

# Koga reševati v času pandemije? Etični in kazenskoopravni vidiki triaže

Lora Briški<sup>1</sup>, Matjaž Ambrož<sup>2</sup>, Renata Salecl<sup>3</sup>

Veliko povečanje števila pacientov zaradi nenadnega izbruha in hitrega širjenja nalezljive bolezni lahko preobremeni zdravstvene sisteme. V razmerah pomanjkanja zdravstvenega osebja in sredstev za zdravljenje se zdravstveni delavci lahko znajdejo pred tragično izbiro, kateremu izmed pacientov pomagati oziroma katerega zdraviti prednostno in katerega ne. Odgovor na to vprašanje išče (medicinska) etika, posebno vprašanje pa je, ali je morebitne *napačne* odločitve treba tudi kazenskoopravno sankcionirati. V prvem delu prispevka predstavimo priporočila, ki so jih etične komisije in zdravniška strokovna združenja v Sloveniji in po svetu pripravili za primere kolizije dolžnosti. Priporočila se razlikujejo zlasti glede meril, ki jih je treba upoštevati pri odločanju v situacijah, v katerih so ogrožena človeška življenja. V drugem delu razpravljamo o kazenskoopravnih posledicah njihovega (ne)upoštevanja. Ko opišemo postopek triaže, se opredelimo tudi do starega etičnega problema, ki so ga nedavne razmere pandemije znova obudile: ali je treba razlikovati med situacijami, ko je nekdo že priključen na aparat, in situacijami, ko več oseb potrebuje isti (prosti) aparat? Strinjamo se z večinskim stališčem, da morata biti *ex ante* in *ex post* konkurenca deležni različne obravnave, vendar pa to podkrepimo z delno drugačnimi argumenti, kot jih avtorji običajno navajajo.

**Ključne besede:** triaža, kolizija dolžnosti, etika, pandemija, razporeditev sredstev zdravljenja, respirator, kazensko pravo, kazenska odgovornost

UDK: [343+174]:616-8

## 1 Uvod

Pandemija covid-19 je v mnogo državah privedla do resne preobremenitve zdravstvenega sistema. V takšni krizni situaciji prihaja do tako imenovanih kolizij dolžnosti, ko zaradi pomanjkanja osebja in zdravstvene opreme vsem pacientom ni mogoče zagotoviti ustrezne zdravstvene oskrbe. Odločevalci, ki morajo izbrati, komu od pacientov omogočiti možnost preživetja, so pod velikim pritiskom. Njihovo odločanje je vezano na kompleksne etične in pravne dileme, o katerih smo v preteklosti razpravljali predvsem na podlagi hipotetičnih scenarijev. Kriza, ki jo je povzročil covid-19, zahteva ponoven premislek o etičnih in pravnih izzivih odločanja v zdravstvu.

Ob iskanju pravnih odgovorov na etično občutljive dileme v zdravstvu ima pomembno vlogo ustavna kategorija

človekovega dostojanstva. Sklicevanje na človekovo dostojanstvo v pravni argumentaciji je eden izmed najmočnejših argumentov, težava pa je, da so sklici nanj pogosto pavšalni. V članku bomo posebno pozornost namenili vprašanju človekovega dostojanstva v situacijah, ko primanjkuje medicinske opreme in strokovnega kadra. Analizirali bomo dosedanje kazenskoopravne razprave o tako imenovani koliziji dolžnosti (situaciji, ko ni mogoče pomagati vsem, ki bi potrebovali pomoč) ter predstavili tradicionalne poglede kazenskega prava na ta institut in jih primerjali z izzivi, ki jih je prinesla pandemija covid-19. Posebno pozornost bomo namenili različnim skupinam kolizij, zlasti razlikam med situacijami, ko več posameznikov potrebuje prosto medicinsko napravo (*ex ante* konkurenca), in situacijami, ko bi napravo potrebovala tako posameznik, ki še ni priklopljen nanjo, kot posameznik, ki je nanjo že priklopljen (*ex post* konkurenca).

### 1.1 Kolizija dolžnosti v kazenskem pravu in merila izbire

Kolizije dolžnosti ne ustvarjajo posebnih dilem, kadar gre za različno pomembne dolžnosti – v pravnem jeziku govorimo o koliziji dolžnosti različnih rangov. V teh primerih je treba dati prednost izpolnjevanju pomembnejše dolžnosti (gasilec mora denimo najprej reševati življenja, šele nato premoženje). Kompleksnejše so kolizije enakovrednih dolžnosti,

<sup>1</sup> Lora Briški, mlada raziskovalka, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti, Univerza v Ljubljani, Slovenija. E-pošta: lora.briski@pf.uni-lj.si

<sup>2</sup> Dr. Matjaž Ambrož, redni profesor za kazensko pravo, Pravna fakulteta, Univerza v Ljubljani, in raziskovalec, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti, Univerza v Ljubljani, Slovenija. E-pošta: matjaz.ambroz@pf.uni-lj.si

<sup>3</sup> Dr. Renata Salecl, znanstvena svetnica, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti, Univerza v Ljubljani, Slovenija; profesorica, School of Law, Birkbeck College, Združeno kraljestvo in članica SAZU, Slovenija. E-pošta: renata.salecl@pf.uni-lj.si

ko se moramo odločiti o tem, katero človeško življenje rešiti. Situacije, v katerih je več ljudi hkrati življenjsko ogroženih, vendar pa vseh ni mogoče rešiti in je zato treba izbrati, so v kazenskem pravu obravnavane pod geslom *upravičljiva kolizija dolžnosti*. Pravna literatura si pri obravnavi tega instituta običajno pomaga s hipotetičnimi primeri (denimo oče, ki lahko reši le enega izmed utaplajočih se otrok). S pojavom pandemije covid-19 pa je problematika kolizije dolžnosti dobila splošen družbeni pomen, zlasti v državah, ki so se srečale s pomanjkanjem naprav za umetno predihavanje in drugih sredstev (tudi kadrovskih),<sup>4</sup> ki so potrebna za optimalno zdravljenje. Ob takšnih kolizijah dolžnosti je prevladujoče pravno stališče, da nosilec dolžnosti, ki od dveh enakovrednih dolžnosti lahko izpolni le eno, ravna v skladu s pravom, kadar po lastni izbiri izpolni eno izmed dolžnosti (Roxin, 2006: 780). Razlogi, ki so ga vodili pri izbiri, niso pomembni in se ne preverjajo (Roxin, 2006: 781). Za protipravna je mogoče razglasiti le tista ravnanja, pri katerih je mogoče povedati, kakšno bi bilo ustrezno ravnanje. Kadar pa so dejanske okoliščine takšne, da vseh dolžnosti ni mogoče izpolniti, bi bilo nosilec dolžnosti nesmiselno očitati, da niso storili tistega, kar je nemogoče storiti. Roxin to podkrepi z mislijo, ki presega običajni besednjak pravne tehnike: »V teh primerih se lahko očitki nanašajo kvečjemu na usodo, ne pa na človeka, ki ji je bil podvržen.« (Roxin, 2006: 780)

Takšno razlago je mogoče prenesti na primere, ko so zdravstveni delavci postavljeni pred tragično izbiro: dva pacienta sta istočasno pripeljana na intenzivni oddelek in oba bi potrebovala umetno predihavanje (tako imenovana *ex ante* konkurenca), na voljo pa je le ena naprava. Zdravstveni delavci so v upravičljivi koliziji dolžnosti (to je v skladu s pravnim redom), ko le enemu izmed pacientov omogočijo priklop na napravo. V skladu s tradicionalnim kazenskopravnim pogledom na kolizijo dolžnosti jim ni treba prepričljivo pojasniti izbire, da bi se izognili kazenski odgovornosti.

Zavedati se je treba, da so bile doslej razprave o koliziji dolžnosti v kazenskem pravu vezane predvsem na izjemne primere, ki se zgodijo bolj ali manj kot presenečenje (dve osebi se hkrati utapljata, pomagati je mogoče le eni). Krizne situacije, ki jih prinašajo pandemije, se od teh tradicionalnih scenarijev nekoliko razlikujejo: v pandemijah kolizije dolžnosti niso več presenečenje, temveč postanejo del rutine, nanje pa se je vsaj nekoliko mogoče pripraviti z oblikovanjem priporočil za primere takšnih stisk.

