

РА 17371
41-21200143

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Докторска дисертација:

**Одговорност за штету
због нежељеног рођења
(*wrongful birth*)
и због нежељеног живота
(*wrongful life*)**

Упоредноправни преглед

МЕНТОР

Проф.др Слободан Перовић

КАНДИДАТ

Мр Хајрија М. Мујовић-Зорнић

БЕОГРАД, 2000.

УНИВЕРЗИТЕТСКА БИБЛИОТЕКА
"СВЕТОЗАР МАРКОВИЋ" - БЕОГРАД
Ш Н. Бр. 117645



С А Д Р Ж А Ј

УВОД	7
ГЛАВА ПРВА: МЕДИЦИНСКИ И ПРАВНИ ОСНОВИ ПРОБЛЕМАТИКЕ.....	15
§1. ПОЈАМ НЕЖЕЉЕНОГ РОЂЕЊА ДЕТЕТА И НЕЖЕЉЕНОГ ЖИВОТА.....	15
А. ДЕФИНИСАЊЕ СЛУЧАЈЕВА НЕЖЕЉЕНОГ РОЂЕЊА И НЕЖЕЉЕНОГ ЖИВОТА	15
Б. ДЕФИНИСАЊЕ ЗАХТЕВА ЗА НАКНАДУ ШТЕТЕ ЗБОГ НЕЖЕЉЕНОГ РОЂЕЊА (<i>WRONGFUL BIRTH</i>) И ЗАХТЕВА ЗА НАКНАДУ ШТЕТЕ ЗБОГ НЕЖЕЉЕНОГ ЖИВОТА (<i>WRONGFUL LIFE</i>)	19
<i>I Захтеви за накнаду штете због нежељеног рођења</i>	23
<i>II Захтеви за накнаду штете због нежељеног живота</i>	23
§2. МЕДИЦИНСКИ ОСНОВИ ПРОБЛЕМАТИКЕ.....	24
А. МЕРЕ НАДЗОРА ТРУДНОЋЕ	24
<i>I Генетска испитивања</i>	25
<i>II Пренатална испитивања</i>	26
<i>III Превенција и дијагностиковање пренаталних оштећења плода</i>	27
<i>IV Облици пренаталних оштећења плода</i>	31
а) Унутрашњи фактори оштећења.....	31
аа) Наследна обољења.....	32
б) Спољашњи фактори оштећења.....	34
аа) Оштећења инфекцијама	34
бб) Оштећења лековима.....	36
вв) Оштећења зрачењем	36
Б. МЕРЕ ЗАШТИТЕ ОД НЕЖЕЉЕНЕ ТРУДНОЋЕ.....	38
<i>I Стерилизација</i>	38
а) Појам	38
б) Методе стерилизације	40

II	Контрацептивна средства.....	41
III	Побачај.....	42
§3.	ПРАВНИ ОСНОВИ ПРОБЛЕМАТИКЕ	44
A.	ПРАВНИ АСПЕКТИ ГЕНЕТСКИХ ИСПИТИВАЊА.....	44
I	Општи поглед.....	44
II	Стање законодавства.....	45
а)	Америчко право	46
б)	Немачко право	48
в)	Француско право	49
B.	ПРАВНИ АСПЕКТИ ПРЕНАТАЛНЕ ДИЈАГНОСТИКЕ	50
I	Општи поглед.....	50
II	Стање законодавства.....	52
а)	Југословенско право	52
б)	Француско право	53
в)	Немачко право	55
г)	Америчко право.....	55
В.	ДОПУШТЕНОСТ ПРЕКИДА ТРУДНОЋЕ СА	
СТАНОВИШТА ПРАВА	56	
I	Општи поглед.....	56
II	Стање законодавства.....	57
а)	Југословенско право	57
б)	Немачко право	59
в)	Француско право	61
г)	Америчко право.....	62
Д.	ДОПУШТЕНОСТ СТЕРИЛИЗАЦИЈЕ.....	65
I	Општи поглед.....	65
II	Стање законодавства.....	66
а)	Немачко право	67
б)	Француско право	70
в)	Америчко право	71
Е.	ПРАВО НА ПЛАНИРАЊЕ ПОРОДИЦЕ	
И МЕРЕ КОНТРАЦЕПЦИЈЕ.....	72	

I Општи поглед.....	72
II Стање законодавства.....	74
ГЛАВА ДРУГА: РАЗВОЈ ПРАВНЕ ПРАКСЕ.....	77
§1. УВОД.....	77
§2. СУДСКА ПРАКСА КОЈА СЕ ТИЧЕ НЕЖЕЉЕНОГ РОЂЕЊА (WRONGFUL BIRTH).....	79
A. ОПШТИ ПОГЛЕД.....	79
B. ПРАКСА АМЕРИЧКИХ СУДОВА.....	80
I Рођење здравог детета.....	80
II Рођење болесног детета.....	84
V. ПРАКСА НЕМАЧКИХ СУДОВА.....	89
I Осврт на актуелну судску праксу.....	89
II Рођење здравог детета.....	95
III Рођење болесног детета.....	98
Д. ПРАКСА ФРАНЦУСКИХ СУДОВА.....	100
I Општи осврт.....	100
II Рођење здравог детета.....	103
III Рођење болесног детета.....	106
а) Изгубљена шанса.....	107
б) Одсуство психолошке припреме за рођење хендикепираног детета.....	109
§2. СУДСКА ПРАКСА КОЈА СЕ ТИЧЕ НЕЖЕЉЕНОГ ЖИВОТА (WRONGFUL LIFE).....	111
A. ПРАКСА АМЕРИЧКИХ СУДОВА.....	112
B. ПРАКСА НЕМАЧКИХ СУДОВА.....	117
V. ПРАКСА ФРАНЦУСКИХ СУДОВА.....	118
I Губитак шансе за супротстављање последицама болести.....	118
II Штета због рођења.....	122
ГЛАВА ТРЕЋА: ПРАВНА ПРИРОДА ОДГОВОРНОСТИ.....	125
§1. ОПШТИ ОСВРТ.....	125
§2. ДЕЛИКТНА ОДГОВОРНОСТ.....	128

А. ФАКТИЧКИ ОДНОС ЛЕКАРА И ПАЦИЈЕНТА КАО ПРЕТПОСТАВКА ОДГОВОРНОСТИ	128
Б. ОСОБЕНОСТИ СЛУЧАЈЕВА НЕЖЕЉЕНОГ РОЂЕЊА И НЕЖЕЉЕНОГ ЖИВОТА	131
§3. УГОВОРНА ОДГОВОРНОСТ	134
А. УГОВОРНИ ОДНОС ИЗМЕЂУ ЛЕКАРА И ПАЦИЈЕНТА КАО ПРЕТПОСТАВКА ОДГОВОРНОСТИ	134
Б. ОСОБЕНОСТИ СЛУЧАЈЕВА НЕЖЕЉЕНОГ РОЂЕЊА И НЕЖЕЉЕНОГ ЖИВОТА	140
I Уговор о стерилизацији	141
II Уговор о побачају.....	142
III Уговор о постављању дијагнозе.....	143
IV Уговор о купопродаји средства за контрацепцију	144
ГЛАВА ЧЕТВРТА: УСЛОВИ ОДГОВОРНОСТИ	146
§1. КРШЕЊЕ ДУЖНОСТИ ПАЖЉИВОГ ПОСТУПАЊА	146
А. ОПШТИ ОСВРТ	146
Б. ПОЈЕДИНАЧНИ ОБЛИЦИ КРШЕЊА ДУЖНОСТИ.....	150
I Нестручно обављена стерилизација	150
II Нестручно обављен побачај	152
III Дијагностичке грешке.....	153
IV Грешке у обавештавању	155
V Апотекарске грешке	157
§2. УЗРОЧНА ВЕЗА ИЗМЕЂУ ГРЕШКЕ И ШТЕТЕ	159
А. ОПШТИ ПОГЛЕД	159
Б. ТЕОРИЈА О АДЕКВАТНОЈ УЗРОЧНОСТИ.....	160
В. ТЕОРИЈА О ЗАШТИТНОМ ЦИЉУ НОРМЕ (УГОВОРА) ..	163
I Деликтни захтеви.....	164
II Уговорни захтеви.....	164
Д. УЗРОЧНА ВЕЗА ИЗМЕЂУ НЕДОЗВОЉЕНЕ РАДЊЕ И ИЗГУБЉЕНЕ ШАНСЕ ПО ФРАНЦУСКОМ ПРАВУ	167
Е. ПРЕКИДАЊЕ УЗРОЧНЕ ВЕЗЕ.....	169
I Прихватање детета	169
II Полно општење.....	170

III Одустајање од побачаја	171
§3. ШТЕТА.....	172
A. ЕГЗИСТЕНЦИЈА ДЕТЕТА.....	172
B. ОПТЕРЕЋЕЊЕ ЗАКОНСКОМ ОБАВЕЗОМ	
ИЗДРЖАВАЊА	173
I Признавање права на накнаду штете.....	175
II Непризнавање права на накнаду штете	180
§4. ТЕРЕТ ДОКАЗИВАЊА.....	183
§5. ОВЛАШЋЕНА И ОДГОВОРНА ЛИЦА.....	187
ГЛАВА ПЕТА: НАКНАДА ШТЕТЕ	191
§1. ОПШТЕ НАПОМЕНЕ	191
§2. ВИДОВИ ОБЕШТЕЋЕЊА.....	194
A. НАКНАДА МАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ	194
I Трошкови издржавања детета	195
II Остали трошкови	202
III Одузимање користи од штете	204
B. НАКНАДА НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ.....	205
I Захтеви мајке.....	206
II Захтеви детета	209
ЗАКЉУЧАК	211
СПИСАК ЛИТЕРАТУРЕ.....	218

УВОД

1. Одговорност за штету представља цивилизацијску тековину, која се, као и свака друга, непрестано усавршава, на начин да се одговорност стално шири захватајући нова подручја живота. Правна заштита обухвата све већи број разноликих човекових интереса. Што је степен цивилизације већи, све је мање штета које имају судбинско значење. У високо цивилизованом свету сматра се да сваку насталу штету треба подмирити. Тиме би друштвена брига о појединцима била потпуна, јер нико не би био препуштен самом себи ни у једној невољи. Међутим, толики степен цивилизације још увек није достигнут. Обештећење следује само за оне штете за које је неко одговоран. Одатле произилазе многе тешкоће и несигурности, јер поље одговорности нема јасно повучене границе, него их треба увек изнова утврђивати, а апстрактне границе одговорности конкретизовати. Додуше, одговорност за многе облике штета толико је већ уобичајена да не изазива никакву сумњу, али постоји и пуно још спорних случајева који изазивају недоумице (на пример у наступању штете не препознаје се одмах противправно чињење, и слично). Такве



недоумице се јављају и код штета које се одражавају на рађање човека и на човеково потомство.

2. До пре кратког времена, могућим утицајем на људски живот који настаје сматрао се углавном само абортус (побачај). Његова процена је традиционално, у првом реду, била ствар кривичног права. Што се тиче права о грађанској одговорности, важило је схватање да лекар који врши забрањени побачај треба да одговара због штетних последица и онда када у погледу њих није имао никакву даљу кривицу. То значи неку врсту одговорности за *versari in re illicita*: ко својом кривицом доспе у неку недозвољену ситуацију, одговоран је за све штетне последице које из ње проистекну.* Насупрот овој полазној позицији, у новије време јако је порастао значај грађанског права за питања која су повезана са животом који настаје. Разлог томе је, првенствено, повећано знање о релевантним узрочним везама и новим могућностима да се утиче на живот у настајању. При томе у неким областима развој напредује тако бурно, да је тешко разазнати све његове последице.

3. Случајеви штета које се дешавају у вези са рођењем и одражавају се на човеково потомство (нежељено рођено здраво или болесно дете) постали су сазнатљиви тек са медицинским напретком у области пренаталне дијагностике и са легализацијом индикованог прекида трудноће. На пример: кад се ради о

* Dieter MEDICUS, *Zivilrecht und werdendes Leben*, München, 1985, стр.5.

медицинским сазнањима о настанку људског живота појављују се нарочито важна правна питања услед тога што је са напретком науке створена могућност, да се оно што се до скорога сматрало предодређеним и непроменљивим, сада планира и да се њиме манипулише. Дошло се, наиме, до тога да се и планирањем породице и контролом рађања може владати до одређеног степена. С једне стране, омогућено је спречавање нежељеног рођења детета помоћу контрацептивних средстава и побољшањем метода стерилизације, а с друге стране, законодавац је под одређеним условима дозволио прекид трудноће. Достигнута сазнања о пренаталном испитивању играју такође важну улогу код еугенских индикација за побачај, јер и поред могућности да помогну живот садрже увек и понуду за селективни прекид трудноће, одлучивање за живот или смрт очекиваног детета, па тиме и спречавање "болесног". С друге стране, за брачне парове од којих је један партнер неплодан, са хетерологим осемењавањем и зачећем *in vitro*, настала је могућност да добију властито дете, уместо да прибегну усвајању.

4. Са све већом распрострањеношћу контроле рађања све више добија на значају питање одговорности за неуспехе (промашаје) контроле рађања, па према томе и за нежељено рођење детета. Судови се све чешће налазе пред задатком да праве разлику између људске судбине и скривљеног шкођења здрављу. Код штета које се тичу потомства, у новије време, у први план избијају родитељи као дужници издржавања детета и они треба да

буду обештећени. Тачније, постављају се питања може ли неко други, осим биолошких родитеља, бити дужан да издржава туђе дете, зато што је скривио његово нежељено, непланирано или болесно рођење. То је овде у суштини питање *одговорности лекара за нови живот*, који није жељен, било зато што је непланиран или зато што је болестан (инвалидан). Оно постаје правно релевантно у следећим случајевима: **1) осујећено планирање породице, тзв. *wrongful birth* случајеви** (погрешан лекарски савет, информација или преглед у вези са трудноћом, неуспешне контрацептивне мере и изостали захвати побачаја или стерилизације); **2) нежељен (штетан) живот, тзв. *wrongful life* случајеви** (неспречено рођење болесног или инвалидног детета). За обе групе овде спорних случајева заједничко је то да штета настаје због нежељено рођеног детета. У првој групи случајева треће лице је својом кривицом условило да родитељи добију дете чије су рођење желели да спрече (пре зачећа или од момента сазнања за оштећење детета). На пример: у клиници је мањкаво извршен индикован побачај, тако да трудноћа није прекинута; или: за стерилизацију је изабран метод који пружа мање сигурности при чему пацијенту није указано на ризик да дође до нежељеног зачећа; или: апотекар није прочитао рецепт са довољном пажњом и, уместо преписаног лека за контрацепцију, издао је други лек; или: лекар је касно утврдио трудноћу, због чега легални побачај више није био могућ. У другој групи случајева ради се о лекарским грешкама недијагностиковања и неспречавања рођења детета са душевним

или телесним недостацима. На пример, дете је због пропуста лекара да утврди обољење мајке у раном стадијуму трудноће дошло на свет са тешким оштећењима и суочило се са тешкоћама своје болесне егзистенције. Тужбе подносе погођени родитељи детета које је уопште рођено захваљујући некој лекарској грешци или је, због истог разлога, рођено са извесним телесним, односно духовним недостацима. Кад је посреди овај други случај, тада се дете јавља и само у улози тужиоца, тражећи накнаду властите штете. Родитељи трпе штету због **нежељеног рођења** а болесно дете због **нежељеног живота**.

5. Циљ овог рада је да у појединостима осветли правну и медицинску проблематику која настаје у вези са *нежељеним рођењем* и *нежељеним животом*, која се актуализује у ситуацијама осујећеног планирања породице и нежељеног болесног живота, и да определи њено место у систему општих правила имовинске одговорности. Истраживање треба, између осталог, да пружи одговор на следећа питања:

- Ако је ординирајући лекар, кршећи своје обавезе из уговора о медицинском третману, условио нежељено рођење детета, да ли је тиме нанео штету његовим родитељима? Како је могуће да правни поредак постанак човечијег живота вреднује позитивно и да га, у исти мах, оцењује негативно, као штету? Шта чини појам штете у правном смислу, тј. да ли под њега треба подвести само рођење које није жељено (тај "божији дар") или рођењем узроковане трошкове издржавања и лечења

новорођенчета? Тачније, да ли оптерећење обавезом издржавања нежељено рођеног детета представља штету која обавезује на накнаду? Може ли се и у том случају полазити од става да су биолошки родитељи дужни да обезбеде издржавање детета, или то у овим случајевима постаје питање планирања породице и његовог осујећења? Да ли признавање права на накнаду штете треба да зависи од тога је ли дете дошло на свет здраво или болесно? У случају оштећења детета, има ли и оно право на накнаду штете или само његови родитељи? Да ли је лекар обавезан према хендикепираном фетусу да га поштеди живота са тешким физичким и психичким недостацима, тј. да обавести родитеље какво дете могу очекивати и тако спречи његово рођење? Постоји ли право детета да буде рођено здраво, без озбиљних физичких или психичких недостатака (хендикепа)? Да ли је по важећим моралним и правним принципима могуће болестан живот човека који постоји упоређивати са здравим животом човека кога нема, и болестан живот квалификовати као штету? Треба ли установити заједничка правила за случајеве из ове области штета (*нежељено рођење и нежељен живот*), будући да могу да наступе у разним комбинацијама и да се понекад не могу практично раздвојити?

б. Проблематика на коју се ова тема односи излази из оквира једне и дотиче се више различитих дисциплина. У њој се преплићу питања медицинског, облигационог и породичног права.

Преклапање више релевантних области, посебно облигационог и породичног права, изазивају одређене проблеме будући да ове две дисциплине следе различита начела. Са становишта медицинског права, постоје такође одређене специфичности, јер "као што је свака медицинска интервенција скопчана са ризиком, тако је и сваки правни приступ њој, такође ризичан. Упркос томе и медицинске и правне интервенције су нужне".* Осим тога, постоји несклад између колоквијалних термина и правних појмова. Он долази до изражаја особито у оквиру права које се тиче накнаде штете, кад се изрази који су по свом суштинском значењу везани за привредно подручје примењују на питања људског живота. Синтагме "дете као штета" и "рођење као штета" воде неминовно ка различитим ставовима, који су резултат различитих погледа на свет и опредељујућих етичких принципа. Уз све то, дискусија о овој теми одвија се у атмосфери двају супротних настојања: да се одговорност лекара уопште прошири или да се ограничи.

7. Тему овог рада ваља разграничити од других сличних тема. Она ће обухватити само питања имовинске одговорности медицинских посленика у оквиру репродуктивне здравствене службе, првенствено гинеколога и генетских саветника, али не и лица изван те службе, која исто тако могу штетити трудници или плоду (нпр. инфицирање труднице од полног партнера сифилисом,

* Јаков РАДИШИЋ, *Професионална одговорност медицинских посленика*, Београд, 1986., стр.285.

тако да дете долази на свет са урођеним сифилисом, или повреда труднице приликом саобраћајне несреће, итд.). У област коју ова тема обухвата не улазе ни питања правне проблематике скопчане са рођењем путем вештачког оплођења.

8. Истраживање назначених питања вршиће се, пре свега, применом упоредноправног метода. При томе ће посебна пажња бити посвећена правним ставовима трију земаља које имају богату судску праксу и правну теорију: САД, Немачке, и Француске. Обрадиће се донекле и међународни прописи, као што су *Конвенција Савета Европе о биомедицини* и *Универзална Декларација UNESCO-а о хуманом геному*. Водиће се рачуна и о медицинској пракси у Југославији, о прописима, и о могућим решењима са становишта југословенског права.

9. Тематика лекарске одговорности у случајевима *нежељеног рођења и нежељеног живота* у оквиру овог рада садржински је распоређена у више тематских целина тј. поглавља: 1) *Медицински и правни основи проблематике*; 2) *Развој правне праксе*; 3) *Правна природа одговорности*; 4) *Услови одговорности*; и 5) *Накнада штете*.

ГЛАВА ПРВА: МЕДИЦИНСКИ И ПРАВНИ ОСНОВИ ПРОБЛЕМАТИКЕ

§1. ПОЈАМ НЕЖЕЉЕНОГ РОЂЕЊА ДЕТЕТА И НЕЖЕЉЕНОГ ЖИВОТА

А. ДЕФИНИСАЊЕ СЛУЧАЈЕВА НЕЖЕЉЕНОГ РОЂЕЊА И НЕЖЕЉЕНОГ ЖИВОТА

1. Супротно ономе што влада у природи, напредак у области медицине оплођавања¹ условљава пуно недоумица и проблема. У области репродукције која се тиче интимног и комплексног дела живота сваког појединца, утицај медицине, тј. њених дијагностичких и терапијских поступака обухвата широк дијапазон радњи, почев од генетских испитивања до зачећа детета, преко могућности вештачке оплодње и од стране лекара програмираног порођаја, до спречавања трудноће или побачаја. Напетост која овде постоји не испољава се само као етички и социолошки проблем, него и као правни проблем, јер се поставља

¹ Овај израз је устаљен у медицинској терминологији и њиме се обухватају сви медицински поступци који су везани за зачеће, рађање, и уопште људску репродукцију. Видети: G.MÜLLER, "Fortpflanzung und ärztliche Haftung", у:

питање одговорности лекара због грешке која се састоји из одређеног чињења или пропуштања. То се питање особито заоштрава у случају кад се грешком лекара догоди рођење детета, које је његовим прописним поступањем требало да буде спречено.

2. Феномен нежељених трудноћа и непланиране деце стар је вероватно колико и сам људски род. Међутим, појам нежељености је неодређен и широк. Треба разликовати нежељеност из објективних разлога (неудата трудница, жена са много деце, економски фактори) и нежељеност из субјективних разлога, тј. личних побуда. Такође, треба разлучити појмове *нежељеног зачећа*, *нежељене трудноће* и *нежељеног детета*.² Ако се репродукција људи замисли као низ поступака, почев од сексуалног акта, оплодње, трудноће, рођења детета, бриге за новорођенче, онда је јасно да сваки од тих поступака прате одређене емоционалне реакције родитеља. Наиме, дете може бити нежељено услед тога

E.DEUTSCH/E.KLINGMÜLLER/H.J.KULLMANN, *Der Schadensersatz und seine Deckung*, Berlin/New York, 1995, стр.355.

² Ови појмови се дефинишу уз навођење илустративних података о истраживањима која су спроведена у САД и неким другим земљама. Најновија истраживања говоре да су више од једне четвртине жена које су трудне имале један абортус или нежељену трудноћу. У развијеним земљама од 28 милиона трудноћа сваке године 49% је непланирано а 36% се завршава абортусом (Induced abortion Worldwide, Internet adress http://www.agi.usa.org/pubs/fb_0599.html). Осим тога, врло је тешко сврстати децу у категорије жељено - нежељено, пошто постоје различити критеријуми за одређивање статуса нежељености. Зато свака студија о нежељености мора водити рачуна о томе о којој је врсти нежељености реч, када је до ње дошло и који су њени узроци. Видети: Н.КАПОР-СТАНУЛОВИЋ, *Психологија родитељства*, Београд, 1985., стр.145-152.

што време његовог доласка на свет није најпогодније у односу на животни циклус родитеља, на пример, кад је до трудноће дошло прерано, док су млади родитељи још у фази школовања, или убрзо, после претходне трудноће. Осим тога, трудноћа код старијих жена, које су већ завршиле са планираним рађањем, врло често је нежељена. У свим овим ситуацијама до нежељености долази у тренутку кад се деси непланирана и нежељена трудноћа, а разлози њеног неприхватања тј. нежељености могу бити веома различити и обухваћени су, углавном, разлозима истоветним онима предвиђеним за допуштени побачај (медицинске и еугенске индикације, и морални и социјални разлози).

3. Међутим, овде су предмет интересовања они случајеви нежељеног, непланираног и несрећног рођења детета који су узроковани изосталим или погрешним медицинским третманом у оквиру репродуктивне здравствене службе. Дете је, дакле, или зачето или рођено благодарећи некој лекарској грешци. У такве грешке спадају:

- ❖ рђаво извршен или изостао побачај;
- ❖ непрописно обављена стерилизација, која је требало да спречи трудноћу;
- ❖ необавештавање о преосталом ризику код стерилизације (нпр. о резултатима спермограма);
- ❖ непредузимање контролног прегледа после стерилизације (нпр. код захвата на мушкарцу исечено ткиво није било испитано);
- ❖ избор несигурне методе стерилизације;

- ❖ касно дијагностикована нежељена трудноћа;
- ❖ изостао потребан савет трудници или пренатална дијагноза болести плода, која би трудницу навела да изврши побачај;
- ❖ необавештавање труднице о ризику који прети фетусу;
- ❖ погрешно саветовање пре зачећа у области хумане генетике, које је довело до рођења генетски хендикепираног детета;
- ❖ недијагностиковање инфекције рубеоле за време првих недеља трудноће и невршење побачаја који је сам по себи био индикован;
- ❖ погрешно издавање лека за контрацепцију од стране апотекара;
- ❖ преписивање погрешног лека као контрацептивног средства или лека чијим се узимањем отклања контрацептивно дејство анти-беби пилула, а да на то жена није упозорена;

Овим примерима не исцрпљују се сви могући случајеви лекарских грешака које доводе до нежељеног зачећа или нежељеног рођења. То показује богата судска пракса у овој области одговорности за штету, о којој ће бити речи доцније.

4. Заједнички именитељ свих наведених примера јесте непажљиво поступање одговорног лица (лекара, лаборанта или апотекара), чије последице погађају некада само родитеље, а некада и родитеље и дете. Тачније, нежељеним рођењем здравог детета погођени су његови родитељи. Међутим, последице невољног рођења болесног детета трпе и родитељи и дете. Истина, болесно дете трпи штетне последице своје болести без обзира на то да ли је његово рођење било пожељно или непожељно. Као

болеснику, њему је живот терет и зато га не жели. С друге стране, непланирано дете за родитеље може бити нежељено и кад је здраво. Али, ако је новорођенче и непланирано и болесно, оно је за родитеље особито нежељено. Ова група случајева постала је сазнатљива тек са медицинским напретком у области пренаталне дијагностике и са легализацијом генетски индикуваног прекида трудноће. Нежељеност рођења или болесног живота у неким од ових случајева постоји од самог почетка (*ab initio*), а у неким настапа касније. Ово друго бива најчешће у тренутку дијагностиковања неке аномалије плода, пошто родитељи не желе да прихвате ризик болесног потомства. Другим речима, трудноћа може бити планирана и жељена, али да њено одржавање због неповољног тока, постане непожељно.

**Б. ДЕФИНИСАЊЕ ЗАХТЕВА ЗА НАКНАДУ ШТЕТЕ
ЗБОГ НЕЖЕЉЕНОГ РОЂЕЊА (*WRONGFUL BIRTH*) И
ЗАХТЕВА ЗА НАКНАДУ ШТЕТЕ ЗБОГ
НЕЖЕЉЕНОГ ЖИВОТА (*WRONGFUL LIFE*)**

1. Захтеви за надокнаду штете произашли из напред описаних ситуација, уобличени су у правним фигурама *wrongful birth* (нежељено рођење) и *wrongful life* (нежељени живот). Ти су називи потекли из америчког прецедентног права, а данас су општеприхваћени у правној теорији и пракси многих земаља. Они показују да до штете може да дође и услед оптерећења правном обавезом, које је настало чињењем или нечињењем другога (тзв.

пасивна штета).³ Настанак обавезе значи да је оштећени постао дужник и да мора начинити неки трошак да би исплатио дуг. За родитеље детета, кривицом лекара, настаје у овом случају штета у виду обавезе издржавања детета. Ако се неочекивано роди дете, које уз то има извесне телесне или душевне недостатке, тада родитељи трпе штету због нежељеног рођења, а дете због нежељеног живота. Ова подела на право родитеља на накнаду штете и право оштећеног детета на накнаду штете одговара енглеској терминологији.

2. Израз *wrongful* овде се не преводи са погрешан или противправан, него са *нежељен*. Наиме, називи *wrongful birth* и *wrongful life* не означавају ништа друго него чињеницу да рођење или егзистенција детета противурече вољи одређених лица. У земљама англосаксонског права ови називи су већ више деценија устаљени и познати, а ситуације на које се они примењују непрестано се шире. Европски правници те називе најчешће и не преводe, него их преузимају уз појашњење случајева на које се они односе. Тако, немачки правни теоретичар Deutsch све те случајеве назива *штетама у вези са планирањем породице*. По њему, у свим овим случајевима долази до зачећа људског бића или до рођења озбиљно оболелог људског бића супротно ономе што је жељено,

³ О пасивној штети видети опширније: Ј.РАДИШИЋ, *Облигационо право*, општи део, шесто прерађено и допуњено издање, Београд, 2000., стр.197.

очекивано и предузето медицинским лечењем.⁴ Поједини аутори који, такође, говоре о повреди права на планирање породице, не праве стриктну поделу између нежељеног рођења и нежељеног живота. Они сматрају да се ту ради о истоврсној групи случајева због осујећеног планирања породице и да је право на накнаду независно од одређених особина детета, тј. од тога да ли је дете рођено здраво или болесно.⁵ Неки правни писци ове случајеве називају још изразима *штете на човековом потомству*⁶, или *штете због одговорности за нови живот*.⁷

3. Поред ових случајева, у САД у новије време своје самостално обличје добија и нежељено зачеће (*wrongful conception/pregnancy*). Њиме се означавају ситуације у којима је

⁴ E.DEUTSCH, *Medizinrecht/ Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinproduktrecht*, Berlin, 1997., стр.181.

⁵ Случајеви накнаде због нежељеног живота не представљају никакву независну групу случајева, већ само подслучајеве који произилазе из осујећеног планирања породице (K.WAIBL, *Kindesunterhalt als Schaden, Fehlgeschlagene Familienplanung und heterologe Insemination*, München, 1986, 369).

⁶ Овде се имају у виду сви случајеви нежељеног рођења болесног или инвалидног детета, било да је оштећење *nasciturusa* настало у време између зачећа и рођења, било од рођења а није се грешком установила еутенска индикација за побачај. Особеност ових штета на потомству је у томе што се од ординирајућег лекара не тражи да спречи оштећење ембриона него сам порођај. (D.WEBER, *Arzthaftpflicht für Nachkommenschaftsschäden*, Heidelberg, 1988., 5-6).

⁷ Неки правни писци говоре о одговорности за нови живот (*Haftung für neues Leben*) и о неслободном родитељству (*unfreiwilligen Elternschaft*): S.HAUBERICHES, *Haftung für neues Leben im deutschen und englischen Recht*, Berlin, 1998, стр.10; E.PICKER, "Schadensersatz für das unerwünschte Kind (Wrongful birth)", *Archiv für die civilistische Praxis*, 6/1995., стр.489; Посебно тешко поље за сагледавање случаја комплексне штете чини уговорна или деликтноправна одговорност због

већ само зачеће, праћено знатним ризиком од наследног оштећења детета, довољан основ одговорности за штету. Ту није реч о редовној штети везаној за повреду права на планирање породице, која је такође већ од зачећа настала.⁸ Пример таквих случајева је одговорност због погрешног лекарског савета родитеља пре трудноће. Тужбу могу поднети само родитељи.⁹ Ваља напоменути да ово разликовање није присутно у пракси судова европских земаља, који и те случајеве схватају као случајеве нежељеног рођења. Међутим, и ту има правних теоретичара, који се залажу за диференцирани приступ овим случајевима штета.¹⁰

нежељеног рођења детета. (H.STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen recht*, Heidelberg, 1993., 266).

⁸ Главна одлука донета је у случају *Gallager v. Duke University* 852 F.2 d 773, којом су универзитетска клиника и одговорни лекар осуђени на надокнаду штете родитељима. Видети: DEUTSCH, *op.cit.*, str.185; W.DEUHLER, *Die Haftung des Arztes fr die unerwunschte Geburt eines Kindes/Wrongful birth/*, Frankfurt am Main, 1984., str.37.

⁹ Тако америчка правна пракса разликује три групе тужби: *wrongful birth* (штета од издржавања која је проузрокована родитељима због непланираног рођења детета), *wrongful life* (штета због увећаних трошкова генетски или пренатално оштећеног детета, при чему овај израз представља увод у термин који означава штету због убиства, *wrongful death*) и *wrongful conception* (штета због погрешног савета датог још пре зачећа). DEUTSCH, *Ibid.*

¹⁰ E.DEUTSCH, "Das Kind oder sein Unterhalt als Schaden", *Versicherungsrecht*, 16/1995., стр.609. Аутор изражава жаљење што случај пред Вишим земаљским судом у Stutgardt-у, иако је тужбени захтев усвојен, није идентификован као *wrongful conception* већ се генерално поставило питање да ли дете и његово издржавање могу бити квалификовани као штета (пресуда VI Већа Савезног врховног суда Немачке од 16.11.1993.).

I Захтеви за накнаду штете због нежељеног рођења

Захтев за накнаду штете због *нежељеног рођења* представља тужбу мајке, односно родитеља у којом се потражује накнада штете због битно погоршаног финансијског положаја и неправедне емоционалне патње, узрокованих рођењем здравог или болесног детета, а као резултат непажње лекара или другог одговорног лица.¹¹ Нежељено рођење није било спречено, па је тако планирање деце, тј. породице осујећено. *Wrongful birth* захтев је, дакле, захтев родитеља.

II Захтеви за накнаду штете због нежељеног живота

Тужба због *нежељеног живота* означава захтев болесног, односно хендикепираног детета за накнаду штете због тога што је чином рођења и непажљивим поступањем лекара дошло до његовог оштећеног и нежељеног бивствовања и повећаних трошкова његовог лечења и издржавања.¹² Нежељеним животом су од стране судова квалификоване и тужбе здравог детета због његовог незаконитог статуса, али оне су несумњиво ван ових случајева.¹³ У

¹¹ S.STIEGLITZ, *Die Wrongful birth und Wrongful life Problematik im deutschen Deliktsrecht*, München, 1989., 10.

¹² *Ibid.*

¹³ Карактеристичан је случај *Zarpeda v. Zarpeda* пред Апелационим судом државе Illinois у коме је ванбрачно дете тужило због нежељеног живота (*wrongful life*) свог оца позивајући се на свој ванбрачни статус. Суд је одбио захтев сматрајући да би се у супротном подстакло парничење из многих других сличних разлога, као што су: рођење са одређеном бојом коже тј.расом, рођење у великој и сиромашној породици, или од родитеља који су на лошем гласу. О томе видети:

америчкој судској пракси познат је, такође, случај у коме је хендикепирано дете због нежељеног живота тражило одговорност својих родитеља. Тачније, *Врховни суд Californiae* у случају *Curlender v. Bio Science laboratories* стао је на становиште да жена која се одрекне свог права на побачај и поред сазнања да ће родити дете са одређеним деформацијама мора преузети на себе одговорност ако се дете роди живо. То право треба детету признати и у случајевима феталног алкохолног синдрома или узимања дрога од стране мајке. Ова одлука чини преокрет у судској пракси јер се до тада сматрало да родитеље треба изузети од било какве одговорности кад им се роди болесно дете.¹⁴ У напред описаним случајевима нежељеног живота *wrongful life* захтев јесте, дакле, захтев болесног детета.

§2. МЕДИЦИНСКИ ОСНОВИ ПРОБЛЕМАТИКЕ

A. МЕРЕ НАДЗОРА ТРУДНОЋЕ

Мере свеобухватног и квалитетног надзора трудноће, а нарочито превенција и дијагностиковање пренаталних оштећења плода у вези са планираном или већ постојећом трудноћом, могу оправдано изискивати примену како генетских испитивања, тако и пренаталних испитивања, која се често међусобно допуњују.

H.TEFF, "Action for Wrongful life in England and the United States", *Comparative Law Quarterly*, 34/85, *op.cit.*, 428.

¹⁴ SH.ELIAS/G.ANNAS, *Reproductive genetics & the Law*, Chicago/London, 1987., 119.

I Генетска испитивања

1. У области репродукције људи и стварања сваког новог живота, генетска испитивања имају огроман значај. Уопште узев, генетско испитивање представља скуп одређених поступака у циљу откривања реалног или могућег генетског проблема било пацијента било његове породице.¹⁵ У односу на жељено стање трудноће генетска испитивања врше се по правилу превентивно, пре зачећа детета, над лицима у репродуктивном добу, како би се сазнала релевантна својства њиховог генетског састава и својства њихове будуће деце. Испитивања се разликују не само према моменту када се иницира генетско саветовање, него и с обзиром на то да ли су предмет анализе гени новорођенчета, потенцијалних родитеља, или труднице.

2. Другачије је кад се врши генетска анализа појединачног ембриона или фетуса, како би се открило или искључило присуство хромозомских аномалија или извршила терапијска селекција пола. Тада је реч о *пренаталној генској дијагностици*.¹⁶ Њен превасходни циљ је да истражи стање плода у мајчиној утроби. Испитивања се врше особито због могућности да плод буде погођен неком наследном болешћу, па се зато тежи утврђивању евентуалних индикација и дефинисању облика и узрока оштећења плода. Тада лекар-генетичар може под извесним условима

¹⁵ *Ibid*, 34.

¹⁶ DEUTSCH, *op.cit.*, *Medizinrecht*, 438.

утврдити да је плод погођен одређеним обољењем или другим недостатком. У томе му значајно помаже пренатална дијагностика.

II Пренатална испитивања

Пренатална дијагностика служи борби против феталних болести, будући да лекарску помоћ треба указати и нерођеном детету као пацијенту. Реч је о предузимању различитих дијагностичких поступака путем прегледа труднице у вези са трудноћом, у време пре него наступи порођај. У литератури се сусреће и назив *фетална дијагностика*.¹⁷ Она чини део тзв. *предиктивне* медицине у клиничкој свакодневници.¹⁸ Наиме, објект анализе је ембрион тј. фетус као пацијент, и то је управо оно што суштински и појмовно одређује пренаталну дијагностику.¹⁹ То је уједно и први корак у третману и превенцији дефектних рођења. Путем ултразвучне дијагностике или хемијског испитивања плодове воде могу се и пре рођења спознати различити облици анатомских и функционалних неправилности у развоју плода. Ове неправилности најчешће се означавају као *пренатална оштећења*

¹⁷ E.CRAMEER,"Pränatale diagnostik und Fetaltherapie, Auswirkungen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Zeugung oder Geburt eines genetisch geschädigten Kindes als Schadensfall (*wrongful birth action*)", *Medizinrecht*, 1/1992, 14.

¹⁸ D.WERTZ/J.FLETCHER,"Ethical problems in prenatal diagnosis: A Cross-cultural survey of medical geneticist in 18 nations", *Prenatal diagnosis*, 3/1989, 146 .

¹⁹A.LAUF,"Pränatale Diagnostik und Lebensschutz aus arztrechtlicher Sicht", *Medizinrecht*, 5/1990, 231.

плода²⁰, од којих се нека могу третирати и ублажити феталном терапијом. Потенцијална интервенција побачаја која може да уследи не представља дискриминацију према погођеном фетусу, већ израз другачијег поимања фетуса и залагања за здраво потомство.

III Превенција и дијагностиковање пренаталних оштећења плода

1. Пренатална оштећења плода могу се предупредити или открити предузимањем генетских, односно пренаталних испитивања у зависности од конкретног случаја. Тако, када се установи да су потенцијални родитељи, који би желели да имају потомство, погођени неким генетским дефектом, једина метода генетског испитивања је *емпиријска наследна прогноза*.²¹ Осим тога, напредак у биохемијским тестовима у многоне је изменио генетска испитивања труднице или плода. Са тзв. *heterozygot* тестом може се открити носилац рецесивног гена.²² Још 1969. године у САД је откривен тест који помоћу одређених ензима

²⁰ У правној терминологији користи се назив *пренаталне штете*. Тако: G.FEARBER, *Wrongful life Die delictsrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes dem Kind gehenüber. Eine rechtsvergleichende Darstellung des amerikanischen, britischen und deutschen Rechts*, str.23; WEBER, *op.cit.*, стр.5. Аутор о овим штетама говори као о штетама на потомству (*Nachkommenschaftsschaden*) и класификује их у четири групе случајева (повреда лекарске дужне пажње, генетске штете, рођење детета противно уговору и штета због грешке апотекара код замене лека за контрацепцију).

²¹ ELIAS/ANNAS, *op.cit.*, 34.

²² FEARBER, *op.cit.*, 23.

у крви потенцијалних родитеља утврђује носиоца рецесивног наслеђивања *Tay Sach* синдром-а.²³

2. Што се тиче пренаталних испитивања, савремена контрола трудноће, посебно када је трудноћа ризична, заснива се на испитивању ултразвуком (*sonographia*) и испитивању плодове воде (*amniocentesis*).²⁴ Испитивање ултразвуком врши се, по правилу, у раном стадијуму трудноће и пред порођајни термин. У раном стадијуму оно може открити евентуалне аномалије, посебно инвалидност детета (*anencephaliae, spina bifida*), док се у другој половини трудноће може сагледати опште стање плода, његов положај, и стање постељице (нпр. *placentae insufitientio*).²⁵

3. Код познатих или вероватних генетских ризика није довољно само испитивање ултразвуком, већ се прибегава *амниоцентези*. Она је уједно најчешће примењивана и најпоузданија техника пренаталне дијагностике.²⁶ Врши се тако што се пунктирањем узима на биохемијско и хромозомско испитивање узорак плодове воде у петнаестој или шеснаестој недељи трудноће, а претходи јој ултразвучна претрага. Познате индикације за предузимање *амниоцентезе* јесу:

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ ELIAS/ANNAS, *op.cit.*, 85.

²⁶ T.SCHROEDER-KURTH, "Arztliche Indikation und Selbstbestimmung bei der vorgrburtlichen Shromosomendiagnostik", *Medizinrecht*, 3/1991, 129.

