment; forms and places of living will implementation.*

Zussamenfassung

“BIOLOGISCHES TESTAMENT” IM PERSONLICHKEITS- UND MEDIZINRECHT (PERSONLICHKEITSRECHT UND HANDELSRECHTLICHE UND GESUNDHEITLICHE ASPEKTE)

Biologisches Testament ist eigentlich kein Testament im Sinne des Erbrechts. Es ist eine antizipierte Erklärung (Befehl), die eine Person bezüglich ihrer medizinischen Behandlung gibt, wenn sie urteilsunfähig wird. Es hat Auswirkungen während des Lebens dieser Person. Ebenfalls stellt sie keine Euthanasie dar, falls man damit die artifizielle durch menschliche Entscheidung verursachte Beendigung des Lebens

* Aldo Radolović, Ph. D., Judge of Constitutional Court of the Republic of Croatia and Full Professor in retirement, University of Rijeka, Faculty of Law; radolovic47@gmail.com.

versteht. Es hat aber mit der Euthanasie zu tun, wenn man darunter den ruhigen sanften Tod versteht und wenn dazu während medizinischer Behandlung, bei welcher die Person ein diagnostisches oder therapeutisches Verfahren akzeptieren oder ablegen kann, kommt. Der Tod ist kein Primär- oder Hauptziel, sondern eine der möglichen Konsequenzen. Das wichtigste Ziel ist das würdevolle Leben und Alter. Der Beitrag beschreibt die Rechtsregulierung in Italien (wo vor kurzem ein besonderes Gesetz diesbezüglich erlassen wurde) und in der Republik Kroatien. Es werden auch die Möglichkeiten und Formen der Anwendung des ganzen Instituts beschrieben.

Schlüsselwörter: *Persönlichkeitsrecht; Medizinrecht; Persönlichkeitsrechte; Verfügung über Persönlichkeitsrechte; Testament; biologisches Testament; antizipierte Erklärungen und Befehle; antizipierte Erklärung über eine medizinische Behandlung; Formen und Bereiche der Anwendung des „biologischen Testaments“.*

Riassunto

“IL TESTAMENTO BIOLOGICO” NEL DIRITTO DELLA PERSONALITÀ E NEL DIRITTO DELLA MEDICINA (PROFILI LEGALI, COMMERCIALI E SANITARI)

Il testamento biologico in realtà non è un testamento nel senso inteso dal diritto successorio. Si tratta di una dichiarazione anticipata (disposizione) che una persona dà riguardo al proprio trattamento sanitario per l’eventualità che cada in uno stato di incapacità di intendere e volere. Produce, pertanto, effetti nel corso della vita della persona. Altresì, va rilevato come non si tratti di eutanasia, se con ciò s’intenda un’artificiale interruzione della vita determinata da una decisione umana. Per converso, si trova in relazione con l’eutanasia se con ciò s’intenda (e questa è l’unica interpretazione corretta) una morte buona, calda e tranquilla, ove ad essa si pervenga nel corso di un trattamento sanitario, allorquando il soggetto possa accettare o rifiutare un determinato procedimento diagnostico o terapeutico. La morte non rappresenta né lo scopo primario, né principale; bensì rappresenta una delle possibili conseguenze. Lo scopo perseguito è vivere ed invecchiare dignitosamente. Nel lavoro si disamina in tale ambito la disciplina giuridica in Italia (dove recentemente è stata emanata una legge speciale) e nella Repubblica di Croazia. Sono altresì descritte le possibilità e le forme di applicazione dell’intero istituto.

Parole chiave: *diritto della personalità; diritto sanitario; diritti della personalità; disposizione dei diritti della personalità; testamento; testamento biologico; dichiarazioni e disposizioni anticipate; dichiarazione anticipata di trattamento sanitario; forme e luoghi di applicazione del “testamento biologico”.*