<sup>4</sup> Čeprav v javnosti odmevata predvsem potreba po napravah za umetno predihavanje in njihovo število (razpoložljivost) v bolnišnicah, je treba upoštevati, da lahko takšno napravo upravlja le za to izučeno (zdravstveno) osebje. *Ozko grlo* bolnišnic tako ni nujno le pomanjkanje zdravstvene opreme, ampak tudi pomanjkanje zdravstvenih delavcev, ki takšno opremo znajo uporabljati.

Priporočila, kako v primerih kolizije dolžnosti ravnati, so pomembna na več ravneh. V odločanje zdravstvenih delavcev vnašajo transparentnost, hkrati pa na odločevalce delujejo psihično razbremenilno. Možnost proste izbire je v primerih tragičnih odločitev lahko nepopisno psihično breme, zato je pomembno, da obstajajo protokoli, ki posameznika razbremenijo teže lastne odločitve. Hkrati tovrstna priporočila pomenijo nov dejavnik za pravno presojo – tradicionalno stališče kazenskega prava, da se v primerih kolizij enakovrednih dolžnosti posameznik lahko prosto odloča, je postavljeno pod vprašaj in zahteva ponoven razmislek (h kateremu se bomo vrnili v razdelku 3).

## 2 Triaža in etika

### 2.1 Pojem triaže

Termin triaža opisuje razvrščanje pacientov v prednostni vrstni red, po katerem bodo zdravstveni delavci bolnike oskrbovali (Cotič Anderle, 2009; Kipnis, 2002; Prestor, 2011: 150–151).<sup>5</sup> Poteka v različnih okoliščinah oziroma razmerah: v množičnih nesrečah, po naravnih katastrofah, v vojni, pa tudi v ambulantni ali bolnišnični.<sup>6</sup> Že ob hitrem pregledu naštetih situacij lahko zaslutimo, da se načini opravljanja triaže glede na okoliščine, v katerih se ta izvaja, med seboj razlikujejo (Cotič Anderle, 2009: 2), razlikujejo pa se tudi priporočila, ki se na načelni ravni opredeljujejo do meril in poteka postopka triaže.

Posebno zapletene so situacije, v katerih se število pacientov tako močno poveča, da začasno preobremeni zdravstvene kapacitete (Kipnis, 2002). V množičnih nesrečah, med katere spadajo potresi, nesreče z nevarnimi snovmi, poplave, požari in epidemije nalezljivih bolezni, morajo udeleženci v verigi reševanja sprejemati psihično obremenjujoče odločitve, katerim pacientom pomagati in katerim ne (Greenacre in Fleshner, 2017: 35; Ministrstvo za zdravje Republike Slovenije, Sektor za kakovost in varnost sistema zdravstvenega varstva, 2013).

<sup>5</sup> Beseda triaža ima francoski izvor (iz glagola *trier*) (Merriam-Webster Online Dictionary, 2020). Prvi naj bi razvrščanje poškodovanih glede na zdravstveno stanje in potrebe poškodovanca opisal kirurg v Napolenovih vojskah Dominique Jean Larrey. Da bi lahko izvajal nujne operativne posege čim bližje bojišču, je oblikoval letečo ambulanto (Prestor, 2011: 150). V urgentnih ambulantah so začeli sisteme triaže vzpostavljati v devetdesetih letih prejšnjega stoletja. Vrstni red oskrbe pacientov se je ravnal po njihovi ogroženosti (tisti, katerih zdravje oziroma življenje je bilo bolj ogroženo, so prišli na vrsto hitreje) (Rajapakse, 2015: 259).

<sup>6</sup> Na urgentnih oddelkih bolnišnic triažo opravljajo vsakodnevno (Cotič Anderle, 2009).

Posamezniki se ob takšnih odločitvah pogosto sprašujejo, kako ravnati dobro (ali vsaj čim boljše). V nadaljevanju predstavljamo premisleke o etičnem problemu, kako naj ravna (izbira) nosilec enakovrednih dolžnosti, ki ne more izpolniti vseh.

## 2.2 Etični razmisleki, na katerih temelji izbira

Na vprašanje, kako pravično razdeliti omejena sredstva zdravljenja, najdemo različne odgovore. Etične premisleke o merilih, ki naj vodijo k odločitvi o tem, koga zdraviti in koga ne, lahko razdelimo v dve skupini, ki spominjata na klasični veji etičnih teorij: deontološke in utilitarne teorije (Kilner, 1990: 23–24). Deontološke teorije so v svojem bistvu egalitarne, temeljijo pa na prepričanju, da je (ne)moralnost ravnanja neodvisna od posledic, ki ravnanju sledijo (Stefanini, 1999: 709). Pomembnejša je dolžnost nekaj storiti, in ne posledice naše dejavnosti. Na nasprotni strani so teorije posledic, ki pravilnost ravnanja presojujejo na podlagi posledic, ki iz tega ravnanja izvirajo. Njihovo geslo bi lahko povzeli takole: ravnajmo tako, da bo naše ravnanje imelo najboljše možne posledice. Najbolj znana oblika teh teorij je utilitarizem (Zack, 2009: 33–34).

### 2.2.1 Egalitarna usmeritev

Egalitarni pristop največjo težo pripisuje načelu enakosti: zdravstvena oskrba mora biti enako zagotovljena vsem, ki jo potrebujejo, ne glede na leta in morebitne druge bolezni (Salecl, 2020). Zagovorniki egalitarne usmeritve nasprotujejo ocenjevanju in razvrščanju vrednosti človeškega življenja. Poudarjajo, da je posamezniku, za čigar življenje gre, to življenje prav tako pomembno kot drugemu njegovo (Greenacre in Fleshner, 2017: 36). V primeru, ko potrebe po zdravljenju močno presega bolnišnične kapacitete (ko se denimo več ljudi *bori* za isti respirator), bi nekateri radikalni zagovorniki takšnega pojmovanja enakosti izbirali celo po načelu naključnosti, denimo z žrebom (Rönnau in Wegner, 2020: 405; Salecl, 2020).<sup>7</sup> Drugi bi ravnali v skladu z rekom *kdor prej pride, prej melje*, kar pomeni, da bi vrstni red za zdravniško obravnavo določali po vrstnem redu hospitalizacije (Greenacre in Fleshner, 2017: 36; Rönnau in Wegner, 2020: 405).

Zagovorniki egalitarne usmeritve so zato kritizirali smernice nemških zdravniških združenj, ki za prednostno merilo določajo klinične možnosti uspeha zdravljenja (Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin [DIVI], 2020a, 2020b). Namesto omenjenega

merila ponujajo načelo vrstnega reda<sup>8</sup> ali pa načelo naključnosti (Rönnau in Wegner, 2020: 405).

Pod imenom egalitarnosti avtorji pogosto obravnavajo prve postopke triaže, v katerih so vrstni red zdravljenja določali po stopnji poškodbe, ki jo je oseba utrpela. Z drugimi besedami, hujšo poškodbo, ko je oseba utrpela, prej je prišla na vrsto za zdravljenje (Greenacre in Fleshner, 2017: 36). Gre za enako obravnavo oseb z enakimi potrebami po zdravstveni oskrbi (hujše poškodovane osebe bodo zdravljenja deležne pred lažje poškodovanimi). V tem pristopu pa je po našem mnenju mogoče opaziti tudi zametke utilitarizma: najmanj škode bo, če hude primere vzamemo naprej, tisti manj hudi pa lahko brez škode malo počakajo.

### 2.2.2 Utilitarna usmeritev

Danes verjetno prevladujoče usmeritve pri razporejanju sredstev zdravljenja v situaciji stiske se opirajo na različne variante utilitarnih teorij. Bistvo utilitarizma navadno ponazorijo z zapovedjo, da je treba »delati tako, da ima največ ljudi v povprečju največjo korist« (Svetovno zdravniško združenje, 2016: 30). Toda kaj ta največja korist največjega števila ljudi v okviru zdravstvene oskrbe pravzaprav pomeni? Razprave se zgoščajo zlasti okoli neprijetne dileme, ali reševati predvsem največje število ljudi ali pa upoštevati tudi pričakovano življenjsko dobo in kakovost prihodnjih let življenja določenega posameznika.