- одређена старосна доб труднице, тачније прворотка старија од 35 година и млађа од 16 година, а вишеротка старија од 40 година;
- старост оца преко 50 година;
- прво дете са урођеним хромозомским абнормалностима;
- родитељи са транслокацијом хромозома или другим хромозомским абнормалностима;
- *Mendeljeevi* поремећаји и *DNA* варијације на фетусу;
- изложеност радијацији, инфекцији или хемотерапеутским агенсима;
- поремећаји метаболизма труднице и спонтани побачаји;²⁷

Ово су најчешће индикације, али сматра се у теорији и пракси да њихов број свакако није коначан. У последње време има схватања да и психичко стање, односно анксиозност труднице, представља с разлогом индикацију за пренатално испитивање.²⁸ Исто важи и за тзв. *селекцију пола* тј. одређивање пола нерођеног детета, које није везано за неко наследно обољење и које се врши на захтев родитеља.²⁹ Ризици захвата какав је *амниоцентеза* постоје за мајку и за плод. Сама пункција плодове воде, као и сваки други инвазивни поступак, скопчана је са одређеним компликацијама, које могу условити побачај, оштећење фетуса, плаценте и пупчане

²⁷ ELIAS/ANNAS, *op.cit.*, 85.

²⁸ WERTZ, *op.cit.*, 149.

врпце, или амниоинфекцију са драматичним последицама.³⁰ Посебно су тешке ситуације када се ради о близаначкој трудноћи, а болешћу је погођен само један плод. Тада се аспирација тог плода врши у оквиру ултрасонографски одређених мембрана сваког фетуса, а потенцијални фетални ризик укључује спонтани абортус, интра-амниотску инфекцију, смањење плодове воде, или пак оштећење амниотске мембране.³¹

4. Од осталих поступака пренаталне дијагностике примењују се још *chorionic villus sampling*, тј. биопсија плодовог омотача³², која се обавља помоћу катетера кроз *Cervix*-канал већ после осме недеље трудноће, затим *fetoscopia*³³ између седамнаесте и двадесете недеље трудноће, и *ultrasonographia*, која омогућава директно интраутерино претраживање фетуса и његове крви путем пункције пупчане врпце и плаценте.³⁴

5. У оквиру надзора трудноће, предузима се и испитивање крви труднице као превентивна мера за спречавање тзв. *Rh* сензибилизације код трудница са негативним *резус фактором*. Познато је, наиме, да се због неподударности *резус фактора*

²⁹ K.KNÖRR – Die pranatale Diagnostik und ihre Konsequenzen, u: 92 Tagung der Nord westdeutschen Gesellschaft für Gynakologie und Geburtshilfe, Bad Pyrmont, 1983., 37.

³⁰ ELIAS/ANNAS, *op.cit.*, 130.

³¹ *Ibid.*, 123.

³² STIEGLITZ, *op.cit.*, 24 .

³³ *Ibid.*, 25-26.

³⁴ FAERBER, *op.cit.*, 23 .

партнера у трудноћи стварају анти-тела која угрожавају здравље и живот како плода тако и труднице.³⁵

IV Облици пренаталних оштећења плода

Најважнији задатак практичара у гинекологији и акушерству јесте да доведе до рођења здравог и жељеног потомства. Ипак, неретко се дешава да дете дође на свет болесно или инвалидно, услед тога што је у току свог ембрионалног развоја претрпело извесно пренатално оштећење. Статистички подаци показују да овакав ризик постоји за 1-2% новорођене деце.³⁶ Узроци томе могу потицати из времена пре или у току трудноће и попримају различите манифестне облике, као што су ембриопатске инфекције плода и имунолошка неподударност, аномалије кариотипа и генетске промене. Уопште узев, узроци могу бити на страни унутрашњих тј. *ендогених* фактора ризика или на страни спољашњих тј. *егзогених* фактора ризика.³⁷ Некада је деловање свих ових фактора здружено и не може се јасно издиференцирати.

а) Унутрашњи фактори оштећења

Унутрашњи фактори оштећења плода су они који су за дете постојали *ab initio*, тј. од момента зачећа, јер су и сами родитељи у то време били оболели или носиоци болести. У исту врсту узрока оштећења убрајају се и промене у наслеђеном добру које нису

³⁵ STIEIGLITZ, *op.cit.*, 13 , FAERBER, *op.cit.*, 23 .

³⁶ FAERBER, *op.cit.*, 24 .

³⁷ *Ibid* .

преузете од родитеља, него су новонастале, такође једва предвидљиве. Једном речју унутрашњи фактори се могу одредити као фактори наслеђивања.

аа) Наследна обољења

1. Као унутрашњи узрок различитих анатомских или функционалних неправилности у развоју плода најчешће се јавља неко наследно обољење. Гени одговорни за наследну трансмисију соматских карактеристика сегмент су *DNA* очевог и мајчиног порекла. При томе, ваља разлучити *моногенски* наслеђене болести од *мултифакторијално* наслеђених болести.³⁸ Прве се преносе преко *x*-хромозома, ако су хомозиготни, што значи да од њих оболевају женске особе. То су случајеви *Tay Sach* синдром-а, *српасте анемије* и мишићне дистрофије *Tур Duchenne*. Наследне болести, нужно везане за пол детета, преносе се преко мајке доброг здравља, као нпр. хемофилија код детета мушког пола. Испитивањем се може доћи до сазнања не само да ли ће дете бити здраворођено или болесно, него и да ли ће бити здраво али носилац алтерисаног рецесивног гена. Постоје, такође, два типа наслеђивања: *доминантна* и *рецесивна* алтерација гена. У групу болести које се преносе рецесивно улазе наслеђивања *fenilketonuria*, *mukoviscidoza* и *cistična fibroza*.³⁹ Сваку од ових болести карактерише одређена клиничка слика и терапија.

³⁸ *Ibid.*, 26.

³⁹ *Ibid.*, 27.

2. Велики број обољења не наслеђује се по *Mendeljevom* простом закону о наслеђивању, већ се ради о мултифакторијално наслеђеним болестима. Наиме, поремећаји у генима преносе се кроз генерације, а њихово испољавање претпоставља одређене услове. Са повећањем броја оболелих чланова породице генерално се повећава и ризик од обољења. Ту спадају случајеви као што су зечја усна, урођено ишчашење кукова, урођено сужење једњака, *diabetes melitus*, као и сметње у функционисању нервног система (*anencephaliae, spina bifida* и др.).⁴⁰

3. За један број наследних обољења карактеристичне су тзв. *хромозомске аберације*. Реч је о променама у броју или структури хромозома носиоца наслеђивања. Тешке аномалије хромозома доводе по правилу до ране смртности плода, и у око 36% случајева узрок су спонтаних побачаја.⁴¹ У свим тим случајевима постоји висок степен ризика за потомство да дође до разних аномалија или наступања болести.

Прва структурална аберација описана је још 1963.године као *Katzenschrei* синдром, да би касније били откривени *Edwards* синдром, *Turner* синдром, *Patau* синдром, и најпознатији међу њима *Down* синдром тј. *mongoloismus* који је описан још 1866.године. Код свих ових синдрома ризик обољења повећава се са годинама старости мајке. Посебно тешке облике оштећења поприма монголоизам или *trizomia 21* будући да је најчешће

⁴⁰ *Ibid.*, 28-29.

⁴¹ STIEGLITZ, *op.cit.*, 15.

праћен слепилом, недостацима у грађи унутрашњих органа, количником интелигенције између 20-50 (30) IQ, а оштећења у виду инвалидитета су некада тако озбиљна да дете не преживи прве месеце живота. У литератури се наводи пример истраживања у Америци из 1988.године, које је показало да је од 2000 беба из ризичне групе, подвргнутих "test tube" испитивању свака друга беба била оболела од Down-овог синдрома.⁴² Ово оштећење дијагностикује се претрагом мајчине крви, серијски одређеним маркерима, између 15. и 17. недеље трудноће, након чега у случају позитивног резултата следи испитивање кариотипа, које са сигурношћу показује да ли је фетус оболео или не.⁴³

б) Спољашњи фактори оштећења

На појаву обољења за време интраутериног живота и ембрионалног развоја у првих дванаест недеља трудноће, могу утицати исто тако спољни тј. *егзогени* фактори ризика. У највећем броју случајева дешава се инфекција мајке, штетни утицај лекова или других хемијских супстанци, озрачење и сл.

аа) Оштећења инфекцијама

Паразити, као *токсоплазмозе*, бројни вируси из породице *херпеса* и вирус *рубеоле* су по пореклу болести бенигне за саму трудницу, али не и за плод јер у исто време могу изазвати побачај, мртворођеност и тешку погођеност фетуса тј. новорођенчета. Сви

⁴² D.GIESEN, *International Medical Malpractice Law A Comparative Law Study of Civil Liability Arising from Medical Care*, Tübingen/London, 1988 *op.cit.*, 90.

облици инфекција углавном се објашњавају присуством антитела у крви мајке, које нападају ћелије фетуса изазивајући код њега *anemiju* и *trombopeniju*.⁴⁴ Најчешће навођен пример инфекције су *рубеоле* прележане у раној трудноћи, које у високом проценту доводе до оштећења ембриона.⁴⁵ До инфекције плода може доћи и без видљивих симптома инфекције код мајке, а дејство инфекције на развој плода зависи од стадијума трудноће у коме је мајка оболела. Новорођенче, уколико се роди живо, на нивоу је дебила уз типичну појаву срчане мане, слепила, глувоће и *microcephaliae* (карактеристично за 60% случајева). Заштита од инфекције рубелама захтева спровођење тзв. *НАН* теста, помоћу испитивања крви и урина труднице. На рану инфекцију рубелама може се, такође, деловати давањем имуноглобулина, али се ни тада не могу потпуно искључити преостали ризици по дете због чега се по правилу прибегава побачају.⁴⁶ У ред сличних обољења улазе још инфекције *cytomegalo*-вирусима, вирусом *hepatitisa*, вирусом *influenzae* (грипа), инфекције *toxoplasmose* и инфекције путем трансфузије зараженом крвљу (нпр. *luesom* или вирусом *side*).⁴⁷

⁴³ M.C.HORS-CAYLA/J.S.CAYLA, "Progres et limites du diagnostic prenatal", *Revue de droit sanitaire et social*, 4/1997., 775.

⁴⁴ *Ibid*, 774.

⁴⁵ FEARBER, *op.cit.*, 32.

⁴⁶ *Ibid*.

⁴⁷ WEBER, *op cit.*, 7.

бб) Оштећења лековима

Узимање лекова од стране труднице, посебно у време од четврте до шесте недеље гестације, може штетно деловати на ембрион. Највећу штету у прошлости изазвао је лек *Thalidomid*, средство за умирење, познато под робним знаком *Contergan*, а кога је произвела немачка фармацеутска фирма *Grunenthal*. Овај лек је пуштен у промет 1957. године, а повучен је из промета 1961. године, јер је утврђено његово штетно дејство на плод.⁴⁸ Наиме, труднице које су овај лек узимале због мучнине, родиле су децу са малформацијама у развоју екстремитета и других органа. Само у Немачкој рођено је више хиљада такве, оштећене деце, а од њих је хиљаду већ после рођења умрло јер нису били способни за живот.⁴⁹ Једна енглеска фирма купила је лиценцу овог лека, и производила га у Енглеској, па се и тамо убрзо показала његова штетност на већем броју случајева, срећом не толико колико у Немачкој.⁵⁰

вв) Оштећења зрачењем

Неконтролисано излагање труднице рендгентским и радијумовим зрацима може довести до разних поремећаја и сметњи у развоју плода. Штете настају зато што је зрачење сувише интензивно, сувише дуготрајно или се сувише често њиме на организам делује, па тако долази до високог тј. биолошки штетног

⁴⁸ DEUTSCH, *op. cit.*, 451; STIEGLITZ, *op. cit.*, 13.

⁴⁹ DEUTSCH, *op. cit.*, 452.

дозированог деловања. У зависности од тога које су ћелије њиме погођене долази најчешће до генетских или соматских оштећења.⁵¹ Генетске штете се јављају у виду урођених телесних или духовних недостатака узрокованих оштећењем полних жлезда оца или мајке. Оне се не показују одмах на озраченој особи, него тек на њеном потомству и резултат су настале генетске мутације (промене) код труднице или плода. Соматски ризик састоји се нарочито у појави карцинома или леукемије. Уопште узев, главна опасност од медицинских зрачења настаје због рендгентске дијагностике, а само мањи део због нуклеарне медицине и терапијских зрачења.⁵²

⁵⁰ *Thalidomid* је доспео у Америку и Канаду па је и тамо испољио своје штетно дејство. *Ibid.*, 453.

⁵¹ WEBER, *op.cit.*, 17.

⁵² Често се наводи пример оштећења деце озрачених жена Јеврејки у логорима за време II светског рата. *Ibid.*

Б. МЕРЕ ЗАШТИТЕ ОД НЕЖЕЉЕНЕ ТРУДНОЋЕ

У оквиру мера заштите од нежељене трудноће ваља разликовати стерилизацију и средства за контрацепцију, која спречавају да до трудноће уопште дође, од побачаја, који чини крајњу меру и отклања већ насталу нежељену трудноћу.

I Стерилизација

а) Појам

1. С обзиром на начин и особеност њеног вршења, стерилизација представља оперативни захват којим се изазива неплодност код мушкарца или жене.⁵³ Тим захватом се семеводи, односно јајоводи пресецају или се чине неспособним за обављање функције која им је од природе намењена. Стерилизација не уништава способност полних жлезда да продукују семене, односно јајне ћелије.⁵⁴ Самим тим не долази ни до биолошки условљене промене личности. Напротив, код стерилизације наступа само блокада кретања полних ћелија, која се доцније може чак и отклонити.

2. Као мера срачуната на планирање породице и контролу рађања (што такође улази у делокруг рада лекара одређене специјалности) стерилизација представља трајно спречавање зачећа или перманентну хируршку контрацепцију. Реч је о тзв.

⁵³ МЕДИЦИНСКА ЕНЦИКЛОПЕДИЈА, трећи том, Вук Караџић-Larousse, Београд, 1976., 235;

⁵⁴ LAUFS/UHLENBRUCK, *op. cit.*, 237.

иреверзибилној стерилизацији, насупротив у новије време актуелној реверзибилној стерилизацији, код које оплодна моћ може бити враћена.⁵⁵ По томе се она разликује од кастрације, која не само да уклања могућност репродукције, већ и сексуалне жеље и понашања.⁵⁶ Стерилизација је, посматрано у светским размерама, најраспрострањенија мера спречавања трудноће, и број стерилисаних лица је у последњој деценији нагло порастао. То исцрпно показују и подаци *Светске здравствене организације*. Наиме, процењује се да на стерилизацију отпада једна трећина контрацептивне праксе у свету. Супротно генералном тренду све веће раширености ове методе у свету, у Србији се стерилизација као контрацептивна метода скоро уопште не користи. Резултати спроведеног анкетног истраживања из 1993.год. на подручју Београда показују да би једна трећина анкетираних жена (30,8%) прихватила стерилизацију.⁵⁷ Основ за брзи пораст броја добровољних стерилизација лежи, пре свега, у нелагодности узимања хормонских контрацептива (засићеност пилулама), а код

⁵⁵ А. KRUPP/CHATTON/TIERNEY, *Interna medicina*, Београд, 1988., 622; М. СТЕВАНОВ/Б. БЕРИЋ – Правни аспекти остваривања уставног права човека да слободно одлучује о рађању деце, *Стерилизација de lege ferenda*, зборник радова са саветовања, Охрид, 1977., стр.253.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ М. РАШЕВИЋ, *Ка разумевању абортуса у Србији*, Београд, 1993., стр.136. Упоредити: Немачки писци дају податке о броју стерилизација у Немачкој и САД у односу на друга средства контроле рађања. Тако, у САД процентуални удео стерилизације се мењао од 8,8% (1965), 31,3%(1975) да би данас нарастао на око 1 милион жена и мушкараца који се годишње подвргну добровољној стерилизацији (DEUCHLER, *op.cit.*, 7).

мушкараца такође и у исплативој спремности да активно учествују у контроли рађања.

3. У Југославији је стерилизација мало присутна као мера заштите од нежељене трудноће и најчешће врши узгредно, уз неку вагиналну или абдоминалну операцију, а примарно само изузетно ако постоје медицинске индикације, као што су заштита здравља жене или спречавање преношења генетских поремећаја.⁵⁸

б) Методе стерилизације

Добровољна стерилизација се може спровести једнако над женом и над мушкарцем. Код мушкараца се врши на семеводима (*vasoligatura* или *vasoktomia*).⁵⁹ Захват се обавља амбулантно уз локалну анестезију. Стерилизација жене представља стручно тежи захват. Под потпуном наркозом изводе се различити поступци стерилизације. Уобичајени поступак је хируршка интервенција на јајоводима.⁶⁰ За подвезивање јајовода познато је, такође, више метода. Најпознатија је *лапараскопска коагулација*, код које се начини штеп помоћу посебног инструмента (*лапараскоп*), чиме се јајовод фиксира а онда путем електрокоагулације бива обухваћен и

⁵⁸ Стручно методолошко упутство за рад у основној здравственој заштити жена, ГЗЗЗ (Градски завод за заштиту здравља), Београд, 1988., стр.22; РАШЕВИЋ, *op.cit.*, стр.137; Д.МЛАДЕНОВИЋ, *Гинекологија и акушерство*, Београд, 1983., стр.162.

⁵⁹ DEUHLER, *op.cit.*, 10.

⁶⁰ *Ibid.*

растопљен. Механичке методе стерилизације електричним прстеном у пракси се ређе примењују, јер су мање успешне.⁶¹

II Контрацептивна средства

У оквиру одговарајућих медицинских служби ради и саветовалиште за контрацепцију. Контрацепција или антиконцепција схвата се као скуп мера, поступака и средстава којима се постиже спречавање нежељене трудноће.⁶² Она је усмерена на оживотворење воље будућих родитеља да планирају своје потомство. У саветовалишту за контрацепцију примењују се савремене методе за заштиту од нежељене трудноће: орални контрацептиви тзв. *анти-беби* пилуле, хемијска вагинална средства, дијафрагме и интраутерини улошци. Осим тога, у извесним случајевима саветује се и употреба других мање сигурних метода, као што су *coitus interruptus* и *кондом*.⁶³ После објективног прегледа лекар у сарадњи са пацијентом врши избор најпогоднијег контрацептивног средства узимајући у обзир све индикације и контраиндикације. Широку примену налазе лекови за контрацепцију тзв. *анти-беби* пилуле. То су хормонски препарати који се редовно узимају пре полног општења и, делујући на крвоток, онемогућавају да се евентуално оплођена јајна ћелија угнезди у зид материце. Исто дејство се постиже и употребом тих

⁶¹ *Ibid.*

⁶² МЛАДЕНОВИЋ, *op.cit.*, 146.

⁶³ *Ibid.*

средстава после незаштићеног полног општења, у року од 48 часова.⁶⁴

III Побачај

1. Побачај или абортус (лат. *abortio*) дефинише се као избацивање или одвајање оплођеног јајашца до 28. недеље трудноће.⁶⁵ Релевантан моменат чини критеријум животне способности плода изван мајчине утробе јер до означеног времена од 28 недеља плод још није способан за ванматерични живот. Наиме, плод по доласку у спољашњу средину редовно не опстаје, уколико није још раније дошло до његове интраутерине смрти. Реч је о побачају који се дешава намерно, тј. до прекида трудноће долази оперативним путем. Класичан захват назива се *kiretaža*, јер ембрион бива одстрањен помоћу хируршке кирете. Модернија је метода *vakum aspiracije*. Обе методе предузимају се само до дванаесте недеље трудноће.⁶⁶ Последњих година, кад је реч о кратком времену после зачећа, примену налази нова метода која се врши помоћу тзв. пилуле за побачај. У Немачкој, на пример, ове пилуле сматрају се леком у ширем смислу и продају се под називом *Mifegyne*.⁶⁷

⁶⁴ WEBER, *op. cit.*, 77.

⁶⁵ Медицинска ЕНЦИКЛОПЕДИЈА, *op. cit.*, 500.

⁶⁶ DEUCHLER, *op. cit.*, 15.

⁶⁷ E.DEUTSCH, "Ein Arzneimittel außerhalb der Apotheke", *Neue Juristische Wochenschrift*, 46/1999., 3393.

2. У медицинској литератури сусрећу се различите класификације појединих врста побачаја. Ту се сврстава најпре већ поменути намерно изазвани (*артифицијелни*) побачај насупрот спонтаном побачају⁶⁸, а онда и легални насупрот нелегалном побачају (*abortus criminalis*).⁶⁹ Има аутора који у први план истичу квалификованост и стручност у вршењу побачаја. По њима су легални побачаји само они које обави стручно лекар специјалиста, а сви остали нестручно или од неовлашћеног лица обављени, јесу нелегални и, по правилу, скопчани су са компликацијама.⁷⁰ Имајући у виду индикације и време вршења легалног побачаја, прави се разлика између слободног побачаја и побачаја по одобрењу.⁷¹ У првом случају довољан је захтев жене да се трудноћа прекине у оквиру законом предвиђеног рока, а не цени се постојање индикација. У другом се захтева и одобрење посебне комисије при установама стационарног типа, која врши оцену постојања разлога тј. индикација за побачај (медицинских, еугенских, морално-правних или социјалних).

⁶⁸ П.РАДОВИЋ, *Основи гинеколошке дијагностике*, Београд, 1989., стр.22.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ О.ЦВЕЈИЋ-ЈАНЧИЋ, *Породично право*, Нови Сад, 1995., стр.245.

§3. ПРАВНИ ОСНОВИ ПРОБЛЕМАТИКЕ

А. ПРАВНИ АСПЕКТИ ГЕНЕТСКИХ ИСПИТИВАЊА

I Општи поглед

1. Лица у репродуктивном добу природни су носиоци биолошког обнављања становништва и веома значајан фактор социјалног и економског развоја друштва. Ова категорија становништва, а посебно труднице, захтевају континуирано праћење и заштиту њиховог здравља. Када је реч о области хумане генетике, то значи разумевање како основних начела, тако и праксе медицинских испитивања. Правна решења у овој области у многоме заостају за научним прогресом. Још нису дати потпуни одговори на питања као што су: која обавештења треба да имају будући родитељи о свом генетском саставу или генетским особинама фетуса; може ли се од свих жена способних за рађање и трудница захтевати да се подвргну генетским испитивањима на одређена наследна обољења? Правно су релевантна и питања проузроковања генетских штета на потомству, и одговорности лекара од кога се тада не тражи да избегне шкођење ембриону, него да спречи рођење већ оштећеног јер се сматра за највећу несрећу имати ненормално дете.⁷²

2. Све ове дилеме нарочито су актуелне у нашој земљи, јер је цела област хумане генетике правно нерегулисана. То није случај у правима неких других земаља и у међународним прописима који

⁷² WEBER, *op.cit.*, 77.

садрже норме о генетским испитивањима, посебно на трудницама и ембриону.

II Стање законодавства

1. У овој области нарочити значај имају *UNESCO*-ва *Универзална декларација о хуманом геному и људским правима* из 1997.године и *Конвенција Европског савета о људским правима у области биомедицине* такође из 1997.године.⁷³ У складу са овим документима, тестови којима се могу прогнозирати генетске болести или који служе томе да се код лица утврди постојање гена одговорног за болест, односно да се спозна генетска диспозиција или подложност болести, могу се спроводити само ради здравствених циљева или изузетно ради научног истраживања које се тиче здравља и које прати одговарајући генетски савет (чл.12 *Конвенције*). Дијагноза која се обавља на геному појединца не сме бити постављена пре ригорозне претходне процене ризика и

⁷³ *Universal Declaration on the human genome and human rights*, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation (*UNESCO*). Текст *Декларације* је након 4 године елаборирања од стране Међународног комитета за биоетику, усвојило 186 држава чланица новембра 1997.год. на 29. Генералној конференцији у Паризу. Ова *Декларација*, нарочито њен први део (А. Људско достојанство и хумани геном, чл.1-4) садржи одредбе о поштовању људског достојанства и права човека у односу на његове генетске карактеристике и о томе да се из хуманог генома не може стицати никаква финансијска корист. Други део *Декларације* (Б. Права која се тичу лица) односи се на истраживање, третман или дијагностику генома појединца, на услове, потенцијалне ризике, информисање и његов пристанак (чл.5-9); и, *Convention on Human Rights and Biomedicine*, Council of Europe (Oviedo, Spain, 04.4.1997.): Int.adresa-
<http://www.tufts.edu/departments/fletcher/multi/texts/biomed.tht>.

користи у вези са тим и његовог слободног и јасно израженог пристанка (чл.5 Декларације).

2. Законска решења у области генетских испитивања лица, тамо где она постоје, руководе се без изузетка неколиким начелима. Полази се најпре од начела заштите приватности пацијента, тј. његовог права *да буде остављен на миру*. Свако има право да одбије одређену генетску интервенцију из разлога личног дигнитета или телесног интегритета. Међутим, као коректив овом начелу стоји начело уважавања интереса државе и друштва, које изискује да се води рачуна о стању здравља становништва и да се генетска обољења сведу на што мању меру. Најзад, ту је и начело заштите *најбољих интереса будућег детета*.⁷⁴ Ова начела су конкретизована у неколико законских ограничења генетских испитивања. Наиме, она се врше само уколико су медицински индикована, затим приступ генетским информацијама је рестриктиван и обавезан је пристанак информисаног пацијента.⁷⁵

а) Америчко право

У Сједињеним америчким државама, које имају најпотпунију регулативу у овој области, водеће принципе представљају: добровољност и одсуство директиве у саветовању, тачна генетска дијагноза, и саветовање будућих родитеља.⁷⁶ Дуго је вођена дебата

⁷⁴ ELIAS/ANNAS, *op. cit.*, 76.

⁷⁵ З.КАНДИЋ-ПОПОВИЋ, "Правна заштита људских вредности и модерна биомедицина", *Правни живот*, 9/96, стр. 229.

⁷⁶ Све федералне државе САД (изузев Неваде и Северне Каролине) и дистрикт Колумбија имају законе који се тичу генетских испитивања. Држава Масачусетс

о томе да ли генетска испитивања треба уредити као обавезна или добровољна. Председничка Комисија за изучавање етичких проблема у медицини, за биомедицинска истраживања и истраживања људског понашања у једном од својих извештаја потврдила је добровољност генетских програма, али је истакла и обавезне програме који се, уз минималну законску процедуру, спроводе у случају кад се избегавањем добровољних тестова озбиљно шкоди деци која су неспособна да заштите себе саме.⁷⁷ Амерички Конгрес је још 1972. године донео савезни пропис којим је прихватио став да ова испитивања почивају првенствено на вољи пацијента.⁷⁸ Међутим, нису све федералне државе ускладиле своје прописе са овим. Законима три државе у потпуности је усвојен принцип добровољности, док друге имају обавезне програме испитивања, уз допуштање одбијања из религијских уверења. Већ код новорођених обавезне су генетске анализе *PKU*, *срп ћелија* и испитивање *kariotipa*, тј. хромозомских абнормалности. Већина закона даје и спецификацију типова

прва је 1963. године донела Закон о обавезном "*PKU*" испитивању. Закони држава који уређују програм генетског саветовања су: *Alabama Code* § 22-10A-2 (Michie 1996) *Colorado Rev. Stat. Ann.* § 25-4-1001 (West 1998), *Iowa Legis. Serv.* 203 (West 1997), *Missouri Rev. Stat.* § 191.300 (West 1997), *Montana Code Ann.* § 50-19-211 (1997), *Nebraska Laws* 111 (1997), *Nevada Rev. Stat.* § 396.523 (1997), *New York Laws* 645 (1997), *Tennessee Code Ann.* § 68-5-502 (1997). Videti: AREEN и др., *Law, Science and Medicine*, Mineola/New York, 1988., стр. 1348; ELIAS/ANNAS, *op. cit.*, 76.

⁷⁷ ELIAS/ANNAS, *Ibid*, 81.

⁷⁸ Реч је о пропису *National Sickle Cell Anemia Control Act*. AREEN и др., *op. cit.*, 1341.

лабораторијских анализа које се морају обавити. Само неки од закона захтевају и верификацију тих тестова. Законом се такође предвиђа да резултати тих тестова буду саопштени и то: само лекару (25 држава), болници (11 држава), породици (12 држава) и министарству здравља (26 држава).⁷⁹

б) Немачко право

Немачка још није правно регулисала испитивање генома, мада је донела *Закон о уређењу питања генске технике*.⁸⁰ Међутим, слобода истраживања и професионална слобода генетичара сматрају се у основи Уставом допуштеним. Принципи у овој области постављени су од стране тзв. *Venda*-комисије и *Анкетне комисије Савезне скупштине* Немачке. За вршење ген-анализе потребан је информисани пристанак пацијента. При томе, испитивање на фетусу претпоставља пристанак мајке, будући да се схвата као интервенција на њеном телу. Ова пренатална генска испитивања строго су индикована, нарочито када је у питању рани стадијум трудноће (до дванаесте недеље) када се могу предузети само ако генетски подаци указују на случај тешке и неизлечиве болести.⁸¹ Обавештавање пацијента треба да укаже на врсту и обим испитивања и на могуће психичке последице. Са резултатима

⁷⁹ Посебно је познат *Maryland program for PKU* из 1976. *Ibid*, 77.

⁸⁰ *Закон о регулисању питања гентехнологије (GentG)* од 20.6.1990., *BGBL* 1990 I, 1080, и Устав (*GG*), чл.5 ст.3 и чл.12: DEUTSCH, *op.cit.*, 432.

⁸¹ *Ibid.*, 437.

анализе може се упознати искључиво пацијент који је дао пристанак, и они се не могу саопштавати трећима.⁸²

в) Француско право

У Француској су 1994.год. донета два закона у овој материји, и она чине интегрални део *Закона о јавном здрављу*. Једним од тих закона, у оквиру заштите људског тела, уређују се поступци испитивања генетских својстава лица, док други садржи ближе одредбе о томе у оквиру посебне регулативе *предиктивне медицине и генетске идентификације лица*.⁸³ Решења ових закона су изричита у погледу испитивања генетских карактеристика неког лица, која могу бити предузета искључиво из медицинских или научних разлога и уз пристанак информисаног пацијента да се она над њим обаве.

⁸² *Ibid.*

⁸³ Наведене законске принципе у потпуности је испоштовао француски законодавац у *Закону о поштовању људског тела* од 29.јула 1994.године (*Loi No 94-653*, art.16-3), глава II, О генетским испитивањима својстава лица и о идентификацији лица према његовим генетским обележјима (*Journal officiel*, 30.juillet 1994., str.11056, čl.16-10); *Закон о давању и коришћењу елемената и продуката људског тела, о медицински асистираним оплођењу и о пренаталној дијагностици* (*Loi No 94-654*) VI, čl.L.145-15, (*Journal officiel*, 30 juillet 1994., 11067).

Б. ПРАВНИ АСПЕКТИ ПРЕНАТАЛНЕ ДИЈАГНОСТИКЕ

I Општи поглед

Могућности примене пренаталних дијагностичких поступака стављају лекара пред бројне етичке и правне дилеме, које се тичу права нерођеног детета на живот, интереса родитеља и интереса друштва. Овде, за разлику од других дијагностичких поступака, који традиционално воде ка терапији а не ка престанку лечења, резултат дијагностике је често у индикуваном прекиду трудноће.⁸⁴ Са становишта права, најпре се намеће питање колико дуго, односно под којим околностима се може предузети пренатална дијагностика. Другим речима, који су правно допуштени ризици. Даљи, још тежи проблем представља питање резултата пренаталне дијагностике, односно који поступак ваља предузети ако се појави сумња у тешко оштећење плода. Ту се лекар сусреће са веома тешком дилемом у оцени интереса будућег детета да преживи и интереса мајке, односно породице. Тачније, какав се живот који је способан да опстане може сматрати прихватљивим за мајку и њену околину? Да ли је тешко оболели фетус такав по себи да није вредан живота и да због тога трудноћу треба прекинути? Истраживања у појединим земљама показују да се будући родитељи, по сазнању да је плод погођен неком аномалијом, редовно одлучују за прекид трудноће. Неки правни писци се

⁸⁴ FINEL, "La responsabilité du médecin en matière de diagnostic des anomalies foetales", *Revue de droit sanitaire et social*, 2/97, 223.

позивају на истраживања јавног мњења у САД из 1985.године према коме су око 90% вероватних феталних абнормалности легитимни разлог за абортус у првом триместру трудноће. Око 87% популације оправдава абортус због ових индикација.⁸⁵ Остаје, међутим, да се разјасни које познате болести или сметње могу да оправдају побачај, а које га неизоставно изискују. На пример, феталне телесне мане као што су згрчено стопало и ишчашење кука не сматрају се у основи обесхрабрујући за трудноћу, те отуда ни индикацијом за њен прекид.⁸⁶ Лекар је у ситуацији да процењује степен вероватноће оштећења плода и вредност његовог будућег живота. Тада је лекар дужан да обавести трудницу и понуди јој могуће опције да сачува или прекине своју трудноћу. Очигледно, пренатална дијагностика има своја два лица: оно које може сачувати живот ембриона и оно које га може окончати. Све назначене дилеме нужно изискују да стручњаци више специјалности трагају за најбољим решењима, која ће у ово изузетно деликатно подручје људске репродукције увести систематичност и законитост.

⁸⁵ ELIAS/ANNAS, *op.cit.*, 146.

⁸⁶ *Ibid.*

II Стање законодавства

а) Југословенско право

1. Југословенски гинеколози се у свом раду по правилу руководе постојећим, општеприхваћеним стандардима у пренаталној дијагностици. Разлог томе је што важећи *Закон о здравственој заштити* садржи само начелне одредбе о посебној заштити жена у репродуктивном добу и ништа више од тога у овој материји.⁸⁷ При томе, у појединачним интерним прописима неких здравствених установа пренатална дијагностика се само спомиње као могућност и набраја, док се уређују једино процедурална питања у вези са тим.⁸⁸

2. Да би се оваква ситуација донекле променила, донет је пре неколико година *Правилник о медицинској документацији и евиденцијама за трудницу и новорођенче*, којим су предвиђени врста, број, и време предузимања појединих пренаталних испитивања.⁸⁹ За разлику од стања у нашем законодавству, већина других земаља пренатална испитивања уређују законом или одговарајућим подзаконским актима, као што су уредбе, стручни водичи или упутства.

⁸⁷ *Закон о здравственој заштити*, чл.7 ст.1 т.2 (Службени гласник Р Србије, 17/1992.год.), Уредба о обиму и садржају здравствене заштите становништва (Службени гласник Р Србије, 43/1993.год.); *Закон о здравственој заштити и здравственом осигурању* (Службени лист Р Црне Горе, 93/1990., стр.665).

⁸⁸ *Стручно методолошко упутство за рад у основној здравственој заштити жена*, Градски Завод за заштиту здравља Београд, 1988.год., стр.4-7.

⁸⁹ *Сл.гласник Р Србије*, 10/95, стр.333-340.

б) Француско право

1. Пренаталној дијагностици посвећен је чл.162-16(2) француског *Закона о јавном здрављу*.⁹⁰ Њиме се прецизира да пренатална дијагностика има за циљ да медицински практичари открију да ли је ембрион (*фетус*) *in utero* погођен неким познатим обољењем. Обавеза лекара дијагностичара посматра се у вези са чл.1147 француског *Грађанског законика*, према коме лекар не дугује успех и излечење пацијента, већ пружање неге савесно и пажљиво према актуелним медицинским достигнућима. Пренатална дијагностика у крајњем исходу може изискивати индиковани побачај, а писмено лекара да је о томе информисао трудницу и њен потпис о пристанку чувају се у медицинској документацији као доказ.⁹¹

2. Посебним уредбама француског *Државног Савета* уређују се задаци, улога и услови рада пренаталних дијагностичких центара.⁹² Цитогенетске и биолошке анализе са гледишта потребе вршења одређене пренаталне дијагностике обављају се у јавним и приватним здравственим установама или биолошко-медицинским

⁹⁰ Ради се о једном од наведених *Закона о биоетици*. (Loi No 94-654- чл.162- 16 ст.2-3). Видети чл.12-13 тог закона којима се допуњује чл.L162-16 IV дела, I главе, књиге II *Закона о јавном здрављу*.

⁹¹ FINEL, *op.cit.*, 227.

⁹² *Закон о јавном здрављу* Француске (*C.sante publ.*), чл. R162-16-7, текст измењен и допуњен *Декретом* № 97-579. О организационим питањима у вези рада плуридисциплинарних дијагностичких центара у најскорије време изјашњавао се и француски *Касациони суд* (10. 02.1998., *Journal Officiel* 12. i 19/1998.).

лабараторијама. Уз то, предвиђа се да поступци на ембриону могу бити практиковани само у установама специјално намењеним за то на основу претходно прибављеног мишљења националне Комисије за медицину и биологију у репродукцији и националног Комитета за здравствену и социјалну организацију. Да би се унапредила пракса пренаталне дијагностике, створени су плуридисциплинарни дијагностички центри. Они обједињавају клиничка и биолошка испитивања у области пренаталне дијагностике, терапије и прогнозе, када се утврди да је плод погођен посебним оштећењем које је обесхрабрујуће у моменту дијагностиковања. Све анализе врше се уз медицинску консултацију са генетским саветовалиштем. Предвиђа се да трудница, која је упућена и правилно информисана, треба да потпише службени формулар о престанку на предузимање пренаталних дијагностичких анализа. Међутим, законитост ове одредбе о формулару недавно је оспоравана од стране појединих удружења, као што су удружења *Изабрати живот* и *Лекари за поштовање живота*, која су заступала став да би на основу таквог писменог престанка пренаталне анализе онда могле бити предузете и од некомпетентних установа, без претходних консултација и без законске основе. У поступку, који је уследио, француски *Државни савет*, као генерално тело за управу у здравству, потврдио је "спољну" законитост тј. легалну процедуру доношења оспораване одлуке и њену "унутрашњу" законитост тј. да је одлука сагласна са уставом, законом и међународним

документима, нарочито са усвојеном New Јогк-шком Конвенцијом од 26. јануара 1999.⁹³ Захтев за поништавање је због тога одбијен. Државни савет је такође прецизирао да ће оспоравана одредба Закона бити применљива тек после објављивања у Службеном листу одлуке о сагласности 38 таквих центара са навођењем имена лекара који тамо врше своју активност.

в) Немачко право

У Немачкој, пренатални дијагностички поступци нису засебно регулисани. То се чини у оквиру прописивања медицинских индикација за вршење допуштеног побачаја. Наиме, предузимање побачаја уређено је одредбама Кривичног законика Немачке.⁹⁴ Што се тиче професионалних кодекса, примењује се одговарајућа одредба *Правила професије за немачке лекаре* којом се прецизира да је лекар "основано одговоран за чување нерођеног живота, да побачај подлеже законском регулисању, и да лекар не може да буде натеран да предузме побачај".⁹⁵

г) Америчко право

У Сједињеним америчким државама постоји такође одговарајућа законска регулатива. Већина закона федералних држава истиче право будуће мајке као пацијента на самоодређење при одлучивању о побачају, посебно када се позива на личне и

⁹³ CE od 7.5.1999., *Revue de droit sanitaire et social*, 4/1999., 715-716.

⁹⁴ § 218 i 218a Abs II Nr 1 StGB.

⁹⁵ *Berufsordnung für die deutschen Ärzte, Deutsches Arzteblatt*, 1988., §5, 3601.

верске разлоге.⁹⁶ Разлике постоје у томе што неке од држава прописима захтевају обављање цитогенетских и биолошких анализа у циљу пренаталних испитивања искључиво у јавним медицинским установама, док друге имају благонаклон став према комерцијализацији пренаталних дијагностичких лабораторија.⁹⁷

В. ДОПУШТЕНОСТ ПРЕКИДА ТРУДНОЋЕ СА СТАНОВИШТА ПРАВА

I Општи поглед

Питање допуштености прекида трудноће, односно побачаја, веома је комплексно и може се дискутовати са различитих аспеката. Уз то, оно представља једно од етички и правно најспорнијих питања данашњице, чак и у оним земљама где је побачај одавно легализован. Узрок томе је чињеница што се побачај дуго времена сматрао апсолутно недопуштеним, а сама *Хипократова заклетва* садржала је реченицу, према којој будући лекар "жени никада неће дати чепић који ће одстранити плод".⁹⁸ Стога ће овде бити речи само о законом регулисаном, тј. допуштеном побачају, као медицинском захвату којим се прекида трудноћа, будући да се у југословенском праву, као и у великом

⁹⁶ ELIAS/ANNAS, *op. cit.*, 109.

⁹⁷ WERTZ/FLETCHER, *op. cit.*, 152.

⁹⁸ *Ibid.*, 154.

броју других земаља, законом регулишу управо услови и поступак таквог прекида трудноће.⁹⁹

II Стање законодавства

а) Југословенско право

1. Институт побачаја у нашем праву предмет је републичке регулативе, тачније *Закон о поступку прекида трудноће у здравственој установи*, на основу кога је уследило и доношење одговарајућих правилника.¹⁰⁰ Закон чини разлику у уређењу слободног прекида трудноће (до десет недеља трудноће) и прекида трудноће по одобрењу (преко десет недеља трудноће). Наиме, побачај се може обавити на захтев труднице, без навођења разлога, у било које доба до навршене десете недеље трудноће. По протеклу овог рока, прекид се може извршити искључиво уз одобрење лекара, конзилијума лекара или етичког одбора, и то из таксативно наведених разлога (медицински, еугенски или морално-правни разлози из чл.6 ст.2 *Закон*). За разлику од ранијег закона,

⁹⁹ Г.КОВАЧЕК-СТАНИЋ, "Критеријуми за либералност у регулисању прекида трудноће", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду XVII-XXIX*, 1-3/1993-1995, стр.163-173.

¹⁰⁰ *Закон о поступку прекида трудноће у здравственој установи* (Сл.гласник Р Србије 16/95) којим је престао да важи ранији *Закон о условима и поступку за прекид трудноће* (1977), *Правилник о броју, саставу и начину рада етичког одбора у здравственој установи* (Сл.гласник Р Србије бр.30/95 стр.1109), и *Правилник о ближим условима за рад лекарске ординације у којој се обавља прекид трудноће* (Сл.гласник Р Србије 40/95, стр.1502); *Закон о условима и поступку за прекид трудноће* (Сл. лист Р Црне Горе, 29/1979 и 29/1989., стр.553).

који је био либералнији по опсежности разлога, овај Закон изоставља социјалне разлоге. У поступку одобравања посебан значај има етички одбор, који одлучује о трудноћама старијим од двадесет недеља. Њега именује министарство надлежно за послове здравља, на предлог здравствене установе, на период од две године.¹⁰¹

2. Што се тиче саме интервенције, мимо услова за њено обављање, побачај се може извршити само на захтев трудне жене, и потребна је њена писмена сагласност. Исто тако, предвиђене су радње лекара пре приступања побачају којима он:

- 1) утврђује старост трудноће;
- 2) прибавља налазе о крвној групи жене;
- 3) утврђује, самостално или у консултацији, да ли постоји опасност да се због прекида трудноће здравље жене наруши;
- 4) указује жени на опасност и последице прекида трудноће;
- 5) упознаје жену са другим методама и средствима заштите од нежељене трудноће (чл.5 ст.2 Закона);

Прекид трудноће обавља се у различитим здравственим установама у зависности од времена трајања трудноће. Тако, ако се ради о трудноћи до десет недеља, прекид се може обавити у дому здравља, односно лекарској ординацији ¹⁰², ако је трудноћа трајала до двадесет недеља обавља се у болници, а ако се ради о

¹⁰¹ Закон о прекиду, *op.cit.*, чл.8; Правилник о ближим условима, *op.cit.*, чл.2-3.

¹⁰² Предвиђа се да морају имати организовану здравствену заштиту жена и хитну медицинску помоћ (чл.1о Закона).

трудноћи преко двадесет недеља -у клиници, институту, клиничко-болничком центру или клиничком центру.¹⁰³

б) Немачко право

1. Основ правне допуштености побачаја по немачком праву налази се у одредбама немачког *Кривичног законика*, које датирају још из времена реформе кривичног законодавства из 1976.године. *Законом* се допушта побачај због социјалних или етичких разлога до дванаесте недеље трудноће, а због медицинских или еугенских индикација до двадесет друге недеље трудноће. Кажњив је прекид трудноће који није индикован или је противан вољи труднице, који се изврши без потребног саветовања или без лекарског налаза.¹⁰⁴

2. Допустивост уговорних споразума о прекиду трудноће омеђена је границама које су повучене с једне стране одредбама грађанског и кривичног закона, а с друге стране обичајима.¹⁰⁵ Уколико нема законски регулисане индиковане ситуације, уговор о прекиду трудноће је неважећи. Уколико, међутим, постоји нека од индикација, онда пуноважност уговора с лекаром, који за предмет има прекид трудноће код пацијенткиње, не налази ни на какве правне сметње.

3. У Немачкој је после уједињења 1992.године донет и *Закон о помоћи трудницама и породици*, који у једном делу садржи и

¹⁰³ Реч је о здравственој установи која има болничку службу из гинекологије и акушерства, операциону салу и службу трансфузије крви (чл.10 *Закона*).

¹⁰⁴ § 218 – 219 *StGB*, у: DEUCHLER, *op.cit.*, 17.

¹⁰⁵ § 134, § 138 *Грађанског законика* и § 218, 218 а/б, и 219 *Кривичног законика* (LAUFS-UHLENBRUCK, *op.cit.*, str.242).

одредбе о прекиду трудноће, другачије од досадашњих. Одредбе овог закона не предвиђају за медицинску индикацију никакво временско ограничење (могућ је побачај и после 22.недеље, што представља либералније решење). Међутим, овај закон није одмах ступио на снагу. Наиме, о њему је одлучивала *Савезна скупштина Немачке* пошто је покренут поступак за оцену уставности одредбе о ембриопатским (медицинским) индикацијама за вршење побачаја. Према најновијој, другој пресуди *Савезног уставног суда* заузет је став да промене у законском регулисању не доводе до укидања могућности побачаја због ембриопатских индикација, него само до укидања досадашњег рока од 22 недеље трудноће као услова побачаја. Ипак, исказана је у одређеној мери сумња и колебање овог суда у односу на праксу оваквих побачаја, која би могла довести до дискриминације према *Уставу* ("болест никако не може водити умањивању заштите живота"). Закључено је да се новим регулисањем ембриопатских индикација не укида, него напротив афирмише *право на здраво дете*. Сматра се да је правна заштита болесног нерођеног детета обухваћена важењем ембриопатске индикације. Редовни судови још нису имали прилику да се о овоме изјашњавају.¹⁰⁶

4. У вези са питањима побачаја, немачки законодавац је скорим новелирањем *Закона о лековима* допустио примену тзв.

¹⁰⁶ *Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz (SFHAndG)*, чл.3 ст.3 *Устава (GG)* i одлука *Saveznog ustavnog suda (BverfG E, 88, 203)*: R.BECKMANN, "Der "Wegfall" der embryopathischen Indikation", *Medizinrecht*, 4/1998, 155.

пилуле за побачај (*Mifegyne*), чија је употреба једно време била спорна. Сада се ово средство за предузимање побачаја сматра леком у ширем смислу, и за њега важе посебни, пооштрени услови промета у апотекама.¹⁰⁷

в) Француско право

1. *Законом о јавном здрављу* Француске такође су у основи уобличени услови и поступак вршења побачаја.¹⁰⁸ За разлику од ранијих решења, допушта се не само прекид трудноће из терапеутских разлога, чији су услови одређени веома широко, већ подједнако и прекид из личних разлога мајке у време пре десете недеље трудноће. За побачај мотивисан личним разлозима труднице новије измене *Закона* не предвиђају више ни обавезу саветовања, консултовања и "посебних разговора", чиме се у основи модификују и радње ординирајућег лекара. Сматра се да је трудница та која се позива на индикацију, која прихвата ризике и потписује пристанак у том смислу, а да лекар има да прихвати побачај уз могућност да се позове на тзв. *клаузулу савести* и пацијенткињу упути другом лекару.¹⁰⁹

2. Другачије је код побачаја из терапеутских разлога где је улога лекара, без сумње, примарна. Терапеутски разлози могу бити двојаки: медицински, односно да продужење трудноће угрожава

¹⁰⁷ DEUTSCH, *Neue Juristische Wochenschrift*, 3393.

¹⁰⁸ Loi No 75-17 od 17.1.1975. i Loi No 79-204 od 31.12.1979 донети као саставни део овог *Закона*. Видети: MEMETEAU, *Le droit medical*, Paris, 1985., 325-326; D.MALICIER/A.MIRAS и др., *La responsabilité médicale*, Lyon, 1992., 384.

¹⁰⁹ MEMETEAU, *Ibid.*, 326.

здравље будуће мајке, и еугенски, тј. да постоји велика вероватноћа да ће се дете родити са неизлечивим обољењем.¹¹⁰ Сматра се да код медицинских разлога постоји сукоб интереса мајке и плода. Раније се дозвољавао само побачај у циљу да се сачува живот мајке, који би трудноћом био угрожен и тиме се постизала равнотежа у заштити интереса. Према новом законском решењу довољан је услов да би продужењем трудноће било угрожено здравље труднице. Овде се сада супротстављају живот (плода) и здравље (труднице). У вези са тим *другостепени суд* у *Vobigny*-у је одлучио да је "жртвовано добро" (живот детета) инфериорне вредности према "интересу самозаштите" (здравље мајке).¹¹¹

г) Америчко право

1. У познатом и често навођеном случају *Roe v. Wade* из 1973. године *Врховни суд САД* укинуо је пресуду *апелационог суда* државе *Texas* и прогласио да су одредбе *тексашког Закона о кажњивом абортусу* неуставне. Ова одлука је означила преокрет у америчкој судској пракси и њоме је практично легализован побачај, будући да она потврђује да у основна права личности улази и право жене на абортус, онда када је о томе консултовала лекара (допуштени побачај). До краја првог тромесечја трудноће трудница може слободно донети одлуку о томе, док се у другом

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*

тримесечју побачај може извршити само из тачно одређених разлога.¹¹²

2. Већина федералних држава донела је и своје законе о абортусу, али пракса *Врховног суда САД* и даље је неприкосновена и креће се у правцу ограничавања законодавне ингеренције федералних јединица у овој материји. Тачније, одлуком *Врховног суда (Roe v. Wade)* било је забрањено регулисање абортуса законима држава, али је таква забрана повучена каснијом одлуком овог суда (*Webster*). У једном броју пресуда циљано су стављене ван снаге неке одредбе закона. То показује пример случаја *Akron v. Center for Reproductive Health* из 1986. године. Одлуком суда проглашене су неважећим одредбе 1-6 *Закона о абортусу* државе *Missouri*, а задржане на снази одредбе 7-8 (захтев да се патолошки извештај ради за сваки абортус и захтев да други лекар буде присутан абортусима који се обављају после оживљавања фетуса).¹¹³

3. Одређена ограничења у новије време чине и тзв. *Gag-clauses* као вид административног ограничавања односа лекар - пацијент, којима владе прописују забрану лекарима да се упуштају у "расправу", тј. да утичу на одлуку труднице о побачају. На пример, држава *Illinois* ставила је ван снаге законско решење да лекар код сваке пацијенткиње која тражи побачај прочита: "Држава *Illinois* жели да вас упозна да је дете које носите људско биће чији живот треба да буде сачуван". Иначе, владе нису

¹¹² ELIAS/ANNAS, *op. cit.*, 143.

¹¹³ AREEN и др., *op. cit.*, 1236-1237.

једине које ограничавају однос лекар – пацијент. У овој области одређена правила доносе и професионалне организације као што је *Америчка медицинска асоцијација*.¹¹⁴

4. У погледу информисања и пристајанка труднице важе иста правила као при свакој другој медицинској процедури, а не никаква посебна. Тако је у поступку пред *Врховним судом Pennsylvania-е* оспорена законска одредба да жена мора обезбедити потпис мужа да би се обавио абортус, док је подржан захтев за давањем 24-х периода чекања, као шансу да лекар да информацију о феталном развоју и као део процеса одлучивања.¹¹⁵

¹¹⁴ *Managed Care organisations (MCO) i American Medical Association (AMA): J.MARTIN/L.BJERKNES, "The legal and ethical implications of Gag clauses in physicians contracts", American Journal of Law and Medicine, 4/1996, str.433.*

¹¹⁵ *Casey v. Planned Parenthood (11 S ct 2791/1992): L.PALMER, "Life, death and public policy", Cornell Law Review, 1/1995, str.170.*

Д. ДОПУШТЕНОСТ СТЕРИЛИЗАЦИЈЕ

I Општи поглед

1. Постоје различити ставови о проблему допуштености стерилизације, зависно од врсте стерилизације и разлога због којих се она предузима. Полазно је становиште да је стерилизација оперативни захват са којим се стерилизант, тј. лице које му се подвргава, мора недвосмислено сагласити. Другим речима, то значи да је стерилизација добровољна и да се не може вршити применом силе како је то некада чињено.¹¹⁶ Тако, немачки правни теоретичари прихватају једино присилну стерилизацију по *Закону о старатељству*. Овде се, додуше, не ради о принуди у правом смислу речи, него о стерилисању лица које није вољно способно, те у његово име пристанак даје законски заступник, тј. старалац. Услови ове стерилизације веома су рестриктивни и строго таксативно утврђени.¹¹⁷

2. Најчешће се као прихватљива и оправдана истиче тзв. индикована стерилизација. Слично побачају, и стерилизација је индикована кад је изискују медицински (терапеутски), еугенски или социјални разлози. Медицински разлози постоје када се хоће избећи опасност по мајчино здравље, трудноћу или рођење детета.

¹¹⁶ Неславни значај стерилизација је у Немачкој добила *Законом о спречавању рађања потомства са наследним болестима* од 14.7.1933. године према коме је суд могао да донесе одлуку о стерилизацији и против воље лица које је требало учинити неплодним. На основу овог *Закона* у годинама између 1934. и 1945. Присилно је стерилисано 350 000 људи (LAUFS/UHLENBRUCK, *op.cit.*, str.724).

¹¹⁷ *Ibid.*, str.725.

Ту спадају и случајеви када жена због свог здравственог стања не може да поднесе примену хормонских или других контрацептивних средстава. Стерилизација из еугенских разлога представља меру за заштиту потомства од дегенеративних, наследних обољења. Социјални разлози објашњавају се жељом да се избегне нарушавање стила живота или да се очувају породична материјална добра.¹¹⁸ У појединим правима, као нпр. Француском, врши се нешто другачија подела, на терапеутску и нетерапеутску (контрацептивну) стерилизацију, али се она у суштини своди на исте разлоге.¹¹⁹

II Стање законодавства

1. Као оперативни захват који искључује даљу могућност оплођавања, стерилизација почива у својој основи на праву личности и уопште део је уставом загарантованих слобода и права. Међутим, правно уређење стерилизације као једне од мера контрацепције, није свуда до краја изведено. То посебно важи за Југославију, где још не постоји потребна регулатива. Пропуштено је да се то уради новим *Законом о поступку прекида трудноће у здравственој установи*, иако су истоимени закони неких бивших

¹¹⁸ WAIBL, *op.cit.*, str.25; GIESEN, *op.cit.*, str.24; J.PENNEAU, Коментар пресуде француског *Касационог суда* од 9.5.1983.год., *Recueil Dalloz Sirey*, 11/1984., str.122.

¹¹⁹ G.MEMETEAU - Remarques sur la sterilisation non-therapeutique apres les lois bioethiques, *La Semaine Juridique (JCP)*, Ed.6, No 15/1995, 168.

република Југославије садржали адекватна решења о врсти, условима и консеквенцама овог захвата.¹²⁰

2. Стање регулативе ове мере контрацепције далеко је одређеније у правима неких других земаља, нарочито када је реч о стерилизацији појединих категорија лица, као што су малолетна лица или душевни болесници.

а) Немачко право

1. Према *Узорним правилима професије за немачке лекаре* допуштена је стерилизација из медицинских, генетских (еугенских) или социјалних разлога.¹²¹ Слично решење садржи Немачки *Кривични законик* који допушта добровољну стерилизацију, док принудну стерилизацију забрањује квалификујући је као тешку

¹²⁰ У бившим југословенским републикама, Словенији и Хрватској, била су донета одговарајућа решења. То чине *Закон о здравственим мерама за остваривање права на слободно одлучивање о рађању деце* (*Урадни лист СР Словеније* 11/1977.) и истоимени *Закон Хрватске* (*Народне новине СР Хрватске* 18/1978 и 31/1986.). Наиме, допушта се стерилизација само пунолетних лица која су навршила 35 година живота. Том основном ограничењу у закону Словеније додаје се да се не сме стерилисати ни особа која је неспособна за расуђивање (чл.10). У Хрватској закон дозвољава да се стерилизација врши без обзира на године живота из здравствених разлога, али те разлоге прецизира. Дозвољена је, наиме, стерилизација жене чији би живот био угрожен трудноћом или радњањем или за коју се на основу сазнања медицинске науке утврди да би се њено дете родило с тешким душевним или телесним манама (чл.8). Оба законска текста садрже норму да се стерилизација може извршити само на захтев лица које жели да се подвргне том захвату, те да је у захтеву садржан и пристанак на стерилизацију. Ближе су одређени и услови и поступак остваривања права родитеља, односно старатеља да уместо лица кога заступају захтевају стерилизацију.

¹²¹ LAUFS/UHENBRUCK, *op. cit.*, 726.

телесну повреду.¹²² Осим тога, принудна стерилизација недопуштена је и према немачком *Уставу*, који прокламује право личности да одлучује о могућности рађања, па према томе и о мери стерилизације.¹²³

2. Изменама *Немачког грађанског законика* из 1990.године стерилизација малолетника апсолутно је забрањена.¹²⁴ Пристанак на стерилизацију малолетних лица не могу дати ни родитељи ни сами малолетници. Овај закон такође уређује стерилизација душевно оболелих лица. Старалац тих лица може пристати на стерилизацију у њиховом интересу и у интересу могућег детета, само под прописаним условима:

- ако стерилизација не противречи вољи стараника;
- ако стараник за дуже време неће бити способан сам да одлучи;
- ако би без стерилизације стараник доспео у стање трудноће;
- ако би услед трудноће могло доћи до опасности по живот или тешког оштећења телесног или душевног здравља труднице, који се не би могли отклонити на неки други начин (као веома озбиљна опасност за душевно здравље труднице сматра се и опасност од трајних и тежих патњи, која би јој претила због тога што би се против ње могле спровести мере старатељског суда о њеном одвајању од детета);

¹²² DEUCHLER, *op.cit.*, 11.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ DEUTSCH, *op.cit.*, 290 .

- ако се трудноћа не може спречити другим подесним средствима;

Сагасност изискује одобрење старатељског суда, а стерилизација се може спровести тек две недеље после пуноважности одобрења.¹²⁵

3. Предмет пажње немачких судова нарочито је била Допуштеност уговорних споразума о стерилизацији. Наиме, спорна је била оправданост неиндиковане, тзв. *услужне* или стерилизације из *предусретљивости*, која се тиче случајева без социјалне или неке друге разумљиве индикације. Извесни правни теоретичари ову стерилизацију сматрају недопуштеном због њене неморалности, па стога мисле да би и уговор о обављању стерилизације морао бити ништав.¹²⁶ Сталешко право немачких лекара такође не одобрава ову врсту стерилизације.¹²⁷ Ипак, поједини правни писци заступају схватање да је ова стерилизација неморална само кад се спроводи над млађим лицем које још није у браку или је у браку а нема деце.¹²⁸ *Савезни врховни суд* Немачке начелно је оспорио неморалност добровољне стерилизације жене. У образложењу се позвао на чињеницу да према владајућим представама о моралу, ни спречавање зачећа као такво, ни лекарска помоћ у том циљу није за осуду. Сваки човек може сам да одлучи да ли ће се подвргнути лекарском захвату. Слободно одлучивање за или

¹²⁵ §§ 1666 i 1666a, *Ibid.*

¹²⁶ WAIBL, *op. cit.*, 27 .

¹²⁷ A.ESER/H.G.KOCH,"Aktuelle Rechtsprobleme der Sterilisation", *Medizinrecht*, 1/1984., 6.

¹²⁸ LAUFS/UHLENBRUCK, *op. cit.*, 239 .

против родитељства треба разумети као могућност за хумано живљење. Због тога уговор о стерилизацији треба сматрати вредносно неутралним. Он није у супротности са законским нормама ни у случају када се ради о услужној стерилизацији.¹²⁹

б) Француско право

1. У Француској је, као и у већини земаља, стерилизација најпре била третирана као једна од мера казнене политике у кривичном праву.¹³⁰ Мимо тога, у случајевима тзв. *терапеутске* стерилизације, предузете из медицинских разлога, постојала је добровољна повреда тела, при чему је пристанак субјекта био неопходан са становишта неповредивости људског тела, али не и довољан будући да је сама интервенција морала представљати корист за пацијента, а не атак на његово тело.¹³¹

2. Доношењем *Закона о биоетици* допушта се, додуше посредно, и могућност практиковања тзв. *хумане* стерилизације у циљу контрацепције. Реч је о стерилизацији услед постојања медицинско-социјалних индикација, што раније није узимано у обзир. Ови разлози нарочито су аргументовани у поступку доношења *Закона*, уз истицање пре свега ситуације жена које не могу да подносе друге контрацептивне методе а желе да контролишу трудноћу. Ово схватање је нашло ослонац у једној ранијој пресуди *Касационог суда* којом је први пут експлицитно

¹²⁹ *Ibid.*, 240.

¹³⁰ MEMETEAU, *op.cit*, стр.527 .

¹³¹ *Ibid.*

призната допуштеност нетерапеутске (хумане) стерилизације.¹³² Пракса, међутим, још увек треба да покаже сву сложеност ове проблематике у односу на такво законско решење. Наиме, недоречен је сам мотив и начин предузимања интервенције, будући да је на снази и одредба о потреби несумњивог терапеутског карактера сваке операције, па и стерилизације. Зато се у коментарима истиче да право на стерилизацију тежи да прерасте у право на естетску хирургију, чији је крајњи акт у трансексуалној интервенцији.¹³³

в) Америчко право

Америчко прецедентно право стоји на становишту да могућност превентивног деловања на зачеће путем стерилизације представља једно од личних права предвиђених *Уставом*. Упркос томе, неке од федералних држава биле су прописале законску забрану стерилизације, осим када се она предузима из медицинских разлога, али је највиши суд САД 1972.године у случају *Griswold v. Connecticut* такво правило прогласио неуставним.¹³⁴ Суд је сматрао да се њиме забрањује употреба средстава за спречавање зачећа. У образложењу ове одлуке суд се позвао на "слободу у спречавању зачећа", као на неодвојив део права на планирање потомства, и на брачни домен приватности.

¹³² Пресуда *Касационог суда* од 9.маја 1983.год. (MEMETEAU, *La Semaine juridique*, str.167).

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ ELIAS/ANNAS, *op.cit.*, стр.14.

породице или правом на слободно родитељство¹³⁶, а у суштини јесте свако чињење или пропуштање чињења, које је усмерено на регулисање момента и броја порођаја¹³⁷. Планирање породице се, отуда, може разумети у негативном значењу, када се уопште не жели дете, и у позитивном, када се оно жели али плански. Планирајући породицу парови могу доћи у ситуацију нежељеног рођења детета, али и нерађања жељеног детета. То значи да је одлучивање о рађању вишезначно и сложено и да одлучивање о контрацепцији, о трајању трудноће, и о стерилизацији. Овде треба правити разлику између контрацепције и прекида трудноће. Последњи могући моменат планирања код контрацепције је време непосредно пре зачећа детета. За разлику од тога, прекид трудноће не спада у планирање породице у правом смислу, пошто се он квалитативно не може изједначити са мерама планирања породице. Али, пошто прекид трудноће такође доводи до регулисања рађања, ни за њега не може да важи нешто друго. Осим тога, данас кад побачај није више кажњив, а на трудници је одлука да ли ће се за њега одлучити, појам планирања породице ваља схватити не више искључиво у вези са спречавањем зачећа, него обухватити њиме и слободу одлучивања о прекиду трудноће.

¹³⁶ В. STEINBOCK, *Rethinking the Right to Reproduce*, The University at Albany/SUNY, str. 1-17; Ово се право сматра сложеним правом које се састоји из следећих посебних права:- право на избор начина планирања породице;- право на слободан избор полног партнера;- право на спречавање зачећа;- право на оплођење;- право на прекид трудноће;- право на рађање детета (М. МЛАДЕНОВИЋ, *Породично право у Југославији*, Београд, 1988., стр. 58).

Побачај овде чини *корективни метод планирања* који се примењује онда када је до нежељеног зачећа већ дошло.¹³⁸

II Стање законодавства

1. Право на планирање породице и мере контрацепције најчешће се у правничкој литератури наводе као један од примера уставом загарантованих слобода и права. У југословенском праву, почев још од раније *Устава СФРЈ*, па до данас важећег *Устава РС*, предвиђено је као посебно право везано за репродукцију право на слободно одлучивање о рађању деце¹³⁹. Свако има право да планира породицу према својим склоностима, жељама и могућностима. За ово уставно право није битан ни велики ни мали наталитет, већ чињеница да на свет треба да долазе само она деца коју су родитељи желели и коју ће волети када се роде. Зато би се оно најбоље могло назвати *правом на жељену децу*, будући да је сасвим неприхватљиво да на свет долазе *случајна и нежељена деца*.¹⁴⁰ Иначе, у оквиру тога, право на контрацепцију има свако лице у генеративном добу и под њим се разуме саветовање,

¹³⁷ WAIBL, *op.cit.*, стр.150.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ "Право је човека да слободно одлучује о рађању деце". Од савезног *Устава* из 1974.год. право на планирање породице дефинише се као једно од права човека које се може ограничити само ради заштите здравља. Данас, ово је предмет републичке регулативе и *Устав СРЈ* нема одредбу о томе. При томе поменута одредба *Устава Р Србије* не предвиђа ограничење овог права ради заштите здравља (*Устав Р Србије, Сл.гласник 1/90, чл.27*).

¹⁴⁰ МЛАДЕНОВИЋ, *op.cit.*, стр.55.

набавка контрацептивних средстава, обука и контрола њихове примене.¹⁴¹

2. Правни прописи иностраних земаља такође дају исти значај и смисао овом праву, мада је у прошлости било и прописа по којима је коришћење контрацептивних лекова и других средстава било кажњиво. Тако је *Врховни суд САД*, у првом и најважнијем случају ове врсте, *Griswold v. Connecticut*, прогласио неуставним одредбе *Закона о контрацепцији државе Connecticut*, а ту одлуку подржала је *Лига за планирано родитељство*.¹⁴² Радило се о законском решењу по коме би свако ко употребљава лек, медицински производ или инструмент ради превенције контрацепције, могао бити кажњен новчано или лишењем слободе до једне године. То је, додуше, закон из далеке 1879. године, али је тада, 1965. године био још био на снази. После усвајајуће одлуке

¹⁴¹ *Ibid.*, 60.

¹⁴² Случај *Griswold v. Connecticut*, покренут од стране *Лиге за планирање родитељства Connecticut-а*, 381 U.S.479(1965.), Видети: ELIAS/ANNAS, *op.cit.*, стр.143; *Wrongful Birth and Wrongful life Legal Research Guide*", Internet adresa <http://members.tripod.com/~Wrongfulbirth/index.htm>, 1998., 7-8. Закони држава који забрањују позивање на *wrongful birth* и *wrongful lufe* су: *Idaho Code* § 5-334(1) (1997), *Indiana Code Ann.* § 34-1-1-11 (West 1997) 1998 Ind. Legis. Serv. P.L. 1-1998 (H.E.A. 1011), *Minnesota Stat. Ann.* §§ 145.424 (West 1997), *Missouri Rev. Stat.* §188.130(2) (1997), *North Carolina Gen. Stat.* § 14.45.1(Michie 1997), *North Dakota Cent. Code* § 32.03-43 (Michie 1997), *Pennsylvania 42 Cons. Stat.* § 8305 (1993), *South Dakota Codified Laws Ann.* §§ 21-55-1 to -2 (1997), *Utah Code Ann.* § 78-11-24 (Michie 1997). Suprotno: *Maine Rev. Stat. Ann.* tit. 24, §2931 (West 1997).

суда, контрацепција се неоспорно сматрала личним правом, без обзира да ли се тиче парова у браку или слободних парова.¹⁴³

3. У медицинском праву, појам права на планирање породице први пут је објашњен од стране познатог немачког правног теоретичара Giesen-a, поводом случајева апотекарске грешке у издавању контрацептивног лека и лекарске грешке код неуспеле стерилизације, као право родитеља да означи и одреде када и колико често желе да зачну нови живот. Он сматра да ово право спада у право пацијента на самоодређење у оквиру репродуктивне здравствене службе.¹⁴⁴

4. Спровођење контрацепције у оквиру репродуктивне здравствене службе захтева и одговарајуће сврсисходно поступање лекара. На пример, контрацепција лековима, будући да се врши средствима која садрже естроген, може да изазове споредна штетна дејства. У том смислу лекар је дужан да пацијенткињу упозна са овим споредним дејствима, да обрати пажњу на предзнаке таквих могућих угрожености код ње, и да своје лечење усклади са тим.¹⁴⁵

¹⁴³ *Ibid. Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S.438(1972.).

¹⁴⁴ GIESEN, *Arzthaftungrecht*, *op.cit.*, str.50 Присталица овог става је и немачки теоретичар Steindorff, по коме у суштинска права личности, за разлику од личних интереса, спада и право пацијента на самоодредјење, а у оквиру њега се смешта право на планирање породице (STEIGLICH, *op.cit.*, 134).

¹⁴⁵ DEUTSCH, *op.cit.*, *Medizinrecht*, 291.

ГЛАВА ДРУГА: РАЗВОЈ ПРАВНЕ ПРАКСЕ

§1. УВОД

1. Судска пракса у области одговорности због нежељеног рођења детета и због нежељеног живота одликује се како својом дуготрајношћу, тако и разноврсношћу случајева. Упркос одређеним колебањима, јасно се може сагледати главни смер њеног кретања, при чему је од нарочите важности њено упоредноправно анализирање. Што се тиче праксе југословенских судова, ситуација је готово несагледива, будући да таквих спорова до сада није ни било. Искуства стране судске праксе показују да се *нежељено рођење* и *нежељени живот* третирају као правни основи за самосталне, али сродне и комплементарне захтеве, јер се у оба случаја тужилац позива на рођење детета које је лекар требало да сречи. Судови често примењују аналогију и користе сличну аргументацију кад одлучују о тим захтевима.

2. Судови случајеве *нежељеног рођења* прихватају као легитиман и основан разлог за одштетни захтев родитеља, и по правилу га усвајају. Кад је реч о случајевима *нежељеног живота*

судови европских земаља тужбе одбијају, док амерички судови мењају дугогодишњу праксу и почињу да признају да је са инвалидним рођењем дете претрпело штету, због судбоносног обољења и од стране лекара "посредно узроковане" егзистенције.¹⁴⁶ Примери из судске праксе показују да случајеви оваквих штета у вези са рођењем могу настати у различитим ситуацијама и да могу обухватити више субјеката на обе стране. Накнаду штете могу потраживати родитељи, само дете, а некада и браћа и сестре оштећеног детета.¹⁴⁷ Као потенцијално одговорни долазе у обзир лекари, лабораторијски техничари, генетски саветници, болничке управе, произвођачи контрацептивних пилула, апотекари, па чак и сами родитељи.¹⁴⁸

¹⁴⁶ ELIAS/ANNAS, *op.cit.*, 117.

¹⁴⁷ Могући су захтеви родитеља и оштећеног детета: а) захтеви родитеља за накнаду дужних повећаних трошкова услед инвалидности детета, за укупно издржавање детета, или за болнином и, б) захтеви детета за накнаду повећаних издатака, за укупно издржавање, или за болнином. (FEARBER, *op.cit.*, 46). Захтеви браће, односно сестара оштећеног, иако су са становишта њихове позиције оправдани, нису, међутим, у пракси још потврђени (WEBER, *op.cit.*, 49).

¹⁴⁸ TEFF, *op.cit.*, 426.

§ 2. СУДСКА ПРАКСА КОЈА СЕ ТИЧЕ НЕЖЕЉЕНОГ РОЂЕЊА (*Wrongful birth*)

А. ОПШТИ ПОГЛЕД

1. Да би штете због издржавања детета које је рођено непланирано, непажњом одговорног лекара, биле правно признате, био је потребан дуг процес навикавања. Тако је у прво време тај неуобичајени захтев погођених родитеља према лекару или апотекару сматран лошим вицем. Из чињенице да би се натурална реституција, коју лекар у принципу дугује, могла извршити само убијањем детета, извлачио се закључак да родитељи немају никакво право на новчану накнаду. Временом, прихватањем и легализацијом побачаја, мења се расположење и према овим случајевима накнаде штете. Али, ни то није ишло праволинијск. У прво време, сматрало се да постоји сукривица родитеља као чињеница која умањује штету. Данас се, у начелу, признаје право на накнаду штете у вези планирања породице, нарочито када су у питању грешке које повлаче професионалну одговорност лекара. Међутим, приликом разматрања правне праксе мора се истаћи чињеница да судови праве разлику између случајева нежељеног рођења болесног, тј. хендикепираног детета, с једне стране, и случајева нежељеног рођења здравог детета, с друге стране.

Б. ПРАКСА АМЕРИЧКИХ СУДОВА

Често коментарисано и цитирано америчко судско право најраније се суочило са захтевима за накнаду штете због нежељеног рођења детета, и оно је отишло најдаље у том погледу. Ипак, посматрајући праксу судова појединих федералних држава, уочава се да је она различита и да нема неких заједничких ставова. За њу је карактеристично, због важења прецедентног права, да се од стране Врховног суда не доносе никакви начелни ставови, као што је то случај код судова земаља континенталног права.¹⁴⁹

I Рођење здравог детета

1. Спорови због нежељеног рођења здравог детета у највећем броју случајева тичу се одговорности лекара због мањкаве стерилизације или неуспелог побачаја, али и одговорности апотекара због погрешне замене лека за контрацепцију. Може се уочити одређени развој у ставовима судова, који се креће од најранијег одбијања тужби, преко признавања медицинских

¹⁴⁹ *Legal Research Guide*, op.cit., 7-8. Дат је преглед релевантних *case law* одлука држава које признају основ *wrongful birth* тужби: Alabama (*Keel v. Banach* 624 So. 2d 1022/1993), Arizona, California, Colorado, Delaware, District of Columbia, Florida (*Kush v. Lloyd* 616 So. 2d 415/1992), Illinois, Indiana (*Bader v. Johnson* 675 N.E.2d 1119/1997), Kansas, Louisiana, Maryland (*Reed v. Campagnolo* 630 A.2d 1145/1993), Massachusetts (*Viccaro v. Milunsky* 551 N.E.2d 8/1990), Michigan, Nevada (*Greco v. U.S.* 111Nev 405/1995), New Hampshire, New Jersey, New York, Ohio (*Flanagan v. Williams*, 87 Ohio App.3d 768/1993), Texas (1975), Virginia, Washington, West Virginia, Wisconsin.

трошкова или болнине, до тенденције да се признају трошкови издржавања за дете, али не у пуном износу. Ваља напоменути да се ради о претежној пракси и да, поред тога, има и федералних држава чији судови не признају право на обештећење.¹⁵⁰

2. Прву одлуку у области ове одговорности за штету донео је *Врховни суд Minnesota-е* у случају *Christensen v. Thornby*.¹⁵¹ У конкретном случају супруг се одлучио на стерилизацију, желећи да на тај начин заштити супругу, која због здравствених разлога, није смела да затрудни. Упркос томе, после неког времена, нежељено им се родило здраво дете. Премда стерилизација није била успешно обављена, суд је одбио тужбени захтев сматрајући да тужилац није претрпео никакву штету јер је постао отац здравог детета, а женино здравље тиме није нарушено. У низу доцнијих, такође одбијајућих одлука у вези са погрешном стерилизацијом, судови су и даље следили схватање да рођење детета представља остварење највеће вредности, које искључује било какву штету, а осим тога досуда дужности накнаде штете несразмерно би теретила лекара.¹⁵²

¹⁵⁰ *Ibid*, 8. Државе које не признају основ *wrongful birth* тужби су: Georgia- *Atlanta Obstetrics v. Abelson* 398 S.E.2d 557 (Ga. 1990), Missouri- *Wilson v. Kuenzi* 751 S.W.2d 741 (Mo. 1988), North Carolina- *Azzolino v. Dingfelder* 337 S.E.2d 528 (N.C. 1985).

¹⁵¹ Овај случај датира још из 1934.год. (ELIAS/ANNAS, *op.cit.*, 76).

¹⁵² *Врховни суд Pennsylvania-е* у *Shaheen v. Knight* (1957) и *Tarrel v. Garcia*, 496.S.W.2d (Tex.1973.). *Ibid*, 78.

3. Наговештај донекле другачијег става судова означио је случај *Custodio v. Bauer*.¹⁵³ Радило се о мајци која је и поред захвата стерилизације остала трудна и родила здраво дете, десето по реду. Апелациони суд California-е признао јој је право на накнаду укупне штете будући да је због нежељеног рођења родитељско старање и издржавање морала у новонасталој ситуацији да распореди на већи број деце.

4. Заокрет у судској пракси уследио је и овде убрзо после већ наведеног случаја *Roe v. Wade*. Наиме, Виши суд Delaware је у предмету *Coleman v. Garison*¹⁵⁴ делимично усвојио тужбени захтев родитеља за надокнаду штете због нежељеног, али здравог, рођења њиховог петог детета. Тужбу је поднела мајка, позивајући се на непажњу ординирајућег лекара у вршењу стерилизације, којој је желела да се подвргне због свог слабог здравственог стања, неподношења других контрацептивних средстава, и због чињенице да је са 28 година већ имала четири детета. Поред трошкова издржавања детета, она је тражила да јој се досуди болнина и трошкови неуспелог захвата стерилизације. Суд је, међутим, тужбу усвојио само у другом делу а одбио је могућност накнаде трошкова издржавања детета. Судови су истоветно решавали и случајеве у којима се радило о нестручно и непажљиво обављеном побачају

¹⁵³ 251 Cal.App.2d 303, 59 Cal. Rptr. 463 (1967.): A.BECKERMAN-RODAU, "Expanding Damages in Wrongful birth Tort Actions", *Western New England Law Review*, 1980., 836.

¹⁵⁴ 349 A.2d 8 (Delaware Supreme Court, 1975.): DEUCHLER, *op.cit.*, 45.

што је имало за последицу настављање трудноће и непланирано рођење здравог детета.¹⁵⁵

5. У једној од новијих одлука у случају *Love Lace medical center v. Mendez*¹⁵⁶ суд је одлучивао о одговорности лекара због нестручно обављене стерилизације жене, код које је подвезан само један јајовод. У међувремену она је родила здравог дечака. Суд је удовољио тужби за накнаду трошкова издржавања, а осим тога мајци је признао право на накнаду штете због телесних и душевних оштећења у току трудноће.

6. Родитељи устају са тужбом за накнаду штете због нежељеног рођења здравог детета и онда кад због грешке одговорног лица средство за контрацепцију није имало жељени успех. На пример, дешава се да апотекар омашком изда уместо анти-беби пилуле неки други лек, или да грешком лекара у преписивању одређене терапије дође до неделотворности узетог контрацептивног лека. Овде је вредна помена одлука која се тиче случаја *Troppi v. Scarf*¹⁵⁷ коју је донео Апелациони суд Michigan-а. Тужбу је поднела мајка седморо деце, која је по савету свог лекара редовно узимала хормонске контрацептиве. Међутим, у спорном случају апотекар је непажњом издао погрешан лек, који је имао

¹⁵⁵ R.STÜRNER, "Das Bundesverfassungsgericht und das frühe menschliche Leben", *Juristen Zeitung*, 7/1998., 322.

¹⁵⁶ *Love Lace medical Center v. Mendez* 805 p 2d 603 (New Mexico 1991.). Видети: DEUTSCH, *op.cit.*, *Medizinrecht*, 615.

¹⁵⁷ *Troppi v. Scarf* 187 N.W. 2d 511 (Michigan, 1974.): BECKERMAN-RODAU, *op.cit.*, 835.

сасвим другачије дејство. Тако је дошло до нове трудноће после чега је рођено здраво дете. Тужбом против апотекара мајка је захтевала накнаду претрпеле штете у виду изгубљене зараде, трошкова трудноће и порођаја, болнине и трошкова издржавања детета. Утврђујући чињенично стање суд је стао на становиште да постоји нехат апотекара. Суд је, такође, сматрао да оптерећење родитеља трошковима издржавања новорођеног детета спада у штету подесну да буде надокнађена, али је истовремено одбио да призна право на надокнаду нематеријалне штете, због тешкоћа да се та штета одмери. Суд није прихватио тврдњу туженог да су родитељи били дужни да штету умање тиме што је жена могла да изврши побачај или да другоме понуди усвајање тако рођеног детета. Исто становиште следили су и други амерички судови.¹⁵⁸

II Рођење болесног детета

1. Родитељи који су желели да избегну рођење болесног детета имају повољнији правни положај него родитељи нежељено рођеног здравог детета, у том смислу да је много више усвајајућих судских одлука. Њима се редовно досуђује одговарајући износ на име накнаде штете. Међутим, правна пракса и код ових питања није ишла праволинијски. О постојању одговорности лекара први пут 1967. године одлучивао је *Врховни суд New Jersey-а* у случају

¹⁵⁸ *Bushman v. Burns Clinic Medical Center*, 83 Mich.App.435, 268 N. W.2d 683 (1978.); *Green v. Sudakin*, 81 Mich.App.545, 265 N.W. 2d 411 (1978.). *Ibid.*, 842.

Gleitman v. Cosgrove.¹⁵⁹ Суд је одбио захтеве родитеља за накнаду штете због душевног оптерећења мајке и због трошкова за неговање детета које је дошло на свет слепо, са оштећеним слухом и ментално ретардирано. Тешка оштећења била су последица рубеоле, којом је мајка била инфицирана у првим месецима трудноће. И поред чињенице да су тужени лекари нетачно обавестили мајку да њена болест неће утицати на здравље плода, суд је донео одбијајућу пресуду. У образложењу такве одлуке суд се позивао на тада општеприхваћени став, по коме је само довођење у везу порођаја и штетне радње неморално и грешно. Јасан преокрет у судској пракси настаје након познате пресуде *Врховног суда САД* у предмету *Roe v. Wade*¹⁶⁰, којом је легализовано право на побачај, као једно од уставом загарантованих права. То је неминовно имало утицаја на проблематику нежељених рођења и довело до битно другачијих ставова према тужбама родитеља.

2. У случају *Jacobs v. Theimer*¹⁶¹, *Врховни суд* *Texas*-а је, осам година после прве одбијајуће одлуке по сличном захтеву, донео позитивну одлуку пресуђујући у корист родитеља детета које је рођено инвалидно, као резултат обољења мајке од рубеола у раном стадијуму трудноће. Суд је посебно истакао финансијски терет родитеља који је узрокован озбиљним погоршаним стањем детета, налазећи да су повећани трошкови процењиви и подобни за

¹⁵⁹ 49 N.J. 22, 227 A.2d 689 (1967); ELIAS/ANNAS, *op.cit.*, 110.

¹⁶⁰ *Врховни суд* САД, 1973., 410.U.S.113, 93 S.Ct. 705, 35 L.Ed.2d 149 (AREEN i dr, *op.cit.*, 1236).

накнаду. Исто се поступило у случају *Dumer v. St Michael's Hospital*¹⁶² од стране *Врховног суда Wisconsin*, који је такође у први план ставио трошкове изазване инвалидношћу детета, као последице рубеоле, а не вредновање самог болесног живота оштећеног детета.

3. У случају *Berman v. Allan*¹⁶³ родитељи ћерке, која је нежељено рођена са *Down*-овим синдромом, тужили су лекаре сматрајући их одговорним за накнаду настале штете. Суд је ценио да је тужба основана, пре свега, из разлога што су тужени лекари били у обавези да мајци пруже одговарајућу медицинску услугу као и дужно обавештење. Одмерена штета обухватала је укупну штету због физичких и емоционалних болова, као и због медицинских и других трошкова које ће погођени родитељи имати у подизању, васпитању и чувању детета.