### 2.2.3 Reševanje največjega števila življenj

Najširše uveljavljeno vodilo zdravljenja v preobremenjenem zdravstvenem sistemu bi lahko povzeli takole: ravnajmo tako, da bo življenje ohranilo največje število ljudi. To pomeni, da znotraj skupine zdravljenja potrebnih pacientov zdravstveni sistem prednostno obravnava tiste, katerih možnost preživetja je največja (Greenacre in Fleshner, 2017: 35; Salecl, 2020). Kot navaja Lübbe, bodo v takem sistemu pacienti razvrščeni v štiri skupine. Prednostne obravnave bodo deležni pacienti, ki bodo brez zdravljenja zagotovo ali z visoko stopnjo verjetnosti izgubili življenje in katerih klinične možnosti uspeha so dobre. Druga v vrsti je skupina pacientov, ki imajo dobre možnosti za preživetje tudi brez bolnišničnega zdravljenja, bi jih pa ustrezno zdravljenje še izboljšalo. Bolnišnica ne bo sprejela pacientov, ki kažejo le blažje znake bolezni, in pacientov, ki jih je bolezen močno prizadela in katerih možnosti za uspeh so tudi z bolnišničnim zdravljenjem slabe. Slednji bodo lahko deležni paliativne oskrbe (Lübbe, 2020).

<sup>7</sup> White in Angus (2020) sta denimo predlagala, naj žreb odloči, kateri izmed bolnikov bodo prejeli zdravilo remdesivir, ki je v ZDA na voljo v omejenih količinah.

<sup>8</sup> Načelo vrstnega reda utemeljujejo z njegovimi domnevno močnimi zgodovinskimi koreninami, ki naj bi segale do pravnih virov iz 13. stoletja (v teh so namreč našli zapis *di ok irst to der molen kumt, die sal erst malen*, kar bi se v slovenski različici glasilo *kdor prej pride, prej melje*) (Rönnau in Wegner, 2020: 405).

Cilj reševanja največjega števila življenj najdemo v smernicah nemškega sveta za etiko in v smernicah nemških zdravniških združenj. Oba dokumenta se nanašata na potencialno etično problematične situacije, do katerih lahko pride ob pomanjkanju sredstev za zdravljenje v času epidemije covid-19. Nemški svet za etiko je opozoril, da je cilj reševanja največjega števila življenj legitim, vendar pa si je za njegovo uresničitev treba prizadevati tako, da ne kršimo ustavnih pravic, zlasti načela enakosti in prepovedi diskriminacije. Njegove smernice poudarjajo, da država ne sme razvrščati življenj po vrednosti in razlikovati na podlagi spola, etnične pripadnosti, starosti, družbene vloge ali predvidene življenjske dobe (Deutscher Ethikrat, 2020; DIVI, 2020a, 2020b). Podobno stališče je zavzela tudi Komisija Republike Slovenije za medicinsko etiko (v nadaljnjem besedilu: KME), in sicer da pri vključevanju respiratorjev v zdravstveno ukrepanje ni vzdržno določati zgornje starostne ali kakršne koli druge meje, ki bi zdravstveno pravičnost z določanjem pravic posameznih skupin bolnikov delila na več kategorij. Prav pa je, da se razlike v zdravstvenem in funkcionalnem stanju upoštevajo pri odločanju o vrsti in intenzivnosti zdravljenja. KME je tudi pozvala vodstva zdravstvenih ustanov, naj v sodelovanju s klinično stroko in drugimi deležniki pripravijo selektivne ukrepe, ki bi se izvajali, če bi širjenje epidemije preobremenilo zdravstveni sistem. Omenjeni ukrepi morajo temeljiti na spoštovanju načel koristne in pravične dostopnosti (KME, 2020).<sup>9</sup>

#### 2.2.4 Reševanje največjega števila (kakovostnih) let življenja

Če se zagovorniki pravkar predstavljenega razumevanja zavzemajo za to, da se reši čim več ljudi, pa so drugi prepričani, da bi se morali podrobneje ukvarjati z vprašanjem, za kakšna življenja gre. Z drugimi besedami: tisto, kar šteje, ni le število rešenih življenj, ampak tudi pričakovana življenjska doba rešenih pacientov in predvidena kakovost njihovega življenja. Zato menijo, da moramo aparat za predihavanje prednostno nameniti tistemu pacientu, za katerega pričakujemo, da bo doživel več zdravstveno kakovostnih let življenja (angl. quality-adjusted life years) (Greenacre in Fleshner, 2017: 35). Prednost pred starejšimi pacienti naj imajo tako – ob enakih kliničnih možnostih za uspeh – mlajši pacienti (Daniels, 2016: 113).

Nekateri avtorji so kritični do reševanja največjega števila kakovostnih let življenja in nasprotujejo razvrščanju ljudi v starostne skupine, zlasti pa vnaprejšnjemu odrekanju bolnišnične oskrbe tistim, ki presežejo določeno starostno mejo. Trdijo tudi, da razvrščanje starejše osebe oropa (poštenih) možnosti, da bi bile deležne zdravljenja (Daniels, 2016: 113;

Jäger in Gründel, 2020: 151; Lübbe, 2020: 151). Upoštevanje starostne meje za bolnišnično zdravljenje oseb, obolenih za covidom-19, so priporočile smernice švicarskega združenja za intenzivno medicino (Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften, 2020) in smernice italijanskih anesteziologov (SLAARTI, 2020: 5). Kritiki takšnih omejitev poudarjajo, da je upoštevanje starosti kot samostojnega merila<sup>10</sup> v nasprotju s temeljnim načelom enakosti, ker življenju določenega posameznika zaradi visoke starosti ali manjše pričakovane življenjske dobe pripisuje nižjo vrednost. Poudarjajo tudi, da je takšen ukrep nesorazmeren. Cilje javnega zdravja lahko namreč uresničujemo tudi z blažjim posegom v pravice pacientov: v postopek izbire vključimo vse osebe, ki potrebujejo zdravljenje, v drugem koraku pa jih razvrstimo v skladu z merilom kliničnih možnosti za uspeh zdravljenja. Spet drugi kritiki poudarjajo, da se pri reševanju največjega števila let življenja zdi, da določenih življenj »ni vredno reševati« (Jäger in Gründel, 2020; White in Lo, 2020).

Daniels (2016: 113) poudarja, da bomo od povsem razumnih ljudi prejeli različne odgovore na vprašanje, ali naj nas vodi cilj reševanja največjega števila življenj ali reševanja največjega števila let življenja. V odgovor na to nekatera priporočila triaže poskušajo upoštevati tako teorije, ki temeljijo na ideji enakosti, kot teorije, ki poudarjajo utilitarizem. Strokovnjaki z Univerze v Pittsburghu so pripravili smernice, ki zdravstvenim delavcem priporočajo, naj paciente razvrščajo v prednostni vrstni red glede na klinične možnosti uspeha zdravljenja. To je verjetnost, da bo pacient preživel hospitalizacijo in da bo doživel tudi bližnjo prihodnost, kar lahko strnemo v verjetnost kratkoročnega preživetja (angl. near-term survival).<sup>11</sup> Celotno pričakovano življenjsko dobo je v skladu s smernicami kot merilo dopustno upoštevati le tedaj, kadar primanjkuje medicinske opreme za skupino pacientov, ki jih je, v skladu s testom kliničnih možnosti za uspeh, treba obravnavati prednostno. V takšni situaciji naj bi zdravstveno osebje v presojo vključilo načelo kroga življenja (angl. life-circle principle). Paciente znotraj prve skupine bi razvrstili v štiri starostne skupine in predstavnike mlajših skupin obravnavali prednostno. Načelo kroga

<sup>10</sup> V izogib nejasnostim je treba pojasniti, da je upoštevanje starosti posredno lahko vključeno v ocenjevanje potencialnega uspeha zdravljenja, sporno pa je vprašanje, ali je pri enakih možnostih za uspeh kot izključujoče merilo treba upoštevati starost pacienta (Hübner, Schewe, Katalinic in Frielitz, 2020: 3).

<sup>11</sup> Upoštevanje kratkoročnega preživetja v petih letih po hospitalizaciji avtorji utemeljujejo s splošno moralo. Večina ljudi bi, tako menijo, podprla prednostno obravnavo pacienta, ki bi brez zdravljenja zelo verjetno izgubil 40 let življenja, v škodo pacienta s kronično boleznijo, ki bi po napovedih zdravstvenih delavcev v krajšem času po zdravljenju umrl (White in Lo, 2020). Verjetnost kratkoročnega preživetja se v siceršnji klinični praksi upošteva pri presoji, kdo bo prejemnik darovanih organov (Suresh, 2020).

<sup>9</sup> V nasprotju z nemškim svetom za etiko KME ni izrecno omenila vodila reševanja največjega števila življenj.