4. У једном поступку по жалби пред *Апелационим судом New York*-а било је спојено одлучивање о два у основи иста предмета, *Becker v. Schwartz* и *Park v. Chessin*.¹⁶⁴ Суд је у оба случаја удовољио захтевима родитеља за накнаду штете због тога што им се нежељено родило хендикепирано дете. Досуђена сума била је знатна и износила је 1.533 000 долара. Први случај покренула је

¹⁶¹ 519 SW.2d 846 (Texas Supreme Court, 1975.): DEUCHLER, *op.cit.*, 48.

¹⁶² 69 Wis.2d 766,233 N.W.2d 372(1975.). *Ibid.*, 48.

¹⁶³ 80 N.J. 421, 404 A 2d 8, New Jersey Supreme Court, 1979. (AREEN i dr., *op.cit.*, 1352).

мајка, која је у 37. години живота остала трудна и због ризичности трудноће била под надзором гинеколога од десете недеље трудноће до порођаја. Дете је ипак рођено са *Down*-овим синдромом. Оштећења детета била су озбиљна, пошто је рођено инвалидно, са количником интелигенције *IQ* 56 и са прогнозом скраћеног животног века, за које време ће му бити потребна стална медицинска нега и туђа пажња. Лекару је тужбом пребацивано да је пропустио да обави испитивање плодове воде, које би несумњиво открило погођеност плода и довело до могућности да се услед тога ризична трудноћа прекине. Осим тога, тужиља је за време трудноће упозорила лекара на породичну историју болести из које се могло видети, између осталог, да је управо њена сестра боловала од исте наследне болести. Други случај односио се на тужбу брачног пара, коме се, исто због лекарске грешке, родило болесно дете. Супруга, иначе у 23. години живота, затражила је савет од свог гинеколога пре него што је затруднела, а у вези са ризиком да дете које је желела буде болесно. Том приликом, она је лекару предочила и чињеницу да се њена претходна трудноћа завршила тако што је дете, услед *полицистичног* обољења бубрега, живело само пет сати по рођењу. Лекар је тврдио да не постоји никаква опасност од истог обољења за друго дете, али је и оно рођено болесно, с том разликом што је успело да преживи до треће године.

¹⁶⁴ Cf. *Becker v. Schwartz*, 46 N.Y.2d 401, 413 N.Y.S. 2d 895, 386 N.E 2d 807 (1978); *Parke v. Davis, Inc*, 98 Wn. 2d 460, 656.P.2d 483 (1983).: ELIAS/ ANNAS, *op.cit.*, 110-112.

Прихватајући тврдње родитеља о изложеном чињеничном стању, суд је нашао да се као и у претходном случају ради о *рђавој медицинској пракси*.¹⁶⁵ Наиме, из односа поверења лекара и труднице произилази обавеза лекара да благовремено и тачно обавести трудницу о свакој промени на плоду, што овде није учињено. Тужиоци су имали да докажу постојање узрочне везе између необавештавања, тј. погрешног обавештавања и штете због насталих трошкова подизања инвалидног детета. Што се тиче саме накнаде, суд је делимично усвојио захтеве тужилаца, будући да је одбио накнаду за нематеријалну штету изазвану емоционалним стањем у коме су се нашли родитељи. Досуђивање такве штете, по схватању суда, "водило би ка стварању вештачких и крајње арбитрерних граница између емоционалне трауме и родитељске љубави, која се чак и у условима абнормалности детета не може пригушити".¹⁶⁶

¹⁶⁵ Суд се послужио изразом *medical malpractice*, који се још преводи као медицинска злоупотреба или медицинска рђава пракса, а уобичајен је у области медицинске одговорности уопште (AREEN и др, *op. cit.*, 1359).

¹⁶⁶ ELIAS/ANNAS, *op. cit.*, 113.

Б. ПРАКСА НЕМАЧКИХ СУДОВА

I Општи поглед

1. Немачки судови се, такође већ дуже време суочавају са бројним тужбама везаним за ову област лекарске одговорности за штету. Хронолошки, најпре су се појавили захтеви за накнаду штете због нежељеног рођења здравог детета (осујећена контрацепција), док су у новије време све чешћи захтеви због нежељеног рођења болесног детета (погрешно генетско саветовање или пренатална дијагностика). Већ прве одлуке судова довеле су до живе расправе у правној теорији и пракси о питањима одговорности лекара због нежељеног рођења детета. Спорно је било питање да ли су трошкови издржавања подобни за накнаду, с обзиром на њихову породично-правну природу, и да ли уопште само рођење детета може представљати штету. Ова расправа у Немачкој данас поново оживљава и има снажан одраз и на актуелну судску праксу. Последњих година дошло је чак и до опречних ставова у одлукама *Савезног уставног суда* и *Савезног врховног суда* (његовог Шестог већа). Оцењујући садашњу праксу везану за штету због осујећеног планирања породице, поједини правни писци аналитички коментаришу праксу судова, а неки сматрају да ће се на коначно решење још чекати и да ће то можда

учинити законодавац уређујући област медицине оплођавања, што се очекује.¹⁶⁷

2. Стање судске праксе у Немачкој најбоље се може исказати у следећем: "Два Већа чувара *Устава* свађају се о једном делу питања професионалне одговорности, тачније о одговорности лекара, а сасвим конкретно о обиму накнаде коју лекар дугује због своје грешке".¹⁶⁸ Друго Веће *Савезног уставног суда* имало је 1993. године да уставно-правно преиспита кажњивост и обим допуштености побачаја предвиђеног *Кривичним закоником* Немачке. Том приликом Веће је, по мишљењу многих, неочекивано и без везе са стварном материјом случајева о којима је реч, заузело начелни став да се постојање детета не може правно квалификовати као извор штете. Због тога ни обавезу издржавања детета не треба схватити као штету. Из тог разлога требало би преиспитати досадашњу судску праксу цивилних судова о традиционалној одговорности лекара у вези са контролом трудноће или неуспелим прекидом трудноће. У правној теорији је овај став скоро јединствено схваћен као *obiter dictum*, тј. као узгредна напомена која не стоји и која нема обвезујућу снагу, због чега се не

¹⁶⁷ A.LAUFS, "Schädliche Geburten und kein Ende", *Neue Juristische Wochenschrift*, 12/1998., 796; R.GIESEN, "Aktuelle Probleme des Artzhaftungsrechts", *Medizinrecht*, 1/1997, 22-23; R.BACKHAUS, "Inwieweit darf die Unterhaltspflicht für ein Kind als schaden bewertet werden?", *Medizinrecht*, 5/1996., 201; M.GEHRLEIN, "Grenzen der Schadensersatzpflicht des Arztes für Unterhaltsaufwand bei ungewollter Schwangerschaft", *Neue Juristische Wochenschrift*, 24/2000, 1771.

¹⁶⁸ DEUTSCH, "Berufshaftung und Menschenwürde: Akt III", *Neue Juristische Wochenschrift*, 8/1998, 510.

очекује да цивилни судови учине суштинску промену у правилима поступања.¹⁶⁹ Сада је још увек отворено питање које ће судијско гледиште бити крајње предоминантно.

3. Какве последице може да има *obiter dictum* у правној пракси показује одлука *Вишег земаљског суда у Nürnberg-у*.¹⁷⁰ Тужилац, чија је жена родила болесног сина, истакао је захтев за редовно издржавање и повећане трошкове. У току трудноће његова жена је била, на *Универзитетској клиници у Erlangen-у*, подвргнута испитивању хромозома, будући да је имала четрдесет година. Налаз *Института за хуману генетику и антропологију* био је негативан, али се касније родило монголоидно дете. У првостепеном поступку одговорни из Универзитетске клинике осуђени су да надокнаде штету. Међутим, решавајући о жалби против ове одлуке *Виши земаљски суд у Nürnberg-у* позвао се на начелни став *Савезног уставног суда*, по коме се постојање детета

¹⁶⁹ Супротно (досадашња пракса Савезног врховног суда тиме се сматра ревидираном): R.RATZEL- Коментар пресуде *Вишег земаљског суда у Nürnberg-у* од 15.9.1993., *Medizinrecht*, 5/1994., 200.

¹⁷⁰ После закључка *Савезног уставног суда* још неки од виших судова донели су одбијајуће одлуке: *Виши земаљски суд у Frankfurt am Main* (погрешан лекарски савет код стерилизације и рођење болесног детета) *Urt.v.16.11.1993.*, *Medizinrecht*. 1996,129; *Виши земаљски суд у Bremen-у* (издржавање за дете родјено после неуспелог побачаја), *BGHZ*,129,178; *Земаљски суд у Duesseldorf-у*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1994., 805; *Виши земаљски суд у Duesseldorf-у*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1995., 1620; *Виши земаљски суд у Köln-у* (нежељено рођење детета после захвата стерилизације) *Urt.v.28.9.1995-5 U 214/94.*, *Medizinrecht* 4/97, 170.

не може по уставу узети као извор штете. То важи, такође, и за повећане издатке због болести детета, јер ни такав захтев нема ослонац у уставно-правној судској пракси.

4. У својој најновијој одлуци Прво веће *Савезног уставног суда* Немачке није се приклонило ранијем ставу Другог већа тог суда, него је у поступку оцене уставности признало накнаду штете због погрешног генетског саветовања пре зачећа.¹⁷¹ Наиме, сада је Прво веће дошло до закључка да пракса грађанских судова, у вези са одговорношћу лекара у случају неуспеле стерилизације и погрешног генетског саветовања пре зачећа детета, не представља повреду људског достојанства из чл.1 *Устава*.¹⁷² После тога, уследио је приговор Другог већа (донет на сопствену иницијативу и без позивања Првог већа) да је схватање, по коме обавеза

Супротно: *Виши земаљски суд* у Oldenburg-у (нематеријална штета због неуспелог побачаја), Urt.v.21.1996.-5U7/96., *Neue Juristische Wochenschrift*, 37/96, 2432. Видети: DEUTSCH, *Versicherungsrecht*, 610.

¹⁷¹ *BGH Zeitung*, 124, 128, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994, 788.

¹⁷² *Савезни уставни суд* је у више одлука тумачио значење чл.1 I *Устава*: "са људским достојанством као највишом уставном вредношћу и носећим конституционалним принципом, повезани су социјална вредност и право на људско поштовање, које забрањује да човек буде учињен пуким објектом државе или да буде изложен третману који његов субјективни квалитет у принципу доводи у питање (одлука бр.36, 41/1957); повреда права на поштовање не мора само да се састоји из понижавања, жигосања или прогањања људи него и из комерцијализације људског живота (одлуке бр.1, 97/1952); оно је својствено сваком човеку, без обзира на његове особине, његове успехе и његов социјални статус. Повредиви су вредност и право на уважавање, које из њега произилази (одлуке бр. 87, 209/1993)". *Савезни уставни суд*, закључак Првог већа од 12.11.1997.1 BvR 479/92., у: 1 BvR 307/94, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1998/8, 519.

издржавања детета не може да се разуме као штета, правно релевантно становиште и да Пленум Суда треба да одлучи да ли је неко правно схватање релевантно, ако је Веће које је претходно одлучивало, том схватању дало релевантан значај.¹⁷³

5. После овог приговора Прво веће није променило свој став, нити је о томе одлучивано у пленуму. Оно је истрајало у скоро јединственом становишту у литератури према коме се став о непостојању штете код обавезе плаћања издржавања третира као *obiter dictum*. Оно је такође одбило обраћање Пленуму Суда јер сматра да није дошло до одступања од релевантног начела.¹⁷⁴ Став Првог већа *Савезног уставног суда* образложен је од стране његових чланова неколиким аргументима:

- Најпре, Веће се позвало на ранију праксу *Reichgericht-a*¹⁷⁵, према којој се износ за издржавање детета могло посматрати као штета. Иначе у области одговорности право на издржавање увек се сматрало штетом која не зависи од лица, или на коју не утиче лично достојанство.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ Релевантно је, наиме, оно начело које је произашло из дугогодишње устаљене праксе Савезног врховног суда и из значајног дела правне теорије.

¹⁷⁵ У овом случају радило се о жени запосленој као чувар у психијатријској болници затвореног типа, која је са једним пацијентом имала дете и тражила је тужбом издржавање. Међутим и отац је тражио накнаду од управе клинике, коју је Државни суд без резерве основано досудио. Издржавање које односно лице по сили закона дугује, сматрано је имовинским оптерећењем (*Reichgericht Zeitung*, 108, 86 ff).

- Затим, Веће је било мишљења да се код неуспеле стерилизације и погрешног генетског саветовања ради о типичној професионалној одговорности лекара, која се поима као повреда уговора, али и као недозвољена радња. Жена је потражила лекара да би је он посаветовао и лечио. Са закључењем уговора истовремено је узет за основ појам штете који обухвата издржавање и увећане потребе. Признавање накнаде заснива се на традиционалном схватању имовинске штете и на утврђивању штете према методу диференције.
- Сем тога, Прво веће сматра да је питање одговорности лекара у ствари материјално, а не уставноправно питање, које би требало препустити стручњацима за право о одговорности и медицинско право, а пресуђивање о обиму штете вратити у редовне судове.
- Судска пракса *Савезног врховног суда*¹⁷⁶, по којој се обавеза издржавања детета има сматрати штетом, не представља комерцијализацију која дете лишава његове сопствене вредности. Одговорност по основу грађанског права у принципу не дотиче људско достојанство ни у оним случајевима, у којима се захтев за накнаду штете непосредно надовезује на постојање

¹⁷⁶ *Савезни врховни суд*, Urt.v. 16.11.1993-VI ZR 105/92 (Stuttgart), *Neue Juristische Wochenschrift* 12/94.788; *Савезни врховни суд*, Urt.v..27.6.1995.,VI ZR 32/94 (Frankfurt a.M.), *Medizinrecht* , 3/96.129; *Савезни врховни суд*, Urt.v.17.12.1996.-VI ZR 133/95 (Frankfurt a.M.), *Medizinrecht* , 3/96.129; *Савезни врховни суд*, Urt.v. 4.3.1997.-VI ZR 354/95 (Karlsruhe), *Neue Juristische Wochenschrift*, 24/97.1683.

човека. На тај начин људи не постају објекти. Прописи грађанског права и њихово тумачење у судској пракси усмерени су на правичну поделу терета.

- Најзад, увид у инострану праксу показује да разматрања о достојанству човека немају утицаја на професионалну одговорност гинеколога и хуманих генетичара.¹⁷⁷

II Рођење здравог детета

1. О захтеву за накнаду штете због непланираног рођења здравог детета први пут је одлучивао *Земаљски суд* у Itzehoe-у.¹⁷⁸ Радило се о тужби родитеља против апотекара који је, уместо потребног лека за контрацепцију (*Eugynon*) грешком издао лек против желудачних сметњи (*Enzynorm*). После девет месеци нежељено је рођено здраво дете, шесто по реду. Према схватању суда, апотекар је издајући лек повредио своју уговорну обавезу да поступа пажљиво. То је довело до штете, с обзиром на чињеницу да анти-беби пилуле са 99,8 % сигурности спречавају трудноћу. Имовинска штета супружника састојала се у насталој обавези да издржавају дете. Тужени апотекар је осуђен на плаћање износа издржавања до осамнаесте године детета.

2. Издатке за издржавање као подобну имовинску штету признао је, у сличној ситуацији, и *Земаљски суд* у München-у, док

¹⁷⁷ Rechtsprechung, Senatsentscheidungen, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1998/8, 520.

¹⁷⁸ *Земаљски суд* у Itzehoe-у, 21.11.1968., *Versicherungsrecht*, 1969, 265.

је у једном доцнијем случају замене анти-беби пилула другим препаратом *Земаљски суд* у Limburg-у порекао обавезу накнаде штете. Наиме, супруг пацијенткиње која је као контрацептивно средство узимала редовно *Eugynon*, поднео је тужбу против произвођача лека, јер је дошло до нежељене трудноће. Тужба је одбијена. Суд је прво оспорио да је између произвођача контрацептивног средства и пацијенткиње дошло до уговорног односа. Тужба је одбијена и са образложењем да дете не може да се сматра штетом и да трошкови његовог издржавања као чиста имовинска штета не спадају у заштитно подручје недозвољене радње.¹⁷⁹

3. Поводом нежељеног рођења здравог детета у случају неуспеле стерилизације одлучивао је *Виши земаљски суд* у Düsseldorf-у. Према одлуци тог суда терет обавезе издржавања може се квалификовати као штета коју је проузроковао тужени лекар јер је тужилац баш ту последицу хтео да предупреди стерилизацијом. Суд је, међутим одбио да досуди накнаду трошкова операције.¹⁸⁰

4. О садашњем стању судске праксе у овој материји најбоље сведочи једна од најновијих одлука у случају о коме су одлучивале највише инстанце и сам *Савезни уставни суд*.¹⁸¹ Радило се о тужби против уролога, који је над супругом тужиље извршио хируршки

¹⁷⁹ *Земаљски суд* у Limburg-у, *Neue Juristische Wochenschrift*, 69, 1574.

¹⁸⁰ DEUHLER, *op. cit.*, 79.

захват у циљу стерилизације. Међутим, стерилизација није успела, а пацијент о тој могућности није био информисан. Његова супруга је потом родила четврто дете. Тужени и његов осигуравалац за случај одговорности одбили су захтеве за накнаду штете. У поступку пред судом супруга је захтевала накнаду штете због издржавања детета, као и накнаду за претрпљени бол због нежељене трудноће и рођења детета. Тужени лекар је осуђен на плаћање редовног издржавања које се даје за ванбрачну децу, и на плаћање додатка од 70% редовног издржавања као трошкове чувања детета. Пошто је само мајка поднела тужбу, досуђена јој је само половина укупног издржавања које је требало да буде надокнађено. Осим тога, суд је сматрао примереном накнаду за претрпљени бол у износу од 6000 марака. У образложењу суд је навео да је између туженог и супруга тужиље закључен уговор о лечењу, тј. о извршењу стерилизације. Тужиља је исто била обухваћена подручјем заштите тог уговора, тако да је имала право на накнаду штете због рђавог испуњења уговора. Обећани захват стерилизације извршен је у циљу планирања породице а не из медицинских разлога. Таквом уговору је својствено да и супруга стране уговорнице треба да ужива заштиту од рђавог испуњења уговора, јер и она мора да сноси терет издржавања. Тужени је рђаво испунио уговор о медицинском третману, јер пацијента није уредно и свеобухватно информисао о захвату стерилизације.

¹⁸¹ *Савезни уставни суд*, поступак 1 BvR 479/92, одлука од 12.11.1997.год. У: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1998/8, 520.

Другостепени суд је такође одбио жалбу туженог уролога. Он се притом, изричито придружио судској пракси *Савезног врховног суда*, према којој право на накнаду штете због трошкова издржавања здравог и у браку рођеног детета постоји, у случају кад је због скривљеног понашања лекара осујећено економски мотивисано планирање породице.¹⁸²

III Рођење болесног детета

1. Пресудом *Вишег земаљског суда у München-у*¹⁸³ 1981. године први пут је одлучено о захтеву родитеља за надокнаду штете због нежељеног рођења болесног детета. У конкретном случају, мајка је у првим недељама трудноће била инфицирана рубеолом. Иако су родитељи консултовали лекара, дете је рођено са тешким телесним и душевним сметњама. Родитељи су у тужби тврдили да је лекар повредио своју обавезу да спозна обољење мајке од рубеоле и да је због тога пропуштено да се трудноћа прекине. Од лекара се тражило да детету и родитељима накнади материјалну и нематеријалну штету. У првостепеном поступку тужба је одбијена као неоснована, са образложењем да ова штета није у домену уговора с лекаром, будући да су родитељи желели дете и нису ни консултовали лекара у вези са сврхом планирања породице. Пресуда је, међутим, од стране *Савезног врховног суда* укинута. Овај суд је, наиме, стао на становиште да је лекар

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ *Виши земаљски суд у München-у*, 27.2.1981.god., у: DEUCHLER, *op.cit.*, 87.

прекршио обавезу из уговора о лекарској услузи тиме што је, не препознавши рубеоле, погрешно поставио дијагнозу и што је пропустио да посаветује трудницу о ризицима и могућности легалног побачаја. Имовинску штету родитеља суд је видео у "финансијски и стварно повећаним трошковима издржавања за дете". Ти су трошкови за дете, као део породичноправне обавезе на издржавање, подобни за накнаду. Суд је поступао по аналогiji са оним захтевима родитеља здраво нежељено рођене деце, али је одбио захтев за болнину сматрајући да се трудноћа темељи на слободној одлуци родитеља. Одбијен је и захтев за обештећење због психичког оптерећења услед постојања болесног детета.

2. Из богате судске праксе вредна је помена најновија одлука *Савезног врховног суда*, која је такође доспела пред *Савезни уставни суд*.¹⁸⁴ Тужиоци су као родитељи већ имали девојчицу која је на свет дошла ментално и физички заостала. Пошто су се бојали да код њих постоји генетска предиспозиција да им се поново роди хендикепирано дете, обратили су се Одељењу за клиничку генетику једног универзитетског института, које је у то време водио тужени, да би се пре доношења одлуке о рађању још једног детета информисали о опасности од наследних болести. Тужени је у налазу написао да не постоје вероватне наследне сметње. Стога је брачном пару дозволио да дође до поновног зачећа. Ипак, после извесног времена, родило им се друго дете са истим менталним и

¹⁸⁴ *Савезни врховни суд*, urt.v. 16.11.1993- VI ZR 105/92, *Neue Juristische Wochenschrift*, 12/1994, 788.

телесним недостацима. Тужба родитеља за накнаду трошкова издржавања детета и штете због претрпљеног бола је одбијена уз позивање на недостатак доказа. *Виши земаљски суд* у Stuttgart-у је, међутим, родитељима, на њихову жалбу, досудио накнаду материјалне штете која је већ настала и која ће још настати због укупних трошкова издржавања хендикепираног детета. Осим тога, мајци је досуђена накнада за претрпљени бол. Суд је одбио да призна право на обештећење самом детету. *Савезни врховни суд* је одбио захтев туженог за ревизију. Одбијена је и жалба туженог *Савезном уставном суду*.

V. ПРАКСА ФРАНЦУСКИХ СУДОВА

I Општи поглед

1. У Француској, земљи грађанског права са најранијим кодификаторским тенденцијама, основни принципи правне праксе о имовинској одговорности медицинских посленика постављени су још давно у пресуди *Касационог суда* у случају *Mercier*.¹⁸⁵ Њоме је недвосмислено потврђено постојање уговора између лекара и његовог пацијента (чл.1147 *Француског грађанског законика*), уз прецизирање да обавезу лекара не чини излечење болесника, него извршење медицинске услуге, савесно и пажљиво према достигнућима медицинске науке, осим у изузетним

¹⁸⁵ Пресуда *Касационог суда* од 20.5.1936.: FINEL, *op.cit.*, 224.

околностима. Правила садржана у овој пресуди прихваћена су у потпуности у доцнијој правној пракси.

2. За одговорност лекара уопште од велике је важности појам тзв. *изгубљене шансе*. Правни писци објашњавају да се овај појам најпре јавио у области деликата с циљем да изрази сву специфичност лекарске одговорности. Наиме, некада упркос стручно коректно вођеној интервенцији лекар може учинити грешку несаопштавајући ризике захвата због чега пацијент није имао могућност да одустане од интервенције (чл.7 Закона о јавном здрављу). Због тога је и настала штета по много чему специфична. Мада није стриктно смештен у праву о грађанској одговорности, појам изгубљене шансе прихваћен је у бројним судским одлукама.¹⁸⁶ О томе се изјаснио још раније *Касациони суд*, сматрајући да губитак шансе треба вредновати као надокнадиву штету, независну и различиту од крајње штете.¹⁸⁷ Наиме, свака грешка лекара чини, по претпоставци, за његовог пацијента губитак шансе за излечењем или за преживљавањем. Отуда одговорност лекара изискује доказивање постојања узрочне везе између погрешке с једне стране и изгубљене шансе (а не саме штете), с друге стране.

¹⁸⁶ *Ibid.*, 226; (MALICIER и др., *op.cit.*, 69).

¹⁸⁷ J.PENNEAU, Коментар пресуде *Касационог суда* од 24.3.1981.г., *Recueil Dalloz Sirey*, 36/1981., str.545-548; Исто: Треба усвојити став да сигурност узрочне везе није више неопходан услов утврђивања грађанске одговорности (Коментар пресуде *Касационог суда* од 9.5.1983.г., *Recueil Dalloz Sirey*, № 11/1984., 122).

3. У својој недавној одлуци Прво цивилно веће *Касационог суда* такође је констатовало да "накнада штете кореспондира са *губитком шансе*".¹⁸⁸ У овој одлуци *Касациони суд* даје детерминанте разумевања штете која резултира у губитку шансе за излечењем. Та штета замењује реално стање оштећеног и све последице које из тога проистичу. У дужност оштећеног спада само да прецизира до ког износа ће одредити различите штете, а онда суд сувереном оценом одлучује који део тих штета кореспондира са губитком шансе да се оне избегну. Ово је важна одлука која потпуно расветљава практичну примену накнаде изгубљене шансе једном беспрекорном правном логиком. Све ово важи и за случајеве штета због нежељеног рођења или нежељеног живота детета.¹⁸⁹ При томе, судови се, слично другим иностраним судовима, различито опредељују у зависности од тога да ли је противно вољи родитеља дошло на свет здраво или болесно дете.

¹⁸⁸ Civ. 1re, 8 juill. 1997, *Rocq c/ Chasseriau*, *Revue de Droit sanitaire et social*, 34(1), janv.-mars 1998., 67.

¹⁸⁹ Нужна је напомена да је одговорност за лекарску грешку у вези са рођењем детета нешто другачије постављена у француском праву, које не користи терминологију нежељеног рођења и нежељеног живота, већ само говори о лекарског одговорности за накнаду штете-интереса, као и у осталим случајевима одговорности због лекарске грешке.

II Рођење здравог детета

1. Још од раније, не постоји јединствен став судова о овим захтевима. У једном случају пред *Судом више инстанце* у Евгеух-у¹⁹⁰ цењена је одговорност лекара због нестручног побачаја, који додуше није довео до рођења детета него је поново успешно обављен. *Суд* је признао накнаду штете-интереса. У случају, о коме је овде реч тужиља се, у време нешто мање од десет недеља трудноће, обратила лекару ради побачаја, и он га је извршио под условима који се практикују на клиници у Евгеух-у. Обављена је, наиме, аспирација утериног садржаја према методи *Karman*, као општепознатој и коришћеној техници, али се око дванаесте недеље показало да је трудноћа још у развоју. Рокови утврђени француским законодавством за побачај били су прошли, па је жена отишла у Лондон, и тамо трудноћу коначно прекинула. Тужиља је као солидарне дужнике означила прво клинику, а затим лекара. Лекар је сматрао да је интервенцију предузео са потребном ревношћу, а да су трошкови одласка у Лондон последица таквог решења француског законодавца а не пропуста лекара. Према налазу вештака ризици методе аспирације су познати, и без предузимања контролних налаза не могу се искључити, па је зато тужени пропустио да изврши уговорну облигацију средства. Својом одлуком суд је ослободио одговорности клинику, која је првостепеном пресудом била солидарно осуђена на плаћање, и

¹⁹⁰ *Суд више инстанце-TGI Evreux* 12.12.1979.(J.PENNEAU, *Recueil Dalloz Sirey*, № 14/1981., 186).

обавезао туженог лекара да на име обештећења за материјалну и моралну штету плати 6000 франака.

2. Ову пресуду је коментарисао француски правни писац Penneau. По њему постоји у дефинисању од стране суда облигације лекара који неуспешно обави прекид трудноће, једна контрадикција која допушта сумњу у њен логички след. Шта је то у ствари облигација средства на терет дужника да предузме све гаранције ради искључења неизоставно свих ризика неуспеха него облигација резултата. Онај ко каже неизоставно искључује у ствари сваку неизвесност *aleu*, или прецизније, неизвесност претварајући остварење предвиђених резултата овде значи специфичну активност повериоца који одређује критеријум разликовања између облигације средства и облигације резултата. Да ли се овде могао неизоставно искључити ризик неуспеха? Вештачење је уверило суд у неуспех прекида трудноће. Суд је одлуком обухватио и материјалну и моралну штету. По мишљењу аутора коментара, исто би ваљало поступати и у случајевима преостале трудноће и могућих последица, па имати у виду такође трошкове подизања и школовања детета.¹⁹¹

3. *Касациони суд* је у једном другом случају, који су покренули супружници Coffard, осудио лекара на плаћања 20 000 франака на име штете-интереса. Радило се о томе да је лекар над тужиљом, која је иначе била слабог здравственог стања и није

¹⁹¹ *Ibid.*

подносила основна контрацептивна средства, обавио операцију подвезивања јајовода, али је она затруднела нешто мање од месец дана по извршеној интервенцији. Нова трудноћа је довела до тешкоћа не само материјалних и по здравље жене, него и психичких. По схватању суда хирург је био у обавези да информише свог клијента о неизвесности резултата операције. Ризик, назначен у пресуди није ризик компликације изазване самом интервенцијом, до кога долази само изузетно и не прати га никаква мера превенције и који може, а да то не чини део грешке, да не буде објашњен пацијенту. Напротив, то је ризик од нове трудноће, тј. преостали ризик до кога је дошло упркос операцији и чије би постојање заинтересовани могли да спрече да су знали за њега. Грешка хирурга је у чињеници да је пацијент изгубио шансу, не да се излечи или да преживи, него да спречи зачеће. Суд је такође мишљења да тако дефинисана обавеза информисања или саветовања не води ни у ком случају стављању на терет хирургу облигације резултата: једна је ствар бити дужан да се да информација о преосталим ризицима интервенције; друга би била сносити одговорност њеног остварења у случају где је информација коректно пружена.¹⁹²

4. Супротну одлуку донео је *Суд више инстанце* у Bobigny-у и одбио захтев тужиље у случају неуспелог прекида трудноће.¹⁹³ Суд

¹⁹² J.PENNEAU, Коментар, *Recueil Dalloz Sirey*, № 11/1984., 121.

¹⁹³ Суд више инстанце-TGI.у Bobigny-у, 9 fév. 1983., (MEMETEAU, *Le droit medical*, 458).

је стао на становиште да упркос постављеном циљу, лекар који примењује медицински поступак *IVG*¹⁹⁴ нема облигацију резултата. Он је радио савесно, према актуелним достигнућима науке. Његова одговорност не постоји и због недостатка доказа за случај да има облигацију средства. Према налазу вештака, само контроле омогућавају гинекологу да сазна да ли је заматак потпуно одстрањен путем провере утериног садржаја уз помоћ кирете. Узимајући у обзир познате узроке неуспеха не може се закључити да је лекар начинио грешку у процени аспирираног садржаја пошто искуство лекара и квантитет аспирираног садржаја, може варирати код трудноћа истог трајања, а грешка коју би он могао учинити не представља правно релевантну грешку. Стога је суд сматрао да је тужба неоснована.

5. Један од скоријих показатеља стања судске праксе је одлука *Касационог суда*¹⁹⁵ којом је, такође, одбијен захтев мајке за надокнаду штете због непланираног рођења здравог детета. По схватању суда, рођење детета које је уследило после неуспелог прекида трудноће не може само по себи засновати право мајке на надокнаду штете.

III Рођење болесног детета

У случају рођења болесног детета, које је последица лекарске непажње, штету родитеља судови објашњавају појмом изгубљене

¹⁹⁴ *I.V.G* (interruption volontaire de grossesse) је скраћеница која се употребљава за добровољни прекид трудноће. *Ibid.*

¹⁹⁵ STÜRNER, *op.cit.*, 321.

шансе или њиховом немогућношћу да се психички припреме за рођење хендикепираног детета.

а) Изгубљена шанса

1. Данас владајућа судска пракса стоји на становишту да изгубљена шанса представља "идеално" надокнадиву штету, због нежељеног рођења, зато што она допушта да се јасно разграничи штета од самог постојања хендикепираног детета.¹⁹⁶ Судови се, ипак, двоуме око питања да ли морална штета обухвата сву штету коју мајка претрпи нежељеним рођењем хендикепираног детета. Треба ли узети у обзир не само њене душевне патње, него и свеукупне материјалне трошкове условљене околношћу да је дете хендикепирано?

2. Са овим питањима суочио се *Суд више инстанце у Montpellier-у*.¹⁹⁷ У овом случају тужиља је за време трудноће, на свој захтев, била подвргнута испитивању кариотипа. Испитивање је извршено од стране Института за хематологију *Центра за трансфузију крви (CTS)* у Montpellier-у и утврђени су нормални резултати. Дете је, међутим, при рођењу имало *trizomiju 21* Суд је туженом ставио на терет да није изабрао дијагностику са потребним степеном прецизности. Он је сматрао да су родитељи били лишени могућности да се одлуче за прекид трудноће. На основу тога, сваком родитељу досуђена је надокнада по 45000 франака, на име моралне штете, и месечна рента од 7500

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ Пресуда од 15.12.1989.год. (FINEL, *op.cit.*, 228)

франака, на име припадајуће материјалне штете. У образложењу пресуде суд је прецизирао да на материјалном плану родитељи сnose трошкове подизања и васпитања хендикепираног детета, у висини истоврсних трошкова за нормално дете. Вештачењем је, међутим, утврђено да у конкретном случају дете има потребу за сталном помоћи трећег лица и да клиничко испитивање није чак ни евидентирало низ малформација (дигестивне, урогениталне или ортопедске). Закључено је да дете због своје ретардираности има потребу за сталном пратњом, за специјалним васпитањем и покривањем свих медицинских трошкова. Материјална штета је тешко одвојива од моралне штете и она резултира из околности губитка шансе да се прекине трудноћа. И у тренутку када је досуђена нематеријална штета изгледа несхватљиво да се не досуди и материјални облик те штете.¹⁹⁸

3. Међутим, у исто време, *Апелациони суд* у Паризу је својом одлуком изричито одбио да призна накнаду материјалне штете.¹⁹⁹ Према схватању тог суда "мајка не може уложити приговор на услугу лекара, чија грешка не стоји у узрочној вези са постојањем детета, тражећи материјалну штету, него може захтевати само надокнаду због једног дела патњи што их изазива хендикепираност њеног детета."

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ Пресуда овог суда од 17.02.1989.год. (*Ibid.*, 229).

5. С друге стране, француски *Државни савет*²⁰⁰ заузео је сасвим супротно становиште. Радило се о жени која је у првим месецима трудноће обавила биолошко испитивање кариотипа, да би била сигурна да дете неће бити тризомично. Она је тада била одлучна у намери да прекине трудноћу, уколико се такав налаз потврди. *Регионални болнички центар (CHR)* у Ници, који је извршио амниоцентезу, информисао ју је да испитивање није открило ниједну релевантну аномалију. У тренутку рођења, међутим, дете је било носилац гена *trizомije 21* *Државни савет* је сматрао да је учињеном грешком болнице родитељима нанета морална и материјална штета, и досудио је одштету у висини од 200000 франака и месечну ренту од 5000 франака за читаво време док је дете у животу.

б) Одсуство психолошке припреме за рођење хендикепираног детета

1. Судови су једнодушни у томе да рођење хендикепираног детета представља трауму за родитеље и остале чланове породице. Тај је шок још већи у случају кад малформација није очекивана. Он представља моралну повреду родитеља. Пропуст лекара да аномалију спозна и о томе обавести родитеље стоји у узрочној вези са стресом због рођења болесног детета.

2. О овом питању изјаснио се *Виши суд у Metz-у*²⁰¹. Радило се о одговорности гинеколога који се није сагласио са установљеним

²⁰⁰ Одлука *Државног савета* у случају *Mte Quarez* од 14.02.1997.год. (*Ibid.*, 230).

²⁰¹ Пресуда донета 22.12.1994.год. (*Ibid.*, 230).

индикацијама од стране колеге радиолога да се изврши ултразвучни преглед труднице, како би се много прецизније уочило срце фетуса. Управо ова непажња гинеколога онемогућила је претрагу срчане малформације, која је довела до смрти новорођенчета петог дана по рођењу. Суд је сматрао да "родитељи детета, који су држани у незнању, нису могли имати у виду добровољни прекид трудноће из терапеутских разлога, нити су себе и друге могли припремити на смрт очекиваног детета", те да стога имају право на надокнаду моралне штете. Суд, дакле, говори само о неимовинској штети, иако овде постоје две различите штете. Претпоставља се да је суд хтео да штету посматра као целину, пошто се радило о пропустима лекара који су у крајњој линији довели до истог резултата, тј. смртног исхода по дете. Решење је, по неким схватањима, могло бити у томе да се тужиоцу допусти алтернативно позивање на обе врсте штете: због губитка шансе и због неспремности родитеља за рођење болесног детета. То стога што је морална штета тешко процењива, пуно је отворених питања и пуно је парница још у току пред основним судовима.²⁰²

²⁰² *Ibid.*

§2. СУДСКА ПРАКСА КОЈА СЕ ТИЧЕ НЕЖЕЉЕНОГ ЖИВОТА (*Wrongful life*)

1. Тужба детета због нежељеног живота изазивала је раније оштру осуду јавности. Таква схватања нису ни данас ишчезла. Емотивне назнаке нежељеног живота утицале су битно и на правна схватања о томе. Судови су имали више разумевања за случајеве нежељеног рођења, јер у њима нису видели у тако јако изражену дилему како вредновати живот у поређењу с непостојањем.

2. Ипак, у последње време правно решење ове проблематике налази јак ослонац у драматичном порасту успешних парница због нежељеног рођења, што утиче на промену става о захтевима за накнаду штете због нежељеног живота. То је нарочито случај са одлукама неких америчких инстанционих судова и у скоријој француској судској пракси где се, такође, са одобравањем гледа на захтеве детета када су у питању веома тешка урођена оштећења.

А. ПРАКСА АМЕРИЧКИХ СУДОВА

1. Посматрајући раније одлуке у судској пракси, захтеви самог детета због нежељеног болесног живота по правилу бивају одбијени. Случај *Zapeda v. Zapeda* био је квалификован као *wrongful life* и у њему је здраво, али незаконито дете, тужило оца због свог нежељеног живота.²⁰³ У овом предмету, после првостепене одбијајуће одлуке и Апелациони суд Illinois-а одбио је жалбу детета, позивајући се на велики број ванбрачно рођене деце сваке године и на чињеницу да би прихватање тужбе охрабрило парничење свих оних који у рођени под незадовољавајућим условима (са одређеном бојом коже или расом, са наследном болешћу, у великој и сиромашној породици, са родитељима који имају лошу репутацију и сл.). Суд је изнео познату аргументацију да се живот са болешћу и непостојање не могу упоређивати као вредности.²⁰⁴ Сматра се да другачије поступање не би било у складу са јавним поретком и схватањем о непроцењивости живота. Судови су узимали као необориву претпоставку да је дефектан живот нужно прихватљивији од непостојања.

²⁰³ TEFF, *op.cit.*, 428.

²⁰⁴ Државе које одбијају да признају основ *wrongful life* тужби су: Alabama, Arizona (*Walker v. Mart* 790 P.2d 735/1990), Colorado, Delaware (*Garrison v. Medical Ctr. of Del., Inc.*, 581 A.2d 288 /Del. 1990), District of Columbia, Florida (*Kush v. Lloyd* 616 So. 2d 415 Fla./ 1992), Georgia (*Atlanta Obstetrics v. Abelson* 398 S.E.2d 557/1990), Illinois, Kansas, Louisiana, Massachusetts (*Viccaro v. Milunsky* 551 N.E.2d 8 Mass. /1990), Michigan, New Hampshire, New York, Ohio - *Flanagan v. Williams* 623 N.E.2d 185 (Ohio Ct. App. 1993), Texas, West Virginia, Wisconsin, Wyoming (*Legal research guide, op.cit.*, 7).

2. Године 1978. *Врховни суд* Алабама-е одлучивао је у случају *Eliot v. Brown*²⁰⁵ и одбио тужбу детета рођеног после неуспеле стерилизације мајке. Суд је закључио да не постоји никакво право да се не буде рођен, јер је такав интерес супротан општим интересима да се штити и сачува људски живот. Чак и кад то не би било тако, није јасно које би критеријуме суд користио да би у том случају дао предност непостојању у односу на живот са инвалидитетом. Осим тога, суд је негирао постојање узрочне везе између поступања лекара и оштећења, будући да и у случају исправне лекарске дијагнозе није било никаквих могућности да се спречи инвалидност детета.

3. У случају *Schroeder v. Perkel*²⁰⁶ тужиоци су се позивали на један другачији начин тумачења ових спорова, у корист признавања захтева детета. Истакнуто је да већ трудноћа обавезује лекара на дужну пажњу и да је оштећено дете претрпело штету, која се не састоји у његовом рођењу као инвалидном бићу, него у околностима да је кршење дужности лекара оставило, до рођења, његове родитеље у незнању о томе. Способност родитеља да се са тим оптерећењем суоче и преузму га битно се смањила, а штета по дете настала у облику погоршаног детињства (*diminished life*), као последица повреде родитељских интереса могла би се сматрати ваљаним основом тужбе. Међутим, ова аргументација

²⁰⁵ FEARBER, *op. cit.*, 71.

²⁰⁶ *Ibid.*, 72-74.

није имала успеха и одбијена је као ширење ионако спорног појма *нежељеног живота*.²⁰⁷

4. *Врховни суд California-е* одлучивао је о случају *Turpin v. Sortini*²⁰⁸, у коме је лекар погрешно саветовао о ризику да дете буде рођено са оштећењем слуха. Суд је оспорио постојање узрочне везе. Био је мишљења да детету рођеном са наследном болешћу не треба накнадити посебне трошкове изазване болешћу и општу штету у односу на замишљену ситуацију да није ни било рођено, уколико и родитељи поставе захтев за накнаду штете. Суд је одбио и захтев детета за накнаду болнине.