življenja naj bi izražalo vrednoto, da vsak posameznik doživi čim več življenjskih faz, to so otroštvo, mladost, odraslost in starost (University of Pittsburgh, 2020; White in Lo, 2020).

### 3 Kazenskoopravna obravnava izbire

Priporočila etičnih komisij in strokovnih združenj glede ravnanja v primerih kolizije dolžnosti so iz razumljivih razlogov praviloma napisana zadržano in previdno. Merila izbire so praviloma negativno podana, in sicer v smislu, kateri dejavniki naj se ne bi upoštevali pri izbiri. Ko takšna priporočila enkrat obstajajo, pa se zastavlja vprašanje, kako kazenskoopravno presojati ravnanja zdravstvenih delavcev, ki priporočil morebiti ne bi upoštevali.

Ali v primeru, da priporočila odsvetujejo upoštevanje starosti pacienta pri izbiri, zdravstveni delavec, ki to merilo upošteva, ravna protipravno? Vsaj na prvi pogled se zdi, da ne. Poudariti pa je treba, da gre za priporočila, in ne za pravne prepovedi (enako Hörnle, 2020). Vendarle pa je možen tudi drugačen razmislek: omenjena priporočila niso povsem samonikla in oblikovana po prostem poudarku, temveč temeljijo na pravnem načelu prepovedi diskriminacije.<sup>12</sup> V tem smislu je mogoče reči, da priporočila naslovnike obveščajo o prepovedi diskriminacije, ki že obstaja tudi kot *pravno* načelo. Zato se zdi smiselno preveriti tudi situacijo, v kateri bi zavzeli stališče, da kršitev priporočil pomeni protipravno ravnanje.

Preverimo torej možnost, da zdravstveni delavec, ki ne upošteva priporočil, ravna protipravno. Ravnati protipravno še ne pomeni biti kriv. V kazenskem pravu se storilci protipravnih ravnanj pod določenimi pogoji lahko ekskulpirajo: obstajajo različni instituti, ki v primeru izjemnih okoliščin lahko vodijo v izključitev krivde. V primeru tragičnih odločitev je še zlasti pomemben institut opravičljive skrajne sile (drugi odstavek 32. člena Kazenskega zakonika (KZ-1, 2012)). Gre za obliko pravne prizanesljivosti do storilcev, ki ukrepajo v okoliščinah tako imenovanih eksistenčnih stisk: odvrtačajo nevarnost za telesno integriteto, svobodo ali življenje ene osebe, vendar s tem posežejo v enako pomembne dobrine druge osebe. Čeprav so tovrstni posegi v dobrine drugih oseb protipravni, bodo storilci pod določenimi pogoji oproščeni.<sup>13</sup>

Uporabo instituta skrajne sile je zlasti v zvezi s tragičnimi izbirami v medicini v slovenskem pravnem prostoru razčlenil

Korošec (2016: 320-325). Tudi on v tej zvezi vidi manevrski prostor le za tako imenovano opravičljivo skrajno silo, kar bi v našem primeru pomenilo, da bi bilo ravnanje zdravstvenega delavca, ki ne bi upošteval priporočil, protipravno, ne pa nujno krivdno. Ob tem avtor pozove k nadaljnjemu raziskovanju omejitve te oblike skrajne sile (Korošec, 2016: 323).

V zvezi s tem je treba poudariti omejitve dveh vrst. Prve so zakonsko urejene in se med pravnimi sistemi nekoliko razlikujejo. Drugih zakonsko besedilo ne omenja, izpeljati pa bi jih bilo mogoče iz ustavnih in splošnih etičnih načel. Med zakonsko urejenimi omejitvami sklicevanja na opravičljivo skrajno silo je treba omeniti omejitve, ki jo poznajo v Nemčiji, in sicer da je ta oblika skrajne sile lahko podana le, če je posameznik odvrtačal nevarnost od sebe ali svojih bližnjih. Te omejitve v Sloveniji nimamo, torej ta oblika skrajne sile načeloma prihaja v poštev tudi za zdravstvene delavce, ki se znajdejo v položaju tragične izbire. V tem smislu je mogoče reči, da bi bila opravičljiva skrajna sila pri nas realna možnost za oprostitev tistih zdravstvenih delavcev, katerih *napačne* odločitve pri tragični izbiri bi bile prepoznane kot protipravne. Možna pa bi bila razprava o nadaljnjih omejitvah sklicevanja na skrajno silo, ki bi jih izpeljali iz ustavnih in splošnih etičnih načel, na primer, da je nedopustno prevzemati vlogo gospodarja nad tuji mi življenji – ta vidik se posebej izpostavlja v zvezi z *ex post* konkurenca, ko je eden izmed pacientov že priklopljen na aparaturo in se zastavi vprašanje odklopa, da bi se aparatura zagotovila pacientu z boljšimi možnostmi preživetja. Ta vidik bomo razčlenili v razdelku 3.2.

#### 3.1 Kako naj bodo smernice odločanja oblikovane?

Klinično-etična priporočila nemških zdravniških združenj klinične možnosti uspeha določajo kot edino sprejemljivo prednostno merilo. Upoštevanje koledarske starosti ali socialnih meril izrecno odsvetujejo (DIVI, 2020a: 4, DIVI, 2020b: 5).

Upoštevanje enega samega merila je bistveno lažje od uporabe skupka meril. V zadnjem primeru (več meril, ki jih je treba upoštevati) je treba določiti razmerja med posameznimi merili oziroma njihovo hierarhijo. Odločanje postane še posebno zapleteno takrat, kadar posamezna merila vlečejo vsako v svojo smer, težavno pa je tudi tedaj, kadar so med merili takšna, ki jih je težko natančno kvantificirati (na primer socialna merila,<sup>14</sup> kot je denimo posameznikova koristnost za družbo).

<sup>12</sup> Za to poanto se avtorji zahvaljujemo dr. Alešu Novaku, s katerim smo se posvetovali o pomenu neupoštevanja priporočil za pravno presojo posameznikovega ravnanja.

<sup>13</sup> Za razčlenitev teh pogojev glej Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož in Filipčič (2013: 299–301).

<sup>14</sup> Razprave o tem, ali bi bilo treba upoštevati socialna merila, se pogosto osredotočijo na vprašanje, ali naj bodo prednostno obravnavani zdravstveni delavci (Rothstein, 2010: 2). Takšno merilo najdemo v smernicah, ki jih je v letu 2020 oblikovala ameriška skupina strokovnjakov in ki svetujejo, naj imajo znotraj predno-

Že zato je omejitev na eno samo merilo razumljiva, vendar pa se zastavlja vprašanje, ali bo eno samo merilo lahko vselej opravilo nalogo oblikovanja izbire v kritični situaciji, ko sredstev primanjkuje. Upoštevati je namreč treba tudi primere konkurence več pacientov s primerljivimi možnostmi preživetja oziroma s primerljivo skupno prognozo (Hörnle, 2020), v teh primerih se kaže potreba po nadaljnjih merilih diferenciranja.

Klinično-etična priporočila strokovnih združenj izrecno odsvetujejo, da bi bilo to merilo starost pacienta ali kakršna koli socialna merila. Vprašanje pa je, zakaj so se ta merila znašla na prepovedanem seznamu. Vzemimo osebi A in B, ki nujno potrebuje zdravljenje z medicinsko aparaturo – edino, ki je še na razpolago. Recimo, da medicinsko osebje dodeli aparaturo osebi A, ker je mlajša. S tem so bile osebi B vzete ali močno zmanjšane možnosti preživetja in nemara bi lahko dejali, da je bila kršena njena pravica do življenja. Toda opozarjanje na pravico do življenja nas pripelje v začarani krog, kajti pravico do življenja ima tudi oseba B – to je navsezadnje bistvo tragičnih izbir, značilnih za kolizijo dolžnosti. Zato se v tej zvezi namesto na pravico do življenja pogosto opozarja na koncept človekovega dostojanstva (tako tudi priporočilo sveta za etiko, gl. Deutscher Ethikrat, 2020), ki ima tako v Nemčiji kot pri nas ustavni rang. Bi lahko trdili, da je dajanje prednosti osebi A, zato ker je mlajša, kršitev dostojanstva osebe B?

Za ustavnopravni koncept človekovega dostojanstva je značilno dvoje: gre za težkokategorni pravni argument, ki ima moč hitro ustaviti nadaljnjo diskusijo, hkrati pa je vsebinsko razmeroma odprt – splošno soglasje o tem, kaj natanko koncept človekovega dostojanstva pomeni oziroma zagotavlja, ne obstaja. Formalno gledano gre zlasti za dilemo, ali je treba na človekovo dostojanstvo gledati kot na človekovo pravico, splet pravic, vir pravic ali etični ideal, ki uživa tudi določeno pravno varstvo (Hilgendorf, 2018: 326, 333). Z vidika vsebine pa gre za vprašanje, katera ravnanja oziroma posegi v posameznikovo področje kršijo njegovo dostojanstvo. Nemško ustavno sodišče se je odpovedalo temu, da bi razvilo splošno definicijo človekovega dostojanstva, in namesto tega raje razsoja od primera do primera (BVerfGE 30, 1 (25), 1970).

Ključno vprašanje je torej, ali bi bilo dostojanstvo ene osebe prizadeto, če bi bilo zdravljenje z napravo dodeljeno drugi osebi, ker je mlajša. Odgovor bi bil nesporno pritriljen, kadar bi se posamezniku ali skupini ljudi na splošno sporočilo, da so njihova življenja manj pomembna ali celo da niso vredni, da bi se jih reševalo. Toda ali to tragična izbira, pri kateri se

---

stne skupine v primeru resnega pomanjkanja možnosti za zdravljenje prednost zdravstveni delavci, ki zdravijo obolele (University of Pittsburgh, 2020: 7).

da prednost mlajši osebi, zares sporoča? Ali se v nerešljivi stiski zaradi pomanjkanja naprav in ob primerljivih kliničnih prognozah res ne smejo iskati dodatna, racionalno utemeljiva merila izbire? Ali vsak tovrstni poskus nujno pomeni kršitev človekovega dostojanstva?

Avtorji, ki poskušajo koncept človekovega dostojanstva razumeti ozko,<sup>15</sup> opozarjajo, da v nerešljivih stiskah dajanje prednosti enemu ne pomeni nujno kršitve dostojanstva drugega, če izbira temelji na vnaprejšnjih in racionalno utemeljivih merilih (Hörnle, 2020). Dejstvo pa je, da smo kot družba na tovrstne razprave o prednostnih merilih izjemno občutljivi; marsikdo jih razume kot grobo kršitev občutljivih tabujev. V negotovih razmerah, ki jih ustvarjajo pandemije, razprave o prednostnih merilih, kot so starost in druga socialna merila, ustvarjajo strahove, zato marsikdo te razprave šteje za žaljive (Hörnle, 2020). Hitro se budijo tudi asociacije na nacistične evtanazijske programe, strašljive besedne zveze o življenju, nevrednem življenju, in podobno. Četudi torej argument človekovega dostojanstva ne bi smel vnaprej preprečiti vsakršne razprave o merilih izbire pri tragičnih dilemah, je zadržanost na tem področju, ki jo priporočajo nemška klinično-etična priporočila strokovnih združenj, socialnopsihološko razumljiva.

### 3.2 Problematika *ex post* konkurence

Eno ključnih vprašanj pri reševanju problema kolizije dolžnosti je, ali *ex ante* konkurenco (dva pacienta potrebujeata priklon na napravo, na voljo pa je ena prosta naprava) preso-jati enako kot *ex post* konkurenco (dva pacienta potrebujeata napravo, eden izmed njiju pa je na napravo že priklopljen). Nemški svet za etiko meni, da je *ex post* konkurenco treba preso-jati drugače kot *ex ante* konkurenco, priporočila nemških strokovnih združenj pa obe obravnavajo enako.

V kazenskopravni literaturi je vprašanje izključitve protipravnosti pri *ex post* konkurenci izjemno sporno. Do razlik v stališčih prihaja zlasti zato, ker obstajajo različni pogledi na to, kaj pomeni odklop naprave, ki vzdržuje posameznikovo življenje (Roxin, 2003: 664–667). Po eni interpretaciji pomeni odklop naprave samo *opustitev nadaljnjega zdravljenja*, po drugi pa gre za *aktivno usmrtitev tistega*, ki se mu naprava izklaplja.

---

<sup>15</sup> Kot kontrapunkt megljenim moralno-političnim sklicem na človekovo dostojanstvo, ki jih zaznamuje težnja številne dileme sodobne družbe (od raziskovanja matičnih celic prek nadomestnega materinstva do sestrelitve ugrabljenih letal) reševati z opozorili na človekovo dostojanstvo, je treba opozoriti na dva poskusa ozkega razumevanja človekovega dostojanstva: Hilgendorf (2018) in Hörnle (2018).

Mnogo ljudi ima občutek, da je pasivno dopustiti smrt manj zavržno kot nekoga aktivno usmrtiti. Tovrstne razlage se včasih zatekajo k prisposodobam, kot je naslednja: za to, da nekoga potisneš v deročo reko, je treba zbrati več *kriminalne energije* kot pa za to, da nekoga iz deroče reke ne rešiš (Ambrož, 2014: 130). O tezi, da je dopustitev tega, da neka posledica nastopi, manj zavržna kot to, da neko posledico aktivno povzročimo, se obširno razpravlja v moralni filozofiji, ko se obravnava razlika med povzročanjem in dovoljevanjem škode (*doing harm vs. allowing harm*) (Woollard in Howard-Snyder, 2016).

Problem se je pokazal kot aktualen na področju priporočil za obvladovanje etičnih konfliktov pri obravnavi pacientov s covidom-19. Nemški svet za etiko se je izrecno postavil na stališče, da je *ex ante* konkurenco treba presoјati drugače kot *ex post* konkurenco (Deutscher Ethikrat, 2020: 4). V prvem primeru pacienti, ki jim zdravstveno osebje ne pomaga, niso »ubiti«, temveč le »niso rešeni«. Ker ni mogoče rešiti vseh pacientov, zdravstveni delavci ravnajo v skladu s pravom, upoštevajoč načelo, da od nikogar ni mogoče zahtevati nemogočega. V drugem primeru pa svet za etiko pojasnjuje, da izklop naprave pacientu, da bila na voljo drugemu pacientu, ne more biti v skladu s pravom, hkrati pa opozarja na možnost ekskulpacije (izključitve krivde) zdravstvenega delavca, ki bi se v mejnih primerih in z moralno prepričljivimi razlogi odločil za odklop naprave, da bi jo dobila v uporabo druga oseba.

Zastavlja se vprašanje, ali je fenomenološka razlika med opustitvijo in storitvijo, med nepriklonom na napravo in odklopom z naprave, res tako pomembna, da upravičuje bistveno različno normativno presojo obeh položajev. Po naši oceni se v tem kontekstu strukturnim razlikam med opustitvami in storitvami pripisuje prevelik pomen. Le s formalnim poudarjanjem, da je eno opustitev, nekaj povsem drugega pa storitev, različnih pravnih posledic ni mogoče prepričljivo utemeljiti.

V čem sta si opustitev in storitev pravzaprav tako različni? Lahko bi dejali, da pri eni pustimo, da gredo stvari svojo pot, pri drugi pa se v dogajanje aktivno vpletemo in ga poskušamo usmerjati. Da je drugo bolj problematično, se utemeljuje s svarili, naj človek ne prevzema vloge boga, naj ne posega v usodo itd.<sup>16</sup> Eno izmed različic teh svaril, namreč,

<sup>16</sup> Opozorila, naj človek aktivno ne posega v tok usode, neredko srečujemo v ljudski misli in pripovedništvu. Izvrsten primer je prekmurska ljudska pravljica Botra smrt. Mlademu zdravniku botra smrt daje znamenja, ali bo bolnik preživel ali umrl. Če se ob obisku zdravnika smrt postavi bolniku k nogam, bo ozdravel, če se postavi h glavi, bo umrl. Odločitvam smrti zdravnik ne ugovarja, ve namreč, da je povsem brez moči. Ko pa se smrt postavi h glavi bolnega kralja in zdravnik vidi oči prelepe kraljeve hčerke, ki ga rotijo, ukaže, naj obrnejo posteljo: zdaj se smrt znajde pri nogah. Kralj

naj človek ne prevzema vloge boga, je v slovenski literaturi obdelal Korošec (2016: 322–323). Meni sicer, da fraza zveni patetično, vendar se ji zaradi nazornosti in uveljavljenosti ne odpoveduje. Bistvo prepovedi prevzemanja vloge boga je, naj se oseba, ki sama ni izpostavljena nevarnosti, ne postavi v vlogo gospodarja nad tujimi življenji in naj si ne jemlje pravice pogubiti eno človeško življenje, da bi rešila drugo. Korošec (2016: 322) problematiko sicer ponazori z *ex post* konkurenco dveh pacientov za aparat za zunanji krvni obtok, pri čemer gre seveda za smiselno enako dilemo kot pri napravah za umetno predihavanje. Avtor preveri tudi možnost, da bi tovrstne primere *ex post* konkurenca razglasili za etično tako zahtevne, da jim pravna presoja ni več kos (ideja o tako imenovanem prava prostem prostoru<sup>17</sup>), zato je treba posamezniku prepustiti, naj odloči po svoji vesti. To možnost Korošec zavrne in ocenjuje, da nekaj možnosti za opravičljivo skrajno silo pri *ex post* konkurencah vendarle ostaja – na tem mestu slovenske avtorje poziva k nadaljnji obravnavi teh vprašanj (2016: 323).