5. Изузетак од изложеног владајућег схватања досада је учињен само у три федералне државе.²⁰⁹ Први пут је признат захтев за накнаду штете детета у првој инстанци у пресуди *Park v. Shessin*²¹⁰, са образложењем да дете има право да буде рођено као здраво људско биће и да је ово његово право повређено од стране лекара. Међутим, другостепени суд је био мишљења да такво право детета не постоји и пресуду је укинуо. Другачије се поступило у одлуци *Апелационог суда California-е*, која се тиче случаја *Curlender*

²⁰⁷ *Ibid.*, 74.

²⁰⁸ 31.Cal.3d 220, 182Cal Rptr. 337, 643 P.2d 954 1982), у: AREEN и др., *op.cit.*, 1359; FEARBER, *op.cit.*, 79.

²⁰⁹ New Jersey, *Procanik by Procanik v. Cillo*, 478 A.2d 755 (NJ 1984), Washington, *Harbeson v. Parke-Davis, Inc.* 98 Wash. 2d 460 (Wash 1983). Видети: TEFF, *op.cit.*, 432; FEARBER, *op.cit.*, 84-85.

²¹⁰ *Ibid.*, 72.

v. *Bio-Science Laboratories*.²¹¹ Сматрало се да је "реалност концепције *wrongful life* у томе што тужилац постоји и пати, услед непажње одговорног лица, те да дубоко поштовање људског живота нужно изискује да се тужиоцу као живој особи признају и одређена права". У конкретном случају, родитељи су били погрешно и некоректно информисани о генетским предиспозицијама за постојање наследног обољења, чиме су лишени могућности да спрече рођење болесног детета. Суд није допустио никакву сумњу у погледу тога да је тужена лабораторија била дужна да генетско испитивање изврши брижљиво и са коректним информисањем родитеља и да је та дужна пажња прекршена. Суд је утврдио да узрочна веза постоји не са инвалидношћу, него у односу на чињеницу рођења детета као оштећеног људског бића. Без повреде дужне пажње лекара дете не би било ни рођено. Признавање *wrongful life* захтева, према ставу овог суда, не произилази из права да се не буде рођен, него из права оштећеног детета на обештећење због, под тим околностима, скраћеног живота, претрпљених болова и финансијских оптерећења, уколико они нису већ утужени од стране родитеља. Хендикепирано дете би могло, на основу права да буде рођено физички и ментално здраво, једино тужити своје родитеље, у случају да су они знали за, по дете неповољни ток трудноће, а нису прибегли побачају. На овакав закључак је реаговао калифонијски

²¹¹ *California, Curlender v. Bio-science Laboratories*, 106 Cal App.3d 811, 165 Cal Ptr 477(1980). *Ibid.*, 84-85.

законодавац сматрајући да би то био начин да се утиче на женино право на побачај, односно да се њено право на абортус конвертује у њену обавезу да прекине трудноћу при постојању одређених околности. Стога су установљена следећа правила: а) нема основа за тужбу детета против родитеља која би се позивала на то да није требало бити допуштено да се дете роди; б) случај одбијања родитеља да спрече рођење свог детета не може бити нападано никаквом тужбом против трећег лица нити за одбијање може бити досуђена накнада штете; в) употреба термина зачети подразумева и вештачко оплођење ²¹²

б. Од првих усвајајућих пресуда у прецедентно право се све више пробијају схватања да код нежељеног живота, ма какви да су његови симболични тонови, тужиочев захтев не садржи у себи и расправу о животу или спречавању зачећа. Оно о чему је реч није живот као нешто што нема вредности, или издржавање за дете, него увећана потреба која настаје због хендикепираности детета. То становиште је подржано и од стране *Врховног суда Washington*-а у случају *Harbeson v. Parke-Davis*.²¹³ Пацијенткиња је узимала преписан лек *Dilantin* јер је боловала од епилепсије. Лекари су сматрали да не постоји ризик да дете буде оштећено. Дете је претрпело знатна оштећења. Суд усваја тужбени захтев и признаје право детета на накнаду штете. Међутим, досуђена је само

²¹² Наводе се одредбе закона *Cal.civ.code* § 43.6, West 1981, (AREEN и др, *op.cit.*, 1359).

²¹³ 456 P 2d 483(1983), (STÜRNER, *op.cit.*, 322; FEARBER, *op.cit.*, 82).

материјална накнада, а не и накнада за претпљени бол. Ипак, суд је учинио важан помак у посматрању ових случајева, износећи став да обавеза лекара постоји, не само према мајци, него и према нерођеном, односно незачетом детету (*nondum conceptus*-у). Суд је утврдио постојање узрочне везе са кршењем обавезе лекара да дијагностикује аномалију плода, у ком случају не би дошло до рођења инвалидног детета.

Б. ПРАКСА НЕМАЧКИХ СУДОВА

У богатој правној пракси немачких судова преовлађује став да оштећено, тј. болесно дете нема право да од непажљивог лекара захтева накнаду штете због увећаних потреба, иако правни теоретичари сматрају да би одговорност лекара могла доћи у обзир због непредузимања потребних дијагностичких мера, којима би се извесно спречило рођење детета. Неки од истакнутих теоретичара су мишљења да, иако дете које је још у мајчиној утроби није уговорна страна, мајка га је јасно интегрисала у заштитно подручје уговора о лечењу. Осим тога, постоји и општа деликтноправна обавеза лица које врши професионалну делатност према нерођеном детету, да његовим родитељима омогући доношење одлуке, да оно не би живело као хендикепирано људско биће.²¹⁴ Савезни врховни суд изјашњавао се о том питању више пута, са становишта потребе поштовања личности и достојанства детета.

²¹⁴ DEUTSCH, *op.cit.*, *Medizinrecht*, 183.

Ипак, у свим расправљаним случајевима нежељеног живота суд је, *a limine*, одбио захтев детета као неодржив. По мишљењу овог суда уговор између родитеља и лекара о спречавању рођења хендикепираног детета путем стерилизације, генетског саветовања или побачаја, није усмерен и на дете, у смислу да њему даје сопствено право на накнаду. Слобода планирања живота штити једино родитеље, а не и само дете.²¹⁵

В. ПРАКСА ФРАНЦУСКИХ СУДОВА

Став француске судске праксе утолико је специфичан што, с једне стране, признаје да нежељено болесно детету трпи штету која се састоји у губитку шансе да се супротстави последицама болести, док, на другој страни, негира постојање штете везане за само рођење.

1 Губитак шансе за супротстављање последицама болести

1. Грешка лекара да дијагностикује неко од интраутериних обољења онемогућава побачај, али и сваку врсту помоћи фетусу, уколико се ради о оштећењу које је подобно да буде стабилизовано, измењено или неким третманом отклоњено. Полазећи од тога да интервенција лекара може бити одлучујућа за здравље будућег детета, судови строго цене одговарајуће лекарске грешке. Тим пре,

²¹⁵ Овај суд се први пут суочио са таквим захтевом 1983.године (*BGH, Neue Juristische Wochenschrift* 1983, S.1371 ff.): STÜRNER, *op.cit.*, str.318; FEARBER, *op.cit.*, 92.

што су поступци којима се евентуалне аномалије плода могу *in utero* спречити или ублажити означени најчешће као обавезна испитивања у току трудноће. Ако је у питању аномалија која је обесхрабрујућа тј. која се не да отклонити ни ублажити, непажња лекара само је лишила родитеље информације о стању здравља фетуса и њена тежина постоји, али је утолико мања. Акт пропуштања лекара има већи значај кад се оштећење фетуса могло отклонити или ублажити.²¹⁶

2. У једном случају *Касациони суд* је строго ценио непажњу лекара.²¹⁷ Својом пресудом од 3.2.1993.год. прогласио је лекара одговорним за штету подједнако и према детету и према његовим родитељима. У овом случају, лекар који је обављао преглед пацијенткиње није извршио ригорозну контролу обавезних испитивања. Он је превидео токсоплазмичну повреду фетуса и третман *in utero*, који према налазу вештака има 97 % шанси да успе, није обавио у најбољим условима. Налаз је јасно указао на постојање директне узрочне везе између лекарске грешке и губитка шансе за родитеље да се одлуче за побачај, а за дете да се роди неоштећено болешћу токсоплазмозе.²¹⁸ Ради се, у ствари, о пасивности лекара која се од стране суда поима чак као погоршавање феталне инфекције. Штета је стварна.

²¹⁶ FINEL, *op.cit.*, 231.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ Токсоплазмоза представља инфекцију паразитима. *Ibid.*

3. У једном другом случају *Управни суд* у Паризу заузео је истовестан став. Радило се о пропусту лекара да обави испитивање на антитела, због чега није могао открити постојање отока фетоплацентарне баријере.²¹⁹ Немарност ординирајућег лекара довела је до тога да се трудница није могла обратити другом специјалисти. На крају, ни анемични фетус није могао добити трансфузију пре сазревања, тј. пре рођења. Према схватању *Апелационог управног суда* у Паризу непажња лекара је такве природе да оправдава одговорност државне *Добротворне установе болница* у Паризу.²²⁰

4. *Касациони суд* је у пресуди од 16.7.1991.год. прогласио одговорним лекара кога је пацијенткиња, четири године пре ефективне трудноће, консултовала ради издавања предбрачног уверења. Међутим, редукција броја склопљених бракова све више чини да постоји велики број парова који зачињу дете ван брака. Они се, на несрећу, не користе основним информацијама у вези са рубеолама. Зато је прописано да гинеколог наложи испитивање на рубеоле, и то у два наврата. Ова предострожност је битна у хипотези да се пацијенткиња одлучила, у међувремену, да промени лекара.²²¹ У конкретном случају, игноришући чињеницу да жена није прележала рубеоле нити је вакцинисана против њих,

²¹⁹ О ближејем објашњењу случаја видети: *Ibid.*, 232.

²²⁰ САА Paris, 11.5.1995., Lexilaser CE et c. adm. No-93 PAO 1261. *Ibid.*

²²¹ У овој материји констатовано је да вирус рубеоле погађа око 0,4 % новорођенчади. Серолошко испитивање је неопходно приликом издавања предбрачног уверења. *Ibid.*

ординирајући лекар није тражио испитивање на рубеоле, нити је дао основне информације о последицама болести, посебно о ризику да се зарази фетус, иако је на то био обавезан сходно чл.155 *Закона о јавном здрављу*. Пацијенткиња је донела на свет дете са аномалијама карактеристичним за инфекцију рубелом у првим месецима трудноће. Суд је сматрао да је пропуштање лекара условило губитак шансе детета да се супротстави последицама рубеоле којом је заражено преко мајке. Овде је, наиме, на првом месту требало да буде избегнута болест, а не рођење. Осим тога, одсуство информације стоји у узрочној вези са губитком шансе за жену да предузме вакцинацију против вируса, која би спречила заразу, или да у случају неповољног тока трудноће изврши побачај.²²²

5. Доцније, у другом сличном случају *Касациони суд* је одлучио другачије.²²³ Ту се радило о грешци лабораторије код првог испитивања труднице на рубеоле. Дете је рођено озбиљно малформисано. Суд прве и друге инстанце оценили су да је лекар поступао непажљиво прихватајући нејасне резултате, без покушаја да добије ближа објашњења од лабораторије. *Касациони суд* је, такође, закључио да су лекар и лабораторија одговорни за стање здравља детета. Због учињене грешке лекара мајка је била у уверењу да је имуна и није могла да се одлучи на терапеутски прекид трудноће, а дете је претрпело оштећење путем заразе преко

²²² *Ibid.*

²²³ *Civ.lre*, 26.3.1996., *Bulletin civil*, No 155. *Ibid.*, 234.

мајке. Међутим, према схватању *Касационог суда*, у конкретном случају није постојала узрочна веза између поступања лекара, односно лабораторије и инфекције пренете на дете. Ниједна од ових грешака нема покретачку улогу за настајање или обим конгениталног недостатка којим је дете погођено. Извесни француски правници сматрају да је овакво решење "шокантно и супротно свакој логици".²²⁴

II Штета због рођења

1. При разматрању ове проблематике са аспекта права хендикепираног детета преовлађује схватање да се дете не може позивати на штету због свог рођења или због тога што није могло бити предмет прекида трудноће. Надокнада ове штете довела би до поставке да живот људског бића буде схваћен као абнормалан и способан да нанесе штету родитељима. У ствари, "иако је људско биће од свог зачетка титулар права, оно не одлучује о томе да ли ће бити рођено или не, да ли ће живети или не; ни његово рођење ни његов живот не би могли бити схваћени као добра или рђава шанса из које би произишле правне консеквенце".²²⁵ Ова тенденција је присутна и у правној теорији.

2. *Касациони суд* је, међутим, недавно усвојио став којим се допушта да рођење малформисаног детета представља штету и за

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ *Ibid.*, 235.

њега самог, а не искључиво за његове родитеље.²²⁶ С обзиром да се радило о погрешном савету лекара у време пре трудноће, суд је стао на становиште да у случају исправног савета, који не би ишао у прилог зачињању детета, до трудноће не би ни дошло. Међутим, не може се са сигурношћу утврдити да ли би родитељи преузели ризик болесног потомства. Зато је решење нађено у ставу да узрочна веза између зачећа детета и погрешног генетског савета постоји, али да она није сигурна јер је немогуће предвидети крајњу реакцију родитеља. Без обзира на то, штета детета у виду генетског недостатка који је условљен лекарском грешком пре зачећа неоспорно се признаје.²²⁷

3. Да је француска судска пракса на терену описане лекарске одговорности још увек колебљива, показује пресуда Апелационог управног суда у Lyon-у, коју је по правном леку преиначио Државни савет.²²⁸ Апелациони суд је био мишљења да осуда Регионалног болничког центра треба да обухвати надокнаду како штете настале за родитеље, тако и за дете, те је износ месечне ренте досудио на име штете детету, а осталу надокнаду родитељима. Државни савет се није сложио са делом пресуде у односу на дете. Он је мишљења да дете не може добити обештећење због саме чињенице да је рођено са генетском аномалијом, и пребацио је износ месечне ренте на родитеље. Треба

²²⁶ Civ. 1re, 26.3.1996., *Bulletin civil* I, No 155(*Ibid*, 236).

²²⁷ *Ibid*.

²²⁸ Одлука од 14.2.1997.год. у већ наведеном случају *Quarez*. *Ibid*.

констатовати да постоји неподударност између ставова *Касационог суда* исказаних у пресуди од 1996.год. и ставова *Државног савета* који су испољени у његовој одлуци од 1997.год. Док *Касациони суд* признаје детету штету због несрећног рођења, *Државни савет* то одбија. Решење *Државног савета* наилази на веће одобравање и ослања се на судску праксу у материји добровољног прекида трудноће.²²⁹ Остаје да се види којим правцем ће се кретати даља судска пракса.

²²⁹ *Ibid.*, 237.

ГЛАВА ТРЕЋА: ПРАВНА ПРИРОДА ОДГОВОРНОСТИ

§1. ОПШТИ ОСВРТ

1. Осим малобројних изузетака, досада ниједан правни систем света не садржи специјалне прописе којима се уређује грађанска одговорност лекара.²³⁰ Било је покушаја у оквиру земаља чланица Европске Уније да се утврде и уједначе прописи који регулишу одговорност припадника тзв. слободних занимања, укључујући и лекаре, али они нису остварени.²³¹ Стога за грађанску одговорност лекара важе општи прописи о одговорности сваке земље. То је довело до тога да је модерно право о одговорности лекара готово свуда створила судска пракса, која је путем тумачења и модификације већ постојећих правних начела усавршила и даље развила та правна правила.²³² Ако пацијент приликом медицинског третмана претрпи штету, он своје право на

²³⁰ Другачије је једино код одговорности произвођача за штету узроковану лековима. Видети: GIESEN, *Arzthaftungsrecht*, 1.

²³¹ DEUTSCH, *Medizinrecht*, 141-143.

²³² *Ibid*, 116.

накнаду, по правилу, може остварити како по основу уговорне тако и по основу деликтне одговорности. У том смислу "кршење уговора и недопуштена радња чине заједнички, стопљени основ одговорности лекара".²³³

2. Грађанска одговорност лекара такође се може поделити на *уговорну* и *деликтну* (неуговорну или вануговорну) одговорност. Деликтна одговорност јесте она која настаје услед повреде опште (апсолутне) обавезе да се другоме не причињава штета. За њу је битно да пре проузроковања штете није постојао посебан правни однос између починиоца штете и оштећеног, већ само општи однос који се тиче свих правних субјеката. Тек са проузроковањем штете међу њима се заснива и посебан однос.²³⁴ С друге стране, уговорна одговорност настаје кад се прекрши посебна (релативна) обавеза нешкођења другоме. Она претпоставља постојање већ од раније посебног правног односа између починиоца штете и оштећеног. Најчешће је правни основ тог односа уговор, па се зато одговорност и назива уговорном. За њу је својствено да не

²³³ DEUTSCH, *Ibid.*; С.ПЕРОВИЋ, *Облигационо право Књига прва*, Београд, 1990., стр.710-712; Исто: "Комутативна правда и накнада штете", *Правни живот*, бр.9-10/1992., стр.ХИ. "Историја древне цивилизације стоји пред једном истином: уговор и деликт две су гране истог дрвета живота. Акт вољни и акт невољни. Чин дозвољен и чин недозвољен. То су саставни делови читавог хоризонта људских обавеза. За Гајеве *Институције*, уговор и деликт су *summa divisio* свих извора обавеза."

²³⁴ Ж.ЂОРЂЕВИЋ/В.СТАНКОВИЋ, *Облигационо право*, Београд, 1987., стр.360; РАДИШИЋ, *Облигационо право*, стр.179

представља примарну, него секундарну садржину облигационог односа.²³⁵

3. Са практичног становишта, постоје бројне разлике између уговорне и деликтне одговорности. Деликтна одговорност је шира од уговорне по томе како је закон третира, дајући јој значај *lex generalis*,²³⁶ и по томе што у случају проузроковања штете од стране више лица они одговарају солидарно, што се не дешава код уговорне одговорности.²³⁷ Разлика постоји и у томе што рок застаревања потраживања надокнаде штете код деликтне одговорности почиње тећи од тренутка сазнања за штету и починиоца, а код уговорне од тренутка доспелости потраживања.²³⁸ Једна од најзначајнијих разлика тиче се обима обавезе накнаде. Деликтна одговорност подразумева потпуну накнаду, тј. и стварне штете и измакле добити, док је уговорна одговорност ужа и обухвата само штету предвидљиву у тренутку закључења уговора. Тако, позивање на деликт или на уговор, као правни основ тужбе, има практичну важност и опредељује која се врста штете (материјална или нематеријална) може њоме

²³⁵ РАДИШИЋ, *Облигационо право*, стр.179.

²³⁶ Нпр. *Закон о облигационим односима* своје одредбе о деликтној одговорности поима као опште, а о уговорној као посебне, тиме што у чл.269 предвиђа да за накнаду штете из уговора, уколико друкчије није прописано, важе сходно одредбе о накнади деликтне штете.

²³⁷ О овој и другим разликама видети: ПЕРОВИЋ, *Правни живот*, XXXIII-XXXVIII; РАДИШИЋ, *Облигационо право*, стр.181-183.

²³⁸ РАДИШИЋ, *Облигационо право*, стр.181-183.

захтевати.²³⁹ Ипак, без обзира на изложене разлике, одговорност лекара у сваком случају опредељује правна природа односа који се успоставља између лекара и пацијента. Од одговора на ово питање зависи основ и опсег одговорности.

§2. ДЕЛИКТНА ОДГОВОРНОСТ

А. ФАКТИЧКИ ОДНОС ЛЕКАРА И ПАЦИЈЕНТА КАО ПРЕТПОСТАВКА ОДГОВОРНОСТИ

1. С обзиром да се медицинска делатност мора одвијати у оквирима одговарајућих правних норми, фактички однос између лекара и пацијента поводом пружања медицинске услуге уједно је и правни однос. Међутим, тај однос није само правни него и етички. Професионалне или стручне обавезе лекара у исти мах су и моралне обавезе и тешко их је разлучити. Осим тога, лекари су дужни да се придржавају начела *Хипократове заклетве* и *Кодекса етике* свога staleжа.²⁴⁰ Живот, здравље и телесни интегритет човека уживају апсолутну правну заштиту. Дужност да их чува од оштећења лекар има према сваком болеснику. На то га обавезују не само начела медицинске науке и струке, него и закони.

2. Имајући у виду чињеницу да је лекар, на основу правних и сталешких правила, дужан да добра пацијентова чува од

²³⁹ Нпр. према решењима *Немачког грађанског законика* (§ 847 у вези са § 253) новчана накнада неимовинске штете долази у обзир само у случају деликтне дговорности.

²⁴⁰ РАДИШИЋ, "Лекар и пацијент као уговорни партнери", *Актуелни правни проблеми у медицини*, зборник, група аутора, Београд, 1996., стр.330.

оштећења, деликтну одговорност лекара много је лакше појмити него уговорну. Суштина деликтне одговорности лекара јесте конкретна заштита правних добара пацијентових, тј. живота, тела и здравља. Та се правна добра, као апсолутна, штите по слову закона. Само се може поставити питање да ли је и под којим условима допуштено захватање у телесни интегритет другог у циљу лечења.

3. У нашем праву, *Закон о облигационим односима* предвиђа да је свако дужан да се уздржи од поступка којим се може другоме проузроковати штета.²⁴¹ Несавесним поступањем лекар крши општу забрану нешкођења другоме (*neminem laedere*). На ту забрану надовезује се и општа деликтна норма која гласи: "ко другоме проузрокује штету дужан је да је надокнади, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице".²⁴² Таква генерална деликтна норма постоји још у аустријском *Општем грађанском законнику* (§1295) и у француском *Грађанском законнику* (чл.1382).

4. Међутим, *Немачки грађански законик* предвиђа накнаду штете насталу услед противправне, нехатне или намерне повреде тела или здравља.²⁴³ Овај закон поименично набраја правна добра чија противправна и скривљена повреда води одговорности за

²⁴¹ чл.16.

²⁴² чл.154.

²⁴³ § 823, став 1: BGB, München, 1966., 138.

тако насталу штету. Реч је, осим о повреди тела и здравља, и о повреди живота, слободe, власништва или *другог права*. При томе су контуре *другог права* у смислу таквог законског решења настале тек кроз правну праксу. Наиме, пацијент, поред накнаде имовинске штете, може захтевати правично обештећење у новцу због неимовинске штете проузроковане деликтном радњом.²⁴⁴ Подручје примене деликтне одговорности стално се проширује, између осталог и третирањем професионалне обавезе као *обавезе саобраћања*, чиме се чвршће поставља одговорност због чињења али и пропуштања.²⁴⁵

5. Скоро целокупна одговорност медицинских посленика у САД одвија се по правилима о деликтној одговорности за штету, мада се допушта и уговорна одговорност.²⁴⁶ Правни основ за то јесу закон или претходне судске одлуке у споровима исте врсте као у конкретном случају. Судска пракса стоји на становишту да тежиште укора против лекара није у кршењу чистих уговорних обавеза, него правила медицинске струке. Као и у немачком праву, на деликтну одговорност упућују, пре свега, разлози практичне природе, јер се она пацијенту више исплати, будући да само тако може остварити накнаду нематеријалне штете због претрпљених болова.²⁴⁷

²⁴⁴ STIEGLITZ, *op.cit.*, 56.

²⁴⁵ FAERBER, *op.cit.*, 102-103.

²⁴⁶ DEUCHLER, *op.cit.*, 93.

²⁴⁷ *Ibid.*

Б. ОСОБЕНОСТИ СЛУЧАЈЕВА НЕЖЕЉЕНОГ РОЂЕЊА И НЕЖЕЉЕНОГ ЖИВОТА

1. Повреде у случајевима *wrongful birth* и *wrongful life* различито се деликтноправно оцењују, почев од повреде тела или здравља до повреде права труднице на самоодређење.²⁴⁸ Ово је нарочито изражено у немачкој теорији и пракси. Према ранијим одлукама судова и доктринарним ставовима у случајевима који се тичу нежељеног рођења после неуспелог захвата стерилизације или побачаја постоји повреда тела будуће мајке, а код еугенски индикованог побачаја повреда њеног здравља.²⁴⁹

2. Да би повреда тела чинила основ деликтног захтева за накнаду штете, мора се утврдити да је непажња лекара довела до тога да се оперативни захват, било стерилизације било побачаја, мора поново обавити, док би код поступања *lege artis* један захват био довољан. Изазивање, одржавање трудноће и рођење детета противно вољи жене, представља непосредно захватање у њено телесно стање. Овако становиште заузео је *Врховни земаљски суд* у *Zweibrücken*-у у пресуди од 6.12.1983.год. Радило се о тужби којом је мајка нежељено рођеног детета после неуспелог побачаја захтевала исплату болнине. Суд појам телесне повреде у смислу §823 *Немачког грађанског законика* тумачи широко, а насталу или преосталу трудноће против воље жене, чак и при њеном

²⁴⁸ STIEGLITZ, *op.cit.*, 123.

²⁴⁹ *Ibid*, 115-116.

нормалном психолошком току без компликација, сматра угрожавањем људског тела.²⁵⁰ У каснијој пракси судова искристалисао се став да код случајева штета у вези са рођењем детета није примарно телесно шкођење и нарушавање физичког интегритета оштећеног, него циљ који се имао захватом постићи. Наиме, сматра се да повреда тела постоји, али да конкретне последице повреде нису релевантне са становишта права о обештећењу.²⁵¹

3. На *повреду здравља* најчешће се позива у случајевима нежељеног рођења детета због погрешног генетског саветовања или пропуштања да се дијагностикује инфекција у току трудноће. Сматра се да погрешно саветовање или недавање потребног савета од стране лекара одржава постојеће стање оштећења плода, односно труднице, онаквим какво не би требало бити.²⁵² Међутим, примедбе оваквом схватању када је у питању здравље плода, односе се на то да право не познаје накнаду штете због оштећења пре рођења и да је претпоставка за *повреду здравља* да је повређени најпре био здрав, што управо овде не постоји. Ипак овакве примедбе није прихватио *Савезни Врховни суд* Немачке са аргументацијом управо из природног права. Наиме, "здрavo стање је од настанка и природе живим организмима и човеку унапред дато. Правни поредак је у том погледу везан за феномен природе.

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ *Ibid.*

Следствено томе, свако вештачки проузроковано одступање од природног стања представља повреду здравља, без обзира на то да ли је оно реално икада постојало".²⁵³

4. Код питања да ли се одговорност лекара оснива на повреди тела или повреди здравља, јавиле су се тешкоће у разликовању и појашњењу повређивања у сваком конкретном случају. Отуда су настојања правне теорије и праксе кренула у правцу да подробније објасне случајеве нежељеног рођења. Наиме, сматра се да је код сваког од њих осујећено родитељско планирање породице, пре зачећа детета или после тога због новооткривених околности (оштећење фетуса, инфекција и сл.). Резултат је увек рођење нежељеног детета. Првенствени основ одговорности лежи у фактичкој непажњи лекара и игнорисању пацијентове воље, а не у повреди тела или здравља. Стога се дошло до закључка да би било исправније да се као крајње оштећено правно добро означи *право на планирање породице*, као део права на самоодређење.²⁵⁴

²⁵² *Ibid.*, 120.

²⁵³ *MEDICUS, op.cit.*, 6.

²⁵⁴ *STIEGLITZ, op.cit.*, 121.

§3. УГОВОРНА ОДГОВОРНОСТ

А.УГОВОРНИ ОДНОС ИЗМЕЂУ ЛЕКАРА И ПАЦИЈЕНТА КАО ПРЕТПОСТАВКА ОДГОВОРНОСТИ

1. Ако се односу лекара и пацијента призна уговорни карактер, тада за случај штете важе правила о уговорној одговорности. Када пацијент затражи од лекара неку медицинску услугу и овај пристане да му је пружи, међу њима настаје уговор о одређеном медицинском третману или савету. Према немачком теоретичару, Karlu Jaspersu, он се своди "на идеју општења двојице разумних људи, у коме онај који научно познаје ствари помаже болесноме".²⁵⁵ Пацијент је уговорни партнер лекару који му пружа медицинску услугу, и све што лекар у тој улози чини мора бити снабдевано његовим пристанком. За склапање уговора довољна је проста сагласност воља. Према *Лисабонској декларацији* Светског савеза лекара²⁵⁶ пацијент има право на слободан избор лекара док, с друге стране, том праву одговара слобода лекара у обављању свог занимања. Слободу уговарања имају, дакле и пацијент и лекар. Уговор настаје чим лекар покаже своју готовост

²⁵⁵ Наведено према A.LAUF, "Idee und Aufgabe des Arztes", у: LAUF /UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrecht*, München, 1992., 1.

²⁵⁶ WHO, 1981. Цит.према: A.LAUF, *Arztrecht*, München, 1988., 30-31. Аутор наводи истоветна решења уграђена у *Професионалним правилима за немачке лекаре* (§ 1 ст.7): "Лекар је у обављању свог занимања слободан. Он може лечење да одбије особито у случају кад је уверен да између њега и пацијента не постоји однос потребног поверења".

да пацијента који му се обрати прими или посети, да га прегледа, посаветује и сл., или кад једноставно предузме одређену медицинску радњу. Изузеци постоје само када лекар указује хитну медицинску помоћ лицу у бесвесном стању или стању шока, или ако врши преглед као судско-медицински вештак. У случају пацијента који није у стању да искаже своју вољу, лекар иступа као незвани вршилац туђих послова, а када је пацијент малолетно или душевно болесно лице закључује се *фактички уговор*.²⁵⁷

2. Реч је о неименованом уговору, чија је правна природа детерминисана садржином лекаревих обавеза. Околности конкретног случаја могу условити и другачију правну квалификацију целог уговора или барем појединих његових делова. Најчешће се о њему говори као о уговору о услузи. Француски правници сматрају да се ради о уговору *sui generis*, тј. о уговору, са "специфичним карактером и посебним обличјем".²⁵⁸ Немачки правници уговор о лечењу поимају као уговор о тзв. *слободној служби*.²⁵⁹

²⁵⁷ О томе видети: DEUTSCH, *Medizinrecht*, 33-34.

²⁵⁸ Овакво решење усваја француско право. Видети: J. PENNEAU, *La responsabilité médicale*, edition Sirey, Paris, 1977., 19. "Лекар и пацијент су везани уговором Чим додје на радно место лекар је у положају стално отворене понуде и са пацијентом који му се обрати за помоћ закључује уговор који има карактер *intuitu personae*".

²⁵⁹ Однос између лекара и пацијента почива на уговорној основи у којој лекар пружа услугу а пацијент плаћа хонорар. У: LAUFS/UHLENBRUCK, *op. cit.*, 226; DEUCHLER, *op. cit.*, 68.

3. Са становишта југословенског законодавства и теорије, уговор о лекарској услузи требало би просуђивати као *уговор о делу*, имајући у виду да *Закон о облигационим односима* не прави разлику између дела и услуге него оба ова посла обухвата уговором о делу.²⁶⁰ Али, ова широко постављена формула уговора о делу захтева извесно прецизирање, будући да поједини уговори у домену умног рада у савременом праву добијају своју посебност и аутономију, тако да представљају посебне именоване уговоре одвајајући се на тај начин од свог генуса.²⁶¹ То важи несумњиво и за уговор о лечењу с обзиром на специфичности уговорног односа лекара и пацијента. Друго прецизирање уговора о делу, када је реч о медицинским посленицима, требало би да се односи на сам посао који се овим уговором предузима, односно да ли се уговором једнако обухвата и извршење одређеног посла и постизање одређеног резултата. Наиме, за његово одређење довољно је рећи да се посленик обавезује да изврши одређени посао који ће се ценити с обзиром на природу обавезе, садржину и циљ уговора који су странке хтеле постићи.²⁶²

²⁶⁰ Одредба чл. 600 Закона; РАДИШИЋ, *op.cit.*, *Актуелни правни проблеми у медицини*, стр.330.

²⁶¹ М.КОНСТАНТИНОВИЋ, *Облигације и уговори* Скица за законик о облигацијама и уговорима, Београд, 1969., стр.183 (чл.631; При тумачењу појединих уговора о делу "ваља се обазрети поред општих правила и на обичаје и узансе који важе за поједине активности"); ПЕРОВИЋ, *Облигационо право*, стр.710.

²⁶² ПЕРОВИЋ, *op.cit.*, *Облигационо право*, стр.711-712.

4. Упоредноправна решења такође говоре у прилог схватању да предмет уговора о лекарским услугама није одређени резултат рада (дело), него сам рад.²⁶³ У првом плану је лечење као пружање услуге, а не успех лечења. Гарантовање успеха услуге од стране лекара било би у супротности са његовим уговорним обавезама и лекар би био изложен претераним пацијентовим очекивањима. Такве захтеве код којих се од лекара тражи немогуће, право не сме да подржава. Лекар се уговором обавезује само да ће потребне медицинске мере предузети с дужном пажњом и у складу са правилима своје струке (*lege artis*).²⁶⁴ Успех тих мера не зависи искључиво од вештине и пажње лекара, него и од физиолошких и психичких својстава пацијента. Осим тога, уговор о делу подразумевао би право поправке од стране лекара, да нпр. после погрешног захвата поново оперише. Право на отклањање недостатка овде не постоји управо због губитка односа поверења између пацијента и лекара. Лекар има само обавезу средства, а не и обавезу резултата.²⁶⁵

5. Изузеци су могући у случајевима када медицинска активност почива на лабораторијским анализама, које према постојећем стању науке и струке нису праћене ризиком а врше се уз стриктна и непроменљива правила, и имају *технички*

²⁶³ GIESEN, *op.cit.*, *International medical malpractice law*, 12-13.

²⁶⁴ РАДИШИЋ, *Актуелни правни проблеми у медицини*, стр.331; МЕМЕТЕАУ, *Le droit médical*, 281.

²⁶⁵ GIESEN, *op.cit.*, 13.

ефекат.²⁶⁶ Правна пракса САД познаје и тзв. *express contract*, којим се лекар обавезује и на одређени учинак лечења или операције, и у том случају има право на посебну награду. Међутим, ови уговори су ретки а у случају спора судови су опрезни у утврђивању шта представља обећани резултат.²⁶⁷

6. Ако је лекар на основу уговора обавезан да изврши одређени захват па дође до лекарске грешке, он одговара због неиспуњења уговора, тј. због *позитивне повреде уговора* из којег је произашла штета за пацијента. Поједини писци сматрају да је проблематичан основ одговорности у позитивној повреди уговора. По њима, на пример, неуспела (мањкава, погрешна) стерилизација није управо никаква стерилизација (није ни обављена), те не може бити ни позитивна повреда уговора. Пацијент се не жали на оно што је лекар учинио него на оно што није учинио. То говори у прилог томе да треба поћи од тезе о *неиспуњењу уговора*.²⁶⁸ Уговорна одговорност лекара у већини земаља постоји упоредо са деликтном одговорношћу, и пацијенту је остављен избор повољнијег основа или делимично позивање на оба основа. Тако, у немачком праву се по правилу накнада имовинске штете везује за уговорну одговорност, а накнада неимовинске штете (болнине)

²⁶⁶ AREEN и др, *op.cit.*, 355.

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸: K.ADOMEIT – Die besondere Entscheidung: Die missglückte Sterilisation-, *Juristische Ausbildung*, 4/1981., 197.

може се остварити само позивањем на деликтну одговорност.²⁶⁹ Реч је о случајевима у којима се стичу и уговорна и неуговорна противправна радња, односно штета се појављује као резултат кршења и опште (законске) обавезе да се не шкоди правним добрима другога, и посебне (уговорне) обавезе починиоца штете према оштећеном. Разлог томе је што се доводе у питање апсолутно заштићена правна добра, као што су тело и здравље човеково. Правно исходиште ових случајева иде од допуштања конкуренције захтева (оштећени може истицати и уговорни и деликтни захтев, зависно од тога који је за њега повољнији, с тим што гашење тражбине по једном основу доводи и до гашења по другом) па до давања предности уговорној одговорности.²⁷⁰ Извесни југословенски правници сматрају да по нашем праву треба прихватити прво решење, с позивањем на принцип *a minore ad maius*, тј. да је уговорном обавезом општа забрана нешкођења само индивидуализована и појачана, а никако истиснута.²⁷¹

7. По француском праву уговорна одговорност је, уз ретке изузетке, једино могући облик одговорности.²⁷² Сматра се да је таква одговорност примеренија посебном уговорном односу лекара

²⁶⁹ DEUHLER, *op.cit.*, 71; GIESEN, *Arzthaftungsrecht*, 5.

²⁷⁰ РАДИШИЋ, *Облигационо право*, стр.183; М.ТОРОМАН, "Јединство и дуалитет уговорне и деликтне одговорности и могућност њихове кумулације", *Зборник радова о страном и упоредном праву*, Београд, 1963.,153-156.

²⁷¹ РАДИШИЋ, *Ibid.*, стр.184.

и пацијента, који нису само пуки актери штетног догађаја, него их везује много чвршћа, индивидуално обележена веза. Срж проблема одговорности лекара у француском праву подударна се са применом *медицинског уговора*. Следе се принципи пресуде *Касационог суда* у случају *Mercier*.²⁷³ Њоме је афирмисан став да се између лекара и његовог пацијента обликује истински уговор, при чему се кршење, чак и невољно, такве уговорне облигације санкционише одговорношћу једнако уговорне природе. Додуше, пресудом се не прецизира о каквом уговору је реч, него да се у рђавом медицинском акту види пре свега цивилна одговорност, којом се санкционише неизвршење уговорне обавезе лекара.

Б. ОСОБЕНОСТИ СЛУЧАЈЕВА НЕЖЕЉЕНОГ РОЂЕЊА И НЕЖЕЉЕНОГ ЖИВОТА

У случајевима штета насталих у вези са рођењем детета и планирањем породице, до уговорне одговорности долази због неиспуњења или рђавог испуњења појединих уговора, као што су уговор о побачају, о стерилизацији или пак о продаји средства за контрацепцију. Осим тога, у овој материји и случај рођења дефектног детета представља штету насталу из уговора о

²⁷² J.PENNAU, *La responsabilité médical*, Paris , 1977., str.17-26. R.SAVATIER,"La responsabilité médical en France (Aspects de droit privé)", *Revue internationale de droit compare*, 3/1976, str.493.

²⁷³ *Dr Nicolas c. epoux Mercier*, *Cass.civ.* 20.mai 1936. u vezi čl.1147 i 1142 CC, (D.P.1936, 88, note E.P). Она чини најзначајнију пресуду у овој материји и њоме

медицинском третману²⁷⁴, на основу кога родитељи имају право да спрече рођење таквог детета, а лекар обавезу, корелативну са тим правом, да пружи релевантне и благовремене информације о стању фетуса. Полазна тачка за утврђивање да ли постоји лекарева одговорност по основу уговора, јесте оцена садржине и предмета појединих уговора.

I Уговор о стерилизацији

1. Уговор о стерилизацији представља такав уговор којим се лекар обавезује на уредно извршење стерилизације, а пацијент да плати одређену накнаду. Уговор о обављању добровољне стерилизације, (који се закључује са лекаром или болницом), јесте према схватању које преовладава у теорији и судској пракси *уговор о служби*.²⁷⁵ Уговори о стерилизацији су дозвољени независно од постојања посебне индикације, па и тзв. *услужна* стерилизација, често практикована у немачким болницама.²⁷⁶ На основу уговора о стерилизацији лекар пацијенту дугује уредно извршење стерилизације. Оно што лекар дугује је само његов труд да путем лекарског захвата спречи будућу способност зачећа. Код овог уговора не ради се само о техничком захвату, него о медицинском захвату који изискује свеобухватно саветовање, давање упутстава

су постављени основи кривичне и цивилне одговорности лекара. Видети: MÉMETEAU, *Droit médical*, 279.

²⁷⁴ Ради се уопштено о уговорима о гинеколошком лечењу (WAIBL, *op.cit.*, 10).

²⁷⁵ LAUFS/UHLENBRUCK, *op.cit.*, 238.

²⁷⁶ *Ibid.*

и потребних обавештења, као и одговарајући постоперативни третман.²⁷⁷ Укупност ових чинидби лекара чини услугу, па зато није реч о уговору о делу.²⁷⁸

2. С друге стране, нису усамљена ни схватања да је овај уговор, као уосталом и уговор о побачају или уговор о пластичној операцији, типичан *уговор о делу*.²⁷⁹ Сматра се, наиме, да је бесмислена стерилизација ако се стерилност пацијента не дугује као резултат кога треба постићи. Међутим, аргументација овог става није уверљива. Тачно је да код стерилизације није у првом плану поновно успостављање здравља тј. лечење и да не постоји увек медицинска индикација. Али, нетачно је да лекар код уговора о стерилизацији обећава постизање техничког ефекта, јер успех захвата не зависи само од његовог *lege artis* извршења, него и од фактора којима лекар не може потпуно да влада.²⁸⁰

II Уговор о побачају

1. Предмет уговора с лекаром може да буде и дозвољен прекид трудноће. Уговор са лекаром или уговор о пријему у болницу ради прекида трудноће углавном се сматра *уговором о*

²⁷⁷ *Ibid.*, 239.

²⁷⁸ *Ibid.*

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ *Ibid.* Одређени технички успех јесте додуше предмет уговора с лекаром, али се тај успех већ и с обзиром на неизбежан број "неуспеха", који се статистички може доказати, не може уговором гарантовати.

служби.²⁸¹ Исто као и код стерилизације, лекар не гарантује успех захвата, него само обећава извршење захвата којим треба да се постигне одређени резултат. За квалификацију овог уговора свеједно је да ли лекар ради као лекар који прекида трудноћу, као лекар саветник или као лекар који утврђује индикацију. Чак и онда када се лекар ограничи само на прекид трудноће, док његове колеге обављају консултовање и утврђивање индикације, реч је о уговору о служби.²⁸² Међу правним теоретичарима има и мишљења да је предмет овог уговора "извршење једног крајње техничког захвата, чије претходне радње немају никаквог значаја ако се циљ не оствари", те се ради о уговору о делу.²⁸³ Из оваквог правног режима они изузимају само медицински индиковане побачаје, код којих је у првом плану пружање лекарске услуге а не успех захвата, те за њих важе општа правила из уговора о лечењу.