Svarilo, naj človek ne prevzema vloge boga oziroma naj ne posega v usodo, je po našem mnenju smiselno ob predpostavki, da je v ozadju vsega, kar se zgodi, pravičen in smiselna načrt, ki se mu človek ne sme postavljati po robu ali ga poskušati spremeniti (enako Hörnle, 2020). Toda to je metafizična predpostavka, ki jo lahko sprejemamo ali pa tudi ne. V vsakem primeru pa je jasno, da smo pri spoštovanju svarila, naj človek aktivno ne posega v tok usode, različno dosledni: velik del tega, kar človek počne, je usmerjenega v aktivno preoblikovanje naših danosti. Razmejitev med še sprejemljivim in nedopustnim poseganjem v usodo je nujno arbitrarna, kar se izrazi zlasti takrat, ko je treba razdeliti sredstva, ki so omejena. Vzemimo komisije, ki morajo odločiti, katerim izmed pacientov, ki bi jim zdravljenje z nekim dragim zdravilom lahko podaljšalo življenje, bo astronomsko ceno zdravila plačalo zdravstveno zavarovanje. Mar ne bi bilo tudi za te mogoče reči, da prevzemajo vlogo boga oziroma usode?

Temu je treba dodati, da je tudi sama razvrstitev nekega ravnanja med *storitve* ali *opustitve* lahko precej arbitrarna oziroma odvisna od naključnih okoliščin. Ali naj pri vrednotenju izklopa medicinske aparature, ki ohranja življenje, pretehta pritisk na gumb (ki je tehnično gledano aktivno ravnanje) ali pa okoliščina, da od tega trenutka dalje ohranjanje pri življenju ni več nudeno (tehnično gledano opustitev)? Nadalje si je, vsaj hipotetično, mogoče predstavljati različne konstrukcijske izpeljave medicinskih aparatov: take, ki delujejo, dokler jih ne

ozdravi in mlademu zdravniku ponudi svojo hčerko za ženo. Toda botra smrt se nad zdravnikom, ki jo je izzigral, neizprosno maščuje: namesto k poroki zavzvonijo zvonovi k njegovemu pogrebu.

<sup>17</sup> Analiza ideje Arthurja Kaufmanna o prava prostem prostoru je v slovenski literaturi na voljo v Ambrož (2007).

izklopiš, in take, ki po določenem času zahtevajo pritisk na gumb, da se ne ustavijo (Roxin, 2003: 665). Ob tem se pojavlja naslednji pomislek: saj vendar ne more biti od tehnične izvedbe aparature odvisno radikalno drugačno pravno ovrednotenje nekega ravnanja.

Na podlagi zapisanega menimo, da delitev na opustitve in storitve ni zadosten argument za bistveno različno pravno obravnavo *ex ante* in *ex post* konkurence, vendarle pa se strinjamo z oceno nemškega sveta za etiko, da pri *ex post* konkurencah odklop na napravo že priklopljenega pacienta praviloma ne more biti v skladu s pravom, če bi ga utemeljevali samo z utilitarističnim tehtanjem. K temu sklepu nas niso vodile razlike med storitvami in opustitvami, temveč predvsem načelo pravne varnosti. Podobno kot pri pravnih institutih pravnomočnosti ali zastaranja je tudi tu pomembno, da se odločanje na neki stopnji konča, prizadeti pa se lahko zanesejo na stanje, kakršno je. Zavest, da lahko posameznika v skladu s pravom v vsakem trenutku odklopijo z naprave, če se pojavi oseba, ki napravo bodisi bolj potrebuje bodisi ima boljše možnosti ozdravljenja, bi bila za paciente močno obremenjujoča, nadvse težavna pa bi bila tudi za zdravstveno osebje, saj bi bila vsaka razdelitev naprav le začasna, dokler se s prihodom novega pacienta karte ne premešajo na novo. Možnost zaupanja, da že začeto zdravljenje z napravo ne bo nepričakovano prekinjeno, je po našem mnenju sama zase tako pomembna dobrina, da prevlada nad utilitarnimi premisleki o tem, da bi konkurenčni pacient ob sprostitvi naprave morebiti imel boljše možnosti preživetja. Kljub izjemnemu pomenu zaupanja v to, da že začeto zdravljenje z napravo ne bo nepričakovano prekinjeno, pa prepovedi odklopa z naprave ne bi smeli absolutizirati. Kjer razvoj dogodkov pokaže, da od zdravljenja z napravo zanesljivo ni več mogoče pričakovati uspeha, bi bilo vztrajanje pri absolutni prepovedi prekinitve zdravljenja nesmiselno. Takšno stališče so zavzeli Komisija RS za medicinsko etiko (KME, 2020) in avtorji smernic Univerze v Pittsburghu (University of Pittsburgh, 2020).<sup>18</sup>

#### 4 Sklep

Priporočila etičnih komisij in strokovnih združenj glede ravnanja v primerih, ko ni mogoče optimalno pomagati vsem pacientom, imajo ne glede na samo priporočilno naravo velik pomen za odločevalce, paciente in družbo nasploh. Zdravstvenemu osebju, ki se mora odločati pod časovnim pritiskom in v stresnih okoliščinah, lajšajo veliko psihično breme. K omenjenemu cilju prispeva tudi skupinsko odločanje, ki ga priporočajo nekateri dokumenti (med drugim za

odločanje o prekinitvi nesmiselnega zdravljenja tudi KME) in ki bi ga kot dobro prakso radi posebej poudarili. Dober način, kako ravnati v situaciji težkih izbir, najdemo denimo v smernicah nemških zdravniških združenj. Te predlagajo, naj pri življenjsko pomembnih odločitvah sodeluje vsaj šest oči (torej trije ljudje). Če je mogoče, naj bo član takšne skupine tudi nekdo iz bolnišnice, ki ni zdravnik – na primer medicinski tehnik ali socialni delavec (DIVI, 2020a, 2020b: 5).

Priporočila za ravnanje zdravstvenih delavcev v času pandemije koristijo tudi pacientom, njihovim bližnjim in širši javnosti. Omogočijo jim namreč vpogled v (pretekle in prihodnje) odločitve zdravstvenega osebja (vidik transparentnosti) in v negotove razmere vnašajo predvidljivost. Posledično bo družba odločitve zdravstvenega osebja po našem mnenju štele za pravičnejše.

Priporočila pomenijo izziv za kazenskopravno obravnavo kolizij enakovrednih dolžnosti. Da bi bilo posameznikovo ravnanje v skladu s pravom, je po tradicionalnem stališču zadoščala izpolnitev ene izmed konkurirajočih dolžnosti, razlogov za izbiro pa ni bilo treba preverjati. Priporočila, kako je treba izbirati (oziroma kako se ne sme izbirati), lahko to stališče omajajo. Res je, da gre le za priporočila (in ne za pravna pravila), toda v članku smo pokazali, da določen vpliv na pravno presojo vendarle lahko imajo. Sami pomen priporočil razumemo predvsem kot pomoč odločevalcem, in ne kot instrument za kriminalizacijo njihovih odločitev. Za posameznika je bistveno lažje, če lahko ravna po smernicah, kot pa če se odloča spontano in nato v času po odločitvi retrospektivno preizprašuje pravilnost svoje odločitve. V članku smo preverili tudi možnosti in meje sklicevanja na skrajno silo tistih odločevalcev, ki priporočil zavestno ne bi upoštevali, hkrati pa bi za svojo odločitev ponudili moralno relevantne razloge.

Vsebina priporočil, kako ravnati v situacijah tragične izbire, je vselej delikatna in sporna. Ne samo da prihaja do konfliktov v stališčih različnih etičnih šol, zastavlja se tudi vprašanje, ali naj bodo priporočila oblikovana le negativno (katera merila se ne smejo upoštevati) ali pa naj vsebujejo tudi pozitivne napotke. V drugem primeru se zastavlja vprašanje, ali naj ponudijo eno ali več meril, ki jih je pri odločanju treba upoštevati. Kot smo pokazali v članku, so možni položaji, ko eno samo merilo (na primer možnosti uspeha zdravljenja) ne bo dovolj in bo potrebno nadaljnje, podrobnejše določanje.

Poseben izziv za etično in kazenskopravno presojo je razlikovanje tako imenovane *ex ante* in *ex post* konkurence. V zvezi s tem smo kritično ovrednotili tradicionalni pogled, v skladu s katerim storitve (odklop z naprave) zahtevajo bistveno drugačno normativno ovrednotenje kot opustitve (nepriklop na napravo). Kritičnemu premisleku smo izpostavili tudi

<sup>18</sup> Oba dokumenta odločitve o prekinitvi zdravljenja poverjata konziliju.



pogosto premalo reflektirana gesla, kot je denimo tisto, naj človek ne posega v usodo. Opozorili pa smo na velik pomen zaupanja v to, da že začeto zdravljenje z napravo ne bo nepričakovano prekinjeno, kar po našem mnenju vendarle upravičuje različno obravnavo *ex post* in *ex ante* konkurence.

V situaciji stiske, ki zdravstvene delavce obremenjuje s tragičnimi izbirami, se nekateri zanašajo na umetno inteligenco. Razvoj avtomatiziranih sistemov odločanja za zdravstveni sektor se je začel že pred letom 2020, v obdobju pandemije pa je dobil dodaten zagon. Samoučeči se algoritmi naj bi domnevno hitreje kot zdravstveno osebje zaznali poslabšanje bolezni (denimo začetek pljučnice) in ocenili možnosti pacientovega preživetja. Čeprav lahko takšni programi razbremenijo ali celo nadomestijo človeške odločevalce, so na mestu opozorila, da je treba vsakršno novo tehnologijo na tako občutljivem področju temeljito preizkusiti. To velja tudi (ali celo še posebno) v razmerah pandemije, ki vzbujajo potrebo po naglem ukrepanju (Hao, 2020; Ross, 2020). Razlogov za previdnost je več, omeniti pa želimo zlasti naslednje. Slabo delovanje algoritmov, ki sprejemajo tako pomembne odločitve o posameznikovih pravicah, ima lahko »usodne posledice za posameznikov (pravni in dejanski položaj« (Završnik, 2017: 144). Te bo pogosto težko opaziti: vpogled v osnovne parametre odločanja in njihovo kritično analizo je navadno močno omejen zaradi pravne zaščite algoritmov s pravicami intelektualne lastnine. Posebna težava avtomatiziranega odločanja so tudi pristranosti (pedsodki) oziroma nedovoljeni parametri odločanja, ki so lahko v algoritmu vključeni namenoma ali pa tudi povsem nehote (Završnik, 2017: 136, 145). Vse naštetu nam daje slutiti, da (vsaj hitra in nedomišljena) vključitev algoritmov v triažo ni čudežno zdravilo za tragične izbire *brez stranskih učinkov*. Zanašanje na umetno inteligenco bi sicer zdravstvene delavce res razbremenilo, toda etičnih dilem ne bi odpravilo. Precej verjetno bi o njih le manj razmišljali in razpravljali. Spodbuda za to je namreč prav nelagodje, ki ga občutimo zaradi možnosti, da se bomo srečali s tragično situacijo in da bomo nosili veliko psihično breme odločitve. Razpravo še dodatno duši varljiv občutek, da je izbira, ki jo opravijo algoritmi, nevtralna oziroma objektivna in da (zato) ne vzbuja nikakršnih etičnih pomislekov. Takšno razmišljanje je napačno. Tudi umetna inteligenca izbira po vnaprej določenih merilih in na podlagi podatkov, ki jih ustvarjalci algoritmov dojemajo kot pomembne. Izbor sicer res opravi algoritem, vendar so ljudje tisti, ki odločajo o parametrih, na podlagi katerih je bil ta izbor opravljen.

## Literatura

1. Ambrož, M. (2007). *Kaznivo dejanje in njegove vrednostne prvine*. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti.
2. Ambrož, M. (2014). *Storilstvo in udeležba v kazenskem pravu*. Ljubljana: GV Založba.
3. Bavcon, L., Šelih, A., Korošec, D., Ambrož M. in Filipčič, K. (2013). *Kazensko pravo: splošni del*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
4. BVerfGE 30, 1 (25), Zvezno ustavno sodišče Zvezne republike Nemčije (1970). Pridobljeno na <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv030001.html>
5. Cotič Anderle, M. (2009). *Triaža – krizni menedžment urgentnih oddelkov*. Pridobljeno na [https://www.zbornica-zveza.si/sites/default/files/kongres\\_zbn\\_7/pdf/213C.pdf](https://www.zbornica-zveza.si/sites/default/files/kongres_zbn_7/pdf/213C.pdf)
6. Daniels, N. (2016). Justice, resource allocation, and emergency preparedness: Issues regarding stockpiling. V B. Jennings, J. D. Arras, D. H. Barrett in B. A. Ellis (ur.), *Emergency ethics: Public health preparedness and response* (str. 104–154). Oxford: Oxford University Press.
7. Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin [DIVI]. (2020a). *Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie: Klinisch-ethische Empfehlungen*. Pridobljeno na <https://www.divi.de/empfehlungen/publikationen/covid-19/1540-covid-19-ethik-empfehlung-v2/file>
8. Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin [DIVI]. (2020b). *Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie: Klinisch-ethische Empfehlungen – Version 2*. Pridobljeno na <https://www.divi.de/empfehlungen/publikationen/covid-19/1549-entscheidungen-ueber-die-zuteilung-intensivmedizinischer-ressourcen-im-kontext-der-covid-19-pandemie-klinisch-ethische-empfehlungen/file>
9. Deutscher Ethikrat. (2020). *Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise: ad-hoc-Empfehlung*. Pridobljeno na <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf>
10. Greenacre, M. in Fleshner, K. (2017). Distributive justice in disaster triage: Utilitarianism competes with egalitarianism, autonomy, and the physician-patient relationship. *Trauma and Disaster Medicine*, 86(1), 35–37.
11. Hao, K. (23. 4. 2020). Doctors are using AI to triage covid-19 patients. The tools may be here to stay. *MIT Technology Review*. Pridobljeno na <https://www.technologyreview.com/2020/04/23/1000410/ai-triage-covid-19-patients-health-care>
12. Hilgendorf, E. (2018). Problem areas in the dignity debate and ensemble theory of human dignity. V D. Grimm, A. Kemmerer in C. Mölster (ur.), *Human dignity in context. Explorations of a contested concept* (str. 325–343). Baden-Baden: Nomos.
13. Hörnle, T. (2018). How to define human dignity, and the resulting implications for biotechnology. V D. Grimm, A. Kemmerer in C. Mölster (ur.), *Human dignity in context. Explorations of a contested concept* (str. 561–581). Baden-Baden: Nomos.
14. Hörnle, T. (4. 4. 2020). Dilemmata bei der Zuteilung von Beatmungsgeräten. *Verfassungsblog on matters constitutional*. Pridobljeno na <https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/>