III Уговор о постављању дијагнозе

Када лекар у оквиру пренаталне дијагностике пропусти да изврши неопходна испитивања у циљу раног откривања оштећења фетуса, уговор с лекаром се односи на чисто постављање дијагнозе, која у зависности од резултата тестова може да доведе до индикације за прекид трудноће. Чист уговор о постављању дијагнозе, тзв. *second opinion* јесте уговор о делу, истина са

²⁸¹ *Ibid.*, 241.

²⁸² *Ibid.*, 242.

²⁸³ З. ПОЊАВИЋ, "Уговор о прекиду трудноће", *Правни живот*, 9/1996., стр.269.

ограниченим "делом": саопштење о пацијентовој болести према сазнањима која допушта стање медицинске науке.²⁸⁴ Код дијагностиковања стања пацијенткиње, лекар је обавезан да даје тачна и потпуна обавештења о неопходности тестирања трудноће. Повреда обавезе постављања дијагнозе или обавезе лекара да даје савете тада не произилази из уговора о прекиду трудноће. Али, у сваком случају, спречено је закључивање једног таквог уговора, јер лекар не може ни да укаже на неопходност прекида трудноће.²⁸⁵

IV. Уговор о купопродаји средства за контрацепцију

1. Посебан случај уговорне одговорности у овој области чини одговорност апотекара због грешака у издавању лека за контрацепцију, било да врши неодговарајућу замену лека или изда сасвим други лек који нема очекивана дејства. Уговор који се закључује између апотекара и лица коме се издаје лек има, такође, своје особености. Овај уговор се најчешће квалификује као уговор о купопродаји, али на основу кога апотекар има споредну обавезу да даде потребне савете купцу.²⁸⁶ Обавеза саветовања, у случајевима замене лека, прераста од споредне у главну обавезу

²⁸⁴ DEUTSCH, *Medizinrecht*, 47.

²⁸⁵ LAUFS/UHLENBRUCK, *op.cit.*, 245.

²⁸⁶ E.DEUTSCH,"Arzneimittelsubstitution: Zulässigkeit und Verantwortung", u *Zivilrecht Arzt und Kassenarztrecht im Wandeln*, Festschrift für Helmut Narr zum 60 Geburtstag, Berlin, 1988., 276; C.ROYERE-MEYER,"Du droit au devoir de

апотекара. Тада, поред обавезе апотекара као продавца, настаје и обавеза уредног саветовања пацијента о сврсисходном избору медикамента, и та се обавеза може сматрати као даља главна обавеза. То јесте мешовит тип уговора, јер се састоји из елемената уговора о купопродаји и елемената уговора о служби.²⁸⁷

2. За одговорност апотекара због грешке у издавању лека за контрацепцију карактеристично је да она постоји не само према жени која се штитила од нежељене трудноће и којој је лек преписан, него и према другим лицима, тј. другом родитељу и новорођеном детету, уколико је оно претрпело извесна пренатална оштећења. Само у овом случају апотекар одговара и за штету због осујећеног планирања породице.

substitution du pharmacien dans le cadre de la prescription médicale", *Revue de droit sanitaire et social*, 3/1998., 741.

²⁸⁷ DEUTSCH, *Ibid.*, 276.

ГЛАВА ЧЕТВРТА: УСЛОВИ ОДГОВОРНОСТИ

Одговорност због било које медицинске штете претпоставља најчешће три услова: кршење лекарске дужности пажљивог поступања, тј. лекарску грешку, саму штету, и узрочну везу између непрописног поступања и штете. Упоредно посматрано постоје извесне разлике у правним решењима појединих земаља, али оне нису суштинске природе.

§1. КРШЕЊЕ ДУЖНОСТИ ПАЖЉИВОГ ПОСТУПАЊА

А. ОПШТИ ОСВРТ

1. Постоје бројни изрази у правној литератури којима се означавају непрописне медицинске радње, као што су: лекарске стручне (професионалне) грешке, медицинске грешке, непажљиво и непрописно медицинско поступање, грешке у лечењу, и сл.²⁸⁸ У циљу дефинисања шта чини дужно поступање групе одређених

²⁸⁸ Ј.РАДИШИЋ, "Лекарске грешке у светлости правних разматрања", *Актуелни правни проблеми у медицини*, Београд, 1996., стр.160.

медицинских професија, па и лекара, у теорији се увредило схватање да су изрази - *понашање противно дужности* и *погрешно понашање* - синоними, будући да конкретно обележје противправности лежи у грешци у сопственом чињењу, пропуштању или необавештавању.²⁸⁹ За потребе овог рада користиће се овај широко распрострањен појам погрешног поступања, или краће - *лекарске грешке*. Сматра се да темељ одговорности медицинских посленика чини лекарска грешка. То је појам кога нема у важећем законодавству, али га има у науци и пракси, и медицинској и правној. У суштини то је збирни појам, под који се могу подвести све радње лекара које су неправилне, некорисне или штетне по пацијента у конкретном случају.²⁹⁰

2. Код лекарских грешака реч је у суштини о кршењу дужности саобраћања, како се ове грешке квалификују од стране немачких правника²⁹¹, или о кршењу дужности старања, као што сматрају француски и амерички правници.²⁹² Уопште узев, свако лекарско понашање састоји се у одређеном чињењу или нечињењу лекара према пацијенту, било приликом дијагнозе, терапије или нарочито приликом оперативних захвата и медицинске неге пре

²⁸⁹ STIEGLITZ, *op.cit.*, 67-69.

²⁹⁰ РАДИШИЋ, *Професионална одговорност*, стр.281.

²⁹¹ Општеприхваћено је да се професионалне обавезе широко поимају као обавезе саобраћања. О томе: STIEGLITZ, *op.cit.*, str.63; FEARBER, *op.cit.*, 103.

²⁹² STIEGLITZ, *op.cit.*, 29. Суштина одговорности за немарност је у постојању дужне пажње, коју штетник улаже према оштећеном. Ова обавеза мора бити прекршена имајући у виду стандарде понашања разумног човека.

или после тога. Не постоји битна разлика, у смислу стандардне медицинске праксе, између дужности пажљивог поступања (вештине) коју има лекар према свом пацијенту из уговора и оне из деликта. Ако се лекар понаша противно својим задатим професионалним дужностима или не поштује неприкосновено пацијентово право самоодређења, он тиме вређа императивну норму која од њега захтева пажљиво понашање. Отуда су у основи два реална типа кршења лекарске дужности: у облику *грешке у лечењу* (поступању) и у облику *грешке у обавештавању* (упозорењу, информисању или саветовању).²⁹³ Према судској пракси и постојећој правној теорији, грешке приликом информисања и прибављања сагласности пацијента изједначују се са грешкама у умећу лекара. Уколико је лекар без важеће сагласности, због пропуштеног или недовољног информисања пацијента извршио неки захват, и ако се ризик, због кога је обавештавање било потребно, остварио онда лекар мора да плати пуну накнаду настале штете.²⁹⁴ У оквиру ове противправности допушта се доказивање сваког појединачног облика кршења потребне пажње.

3. Лекар поступа противно својој дужности било да истовремено или невезано крши постојећа *правила струке*

²⁹³ Разликује се поступање противно правилима лекарске вештине (лоша медицинска пракса) и поступање којом се ускраћује слободна воља пацијента због непружања информација). Видети: DEUCHLER, *op.cit.*, 27; HAUBERICH, *op.cit.*, 131-180.

(лекарске вештине) или установљена *правила пажње*.²⁹⁵ Принципи *lege artis* и индикованог понашања одређени су постојећим медицинсконаучним сазнањем. Лекар треба да поступа према актуелним, устаљеним, важећим медицинским стандардима и са нужно потребном пажњом. Пажљивост, коју улаже, мора бити таква да осигурава квалитет лекарске услуге. Тај степен усредсређености југословенски законодавац квалификује као *пажњу доброг стручњака*.²⁹⁶ Немачки законодавац говори о *потребној пажњи* ²⁹⁷, али ту се не каже у појединостима шта се сматра пажљивим понашањем а шта непажљивим, нити је то могуће законом детаљно прописати. Отуда, за правну одговорност лекара одлучујући је инструмент *медицински стандард*, под којим се подразумева оно што просечно квалификован, савестан и обазрив лекар може и треба да зна и да учини у конкретној ситуацији. ²⁹⁸ За разлику од апстрактног правног правила, које је генерално, и важи начелно, временски неограничено, *стандард* је променљив и *посредујући појам* између општег правила о пажњи и праксе. Стандард упућује на то како лекар у конкретној ситуацији треба да поступи. Немачки судови дефинишу стандард као *добру*

²⁹⁴ DEUTSCH, *Medizinrecht*, 185.

²⁹⁵ DEUCHLER, *op.cit.*, 27 (аутор разграничава *правила понашања* од *правила струке* као мерило исправног поступања у сваком појединачном случају).

²⁹⁶ Чл.18.ст.2. ЗОО.

²⁹⁷ § 276 Немачког грађанског законика.

²⁹⁸ H.L.SCHREIBER, "Der Standard der erforderlichen Sorgfalt als Haftungsinstrument", *Versicherungsmedizin*, 1/1995., 3.

лекарску праксу, и она твори правно мерило за мериторну одлуку суда, утврђену уз помоћ судских вештака.²⁹⁹

4. Осим поступања према медицинском стандарду, лекар је дужан да пацијента обавести о одређеним чињеницама и да му пружи потребне савете и упутства. Сходно томе, лекар не сме предузимати лечење или захват противно вољи пацијента и дужан је да пацијента свеобухватно обавештава.³⁰⁰

Б. ПОЈЕДИНАЧНИ ОБЛИЦИ КРШЕЊА ДУЖНОСТИ

Када је реч о случајевима *нежељеног рођења и нежељеног живота* треба правити разлику између *класичних грешака* лекара при самом лечењу труднице или плода (разне дијагностичке мере и оперативни захвати као што су стерилизација и побачај), с једне стране, и тзв. *грешака на периферији лечења*, учињених приликом дужног обавештавања или саветовања, с друге стране.³⁰¹

1 Нестручно обављена стерилизација

1. Неуспела стерилизација може бити резултат природних фактора, као што је регенерација ткива, али и стручне грешке лекара. Ове грешке најчешће се манифестују као следеће непрописне радње: замена јајовода за неко друго ткиво,

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ STIEGLITZ, *op.cit.*, 67-69.

³⁰¹ LAUFS/UHLENBRUCK, *op.cit.*, 245

пропуштање да се редовно изврши коагулација оба јајовода, подвезивање само једног семевода и непредузимање хистолошког или другог контролног испитивања.³⁰²

2. Свим овим радњама заједничка је лекарска грешка, било да оперативни захват није уредно и стручно (*lege artis*) обављен, било да није поступано с пажњом и вештином просечно доброг стручњака. Разликује се непрописно поступање лекара хирурга приликом пре-оперативног обавештавања, приликом вршења самог захвата, и приликом пост-оперативног поступања. Захват, пре свега мора бити извршен коректно, а то може бити потврђено потписом компетентних сведока операције (доктора асистента, сестре) у медицинској документацији. Због жељеног исхода саме операције важна је и обавеза лекара да накнадним испитивањем провери њену успешност. То подразумева предузимање одговарајућих контролних прегледа, као што су хистолошка анализа исеченог ткива тј. извађеног органа, или узимање *ејакулата* пацијента ради израде спермограма, односно провере неплодности мушкарца. Непредузимање тих мера, такође, представља лекарску грешку.³⁰³

³⁰² DEUCHLER, *op.cit.*, 94.

³⁰³ Пресуда Вишег земаљског суда у Düsseldorf-u од 14.2.1991.год.: *Medizinrecht*, 4/1992, 217; H.FRANZKI, "Haftung bei misslungener Sterilisation aus juristischer Sicht", *Zeitschrift für ärztliche fortbildung*, 6/1995, 678.

II Нестручно обављен побачај

Прекид трудноће сме да изврши само лекар. Савет добивен од неке друге установе не чини сувишним испитивање претпоставки за абортус од стране гинеколога који га врши.³⁰⁴ Он једини сноси одговорност за прекид трудноће. Побачај који није обављен брижљиво, *lege artis*, у складу са постојећим стандардом, као и погрешно учињен савет у вези са тим сматрају се, по правилу, позитивном повредом уговора о побачају, будући да је реч о рђавом испуњењу уговорне обавезе.³⁰⁵ При томе, класична и очигледна грешка дешава се кад лекар нестручно изврши захват, али грешка се може десити и у току контролног прегледа, кад лекар пропусти да препозна преосталу трудноћу после неуспелог побачаја. На пример, лекар чини грешку када не изврши брижљиво ревизију материце или када не узме довољно аспирираног ткива да би се, путем хистолошког испитивања после операције, осведочио о стручно извршеном захвату. Грешка лекара постоји и када непрописно поступа у оквиру давања савета или утврђивања индикације за побачај, услед чега дође до неоправданог прекида трудноће или до пропуштања индикованог прекида трудноће.³⁰⁶ Посебна правна питања се постављају у случајевима близаначке трудноће због хормонске стимулације и тзв. селективног *fetozid*-а. Наиме, сматра се да лекар не чини

³⁰⁴ DEUTSCH, *Medizinrecht*, 293.

³⁰⁵ DEUCHLER, *op.cit.*, 97.

³⁰⁶ LAUFS/UHLENBRUCK, *op.cit.*, 243.

грешку уколико изврши селективни прекид трудноће због великог броја близанаца и опасности да мајка или деца претрпе тежа оштећења здравља.³⁰⁷

III Дијагностичке грешке

1. Једна од примарних дужности лекара јесте да, ако на то дијагноза указује, установи постојање трудноће код жене, будући да се и непрепознавање трудноће сматра очигледном дијагностичком грешком. Тако је у једном скоријем случају немачки *Савезни врховни суд*³⁰⁸ стао на становиште да жени старој 44 године, код које је касно дијагностикована трудноћа, треба досудити болнину, будући да је она претрпела шок због касног утврђивања трудноће, као и због неизвесности да ли ће дете, с обзиром на њене године и контраиндикована медицинска лечења, на свет доћи са тешким оштећењем. Ове околности су очигледно довеле до једног тешког психичког оптерећења. Дијагностичка грешка постоји и онда кад лекар, због неуспеха неке мере за спречавање зачећа, пропусти да благовремено прати показатеље који сигнализирају трудноћу, да би се омогућио евентуални прекид трудноће у оквиру законом предвиђеног рока.³⁰⁹

2. Лекар може погрешити у дијагнози и у тогу поступка контроле трудноће приликом пренаталних испитивања труднице

³⁰⁷ DEUTSCH, *Medizinrecht*, 294.

³⁰⁸ *Савезни врховни суд Немачке*, Urt.v. 30.5.95.-VI ZR68/94(OLG Hamburg), *Medizinrecht*, 1/1996, 26.

³⁰⁹ LAUFS/UHLENBRUCK, *op.cit.*, 245.

или плода. Ту се имају у виду различите грешке у пренаталним дијагностичким техникама и у генетским лабораторијама. Најозбиљнији примери нестручног поступања су погрешне дијагнозе различитих инфективних стања мајке или плода у првим месецима трудноће. Дијагностичке грешке постоје и кад лекар, који прати трудноћу, не предузме потребне мере у оквиру пренаталних дијагностичких испитивања. На пример, ако не предузме индиковано испитивање плодове воде ради раног откривања монголоидности фетуса, лекар сноси одговорност због непостављања дијагнозе.³¹⁰ Овде се ради у суштини о скривљеном превиду еугенске индикације за прекид трудноће. Или, дужност гинеколога је да редовним ултразвучним и вагиналним прегледима пази да ли постоје знаци угинућа плода или опасност од претећег побачаја. Код нарочито сложеног побачаја близаначке или вишеструке трудноће, у дијагностичке дужности лекара улази и то да се увери да није преостао плод - близанац који се и даље развија.³¹¹

³¹⁰ У вези са тим особена је пресуда *Земаљског суда* у Напаи-у из 1990.год., која је гинеколога сматрала одговорним што није на захтев тридесетогодишње труднице обавио амниоцентезу, а касније је рођено оштећено дете. Ова пресуда је критикована са становишта да трудница може сама да одлучи да ли код ње треба урадити испитивање плодове воде или не. Ипак за суд је било одлучујуће да се стварни ризик од рођења оштећеног детета увек може установити како би се тужиља могла одлучити за прекид трудноће. Видети: SCHROEDER/ KURTH, *op. cit.*, 128.

³¹¹ Овај захват је тежак и сложен будући да се поступак аспирације врши у оквиру ултрасонографски одређених мембрана сваког од фетуса. Видети: ELIAS/ANNAS, *op. cit.*, 123; DEUCHLER, *op. cit.*, 98.

IV Грешке у обавештавању

1. За професионалну одговорност гинеколога и генетичара у вези са дужношћу обавештавања типично је погрешно генетско саветовање о предиспозицијама да дете буде рођено с наследним обољењем или хендикепирано.³¹² Правни значај повреде ове обавезе имају следећа непрописна поступања: необавештавање о медицинској потреби и могућностима пренаталног испитивања; одлагање медицински неопходног пренаталног испитивања за одређено време када више индикован прекид трудноће није могуће обавити; пропуштање или погрешно давање савета у погледу оштећења потомства после постављене дијагнозе; и погрешан савет о могућностима индикованог побачаја после саопштеног налаза.³¹³

2. Постоје и други, бројни случајеви необавештавања или погрешног обавештавања о још неким поступцима везаним за само планирање потомства (контрацепција, стерилизација, побачај). У свим овим случајевима долази до кршења опште дужности лекара да у оквиру лечења обавештава пацијента: о дијагнози, о очекиваном стању здравља за случај нечињења, као и о могућим методама лечења и отуда произашлим шансама за успех и о ризицима.³¹⁴ За ове случајеве је карактеристично то што

³¹² Тако: Француски Касациони суд, Civ I ere, 26.3.1996., *Revue de droit sanitaire et social*, 2/1997., 268.

³¹³ CRAMER, *op. cit.*, 16.

³¹⁴ STIEGLITZ, *op. cit.*, 69.

информације и савети лекара треба да послуже као припрема за одлуке које доносе родитељи. На пример, код обављања стерилизације дужност је лекара да учини претходно обавештавање тако што ће пацијенту и његовом партнеру појаснити: врсту хируршког захвата (*коагулација, histeroktomiа, hirurška tubenligatura*), редовне последице захвата (неплодност и изостанак менструације), споредна дејства и могуће пратеће ризике за време обављања самог захвата, факторе дијагнозе (одређена обољења) и алтернативне методе спречавања зачећа. При томе, лекар мора ценити околности сваког појединачног случаја и пацијента обавестити брижљиво и уверљиво о планираном захвату.³¹⁵ У немачкој судској пракси нарочито се истиче дужност лекара да обавести о успешности изабране методе стерилизације.³¹⁶ Овој дужности, као што је случај код обавештавања о ризицима захвата, не супротстављају се терапијски захтеви, који иначе могу ограничити или модификовати врсту и начин обавештења. *Савезни врховни суд* Немачке прави разлику између дужности саветовања и дужности обавештавања, које су садржајно скоро идентичне, али их прати различит распоред терета доказивања међу странама у спору.³¹⁷ У случају неуспеле стерилизације карактеристична је дужност постоперативног обавештавања о ризику који може преостати

³¹⁵ LAUFS/UHLENBRUCK, *op. cit.*, 113.

³¹⁶ *Ibid.*

упркос интервенцији. Циљ тог објашњења јесте да пацијент покаже потребну обазривост у односу на последице интервенције и да за случај неуспеха спречи остварење ризика нове трудноће. Тако дефинисана дужност постоперативног обавештавања предупредује сваку могућност да хирург буде оптерећен облигацијом резултата.³¹⁸ У немачкој пракси има случајева када је суд суочен са проблемом квалификације тј. разграничења обавештења о поузданости захвата од терапеутског обавештења и од изјаве воље.³¹⁹

V Апотекарске грешке

1. Апотекарске грешке могу бити различите у зависности од режима издавања лека. Увек се ради о томе да апотекар не поступа савесно, са дужном пажњом, и сходно постојећим професионалним стандардима. У режиму простог издавања или продаје лека апотекар најчешће чини грешку издајући неодговарајуће лекове, који нису подесни за одређене кориснике (нпр. деца, труднице) или који су потпуно погрешни у односу на планирани третман. Најчешће се ради о томе да лек није издат

³¹⁷ Постоји термилошко и правно разликовање употребе израза *Beratungspflicht* и *Aufklärungspflicht*. Видети: DEUCHLER, *op.cit.*, 108.

³¹⁸ *Ibid.*

³¹⁹ Тако: Виши земаљски суд у Düsseldorf-у, *Medizinrecht*, 10/1994., 404. У овом случају суд је сматрао да повреда уговора о лечењу од стране туженог лекара није доказана. Наиме, приликом визите дан после операције тужени је обавестио тужиљу да са десне стране јајовод није могао бити добро подвезан. Суд је у овом случају сматрао да је лекар тиме довољно испунио своју обавезу.

сагласно рецепту. Будући да лекови представљају специфичну врсту робе и да их апотекар држи у готовом облику и спремне за пацијенте, апотекар не чини грешку издајући лек који је неисправан због свог продуктног недостатка, осим кад је он сам справљао лек. Овим разлозима руководио се *Врховни суд Pennsylvania*-е поводом случаја *Blom v. Merrill Down Pharmaceuticals*. Наиме, трудница је узимала лек *Benedictin* због несанице и дете је рођено оштећено, због чега су тужени произвођач лека и апотекар. Тужба против апотекара је одбијена, из разлога што он није пасивно легитимисан код одговорности за штету од готовог лека.³²⁰

2. У режиму допуштене замене лека апотекар најчешће поступа непажљиво због погрешне супституције лека: када изврши замену коју је лекар у самом рецепту изричито искључио, када замени лек а о томе не обавести пацијента, нити га прописно посаветује, када замени лек а не упита претходно лекара о томе, када врши замену леком који није биоеквивалентан. Посебан проблем представљају грешке у читању рецепта и услед тога издавање сасвим другог, неодговарајућег лека (недопуштена замена). У случајевима *нежељеног рођења и нежељеног живота* последице штетне замене лека за контрацепцију (тзв. *анти-беби* пилула) неким сасвим другим леком, погађају не само пацијента већ штету трпи и нежељено рођено дете. Овде такође постоји дужност апотекара да упозори на очигледне грешке и

³²⁰ DEUTSCH, *op.cit.*, *Arztrecht*, 462.

нерегуларност рецепта. Међутим, особеност ових случајева одговорности за апотекарску грешку управо јесте у томе што апотекар одговара и за тзв. штету због повреде права на планирање породице, а за њу се дугују трошкови издржавања детета.³²¹

§ 2. УЗРОЧНА ВЕЗА ИЗМЕЂУ ГРЕШКЕ И ШТЕТЕ

А. ОПШТИ ПОГЛЕД

1. Други услов одговорности лекара због *нежељеног рођења и нежељеног живота*, јесте узрочна веза између лекарске грешке, односно кршења дужности пажљивог и стручног поступања, и настале штете по родитеље или дете.³²² Проблем узрочне везе јесте једно од централних и најосетљивијих питања која се тичу уопште лекарске одговорности за штету. Код процене узрочности реч је, у ствари, о разграничењу компликација својствених болести или самом лечењу (тзв. *судбинске штете*) од лекарских грешака и њихових последица.³²³ Ако штета није условљена грешком лекара него неким другим околностима, питање одговорности се не поставља. Узрочна веза, по праву неких земаља, представља и

³²¹ WAIBL, *op.cit.*, 33; STIEGLICH, *op.cit.*, 134.

³²² У разматрању питања узрочне везе више ће се простора дати проблематици *нежељеног рођења*, будући да у погледу *нежељеног живота* изузетак постоји само у америчкој судској пракси. Наиме, проблем каузалне везе тада се појављује не у односу на инвалидност детета, него у односу на рођење детета као оштећеног људског бића. Без повреде дужне пажње лекара дете не би било рођено. Видети: FEARBER, *op.cit.*, 77.

³²³ РАДИШИЋ, *Професионална одговорност медицинских посленика*, стр.142.

мерило по коме се одређује обим одговорности због штете, у зависности од тога да ли је ова веза сигурна и потпуна или постоји само одређени степен вероватноће.³²⁴

2. Значење правно релевантне везе процењује се помоћу различитих критеријума условљених прихваћеним правним решењима. На први поглед, релевантна је само она узрочна веза која је *condictio sine qua non* за насталу штету и која неизоставно повлачи одговорност лекара. Реч је о тзв. *природној узрочности*. Наиме, између лекарске грешке и штете мора постојати зависност у смислу природних наука, што представља у суштини фактичко питање. Тек потом следи потврда њихове узрочне повезаности у правном смислу.³²⁵ О томе су још у прошлости у правној доктрини развијени различити теоријски ставови.³²⁶

Б. ТЕОРИЈА О АДЕКВАТНОЈ УЗРОЧНОСТИ

1. Начин на који ова теорија поима узрочност широко је прихваћен у савременом праву многих земаља, па и у

³²⁴ РАДИШИЋ, "Узрочна веза као основ и мера одговорности због лекарске стручне грешке", *Правни живот*, 9/1998., стр.239; Ј.САЛМА, "Узрочност као детерминанга субјеката и обима одговорности за штету", *Правни живот*, 10/1997., Том II, стр.529-544.

³²⁵ У вези са теоријским схватањима о узрочности постоје тзв. природне теорије и правне теорије: САЛМА, *Ibid.*, стр.530.

³²⁶ РАДИШИЋ, *Професионална одговорност*, стр.144-150.

HAUBERICH, *op.cit.*, 191-193. Ауторка разматра три теоријска става: *теорију еквиваленције, теорију адекватне узрочности и теорију о заштитном циљу норме*.

југословенском праву.³²⁷ Захтева се да узрочна веза буде адекватна. Штетнику се приписује само она штета која је типично нежељена последица и која, по објективном мерилу, наступа вероватно, тј. предвидљиво, као резултат редовног тока ствари а не благодарећи посебним околностима.³²⁸ За разлику од старог правила по коме штетник одговара за све последице које су из недозвољене радње произишле (*versari in re illicita*), овде имовинска одговорност има ограничен домањај, будући да за њено постојање није довољна свака природна узрочна веза између лекарске грешке и штете.

2. Пренесено на материју нежељеног рођења детета, то значи да када се нпр. стерилизацијом не постигне неплодност мушкарца или жене, последице таквог лекаревог погрешног чињења у виду оптерећења родитеља због трудноће, рођења и егзистенције детета, не леже ван сваке предвидљивости. Адекватна каузална веза постоји, јер кад лекар правилно обави стерилизацију мајка не може да остане трудна. Стерилизација, која непланирано ипак доведе до трудноће и рођења детета, ствара родитељима здравствена и финансијска оптерећења, која иначе без тога не би настала.³²⁹

³²⁷ Као доказ такве праксе видети пресуде Врховног суда Србије: Рев 1882/92 од 25.6.1992.г. (*Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр.4/1992, стр.11-12, одлука 7) и Рев.1479/94, од 13.4.1994.г. (*Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр.2/1994, стр.29, одлука бр.22).

³²⁸ DEUCHLER, *op.cit.*, 73; РАДИШИЋ, *Правни живот*, стр.242.

³²⁹ *Ibid.*, 116.

3. Међутим, некада религијска схватања или породично држање родитеља могу довести у сумњу адекватну узрочну везу између лекарске грешке и нежељеног рођења. Поставља се питање да ли и тада зачеће детета у основи почива на слободној одлуци родитеља. Тако, у америчкој правној пракси родитељи су некада дужни да пред судом докажу своје супротно, хипотетичко држање за случај да су били редовно обавештени од стране лекара о исходу стерилизације и могућим ризицима. Другачије је у немачкој правној пракси.³³⁰ Ово је, између осталог, био један од важних разлога што је теорија о адекватној узрочности у новије време претрпела критику. Наиме, њома се само у ретким случајевима искључујују даље, посредне штете и она не делотворном ограничењу одговорности за штету.

³³⁰ *Ibid.*, 118.

В. ТЕОРИЈА О ЗАШТИТНОМ ЦИЉУ НОРМЕ (УГОВОРА)

1. Овом теоријом се допуњава и донекле коригује теорија адекватне узрочности. Она је посебно заступљена у правној пракси више земаља континенталног правног система, док је у земљама англосаксонског права другачије, пошто се доказује само надокнадива и предвидива штета а даљи критеријум као што је заштитни циљ норме није познат.³³¹ Према концепцији ове теорије није довољно апстрактно утврдити вероватност узрочне везе, него се ова веза дефинише према заштитном циљу уговора тј. прекршене норме. Тачније, право на накнаду штете прилагођава се циљу прекршене норме.³³²

2. У области штета због нежељеног рођења, одговорност лекара ограничена је заштитним циљем норме, односно заштитним циљем уговора. Основни циљ норме је да родитељи, својим понашањем и одлучивањем у свим ситуацијама контролишу рађање и сами одлучују о њему, а последице непланираног рођења су различите и вишеструке. Примарно је питање да ли се у конкретном случају одређене штетне последице, према заштитном циљу норме (уговора) могу искључит. При томе, ваља правити

³³¹ Правни писци наводе да је лекарев нехат *непосредан и природан* узрок (*causation in fact*) нежељеног рођења детета и да се накнађује предвидива штета (*remotness of damage*). У енглеском праву такође важи правило тоталне репарације било да се ради о уговорној или деликтној одговорности (HAUBERICH, *op.cit.*, 211; BECKERMAN-RODAU, *op.cit.*, 833).

³³² РАДИШИЋ, *Правни живот*, стр.243.

разлику између заштитног циља деликтне норме (деликтни захтеви) и заштитног циља појединих уговора (уговорни захтеви).

I Деликтни захтеви

1. При процени узрочне везе код оваквих захтева треба разграничити повреду конкретних правних добара од њихове правне заштите. Сваку обавезу лекара да контролише, лечи или посаветује трудницу треба схватити не у интересу спречавања рођења, него у интересу потпуног уважавања индивидуалне, информисане и одговорне воље да се одлучује о рођењу. У случају повреде права на репродукцију и на планирање породице, као особених права у оквиру општих права личности, заштићено правно добро не представљају телесни интегритет мајке или плода, него прокреативна слобода и слобода планирања породице, којих су родитељи лишени грешком лекара. Отуда је и прихваћен став да сви трошкови и оптерећења због непланираног рођења улазе у домен заштитног циља прекршене норме.³³³

II Уговорни захтеви

2. Када је реч о низу појединачних уговора у вези са рођењем детета, правна пракса је заузела различита становишта о њиховом заштитном циљу. Ипак, могу се сагледати и неке заједничке црте. Тако, одговорност лекара из уговора о побачају условљена је постојећом индикацијом тј. разлогом којим је уговор био

³³³ HAUBERICH, *op.cit.*, 198.

инициран. Када је побачај заснован на економској основи, као последица тешког социјалног положаја, а дете дође на свет противно вољи мајке, управо избегавање тог економског оптерећења представља заштитни циљ уговора. У новије време у правној пракси неких земаља, као нпр. у Немачкој, има одлука којима се овакви ставови донекле мењају. Тражи се да социјални разлози за побачај буду претходно утврђени од стране суда или њему равне институције.³³⁴ О томе постоје опречни ставови *Савезног врховног суда* и *Савезног уставног суда* Немачке, о чему је било речи.

3. Када је до уговора о побачају дошло због еугенских индикација, сматра се да заштитни циљ није био предупређење свих насталих трошкова, посебно не трошкова издржавања нежељеног детета. Ако је у том случају рођено здраво дете, потенцијална опасност да се у будуће, *ex post*, испољи тешко оштећење детета, не представља основ за досуду накнаде штете.³³⁵ Овде би имало места дискусији о постојању тзв. резервног или хипотетичког узрока за штету, која би евентуално наступила доцније, али на то се не може одговорити неким јединственим правилом које би важило за све ситуације.³³⁶

4. Код одговорности из уговора о побачају са медицинском индикацијом није циљ да се отклони финансијско оптерећење

³³⁴ *Ibid.*, стр.193. (Пресуда *Савезног врховног суда*, *Neue Juristische Wochenschrift*, 94/788).

³³⁵ *Ibid.*, 194.

труднице, него тешка опасност по њено здравље. Стога, у принципу, трошкови издржавања нежељено рођеног детета не улазе у заштитно поље уговора о побачају. Лекар би могао бити одговоран само уколико услед трудноће и рођења детета наступи опасност по живот и здравље мајке.³³⁷ У сличном случају, али када се радило о уговору о стерилизацији која је предузета такође из здравствених разлога, немачки *Савезни врховни суд* одлучио је другачије и досудио трошкове издржавања детета. Он је био мишљења да накнада штете за издржавање нежељеног детета "није сама по себи схватљива, али није ни искључена будући да су родитељи и код овакве стерилизације ометени у планирању своје породице". Овде игра значајну улогу начело поверења, пошто се супружници ослањају и уздају у резултат који је уговором лекар обећао. Тада поверење повлачи за собом у домен уговорне заштите и имовинске штете непланираног детета.³³⁸

5. Уговор о генетском саветовању има за циљ да заштити породицу а информације лекара треба да служе као припрема за одлуке које доносе родитељи. Са закључењем уговора истовремено је узет за основу појам штете који циљно обухвата издржавање и увећане потребе.³³⁹

³³⁶ RADIŠIĆ, *op. cit.*, Узрочна веза, стр.244.

³³⁷ HAUBERICH, *op. cit.*, (став *Савезног врховног суда Немачке*), стр.195.

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ DEUTSCH, *op. cit.*, Berufshaftung und Menschenwürde: Akt III, 510.

Д. УЗРОЧНА ВЕЗА ИЗМЕЂУ НЕДОЗВОЉЕНЕ РАДЊЕ И ИЗГУБЉЕНЕ ШАНСЕ ПО ФРАНЦУСКОМ ПРАВУ

1. У француској теорији и пракси владајући је став да сигурност узрочне везе више није неопходан услов постојања одговорности лекара за штету.³⁴⁰ Тачније, сумња суда у сигурност узрочне везе између грешке и штете нема за последицу одбијање обештећења. У томе се огледа битна разлика у односу на оне правне системе који се строго држе принципа *све или ништа*, не допуштајући могућност да се накнада штете одмери према степену вероватноће узроковања. Овакво решење наметнуло се нужно због значајних тешкоћа у утврђивању узрочне везе. Тешко је, наиме, доказати да штете коју је претрпео пацијент не би уопште било без лекарске грешке. Ако би се такав доказ до детаља захтевао пацијент би, у највећем броју случајева, остао без обештећења.³⁴¹ Овде се оштећеном гарантује већа заштита од лекарских грешака, будући да и сам губитак његових шанси чини довољну вредност коју треба накнадити. Могло би изгледати да се ту ради о знатном проширењу одговорности, али то проширење је ограничено јер се надокнађује само вредност изгубљене шансе. Вероватноћа

³⁴⁰ Правни писци полемишу са ставовима *Касационог суда*, питајући се да ли се може признати право на накнаду упркос сумњи суда у сигурност каузалне везе. Суд игнорише постојање узрочне везе, а процењује шансе које су постојале да је учињена лекарска грешка могла довести до констатоване штете. Нпр. довољно је да постоји 60% шанси да је учињена грешка могла довести до штете, да се исти проценат од износа накнаде штете стави на терет лекара. У: SAVATIER, *Revue internationale de droit compare*, стр.501.

³⁴¹ РАДИШИЋ, *op. cit.*, Узрочна веза, стр.245-249.

проузроковања штете изражена у процентима одређује висину накнаде, због чега се говори о принципу *пропорционалне одговорности*. На овакву праксу француских судова угледали су се и неки англосаксонски судови.³⁴²

2. У односу на штете због нежељеног рођења, то значи да лекарска грешка не доводи до тога да је пацијент изгубио шансу да се излечи или преживи, већ шансу да спречи нежељено зачеће тј. трудноћу. Као што би постојала узрочна веза између лекарске грешке и нежељеног рођења, тако постоји и аутономна узрочна веза између те грешке и изгубљене шансе да се трудноћа и нежељено рођење спречи. Судска пракса има о овим случајевима крајње либералан став и допушта накнаду штета, који су само наставци, некада и даљни, иницијалног догађаја проузрокованог грешком лекара. Међутим, да би овакво решење било одрживо треба најмање утврдити извесност каузалне везе између учињене грешке и тог иницијалног догађаја из којег би могла настати штета чија се накнада тражи. Тако, у случају грешке хирурга који је обавио стерилизацију са сигурношћу је установљено да је у правном смислу грешка при таквом практичном захвату била узрок трудноће.³⁴³ У принципу, довољно је утврдити да штета кореспондира са губитком шансе и накнада ће због тога бити

³⁴² *Ibid.*, 249.

³⁴³ PENNEAU, *Recueil Dalloz Sirey*/1984., 123.

досуђена и у одсуству сигурног доказа о каузалној вези између грешке и настале штете.³⁴⁴

Е. ПРЕКИДАЊЕ УЗРОЧНЕ ВЕЗЕ

Прекидање узрочне везе у проблематици нежељеног рођења има за последицу да се услед тога накнада штете у таквим случајевима искључује. Узрочна веза се може довести у питање имајући у виду више различитих могућих околности, које се умећу у време између учињене грешке и рођења.

I Прихватање детета

Чињенични основ на коме се заснива захтев за накнаду управо је неприхватање и немирење са нежељеним рођењем и осујећеним породичним планирањем. Дете треба да је неочекивано и нежељено пре свега са становишта терета издржавања као штетне последице. Зато поједини аутори говоре у овим случајевима о правно – техничком појму нежељености.³⁴⁵ Прихватање детета (позитиван став према детету или непристајање на давање детета на усвојење) нема значаја. Овде се само на основу личних, тј. емоционалних момената жели извући закључак о промени одлуке о планирању. Међутим, ради се о томе да се дете прихвата када планирање више није могуће, те се не

³⁴⁴ PENNEAU, *Recueil Dalloz Sirey*/1981., str.548; Исто: Civ. 1re, 8 juill.1997, Rocq c/Chasseriau, *Revue de droit sanitaire et social*, 34/1998., 67.

³⁴⁵ B.LOSCH/RADAU, "Die Kind als Schaden Diskussion", *Neue Juristische Wochenschrift*, 12/1999., 825.

може више говорити о промени одлуке о планирању. Осим тога, планирање породице се заснива и на личним и на материјалним мотивима, због чега је услов за промену одлуке промена оба ова мотива. Прихватање детета не може да отклони повреду уговора и штету, те се при одлучивању о накнади не схвата као прекидање узрочне везе и приписивање узрока нечем другом.³⁴⁶

II Полно општење

Прекидање каузалне везе нарочито је спорно у случајевима погрешне стерилизације или необавештавања о њеним преосталим ризицима, због чињенице да су родитељи, у време после захвата, имали незаштићен полни однос. Прихвата се, углавном, став да не долази до прекидања узрочне везе у конкретном случају, јер су оштећени родитељи изашли из позиције успешног планирања породице и зато нису могли ни рачунати на зачеће детета. То не би био случај ни онда када су родитељи обавештени о ризику, али је стерилизација погрешно обављена, јер би тада понашање родитеља било "изазвано", имајући у виду да је због високог степена сигурности модерних метода контрацепције редован исход да се никаква непредвиђеност не деси.³⁴⁷

³⁴⁶ HAUBERICH, *op. cit.*, 202.

³⁴⁷ *Ibid.*, 199.

III Одустајање од побачаја

1. Околност да је трудница одустала од још могућег побачаја може имати утицаја на питање прекидања узрочне везе. Кад се лекарска грешка деси при вршењу побачаја, због чега је трудноћа и даље одржана, битни су време неуспелог покушаја и разлози побачаја који су лекару били познати.

2. Углавном се сматра да родитељи не могу уложити ваљан захтев за обештећење ако је мајка одустала од медицински и правно још могућег поновног побачаја.³⁴⁸ То не заснива обавезу жене да прекине трудноћу (нити исто тако обавезу умањења штете) него представља индицију у погледу тога да ли је дете рођено супротно планирању породице или у складу са њим. Меродавна је стварна медицинска ситуација као и моменат када захват може да се понови, с обзиром на чињеницу да то важи једино у првих десет недеља од зачећа и кад су у питању социјални разлози прекида трудноће.³⁴⁹ У свим осталим случајевима погрешног побачаја не ради се о прекидању узрочне везе.

³⁴⁸ WAIBL, *op. cit.*, 153.

³⁴⁹ HAUBERICH, *op. cit.*, 201.

§3. ШТЕТА

Један од услова лекарске одговорности за штету због нежељеног рођења, тј. нежељеног живота јесте штета која је наступила и која је подесна да буде надокнађена. Управо код овог питања долази до свог пуног изражаја срж проблематике о *нежељеном детету као штети*, са становишта како одштетног, тако и породичног права. У упоредноправној теорији нарочито су дискутабилна питања оцене егзистенције детета и његовог издржавања као штете.

А. ЕГЗИСТЕНЦИЈА ДЕТЕТА

1. Неоспорно је да у рођењу и постојању детета ни теорија ни пракса не виде никакву штету у правном смислу. Штета може произаћи само из умањивања или уништавања неког правног добра. У рођењу детета не постоји никакав губитак у природном смислу нити негације вредности, већ, насупротив томе, остварење једне нове вредности.³⁵⁰

2. У актуелној правној теорији преовлађује схватање да основ одговорности лекара не би требао бити у самој чињеници да дете као такво егзистира, него у чињеници његовог нежељеног и непланираног рођења и у терету његовог издржавања.³⁵¹ И поред

³⁵⁰ *Ibid.*, 229.

³⁵¹ MEDICUS, *op.cit.*, 9; LOSCH/RADAU, *op.cit.*, 825.

овако недвосмисленог става, даљи проблем настаје због тога што нема јасног одговора на питање да ли се чињеница нежељеног рођења, с једне стране, и издаци за дете, с друге стране, могу правно посматрати одвојено.

Б. ОПТЕРЕЋЕЊЕ ЗАКОНСКОМ ОБАВЕЗОМ ИЗДРЖАВАЊА

1. Постоји општеприхваћени став у правној теорији и пракси да се штета, поред шкођења одређеним вредностима, може састојати и у оптерећењу неком обавезом. То је тзв. *пасивна штета*, којом је оштећени, мимо своје воље, постао дужник. Тиме је његовој имовини запретила опасност да буде умањена, отворен је пут за *активну штету*.³⁵² Отуда се, одвојено од претходне тврдње да из егзистенције детета не може произаћи имовинска штета, поставља питање да ли рођењем детета настала обавеза његовог издржавања од стране родитеља представља надокнадиву штету у смислу законских решења. *Да ли се таква обавеза издржавања схвата као штета?*

2. О овом питању се већ дуже време опсежно дискутује, а у неким земљама (као што нпр. показује стање судске праксе и теорије у Немачкој), та расправа поново је у жижи актуелности. Наиме, од дела теорије и праксе одговор на ово питање неизбежно се повезује са схватањима о непроцењивости људског живота и о

³⁵² H. STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen recht*, Heidelberg, 1993., 280-286.

достојанству човека.³⁵³ Супротан пример чини ситуација у америчком праву, где је општеприхваћен став да на типичну професионалну одговорност гинеколога и хуманих генетичара немају утицаја разматрања о уставним правима, о непроцењивости и достојанству човековог живота. Додуше, таква није била пракса ранијих америчких судова, пре познатог случаја *Roe v. Wade*, када се рођење детета сматрало претпостављеном коришћу (*overriding benefit*) или благостањем (*blessing*) па се накнада штете искључивала по основу јавног поретка (*public policy*). Ова аргументација о претпостављеној користи је данас у правној пракси и доктрини напуштена.³⁵⁴ Изложено схватање требало би да буде повод за размишљање и у погледу праксе европских судова. Уопште, поглед на савремену теорију и важећу праксу више земаља показује да су се издвојила два супротстављена, на изглед непомирљива става: први који признаје право на обештећење за случај нежељеног рођења детета, и други који га негира.

³⁵³ Ова расправа у Немачкој добила је велику важност последњих година, а нарочито 1997. год. када је дошло до раскола два већа истог *Савезног Уставног суда*, чије се разрешење још увек чека. То има знатан утицај на праксу редовних нижестепених судова. О томе видети више на стр. 79 овог рада.

³⁵⁴ DEUTSCH, *Neue Juristische Wochenschrift*, 510; DEUCHLER, *op. cit.*, 133.

I Признавање права на накнаду штете

1. Код признавања права на накнадуи штете преовлађујући ставови иду у прилог томе да обавезу издржавања треба схватити као штету, у смислу уговорног права, а тегобе повезане са трудноћом и рођењем као штету, у смислу деликтног права. Они се различито аргументују:

- ❖ Планирање породице је правно признато и достојно заштите и та констатација представља полазни основ за признавање права на накнаду штете родитељима који су разочарани у свом планирању породице. Праву на накнаду штете не може се ставити никаква замерка ни у правно-политичком смислу. Планирање породице се, додуше, не врши искључиво уз размишљање о финансијским аспектима, али је најчешће са њим повезано, тако да је истовремено и имовинско планирање. То је довољно за претпостављено осујећење планирања имовине, а тиме и за претпостављену штету. Да ли су у појединачном случају са планирањем породице стварно била повезана размишљања о финансијским аспектима, питање је заштитне сврхе уговора, а не постојања штете.³⁵⁵ Родитељи пре и са више воље могу прихватити непланирано дете, ако је његово издржавање обезбеђено путем права на накнаду штете.³⁵⁶

³⁵⁵ WAIBL, *op.cit.*, 150.

³⁵⁶ MEDICUS, *Zivilrecht und werdendes Leben*, 10.

- ❖ Признавање захтева за накнаду не доводи у питање право детета на живот, будући да се он односи само на правне последице нежељеног рођења.³⁵⁷
- ❖ Примена права о накнади штете на личне односе, не чини човека као личност нити његова неотуђива права, робом за трговање. Прописи грађанског права и њихово тумачење путем судске праксе усмерени су искључиво на правичну поделу терета издржавања. Они немају за последицу комерцијализацију елементарних подручја личности. Пребацивање терета издржавања на треће лице, које је делимично, такође не представља пресуду о томе да је корисник издржавања лишен своје вредности.³⁵⁸
- ❖ Склоп одговорности по основу грађанског права у принципу не додирује људско достојанство ни у оним случајевима када се захтев за накнаду штете непосредно надовезује на постојање човека. На тај начин људи не постају објекти у оквиру уговорних или деликтних односа.³⁵⁹
- ❖ Исто тако, признавање детета као личности не заснива се на преузимању обавезе издржавања од стране родитеља, будући да обавеза издржавања и родитељство могу да буду одвојени.³⁶⁰

³⁵⁷ *Ibid.*

³⁵⁸ *Ibid.*

³⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁰ *Савезни уставни суд Немачке, Senatsentscheidungen, Neue Juristische Wochenschrift, 8/1998., 521.*

- ❖ У наведеним случајевима одговорности за штету ради се о тзв. *диференцираном поимању штете* према коме треба разграничити егзистенцију детета и његове неоспорне вредности као личности, с једне стране, од оптерећења због издржавања које настаје за родитеље, с друге стране. У том смислу се право о регулисању штете показује доследним и не дешава се вештачки расцеп, односно раздвајање личности детета као целине.³⁶¹ Тврдња о "персоналној целовитости детета" означава се као "правно неприкладна и произвољна" и из ње се не може извлачити закључак да финансијске последице не могу представљати штету у правном смислу.³⁶²
- ❖ Ни одштетно право, ни породично право не захтевају да се већ сам живот детета посматра као штетни случај, да би се дошло до последица у смислу права о одговорности које су овде у питању. Штавише, тек оптерећење родитеља новчаним издацима за издржавање представља смањење имовине, које се карактерише као штета.³⁶³
- ❖ Родитељи се путем права о одговорности такође не ослобађају од своје обавезе издржавања према детету, него долази до

³⁶¹ A.LAUFS, "Schädliche Geburten und kein Ende", *Neue Juristische Wochenschrift*, 12/1998., 797; PICKER, *Archiv für die civilistische Praxis*, 502;.

³⁶² Став Савезног врховног суда Немачке, у: DEUCHLER, *op.cit.*, 157.

³⁶³ Коментар пресуде Савезног врховног суда Немачке, VI ZR 105/92 од 16.11.1993., *Medizinrecht*., 11/1994., 446.

једног само делимичног учешћа лекара у њиховом економском оптерећењу због обавезе издржавања.³⁶⁴

- ❖ Обавеза накнаде постоји између родитеља и трећег. Тај спољни однос, *родитељи – трећи*, не дира у унутрашњи однос, *родитељи – дете*. Из комплекса односа родитељи – дете не извлачи се његов неодвојиви део, нити признавање дужности накнаде тангира тај однос у основи. Тачније, овде се не санкционише никаква повреда обавезе у породици, ни посредно ни непосредно, него потпуно независна повреда уговора од стране трећег лица, због чега право родитеља према лекару или апотекару да им накнаде штету не дотиче интерни правни однос у породици ни директно, ни индиректно³⁶⁵ Дете се не упућује ономе ко плаћа надокнаду штете, детету одговарају само његови родитељи и њихове имовинске прилике су меродавне за обавезу издржавања.³⁶⁶ Породично право се примењује у регулисању интерног односа. Последица тога не би могла нужно да буде да се искључује право на накнаду штете јер спољни однос треба уредити на основу права о штети.
- ❖ Сазнање за догађање штете и плаћање издржавања од стране непознатог трећег лица не мора код детета изазвати трауму или шок, већ напротив сматра се да би регулисање издржавања, због финансијског олакшања за родитеље, могло побољшати

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ WAIBL, *op.cit.*, 138

³⁶⁶ Komentar, *Medizinrecht.*, 446.

положај и прихватање детета.³⁶⁷ Наиме, психичко оптерећење детета мање зависи од тога да ли су родитељи потребе за његово издржавање остварили као штету, а више од тога да ли је дете вољено од стране родитеља и прихваћено у породици.

- ❖ Код признавања права на обештећење хендикепираном детету због нежељеног живота, у земљама које то прихватају, основ за надокнаду није у проузроковању самог оштећења, него у томе што је дете рођено као оштећено људско биће услед повреде дужне пажње лекара. Штету чине околности скраћеног животног века, претрпљених болова и финансијских оптерећења због хендикепа. Лекарска грешка оставила је, до рођења, родитеље у незнању о инвалидности детета. То је сманило њихову способност да се са тим оптерећењем суоче. Услед тога наступила је штета по дете у облику погоршаног детињства (*diminished life*) и она може, као последица повреде родитељских интереса, да се сматра важним основом тужбе.³⁶⁸ Осим тога, у прилог признавању права детету иде и чињеница да се у супротном одговорност лекара са смрћу оба родитеља гаси.³⁶⁹
- ❖ Оштећено дете треба да има према непажљивом лекару право на накнаду увећаних потреба. Иако дете које је још у мајчиној

³⁶⁷ B.LOSCH/ W.K RADAU, "Die Kind als Schaden Diskussion", *Neue Juristische Wochenschrift*, 12/1999., 826; S.ENGEL, "Haftung Dritter für die unerwünschte Geburt eines Kindes", *Österreichische juristen-zeitung*, 17/1999., 625.

³⁶⁸ FAERBER, *op.cit.*, 73.

³⁶⁹ LAUFS/UHLENBRUCH, *op.cit.*, 728.

утроби није уговорна страна, мајка га је јасно интегрисала у заштитно подручје уговора о лечењу. Осим тога, постоји и општа деликтноправна обавеза лекара према нерођеном детету, да његовим родитељима омогући доношење одлуке, да оно не би живело као хендикепирано људско биће. Добро које се штити је потенцијално лично право нерођеног детета. Одлука мајке о прекиду трудноће значи прекид његовог живота, али га штити од хендикепираности која је у сваком случају оптерећујућа. Ова одговорност у складу је са идејом о професионалној одговорности као одговорности због неиспуњења стандарда професије и преузимање типичних штетних последица.³⁷⁰

II Непризнавање права на накнаду штете

Заговорници решења против права на обештећење у овим случајевима сматрају:

- ❖ Са становишта уставног и одштетног права, накнада штете представљала би комерцијализацију која дете лишава његове сопствене вредности. Рођење и егзистенција човека не представљају штету. Сматрати дете штетом значи потпуно криво схватати нашу слику о човеку и његовом бићу. Према хришћанско-хуманистичким представама које леже у основи нашег правног и друштвеног поретка, деца чине особито високе вредности, макар она из личних, економских или социјалних разлога била у конкретном случају и нежељена. Рођење и

³⁷⁰ DEUTSCH, *op.cit.*, *Medizinrecht*, 184.

егзистенција детета не може се схватати као случај штете, јер остварење вредности се не може истовремено квалификовати као штета. Правни поредак рођење и егзистенцију детета не само што толерише и прихвата, него између осталог и штити и грађанскоправно и кривичноправно. Рођење детета је догађај који се отима материјалним мерилима и дете није подесно за комерцијализацију.³⁷¹

- ❖ Са становишта породичног права, истиче се да се рођењем детета, макар оно било и нежељено, неоспорно заснива скуп биолошких, људско-моралних и правних односа између детета и родитеља, па и сродника родитељевих, и да се они не могу порећи. Дете које је било нежељено може се доцније заволет.³⁷²
- ❖ Из целокупног комплекса породичноправних односа, који настају рођењем детета, не треба посебно издвајати обавезу родитеља да издржавају дете, јер се тиме пориче лична целовитост детета и произвољно разбија узајамна повезаност права и обавеза. Не може се правити разлика између детета као вредности и његових трошкова као штете, а да се при томе не води рачуна о нематеријалној вредности детета.³⁷³
- ❖ Ако се рођење детета не би смело поимати као штета, јер је то противно људском достојанству, то исто важи и за обавезу издржавања. Правни поредак иде за тим да су за постојање

³⁷¹ Пресуда Вишег земаљског суда у Bamberg-у од 6.2.1978., *Neue Juristische Wochenschrift*, 34/1978., 1685.

³⁷² LOSCH/RADAU, *op.cit.*, 824; PICKER, *op.cit.*, 503-512.

детета одговорни родитељи, и то истински одговорни у смислу "каузалитета" као и у правно-етичком смислу. Друго име за ту одговорност је обавеза пружања издржавања. У смислу каузалитета лекар не може бити одговоран за егзистенцију детета, а поготово не за његово издржавање.³⁷⁴

- ❖ У случају признавања права на обештећење постојала би опасност од трауматизирања детета, будући да би сазнање за догађање штете, за нежељеност, и за плаћање издржавања од стране непознатог, трећег лица могло имати неповољно дејство на његову психу.³⁷⁵
- ❖ Не признаје се право болесног или хендикепираног детета на накнаду штете због нежељеног живота, будући да оштећење није изазвано повредом туженог и да је једина повреда на коју би дете могло да се позива то што није рођено здраво. Међутим, преовладава становиште да ни постојање права да се буде рођен здрав, без хендикепа не треба прихватити, уз објашњење да је живот, ма какав био, увек више жељен него непостојање.³⁷⁶ Осим тога обештећење би имало смисла једино ако оштећеног може да доведе у положај у коме би био да до

³⁷³ *Ibid.*

³⁷⁴ A.ROTH, "Kindesunterhalt als schaden", *Neue Juristische Wochenschrift*, 37/1995., 2400.

³⁷⁵ LOSCH/RADAU, *op.cit.*, 826.

³⁷⁶ TEFF, *op.cit.*, 434.

штете уопште није дошло (*restitutio in integrum*). Досуђивање новчаног обештећења не би било на месту.³⁷⁷

§4. ТЕРЕТ ДОКАЗИВАЊА

1. Терет доказивања у парничним поступцима против лекара управља се према општеважећем правилу по коме је свака страна дужна да јасно изложи и докаже околности које њој иду у прилог (*actori incumbit probatio*). То значи да код спорова због нежељеног рођења, тужилац сноси ризик непотврђивања чињеница које чине основ његове тужбе, а тужени лекар ризик непотврђивања околности на које се позива његов приговор против тужбе. Родитељи су дужни да у оквиру узрочне везе докажу да је лекар радио погрешно, да постоји његова кривица, односно грешка медицинске установе, и да је настала штета.³⁷⁸ Међутим, ове парнице, као и друге које се тичу лекарских грешака, карактеришу посебне тешкоће доказивања на тужилачкој страни. Наиме, пацијент се налази у спору са лекаром, који је медицински стручњак и боље обавештен о стању ствари, и његови изгледи да увери суд у своје право на обештећење умањени су самим тим што је лаик и што се налази у стању доказне нужде. Њему је нарочито тешко да докаже узрочни однос између лекарске грешке и настале

³⁷⁷ FAERBER, *op. cit.*, 93.

³⁷⁸ GIESEN, *Arzthaftungsrecht*, 191-192.

штете.³⁷⁹ Посматрајући југословенско право, у коме спорова због нежељеног рођења детета није било, у ретким парницама о одговорности лекара, важе општа правила о доказивању, осим када је тужена установа због штете нанете пацијенту на стационарном лечењу, у ком случају терет обарања претпоставке одговорности лежи на болничкој установи.³⁸⁰

2. У појединим земљама, као што је нпр. Немачка, правна теорија и пракса уочиле су да је процесноправни положај пацијента у парницама против лекара претерано тежак, те да га из разлога правичности треба побољшати. Стога су општеважеће правило о терету доказивања пацијента допунили и ублажили многим доказним олакшицама у његову корист. Прва мера такве природе била је признање пацијенту права на увид у властиту медицинску документацију, и то не само за време парнице него и пре тога.³⁸¹ Међутим, још веће олакшице представљају институције *доказа на први поглед (prima facie)* и *обртања терета доказивања*, који су у немачком процесном праву иначе општи доказноправни инструменти.³⁸² *Доказ на први поглед* постоји кад учињена грешка представља типичан и вероватан исход догађања, имајући у виду

³⁷⁹ РАДИШИЋ, "Правична расподела терета доказивања у парницама против лекара", *Правни живот*, 11-12/1994, стр.1848.

³⁸⁰ Пацијент може тужити за штету непосредно лекара само ако је он поступао намерно (чл.170 ЗОО) Видети: Н.ЂУРЂЕВИЋ, "Одговорност због самоубиства хоспитализованог пацијента", *Актуелни правни проблеми у медицини*, Београд, 1996., стр.237.

³⁸¹ GIESEN, *Arzthaftungsrecht*, 194.

³⁸² LAUFS/UHLENBRUCK, *op.cit.*, 669.

редован ток ствари и постојеће животно искуство. Нпр. извесно је *на први поглед* да грешка у вршењу побачаја доводи до тога да се трудноћа тужиље и даље развија и да у крајњем исходу резултира нежељеним рођењем детета. Ако се лекар позива на атипични развој догађаја, онда овај доказ може бити доведен у питање и тужилац опет сноси пун терет доказивања. Кад је реч о другој олакшици, коју чини *обртање терета доказивања*, правило је да лекарску грешку која се квалификује као лакша доказује пацијент, а скривљену, грубу грешку у третману или захвату доказује лекар. Од значаја је то да грешка у третману или захвату мора да буде општеподесна да изазове штету, до које је реално дошло. Применом ове олакшице у случају грубе лекарске грешке терет доказивања се окреће у корист пацијента. На пример, у немачком праву судска пракса сматра грубом лекарском грешком понашање које је са становишта важећих мерила лекарског образовања и знања несхватљиво, неодговорно и апсолутно недопустиво.³⁸³

2. Правила о доказивању у парницама против лекара због нежељеног рођења прате одређене особености, зависно од конкретних околности. У случајевима пропуштања да се обави тест трудноће, или је тестирање обављено погрешно, родитељи су дужни да докажу да би уредан тест имао позитиван резултат и

³⁸³ У немачком праву разликује се обавеза доказивања (*Beweispflicht*) од терета доказивања (*Beweislast*). Терет недоказаности сноси онај ко је имао обавезу доказивања. У ширем смислу под теретом доказивања подразумева се како обавеза доказивања, тако и терет недоказаности (LAUFS/UHLENBRUCK, *op.cit.*, 291).

довео до дозвољеног прекида трудноће.³⁸⁴ Међутим, уколико лекар у спору тврди да се тужиља упркос уредном објашњењу о неповољном исходу тестирања није одлучила за прекид трудноће, а тиме ни за избегавање штете, онда је у том погледу терет доказивања на његовој страни. Исто тако, уколико је до рођења дошло због погрешног или недовољно разумљивог савета мајци, терет доказивања да се мајка после потпуног и тачног савета не би одлучила за пренатално испитивање плода и према каснијем резултату на прекид трудноће, лежи на лекару.³⁸⁵ Ако лекар у спору због погрешне дијагнозе и неуспелог побачаја тврди да захват који је погрешно извео уопште није био индикован, онда је он дужан да непостојање индикације образложи и да пружи доказ да је прописани поступак за утврђивање индикације спроведен.³⁸⁶ У споровима због погрешне стерилизације доказивање лекарске грешке и њене узрочности са причињеном штетом према општим процесним правилима основано пада на терет пацијента. У једном немачком случају, на пример, *Виши земаљски суд у Düsseldorf-у* био је мишљења да захтев треба одбити јер тужиља није пружила доказ да је тужени нестручно обавио захват и да није отклонио опасност од касније трудноће. Шта више, утврђено је да је тужени своју обавезу у довољној мери извршио пошто је приликом визите, дан после операције, обавестио тужиљу да са десне стране јајовод

³⁸⁴ *Ibid.*, 247.

³⁸⁵ *Савезни врховни суд VI Zr 85/82*, 22.11.1983. (*Виши земаљски суд у Hamburg-у*), *Juristen Zeitung*, 19/1984., 886.

није могао бити добро подвезан и да са те стране посматрано стерилизација није успешно урађена. Рекао је да се 100 % стерилитет не може гарантовати.³⁸⁷

§5. ОВЛАШЋЕНА И ОДГОВОРНА ЛИЦА

1. Одлука о томе да ли ће родити или не искључиво је подређена индивидуалној вољи жене, те је она првенствено активно легитимисана да захтева накнаду штете коју је нежељеним рођењем претрпела. Тако, општеприхваћен је став да је одлучивање о побачају ствар трудне жене, док је утицај оца детета значајно потиснут.³⁸⁸ Међутим, уговорна заштита од нежељеног рођења детета тј. рђавог испуњења уговора користи сваком од родитеља, уколико је он погођен теретом издржавања детета.³⁸⁹ Отац као тужилац има право на накнаду новчаних и стварних трошкова на исти начин као и мајка, уколико је он био укључен у подручје заштите односа поводом третмана између лекара и мајке. При томе за одговорност лекара не игра улогу то како би се трошкови издржавања детета расподелили између родитеља. Ипак, за оца не долази у обзир накнада нематеријалне

³⁸⁶ LAUFS/UHLENBRUCK, *op.cit.*, 247.

³⁸⁷ Пресуда од 17.6.1993., у: *Medizinrecht*, 10/1994., 405.

³⁸⁸ DEUTSCH, *op.cit.*, *Medizinrecht*, 293.

³⁸⁹ WAIBL, *op.cit.*, 198.

штете, већ само материјалне.³⁹⁰ Пракса и схватања о праву нежељено рођеног, хендикепираног детета на обештећење су подељени, али претежно је становиште да му то право не треба признати.³⁹¹ Наиме, сматра се да не постоји деликтноправна обавеза да се спречи рођење болесног детета. Ту би се могло радити само о кршењу обавезе лекара из односа третмана према мајци, али дете у том тренутку није било правни субјект. Закон даје само жени право да трудноћу прекине у властитом интересу. Осим тога, једина повреда на коју би дете могло да се позива је евентуална повреда права да се не буде рођен са недостатком, или права да се буде мртав, будући да дете нема право на прекид трудноће.³⁹² У новије време има другачијих стватања у америчком и француском праву.³⁹³

2. Страна чија се одговорност захтева најчешће је ординирајући лекар гинеколог, али могуће је позвати на одговорност и апотекара због штетне замене лека за контрацепцију.³⁹⁴ У неким ситуацијама може се појавити и већи број лица који одговарају као солидарни дужници или правно

³⁹⁰ Теоријски, по схватању аутора и браћа и сестре нежељеног детета, уколико су тиме погођени, могли би имати право на накнаду штете. Ипак, до сада у пракси то није био случај (WEBER, *op.cit.*, 48).

³⁹¹ *Ibid.*, 50.

³⁹² LAUFS/UHLENBRUCK, *op.cit.*, 243; FEARBER, *op.cit.*, 87.

³⁹³ Видети на стр.103 и 110 овог рада.

³⁹⁴ WEBER, *op.cit.*, 83.

лице, као у случају болничке установе.³⁹⁵ У једном предмету је о томе одлучивао *Савезни врховни суд* Немачке. Наиме, радило се о одговорности због давања погрешног генетског савета пре зачећа у једној клиници. Суд је стао на становиште да пружена медицинска услуга не представља никакав независан облик медицинског збрињавања него га треба разврстати у амбулантну област. Код амбулантног збрињавања у клиници као уговорни партнер пацијента појављује се по правилу сам болнички лекар који је овлашћен за учешће у лекарском збрињавању по основу уговора, па тиме сноси и одговорност за подређено лекарско и нелекарско особље које је у амбуланти ангажовано. Постојећа обавеза савесног и стручног обављања послова показује се независном од уговора закљученог са руководиоцем клинике, који се заснива на његовој делатности као лекара.³⁹⁶

3. Што се тиче решења са становишта југословенског права, за штету коју пацијент претрпи за време лечења, услед непажљивог поступања лекара и других здравствених радника одговара првенствено здравствена установа, осим ако докаже да је радник

³⁹⁵ *MEDICUS*, *op.cit.*, стр.11; Видети нпр. одлуку *Савезног врховног суда* Немачке (*BGH*, *Urt.v.* 16.11.1993 – VI ZR 105/92 (*OLG Stuttgart*), *Medizinrecht*, 11/1994, стр.442) којом су солидарно осудјени руководилац клинике и клинички лекар као потписници погрешног налаза.

³⁹⁶ Уговорна и деликтна одговорност руководиоца установе долази у обзир само у случајевима у којима болница као институција преузима амбулантно лечење (нпр. код нестационарног збрињавања хитних случајева, психијатријских институтских амбуланти и сл.): *BGH*, *Urt.v.* 16.11.1993 – VI ZR 105/92 (*OLG Stuttgart*), *Medizinrecht*, 11/1994, 441.

ГЛАВА ПЕТА: НАКНАДА ШТЕТЕ

§1. ОПШТЕ НАПОМЕНЕ

1. У режиму признавања права на накнаду даље се поставља питање целовитог сагледавања правног положаја штетника и оштећеног у поступку надокнаде. Начелно, накнада штете подразумева отклањање или поправљање штетних последица по оштећеног на рачун неког трећег, у смислу преваљивања штете са оштећеног на одговорног.³⁹⁹ Будући да у случајевима *нежељеног рођења* и *нежељеног живота* није могућа натурална реституција, тј. повраћај у пређашње стање, реч је о накнади штете у облику исплате одговарајуће суме новца, која надомешта оштећеном оно што је услед штетне радње изгубио. Особеност ових случајева накнаде условљена је и тиме што се ту ради, како је већ објашњено, о *пасивној штети*, која ће, уколико се не надокнади, извесно довести до умањивања имовине оштећеног. Наиме, код ове врсте штете може бити спорно, да ли се оптерећење обавезом

³⁹⁹ РАДИШИЋ, *Облигационо право*, стр.270.

сматра штетом и у случају кад је дужник платежно неспособан, тако да у догледно време не може бити принуђен на исплату дуга. Немачки судови, на пример, на ово питање раније су одговарали негативно, сматрајући да за дужника који је инсолвентан обавеза не значи, практично, никакав терет. Данас, међутим, они имају супротно становиште, јер држе да према мерилима поштеног саобраћаја и лице без имовине има оправдан интерес да не повећава своју пасиву.⁴⁰⁰

2. Одговор на питање суштине накнаде штете остао би непотпун уколико се не би јасно определили облик и висина обештећења. У вези са могућим обимом накнаде штете постоје два оквирна модела, од којих други у новије време односи превагу. Први модел почива на познатом принципу *тоталне репарације*, који подразумева одговорност туженог за све трошкове узроковане нежељеним рођењем (нпр. трошкови издржавања, трошкови помоћи у кући и трошкови због увећане породице), независно од конкретне ситуације и родитељских мотива за контролом рађања.⁴⁰¹

3. Премда југословенска судска пракса није одлучивала о случајевима штета због *нежељеног рођења (живота)*, решење би ваљало потражити у складу са важећим *Законом о облигационим односима* који, такође, полази од принципа потпуне накнаде

⁴⁰⁰ STAUDINGER/MEDICUS, *Kommentar zum BGB*, zweite Buch, 12. Auflage, Berlin, 1980., § 249, marg.br. 11.

⁴⁰¹ DEUHLER, *op.cit.*, 143.

потребне да се материјална ситуација оштећеног доведе у стање у коме би се налазила да штетне радње или пропуштања није ни било. Међутим, у области уговорне одговорности овај принцип би, сходно *Закону о облигационим односима*, требало ублажити правилом да дужник одговара само за ону штету коју је у време закључења уговора могао предвидети као могућу последицу кршења уговора, а с обзиром на чињенице које су му тада биле или морале бити познате.⁴⁰²

4. У пракси која се тиче случајева *нежељеног рођења*, принцип потпуне накнаде штете није се показао прихватљивим, пре свега, зато што накнада свих трошкова не води ка сагледивом ризику одговорности лекара, нарочито код критеријума за урачунавање даље штете. Због тога се пришло другом моделу који се остварује кроз ограничавање висине одштете по разним основима. С једне стране, ради се о субјективном ограничавању одговорности, које није генерално него се везује за личност оштећеног и конкретно стање ствари (нпр. имовно стање починиоца штете или понашање тј. сукривица оштећених). С друге стране, реч је о објективном ограничавању према истоврсним случајевима (нпр. за врсту накнаде какву представља издржавање за дете увек се узима висина редовног издржавања, без обзира на околности и својства актера. Прво становиште заступљено је у америчком, а друго у немачком праву.⁴⁰³

⁴⁰² Чл.190 и чл.266 (РАДИШИЋ, *Облигационо право*, стр.277).

⁴⁰³ DEUCHLER, *op.cit.*, 150.

§2. ВИДОВИ ОБЕШТЕЋЕЊА

Будући да је појам штете комплексан⁴⁰⁴ и да подразумева не само умањење нечије имовине (губитак или проста штета) и спречавање њеног повећања (измакла добит), него и повреде права личности, као и наношење другоме психичког и физичког бола (неимовинска штета), и видови обештећења могу бити различити. У случајевима *нежељеног рођења (живота)* накнадом су најчешће обухваћене како материјална тако и нематеријална штета, коју су оштећени (родитељи, односно болесно дете) претрпели.

А. НАКНАДА МАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ

Свака штета се може објаснити као уштрб једног од два добра човекова: материјалног и нематеријалног. У том смислу, под материјалном штетом подразумева се, пре свега, штета у новцу или све оно што може представљати губитак (отуђење или утрошак) у материјалним добрима (имовини).⁴⁰⁵ У највећем броју

⁴⁰⁴ У вези са појмом штете ваља разграничити штету у *лаичком смислу* (шири појам) од штете у *правном или нормативном смислу* (уже значење које потпада под правну заштиту). Осим тога, правна теорија није успела да изгради јединствен појам штете који би пасовао за све случајеве одговорности, јер штета није апстрактна категорија, него фактички и функционални појам, који се може разумети једино у контексту његове свакидашње примене. Видети: A.ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht*, Karlsruhe, 1976., 129., у: РАДИШИЋ, *Облигационо право*, стр.195.

⁴⁰⁵ Подела штете на имовинску и неимовинску има условну (релативну) вредност, али практични значај из разлога што нематеријална штета, чини се неоправдано, има знатно неповољнији третман у праву него материјална. О томе: РАДИШИЋ, *Ibid*, 196-197.

случајева, услед повреде права на планирање породице долази до битног погоршања имовинске ситуације тужиоца, пре свега, због настанка обавезе на издржавање детета. Тачније, непосредни напад на лична добра има за последицу посредну имовинску штету.⁴⁰⁶

I Трошкови издржавања детета

1. У начелу, накнада штете у виду трошкова издржавања непланирано рођеног детета, без разлике да ли је оно болесно или здраво, представља типичну последицу овде релевантног кршења дужности од стране лекара.⁴⁰⁷ Обавеза да се сnose трошкови издржавања детета представља губитак за родитеље, и зато се по самој природи поима као штета. То је нарочито разумљиво са становишта уговорног права, будући да су родитељи и лекар приликом уговарања као основу узели један посебан појам штете, од којег лекар у случају одговорности не сме да одступи. Овај посебан појам штете обухвата зачеће и рођење још једног потомка

⁴⁰⁶ DEUTSCH, *Medizinrecht*, 181; Карактеристични изрази у пракси накнаде имовинске штете код ових случајева су нпр. целокупно оптерећење издржавањем, увећани трошак условљен хендикепираношћу, и повећано редовно издржавање. Видети: FAERBER, *op.cit.*, 96.

⁴⁰⁷ У пракси немачких судова цитира се одлука која датира из 1924.год. (RGZ 108, 86 ff.) и по којој је по први пут издржавање за дете квалификовано као штета. То је данас став *Савезног Врховног суда* Немачке, који овде одговорност за штету не ограничава само на редовно издржавање већ на целокупни износ трошкова издржавања. Видети: DEUTSCH, *Neue Juristische Wochenschrift*, str.510; GIESEN, *Arzthaftungsrecht*, 53; LAUFS/UHLENBRUCK, *op.cit.*, 247; MÜLLER, *op.cit.*, 363; STEGLICH, *op.cit.*, 151.

као неповољност у имовинском смислу.⁴⁰⁸ Међутим, данас постоје и другачија схватања која се позивају на то да се одобравањем штете крши достојанство новорођеног детета као људског бића, да се издржавање поима само као једна јединствена целина која варира у висини и различитости фактора, и да се због свега тога по Уставу не може третирати као штета.⁴⁰⁹

2. Одступање од изнетог правила да се досуђује износ издржавања прихвата се у оним случајевима нежељеног рођења у којима је примарна била медицинска индикација. Сматра се да ослобођење родитеља од ових трошкова и преваљивање на терет лекара тада, начелно, није у заштићеном подручју уговора о лечењу.⁴¹⁰ Међутим, то не важи ако је стерилизација извршена да би се спречило здравствено оштећење мајке, јер се у том случају штета у виду издржавања због лекарске грешке налази још у заштићеном подручју норме (уговора).⁴¹¹ Ово схватање је одрживо

⁴⁰⁸ DEUTSCH, *Medizinrecht*, 182; У том смислу исто: Пресуда Савезног врховног суда Немачке од 15.2.2000 (VI ZR 135/99, Karlsruhe), *Versicherungsrecht*, 15/2000, стр.635.

⁴⁰⁹ Нпр. схватање Савезног уставног суда Немачке који ревидира досадашњу праксу немачких судова (R.RATZEL, Коментар пресуде Вишег земаљског суда у Nürnberg-у од 15.9.1993., *Medizinrecht*, 5/1994., 200).

⁴¹⁰ LAUFS/UHLENBRUCK, *op.cit.*, 246; STEIGLICH, *op.cit.*, 151. Супротно: Дужност накнаде издржавања не настаје ако је дете од стране родитеља било само неочекивано, него је услов да се његово рођење уистину желело избећи, тј. да је било нежељено (ESER/KOCH, *op.cit.*, 12).

⁴¹¹ Родитељи се наине поуздају у ефикасност стерилизације и на тај начин проширују њено заштитно подручје: DEUTSCH, *Medizinrecht*, 182; Тако и: Савезни врховни суд, *Urt.v.* 27.6.1995. (досуђено месечно издржавање за дете у износу од 430 DM), у: *Medizinrecht*, 3/1996, 129; Видети супротно у најновијој

само уз образложење да разлози који оправдавају медицински захват леже искључиво у личности труднице и њеног угроженог здравља. Произилази да ово схватање практично важи само за случај медицински индикуваног побачаја. Исто тако, код социјалних разлога побачаја стање нужде мора и даље постојати јер уколико би се социјална и економска ситуација мајке повољно развијала, штета због издржавања отпада.⁴¹²

3. Када је у питању еугенска индикација и уопште рођење болесног детета, потребно је разграничити одређене случајеве. То је од суштинске важности, будући да нежељено рођење болесног детета са његовом каснијом негом и одгајањем значи за родитеље велико психичко оптерећење, али пре свега значајно финансијско оптерећење због медицинског збрињавања, туђе помоћи или посебног издржавања.⁴¹³ Наиме, прва група случајева јавља се код скривљеног превида еугенске индикације за прекид трудноће. Тада се досуђује накнада издржавања, али не у целости, него само до висине повећаних трошкова издржавања болесног детета условљених његовим стањем.⁴¹⁴ Раније су овакви захтеви у

пракси нижестепених судова: *Виши земаљски суд у Zweibrücken-у*, Urt.v.18.2.1997.(иако потврђује да је у конкретном случају стерилизације постојала индикација планирања породице, суд по жалби укида првостепену одлуку), у: *Medizinrecht*, 8/1997, 360.

⁴¹² *Ibid.*

⁴¹³ DEUTSCH, *Neue Juristische Wochenschrift*, str. 510; LAUFS/UHLENBRUCK, *op.cit.*, 728.

⁴¹⁴ О актуелној немачкој судској пракси видети: MÜLLER, *op.cit.*, 363; DEUHLER, *op.cit.*, 88; STEIGLICH, *op.cit.*, 153. Слична решења се сусрећу у америчкој судској пракси у одлукама којима је пресуђено да у случају кад су

немачком праву били потпуно негирани, јер се сматрало да овде родитељи желе дете и да нису ни консултовали лекара у вези са сврхом планирања породице. Данас важећи правни став образлаже се тиме што су родитељи хтели рођење здравог детета.

4. Накнаду штете због увећаних потреба болесног детета могу захтевати једино родитељи. Наиме, ако се изузме неколико појединачних случајева, у пракси се не признаје ова накнада када их захтева само болесно дете, што је критиковано од стране неких судова и теоретичара. Немачки теоретичар Deutsch критиковао је одбијајућу одлуку *Савезног врховног суда* о захтеву детета, сматрајући да ова накнада улази у област заштите одговарајуће правне норме и да би се тиме задовољило правило да "онај ко је дужан одговара оштећеном".⁴¹⁵ Исто становиште заступао је у америчкој правној пракси *Врховни суд California*-е у случају *Turpin v. Sortini*, образлажући накнаду због повећаних потреба тиме да би било нелогично да се исти такав захтев досуди родитељима а не детету, и да би такав начин посматрања довео до правне неједнакости у поступању.⁴¹⁶

5. Решења у погледу накнаде због рођења болесног детета различита су у другој групи случајева кад се ради о грешци при генетском саветовању у време пре намеравање трудноће. Ту се

родитељи желели да подижу нормално дете, треба да буду надокнађени само екстра трошкови условљени подизањем хендикепираног детета. Видети: BECKERMAN-RODAU, *op.cit.*, 836.

⁴¹⁵ FEARBER, *op.cit.*, 97-98.

⁴¹⁶ *Ibid.*

материјална штета састоји из целокупних трошкова издржавања, а не само од увећаних потреба детета проузрокованих генетском болешћу. Јер родитељи су, тражећи савет од лекара, хтели да избегну доношење на свет хендикепираног детета. Није им била намера да само избегну увећане трошкове издржавања таквог детета. Тиме се накнада штете у потпуности не одваја од даље личне судбине детета.⁴¹⁷

6. Може се закључити да оптерећење обавезом издржавања потпада под имовинску штету само у случају кад су родитељи управо желели да избегну такво економско оптерећење. Издаци за издржавање, насупрот томе, не могу чинити имовинску штету кад су се родитељи искључиво руководили одређеним здравственим циљевима или идеалним интересима. Суд који досуђује накнаду штете одлучује о такође релевантном питању временског трајања исплате накнаде од стране лекара. Уобичајено је да се ради о досуђивању ренте за период до пунолетства, тј. до навршене осамнаесте године живота нежељено рођеног детета. Такав је нпр. став немачких судова, који само изузетно прибегавају формулацији о накнади за све време живота детета, кад се ради о његовом извесно скраћеном животном веку као последице хендикепа.⁴¹⁸

⁴¹⁷ Судска пракса у погледу накнаде штета на потомству била је у Немачкој од самог почетка предмет начелних контроверзи, нарочито после познате одлуке *Савезног уставног суда*: Видети: E.REILING, *Rechtsprechung, Савезни врховни суд*, *Urt.v.16.11.1993.- VI ZR 105/92 (Stuttgart), Medizinrecht*, 11/1994, 443.

⁴¹⁸ MÜLLER, *op.cit.*, 364; DEUCHLER, *op.cit.*, 85.

7. У одмеравању накнаде полази се од различитих критеријума. Сматра се да би требало упоредити настало имовинско стање родитеља са оним које је постојало пре нежељеног рођења детета. То није по суштини једна вредносно неутрална операција, него зависи од комплексности претходне и садашње животне ситуације родитеља. Осим тога, штета је један фактички моменат и не може се потпуно нормативно одредити.⁴¹⁹ Тешкоће одмеравања износа накнаде потичу претежно из односа између права о накнади штете и права о издржавању. Најчешће је потребно разграничити трошкове издржавања подобне за надокнаду, односно *праву штету због повреде права на планирање породице*, што је праћено различитим тешкоћама. Наиме, сматра се да трошкови издржавања по основу породичног права не могу бити једнаки са штетом. Не ради се о неком посебном појму издржавања, али треба прецизирати шта представља "нормалан" захтев за издржавањем.⁴²⁰ Тако, аналогно поступању судова кад је у питању издржавање у породичном праву, и за ове случајеве одговорности важило би неколико критеријума одмеравања штете. Најпре, може се поћи од субјективног критеријума и штету одредити уз помоћ табела из

⁴¹⁹ DEUTSCH, *Versicherungsrecht*, стр.777.

⁴²⁰ Шта је издржавање требало би се претпоставити. То се у пракси често своди на вештину прорачуна из табела о издржавању које суд прибавља од одговарајућих институција. То је отуда питање технике и не постоји увек једна фиксна сума новца. Видети: DEUTSCH, *Versicherungsrecht*, 613; DEUCHLER, *op. cit.*, 84.

права о издржавању, које имају у виду платежну способност дужника. Недостатак овог критеријума је што доводи до тога да одштета не одговара ситуацији оштећеног, а штетник се, ако је у лошијој ситуацији у погледу прихода, неоправдано ставља у повољнији положај.⁴²¹ Даљи је нормативни критеријум утврђивања штете, који се уско схвата као други назив за ликвидирање штете трећих лица, због чега доводи до истих проблема као и код субјективног утврђивања штете.⁴²² Последњи је објективни критеријум према коме се штета одмерава као целокупно издржавање у паушалном износу или као објективно минимална штета. Као пример за овакво поступање може се навести пракса *Савезног Врховног суда Немачке* која, у извесној мери, одваја штету од трошкова издржавања, сматрајући да се дугује само онај износ који је према просечним потребама неопходан за издржавање детета, независно од платежне способности родитеља.⁴²³

⁴²¹ И у ранијој пракси немачких судова право на накнаду издржавање сматрало се независном од својства личности због бројних субјективних тачака на којима поједини случајеви могу почивати и због отуда сталне опасност по правично решење. Видети: DEUCHLER, *op.cit.*, 198; DEUTSCH, *op.cit.*, Akt III, 510, MEDICUS, *op.cit.*, 9.

⁴²² WAIBL, *op.cit.*, 135.