15. Hübner, J., Schewe, D. M., Katalinic, A. in Frielitz, F.-S. (2020). Rechtsfragen der Ressourcenzuteilung in der COVID-19-Pandemie Zwischen Utilitarismus und Lebenswertindifferenz. *Deutsche Medizinische Wochenschrift*, 145(10), 687–692.
16. Jäger, C. in Gründel, J. (2020). Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 15(4). Pridobljeno na [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2020\\_4\\_1356.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2020_4_1356.pdf)
17. Kazenski zakonik (KZ-1). (2012). *Uradni list RS*, (50/12).
18. Kilner, J. F. (1990). *Who lives? Who dies? Ethical criteria in patient selection*. New Haven, London: Yale University Press.
19. Kipnis, K. (2002). Triage and ethics. *Medicine and Society*, 4(1). Pridobljeno na <https://journalofethics.ama-assn.org/article/triage-and-ethics/2002-01>
20. Komisija Republike Slovenije za medicinsko etiko [KME]. (2020). *Stališče Komisije RS za medicinsko etiko o odločanju zdravnikov v zvezi z vključevanjem respiratorjev v zdravljenje hudo prizadetih bolnikov z boleznijo, povzročeno z virusom SARS-CoV2*. Pridobljeno na <http://www.varuh-rs.si/fileadmin/Koronavirus/Stalisce-KME-o-odlocanju-zdravnikov-v-zvezi-z-vkljucenjem-respiratorje....pdf>
21. Korošec, D. (2016). *Medicinsko kazensko pravo* (2. izd.). Ljubljana: GV Založba.
22. Lübke, W. (2020). *Corona triage: A commentary on the triage recommendations by Italian SIAARTI medicals regarding the corona crisis*. Berlin: Verfassungsblog. Pridobljeno na <https://verfassungsblog.de/corona-triage-2>
23. Merriam-Webster Online Dictionary. (2020). *Triage*. Pridobljeno na <https://www.merriam-webster.com/dictionary/triage>
24. Ministrstvo za zdravje Republike Slovenije, Sektor za kakovost in varnost sistema zdravstvenega varstva. (2013). *Smernice za delovanje sistema nujne medicinske pomoči ob množičnih nesrečah*. Pridobljeno na <https://www.szd.si/wp-content/uploads/2018/11/szd-uzvn-mrmi-smernice-za-delovanje-sistema-nmp-ob-mnozicnih-nesrecah.pdf>
25. Prestor, J. (2011). Pomen triaže in izvajanje primarne triaže v primeru izrednih dogodkov. V M. Gričar in R. Vajd (ur.), *Urgentna medicina- izbrana poglavja: zbornik predavanj, Portorož, 15.–18. junij 2011* (str. 150–155). Ljubljana: Slovensko združenje za urgentno medicino.
26. Rajapakse, R. (2015). Triaža v urgentnih ambulantah. *Zdravniški vestnik*, 84(4), 259–267.
27. Rönnau, T. in Wegner, K. (2020). Grundwissen – Strafrecht: Triage. *Die Juristische Schulung*, (5). Pridobljeno na [https://rsw.beck.de/docs/librariesprovider51/nldocs/jus\\_2020\\_403\\_roennau\\_wegner.pdf?sfvrsn=b6a62144\\_2](https://rsw.beck.de/docs/librariesprovider51/nldocs/jus_2020_403_roennau_wegner.pdf?sfvrsn=b6a62144_2)
28. Ross, C. (24. 4. 2020). Hospitals are using AI to predict the decline of Covid-19 patients – Before knowing it works. *STAT*. Pridobljeno na <https://www.statnews.com/2020/04/24/coronavirus-hospitals-use-ai-to-predict-patient-decline-before-knowing-it-works>
29. Rothstein, M. A. (2010). Currents in contemporary ethics. Should health care providers get treatment priority in an influenza pandemic? *The Journal of Law, Medicine and Ethics*, 38(2), 412–419.
30. Roxin, C. (2003). *Strafrecht – Allgemeiner Teil II (Besondere Erscheinungsformen der Straftat)*. München: Verlag C. H. Beck.
31. Roxin, C. (2006). *Strafrecht – Allgemeiner Teil I (Grundlagen, Aufbau der Verbrechenlehre)*. München: Verlag C. H. Beck.
32. Salecl, R. (11. 4. 2020). Koronakapitalizem ali koliko je vredno življenje: Koga priključiti na respirator, če je bolnikov več kot naprav? Direktorja, ki ga podjetje nujno potrebuje, ali samohrana nilca treh otrok? *Delo. Sobotna priloga*. Pridobljeno na <https://www.delo.si/sobotna-priloga/koronakapitalizem-ali-koliko-je-vredno-zivljenje-297748.html#>
33. Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften. (2020). *Covid-19-Pandemie: Triage von intensivmedizinischen Behandlungen bei Ressourcenknappheit*. Pridobljeno na [https://www.samw.ch/dam/jcr:4c30e233-6357-4b1a-98fa-27323db77ccc/richtlinien\\_v2\\_samw\\_triage\\_intensivmedizinische\\_massnahmen\\_ressourcenknappheit\\_20200324.pdf](https://www.samw.ch/dam/jcr:4c30e233-6357-4b1a-98fa-27323db77ccc/richtlinien_v2_samw_triage_intensivmedizinische_massnahmen_ressourcenknappheit_20200324.pdf)
34. SIAARTI. (2020). *Clinical ethics recommendations for the allocation of intensive care treatments, in exceptional, resource-limited circumstances*. Pridobljeno na <http://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20-%20Covid-19%20-%20Clinical%20Ethics%20Reccomendations.pdf>
35. Stefanini, A. (1999). Editorial: Ethics in health care priority-setting: a north–south double standard? *Tropical Medicine & International Health*, 4(11), 709–712.
36. Suresh, A. (2020). *How should we ethically allocate scarce critical care resources during COVID-19 pandemic?* Pridobljeno na <https://inside.upmc.com/how-should-we-ethically-allocate-scare-critical-care-resources-during-covid-19-pandemic>
37. Svetovno zdravniško združenje. (2016). *Priročnik zdravniške etike*. Maribor: Medicinska fakulteta Univerze v Mariboru.
38. University of Pittsburgh. (2020). *Allocation of scarce critical care resources during a public health emergency*. Pridobljeno na [https://ccm.pitt.edu/sites/default/files/UnivPittsburgh\\_ModelHospitalResourcePolicy\\_2020\\_04\\_15.pdf](https://ccm.pitt.edu/sites/default/files/UnivPittsburgh_ModelHospitalResourcePolicy_2020_04_15.pdf)
39. White, D. B. in Angus, D. C. (2020). A proposed lottery system to allocate scarce COVID-19 medications promoting fairness and generating knowledge. *JAMA*, 324(4), 329–330 Pridobljeno na <https://jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/2767751>
40. White, D. B. in Lo, B. (2020). A Framework for rationing ventilators and critical care beds during the COVID-19 pandemic. *JAMA*, 323(18), 1773–1774.
41. Woollard, F. in Howard-Snyder, F. (2016). Doing vs. allowing harm. *V Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Pridobljeno na <https://plato.stanford.edu/entries/doing-allowing>
42. Zack, N. (2009). *Ethics for Disaster*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers.
43. Završnik, A. (2017). Algoritmčno nadzorstvo: veliko podatkovje, algoritmi in družbeni nadzor. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 68(2), 135–149.

## Who to Rescue During a Pandemic? Ethical and Criminal Aspects of Triage

Lora Briški, Junior Researcher, Institute of Criminology at the Faculty of Law Ljubljana, Slovenia. E-mail: lora.briski@pf.uni-lj.si

Matjaž Ambrož, Ph.D., Professor of Criminal Law, Faculty of Law, University of Ljubljana and Researcher, Institute of Criminology at the Faculty of Law Ljubljana, Slovenia. E-mail: matjaz.ambroz@pf.uni-lj.si

Renata Salecl, Ph.D., Research Associate, Institute of Criminology at the Faculty of Law Ljubljana, Slovenija; Professor, School of Law, Birbeck College, United Kingdom and member of the Slovenian Academy of Sciences and Arts, Slovenia. E-mail: renata.salecl@pf.uni-lj.si

A drastic increase in the number of patients due to a sudden outbreak and rapid spread of infectious disease can overwhelm health care systems. A shortage of medical staff and equipment may force physicians to face tragic choices, in which some patients receive lifesaving treatments or priority treatment, and some do not. The (medical) ethics seeks answers to this dilemma. Another question is should any “wrong” decisions give rise to criminal responsibility? In the first part of our paper, we examine recommendations published by the Slovenian and foreign ethics councils and professional medical associations. The recommendations differ, in particular, in terms of decision-making criteria in life-against-life situations. In the second part, we discuss the potential legal consequences for breaching or disregarding those recommendations. When describing the process of triaging, we present our view on the classical ethical problem that the pandemic has once-again brought to the forefront: should we distinguish between situations in which patients have already been placed on mechanical ventilation and situations where two or more patients require mechanical ventilation, but only one ventilator is available? We agree that *ex ante* collisions of duties cannot be treated in the same way as *ex post* collisions of duties, but for different reasons than the authors usually suggest.

**Keywords:** triage, conflict of duties, ethics, pandemic, resource allocation in healthcare, respirator, criminal law, criminal responsibility

**UDC:** [343+174]:616-8