⁴²³ У пракси *Савезног врховног суда Немачке* примењује се паушално израчунавање штете сагласно Уредби о израчунавању редовног издржавања од 27.6.1970. (*BGBI I 1010*). Овде се примењује §1 тачка 3 Уредбе. Као полазна тачка треба да важе стопе редовног издржавања ванбрачне деце, увећане за додатак вредности услуге неговања коју пружа мајка; MEDICUS, *op.cit.*, 11.

8. У правној теорији се такође воде дискусије о томе која правна правила код накнаде издржавања односе превагу: породичноправна или одштетноправна. Међутим, преовлађује став да ће се законским интенцијама обе правне области најбоље удовољити ако се право о накнади штете примењује на однос између штетника и оштећеног, а породично право на однос између чланова породице. Овакав став образлаже се тиме да у имовинско оптерећење, које се у општем случају признаје као штета, спадају осим новчаних обавеза и друга оптерећења имовине, као што су нпр. издаци учињени за задовољавање увећаних дететових потреба.⁴²⁴ Управо због ових тешкоћа, има аутора који сматрају да би уместо трошкова издржавања родитељима требало дозволити "правично обештећење у новцу". По њима, живот детета представља за родитеље и материјалну и нематеријалну вредност, па би се досуђивањем правичног обештећења водило рачуна о оба та елемента.⁴²⁵

II *Остали трошкови*

Накнада ових трошкова зависи од конкретног случаја и има различите облике, почев од трошкова неуспелог захвата, трошкова трудноће, губитка заједнице с мужем, и других трошкова који редовно могу произаћи из лекарске грешке. Има ситуација када околности захтевају накнаду посебних издатака. Код неуспелих

⁴²⁴ WAIBL, *op.cit.*, 138.

⁴²⁵ WEBER, *op.cit.*, 64.

захвата стерилизације или побачаја пацијент може потраживати накнаду трошкова операције или уопште болничких трошкова.⁴²⁶ Некада се поставља и осетљиво питање накнаде *даљих*, тзв. *посредних штета*.⁴²⁷ Тако, штета може бити одмерена због процене већег жениног ангажовања, због издатака за кућну негу и помоћ других лица (babysitter и сл.), или због тога што је мајка после непланираног рођења била принуђена да напусти посао и тако претрпи губитак зараде. Из немачке судске праксе познат је случај захтева за накнаду штете због губитка зараде услед дужег одсуствовања с посла. Тачније, пред *Вишим земаљским судом у Saarbrücken*-у мајка је у тужбеном захтеву истакла као штету знатан губитак зараде због тога што је после непланираног рођења сина и истека породичног одсуства била принуђена да узме неплаћено одсуство, а потом да ради са половином радног времена. Ипак суд је одлучујући по жалби био мишљења да се у случајевима нежељеног рођења детета не може прихватити накнада штете због изгубљене зараде.⁴²⁸

⁴²⁶ STEIGLICH, *op.cit.*, 156.

⁴²⁷ MÜLLER, *op.cit.*, 356; DEUCHLER, *op.cit.*, 178.

⁴²⁸ Urt.v. 25.9.1985.- 1 U 42/85, у: *Neue Juristische Wochenschrift*, 24/1986., 1549; Супротно: Одлука холандског *Врховног суда* који је 1997.год. пресудио да гинеколог који је починио професионалну грешку треба да надокнади губитак прихода пацијенткиње која је престала да ради да би неколико година гајила дете, које она и њен муж нису желели. Тражена је одштета од 154 000 \$ на име дела трошкова подизања и школовања детета, за опрему за новорођенче, губитак дохотка после порођаја и за трошкове експертизе (*Дневни лист Политика*, 5.3.1997., стр.4).

III Одузимање користи од штете

1. У случајевима *нежељеног рођења (живота)* такође се намеће питање да ли користи од рођења детета, које овде могу постојати, треба одузети од штете и урачунати је у накнаду (*compensatio lucri cum damno*).⁴²⁹ Несумњиво је да користи донекле умањују штету. У противном, оштећени би се накнадом неосновано обогатио. Накнада штете путем зарачунавања трошкова подизања и васпитања детета представља, посматрано кроз различите случајеве, велики издатак. Међутим, имајући у виду користи од искуства родитељства ова накнада се редовно лимитира, путем одузимања утврђених користи за родитеље од неочекиваног економског и социјалног терета подизања детета. Не постоје поуздани критеријуми у погледу тога које користи треба а које не урачунати, већ то зависи претежно од оцене суда.⁴³⁰

2. У земљама англосаксонског правног система, иако судови експлицитно не износе формулу урачунавања користи она проистиче из правила тзв. *benefits rule*. Наиме, сматра се да треба да буду одузете неповредиве користи родитељства на једној страни (љубав и радост, и каснији допринос детета), од економске штете за родитеље, на другој страни. У случају *Custodio v. Bauer* суд је тумачењем дошао до закључка да правило о одузимању користи од

⁴²⁹ РАДИШИЋ, *Облигационо право*, стр.276.

⁴³⁰ ЗОО каже да о користи треба водити рачуна у "разумној мери" (чл.266, ст.3).
Ибид.

штете из § 920 *Restatement of the Law of Torts* не налаже да се материјалној штети може супротставити само материјална корист. Напротив, све користи које непланирано дете родитељима доноси морају се најпре материјално изразити и онда пребити са захтевом за накнаду штете.⁴³¹ Другачије је у немачком праву, које прихватајући оптерећење обавезом као имовинску штету, уважава принцип да се материјалне користи могу изравнати са имовинском штетом, а нематеријалне са неимовинском штетом. Умањење имовинских штета због нематеријалних користи искључује се.⁴³² Од износа штете одузимају се као користи дечији додатак и вредност одређених услуга које ће дете извесно касније пружити родитељима (радним ангажовањем и сл.).⁴³³

Б. НАКНАДА НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ

Могућност новчане накнаде нематеријалне штете призната је као израз заштите човековог права личности. Међутим, мали је број правних поредака који генерално изједначавају услове ове одговорности са онима у случајевима материјалних штета. Такво решење усвојило је нпр. француско право, за разлику од прописа већине других земаља, па и југословенског ЗОО, који накнаду

⁴³¹ Супротно: *Врховни суд Охајо-а (Bowman v. Davis, 48.Ohio St.2d 41, 356 N.E.2d 496/1976)* који није прибегао лимитирању накнаде, повезујући то са неоспорним уставом загарантованим правом жене на побачај. Видети: DEUCHLER, *op.cit.*, 145.

⁴³² *Ibid.*, 149-150.

⁴³³ LAUFS/UHLENBRUCK, *op.cit.*, 728.

нематеријалне штете дозвољавају једино онда кад је то изричито предвиђено.⁴³⁴ Уопште, нематеријална штета своди се на психичко узнемирење, у виду физичког или душевног бола, страха и сл., због чега је није могуће поправити путем натуралне реституције. Долази у обзир једино новчано давање ради задовољења оштећеног, а не као цена прикраћеног добра.⁴³⁵ Реч је о сатисфакцији која се назива *болнина*. Њој се у правној теорији углавном приписује двојака функција, будући да она треба да оштећеном пружи примерено намирење за ону штету која није имовинска, али пре свега и задовољење (сатисфакцију) као еквивалент оштећења неекономских интереса.⁴³⁶

I Захтеви мајке

1. Позивање мајке на нематеријалну штету претпоставља постојање патњи због психичког оптерећења и болова у вези са нежељеном трудноћом и порођајем и тиме осујећеним планирањем породице. Овде се ради о деликтној заштити пре свега због повреде тела, али се она проширује и на повреду личног права какво је право на планирање породице. Наиме, из уговора не може проистећи накнада нематеријалне штете, иако постоје и таква размишљања у правној литератури (због тога је уосталом тежиште лекарске одговорности управо на деликтној одговорности).⁴³⁷

⁴³⁴ РАДИШИЋ, *Облигационо право* (чл.200 и 202 ЗОО), стр.282.

⁴³⁵ *Ibid.*, 281.

⁴³⁶ FEARBER, *op.cit.*, 120.

⁴³⁷ DEUCHLER, *op.cit.*, 183-189; HAUBERICH, *op.cit.*, 258.

Један од најранијих примера досуђивања болнине односи се на одлуку да жена, која после неуспешне стерилизације њеног супруга остане у другом стању, може од лекара који је нестручно обавио стерилизацију захтевати накнаду штете због претрпљених болова услед прекида трудноће.⁴³⁸ Непланирана трудноћа и рођење детета дешавају се противно вољи жене, због чега се ти догађаји третирају као захватање у њен телесни интегритет и повреда њеног тела, па јој зато припада право на болнину. У случају кад настанак трудноће није зависио од лекара али је његовом грешком и изосталим побачајем то стање одржано, тада нема повреде телесног интегритета мајке, па се по том основу и не може захтевати болнина, али може због насталих тегоба и патњи услед компликација трудноће и порођаја (нпр. опасности при порођају *царским резом*).⁴³⁹ Болнина мајци долази у обзир и у ситуацијама кад је изостало адекватно и исправно генетско саветовање од кога

⁴³⁸ Пресуда *Вишег земаљског суда у Braunschweig-у* од 11.9.1979., *Neue Juristische Wochenschrift*, 12/1980, стр.643. Исто: *Савезни врховни суд*, 27.6.1995., (суд је усвојио ревизију и досудио накнаду за болове почев од трећег месеца трудноће и за порођајне болове у износу од 1000 DM), *Neue Juristische Wochenschrift*, 37/1995, стр.2407; *Земаљски суд у Bayern-у*, BvR 479/1992., *Neue Juristische Wochenschrift*, 8/1998, стр.519; Исто: *Француски Касациони суд*, одлука од 9.5.1983, *Recueil Dalloz Sirey*, 11/1984, 121-123.

⁴³⁹ MÜLLER, *op.cit.*, 366.; WEBER, *op.cit.*, стр.47; Видети: *Виши земаљски суд у Oldenburg-у* (Urt.v.21.5.1996-5U7/96) је у случају деликтне одговорности због неуспелог побачаја и преостале близаначке трудноће досудио накнаду нематеријалне штете у виду телесних и душевних оптерећења у износу од 8000 DM., *Neue Juristische Wochenschrift*, 37/1996, стр.2433; Другачије: Према мишљењу француског *Апелационог суда у Riom-у* мајка која је грешком лекара

зависи зачеће, али само у вези са тешкоћама током трудноће.⁴⁴⁰ О овом питању је *Савезни врховни суд* Немачке заузео посебан став, сматрајући да инвалидност детета, ма колико да је тешка, не улази у основ захтева мајке за болнину. Изузетак се допушта само кад се стање погорша и кад се настала психичка оптерећења мајке због хендикепа развију у трајну болест.⁴⁴¹ За немачко право веома је значајна позната одлука *Савезног уставног суда* из 1993.год., у којој је недвосмислено изражен став да би жени ометеној у планирању породице требало доделити само једнократну правичну накнаду нематеријалне штете.⁴⁴²

2. Право на болнину у вези са рођењем детета признаје се искључиво мајци, а не и оцу, премда развој у медицинској науци и пракси изискује у том погледу одређене промене. Познат је случај из немачке судске праксе у коме је досуђена болнина због

при вршењу побачаја донела на свет здраво дете не може захтевати накнаду нематеријалне штете (STOLL, *op.cit.*, 273).

⁴⁴⁰ *Савезни врховни суд* Немачке, Urt.v.16.11.1993.- VI ZR 105/92 (код нежељеног рођења душевно и телесно оштећеног детета због погрешног генетског савета Института за антропологију и хуману генетику досуђена је болнина у износу од 10000 DM)., *Neue Juristische Wochenschrift*, 12/1994, 788. Исто важи за америчко право, где код деликтне одговорности због нехатног генетског саветовања важи правило да се родитељима не досуђује накнада због менталних тј. психичких сметњи (то би било арбитражно вагање емоционалне трауме са родитељском љубављу која се чак и условима абнормалности не може пригушити). Видети: BECKERMAN-RODAU, *op.cit.*, str.839; ELIAS/ANNAS, *op.cit.*, 112.

⁴⁴¹ *BGH Zeitung* 86, 240, 249.

⁴⁴² REILING, *op.cit.*, 442.

уништења депоноване сперме супруга који је оболео од рака.⁴⁴³ У другом једном случају француски суд је сматрао да се нематеријална штета тешко може одвојити од материјалне, јер оне свеукупно резултирају из изгубљене шансе да се прекине ризична трудноћа. Стога је сваком од родитеља досудио накнаду моралне штете због тога што им се родило хендикепирано дете.⁴⁴⁴

II Захтеви детета

1. Већ је раније указано на недоумице које постоје у погледу стварно повређеног заштићеног добра детета и уопште деликтне заштите нерођених, због чега се по правилу захтеви болесног детета не сматрају основаним и одбијају, уз образложење да се ту не ради о штети у правном смислу, него о неправди.⁴⁴⁵

2. Ипак, постоје засад само појединачни случајеви у којима су амерички и француски судови, упркос спорног питања заштићеног добра, досудили детету накнаду штете у виду болнине

⁴⁴³ *Савезни врховни суд Немачке*, одлука од 9.12.1993., *Neue Juristische Wochenschrift*, 2/1994, 127-128.

⁴⁴⁴ *Суд више инстанце у Montpellier*-у 15.12.1989. одлучио је да тужиоцима припада по 45000 F за моралну штету и месечна рента од 7500 F из разлога материјалне штете. Исто је поступио *Државни савет* 14.2.1997.у случају *Mme Quarez*, одлуком да учињена грешка потврђује накнаду моралне штете у износу од 200000 F и месечне ренте од 5000 F за читаво време док је дете у животу.У: *FINEL*, *op.cit.*, 228.

⁴⁴⁵ И у америчком и у немачком праву не говори се о заштити као да су повређена правна добра детета. Такође, не признаје се право детету да буде рођено здраво, без оштећења и инвалидности. Међутим, док у немачком праву одбијање сваке повреде детета води одбијању и његових деликтних захтева, у америчком праву то није случај (*FEARBER*, *op.cit.*, 127).

због његове изгубљене шансе за излечење.⁴⁴⁶ Неки амерички судови своје одлуке образлажу тиме да ће оштећено дете цео живот патити због недостатка и да одбијање његовог захтева противречи природној правичности, те да га стога несумњиво треба усвојити.⁴⁴⁷ Функција болнине према детету изводи се из идеје задовољења. Став је такође да код одмеравања нематеријалне штете скраћење животног века и шанси за преживљавање не доводе до редуцирања болнине.⁴⁴⁸ У већ помињаном случају *Turpin v. Sortini* детету рођеном са наследном глувоћом, суд је досудио накнаду опште штете због болесног живота, а посебне штете због трошкова изазваних болешћу.⁴⁴⁹ Извесни француски судови, досудили су накнаду штете болесном детету због *губитка шанси* да се супротстави последицама болести, али уз озбиљно разматрање да треба удовољити и захтеву због самог нежељеног рођења.⁴⁵⁰

⁴⁴⁶ FEARBER, *op.cit.*, 127.

⁴⁴⁷ DEUCHLER, *op.cit.*, 65.

⁴⁴⁸ FEARBER, *op.cit.*, 130.

⁴⁴⁹ ARREN и др., *op.cit.*, 1359.

⁴⁵⁰ Француски *Касациони суд* је у пресуди од 3.2.1993. заузео став да ле лекар одговоран подједнако према детету и његовим родитељима (због тога што је превидео токсоплазмичку повреду фетуса и није обавио третман *in utero* који има 97% шанси да успе); Када је у питању штета детета због рођења учињена су у новије време два изузетка. Најпре, *Апелациони суд* Lyon-а досудио је месечну ренту хендикепираном детету, али је *Државни савет* ову одлуку преиначио у корист родитеља али позивајући се на дете. Други случај представља одлука *Касационог суда* од 26.3.1996.год. којом је такође досуђена накнада штете детету. Неизвесно је у ком правцу ће се даље кретати пракса по овом питању. Видети: FINEL, *op.cit.*, str.232-236.

ЗАКЉУЧАК

1. У описаној области одговорности субјективни фактори играју велику улогу. На једној страни показује се очигледно да непланирано рођење детета не представља увек радостан догађај за родитеље и целу породицу, него да та промена породичног живота може са собом донети знатне проблеме. Оптерећење породице у случају рођења болесног детета је још теже. На другој страни, чињеница је да до таквих оптерећења родитеља не би дошло да није било кршења обавезе пажљивог поступања од стране лекара. Ширењем могућности да се рођењем детета управља, да се оно контролише и под одређеним условима спречи, знатно су повећане дужности лекара да поступа стручно и пажљиво. Другим речима, ширење подручја делатности доводи и до ширења подручја одговорности посленика. Ако се лекар користи могућностима које су створене развојем и применом нових медицинских поступака, или побољшањем тих поступака, нема разлога да то не буде праћено и одговарајућом његовом одговорношћу. То важи како за спровођење стерилизације и

прекида трудноће, тако и за дијагнозу и обавештење родитеља о евентуалним штетама на здрављу нерођеног детета.

2. Обрада ове теме показала је да се, у земљама са високим стандардом одговорности медицинских посленика, нежељено рођење детета и нежељен живот хендикепиране деце не сматрају несрећном судбином која искључује било чију одговорност. Напротив, упоредна анализа правне праксе сведочи о томе да се по правилу намирују штете због кршења обавеза у случајевима *нежељеног рођења*, док се код случајева *нежељеног живота* то чини само изузетно. Захтеви родитеља, који се не мире са непланским рођењем ни здраве а поготово болесне деце, сматрају се основаним и односе се на накнаду како материјалне тако и нематеријалне штете. Међутим, треба рећи да се не ради о одговорности због свих адекватно узрокованих последица кршења дужности пажљивог поступања, што би водило ка безграничној одговорности лекара и неправичним резултатима. Наиме, води се рачуна о мотивима родитеља за контролом рађања и о утицају тих мотива на нежељено рођење детета. То се постиже применом уобичајених теорија о каузалитету само у оним случајевима у којима је контрола рађања уследила са сасвим одређеним циљем, па је према томе и уговор са лекарем требало да заштити ограничен циљ. Тако је, на пример, накнада према циљу који се уговором штити искључена у случају кад је стерилизација требало да служи искључиво заштити здравља мајке, а није уопште била срачуната на избегавање економског оптерећења. Међутим, у

већини случајева родитељи желе да рођење детета спрече из више разлога. При томе ваља водити рачуна да непланско рођење детета не погађа нипошто само материјалне интересе. Напротив, могу и здравствени и други нематеријални интереси бити пресудни. Стога, не би било оправдано да се допусти одговорност лекара за све материјалне последице погрешног третмана (чисто материјално третирање штете). С друге стране, штета родитеља не може се негирати једино због тога што се у рођењу "остварује вредност", јер последице рођења могу ипак представљати губитак који има карактер штете у правном смислу. Судови чине напоре да у оквиру ове проблематике изнађу најпогоднија решења. Тако се у америчкој пракси прибегло томе да се нематеријалне околности укључују у обрачун материјалне штете. При ближем разматрању ово, међутим, изгледа да води ка непредвидивим и неправичним резултатима. Још отворена питања у вези са накнадом штете довела су до тога да постојећа пракса судова у новије време трпи извесну критику и постоји, у одређеној мери, неизвесност да ли се и у будуће може очекивати такав правац развоја или ће се ова питања даље заоштравати.

3. Правна пракса је показала, такође, да се у већини случајева на име накнаде штете досуђују трошкови издржавања нежељено рођеног детета. Из особености ове штете произилази да и то оптерећење мора да буде нежељено, јер имовинска штета постоји само у случају када су родитељи стварно ишли за тиме да избегну економско оптерећење. Зато имовинске штете нема ако се

оптерећење обавезом издржавања не осећа као штета (губитак). Мора се водити рачуна и о специфичности обавеза које се тичу издржавања, са којима се апсолутно не може изједначити свако облигационоправно оптерећење неком обавезом. Због повреде нематеријалних интереса узрокованих оштећењем здравља, трудноћом и порођајем, може се захтевати болнина. Коришћење деликтноправне заштите даљих нематеријалних интереса (нпр. штета због патњи услед хендикепираности детета) не изгледа могуће. Међутим, ово становиште, чини се, да није у складу са идејом којом је инспирисан чл.201 ст.3 југословенског *Закона о облигационим односима*. Овом одредбом допушта се да у случају нарочито тешког инвалидитета неког лица суд досуди, између осталог, и "родитељима правичну новчану накнаду за њихове душевне болове".

4. Ако родитељи докажу да је контрола рађања била условљена материјалним интересима, потребно је даље узети у обзир особености породичноправних односа. У овим случајевима обештећења не ради се о томе да се родитељи ослободе властите одговорности. Наиме, право на накнаду штете узрокује једино ослобођење од финансијског терета који је повезан са родитељством, док лична и стварна одговорност родитеља у свим другим областима, која вреди далеко више него што су финансијске чинидбе, остаје и даље у важности. Отуда нема говора о преваљивању одговорности у правом смислу. Према владајућем схватању, материјалну штету родитеља треба

накнадити без обзира на њихов однос према детету (нежељено дете може доцније постати извор радости својих родитеља као и да је жељено). Суштина одговорности у овим случајевима је повреда (осујећење) *права на планирања породице* од стране лекара. Са тог становишта, група случајева накнаде штете за оштећену децу (*нежељени живот*) не представља никакву независну групу случајева, уколико се ради о правима родитеља на накнаду штете (за процену чињеничног стања у принципу је небитно да ли је рођено здраво или болесно дете). У случају рођења болесног детета, наиме, мотив планирања породице била је опасност да дете може да буде оштећено, а та опасност је супротно очекивањима ипак наступила.

6. Што се тиче захтева хендикепираног детета које свој живот осећа као тегобу, судови већине земаља заступају став да је штета због нежељеног живота тешко појмљива. Сматра се да је њу готово немогуће утврдити јер би ваљало упоређивати живот болесног човека који постоји са животом здравог човека кога нема. У новије време, међутим, пракса појединих земаља (САД, Француска) овде чини одређене помаке, који, за сада, имају значај само појединачних случајева.

7. У вези са овде разматраним случајевима одговорности, у правној теорији и пракси воде се озбиљне полемике о људском достојанству као највишом уставном вредношћу, с циљем да се отклони или редуцира могућност обештећења. Њима се упућује контрааргумент да је са овим случајевима повезано право на

људско поштовање, које забрањује да човек буде учињен пуким објектом државе или да буде изложен третману који у принципу доводи у питање његов телесни и субјективни квалитет, и његово хтење да ли ће бити родитељ. Отуда, преовладава став да скривљене радње лекара у овој области треба санкционисати, јер би у супротном родитељи били једнострано оптерећени ризиком грешке лекара.

8. Резултати истраживања случајева одговорности због повреде права на планирање породице (*нежељено рођење и нежељени живот*) у оквиру овог рада говоре о томе да су проблеми имовинске одговорности лекара веома сложени и осетљиви, зато што се додирују с многим основним питањима човековог постојања, здравља, живота и смрти. Никаква начелна размишљања, међутим, не говоре против признавања права на накнаду штете о којој је овде реч. Све могућности решавања које су у раду заступљене или се одобравају, спојиве су са досадашњим начелима права о штети и породичног права, а да притом није потребна промена правних прописа, у ужем смислу. То што финансијско оптерећење родитеља углавном зависи од планирања рођења, а само делимично од биолошких претпоставки, условљено је више развојем медицине, него напретком права. Може се једино поставити питање да ли би се *de lege ferenda* могле створити и друге могућности решавања, нарочито у погледу права детета на накнаду штете, и евентуалног посебног законског регулисања ових питања у оквиру медицинског права.

9. О значајном виду лекарске одговорности за штету, о којој је овде реч, југословенско право треба да има позитиван став. То је оправдано са становишта потребе да се установе виши стандарди у медицини и да се уопште подигне квалитет лекарских услуга у репродуктивној здравственој служби. То што су парнице против лекара у Југославији ретке није разлог за закључак да их не би требало ни бити, посебно имајући у виду чињеницу да удео недопустивих лекарских грешака у овој области није мали. Теоријско разматрање случајева *нежељеног рођења* и *нежељеног живота* помаже стварању услова који ће омогућити да и наша правна пракса крене путем који прати европске и светске токове права.

СПИСАК ЛИТЕРАТУРЕ:

- ADOMEIT, Klaus: Die besondere Entscheidung: Die missglückte Sterilisation, *Juristische Ausbildung*, 4/1981., str.197.
- Aktuelni pravni problemi u medicini*, zbornik, IDN, grupa autora, Beograd, 1996., str.350.
- AREEN, Judit i dr: *Law, Science and Medicine* , Mineola/New York foundation press, Inc.1988., str.1494.
- BACKHAUS, Ralph: Inwieweit darf die Unterhaltspflicht für ein Kind als schaden bewertet werden?, *Medizinrecht*, 5/1996., 201-205.
- BECKERMAN-RODAU, Andrew: Expanding Damages in Wrongful birth Tort Actions- *Western New England Law Review*,1980., 836.
- BECKMANN, Rainer: Der "Wegfall" der embryopathischen Indikation, *Medizinrecht*, 4/1998, 155-161.
- Berufsordnung für die deutschen Ärzte*, *Deutsches Arzteblatt*, 1988., §5, 3601
- Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije*, br.2/1994, str.29, odluka br.22 (presuda Rev.1479/94 od 13.4.1994.g.)
- Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije*, br.4/1992,str.11-12, odluka 7(presuda Rev 1882/92 od 25.6.1992.g)
- Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine – *Convention on Human Rights and Biomedicine*, *Council of Europe* v. 6.6.1996 (1997).
- CRAMER, Stephan: Pranatale diagnostik und Fetaltherapie, Auswirkungen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Zeugung oder Geburt eines

genetisch geschädigten Kindes als Schadensfall (*wrongful birth action*)-, *Medizinrecht*, 1/1992, 14-17.

CVEJIĆ-JANČIĆ, Olga: *Porodično pravo*, Novi Sad, 1995., str.245

DEUHLER, Wolfgang: *Die Haftung des Arztes für die unerwünschte Geburt eines Kindes/Wrongful birth/*, Frankfurt am Main, 1984., 197.

DEUTSCH, Erwin: Berufshaftung und Menschenwürde: Akt III, *Neue Juristische Wochenschrift*, 8/1998, 510-524.

DEUTSCH, Erwin: Das Kind oder sein Unterhalt als Schaden-, *Versicherungsrecht*, 16/1995., 609-644.

DEUTSCH, Erwin: Das Kind oder sein Unterhalt als Schaden, *Versicherungsrecht*, 16/1995, 610.

DEUTSCH, Erwin: *Medizinrecht/ Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinproduktrecht*, Berlin, 1997., 181.

DEUTSCH, Erwin: Schadensrecht und Verfassungsrecht: Akt II, *Neue Juristische Wochenschrift*, 12/1994, 776-778.

DORĐEVIĆ, Živojin/STANKOVIĆ, Vladan: *Obligaciono pravo* peto izdanje, Beograd, 1987., str.360;

DURĐEVIĆ, Nenad: Odgovornost zbog samoubistva hospitalizovanog pacijenta, *Aktuelni pravni problemi u medicini*, Beograd, 1996., str.237.

DURĐEVIĆ, Nenad: *Pristanak pacijenta na lečenje*, Kragujevac, 1997, str.157.

ELIAS, Sherman/ANNAS, Georg: *Reproductive genetics & the Law*, Chicago/London, 1987., 119.

ENGEL, Sabine: Haftung Dritter für die unerwünschte Geburt eines Kindes, *Österreichische juristen-zeitung*, 17/1999., str.621-636.

ESER, Albin/KOCH, Hans-Georg: Aktuelle Rechtsprobleme der Sterilisation, *Medizinrecht*, 1/1984., 6-13.

ESSER, A./SCHMIDT: *Schuldrecht*, Karlsruhe, 1976., 129.

FAERBER, Georg: "Wrongful life" Die deliktsrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes dem Kind gegenüber, Ammersbek b. Hamburg, 1988., 131.

- FINEL, Laure: La responsabilité du médecin en matière de diagnostic des anomalies foetales, *Revue de droit sanitaire et social*, 2/1997., 223-238.
- FISCHER, Gerfried: "Wrongful life": Haftung für die Geburt eines behinderten Kindes, *BGHZ* 86, 240-, *Juristische Schulung*, 6/1984., 434-439.
- FRANZKI, Harald: Haftung bei misslungener Sterilisation aus juristischer Sicht, *Zeitschrift für ärztliche fortbildung*, 6/1995, 678-683.
- FRITSCHKE, Paul: Ethische Aspekte der Pränatalen Diagnostik, *Medizinrecht*, 5/1990, 237-240.
- GEHRLEIN, Markus: Grenzen der Schadensersatzpflicht des Arztes für Unterhaltsaufwand bei ungewollter Schwangerschaft, *Neue Juristische Wochenschrift*, 24/2000, 1771-1772.
- GIESEN, Dieter: International Medical Malpractice Law – A Comparative Law Study of Civil Liability Arising from Medical Care, Tübingen/London, 1988.
- GIESEN, Dieter: Schadenbegriff und Menschenwürde, *Juristenzeitung*, 6/1994., 286-292.
- GIESEN, Richard: Aktuelle Probleme des Arzthaftungsrechts, *Medizinrecht*, 1/1997, 22-24.
- HARRER, Herbert: *Zivilrechtliche Haftung bei durchkreuzter Familienplanung*, Frankfurt am Main/New York, 1989., 391.
- HAUBERICHS, Sabine: *Haftung für neues Leben im deutschen und englischen Recht*, Berlin, 1998, 327.
- HORS-CAYLA, Marie Claude/CAYLA, Jean Simon: Progres et limites du diagnostic prenatal, *Revue de droit sanitaire et social*, 4/1997., 772-778.
- KANDIĆ-POPOVIĆ, Zorica: Pravna zaštita ljudskih vrednosti i moderna biomedicina, *Pravni život*, 9/96, str. 229-238.
- KAPOR-STANULOVIĆ, Nila: *Psihologija roditeljstva*, Beograd, 1985., str.145-152.
- KLUTH, Winfried: Die Neufassung des 218 StGB Ärztlicher Auftrag oder Zumutung an den Ärztestand?, *Medizinrecht*, 12/1996., 546-553.

- KNÖRR, K.: Die pränatale Diagnostik und ihre Konsequenzen, u: *92 Tagung der Nord westdeutschen Gesellschaft für Gynakologie und Geburtshilfe*, Bad Pyrmont, 1983., 37.
- KONSTANTINOVIĆ, Mihailo: *Obligacije i ugovori* Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima, Beograd, 1969., str.183 (čl.631).
- KOVAČEK-STANIĆ, Gordana: Kriterijumi za liberalnost u regulisanju prekida trudnoće, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu XVII-XXIX*, 1-3/1993-1995, str.163-173.
- Krivični zakonik Nemačke (StGB § 218a Abs II Nr 1- 219).*
- KRUPP, J/CHATTON/TIERNEY: *Interna medicina*, Beograd, 1988., 622.
- LAUFS, Adolf/UHLENBRUCK, Wilhelm: *Handbuch des Arztrecht*, München, 1992.
- LAUFS, Adolf: *Arztrecht*, München, 1988.
- LAUFS, Adolf: Pränatale Diagnostik und Lebensschutz aus arztrechtlicher Sicht, *Medizinrecht*, 5/1990, 231-237.
- LAUFS, Adolf: Schädliche Geburten und kein Ende, *Neue Juristische Wochenschrift*, 12/1998., 796-802.
- Lisabonska deklaracija Svetskog saveza lekara.*
- LOSCH, Bernhard/ RADAU, Wiltrud Cristine: "Die Kind als Schaden Diskussion, *Neue Juristische Wochenschrift*, 12/1999., str.821-827.
- MALICIER, D/MIRAS A. i dr.: *La responsabilité médicale*, Lyon, 1992., 475.
- MALLOL, Francis: Responsabilité hospitaliere: le juge, le prejudice et le handicap mental, *Revue de droit sanitaire et social*, 1/1998., 94-105.
- MARKESINIS, Basil: Problèmes de responsabilité médicale en droit anglais Un aperçu de la situation dans les années 80, *Revue Internationale de droit comparé*, 1/1988., 351-381.
- MARTIN, J./BJERKNES, L.: The legal and ethical implications of Gag clauses in physicians contracts, *American Journal of Law and Medicine*, 4/1996, 433-457.
- MEDICINSKA ENCIKLOPEDIJA, treći tom, Vuk Karadžić-Larousse, Beograd, 1976., str.235.

Medicinsko pravo i medicinska etika, zbornik, IDN Beograd, 1994., str.249.

Medicinsko pravo, zbornik, IDN Beograd, 1998, str.315.

MEDICUS, Dieter: *Zivilrecht und werdendes Leben*, München, 1985., 5-16.

MÉMETEAU, Gerard: *Le droit médical*, Litec, Paris, 1985., 541.

MÉMETEAU, Gerard: Remarques sur la stérilisation non thérapeutique après les lois bioéthiques-, *La Semaine Juridique (JCP)*, 15/1995, 167-169.

MLADENović, Dragomir: *Ginekologija i akušerstvo*, Beograd, 1983., str.656

MLADENović, Marko: *Porodično pravo u Jugoslaviji*, Beograd, 1988., str.298.

MÜLLER, Gerda: Fortpflanzung und ärztliche Haftung, u: DEUTSCH, Erwin/KLINGMÜLLER, Ernst/KULLMANN, Hans Josef -*Der Schadensersatz und seine Deckung*-, Berlin/New York, 1995, 355-372.

Nemački građanski zakonik.

PAHMEIER, Lydia: *Die Geburt eines Kindes als Quelle eines Schadens*, Göttingen, 1997., 179.

PALMER, L.: Life, death and public policy, *Cornell Law Review*, 1/1995, 170-174.

PENNAU, Jean: *La responsabilité médicale*, Paris, 1977., 319.

PENNEAU, Jean: *Faute et erreur en matiere de responsabilité médicale*, Thèse Université de Paris I, 1972., 513.

PENNEAU, Jean: *Komentar presude Kasacionog suda od 24.3.1981.g. Recueil Dalloz Sirey*, 36/1981., str.545-548, i *Komentar presude Kasacionog suda od 9.5.1983.g., Recueil Dalloz Sirey*, № 11/1984., 122-128.

PEROVIĆ, Slobodan: Komutativna pravda i naknada štete, *Pravni život*, br.9-10/1992.

PEROVIĆ, Slobodan: *Obligaciono pravo* Knjiga prva, sedmo izdanje, Beograd, 1990., str.775.

- PICKER, Eduard: Schadensersatz für das unerwünschte Kind ("Wrongful birth"), *Archiv für die civilistische Praxis*, 6/1995., str.484-547.
- PONJAVIĆ, Zoran: Ugovor o prekidu trudnoće, *Pravni život*, 9/1996., str.269.
- Pravilnik o bližim uslovima za rad lekarske ordinacije u kojoj se obavlja prekid trudnoće*, *Sl.glasnik R Srbije* 40/95, str.1502.
- Pravilnik o broju, sastavu i načinu rada etičkog odbora u zdravstvenoj ustanovi*, *Sl.glasnik R Srbije* br.30/95, str.1109.
- Pravilnik o medicinskoj dokumentaciji i evidencijama za trudnicu i novorođenčce*, *Sl.glasnik R Srbije*, 10/95, str.333-340.
- Pravo i medicina* (dodirne tačke – sporna pitanja), zbornik, Kopaonik, str.295.
- RADIŠIĆ, Jakov: Lekarske greške u svetlosti pravnih razmatranja, *Aktuelni pravni problemi u medicini*, Beograd, 1996., str.157-170.
- RADIŠIĆ, Jakov: *Obligaciono pravo*, opšti deo, šesto preradjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2000.
- RADIŠIĆ, Jakov: Pravična raspodela tereta dokazivanja u parnicama protiv lekara, *Pravni život*, 11-12/1994, str.1848.
- RADIŠIĆ, Jakov: *Profesionalna odgovornost medicinskih poslenika*, IDN, Beograd, 1986, 296.
- RADIŠIĆ, Jakov: Uzočna veza kao osnov i mera odgovornosti zbog lekarske stručne greške, *Pravni život*, 9/1998., str.239.
- RADOVIĆ, Petar: *Osnovi ginekološke dijagnostike* -, Beograd, 1989., str.192.
- RAŠEVIĆ, Mirjana: *Ka razumevanju abortusa u Srbiji*, Beograd, 1993., str.136
- RATZEL, Rudolf: Komentar presude *Višeg zemaljskog suda OLG Nürnberg-a* od 15.9.1993., *Medizinrecht*, 5/1994., str.200.
- REILING, E: Rechtsprechung *BGH*, Urt.v.16.11.1993.- VI ZR 105/92, *Medizinrecht*, 11/1994, 443.
- ROTH, Andreas: Kindesunterhalt als schaden, *Neue Juristische Wochenschrift*, 37/1995., str.2399-2400.

ROYERE-MEYER, R: Du droit au devoir de substitution du pharmacien dans le cadre de la prescription médicale, *Revue de droit sanitaire et social*, 3/1998., str.741.

SALMA, Jožef: Uzročnost kao determinanta subjekata i obima odgovornosti za štetu-, *Pravni život*, 10/1997., Tom II, str.529-544.

SAVATIER, Rene i dr.: Aspects de la responsabilité médicale en France, en Italie et en Suisse, *Revue internationale de droit compare*, 3/1976, str.487-581.

SCHREIBER, Hans Ludwig: Der Standard der erforderlichen Sorgfalt als Haftungsinstrument, *Versicherungsmedizin*, 1/1995., str.3.

SCHROEDER-KURTH, Traute: Ärztliche Indikation und Selbstbestimmung bei der vorgrabortlichen Chromosomendiagnostik, *Medizinrecht*, 3/1991, str.128-131.

Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz (SFHAndG)

STAUDINGER/MEDICUS: *Kommentar zum BGB*, zweite Buch, 12. Auflage, Berlin, 1980., § 249, marg.br. 11.

STEINBOCK, Bonnie: *Rethinking the Right to Reproduce*, The

STEVANOV, M./BERIĆ, B.: Pravni aspekti ostvarivanja ustavnog prava čoveka da slobodno odlučuje o radjanju dece, *Sterilizacija de lege ferenda*-, zbornik radova sa savetovanja, Ohrid, 1977., str.253 .

STIEGLITZ, Susane: *Die Wrongful birth und Wrongful life Problematik im deutschen Deliktsrecht*, München, 1989., str.196.

STOLL, H: *Haftungsfolgen im bürgerlichen recht*, Heidelberg, 1993., 280-286.

STOLL, Hans: *Haftungsfolgen im burgerlichen recht*, Heidelberg, 1993., str.266.

Stručno metodološko uputstvo za rad u osnovnoj zdravstvenoj zaštiti žena, GZZZ (Gradski zavod za zaštitu zdravlja), Beograd, 1988.,str.22

STÜRNER, Rolf: Das Bundesverfassungsgericht und das frühe menschliche Leben Schadensdogmatik als Ausformung humaner Rechtskultur, *Juristen Zeitung*, 7/1998., str.317-330.

TEFF, Harvey: Action for "Wrongful life" in England and the United States-, *Comparative Law Quarterly*, 34/85, *op.cit.*, str.428.

TOROMAN, Marija: Jedinstvo i dualitet ugovorne i deliktne odgovornosti i mogućnost njihove kumulacije-, *Zbornik radova o stranom i uporednom pravu*, Beograd, 1963., 153-156.

Universal Deklaration on the human genome and human rights, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation (UNESCO).
University at Albany/SUNY, 1-17.

Ustav R Srbije (Sl.glasnik 1/90, čl.27).

Ustav SR Nemačke (čl.3 st.3 – GG).

WAIBL, Katarine: *Kindesunterhalt als Schaden, Fehlgeschlagene Familienplanung und heterologe Insemination*, München, 1986, str.401.

WEBER, Dieter: *Arzthaftpflicht für Nachkommenschaftsschäden*, Heidelberg/New York, 1988., str.98.

WERTZ, Dorothy/FLETCHER, John: Ethical problems in prenatal diagnosis : A Cross-cultural survey of medical geneticist in 18 nations, *Prenatal diagnosis*, 3/1989, str.146 .

Wrongful Birth and Wrongful life Legal Research Guide: Internet adres <http://members.tripod.com/~Wrongfulbirth/index.htm>, 1998., 7-8.

Zakon o davanju i korišćenju elemenata i produkata ljudskog tela, o medicinski asistiranom oplodjenju i o prenatalnoj dijagnostici (Loi No 94-654).Videti: *Journal officiel*, 30 juillet 1994., Glava VI, čl.L.145-15, str.11067.

Zakon o poštovanju ljudskog tela od 29.jula 1994.godine (Loi No 94-653), *Journal officiel de la Republique Francaise*, 30.juillet 1994, str.11056.

Zakon o postupku prekida trudnoće u zdravstvenoj ustanovi (Sl.glasnik R Srbije 16/95) kojim je prestao da važi raniji *Zakon o uslovima i postupku za prekid trudnoće (1977)*.

Zakon o zdravstvenoj zaštiti, Službeni glasnik R Srbije, 17/1992.god.

Zdravstvo u uslovima promena, zbornik, Novi Sad, 1999., str. 100.

Прилог 1.

Изјава о ауторству

Потписани-а Хајрија М. Мујовић Зорнић

Изјављујем

да је докторска дисертација под насловом

Одговорност за штету због нежељеног рођења (wrongful birth) и због нежељеног живота (wrongful life) : упоредноправни преглед

- резултат сопственог истраживачког рада,
- да предложена дисертација у целини ни у деловима није била предложена за добијање било које дипломе према студијским програмима других високошколских установа,
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио интелектуалну својину других лица.

Потпис

У Београду, 30. јануар 2014. године

Хајрија М. Мујовић Зорнић

Прилог 2.

Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

Одговорност за штету нежељеног рођења (wrongful birth) и због нежељеног живота (wrongful life) : упоредноправни преглед

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство

2. Ауторство - некомерцијално

3. Ауторство – некомерцијално – без прераде

4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима

5. Ауторство – без прераде

6. Ауторство – делити под истим условима

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци, кратак опис лиценци дат је на полеђини листа).

Потпис

У Београду, 30. јануар 2014. године

